ANOTAÇÕES SOBRE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

MARCOS SALLES TEIXEIRA

7 de março de 2024

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

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria da Receita Federal do Brasil

PORTARIA RFB Nº 2214, DE 1º DE OUTUBRO DE 2012.

Concede elogio a servidores desta Secretaria.

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 280 do Regimento Interno aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, tendo em vista o disposto no inciso II do art. 237 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e considerando a dignidade, o zelo no cumprimento do dever e o exemplo de honradez profissional, resolve:

Art. 1º Conceder elogio aos servidores (...) Marcos Salles Teixeira, ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, matrícula Siapecad 00057367 (...), em razão dos relevantes serviços prestados à Secretaria da Receita Federal do Brasil, durante o exercício de suas funções na Corregedoria-Geral.

Art. 2º Determinar que o elogio objeto deste ato conste dos assentamentos funcionais dos servidores.

Art. 3º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

Publicação
BOLETIM DE PESSOAL - BP
Nº do BP: 40
Data da Publicação: 05 / 10 / 2012
Assinatura (responsável):_____

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria da Receita Federal do Brasil

PORTARIA RFB Nº 1.502, DE 22 DE OUTUBRO DE 2013.

Concede a "Medalha do Mérito Funcional Auditor-Fiscal Noe Winkler".

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso de suas atribuições e tendo em vista o disposto na Portaria RFB nº 2959, de 17 de junho de 2011,

RESOLVE:

Art. 1º Conceder a "Medalha do Mérito Funcional Auditor-Fiscal Noé Winkler" aos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, Analistas-Tributários da Receita Federal do Brasil, servidores integrantes das demais carreiras e empregados do Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO) em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil, relacionados na forma dos Anexos I, II, III e IV a esta Portaria.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

PUBLICADO NO
BP Nº 43
Responsável pela Publicação
_____
Em 25 / 10 / 2013

ANEXO IV

RELAÇÃO DE SERVIDORES ELOGIADOS
"MEDALHA DO MÉRITO FUNCIONAL AUDITOR-FISCAL NOÉ WINKLER"
(Portaria RFB nº 1.502, de 22 de outubro de 2013)

	Servidor	Matr.	Portaria de Elogio
8	MARCOS SALLES TEIXEIRA	57367	Portaria RFB nº 2214, de 01/10/2012

Assinado digitalmente por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO em 23/10/2013 às 09:53:58. Código de Localização 2310.1309.56087.0006.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

BOLETIM INTERNO Nº 28

Brasília-DF, 10 de julho de 2015
- Para conhecimento e devida execução, publica-se o seguinte:

ASSUNTOS GERAIS E ADMINISTRATIVOS

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

2) CORREGEDORIA-GERAL

ATOS DO CORREGEDOR- GERAL

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

PORTARIA
N.º 1780, DE 10 DE JULHO DE 2015.

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

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

WALDIR JOÃO FERREIRA DA SILVA JÚNIOR
CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO

(pg. 4)

MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Corregedoria do Ministério da Economia
Coordenação-Geral de Gestão e Administração da Corregedoria

PORTARIA COGER/ME Nº 13814, DE 24 DE NOVEMBRO DE 2021

O CORREGEDOR DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pela Portaria nº 217, de 23 de março de 2021, e tendo em vista o disposto no art. 237, inciso II, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990,

RESOLVE:

Art. 1º Conceder elogio ao servidor MARCOS SALLES TEIXEIRA, Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, matrícula nº 2180871, pelos relevantes serviços prestados à Corregedoria do Ministério da Economia, notadamente pelo seu trabalho em orientar, ensinar e compartilhar conhecimentos na área de Direito Administrativo Disciplinar.

Art. 2º Determinar que este ato seja registrado nos assentamentos funcionais do servidor, após sua publicação no Boletim de Pessoal e Serviço.

Documento assinado eletronicamente

REGIS XAVIER HOLANDA
Corregedor

Documento assinado eletronicamente por **Régis Xavier Holanda**, **Corregedor(a)**, em 24/11/2021, às 14:56, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.economia.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **20520516** e o código CRC **EFB5970E**.

Referência: Processo nº 17316.101360/2021-18. SEI nº 20520516

OBSERVAÇÕES INICIAIS

Não obstante o registro dos direitos autorais e nos termos mencionados na Portaria CGU/CRG nº 1.780, de 10 de julho de 2015, e na Portaria Coger-ME nº 13.814, de 24 de novembro de 2021, reproduzidos em páginas anteriores, este texto, juntamente com outros materiais, é gratuitamente disponibilizado no sítio eletrônico da Controladoria-Geral da União (CGU), na página referente a Publicações/Atividade Disciplinar/Normativos de Outros Órgãos/Receita Federal do Brasil (RFB), conforme o link https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/atividade-disciplinar/receita-federal-do-brasil, e também no sítio eletrônico da Corregedoria do Ministério da Fazenda (Coger-MF), na página referente a Apostilas e Manuais, no item intitulado Receita Federal do Brasil - Material de Referência, conforme o link https://www.gov.br/fazenda/pt-br/orgaos/corregedoria/arquivos/apostilas-e-manuais/rfb/20230418-anotacoes-sobre-pad.pdf. Ademais, apenas este texto também se encontra disponibilizado no Repositório de Conhecimento da CGU, na página referente a Manuais/Correição/Manuais de Órgãos Externos - Correição, conforme o link https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/68380. Aproveita-se para agradecer a honra e a deferência concedida por ambas instituições

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

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

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

Atenciosamente,

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

O autor é engenheiro naval (1986), com mestrado em engenharia oceânica (1993), pela Universidade Federal do Rio de Janeiro; servidor da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil desde 1995, no cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil desde 1997 e lotado na Corregedoria do órgão desde 2000.

AGRADECIMENTOS E CRÉDITOS

Na primeira versão deste texto, quando contava com apenas 282 páginas:

A **Cecília Miyuki Ishida**, incentivadora e colaboradora inicial das ideias de capacitação e de manualização, e a **Rudinei Junkes**, com quem assisti a um treinamento de 10 a 13 de novembro de 2003, de onde extraí conhecimentos técnicos que me deram a necessária segurança para ministrar aulas de processo administrativo disciplinar, a partir de 24 a 28 de novembro de 2003, cujos slides se desdobraram nas anotações inaugurais que deram origem a este texto.

A **Nelson Rodrigues Breitman**, **Carlos Higino Ribeiro de Alencar** e **Dionísio Carvallhêdo Barbosa**, pela atenta correção do rascunho original, e a **Kleber Alexandre Balsanelli**, pela posterior revisão, que redundou nesta primeira versão disponibilizada (com cerca de 280 pgs) e de imediato adotada como apostila dos treinamentos de processo administrativo disciplinar patrocinados pela Controladoria-Geral da União (CGU) em âmbito nacional.

A todos os colegas da Corregedoria (Coger) e dos Escritórios de Corregedoria (Escor) e alunos em treinamentos na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e em órgãos externos que, com sua leitura e aplicação prática, incentivam a manutenção atualizada deste texto e a sua disponibilização.

Rio de Janeiro, abril de 2005

Em complemento, a **Tânia Mara Fernandes Lage** e **Gregório Antônio Soares** por posterior revisão do texto

De forma muito especial, a **Luciano Rosa Vicente**, não só pela cotidiana manifestação de valorização do trabalho como também, a cada leitura, pelas sugestões de acréscimos, atualizações e revisões de texto e auxílios em pesquisas de fontes.

Por fim, a **Christiano José Paes Leme Botelho**, **Antônio Carlos Costa d'Ávila Carvalho** e **José Pereira de Barros Neto**, Chefe do Escritório de Corregedoria da 7ª Região Fiscal e Corregedores da Receita Federal do Brasil, pela percepção de permitirem quase integral dedicação de tempo de trabalho às atividades de capacitação e de manualização e de manutenção e de atualização deste texto.

Rio de Janeiro, agosto de 2009

Marcos Salles Teixeira

ANOTAÇÕES SOBRE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

ÍNDICE ANALÍTICO

1 - INTRODUÇÃO 31

2 - ESTRUTURAS CORRECIONAIS E ANTECEDENTES DO PROCESSO DISCIPLINAR 44

2.1 - ESTRUTURAS CORRECIONAIS ACIMA DA SECRETARIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL 44

2.1.1 - A Controladoria-Geral da União e o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal 45

2.1.2 - A Corregedoria do Ministério da Economia 80

2.2 - ESTRUTURA CORRECIONAL DA SECRETARIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL 101

2.2.1 - Especificidades e Cláusulas de Segurança da Corregedoria e de Seus Integrantes 101

2.2.1.1 - Histórico Desde a Criação da Coordenação-Geral de Auditoria e Correição 101

2.2.1.2 - A Posição Peculiar da Corregedoria e o Mandato do Corregedor 107

2.2.1.3 - Remoção dos Servidores Lotados na Corregedoria e Formas de Ingresso no Sistema Correcional 119

2.2.1.4 - Programa de Gestão com Dispensa de Assiduidade, nas Modalidades de Teletrabalho e de Trabalho Presencial, no Sistema Correcional 129

2.2.2 - Os Dispositivos Regimentais da Corregedoria e suas Áreas de Atuação 155

2.2.2.1 - A Estrutura, a Hierarquia e as Competências Regimentais e Delegadas da Corregedoria 155

2.2.2.2 - As Áreas de Atuação da Corregedoria - Prevenção, Investigação Disciplinar e Repressão Disciplinar - e as Respectivas Competências 176

2.2.2.2.1 - A Atuação da Corregedoria em Termos de Prevenção e a Ausência de Competência para Matéria Ética 177

2.2.2.2.2 - As Duas Principais Áreas Técnicas, de Investigação Disciplinar e de Atividades Repressivass, e as Competências das Subunidades do Sistema Correcional 192

2.2.2.2.3 - Programa de Integridade e Ganhos Estratégicos com a Atuação Correcional 201

2.2.2.2.4 - A Competência da Corregedoria para Atuar na Responsabilização de Pessoas Jurídicas por Atos contra a Administração Pública e Síntese do Processo Administrativo de Responsabilização 212

2.3 - DEVERES DE REPRESENTAR E DE APURAR IRREGULARIDADES 251

2.3.1 - A Inserção dos Deveres de Representar e de Apurar Originariamente em Via Hierárquica na Administração Pública Federal 251

2.3.1.1 - A Migração do Dever de Apurar com a Especificidade das Corregedorias 256

2.3.1.2 - Aspectos Comuns em Ambos Deveres, Tanto em Via Hierárquica Quanto com Corregedoria 256

2.3.2 - A Especificidade dos Deveres Internos de Representar, de Encaminhar a Representação e de Apurar as Irregularidades 260

2.3.3 - A Necessária Cautela no Cumprimento dos Deveres de Representar, de Encaminhar a Representação e de Apurar as Irregularidades 265

2.4 - AS FORMAS DE NOTICIAR IRREGULARIDADES À ADMINISTRAÇÃO 269

2.4.1 - Representação 270

2.4.2 - Denúncia 273

2.4.3 - Protocolização das Notícias de Supostas Irregularidades e Especificidades Orgânicas e Instrumentais com o Emprego do Processo Digital no Sistema e-Processo 285

2.5 - FASE E JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE 305

2.5.1 - Definições de Fase e de Juízo de Admissibilidade e Base Legal de Sua Natureza Investigativa 305

2.5.2 - A Competência para Decisão do Juízo de Admissibilidade 310

2.5.3 - A Abordagem Inicial, o Fluxo de Rotinas e a Instrução Necessários à Decisão da Autoridade Instauradora 322

2.5.3.1 - O Fluxo Procedimental da Fase de Admissibilidade 328

2.5.3.2 - Os Procedimentos Investigativos Possíveis de Serem Empregados na Fase de Admissibilidade 343

2.5.3.2.1 - Análise Preliminar 349

2.5.3.2.2 - Sindicância Investigativa 358

2.5.3.2.3 - Sindicância Patrimonial 366

2.5.3.2.4 - Investigação Patrimonial 375

2.5.3.2.5 - Especificidades da Investigação de Enriquecimento Ilícito e Seus

Métodos de Detecção *385*

2.5.3.3 - Ferramentas Investigativas Válidas e Atos de Instrução Recomendáveis na Fase de Admissibilidade **414**

2.5.3.3.1 - Pesquisas ou Ferramentas Básicas, Provas de Realização Recomendável (Pré-Constituídas) ou Não (Contraditórias) e Tratamento a Ser Dispensado a Representante ou Denunciante e a Representado ou Denunciado em Fase de Admissibilidade *415*

2.5.3.3.2 - Pesquisas ou Ferramentas Aprofundadas em Fase de Admissibilidade *424*

2.5.3.4 - O Necessário Esgotamento das Investigações em Condutas Conexas, Continuadas e Habituais **426**

2.5.4 - O Tratamento Dado em Admissibilidade à Denúncia Anônima e à Notícia Veiculada em Mídia **450**

2.5.5 - O Parecer de Admissibilidade e a Atuação "*In Dubio pro Societate*" **455**

2.5.6 - O Sigilo da Fase de Admissibilidade **461**

2.5.6.1 - A Analogia com o Inquérito da Polícia Judiciária e a Desobrigação de Acesso, Vista, Cópia ou Esclarecimento *Ex Officio* **462**

2.5.6.2 - A Questão do Acesso, Vista, Cópia ou Esclarecimento ao Próprio Servidor ou a Outros, Mediante Pedido **466**

2.5.6.2.1 - A Preservação do Sigilo Mesmo Após a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 ..... *468*

2.5.6.2.2 - A Necessária Ponderação em Pedido de Acesso, Vista, Cópia ou Esclarecimento pelo Próprio Servidor *502*

2.5.6.2.3 - A Excepcional Concessão de Acesso, Cópia, Vista ou Esclarecimento a Representante, Denunciante e Terceiros Outros *513*

2.5.6.2.4 - A Proteção dos Dados Pessoais *521*

2.5.6.2.4.a - Os Principais Comandos da Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018 521

2.5.6.2.4.b - Repercussões da Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018, na Atividade Correcional 533

2.5.7 - Termo de Ajustamento de Conduta **537**

3 - DEFINIÇÕES E CONCEITOS INTRODUTÓRIOS 558

3.1 - CONCEITUAÇÃO, OBJETIVOS, MATERIALIDADE, AUTORIA E RESPONSABILIZAÇÃO **558**

3.2 - ABRANGÊNCIAS OBJETIVA E SUBJETIVA DO PROCESSO DISCIPLINAR **567**

3.2.1 - Ilícito em Gênero e as Espécies de Ilícitos Disciplinar, Civil e Penal **567**

3.2.1.1 - Alguns Destaques sobre Ilícitos Penais Cometidos por Servidores e, em Especial, Crime de Abuso de Autoridade (ou de Abuso de Poder) 571

3.2.2 - Preservação da Materialidade e da Autoria nos Aspectos Espacial e Temporal - Competência Associada à Jurisdição do Local de Lotação ou de Exercício do Servidor 583

3.2.2.1 - Irregularidade Cometida Fora da Unidade de Lotação (ou de Exercício) 584

3.2.2.1.1 - Irregularidade Cometida em Unidade de Região Fiscal Diferente da Unidade de Lotação ou de Exercício 585

3.2.2.1.2 - Irregularidade Cometida em Outro Órgão Público 586

3.2.2.2 - Irregularidade Cometida Antes de Remoção ou Outros Deslocamentos, de Nova Investidura, de Inatividade, de Punição com Pena Expulsiva ou de Exoneração 590

3.2.2.2.1 - Irregularidade Cometida Antes de Remoção, de Alteração de Exercício, de Redistribuição ou de Nova Investidura no Mesmo ou em Novo Cargo 591

3.2.2.2.1.a - Instrumentalidade no Trato de Deslocamentos, Reinvestidura ou Nova Investidura Ocorridos no Âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil na Fase de Admissibilidade 592

3.2.2.2.1.b - Instrumentalidade no Trato de Deslocamentos, Reinvestidura ou Nova Investidura Ocorridos no Âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil no Curso do Processo Disciplinar 595

3.2.2.2.1.c - Instrumentalidade no Trato de Redistribuição ou de Nova Investidura em Outro Órgão ou Entidade Federal 597

3.2.2.2.2 - Irregularidade Cometida Antes da Aposentadoria ou Disponibilidade ou de Punição com Pena Expulsiva ou de Exoneração 600

3.2.2.2.2.a - Conceituações de Servidor Ativo, Servidor Inativo Aposentado ou em Disponibilidade e de Ex-Servidor Expulso ou Exonerado 600

3.2.2.2.2.b - Irregularidade Cometida Antes da Inatividade por Aposentadoria ou por Disponibilidade 604

3.2.2.2.2.c - Irregularidade Cometida Antes de Aplicação de Pena Expulsiva em Outro Processo 606

3.2.2.2.2.d - Irregularidade Cometida Antes de Exoneração 612

3.2.3 - Temas em Princípio não Abrangidos pelo Regime Disciplinar 615

3.2.3.1 - Condições Excepcionais para o Regime Disciplinar Alcançar Atos de Vida Privada 616

3.2.3.1.1 - O Requisito Elementar da Previsão em Lei para Alcance do Regime Disciplinar sobre Atos de Vida Privada 619

3.2.3.1.2 - A Necessidade de Existência de Relação com o Cargo 620

3.2.3.1.3 - A Necessidade da Preservação das Liberdades Fundamentais do Indivíduo 622

3.2.3.1.4 - O Enfoque Delimitado com que Deve Ser Entendida a Exigida Moralidade Administrativa 627

3.2.3.1.5 - As Independentes Repercussões de Diversas Naturezas e em Outras Instâncias Judiciais e a Diferenciação para Determinados Ofícios e Carreiras com Estatutos Próprios 630

3.2.3.1.6 - Conclusão Teórica Acerca da Possibilidade de Extensão da Repercussão Disciplinar para Atos de Vida Privada 634

3.2.3.2 - Não Exigência de Dedicação Exclusiva nem Mesmo para Atividades Exclusivas ou Carreiras Típicas de Estado 636

3.2.3.3 - A Estanqueidade das Competências Regimentais para Matérias de Gestão de Pessoas, de Gerência Administrativa e Fiscal e para Matéria Correcional 638

3.2.3.4 - Outras Hipóteses de Possível Exclusão de Materialidade ou de Autoria 647

3.2.3.5 - Apurações Disciplinadas em Normas Diferentes da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 651

3.2.3.5.1 - Responsabilização de Intervenientes em Comércio Exterior 651

3.2.3.5.2 - Dano e Desaparecimento de Bem 652

3.2.4 - Agentes Públicos 665

3.2.4.1 - Agentes Públicos que não se Sujeitam à Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 666

3.2.4.1.1 - Agentes Vitalícios e Políticos 666

3.2.4.1.2 - Empregados Públicos Celetistas na Administração Pública Direta e Indireta 669

3.2.4.1.3 - O Caso Específico de Empregados Celetistas do Serpro na Secretaria da Receita Federal do Brasil 687

3.2.4.1.4 - Pessoal Contratado por Tempo Determinado e Militares 696

3.2.4.2 - Agentes Públicos que se Sujeitam à Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 698

3.2.4.2.1 - Servidores Efetivos (Estáveis ou em Estágio Probatório) 700

3.2.4.2.2 - Servidores em Comissão 708

3.2.5 - Manutenção das Vinculações Estatutárias do Servidor em Férias, Licenças ou Outros Afastamentos 719

3.3 - OUTRAS FONTES ALÉM DA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990, E DEMAIS ELEMENTOS INFORMADORES DO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR 724

3.3.1 - Constituição Federal e Seus Princípios 736

3.3.1.1 - Princípio Fundamental da Dignidade Humana 738

3.3.1.2 - Princípio do Devido Processo Legal 740

3.3.1.3 - Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório 742

3.3.1.4 - Princípio da Presunção de Inocência 745

3.3.1.5 - Princípio da Legalidade 747

3.3.1.5.1 - Atos Administrativos Vinculados e Discricionários, Seus Requisitos de Validade (Competência, Motivo, Conteúdo, Finalidade e Forma) e o Controle Judicial 749

3.3.1.5.2 - Atributos do Ato Administrativo: as Presunções de Legitimidade e de Veracidade, a Imperatividade e a AutoExecutoriedade 752

3.3.1.6 - Princípio da Impessoalidade 753

3.3.1.7 - Princípio da Moralidade 755

3.3.1.8 - Princípio da Publicidade 757

3.3.1.9 - Princípio da Eficiência 761

3.3.1.10 - Princípio da Duração Razoável do Processo 763

3.3.1.11 - Princípios da Convivência (ou da Relatividade) das Liberdades e da Unidade da CF 767

3.3.2 - Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 769

3.3.2.1 - Princípio da Finalidade 772

3.3.2.2 - Princípio da Motivação 772

3.3.2.3 - Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público 774

3.3.2.4 - Princípio da Oficialidade 775

3.3.2.5 - Princípio da Verdade Material 776

3.3.2.6 - Princípio da Razoabilidade 778

3.3.2.7 - Princípio da Proporcionalidade 779

3.3.2.8 - Princípios da Segurança Jurídica e do Prejuízo 780

3.3.2.9 - Princípios do Formalismo Moderado e da Instrumentalidade da Forma 782

3.3.2.10 - Princípio da Gratuidade 784

3.3.2.11 - Princípios da Hierarquia e da Autotutela 785

3.3.2.12 - Princípio da Pluralidade das Instâncias 786

3.3.2.13 - Princípio da Boa-Fé 786

3.3.3 - Código de Processo Penal, Código Penal, Código de Processo Civil e Código Civil 787

3.3.3.1 - Princípio do Convencimento Motivado 791

3.3.3.2 - Princípios da Reserva Legal e da Anterioridade e da Irretroatividade da Lei Penal 793

3.3.3.3 - Princípio da Intervenção Mínima 798

3.3.3.4 - Princípio da Insignificância 799

3.3.3.5 - Princípio da Confiança 801

3.3.3.6 - Princípio do *Non Bis In Idem* 802

3.3.3.7 - Princípio da Comunhão da Prova 804

3.3.3.8 - Princípio da Economia Processual 808

3.3.4 - Manifestações Jurídicas do Departamento Administrativo do Serviço Público 809

3.3.5 - Manifestações Jurídicas da Advocacia-Geral da União, da Consultoria-Geral da União e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional 811

3.3.6 - Manifestações Jurídicas e Base de Dados da Controladoria-Geral da União 820

3.3.7 - Jurisprudência Extraída das Decisões Judiciais e Entendimentos Doutrinários 827

3.3.8 - Apostilas, Notas Técnicas e Orientações da Corregedoria 831

3.4 - SINDICÂNCIA DISCIPLINAR DA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990 833

3.4.1 - Conceituação e Base Principiológica da Sindicância Disciplinar 834

3.4.2 - Instauração de Sindicância Disciplinar, Quantidade de Integrantes e Suas Possibilidades de Conclusão 837

3.4.3 - Conversão da Sindicância Disciplinar em PAD 842

4 - RITO DO PROCESSO DISCIPLINAR 846

4.1 - FASES DO PROCESSO DISCIPLINAR 846

4.2 - 1ª FASE: INSTAURAÇÃO E DESIGNAÇÃO DA COMISSÃO ... 846

4.2.1 - Histórico da Competência para Instaurar Processo Disciplinar na Secretaria da Receita Federal do Brasil 847

4.2.1.1 - Publicação da Portaria de Instauração 872

4.2.2 - Portaria de Instauração 876

4.2.2.1 - Alcance, Não Indicação do Fato e da Autoria e Infrações Conexas 876

4.2.2.1.1 - Informações Constantes da Portaria 877

4.2.2.1.2 - Dever de a Comissão Representar 886

4.2.3 - Desmembramento 889

4.2.4 - Comissão de Sindicância ou de Inquérito 891

4.2.4.1 - Estabilidade 891

4.2.4.2 - Presidente: Requisitos, Atribuições e Voto Igualitário 893

4.2.4.3 - Hierarquia Entre Cargos e Aspectos Extralegais da Composição e da Instalação da Comissão 894

4.2.5 - Designação dos Integrantes da Comissão 897

4.2.5.1 - O Emprego de Integrantes e da Infraestrutura do Próprio Sistema

Correcional 898

4.2.5.2 - A Competência da Autoridade Instauradora para Designar Servidores Estranhos ao Sistema Correcional e a Precedência da Matéria Disciplinar 901

4.2.6 - Impedimento e Suspeição dos Integrantes da Comissão..... 907

4.2.7 - Prazos Legais para Conclusão do Processo Disciplinar..... 920

4.2.7.1 - Prazos Originários das Espécies de Processo Disciplinar e sua Forma de Contagem 922

4.2.7.2 - Prorrogação do Prazo para Conclusão dos Trabalhos da Comissão.... 924

4.2.7.3 - Designação de Nova Comissão para Ultimar os Trabalhos 927

4.3 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - ATOS INICIAIS E CONDUTAS GERAIS..... 933

4.3.1 - Ata de Instalação e Início dos Trabalhos..... 934

4.3.2 - Desnecessidade de Comunicação da Instalação, Salvo em Caso de Improbidade Administrativa 935

4.3.3 - Designação do Secretário 939

4.3.4 - Notificação Inicial do Servidor para Acompanhar o Processo como Acusado 940

4.3.4.1 - Deliberação Específica, Comunicações e Formas de Entrega 940

4.3.4.2 - Momento de Notificar, Exclusão do Polo Passivo e Inexistência de Defesa Prévia..... 959

4.3.5 - Notificações Iniciais Fictas 962

4.3.5.1 - Recusa de Recebimento da Notificação Inicial..... 962

4.3.5.2 - Servidor em Lugar Incerto e Não Sabido e Réu Preso..... 964

4.3.5.3 - Servidor em Local Conhecido e que se Oculta para Não Receber a Notificação Inicial..... 968

4.3.6 - Acompanhamento do Processo 972

4.3.6.1 - Prerrogativa de Acompanhamento Pessoal, por Procurador ou por Advogado e Defesas Colidentes..... 972

4.3.6.2 - Requisitos da Procuração e Prerrogativas do Advogado..... 978

4.3.6.3 - Faculdade de Contraditar e Impropriedade de Designar Defensor *Ad Hoc* ou Dativo 984

4.3.6.4 - Ausências ao Trabalho e Deslocamentos para Acompanhar o Processo993

4.3.6.5 - O Caráter Reservado das Reuniões Deliberativas da Comissão 995

4.3.7 - Repercussões da Notificação Inicial do Servidor..... 1001

4.3.7.1 - Férias, Remoção, Afastamentos e Exoneração e Aposentadoria Voluntárias..... 1001

4.3.8 - Formalidades Iniciais a Cada Designação de Nova Comissão 1015

4.3.9 - Afastamento Preventivo e Exercício Provisório do Acusado.. 1016

4.3.10 - Condução dos Trabalhos a Cargo da Comissão 1022

4.3.10.1 - A Busca da Verdade Material..... 1022

4.3.10.2 - Os Instrumentos de Atuação da Comissão 1023

4.3.10.2.1 - Possibilidade de Dedicação Integral 1023

4.3.10.2.2 - Autonomia da Comissão e o Sigilo da Instância Disciplinar..... 1026

4.3.10.3 - Os Delimitadores da Atuação da Comissão..... 1035

4.3.10.3.1 - Conduta Reservada, Presunção de Inocência e Ônus Probante.... 1036

4.3.10.3.2 - Condução Transparente 1039

4.3.10.4 - Eventuais Necessidades de Designação de Secretário Remoto ou *Ad Hoc* em Casos de Ausência ou Distância dos Membros da Comissão 1040

4.3.10.5 - Divergência na Comissão 1042

4.3.11 - Tipos de Atos Processuais e Suas Formas 1044

4.3.11.1 - Atas de Deliberação Decorrentes das Reuniões Deliberativas da Comissão 1047

4.3.11.2 - Despachos e Termos da Comissão..... 1052

4.3.11.3 - Atos de Comunicação da Comissão..... 1053

4.3.11.4 - Forma Escrita, Assinaturas e Rubricas 1066

4.3.11.5 - Volumes, Anexos e Quantidade de Folhas..... 1071

4.3.11.6 – Tamanho e Fonte do Tipo e Paginação 1073

4.3.11.7 - Juntada de Documentos Originais ou em Cópia e Desentranhamento de Elementos dos Autos 1074

4.3.11.8 - Juntada de Processos: Anexação e Apensação..... 1076

4.3.11.9 - A Preservação da Confidencialidade do Armazenamento e do Envio de Informações por Meio de Criptografia 1077

4.3.11.10 - Gerenciamento de Documentos em Processos Digitais Formalizados no Sistema e-Processo..... 1078

4.3.12 - Fornecimento de Cópia e de Vista do Processo..... 1086

4.3.12.1 - Quem Tem Direito 1086

4.3.12.2 - Cópia dos Autos: Quando Fornecer e Cobrança 1088

4.3.12.3 - Vista dos Autos..... 1091

4.4 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - ATOS DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA 1092

4.4.1 - Aspectos Introdutórios 1092

4.4.1.1 - Conceitos Elementares de Teoria da Prova..... 1093

4.4.1.1.1 - Introdução à Natureza Lógico-Argumentativa da Atividade Probatória..... 1093

4.4.1.1.1.a - As Visões Processual Tradicional, Epistemológica, Processual Moderna e Lógica Acerca da Atividade Probatória 1093

4.4.1.1.1.b - Espécies de Inferência Racional: Dedução e Indução 1107

4.4.1.1.2 - Inadmissibilidade de Provas Ilícitas 1112

4.4.1.1.2.a - Provas Ilícitas e Provas Ilegítimas 1112

4.4.1.1.2.b - A Aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada e Suas Exceções e as Descobertas Ocasionais 1117

4.4.1.1.3 - Conceituações e Classificações Diversas de Provas, Destacadamente Como Diretas e Indiretas 1122

4.4.1.1.3.a - As Diversas Classificações das Provas, Meios de Prova, Elementos Informativos, Provas em Sentido Estrito, Meios de Obtenção de Provas e Técnicas Especiais de Investigação 1122

4.4.1.1.3.b - Conceitos de Provas Diretas e Indiretas e Ausência de Diferenciação Valorativa 1129

4.4.1.1.3.c - Emprego da Prova Indireta na Inferência Racional do Ânimo Subjetivo 1135

4.4.1.1.4 - Indício de Prova, Prova Indireta por Indício e Presunção 1143

4.4.1.1.4.a - A Diferenciação Entre Indício de Prova e Prova Indireta por Indício 1143

4.4.1.1.4.b - Presunções 1148

4.4.1.1.5 - Valoração da Prova 1153

4.4.1.1.6 - Standards de Prova e Ônus Probatório 1157

4.4.1.1.6.a - Os Diferentes *Standards* de Prova das Instâncias Judiciais 1157

4.4.1.1.6.b - Ônus Probante e Suas Regras de Distribuição Associadas ao *Standard* de Prova 1164

4.4.1.1.6.c - A Questão do *Standard* de Prova do Processo Disciplinar 1170

4.4.1.2 - Peculiaridades da Instrução Probatória em Instância Disciplinar 1179

4.4.1.3 - Não Atendimento por Parte de Servidor ou de Particular à Intimação para Prestar Ato Processual 1185

4.4.1.4 - Sequência da Instrução Probatória Definida no Próprio Processo 1189

4.4.1.5 - Indeferimento de Pedidos da Defesa, Reconsideração e Recurso 1196

4.4.1.5.1 - Quantidade de Testemunhas 1202

4.4.1.6 - Prova Documental 1204

4.4.1.7 - Tradução 1213

4.4.1.8 - Cadeia de Custódia 1218

4.4.1.8.1 - A Construção Original do Conceito de Cadeia de Custódia para o Processo Penal 1218

4.4.1.8.2 - A Extensão do Conceito de Cadeia de Custódia para o Processo Disciplinar 1224

4.4.2 - Impedimento e Suspeição dos Participantes de Atos de Instrução

Probatória 1228

4.4.3 - Notificação ao Acusado da Realização de Atos de Instrução Probatória e Demais Atos de Comunicação..... 1233

4.4.3.1 - Prazos Legais de Antecedência para Entrega dos Atos de Comunicação na Instrução 1234

4.4.3.2 - Formas de Entrega dos Atos de Comunicação na Instrução 1237

4.4.4 - Oitiva de Testemunha..... 1256

4.4.4.1 - Atos Preparatórios Antes da Oitiva de Testemunha 1258

4.4.4.1.1 - Quem Deve, Quem Pode e Quem Não Pode Atuar como Testemunha 1259

4.4.4.1.2 - Atos de Comunicação da Oitiva de Testemunha 1261

4.4.4.2 - Cautelas no Início da Oitiva e Não Comparecimento da Testemunha 1270

4.4.4.3 - A Gravação da Oitiva de Testemunha..... 1274

4.4.4.4 - Arguições Preliminares da Oitiva de Testemunha 1279

4.4.4.4.1 - Alertas sobre Proteção de Dados Pessoais..... 1279

4.4.4.4.2 - Suspeição e Impedimento da Testemunha..... 1281

4.4.4.4.3 - Compromisso com a Verdade e Falso Testemunho..... 1282

4.4.4.4.4 - Contradita da Testemunha 1284

4.4.4.5 - A Inquirição em Si 1286

4.4.4.6 - Breve Introdução a Aspectos Verbais e Não Verbais Extraíveis da Prova Oral..... 1294

4.4.4.7 - Formas Tradicionais e Ultrapassadas da Coleta da Prova Testemunhal1300

4.4.4.7.1 - A Disposição Física da Sala para Oitivas Presenciais 1300

4.4.4.7.1 - A Redução a Termo..... 1302

4.4.4.7.3 - Os Antigos Meios de Superar Localização de Participantes em Distintas Localidades 1305

4.4.5 - Declarantes sem Compromisso de Verdade 1313

4.4.5.1 - Provas Orais Decorrentes de Colaboração Premiada Judicialmente Homologada 1315

4.4.6 - Diligências 1326

4.4.6.1 - Diligências de Natureza Fiscal no Curso do Processo Disciplinar 1335

4.4.6.2 - Reprodução Simulada 1341

4.4.7 - Pesquisas da Própria Comissão em Sistemas Informatizados 1342

4.4.8 - Apurações Especiais..... 1343

4.4.9 - Perícias e Assessorias Técnicas 1348

4.4.9.1 - Atestados Médicos e Perícias e Juntas Médicas Oficiais..... 1359

4.4.9.2 - Integrante de Comissão Designado para Atuar como Perito Externo 1370

4.4.10 - Consultas ou Assistências Técnicas e Requisições de Dados ou Informações a Unidades ou Órgãos 1371

4.4.11 - Acareação 1376

4.4.12 - Atos de Instrução que Envolvem Sigilos Fiscal ou Bancário 1379

4.4.12.1 - O Dever Funcional de o Agente do Fisco Guardar Sigilo dos Dados Fiscais e a Questão do Ministério Público 1380

4.4.12.2 - O Regramento Atual da Disponibilização de Dados Sigilosos, por Parte da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, para Órgãos Externos... 1393

4.4.12.3 - A Questão do Sigilo Fiscal Especificamente para Servidores da Secretaria da Receita Federal do Brasil, Sobretudo Aqueles que Integram o Sistema Correcional 1409

4.4.12.4 - Envio de Informações, por Parte da Comissão, para Outras Unidades e para Órgãos Externos 1424

4.4.12.5 - Sigilo Bancário 1427

4.4.13 - Compartilhamento de Elemento, Circulação de Elemento Informativo e Prova Emprestada 1450

4.4.14 - Captações de Comunicações 1459

4.4.14.1 - Interceptação e Escuta Telefônicas, Interceptação e Escuta Ambientais e Interceptações Informática e Telemática, nos Termos da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 1459

4.4.14.2 - Gravações Telefônica ou Ambiental Feitas pelo Interlocutor 1474

4.4.14.3 - Sigilo dos Dados Telefônicos, Informáticos e Telemáticos 1477

4.4.14.4 - Uso de Interceptações e Escutas Como Elementos Compartilhados no Processo Disciplinar 1484

4.4.14.5 - Detalhamentos da Interceptação de Comunicações por Correio Eletrônico e por Aplicativos Instantâneos de Mensagens e de Acesso ao Conteúdo Armazenado Destas Mensagens 1488

4.4.14.6 - Filmagem ou Gravação em Ambiente Público ou de Trabalho..... 1499

4.4.15 - Interrogatório do Acusado 1504

4.4.15.1 - O Momento do Interrogatório do Acusado 1504

4.4.15.2 - Atos Preparatórios Antes do Interrogatório do Acusado 1508

4.4.15.2.1 - Atos de Comunicação do Interrogatório do Acusado..... 1509

4.4.15.2.2 - A Participação de Acusado e/ou de Seu Procurador no Interrogatório de Coacusado 1518

4.4.15.3 - Cautelas no Início do Interrogatório e Não Comparecimento do Acusado 1522

4.4.15.4 - A Gravação do Interrogatório do Acusado 1525

4.4.15.5 - Arguições Preliminares do Interrogatório do Acusado..... 1531

4.4.15.5.1 - Cláusula da Não Autoincriminação..... 1531

4.4.15.5.2 - Ausência do Procurador do Acusado no Interrogatório 1534

4.4.15.6 - O Interrogatório em Si e a Possibilidade de Confissão 1536

4.4.15.7 - Oitivas e Demais Provas após o Interrogatório..... 1544

4.4.15.8 - Formas Tradicionais e Ultrapassadas da Coleta do Interrogatório do Acusado 1546

4.4.15.8.1 - A Disposição Física da Sala para Interrogatórios Presenciais..... 1547

4.4.15.8.2 - A Redução a Termo..... 1547

4.4.15.8.3 - Os Antigos Meios de Superar Localização de Participantes em Distintas Localidades 1549

4.4.16 - Incidente de Sanidade Mental..... 1556

4.4.17 - Encerramento da Busca de Provas..... 1580

4.4.17.1 - Livre Apreciação do Conjunto de Provas..... 1581

4.4.17.2 - Aspectos Concretos e Realistas da Formação da Convicção 1584

4.5 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - INDICIAÇÃO... 1586

4.5.1 - Manifestação de Convicção Preliminar 1586

4.5.2 - Elementos Essenciais, Descrição Fática e Enquadramento Legal..... 1588

4.5.3 - Concurso Efetivo de Infrações e Concurso Aparente de Infrações: Enquadramento Único ou Múltiplo 1595

4.6 - CONCEITOS PENAIS QUE PODEM SER RELEVANTES PARA A INDICIAÇÃO..... 1606

4.6.1 - Introdução..... 1606

4.6.1.1 - A Efetiva Operação dos Princípios da Intervenção Mínima e da Insignificância..... 1607

4.6.1.2 - Definição Analítica de Crime..... 1608

4.6.2 - Requisitos da Conduta Criminosa..... 1609

4.6.2.1 - Primeiro Requisito: Tipicidade, Dolo e Culpa 1609

4.6.2.2 - Segundo Requisito: Antijuridicidade..... 1620

4.6.2.2.1 - Estado de Necessidade, Legítima Defesa, Cumprimento de Dever Legal e Exercício Regular de Direito..... 1620

4.6.2.3 - Terceiro Requisito: Culpabilidade..... 1622

4.6.2.4 - Erro de Tipo, Descriminante Putativa e Erro de Proibição..... 1623

4.6.3 - Especificidades do Enquadramento Administrativo e Hipóteses que em Princípio o Afastam 1624

4.6.3.1 - Diferenças ente Enquadramento Administrativo e Tipo Penal..... 1624

4.6.3.2 - Dolo, Erro Grosseiro, Culpa Grave e Culpa Leve 1637

4.6.3.3 - Voluntariedade..... 1639

4.6.3.4 - Erro Escusável..... 1640

4.6.3.5 - Ausência de Ilicitude Material 1646

4.7 - LISTA DE TODOS OS ENQUADRAMENTOS PREVISTOS NA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990: UNIVERSO DAS IRREGULARIDADES QUE PODEM CONSTAR DA INDICIAÇÃO 1654

4.7.1 - O Escalonamento de Gravidade Previsto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 1654

4.7.1.1 - Repercussões Díspares para Situações Fáticas Aproximadas 1654

4.7.2 - Descumprimento dos Deveres do Art. 116..... 1658

4.7.2.1 - Inciso I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo 1659

4.7.2.2 - Inciso II - ser leal às instituições a que servir 1660

4.7.2.3 - Inciso III - observar as normas legais e regulamentares 1661

4.7.2.3.1 - Acesso Imotivado 1665

4.7.2.4 - Inciso IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais 1669

4.7.2.4.1 - A Questão da Ordem Judicial 1671

4.7.2.5 - Inciso V - atender com presteza: a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública..... 1673

4.7.2.6 - Inciso VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração 1674

4.7.2.7 - Inciso VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público 1676

4.7.2.8 - Inciso VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição 1677

4.7.2.9 - Inciso IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa 1681

4.7.2.10 - Inciso X - ser assíduo e pontual ao serviço 1684

4.7.2.11 - Inciso XI - tratar com urbanidade as pessoas 1701

4.7.2.12 - Inciso XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder 1702

4.7.3 - Afronta às Proibições do Art. 117 1704

4.7.3.1 - Inciso I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato 1706

4.7.3.2 - Inciso II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição..... 1707

4.7.3.3 - Inciso III - recusar fé a documentos públicos..... 1709

4.7.3.4 - Inciso IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e

processo ou execução de serviço 1709

4.7.3.5 - Inciso V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição 1710

4.7.3.6 - Inciso VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado 1711

4.7.3.7 - Inciso VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político 1712

4.7.3.8 - Inciso VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil 1713

4.7.3.9 - Inciso IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública 1722

4.7.3.10 - Inciso X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário 1727

4.7.3.10.1 - Gerência ou Administração de Sociedades Privadas 1728

4.7.3.10.2 - Exercício do Comércio 1747

4.7.3.10.3 - A Atividade Rural 1756

4.7.3.10.4 - Exceção ao Enquadramento em Caso de Licença 1760

4.7.3.11 - Inciso XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro 1761

4.7.3.12 - Inciso XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições 1765

4.7.3.13 - Inciso XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro 1768

4.7.3.14 - Inciso XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas 1769

4.7.3.15 - Inciso XV - proceder de forma desidiosa 1771

4.7.3.16 - Inciso XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares 1779

4.7.3.17 - Inciso XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias 1779

4.7.3.18 - Inciso XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho - em Associação com Conflito de Interesses Definido na Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 . 1780

4.7.3.18.1 - Atividades Privadas Incompatíveis sob a Ótica da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 1781

4.7.3.18.1.a - A Incompatibilidade com o Horário de Trabalho 1782

4.7.3.18.2 - A Incompatibilidade com a Natureza do Cargo ou da Função e Suas Duas Formas de se Configurar 1783

4.7.3.18.3 - Profissões Liberais 1787

4.7.3.18.4 - A Relação Entre Atividade Incompatível e Conflito de Interesses e a

Aplicabilidade Residual do Inciso XVIII do Art. 117 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990 1790

4.7.3.18.4.a - Esforços Iniciais de Conceituação Infralegal de Conflito de Interesses, Associados à Concessão de Licenças 1790

4.7.3.18.4.b - Incompatibilidade Material Como Espécie do Gênero Conflito de Interesses 1797

4.7.3.18.4.c - A Atual Aplicabilidade do Comando Estatutário 1799

4.7.3.18.5 - Especificidades da Carreira Típica e da Secretaria da Receita Federal do Brasil no Âmbito das Leis nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e nº 11.890, de 24 de dezembro de 2008 1807

4.7.3.18.5.a - A Atividade do Magistério 1815

4.7.3.18.5.b - Participação em Audiências, Conferências, Congressos, Seminários, Convenções, Fóruns, Solenidades, Treinamentos, Cursos, Aulas, Palestras e Reuniões 1819

4.7.3.18.6 - A Definição Legal de Conflito de Interesses e os Regramentos Punitivos e Preventivos da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 1832

4.7.3.18.6.a - Introdução Acerca do Abrangente Alcance Subjetivo da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 1832

4.7.3.18.6.b - A Definição Legal de Conflito de Interesses e os Comandos de Natureza Punitiva Generalistas 1836

4.7.3.18.6.c - Os Comandos de Natureza Preventiva Generalistas 1852

4.7.3.18.6.d - Comandos de Naturezas Punitiva e Preventiva Específicos 1866

4.7.3.18.7 - As Atividades Suscitadoras de Conflito de Interesses na Secretaria da Receita Federal do Brasil 1872

4.7.3.18.7.a - Advocacia 1874

4.7.3.18.7.b - Atividade Contábil 1885

4.7.3.18.7.c - Praticagem 1889

4.7.3.19 - Inciso XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado 1903

4.7.4 - Infrações Causadoras de Penas Capitais no Art. 132 1905

4.7.4.1 - Inciso I - crime contra a administração pública 1906

4.7.4.1.1 - Necessidade de Trânsito em Julgado e Sobrestamento 1907

4.7.4.1.2 - Manifestação Judicial para Perda do Cargo 1909

4.7.4.2 - Inciso II - abandono de cargo 1914

4.7.4.3 - Inciso III - inassiduidade habitual 1925

4.7.4.4 - Inciso IV - improbidade administrativa 1932

4.7.4.4.1 - A Inexistência de Vinculação da Instância Disciplinar em Relação à Instância Civil para Tratar do Tema da Improbidade Administrativa 1932

4.7.4.4.1.a - Histórico da Improbidade Administrativa e sua Previsão Constitucional Específica para a Instância Civil 1934

4.7.4.4.1.b - Autonomia do Enquadramento Estatutário em Face das Definições Materiais da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1922 1945

4.7.4.4.1.c - Rito Administrativo para Apuração de Improbidade Administartiva 1983

4.7.4.4.2 - As Fragilizações Impostas pela Lei nº 14.230, de 25 de Outubro de 2021, ao Controle Exclusivamente Civil da Probidade Administrativa e a Preservação da Instância Disciplinar..... 1987

4.7.4.4.2.a - A Obsessiva Exigência de Dolo nas Definições Materiais e a Ausência de Tipicidade Baseada em Jurisprudência para a Instância Civil 1990

4.7.4.4.2.b - As Diferentes Incidências sobre Particulares nas Instâncias Civil e Disciplinar 2001

4.7.4.4.2.c - As Três Espécies de Atos de Improbidade Administrativa e o Engessamento da Configuração dos Atos que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública na Instância Civil 2005

4.7.4.4.2.d - A Afronta ao Princípio da Proibição do Retrocesso Operada pela Lei nº 14.230, de 25 de Outubro de 2021 2017

4.7.4.4.2.e - As Diferentes Configurações de Irretroatividade, Retroatividade Benigna e Prescrição nas Instâncias Civil e Disciplinar 2027

4.7.4.4.3 - Enriquecimento Ilícito Decorrente de Apuração de Desproporção Patrimonial..... 2036

4.7.4.4.3.a - Introdução ao Tema da Desproporção Patrimonial..... 2037

4.7.4.4.3.b - Abordagem Ampla e Genérica do Tema da Desproporção Patrimonial 2045

4.7.4.4.3.c - Aplicação do Tema da Desproporção Patrimonial Especificamente no Ambito do Sistema Correcional da RFB..... 2092

4.7.4.4.3.d - Outras Questões Atinentes ao Tema da Desproporção Patrimonial 2101

4.7.4.4.4 - Apresentação de Declaração de Bens e Demissão por Omissão ou Fraude no Cumprimento Deste Dever..... 2113

4.7.4.4.5 - Atividades de Consultoria ou de Assessoria Privadas 2134

4.7.4.5 - Inciso V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição2146

4.7.4.6 - Inciso VI - insubordinação grave em serviço 2154

4.7.4.7 - Inciso VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem..... 2157

4.7.4.8 - Inciso VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos..... 2158

4.7.4.8.1 - Responsabilidade Fiscal e Infrações Administrativas de Natureza Financeira 2159

4.7.4.9 - Inciso IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo 2160

4.7.4.10 - Inciso X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional 2163

4.7.4.11 - Inciso XI - corrupção 2165

4.7.4.12 - Inciso XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas 2166
4.7.4.13 - Inciso XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117 2186
4.8 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - CITAÇÃO E DEFESA ESCRITA 2187
4.8.1 - Citação para Apresentação de Defesa Escrita e Formas de Entrega 2187
4.8.1.1 - Autos Originais não Saem da Repartição 2197
4.8.2 - Citações Fictas 2198
4.8.2.1 - Recusa de Recebimento da Citação 2198
4.8.2.2 - Indiciado em Lugar Incerto e Não Sabido e Réu Preso 2199
4.8.2.3 - Indiciado em Local Conhecido e que se Oculta para Não Receber a Citação 2202
4.8.3 - Prazos Originários para Defesa Escrita e Prorrogação 2206
4.8.4 - Defesa Escrita 2209
4.8.5 - Revelia e Defesa Dativa 2211
4.8.5.1 - A Indisponibilidade do Direito de Defesa 2211
4.8.5.2 - Defesa Inepta ou Insuficiente (Acusado Indefeso) 2218
4.9 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - RELATÓRIO DA COMISSÃO 2221
4.9.1 - Apresentação dos Parâmetros de Dosimetria (Natureza e Gravidade da Infração, Dano, Atenuantes, Agravantes, Antecedentes, Relação de Causalidade e Culpabilidade) 2224
4.9.2 - Descrição Fática, Enquadramento Razoável e Proporcional e Proposta de Pena 2228
4.9.3 - Encaminhamentos Finais do Relatório 2232
4.10 - 3ª FASE: JULGAMENTO 2236
4.10.1 - Abordagem Inicial 2236
4.10.1.1 - Análise Formal de Nulidade e Determinação de Refazimento dos Trabalhos 2237
4.10.1.2 - Proposta de Arquivamento e Determinação de Ultimação dos Trabalhos 2239
4.10.1.3 - A Contraposição da Competência da Autoridade com a Autonomia da Comissão 2246
4.10.2 - Penas Previstas 2247
4.10.2.1 - Vinculação da Aplicação da Pena 2251
4.10.2.2 - A Aplicação dos Parâmetros de Dosimetria de Pena (Natureza e

Gravidade da Infração, Dano, Atenuantes, Agravantes e Antecedentes) 2256

4.10.2.3 - Advertência 2259

4.10.2.4 - Suspensão 2261

4.10.2.4.1 - Aplicação Originária Residual 2261

4.10.2.4.2 - Reincidência e Gradação 2262

4.10.2.4.3 - Aplicação da Pena de Suspensão em Hipóteses Originariamente Puníveis com Advertência 2264

4.10.2.4.4 - Efetivação da Pena ou Sua Conversão em Multa 2268

4.10.2.4.5 - Não Submissão à Inspeção Médica 2270

4.10.2.5 - Penas Capitais (Demissão, Cassação de Aposentadoria ou de Disponibilidade e Destituição de Cargo em Comissão) 2278

4.10.2.5.1 - Para Enquadramentos Graves, Impossibilidade de Atenuação das Penas Expulsivas 2292

4.10.2.5.2 - Aplicação de Segunda Penalidade Expulsiva a Ex-Servidor Já Punido com Expulsão 2294

4.10.2.6 - Diferenças entre Exoneração, Demissão, Demissão a Bem do Serviço Público e Perda do Cargo 2296

4.10.3 - Competência para Aplicar Penas 2302

4.10.3.1 - Proposta da Comissão Fixa Competência do Julgamento 2311

4.10.3.2 - Atos de Assessoramento do Julgamento (Pareceres) 2318

4.10.3.3 - Impedimento e Suspeição da Autoridade Julgadora 2327

4.10.4 - O Valor do Relatório no Julgamento e a Livre Convicção da Autoridade Julgadora 2331

4.10.4.1 - Em Princípio, o Julgamento Acata o Relatório 2331

4.10.4.2 - Alteração do Enquadramento: Defesa Acerca do Fato 2333

4.10.4.4 - Presunção de Inocência e *In Dubio pro Reo* 2338

4.10.5 - Juntada Extemporânea de Provas, Prazo para Julgar e o Ato do Julgamento 2340

4.10.5.1 - Memorial de Defesa 2340

4.10.5.2 - Contraditório: Entre Acusado e Administração 2342

4.10.5.3 - O Prazo e o Ato Propriamente Dito em que se Exara o Julgamento 2343

4.10.6 - Consequências do Julgamento 2347

4.10.6.1 - Publicação, Presunção de Legitimidade e Autoexecutoriedade do Ato Punitivo 2347

4.10.6.2 - Monitoramento da Publicação, Imediato Comunicado do Julgamento e Efeitos Remuneratórios 2350

4.10.6.3 - Demais Comunicados e Controles Administrativos e Registro nos Assentamentos Funcionais 2358

4.10.6.4 - Comunicação de Dano ao Erário 2364

4.10.6.5 - Representação Penal 2366
4.10.6.6 - Repercussões Exclusivas das Penas Capitais 2368
4.10.6.7 - Perda da Cláusula de Sigilo de Processo Disciplinar após o Arquivamento 2376
4.11 - RITO SUMÁRIO 2378
4.11.1 - A Possibilidade de Instrução Ordinária e de Aplicação de Outras Penas 2379
4.11.2 - Rito para Acumulação Ilegal de Cargos 2383
4.11.3 - Rito para Abandono de Cargo e Inassiduidade Habitual 2389
4.12 - NULIDADES 2393
4.12.1 - Princípio do Prejuízo 2400
4.12.2 - Prescrição Quinquenal da Alegação de Nulidade 2403
4.12.3 - Nulidades Absolutas 2404
4.12.3.1 - De Competência 2405
4.12.3.2 - Relacionadas com a Composição da Comissão 2405
4.12.3.3 - Relacionadas com o Direito de Defesa do Acusado ou Indiciado 2405
4.12.3.4 - Relacionadas com o Julgamento do Processo 2405
4.12.4 - Nulidades Relativas 2405
4.13 - PRESCRIÇÃO 2407
4.13.1 - Termo Inicial da Contagem do Prazo Prescricional 2410
4.13.1.1 - A Configuração do Conhecimento do Fato 2413
4.13.1.2 - Peculiaridades no Conhecimento do Fato em Situações Específicas. 2422
4.13.1.3 - Prescrição Antes de Instaurar o Rito Disciplinar (Prescrição em Perspectiva) 2431
4.13.2 - Interrupção da Contagem do Prazo Prescricional e Retomada da Contagem 2434
4.13.2.1 - Termo Final da Interrupção e Prescrição no Curso do Inquérito Administrativo ou do Julgamento (Depois de Instaurar o Rito Disciplinar) 2438
4.13.2.2 - Suspensão da Contagem do Prazo Prescricional 2442
4.13.3 - Hipótese de Crime 2445
4.13.4 - Peculiaridades do Abandono de Cargo 2458
4.13.5 - Os Efeitos da Extinção da Punibilidade pela Prescrição e por Outros Motivos 2465
4.13.5.1 - Os Efeitos da Configuração da Prescrição em Diferentes Momentos Processuais 2465

4.13.5.2 - Os Efeitos da Morte do Acusado e das Aplicações Irretroativas da Lei Gravosa e da Lei Benigna 2471

4.14 - RESPONSABILIDADES 2482

4.14.1 - Responsabilização Civil 2483

4.14.1.1 - Dano Causado ao Erário 2489

4.14.1.2 - Dano Causado a Particular, Ação Regressiva e Denunciação à Lide 2492

4.14.2 - Responsabilização Penal 2493

4.14.3 - Regra Geral da Independência das Instâncias 2494

4.14.3.1 - Absolvição Criminal por Insuficiência de Provas ou por Fato Não Ser Crime e Falta Residual 2495

4.14.4 - Exceções à Independência das Instâncias 2497

4.14.4.1 - Absolvição Criminal por Inexistência do Fato ou Autoria ou por Excludentes de Ilicitude 2498

4.14.4.2 - Condenação Criminal Definitiva 2499

4.14.5 - Repercussão do Julgamento de Contas por Parte do Tribunal de Contas da União 2500

5 - CONTROLES INTERNO E EXTERNO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR 2502

5.1 - VIAS RECURSAIS DE CONTROLE INTERNO 2502

5.1.1 - Direito de Petição e Requerimento 2502

5.1.2 - Pedido de Reconsideração e Recurso Hierárquico 2508

5.1.3 - Revisão Processual 2517

5.1.3.1 - Fato Novo ou Circunstância Nova a Qualquer Tempo 2517

5.1.3.2 - Prescrição do Pedido a Partir do Conhecimento do Fato Novo 2520

5.1.3.3 - Rito da Revisão 2522

5.2 - VIAS RECURSAIS DE CONTROLE EXTERNO 2530

ANEXO I - SÍNTESE DAS MANIFESTAÇÕES DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO 2534

ANEXO II - RESPONSABILIZAÇÕES ADMINISTRATIVA E CIVIL EM DECORRÊNCIA DE DANO OU DESAPARECIMENTO DE BENS PÚBLICOS NO ÂMBITO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL 2546

ANEXO III - ASSÉDIO MORAL E ASSÉDIO SEXUAL 2584

ANEXO IV - PERÍCIA MÉDICO-PSIQUIÁTRICA EM INCIDENTE DE SANIDADE MENTAL 2613

ANEXO V - DADOS DE PUBLICAÇÃO DAS NORMAS CITADAS NO TEXTO 2637

ANEXO VI - FLUXOGRAMAS 2652

BIBLIOGRAFIA 2662

1 - INTRODUÇÃO

Apresenta-se este texto como um mero estudo teórico, de natureza pessoal e autoral, acerca das normas, técnicas e práticas que vinculam ou informam a Administração Pública na condução do processo disciplinar e na aplicação do regime disciplinar em âmbito federal, com o enfoque no rito processual da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e com especial ênfase nas peculiaridades da atividade disciplinar na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). Aqui, a expressão "regime disciplinar" refere-se ao conjunto de comandos legais definidores de deveres, proibições, ilícitos, responsabilidades, penas associadas, competências punitivas e prescrição da punibilidade, enquanto a expressão "processo disciplinar" refere-se à instrumentalidade que tem por fim justamente a aplicação daqueles comandos materiais. Em outras palavras, o processo disciplinar sintetiza a vertente processual do Direito Administrativo Disciplinar que, como tal, não subsiste por si só mas sim tem por razão de existência ser o instrumento pelo qual o Estado, diante de situações de embate entre o servidor e a Administração Pública, chega à dicção do Direito ao caso concreto, aplicando a vertente material do Direito Administrativo Disciplinar.

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

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

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

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

instâncias judiciais penal e civil, harmonizadas com o emprego de novas ferramentas decorrentes do avanço tecnológico e atentas a condutas infracionais associadas ao contexto social, a processualística disciplinar e as definições materiais de regime disciplinar não receberam do legislador ordinário a devida atenção, na forma de uma sistemática revisão e de uma completa atualização.

É certo que o regramento disciplinar do servidor público federal - que, conforme afirmado acima, tinha repouso desde a metade do século anterior na Lei nº 1.711, de 1952 - já havia obtido uma parcial atualização após a promulgação da atual CF e antes da entrada em vigor da Lei nº 8.112, de 1990, com a edição da Lei nº 8.027, de 12 de abril de 1990. Esta Lei apenas atualizava a lista de ilícitos do antigo Estatuto, vinculava-lhe as penas e estabelecia os respectivos prazos prescricionais; ou seja, a Lei nº 8.027, de 1990, tão somente havia inovado no regime disciplinar, nada tendo alterado no rito processual do antigo Estatuto. Sete meses depois, a Lei nº 8.112, de 1990, foi editada, não só ajustando o rito processual aos novos preceitos e garantias constitucionais mas também mantendo grande parte da relativa atualização que os enquadramentos haviam ganhado com a Lei nº 8.027, de 1990, já que muitos destes dispositivos foram reproduzidos no novo Estatuto (em alguns casos, apenas com ajuste na pena vinculada).

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

Se, por um lado, inicia-se este longo trabalho reconhecendo as lacunas da Lei que figura como norma geral do regime e do processo disciplinares, a saber, a Lei nº 8.112, de 1990, por outro lado, compensa-se com a percepção de que a posição central desta Lei não impede a incidência de diversas outras normas, que auxiliam o trabalho hermenêutico de integração. Assim, também integram a normatização da instância disciplinar dispositivos constitucionais de natureza principiológica (em geral, associados a direitos e garantias fundamentais individuais, no art. 5º da CF) e definidores da Administração Pública (nos arts 37 e 41 da CF), convenções e tratados internacionais formalmente admitidos no ordenamento pátrio, leis de conteúdo material (a exemplo das Leis nº 8.429, de 2 de junho de 1992 e 12.813, de 16 de maio de 2013) e de conteúdo procedimental (a exemplo da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) e inúmeras normas infralegais (a exemplo de Decretos e normas da lavra da Controladoria-Geral da União - CGU e da Corregedoria do Ministério da Fazenda - Coger-MF e sobretudo da própria RFB).

Convém, já de início, antes de prosseguir com a introdução do regramento que será abordado ao longo de todo este texto acerca do Direito Administrativo Disciplinar, abrir aqui um primeiro parêntese conceitual, a fim de expor a dificuldade de se tentar conceituar e delimitar o sentido com que se empregam a expressão “Administração Pública” ou simplesmente o termo “Administração”, em contraponto a “administração”.

O primeiro entendimento de Administração Pública diretamente associa-se à conversão da construção hipotética da lei em ato concreto, ou seja, à sua real execução no mundo real, por meio do que se chama de ato administrativo. Daí porque, precipuamente, se associa a expressão “Administração Pública” ao Poder Executivo. Este alcance inicial da expressão engloba não só a estrutura orgânica (os órgãos, as entidades e os agentes públicos)

mas também abrange a própria instrumentalidade administrativa, por meio de suas funções e atividades em si (a atuação estatal concreta e direta, na prestação de serviços públicos, para satisfazer as necessidades coletivas). A estrutura orgânica divide-se em Administração Pública direta (formada pelas pessoas jurídicas políticas - ou entidades estatais ou entes federados - União, Estados, Distrito Federal e Municípios e seus órgãos integrantes) e Administração Pública indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista dos respectivos entes federados), estando os respectivos quadros de agentes públicos e instrumentalidades do Poder Executivo englobados no conceito de Administração Pública. Por óbvio, o presente texto restringe-se à Administração Pública ao âmbito federal, representada pela União, cuja organicidade apresenta-se na redação atual do art. 4° do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

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

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

Decerto, as expressões ou termo acima (Administração, Administração Pública, Administração federal ou Administração Pública federal), convencionados de se grafar com iniciais maiúsculas, encerram em si um sentido subjetivo e um significado orgânico da estrutura administrativa com que se sintetiza o conjunto de órgãos e entidades de todas as esferas de Poder e de todos os entes federados que exercem a função administrativa. Em contrapartida, o termo convencionado de se grafar com inicial minúscula, “administração”, tem um sentido objetivo e material de conter um significado fático da atividade administrativa como o múnus exercido pelos entes que exercem a função administrativa. Nos termos ora convencionados, em síntese, Administração é conjunto de entes que exercem a administração.

Para fechar este primeiro parêntese, cabe ainda contrapor este sentido de Administração Pública ao sentido mais abrangente de Poder Público. Enquanto a Administração Pública encerra um corte temático voltado à função administrativa, o Poder Público abrange todos os poderes do Estado, de forma a incluir criação e a alteração legislativa e a aplicação do ordenamento (ou seja, as atividades essenciais e precípuas dos Poderes Legislativo e Judiciário, não abarcadas naquela primeira expressão). Toda a atividade estatal, por meio da qual, conglobantemente, o Estado mantém a sua pópria soberania, se encerra na expressão mais abrangente de Poder Público, por vezes empregada em diplomas legais.

Fechado este primeiro parêntese, novamente, antes de retomar o foco do presente texto de abordar o Direito Administrativo Disciplinar, cabe aqui abrir um segundo parêntese conceitual para inseri-lo no Direito Público Punitivo (ou Sancionador) e mais especificamente

no Direito Administrativo Sancionador.

O Direito Público Punitivo forma um suprassistema jurídico que, apesar de ser uno e coerente, todo submetido a uma mesma lógica coercitiva e de imposição estatal sobre o corpo social (sejam pessoas físicas, agentes públicos ou não, sejam pessoas jurídicas), também é ramificado e diversificado em diversos sistemas, subsistemas e regimes jurídicos próprios, em função de diferenças nos bens jurídicos que possam tutelar. Embora se compreenda haver componentes lógicos e finalísticos específicos para cada sub-ramo do Direito Público Punitivo, não se perde de vista jamais que toda a atividade pública sancionadora baliza-se por um mesmo feixe fundante de normas, destacadamente regras e princípios de envergadura constitucional asseguradores da justiça social e do equilíbrio de forças entre o Estado e o corpo social. O poder punitivo estatal encerra em si mesmo uma ideia de unidade, de onde emanam diferentes irradiações de aplicação, mas todas envolvidas e delimitadas por um único núcleo duro de balizamentos e de proteções constitucionais.

Nesta percepção ao mesmo tempo de completude e de diversidade do suprassistema do Direito Público Punitivo, vêm à tona, por exemplo, com suas próprias peculiaridades e com suas similaridades, o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. De um lado, destacando-se de imediato a sua maior diferença no ordenamento jurídico pátrio, enquanto o Direito Penal sanciona apenas pessoa física com possibilidade até de privação de liberdade e é aplicado exclusivamente pelo Estado judicial, ou seja, pelo Poder Judiciário em sua função fim e típica, a aplicação do Direito Administrativo Sancionador não atinge a liberdade do infrator, até porque este não necessariamente é pessoa física, e pode se incluir não só na alçada da Administração Pública (seja no sentido estrito, seja até no sentido extensivo da expressão) mas também em outras alçadas, como, a título de exemplos, do Poder Judiciário no exercício de sua atividade-fim judicial e até de entidades privadas, conforme adiante se exemplificará. De outro lado, é imprescindível aqui registrar a forte proximidade destes dois subsistemas do Direito Público Sancionador, que é a sua base principiológica praticamente similar.

Com efeito, como direto reflexo do Estado Democrático de Direito, os princípios do Direito Penal, como arcabouço normativo da instância de maior incisividade na esfera de direitos da pessoa, também irrigam o Direito Administrativo Sancionador, impondo como comuns alicerces estruturantes as garantias fundamentais individuais de molde constitucional assegurados a seus respectivos acusados - até porque, carecendo o Direito Administrativo como um todo e o Direito Administrativo Sancionador de uma codificação própria e de uma consolidação jurisprudencial e doutrinária tão bem sedimentada como possui o Direito Penal, é natural que este sirva de fonte dogmática daquele. Obviamente, de outra forma não poderia ser, pois não se cogita, salvo em Estado totalitário ditatorial, de qualquer construção com valor jurídico que esteja à margem dos limites constitucionais. Uma punição administrativa, manejada em qualquer das subinstâncias do Direito Administrativo Sancionador, que se aplicasse em desrespeito aos ditames protetivos constitucionais seria ato de arbítrio e de abuso de poder. Não há aqui, a favor do poder punitivo do Estado-Administração, nenhuma autorização para adoção de qualquer espécie procedimental ou entendimento material que simplifique, delimite, cerceie ou mitigue garantias fundamentais do administrado em favor de suposto (apenas suposto) interesse público na aplicação da reprimenda ao infrator a qualquer custo e a qualquer preço. Portanto, é certo que os princípios do Direito Penal se estendem, em sua aplicabilidade, ao Direito Administrativo Sancionador, como asseguradores de direitos e de garantias fundamentais individuais constitucionais.

A base deste pensar reside na constitucionalização do tema. O fato de a CF ter alçado a Administração Pública como um de seus tópicos, topografado como Capítulo VII - Da Administração Pública, no Título III - Da Organização do Estado, de arts. 37 a 43, promoveu o Direito Administrativo como um todo a ser objeto de aplicação sistemática dos princípios

constitucionais. Esta instância de Direito, outrora positivada apenas por regras legais, foi consagrada a poder receber toda a base de interpretação que se extrai sistematicamente do texto constitucional. Indubitavelmente, o legislador constituinte dotou o Direito Administrativo de autonomia em face a demais ramos do Direito (apesar de carente de codificação própria). Assim como desde sempre existiu com o Direito Penal, não se dissocia a visão conglobante de Direito Administrativo Sancionador de toda a base de princípios constitucionais voltados ao direito Público Punitivo como um todo. Se, de um lado, o *caput* do art. 37 e o art. 41 estabelecem princípios reitores da Administração Publica e possibilidade de sanções aos servidores, de outro lado, os diversos incisos do art. 5º da mesma CF elencam garantias fundamentais individuais de molde constitucional que se espraiam de forma praticamente similar para agentes infratores na instância penal e para agentes infratores na instância administrativa, consagrando, mais um vez, o salutar jogo de pesos e contrapesos com que deve se equilibrar toda forma de atuação jurídico-estatal. Neste mesmo sentido é a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares, da Consultoria-Geral da União (CNPAD/CGU/AGU), estampada no Parecer n° 3/2022/CNPAD/CGU/AGU.

> *Parecer n° 3/2022/CNPAD/CGU/AGU: "11. É dizer que a Constituição Federal de 1988 trouxe, ao Direito Administrativo, importante marco na mudança do tratamento dessa disciplina, haja vista a Carta Magna ter inserido seu objeto, qual seja, a Administração Pública, com capítulo próprio no seu Corpo.*
> *12. Tal escolha constituinte não é decorrente tão-somente de posição topográfica para tratamento da matéria, senão uma verdadeira mudança de paradigma no trato das matérias afetas à Administração Pública, posto, a partir de então, a própria hermenêutica constitucional dever ser adotada para interpretação do Direito Administrativo. Ou seja, este, que, até então, era compreendido essencialmente como um conjunto de regras infraconstitucionais, passa a ostentar uma estatura constitucional, reitere-se, aplicando-se à exegese administrativista os próprios fundamentos constitucionais, posto constitucionalizada a própria matéria.*
> *15. O Direito Administrativo Sancionador, pois, é fruto do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, no qual a persecução estatal tem um núcleo de direitos e de garantias fundamentais comuns a serem observados, em quaisquer que sejam as espécies de persecução."*

Não obstante esta forte amálgama jurídica que entrelaça o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador - ou seja, ainda que haja um núcleo único de proteções antiarbitrárias estabelecidas no texto constitucional (e mais destacadamente em comandos do seu art. 5º) que se aplicam indistintamente -, há diferenças nos regramentos e nos regimes jurídicos dos dois subsistemas aqui em comento. Até porque, como consequência da autonomia concedida pela CF ao Direito Administrativo, o Direito Administrativo Sancionador goza de independência em relação ao Direito Penal (e, obviamente, em relação a qualquer ramo do Direito Privado, como o Civil, por exemplo). Decerto, cabe aqui maior interesse em abordar o subsistema do Direito Administrativo Sancionador, uma vez que o Direito Penal foge completamente do escopo e da competência da Administração Pública e do interesse do presente texto.

Na mesma linha como já se expôs acima o entendimento mais extensivo para a expressão "Administração Pública", de forma coerente, o Direito Administrativo Sancionador não se condiciona e não se limita apenas à esfera orgânica e instrumental delimitada ao Poder Executivo, uma vez que se espraia em todas as relações jurídicas em que o Estado, de forma ampla, com base em lei, impõe comportamento e comina sanção de natureza de Direito Administrativo aos administrados, pessoas físicas (mantendo ou não, com o Estado, uma relação especial e estatutária de sujeição) ou jurídicas.

O Direito Administrativo Sancionador engloba, como exemplo mais óbvio e cristalino, o exercício do poder disciplinar da Administração Pública em face de seus servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 1990. Cabe também incluir o poder sancionador administrativo sobre pessoas jurídicas em decorrência de atos lesivos à Administração Pública, nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Outro exemplo bastante didático, agora no campo restrito da Administração Pública indireta, é o exercício do poder sancionador em face de empregados públicos regidos pela Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, e em face dos demais empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista. Permanecendo na Administração Pública indireta, mencionem-se as agências reguladoras, que possuem natureza de autarquias e competências sancionadoras em suas respectivas áreas de atuação. Também se trata deste mesmo subsistema quando se verifica a tutela disciplinadora do exercício de diversas profissões, por meio das respectivas entidades de fiscalização do exercício das atividades liberais (tais como os diversos Conselhos Federais de classes, que possuem poder disciplinar sobre os profissionais filiados e, embora sejam entidades reguladas pelo Direito Público, não corporificam a atuação direta da Administração Pública). Igualmente transita-se pelo sub-ramo de interesse quando se mencionam atividades fiscalizadoras e reguladoras exercidas pelo Estado, por meio de órgãos ou entidades, em setores de forte impacto social, tais como ordem econômica, mercados financeiros e outras áreas de interesse fazendário, além de trânsito, saúde pública, urbanismo, dentre outras. Por fim, cita-se o exemplo bastante interessante de o Direito Administrativo Sancionador ser exercitado na alçada judicial, para condutas graves de forte repulsa social e merecedoras de sanções severas, em razão de atos de improbidade administrativa (apesar da proximidade de tal ação com a tutela exercida pelo Direito Penal), conforme expressa o § 4º do art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992. Por outro lado, em contraposição, cite-se que o exercício do poder de polícia, embora por vezes possa ser confundido com sanção, não se insere na competência sancionadora do Estado e, portanto, situa-se à margem do Direito Administrativo Sancionador, uma vez que é uma espécie cautelar de atuação estatal, desprovida de natureza punitiva e dispensadora de todas as garantias fundamentais individuais de molde constitucional. Também ajuda a diferir as duas linhas de atuação estatal lembrar que o poder de polícia recai de forma geral e abrangente sobre todos os indivíduos em sociedade, enquanto o poder disciplinar somente se aplica aos agentes públicos, como o grupo de indivíduos que se submetem a um grau especial de subordinação.

Reitera-se, portanto, a necessidade de uma visão mais aberta para a correta compreensão - ainda que incipiente - do que seja Direito Administrativo Sancionador, sendo certo que sua aplicação não se condiciona formalmente à atuação apenas da Administração Pública no sentido estrito que se confunde com Poder Executivo e nem mesmo no sentido extensivo, mas sim abarca também, sob ótica material, a atuação do Poder Judiciário e até de entidades de controle de atividades privadas.

Fechado o segundo parêntese explicativo, volta-se ao foco de interesse da aplicação do Direito Administrativo Disciplinar. Precipuamente calcado no Direito positivado como um todo e em especial na normatização dotada de efeito vinculante e coercitivo, em que se inclui a base principiológica, legalmente válida para definir o regime disciplinar e para estabelecer o devido processo de natureza disciplinar a servidores estatutários, o texto em tela dedica-se à aplicação do Direito Administrativo Disciplinar, o qual, como ramo do Direito Público, mais especificamente do Direito Público Punitivo e ainda mais especificamente inserido no conceito de Direito Administrativo Sancionador, decorre da competência de a Administração Pública impor modelos de comportamento a seus agentes, com o fim de manter a regularidade, em sua estrutura interna, na execução e prestação dos serviços públicos, e de aplicar seu poder punitivo nos infratores.

Neste foco, é certo que a competência punitiva da Administração Pública no que tange especificamente ao poder disciplinar sobre seus agentes se desdobra na figuração do

polo condutor do processo disciplinar como o instrumento legalmente previsto (ou seja, em sentido estrito, em lei, a saber na Lei nº 8.112, de 1990) para apuração das infrações estatutárias, e na aplicação do regime disciplinar ao servidor infrator. Uma vez que o regime disciplinar estabelece padrões comportamentais asseguradores do equilíbrio interno, visando a inibir e a prevenir a ocorrência de ilicitude, o seu desatendimento, comprovado no curso do processo disciplinar, sujeita o infrator à devida sanção, também prevista na citada Lei.

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

Pelo exposto, nem todas as linhas de controle exercido pela Administração Pública interessam ao presente texto, em razão de o descumprimento de suas regras próprias de regência não serem objeto de processo disciplinar (salvo quando o contorno fático também encontrar enquadramento na Lei nº 8.112, de 1990), não obstante até terem sido contempladas com superficiais descrições em curtos tópicos.

Neste rumo, a matéria ética, embora seja uma outra subinstância administrativa e guarde relação de certa proximidade com a matéria disciplinar, não possui protagonismo neste trabalho. Daí, o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (aprovado pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994), o Manual de Conduta do Agente Público Civil do Poder Executivo Federal, da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, do Ministério da Economia (ME/SEDGG), divulgado pela Portaria ME/SEDGG nº 15.543, de 2 de julho de 2020, e o Código de Conduta da Alta Administração Federal, de 18 de agosto de 2000, bem como todo o Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo (de que trata o Decreto n° 6.029, de 1º de fevereiro de 2007) e até mesmo as matérias atinentes às competências da Comissão de Ética da RFB (CE-RFB) são aqui apenas sucintamente mencionados, a título de informação, mas não são considerados como diplomas normativos integrantes da instância disciplinar, por não se inserirem nas normas de natureza administrativa punitiva.

Embora também se enquadre na alçada do Direito Administrativo Sancionador, conforme se exemplificou linhas acima, também não faz parte do presente foco de dedicação o processo de responsabilização administrativa de pessoas jurídicas, em razão de atos lesivos à Administração Pública, nos termos da Lei nº 12.846, de 2013. Mesmo se o ato lesivo tiver contado com a participação de servidor, este responde disciplinarmente à luz apenas da Lei nº 8.112, de 1990, enquanto, de forma independente, aquele outro regramento incide apenas sobre o agente privado.

Delimitado o enfoque, a presente consolidação de anotações, apontamentos, opiniões, sugestões, comentários e questionamentos equivale tão somente a uma peça doutrinária qualquer, de livre adesão ou discordância, não vinculando as comissões investigativas, as comissões disciplinares e as autoridades legalmente competentes, nem no âmbito da RFB e muito menos nos demais órgãos públicos federais. E não se cogita de o fato de sempre contar com a amistosa colaboração de outros servidores afastar o caráter meramente autoral e não institucional deste texto, não se podendo atribuir àqueles colaboradores qualquer forma de responsabilização em função do conteúdo da peça.

Sendo obra pessoal e autoral, este trabalho não deve ser confundido com material institucional e tampouco se propõe ou pretende se fazer passar como voz e posicionamento

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

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

Faz-se ainda necessário alertar, sobretudo ao principiante em matéria disciplinar, para o fato de que, nem mesmo sob o limitado enfoque descrito acima, este texto deve ser empregado de forma irrestrita e indiscriminada em todos os casos práticos. Tratando-se de matéria jurídica, somente a análise concreta caso a caso, à luz da legislação vinculante, seja pela autoridade competente, seja pela comissão, é que permitirá a aplicabilidade ou não das ideias aqui expostas. Dada a natureza dinâmica do tema, refratária à imposição *a priori* de recomendações e posturas rígidas, é relevante ressaltar que as condições peculiares a cada caso podem exigir ajustes e adequações em comparação ao que aqui se escreve, devendo-se sempre ter como norte o bom senso, a plena consecução dos objetivos da instância disciplinar e o respeito irrestrito às garantias de defesa.

Em reforço à cautela recomendada acima para a adoção dos posicionamentos defendidos ao longo deste texto, retoma-se a ótica crítica que necessariamente tem de se ter sobre a Lei nº 8.112, de 1990, no que concerne ao tema disciplinar. É forçoso reconhecer que aquele diploma legal aborda todo o tipo de direitos e deveres da relação jurídico-estatutária firmada entre servidores e a Administração Pública federal, de sorte que a matéria disciplinar nela encartada não é a única e nem mesmo a sua principal vocação. A Lei nº 8.112, de 1990, não tem nem a intenção e muito a menos a qualidade e a extensão de ser um código material ou um código processual para a instância disciplinar. Assim, este Estatuto, quando tenta rascunhar um processo e um regime disciplinares, deixa muitas lacunas, o que obriga a frequente integração por meio de outras leis, voltadas para a processualística administrativa ou, residualmente, até mesmo judicial (nos códigos processuais e materiais), e de demais fontes ou referências, tais como princípios jurídicos, entendimentos sedimentados na Administração e no Poder Judiciário e, por fim, nas manifestações da doutrina.

> *"Integrar uma norma, seja ela de direito administrativo disciplinar, quer seja de outro ramo do Direito, significa a ação de o intérprete e aplicador do direito identificar lacunas não intencionais ou não eloquentes - não desejadas ou percebidas pelo legislador no momento de produção legislativa - na norma sob análise e, assim, nesse espaço normativo aberto, complementar o seu sentido, tendo em mira (limitação) os fins buscados pela própria lei (ou pelo sistema ou*

> *regime jurídico, sistematicamente), pelo legislador ou pelo corpo social.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. I, pg. 168, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Não obstante, mesmo depois de se empregarem todas estas alternativas de se integrarem as lacunas do Estatuto, ainda restam incidentes processuais possíveis de ocorrer na prática cotidiana da atividade disciplinar, sem se ter qualquer tipo de normatização ou jurisprudência ou prévio enfrentamento por parte da doutrina. E são justamente estes pontos obscuros que afligem o aplicador do Direito e que demandam enfrentamento.

É exatamente a percepção desta demanda que estimula a tentativa de elaborar um texto que aborde o máximo de detalhes e de situações que podem acontecer, descrevendo, passo a passo, o instrumento de exercício do poder disciplinar, qual seja, o processo disciplinar desde a forma de se fazer chegar à Administração a notícia da ocorrência de suposta irregularidade até o resultado final do rito contraditório, com o julgamento e aplicação da sanção em decorrência da comprovação do cometimento de infração disciplinar, descritas no regime disciplinar, se for o caso.

Diante da deliberada pretensão de ser o mais detalhado e pormenorizado possível e de tentar suprir as dúvidas de ordem prática e operacional com que frequentemente se deparam os integrantes de comissões investigativas e de comissões disciplinares, faz-se necessário suprir as lacunas legais, jurisprudenciais e doutrinárias com a exposição de praxes, práticas e costumes administrativos e, na parcela mais residual, até mesmo com a manifestação de opiniões pessoais. Assim, se por um lado, ao se chegar a ponto de se expressar opiniões pessoais, ganha-se na expectativa de se ver suprida grande quantidade dos incidentes possíveis, por outro lado, expõe-se a críticas, contestações, discordâncias, já que qualquer outro agente aplicador do regime e da processualística disciplinares pode, nesta parcela residual da matéria totalmente descoberta de norma, de jurisprudência e de doutrina, adotar opinião divergente e igualmente válida ou até mesmo de melhor qualidade técnico-jurídica.

O enfoque deste texto é precipuamente procedimental e prático, tentando-se abordar desde as situações mais cotidianas até aquelas mais inusitadas que podem ocorrer no curso dos processos disciplinares, sem a pretensão de aprofundar questões conceituais e teóricas de natureza jurídica, para as quais se dispõe de satisfatória doutrina. Sendo a principal vocação deste texto discorrer sobre o processo disciplinar, eis que demais conceitos de regime disciplinar que porventura interessem a esta instrumentalidade (institutos constitucionais e penais e o regime disciplinar da própria Lei nº 8.112, de 1990 - deveres, proibições e penalidades administrativas dos servidores) estão inseridos ao longo da exposição do rito, exatamente no ponto em que cada um deve ser suscitado na prática, de forma a preservar ao máximo a descrição sequenciada dos atos processuais conforme eles efetivamente ocorrem. Ou seja, os institutos de Direito material (do regime disciplinar) são criteriosa e providencialmente inseridos na descrição do Direito processual (do processo disciplinar).

Informe-se que, seguindo convenção adotada no Manual de Redação e de Elaboração de Atos Administrativos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (Marea), aprovado pela Portaria RFB nº 1.086, de 18 de julho de 2018, ao se grafar nome intitulativo extenso e composto, usou-se, na primeira menção (ou na única menção, se for o caso), em cada tópico do Índice, o nome completo seguido da sigla entre parênteses; e, nas menções seguintes ainda naquele mesmo tópico, permitiu-se usar apenas a já apresentada sigla.

Também para menção a normas, convencionou-se grafar sua data completa, indicando o dia, o mês e o ano de sua edição, por extenso na primeira menção (ou na única menção, se for o caso), em cada tópico do Índice, da forma "Lei nº x.xxx, de xx de xxxxxx de xxxx"; e, nas menções seguintes ainda naquele mesmo tópico, permitiu-se grafar a data reduzida, indicando apenas o ano de sua edição, da forma "Lei nº x.xxx, de xxxx". Aproveitou-se a mesma convenção para, apenas na primeira menção (ou na única menção, se for o caso), em

cada tópico do Índice, acrescentar-lhe o epíteto pelo qual porventura a norma tenha porventura se tornado mais conhecida. Acrescente-se ainda que também se padronizou grafar a articulação das normas indicando eventuais *caputs*, parágrafos, incisos e alíneas antes do artigo (como “alínea “x” do inciso x do parágrafo x do art. xxx”).

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

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

Ainda neste tema terminológico aplicável à instância disciplinar, além de caber como sinônimo de rito, como o caminho, a forma utilizada para se conjugar ordenadamente atos processuais, emprega-se o instituto do “procedimento” também com sentido de gênero, dentro do qual cabe, como espécie, o instituto do “processo”, tendo como um dos possíveis elementos diferenciadores a existência da natureza contraditória, com o que se dividem os procedimentos investigativos, em que não se assegura aquele direito fundamental individual de molde constitucional, e o processo disciplinar, que exige a sua garantia. Esta linha conceitual diferenciadora também é adotada pela doutrina.

> *“Como seu próprio nome demonstra o PAD é um processo, não um procedimento. Sobre a diferenciação entre processo e procedimento administrativo há controvérsias antigas no âmbito do direito processual e se referem a aspectos terminológicos e substanciais. (…).*
> *A partir do estudo de Benvenuti, intitulado “Funzione Amministrativa” (1952),*

> *delineou-se mais nitidamente a noção de 'procedimento' e 'processo', reduzindo-se o menosprezo pelo "procedimento", que readquiriu prestígio científico. A partir daí passou-se a raciocinar o procedimento como gênero e o processo como espécie, surgindo duas orientações principais: o critério da colaboração dos interessados, e o critério do contraditório.*
> *A evolução dos estudos sobre 'procedimento x processo' culminou na concepção do procedimento-gênero, com representação da passagem do poder em ato. Nesse enfoque, o procedimento consiste na sucessão necessária de atos encadeados entre si, que antecede e prepara um ato final. O procedimento se expressa como processo se for prevista também a cooperação de sujeitos, sob prisma contraditório.*
> *Tais conceitos resultam da combinação do critério da colaboração das partes e do contraditório, que melhor extraíram a essência das duas figuras. Também se admite o uso do critério da complexidade, na medida em que o processo, por significar colaboração dos interessados em contraditório, traduz malha mais rica de vínculos do que o procedimento.*
> *Essa diferenciação entre processo e procedimento, vinculando o primeiro à existência de contraditório e participação dos interessados, alinha-se ao magistério de Sandro Dezan e Jader Ferreira Martins, para quem processo é a relação jurídica em contraditório, na qual as partes se vinculam por meio de direitos e deveres, enquanto procedimento é a forma como a relação jurídica processual se apresenta, por meio de um encadear de atos subsequentes.*
> *A partir dessas lições de Odete Medauar, Sando Dezan e Jader Ferreira Martins sobre a diferença entre processo e procedimento, pode-se concluir que o procedimento administrativo está ligado a atos mais simples, enquanto o processo administrativo se liga ao encadeamento de atos que buscam uma decisão, sob o manto do contraditório.", Luciano Rosa Vicente, "O Impacto dos Instrumentos Desburocratizantes na Celeridade Processual da Corregedoria da Receita Federal do Brasil", Dissertação de Mestrado em Direito no Centro Universitário de Brasília, pg. 14, 2021*

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

Ademais, reconhece-se que a expressão "processos correcionais", estampada no Título III da Portaria Normativa (PN) CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022, se refere a todas as espécies de processos de responsabilização de agentes públicos (em que se inclui o PAD) e ao processo de responsabilização de pessoas jurídicas, ou seja, excluindo do escopo os procedimentos investigativos. Não obstante, sendo o foco deste texto o regime e o processo disciplinares a que se submetem, subjetivamente, os servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 1990, por vezes, se permite a liberalidade de variação de grafia e de terminologia, para empregar a adjetivação abrangente "correcional" (ou o substantivo "correição") quando na verdade se quer mencionar apenas o tema disciplinar, tanto em termos de procedimentos investigativos, de processos de responsabilização, abarcando toda a noção de instância, de atividade, de atuação ou de persecução. Ou seja, informalmente emprega-se o termo "correcional" como informal sinônimo para o termo "disciplinar", sobretudo para evitar sucessivas repetições deste termo em uma frase ou em um parágrafo. Assim, expressões

informalmente construídas como instância correcional, atividade correcional, atuação correcional e persecução correcional assumem o valor mais exato de instância disciplinar, atividade disciplinar, atuação disciplinar e persecução disciplinar, abarcando tanto os procedimentos investigativos quanto os processos de responsabilização dos agentes públicos (PAD e sindicância disciplinar). Mas, é de se informar que, a rigor, conforme a Seção III do Capítulo I e o já mencionado Capítulo III, a citada norma estruturante do SisCor não estabelece um grande gênero procedimental e define duas espécies, a saber, dos procedimentos investigativos e dos processos correcionais (os processos de responsabilização, tais como PAD e sindicância disciplinar). Na ausência de uma definição normativa mais abrangente para todos os ritos da instância disciplinar, conveciona-se que se emprega a expressão "procedimentos correcionais" para abarcar as espécies procedimentos investigativos e processos correcionais (ou de responsabilização).

Cabe ainda informar que, regimentalmente, na RFB, a estrutura orgânica voltada e competente para a aplicação do Direito Administrativo Disciplinar se compõe de uma unidade central, intitulada Corregedoria (Coger), e dez unidades regionais, intituladas Escritórios de Corregedoria (Escor), um em cada Região Fiscal (RF). Tanto a normatização interna quanto a própria praxe administrativa por vezes utilizam o nome "Corregedoria" ou a sigla "Coger" para se referirem especificamente àquela unidade central, excluindo as dez projeções regionais, e por vezes os empregam como referência abrangente a todo sistema correcional. Na medida do possível, para buscar uma diferenciação, o presente texto mantém a padronização do emprego dos termos "Corregedoria" ou "Coger" no sentido estrito da unidade central, aplicando termo mais genérico "corregedoria" ou as expressões "corregedoria da RFB" ou "unidade de correição da RFB" ou "unidade setorial de correição da RFB" ou "sistema correcional da RFB" para abrangerem o sentido amplo de toda estrutura orgânica formada pela Coger somada aos dez Escor. Neste linha, até se reconhece que a expressão "sistema correcional da RFB", embora seja uma opção de certa forma atécnica em razão do seu anacronismo (visto que a estruturação interna do órgão passou a ser fragmentada nos chamados processos de trabalho e não mais na visão estreita e verticalizada de sistemas), é justamente a menção mais empregada para este sentido amplo. Além disto, sob esta ótica orgânico-institucional, as expressões "sistema correcional da RFB", "estrutura correcional" e "unidade de correição" requerem a mesma ressalva à luz da PN CGU nº 27, de 2022, conforme se obrigou esclarecer no parágrafo antecedente, quando se refere à instância ou atividade ou atuação ou persecução, que, a rigor, se desdobra em disciplinar e responsabilizadora de pessoas jurídicas, ambas com as respectivas fases investigativa e responsabilizadora, pois de fato, o sistema, a estrutura e as unidades componentes são unos.

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

É importante também esclarecer que este texto, desde sua versão inicial, em 2005, até 2015, se reportava unicamente ao processo físico, com suporte documental em papel. Com a adoção do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) pela Coger, por meio da Ordem de

Serviço (OS) Coger nº 1, de 3 de junho de 2015, a partir de 31/12/15, crescentemente passou-se a empregar o processo digital, com suporte documental em meio digital, até ter-se atingido a totalidade de os autos em tramitação já serem digitais. Com isto, ajustou-se toda a redação do presente texto para a realidade atual atual em que a integralidade dos processos em curso é formalizada em sistema eletrônico.

Como se pode perceber linhas acima, estas convenções e padronizações de grafia já são exercitadas, no que cabível, desde a presente Introdução.

Ainda acerca da forma ora empregada de elaboração deste trabalho, esclarece-se que os temas são apresentados em tópicos, com textos narrativos meramente autorais entremeados e enriquecidos por uma pré-determinada sequência informativa, iniciada por reproduções da base normativa, dentro das quais, sempre que aplicável, incluem-se normas internas específicas da RFB (***em azul***), seguidas de citações de entendimentos adotados na Administração (***em vermelho***), de decisões judiciais (***em verde***) e de manifestações doutrinárias (***em marrom***). É de se destacar que nem sempre se dispõe de qualquer destas fontes ou referências e muito menos de todas, mas, sempre que empregadas, o foram na ordem acima descrita (ainda que com lacunas de uma ou de outras), como reflexo de um decrescente poder vinculante.

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

Ademais, faz-se necessário esclarecer que, uma vez que o principal objetivo deste texto é apresentar um roteiro prático para condução do processo disciplinar e para a consequente aplicação do regime disciplinar, aqui, em geral (salvo raras exceções de fim didático), se reproduzem apenas as manifestações jurisprudenciais e doutrinárias que coincidem com os entendimentos ora adotados - os quais, por sua vez, sempre refletem posicionamentos institucionais da Coger e também, sempre que possível, da CGU. Mesmo sabendo da inafastável vocação da ciência jurídica para debater, como regra geral, não é intenção deste trabalho - de viés eminentemente pragmático - aprofundar debates acadêmicos e enveredar em discussões exclusivamente conceituais acerca de diferentes teorias e correntes contrárias de pensamento. Assim, deliberadamente, não se mencionam julgados ou autores em sentido oposto ao ora adotado.

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

2 - ESTRUTURAS CORRECIONAIS E ANTECEDENTES DO PROCESSO DISCIPLINAR

Embora se tenha introduzido anteriormente que o foco deste texto é a apresentação do rito procedimental do processo disciplinar, encartado pelos conceitos materirias do regime disciplinar, à luz da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, antes de se chegar neste cerne do trabalho será necessária uma longa explanação preparatória de conceitos transversais à instrumentalidade e de temas pré-processuais. Não seria didático já iniciar na apresentação dos atos procedimentais em si sem previamente estender a abordagem introdutória, a fim de facilitar a posterior compreensão do objetivo principal de toda explanação.

E esta preparação com conceitos transversais e temas pré-processuais se iniciará com a apresentação das estruturas orgânicas que efetivamente aplicam o processo disciplinar como instrumento de efetivação do regime disciplinar estatuído naquela Lei. Melhor assumindo, voltando-se este texto precipuamente para o emprego no âmbito do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), não há interesse em se dedicar a apresentar as estruturas de correição existentes em todo Poder Executivo federal. Ao contrário, além do óbvio e destacado interesse sobre o sistema de correição da RFB (que será abordado em **2.2**), apresentam-se também merecedoras de atenção apenas as estruturas correcionais que lhe são, de certa forma, superiores, se não hierarquicamente mas sim porque ostentam posição de ascendência técnico-normativa. Esta lista se reduz à estrutura correcional existente no âmbito da Controladoria-Geral da União (CGU, que será abordada em **2.1.1**) e à unidade de correição de abrangência ministerial, que é a Corregedoria do Ministério da Fazenda (Coger-MF, que será abordada em **2.1.2**). A atenção dedicada a estes três tópicos se sustenta na lógica didática de, antes de se apresentar o que se faz e como se faz no curso do processo disciplinar, é indispensável apresentar quem o faz

Após a apresentação das estruturas orgânicas que aplicam o Direito Administrativo Disciplinar no foco de interesse na instância federal, a abordagem preparatória prosseguirá com a apresentação da procedimentalização dos atos que antecedem o processo disciplinar em si, desde a feitura da notícia de suposto ato de interesse disciplinar (conforem se verá em **2.3** e em **2.4**), passando por sua recepção e por seu tratamento, no que se chama fase de admissibilidade (conforme se verá em **2.5**).

2.1 - ESTRUTURAS CORRECIONAIS ACIMA DA SECRETARIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

Previamente à descrição do contexto jurídico em que se insere todo o Direito Administrativo Disciplinar e do início da instrumentalidade que antecede o processo discipilinar em si, desde o dever de representar até a conclusão da fase de admissibilidade da notícia de suposta irregularidade, convém apresentar as organicidades de interesse para este texto mas que transcendem os limites da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).

Em sintéticas palavras, reporta-se aqui à estrutura correcional existente no âmbito da Controladoria-Geral da União (CGU, em **2.1.1**) e à unidade de correição de abrangência ministerial, que é a Corregedoria do Ministério da Fazenda (Coger-MF, em **2.1.2**), que não são órgão e unidade hierarquicamente superiores ao sistema correcional da RFB, mas que, à luz do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), estabelecido pelo Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, possuem competência de orientação normativa e de supervisão técnica.

Não obstante este Decreto ter exigido, a partir de sua entrada em vigência, que órgãos

e entidades federais instituíssem suas próprias unidades de correição e independentemente do grau quantitativo e qualitativo com que o comando normartivo foi cumprido no âmbito do SisCor, de nada interessa dedicar linhas para descrever unidades de correição paralelas, de mesmo *status* e de similar posição jurídica que o sistema correcional da RFB.

2.1.1 - A Controladoria-Geral da União e o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal

Para se esboçar um breve relato histórico, primeiramente é necessário relembrar que a Constituição Federal (CF), a partir de 05/10/88, reinaugurando a normalidade institucional no país com o reestabelecimento do Estado Democrático de Direito, consagrou a moralidade administrativa como um dos princípios reitores da Administração Pública e, no específico foco federal, fortaleceu algumas instituições que, de certa forma, se enquadram no que se pode chamar de agências anticorrupção, a exemplo do Ministério Público Federal (MPF), do Tribunal de Contas da União (TCU), além das comissões parlamentares de inquérito (CPI), a que se soma ainda a consequente reconquista da liberdade de imprensa. No mesmo contexto, no plano legislativo, são contemporâneas as edições da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do TCU) e da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União - MPU).

Na sequência deste movimento a favor da probidade administrativa, cabe acrescentar que, até 28/04/94, a atividade de controle interno, englobando auditoria, fiscalização e avaliação de gestão, era exercida no âmbito da Administração Pública federal de forma pulverizada. Em cada Ministério, existia um órgão específico responsável, em geral denominado Secretaria de Controle Interno (Ciset), sempre com algum grau de subordinação hierárquica em relação ao titular da Pasta, em um modelo que obviamente não assegurava as integrais autonomia e independência de atuação. A partir daquela data, que marca o início da vigência da Medida Provisória (MP) nº 480, de 27 de abril de 1994, operou-se uma centralização da atividade, tendo sido as Cisets absorvidas e concentradas no âmbito do Ministério da Fazenda (MF), com exceção dos respectivos órgãos dos Ministérios da Defesa e das Relações Exteriores e da Presidência da República (destaque-se que, atualmente, há a Ciset da Secretaria-Executiva da Casa Civil da Presidência da República, que abarca a sua Corregedoria - CCPR/SE/Ciset/ CORPR), na estrutura de um órgão único, a Secretaria Federal de Controle Interno (MF/SFC). A criação da MF/SFC, pela MP nº 480, de 1994, atendeu ao comando estabelecido desde o art. 74 da CF, que determina que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem manter, de forma integrada, sistema de controle interno.

Neste ambiente mais propício a um mínimo de transparência e de controle social, impensáveis ao tempo do regime ditatorial de exceção, foi se tornando crescente e cada vez mais frequente a divulgação de notícias e consequentes investigações de casos de corrupção *lato sensu*, alguns com grande repercussão social. Enriquecendo o relato do contexto histórico, dois fatos merecem destaque. O primeiro, de maior relevância, foi o possível envolvimento do então Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, noticiado no início de 2001, em supostas intermediações de interesses privados e em caso de vultoso desvio de recursos para a construção da sede do Tribunal Regional do Trabalho em São Paulo (TRT/SP). Embora de menor impacto no tema de interesse, também merece se acrescentar a eclosão, à mesma época, de um escândalo, com o relatório de auditoria realizada pelo Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR), que ratificou diversas denúncias de desvio de vultosos recursos públicos, no âmbito da Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam), autarquia daquela própria Pasta (por meio de

fraudes na concessão de benefícios fiscais e na gestão do Fundo de Investimentos da Amazônia - Finam), envolvendo relevantes nomes da classe política de então. Nas fortes repercussões políticas destes eventos, havia uma tentativa de instauração de uma CPI, no Congresso Nacional, o que, obviamente, era objeto de estratégias de minoração de seus efeitos pelo então governo federal.

Em resposta a este cenário desfavorável, o Poder Executivo federal, desgastado pelos efeitos negativos de seus esforços para se blindar das repercussões danosas das crescentes e sucessivas notícias de corrupção e com as pesquisas de opinião de que não havia vontade política de investigá-las, em contrapartida, criou a então Corregedoria-Geral da União, por meio da MP nº 2.143-31, de 2 de abril de 2001, que alterou a Lei nº 9.649, de 27 de junho de 1988, a qual, por sua vez, dispunha sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios. Não se pode, portanto, afirmar que esta iniciativa tenha decorrido de um planejamento estratégico de ação governamental com vista ao combate à corrupção de forma programada, devendo sim se admitir que não passou de uma imediatista resposta a problemas conjunturais de momento. Para além daquele efeito compensador, a criação deste novo órgão também foi utilizada como argumento contrário à instauração da aludida CPI, sob alegação de que uma simultânea investigação parlamentar esvaziaria e até mesmo desacreditaria os trabalhos recém-iniciados no âmbito do próprio Poder Executivo federal.

Aquele novo órgão foi criado como integrante da Presidência da República e tinha como titular o Corregedor-Geral da União (com *status* de Ministério e de Ministro de Estado), com competência para assistir imediata e diretamente ao Presidente da República nos assuntos atinentes à defesa do patrimônio público, conforme os comandos do inciso I do § 3º do art. 1º, do art. 6º-A, do parágrafo único do art. 13 e do art. 14-A, todos da já citada Lei nº 9.649, de 1988. Esta competência era exercida com incumbências limitada e tipicamente disciplinares, por meio da sua Subcorregedoria-Geral. Já no ano seguinte, seu rol de competências passou a incluir também, além da correição, as atividades de controle interno e de ouvidoria, com a transferência das respectivas estruturas da MF/SFC, que, como já exposto, desde a MP nº 480, de 1994, vinculava-se ao MF, e da Ouvidoria-Geral da União, originalmente vinculada ao então Ministério da Justiça (MJ/OGU), por força do já revogado Decreto nº 4.177, de 28 de março de 2002.

À vista deste alcance maior de competências, que se estendeu além da atuação apenas disciplinar, a MP nº 103, de 1º de janeiro de 2003, posteriormente convertida na Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, ao revogar a anterior Lei nº 9.649, de 1988, e ao passar a dispor sobre a então organização da Presidência da República e dos Ministérios, denominou o órgão como Controladoria-Geral da União (CGU) e o fez incorporar a estrutura e as competências da ex-Corregedoria-Geral da União. A CGU foi mantida como um órgão integrante da Presidência da República e com o mesmo *status* de Ministério e o titular da Pasta inicialmente se denominou Ministro de Estado do Controle e da Transparência. Ademais, a sua competência para assistir diretamente ao Chefe do Poder Executivo federal se estendeu aos assuntos relacionados à defesa do patrimônio público, à prevenção da corrupção, ao incremento da transparência na gestão pública federal, à correição e ao combate à corrupção, ao controle interno, à auditoria governamental e à ouvidoria.

Tão somente com o que por ora se descreveu, é inegável que a CGU, nestes primeiros oito anos desde a sua atuação, de imediato sedimentou a centralização, a qualificação técnica e a autonomia da atividade de controle interno e, já mais amadurecida, logrou relevante ganho em suas competências e nítido fortalecimento institucional, que a habilitou a poder ser considerada como mais uma agência anticorrupção, no modelo de multiagências adotado pelo País.

Depois desta fase inicial de implantação, cabe informar que, por força da Lei nº 12.314, de 19 de agosto de 2010, o titular do órgão passou a ser denominado Ministro de

Estado Chefe da CGU. Mas, muito mais relevante que este detalhe é ressaltar os importantes papeis que consecutiva e crescentemente o ordenamento legal foi atribuindo à CGU. O órgão se viu instado a conciliar todo rol de suas competências com as impactantes inovações legislativas trazidas pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (a Lei de Acesso à Informação), pela Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 (a Lei de Conflito de Interesses) e destacadamente pela Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (a Lei Anticorrupção). A CGU passou a desempenhar protagonismo nas linhas de controle vinculadas aos objetivos fortemente republicanos que ampararam a edição destes diplomas legais e que amparam a sua aplicação, agregando ao órgão visibilidade e credibilidade no âmbito da Administração Pública e de toda sociedade.

A estrutura orgânica da CGU se manteve inalterada desde a MP nº 103, de 2003, por treze anos. No entanto, a conversão da MP nº 726, de 12 de maio de 2016, na Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016, importou em mudanças. A CGU, como órgão integrante da Presidência da República, foi extinta e, em seu lugar, foi criado o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, titularizada pelo Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controle, nomes que perduraram apenas nos meses de vigência daquela MP, com a Lei conversora adotando os nomes de Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU - com que o legislador adequou a mudança do nome expressado pelo Poder Executivo federal na MP à histórica sigla que acompanhava o órgão desde sua criação) e de Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. Com isto, a CGU passou de um órgão de assessoramento direto do Presidente da República para uma Pasta ministerial. Em seguida, a MP nº 782, de 31 de maio de 2017, convertida na Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017, alterou os nomes da Pasta para Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, mantida a sigla, e do titular para Ministério de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União. E, com a edição da MP nº 870, de 1º de janeiro de 2019, posteriormente convertida na Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, o Ministério voltou a se chamar simplesmente Controladoria-Geral da União.

No modelo atual, nos moldes dos incisos do *caput* do art. 49 da Lei nº 14.600, de 19 de junho de 2023, que revogou a Lei nº 13.844, de 2019, como o diploma legal estruturante da Administração Pública federal, na integralidade de suas competências, a CGU atua na defesa do patrimônio público; no controle interno; na auditoria governamental; na integridade pública e privada; na correição em face de agentes públicos e de pessoas jurídicas; na prevenção e no combate à corrupção; na ouvidoria; na transparência e no acesso à informação (competência reiterada no inciso V do § 1º do mesmo comando legal); na promoção da ética pública; na prevenção do nepotismo e dos conflitos de interesses (competência reiterada no inciso VI do § 1º do mesmo comando legal); e no suporte à gestão de riscos.

> *Lei nº 14.600, de 2023 - Art. 49. Constituem áreas de competência da Controladoria-Geral da União:*
> *I - defesa do patrimônio público;*
> *II - controle interno e auditoria governamental;*
> *III - fiscalização e avaliação de políticas públicas e de programas de governo;*
> *IV - integridade pública e privada;*
> *V - correição e responsabilização de agentes públicos e de entes privados;*
> *VI - prevenção e combate a fraudes e à corrupção;*
> *VII - ouvidoria;*
> *VIII - incremento da transparência, dados abertos e acesso à informação;*
> *IX - promoção da ética pública e prevenção ao nepotismo e aos conflitos de interesses;*
> *X - suporte à gestão de riscos; e*
> *XI - articulação com organismos internacionais e com órgãos e entidades, nacionais ou estrangeiros, nos temas que lhe são afetos.*
> *§ 1º As competências atribuídas à Controladoria-Geral da União*

> *compreendem:*
> *V - monitorar o cumprimento da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, no âmbito do Poder Executivo federal;*
> *VI - promover a fiscalização e a avaliação do conflito de interesses, nos termos do art. 8º da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013;*

Tanto é verdade que, de forma sistêmica, a CGU acumula, dentre outras, as funções de órgão central (de supervisão técnica e de orientação normativa) não só do Sistema de Correição (SisCor, que adiante se detalhará) mas também do Sistema de Controle Interno (SCI, responsável por fiscalizar programas de governo, por auditorias e por avaliações de resultados gerenciais), do Sistema de Ouvidoria (SisOuv, responsável pelo tratamento das manifestações de usuários de serviços públicos) e do Sistema de Integridade Pública (Sipef, responsável por coordenar, articular e estabelecer padrões para as práticas e medidas relativas à integridade), todos do Poder Executivo federal. Mas, para o presente texto, interessa apenas a atuação naquele primeiro Sistema, cujas atividades são exercidas pela atual Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG, em sucessão à ex-Subcorregedoria-Geral).

Assim, embora também figurem, ao lado da CGU/CRG, como órgãos específicos singulares da CGU, a Secretaria Federal de Controle Interno (CGU/SFC), a Ouvidoria-Geral da União (CGU/OGU), a Secretaria de Integridade Pública, a Secretaria de Integridade Privada e a Secretaria Nacional de Acesso à Informação não terão aqui abordadas as linhas de atuação que imprimem às suas respectivas áreas de competência. O foco de interesse neste tópico é expor a atuação da CGU/CRG, como órgão de correição, e de suas unidades e subunidades internas (Diretorias e Coordenações-Gerais), que adiante serão apresentadas.

Neste rumo mais específico, os incisos II, III, IV e VII do § 1º do art. 49 da Lei nº 14.600, de 2023, impõem que incumbe à CGU não só proceder a investigações e apurações em face de agentes públicos (inclusive de natureza patrimonial) e de pessoas jurídicas mas também avocar procedimentos em curso nos órgãos e entidades do SisCor. Para tanto, conforme o inciso VIII do § 1º e o § 5º do mesmo comando legal, a CGU pode requisitar servidores e ter acesso a informações, documentos, procedimentos e processos, inclusive julgados há menos de cinco anos e arquivados. Mas, no caso da atuação correcional no âmbito da RFB, onde se lida cotidianamente com dados protegidos por sigilo fiscal, esta competência da CGU é de ser vista com ponderação, pois a cláusula específica de sigilo legal não pode ser afastada.

> *Lei nº 14.600, de 2023 - Art. 49.*
> *§ 1º As competências atribuídas à Controladoria-Geral da União compreendem:*
> *II - realizar inspeções, apurar irregularidades, instaurar sindicâncias, II - realizar inspeções, apurar irregularidades, instaurar sindicâncias, investigações e processos administrativos disciplinares, bem como acompanhar e, quando necessário, avocar os referidos procedimentos em curso em órgãos e em entidades federais para exame de sua regularidade ou condução de seus atos, além de poder promover a declaração de sua nulidade ou propor a adoção de providências ou a correção de falhas;*
> *III - instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas com fundamento na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, acompanhar e, quando necessário, avocar os referidos procedimentos em curso em órgãos e em entidades federais para exame de sua regularidade ou condução de seus atos, além de poder promover a declaração de sua nulidade ou propor a adoção de providências ou a correção de falhas, bem como celebrar, quando cabível, acordo de leniência ou termo de compromisso com pessoas jurídicas;*
> *IV - dar andamento a representações e a denúncias fundamentadas relativas a lesão ou a ameaça de lesão à administração pública e ao patrimônio público*

> *federal, bem como a condutas de agentes públicos, de modo a zelar por sua integral apuração;*
> *VII - analisar a evolução patrimonial dos agentes públicos federais e instaurar sindicância patrimonial ou, conforme o caso, processo administrativo disciplinar, caso haja fundado indício de enriquecimento ilícito ou de evolução patrimonial incompatível com os recursos e as disponibilidades informados na declaração patrimonial;*
> *VIII - requisitar a órgãos ou a entidades da administração pública federal servidores ou empregados necessários à constituição de comissões ou à instrução de processo ou procedimento administrativo de sua competência; e*
> *§ 5º Para o desempenho de suas atividades, a Controladoria-Geral da União deverá ter acesso irrestrito a informações, a documentos, a bases de dados, a procedimentos e a processos administrativos, inclusive os julgados há menos de 5 (cinco) anos ou já arquivados, hipótese em que os órgãos e as entidades da administração pública federal ficam obrigados a atender às requisições no prazo indicado e se tornam o órgão de controle corresponsável pela guarda, pela proteção e, conforme o caso, pela manutenção do sigilo compartilhado..*

Em termos de competência ministerial de interesse da área correcional, cabe acrescentar que o Presidente da República, por meio do *caput* do art. 4º do Decreto nº 11.123, de 7 de julho de 2022, delegou ao Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União a competência para julgar e aplicar as penas cabíveis em processos disciplinares envolvendo titulares de cargo em comissão ou de função de confiança equivalente ao Cargo Comissionado Executivo de nível 17 (CCE-17) ou superior (CCE-18). O parágrafo único do mesmo art. 4º do Decreto nº 11.123, de 2022, prevê a possibilidade de subdelegação, de parte do Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, em favor de autoridades ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança de nível equivalente a CCE-17 ou superior.

> *Decreto nº 11.123, de 2022 - Art. 4º Fica delegada a competência ao Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União para julgar os procedimentos disciplinares e aplicar as penalidades cabíveis no caso de atos praticados, no exercício da função, pelos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança de nível equivalente a CCE-17 ou superior.*
> *Parágrafo único. O Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União poderá subdelegar a competência de que trata o caput apenas a ocupante de cargo em comissão ou de função de confiança de nível equivalente a CCE-17 ou superior.*

Ainda no foco que aqui interessa, especificamente da área correcional, pode-se condensar a descrição histórica por ora realizada. Neste rumo, reconhece-se que, tendo tido como embrião, em 02/04/01, a ex-Corregedoria-Geral da União (que, como afirmado acima, foi criada na necessidade de enfrentamento de um caso e de um cenário político específicos), a CGU, em sua fase de implantação, de certa forma, ainda manteve a vocação inaugural e delimitada de, mediante provocações específicas, atuar na linha de uma pontual prestação de contas à sociedade em face daquelas notícias de determinados casos concretos que chegavam a seu conhecimento. Esta atuação inicial da CGU ainda era pouco sistematizada em relação a como os órgãos e entidades executavam, na ponta, a atividade correcional em todo Poder Executivo federal, sem uma precisa coordenação e harmonização entre estes diferentes níveis de competência.

Foi a partir da edição do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, que restou determinada, no *caput* e no § 1º do seu art. 1º, a organização das atividades correcionais no âmbito do Poder Executivo federal em forma de sistema. Para isto, estabeleceu-se o já mencionado SisCor, com o objetivo de serem sistemicamente coordenadas e harmonizadas as atividades de prevenção e de apuração de irregularidades. Somente a partir deste marco temporal que se passou a contar com a estrutura sistêmica e centralizada da atividade

correcional em âmbito federal de que se tem amplo conhecimento, em mais um degrau de aprimoramento e de amadurecimento institucionais.

> *Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 1º São organizadas sob a forma de sistema as atividades de correição do Poder Executivo Federal, a fim de promover sua coordenação e harmonização.*
> *§ 1º O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal compreende as atividades relacionadas à prevenção e apuração de irregularidades, no âmbito do Poder Executivo Federal, por meio da instauração e condução de procedimentos correcionais.*

Na sua versão original, o art. 2º do Decreto, nos incisos do *caput*, elencava os primeiros integrantes do SisCor à época, a saber, a CGU, como órgão central; as unidades que então se chamavam unidades setoriais de correição, junto aos Ministérios (corregedorias que se vinculavam técnica e hierarquicamente ao órgão central); as unidades que então se chamavam unidades seccionais de correição (corregedorias dos órgãos componentes da estrutura dos Ministérios, bem como de suas autarquias e fundações); e a Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), colegiado de função consultiva, que possuía atribuição de uniformizar entendimentos.

Inicia-se a descrição pelo protagonista do papel de órgão central do SisCor, que não sofreu alteração desde a implantação, a despeito de ter tido algumas atribuições atualizadas. De acordo com o inciso I do art. 2º e com o art. 4º, ambos do Decreto nº 5.480, de 2005, incumbe precípua e destacadamente à CGU, por meio da CGU/CRG, as competências típicas de órgão central (tais como de padronizar, sistematizar, orientar, normatizar, aprimorar, gerenciar, controlar, coordenar, avaliar e integrar os procedimentos correcionais) e recomendar a qualquer órgão ou entidade competente, no âmbito de todo Poder Executivo federal, a instauração de procedimentos correcionais, conforme os incisos 1 a V e XI do último comando normativo. Além disto, na linha dos incisos VIII e XII deste mencionado art. 4º do citado Decreto - mas de forma residual, pois não é sua principal vocação -, compete também à CGU instaurar procedimentos correcionais em todo Poder Executivo federal, em situações específicas (pela inexistência de condições operacionais no órgão ou na entidade de origem ou pela complexidade e relevância da matéria ou pela autoridade envolvida ou ainda por envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade), ou ainda, naquelas mesmas situações, avocar procedimentos em curso.

> *Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 2º Integram o Sistema de Correição:*
> *I - como Órgão Central, a Controladoria-Geral da União, por meio da Corregedoria-Geral da União; e (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 13 de agosto de 2021)*
> *II - como unidades setoriais, as unidades de correição dos órgãos e das entidades que sejam responsáveis pelas atividades de correição. (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *Art. 4º Compete ao Órgão Central do Sistema:*
> *I - definir, padronizar, sistematizar e normatizar, mediante a edição de enunciados e instruções, os procedimentos atinentes às atividades de correição;*
> *II - aprimorar os procedimentos relativos aos processos administrativos disciplinares e sindicâncias;*
> *III - gerir e exercer o controle técnico das atividades correcionais desempenhadas no âmbito do Poder Executivo Federal; (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*
> *IV - coordenar as atividades que exijam ações conjugadas das unidades integrantes do Sistema de Correição;*
> *V - avaliar a execução dos procedimentos relativos às atividades de correição;*
> *VI - definir procedimentos de integração de dados, especialmente no que se refere aos resultados das sindicâncias e processos administrativos disciplinares, bem como às penalidades aplicadas;*

> *VII - propor medidas que visem a inibir, a reprimir e a diminuir a prática de faltas ou irregularidades cometidas por servidores contra o patrimônio público;*
> *VIII - instaurar sindicâncias, procedimentos e processos administrativos disciplinares, em razão: (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*
> *a) da inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem; (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*
> *b) da complexidade e relevância da matéria;*
> *c) da autoridade envolvida; ou*
> *d) do envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade;*
> *IX - requisitar, em caráter irrecusável, servidores para compor comissões disciplinares; (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*
> *X - realizar inspeções nas unidades de correição; (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*
> *XI - recomendar a instauração de sindicâncias, procedimentos e processos administrativos disciplinares; (Incluído pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*
> *XII - avocar sindicâncias, procedimentos e processos administrativos disciplinares em curso em órgãos ou entidades do Poder Executivo Federal, quando verificada qualquer das hipóteses previstas no inciso VIII, inclusive promovendo a aplicação da penalidade cabível; (Incluído pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*
> *XIII - requisitar as sindicâncias, procedimentos e processos administrativos disciplinares julgados há menos de cinco anos por órgãos ou entidades do Poder Executivo Federal, para reexame; e (Incluído pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*
> *XIV - representar ao superior hierárquico, para apurar a omissão da autoridade responsável por instauração de sindicância, procedimento ou processo administrativo disciplinar. (Incluído pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*
> *§ 1º (Revogado pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*
> *§ 2º (Revogado pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*
> *§ 3º Incluem-se dentre os procedimentos e processos administrativos de instauração e avocação facultadas à Controladoria-Geral da União aqueles objeto do Título V da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e do Capítulo V da Lei nº 8.429, de 2 junho de 1992, assim como outros a ser desenvolvidos, ou já em curso, em órgão ou entidade da administração pública federal, desde que relacionados a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público.*
> *§ 4º O julgamento dos processos, procedimentos e sindicâncias resultantes da instauração, avocação ou requisição previstas neste artigo compete: (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*
> *I - ao Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, nas hipóteses de aplicação das penas de demissão, suspensão superior a trinta dias, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão ou destituição de função de confiança; e (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *II - ao Corregedor-Geral da União, nas hipóteses de aplicação das penas de suspensão de até trinta dias ou de advertência. (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*

Descrito o órgão central, cujo titular das competências não sofreu alteração ao longo do tempo, passa-se à descrição de dois níveis inferiores de integrantes do SisCor, onde de fato houve significativa mudança entre a estrutura vigente e aquela originalmente concebida.

Na versão original do Decreto nº 5.480, de 2005, as unidades setoriais de correição pertenciam à estrutura da CGU e incumbiam-se de efetivar a supervisão técnica a cargo do órgão central sobre os trabalhos correcionais desenvolvidos nos órgãos e entidades inseridos em um ou em mais de um Ministério e possuíam ainda competências instauradora própria ou para determinar instauração e para exercer supervisão técnica sobre as unidades de execução

da atividade correcional na ponta do sistema, nos órgãos ou entidades. Pode-se dizer que, da forma como originalmente foram concebidas, atuavam como projeções do órgão central na atividade correcional em cada Ministério, de forte viés vistoriador, fiscalizador e controlador da execução nos órgãos e entidades de ponta. A partir da relevante alteração orgânica imposta à CGU pela Lei nº 13.844, de 2019, e pelo Decreto nº 9.681, de 3 de janeiro de 2019, que estabeleceu a estrutura regimental da Pasta, a estrutura verticalizada, que se projetava nos órgãos e entidades de cada Pasta, se horizontalizou, com a criação das Diretorias e Coordenações-Gerais internas à CGU/CRG, de competências temáticas e exercidas em uma visão muito mais ampla, generalista e com inteligência típica mesmo de órgão central, e não mais vinculadas a supervisionar tecnicamente a atividade correcional nos demais Ministérios, conforme adiante se detalhará. Embora este conceito de unidades setoriais de correição, da forma como havia sido criado, já não mais existisse desde a vigência da Lei nº 13.844, de 2019, a redação do Decreto nº 5.480, de 2005, permaneceu em desarmonia até a edição do Decreto nº 10.768, de 13 de agosto de 2021, que enfim, revogou expressamente aquela conceituação.

Ainda na versão original do Decreto nº 5.480, de 2005, as unidades seccionais de correição eram aquelas que já existiam nos organogramas dos órgãos e entidades e que, com a criação do SisCor, passaram a integrá-lo nesta qualidade, ou ainda aquelas que, atendendo à sistematização, foram (ou virão a ser) instituídas em outros órgãos ou entidades e, em essência, incumbem-se da prática cotidiana da atividade-fim na matéria correcional, qual seja, de instaurar e de conduzir os procedimentos correcionais. Como já eram unidades desde sempre externas ao organismo da CGU, não sofreram alterações em razão da Lei nº 13.844, de 2019, e do Decreto nº 9.681, de 2019.

Todavia, a harmonização operada pelo Decreto nº 10.768, de 2021, revogando aquela original ideia de estrutura setorial dentro do âmbito da CGU/CRG, fez com que estas unidades, inicialmente classificadas como seccionais, estranhas à CGU e reponsáveis pela atuação correcional nos órgãos e entidades, passassem a ser chamadas de unidades setoriais de correição.

No âmbito do SisCor, a despeito de não haver relação de hierarquia, pode se dizer que, inicialmente, entre as unidades de execução na ponta da atividade correcional e o órgão central, havia uma estrutura intermediária, de forma que aquelas unidades executoras não se reportavam diretamente à CGU/CRG. Com a mudança orgânica trazida desde a Lei nº 13.844, de 2019, estas unidades de execução, agora promovidas ao patamar de unidades setoriais de correição, integram o SisCor no degrau imediatamente abaixo da CGU/CRG. Passando o SisCor a ter limitada sua estrutura em apenas dois níveis (órgão central, no âmbito da CGU, e unidades setoriais de correição, no âmbito dos órgãos e entidades), a relação destas com aquela subiu de patamar e passou a ser de direta submissão à orientação normativa e à supervisão técnica diante da CGU/CRG, conforme estabelece o § 2º do art. 2º do Decreto nº 5.480, de 2005. Em contrapartida, pode-se dizer que o SisCor passou a ter uma relação bem mais elaborada, após a adoção deste modelo mais simplificado, com a CGU/CRG se aproximando bem mais das unidades setoriais de correição, abandonando a arcaica postura fiscalizadora e atuando como efetiva parceira e auxiliadora, sob óticas técnica, estratégica e logística, na busca dos objetivos comuns.

> *Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 2º*
> *§ 2º As unidades setoriais ficam sujeitas à orientação normativa e à supervisão técnica do Órgão Central do Sistema de Correição. (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*

Há ainda uma relevante mudança na estruturação destas unidades setoriais de correição em comparação ao que era previsto para as revogadas unidades seccionais de correição do formato original. Na mudança desenhada pelo Decreto nº 10.768, de 2021,

aproveitou-se para flexibilizar a exigência de existência desta unidade nos órgãos e entidades. Em lugar da revogada previsão das antigas unidades seccionais de correição tendo de serem especificamente previstas no organograma e no regimento interno dos órgãos e entidades, atento a dificuldades que alguns entes podem ter para estruturar orgânica e regimentalmente sua unidade de correição, o inciso II do art. 2º do Decreto nº 5.480, de 2005, acima já reproduzido, passou a exigir apenas a existência de unidade que seja responsável pela atividade de correição, independentemente de ser prevista este *status* em norma estruturante. Para ser considerada como unidade setorial de correição, não é necessário estar orgânica e regimentalmente prevista como tal, bastando apenas que, na prática, execute esta atuação. Em outras palavras, não se exige que haja uma unidade especializada em matéria correcional prevista como corregedoria em norma estruturante, bastando que, na prática, haja a atuação em si e que esta atuação seja capitaneada por uma autoridade responsável, formalmente ocupante de cargo em comissão ou de função de confiança, mediante critérios do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005 (em que se inclui a prévia apreciação da CGU/CRG), conforme adiante se descreverá.

As competências das unidades setoriais de correição permanecem listadas no art. 5º do Decreto nº 5.480, de 2005.

> *Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 5º Compete às unidades setoriais do Sistema de Correição: (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *I - propor ao Órgão Central do Sistema medidas que visem a definição, padronização, sistematização e normatização dos procedimentos operacionais atinentes à atividade de correição;*
> *II - participar de atividades que exijam ações conjugadas das unidades integrantes do Sistema de Correição, com vistas ao aprimoramento do exercício das atividades que lhes são comuns;*
> *III - sugerir ao Órgão Central do Sistema procedimentos relativos ao aprimoramento das atividades relacionadas às sindicâncias e aos processos administrativos disciplinares;*
> *IV - instaurar ou determinar a instauração de procedimentos e processos disciplinares, sem prejuízo de sua iniciativa pela autoridade a que se refere o art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990;*
> *V - manter registro atualizado da tramitação e resultado dos processos e expedientes em curso;*
> *VI - encaminhar ao Órgão Central do Sistema dados consolidados e sistematizados, relativos aos resultados das sindicâncias e processos administrativos disciplinares, bem como à aplicação das penas respectivas;*
> *VII - supervisionar as atividades de correição desempenhadas pelos órgãos e entidades submetidos à sua esfera de competência; (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*
> *VIII - prestar apoio ao Órgão Central do Sistema na instituição e manutenção de informações, para o exercício das atividades de correição; e*
> *IX - propor medidas ao Órgão Central do Sistema visando à criação de condições melhores e mais eficientes para o exercício da atividade de correição.*

Acrescente-se que, inobstante diversos órgãos e entidades federais já contarem em seu organograma com uma unidade especializada para a matéria correcional, o Decreto nº 5.480, de 2005, no seu art. 7º, impõe a tendência crescente de os entes instituírem suas corregedorias, no patamar de unidades setoriais de correição, como reflexo da atual relevância da matéria. E, de fato, é perceptível o crescimento quantitativo e qualitativo das unidades setoriais de correição ao longo dos anos, desde a criação do SisCor, em 2005, demonstrando inequivocamente a sistematização da matéria no âmbito do Poder Executivo federal.

Ainda acerca das unidades setoriais de correição, sua posição no SisCor merece

especial destaque. Sejam as que já existiam, sejam as criadas após a sistematização, sempre mantêm sua autonomia hierárquica em relação à toda estrutura orgânica da CGU, vez que pertencem à estrutura do órgão ou entidade de que fazem parte e subordinam-se administrativamente ao respectivo titular. E, conforme já antecipado linhas acima, uma vez que integram o SisCor, estão sujeitas apenas à orientação normativa e à supervisão técnica da CGU como um todo e em especial da CGU/CRG e de suas unidades e subunidades (nos termos da leitura atualizada do § 2º do art. 2º do Decreto nº 5.480, de 2005). A mero título de registro histórico, no desenho original do SisCor, cabia ao órgão central apenas a orientação normativa das unidades executoras de ponta, incumbindo àquela revogada estrutura de unidades setoriais de correição para cada Pasta exercer a supervisão técnica das antigas unidades seccionais de correição.

Esta dupla posição das unidades setoriais de correição se justifica primeiramente porque são elas propriamente que, na ponta da atividade, executam o poder disciplinar, poder este que, conforme se exporá em **2.3.1**, insere-se em linha hierárquica, daí porque não perdem sua posição dentro da linha de hierarquia no órgão ou entidade de que fazem parte; e, em complemento, integrando uma sistematização harmônica, esta atuação, no âmbito de seu órgão ou entidade, embora hierarquicamente independente da CGU, deve seguir a normatização e a supervisão deste órgão central.

Este é o caso da Corregedoria do Ministério da Fazenda (Coger-MF), conforme os arts. 10 a 15 do Anexo I do Decreto nº 11.344, de 1º de janeiro de 2023, que trata da estrutura regimental do Ministério da Fazenda (MF). A Coger-MF é uma unidade setorial de correição, subordinada hierarquicamente ao Ministro de Estado da Fazenda e sob vinculação normativa e supervisão técnica da CGU e será abordada mais detidamente em **2.1.2**.

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

Ainda quanto às unidades setoriais de correição, acrescente-se que, se, por um lado, o inciso II do art. 2º do Decreto nº 5.480, de 2005, dispensou a formalidade de serem orgânica e regimentalmente previstas e estruturadas, por outro lado, por força dos §§ 1º e 4º do art. 8º da mesma norma, a indicação dos seus titulares para exercer o cargo em comissão ou a função de confiança comumente denominada de Corregedor submete-se à prévia apreciação da CGU/CRG. Este comando foi ratificado no *caput* do art. 9º do Decreto nº 9.794, de 14 de maio de 2019. Ademais, merece relevância destacar que o agente é designado para titularizar a unidade setorial de correição a fim de exercer mandato por tempo determinado (que, como regra geral, é de dois anos, ressalvando-se a existência de normas específicas neste sentido). O instituto do mandato é fundamental cláusula de segurança jurídica e também de autonomia a favor do titular de unidade setorial de correição.

> *Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 8º*
> *§ 1º A indicação dos titulares das unidades setoriais de correição será submetida previamente à apreciação do Órgão Central do Sistema de Correição.*
> *§ 2º Ao servidor da administração pública federal em exercício em cargo ou função de corregedoria ou correição são assegurados todos os direitos e vantagens a que faça jus na respectiva carreira, considerando-se o período de*

> *desempenho das atividades de que trata este Decreto, para todos os efeitos da vida funcional, como efetivo exercício no cargo ou emprego que ocupe no órgão ou entidade de origem.*
> *§ 4º Os titulares das unidades setoriais de correição serão nomeados ou designados para mandato de dois anos, salvo disposição em contrário na legislação. (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
>
> *Decreto nº 9.794, de 2019 - Art. 9º A nomeação, a designação, a exoneração ou a dispensa de titular de unidade de auditoria interna ou de correição, de assessoria especial de controle interno ou de assessor especial de controle interno será submetida, pelo dirigente máximo do órgão ou da entidade, à aprovação da Controladoria-Geral da União.*
> *Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos cargos de titular de órgãos de controle interno da Secretaria-Geral da Presidência da República, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Defesa e da Advocacia-Geral da União.*

Para serem indicados e efetivamente nomeados ou designados para o respectivo cargo em comissão ou função de confiança, por força do *caput* e dos seus incisos I e II do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005, os titulares da unidades setoriais de correição devem, primeiramente, possuir nível superior de escolaridade e, além disso, de forma alternativa, em primeira hipótese de cumulatividade, devem ser servidores efetivos (ou empregados permanentes) federais ativos que precisam atender ao menos um dentre três critérios (serem graduados como bacharéis em Direito; ou serem ocupantes de cargos integrantes da Carreira de Finanças e Controle - cargos de Auditor Federal de Finanças e Controle e de Técnico Federal de Finanças e Controle, criados pelo Decreto-Lei nº 2.346, de 23 de julho de 1987, e de que trata a Lei nº 9.625, de 7 de abril de 1998; ou simplesmente serem integrantes do quadro permanente do órgão ou entidade); ou, em segunda hipótese de cumulatividade, devem ser servidores inativos de cargos integrantes da Carreira de Finanças e Controle ou de cargos ou empregos do órgão ou entidade para a qual se pleitea a nomeação ou a designação.

> *Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 8º Os cargos em comissão e as funções de confiança dos titulares das unidades setoriais de correição são privativos daqueles que possuam nível de escolaridade superior e sejam: (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *I - servidores ou empregados permanentes da administração pública federal: (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *a) graduados em Direito; (Incluída pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *b) integrantes da carreira de Finanças e Controle; ou (Incluída pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *c) integrantes do quadro permanente de órgão ou entidade; ou (Incluída pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *II - ex-servidor ou ex-empregado permanente aposentado no exercício de cargo ou emprego: (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *a) da carreira de Finanças e Controle; ou (Incluída pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *b) do órgão ou da entidade para o qual será nomeado ou designado. (Incluída pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*

Melhor detalhando, para ser titular de unidade setorial de correição, deve o agente atender a dois critérios cumulativos. Primeiramente, há um critério fixo e indispensável, que é possuir qualquer nível superior de escolaridade, estabelecido no *caput* do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005. A este critério, deve-se acrescentar mais uma qualidade, de uma lista de atributos diferentes se o agente é ativo ou se o agente é inativo. Se ativo, além do nível superior de escolaridade, o titular da unidade setorial de correição deve, alternativamente, ser graduado especificamente como Bacharel em Direito ou ser integrante da Carreira de Finanças e Controle ou ser integrante do quadro permamente do órgão ou entidade, conforme

o inciso I e suas alíneas “a”, “b” e “c”, do mesmo comando normativo acima. Se inativo, além no nível superior de escolaridade, o titular da unidade setorial de correição deve, alternativamente, ter ocupado cargo da Carreira de Finanças e Controle ou cargo do órgão ou entidade, conforme o inciso II e suas alíneas “a” e “b”, do mesmo comando normativo acima.

A possibilidade de nomeação ou de designação de agente inativo para titular de unidade setorial de correição não existia desde a criação do SisCor e foi uma inovação trazida pelo Decreto nº 10.768, de 2021, e, *a priori* e teoricamente, pode se creditar sua permissão à hipótese de dificuldade de se obterem bons e qualificados nomes nos quadros de órgãos ou entidades com atuação correcional incipiente, em que a restrição de agentes ativos tornaria ainda mais difícil a ocupação do cargo em comissão ou da função de confiança. Mas não é de se perder de vista que, justamente à época da alteração normativa, o País e sobretudo o Poder Executivo federal passaram por uma fase em que sequer se dissimulavam tentativas de interferências políticas e de governo na condução de órgãos de Estado, tendo de ser compreendida com razoável desconfiança esta mudança que, de tão inédita, revela viés casuístico e espera-se que a praxe e a prática administrativas tratem esta questionável previsão como letra morta na norma.

No sistema correcional da RFB, na Coger-MF e em todos os demais órgãos ou entidades que possuam atuação correcional fortemente estruturada não se cogita de suposta dificuldade para se obterem nomes capacitados técnica e moralmente para titularizar suas unidades setoriais de correição. Pode-se inferir que, nestas unidades setoriais de correição, técnica e gerencialmente destacadas no SisCor, para se ter o titular com a devida qualificação pessoal e profissional que se espera desta autoridade, atende-se ao requisito do Decreto nº 5.480, de 2005, por meio do critério de ser integrante ativo do quadro efetivo ou permanente, uma vez que, na regra geral prática, a solução otimizada e normal é selecionar um integrante que já integrava a própria estrutura correcional. Embora não figure como requisito expresso na norma, é extremamente recomendável que o servidor a ser nomeado ou designado como titular da unidade setorial de correição já tenha atuado ou venha atuando na área, uma vez que o exercício de tal titularidade se revela exigidora de conhecimento técnico e de experiência e a entrega da condução desta atividade tão sensível e que toca em tantos interesses a um agente estranho à matéria não raro causa maus resultados. Em segundo degrau de plausibilidade, para órgãos ou entidades de menor estrutura e história correcional, não contando com quadros próprios qualificados, pode ser necessário lançar mão de integrante da Carreira de Finanças e Controle ou de qualquer agente Bacharel em Direito; por fim, apenas na mais residual hipótese de não se encontrar um agente ativo que atenda aos requisitos técnicos e de integridade, pode-se enfim ter de preencher a lacuna resgatando um agente inativo - mas que este, ao menos, na atividade, tenha atuado na correição, tendo demonstrado não só integridade moral mas também conhecimento técnico e apego pela área correcional.

Na realidade prática, estes são os critérios norteadores da indicação do titular das unidades setoriais de correição, pois, diante do elevado grau de exigência da imensa maioria dos concursos públicos, o requisito de possuir nível de escolaridade superior é praticamente formal, já previamente atendido pela quase totalidade dos agentes públicos federais com capacidade gerencial.

Como complementação ao art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005, a CGU incluiu, entre os art. 7º a 22 da sua Portaria Normativa (PN) CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022, norma estruturante do SisCor, comandos que estabelecem de forma mais detalhada os critérios e procedimentos para nomeação, designação, exoneração, dispensa, permanência e recondução ao cargo ou função de confiança de titular de unidade de correição no âmbito do SisCor. Estes comandos normativos pormenorizam diversos requisitos, sob o crivo da CGU/CRG, de natureza curricular e de conduta funcional, para nomeação e recondução e sobre as cautelas para exoneração.

Em termos de requisitos pessoais do titular, o art. 7º da PN CGU nº 27, de 2022, além de ratificar a necessidade de atendimento dos critérios específicos da área correcional já expostos no *caput* e nos seus incisos I e II do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005, também remeteu aos critérios generalistas para ocupação de cargos em comissão e de funções de confiança de forma geral no Poder Executivo federal, independentemente do órgão ou entidade e da área de atuação, que atualmente estão previstos no art. 9º da Lei nº 14.204, de 16 de novembro de 2021, e no Decreto nº 10.829, de 5 de outubro de 2021, melhor detalhados em **3.2.4.2.2**.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 7º Os cargos em comissão e as funções de confiança dos titulares das unidades setoriais de correição são privativos daqueles que atendam aos requisitos previstos no caput do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e que cumpram os critérios previstos nos artigos 1º a 5º do Decreto nº 9.727, de 15 de março de 2019, de acordo com o nível do cargo ou função.*

O art. 9º da Lei nº 14.204, de 2021, estabeleceu, como regras gerais, para qualquer servidor ocupar cargo em comissão ou exercer função de confiança, os requisitos de possuir idoneidade moral, reputação ilibada e perfil profissional ou formação acadêmica compatível (requisitos reconhecidamente de forte grau de subjetividade) e, de forma mais objetiva, de não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade, previstas no inciso I do *caput* do art. 1º da Lei Complementar (LC) nº 64, de 18 de maio de 1990, cláusula esta que, em síntese, para o foco de interesse, significa não ter sido demitido administrativamente por qualquer enquadramento ou condenado penalmente por crime contra a Administração Pública ou por diversos outros crimes, há menos de oito anos. Neste rol dos diversos desdobramentos em alíneas do inciso I do art. 1º da LC nº 64, de 1990, apenas os itens 1 e 5 da alínea "e" e destacadamente a alínea "o" se revelam mais interessantes para o foco administrativo.

> *Lei nº 14.204, de 2021 - Art. 9º São critérios gerais para a ocupação de cargos em comissão e de funções de confiança na administração pública federal direta, autárquica e fundacional:*
> *I - idoneidade moral e reputação ilibada;*
> *II - perfil profissional ou formação acadêmica compatível com o cargo ou com a função para a qual tenha sido indicado; e*
> *III - não enquadramento nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.*
>
> *LC nº 64, de 1990 - Art. 1º São inelegíveis:*
> *I - para qualquer cargo:*
> *e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, 4 de junho de 2010)*
> *1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)*
> *5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)*
> *o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)*

Atualizando a terminologia atual, os arts. 16 a 19 do Decreto nº 10.829, de 2021, elencam uma série crescente de exigências à medida que se sobe na escala de níveis dos atualmente denominados Cargos em Comissão Executivos (CCE) e Funções Comissionadas Executivas (FCE), a se somar àqueles requisitos gerais. Assim, concentrando a análise na

faixa de níveis mais comuns para titulares de unidades setoriais de correção, segundo o art. 18 do Decreto nº 10.829, de 2021, para ocupar CCE ou FCE de níveis 12 a 14 (em que se incluem as funções comissionadas de Corregedor da Coger-MF e da RFB, ambos ocupantes de FCE 1.13), é necessário que o titular, alternativamente, tenha experiência profissional de no mínimo quatro anos ou título de especialista, mestre ou doutor na área de atuação ou que tenha certificação de ações de capacitação com no mínimo 120 horas na área de liderança ou que tenha ocupado cargo em comissão ou função de confiança por no mínimo quatro anos.

> *Decreto nº 10.829, de 2021 - Art. 18. Além do disposto no art. 15, os ocupantes de CCE ou de FCE dos níveis 12 a 14 atenderão, no mínimo, a um dos seguintes critérios específicos:*
> *I - possuía experiência profissional de, no mínimo, quatro anos em atividades correlatas às áreas de atuação do órgão ou da entidade ou em áreas relacionadas às atribuições e às competências do cargo ou da função;*
> *II - ter ocupado cargo em comissão ou função de confiança em qualquer Poder, inclusive na administração pública indireta, de qualquer ente federativo por, no mínimo, quatro anos;*
> *III - possuir título de especialista, mestre ou doutor em área correlata às áreas de atuação do órgão ou da entidade ou em áreas relacionadas às atribuições do cargo ou da função;*
> *IV - ter realizado ações de desenvolvimento de liderança, protegido pelo Ministério da Economia, com carga horária mínima de cento e vinte horas.*

E o ápice da seletividade para a ocupação de CCE ou de FCE de níveis 15 a 17 (em que se inclui a função comissionada de Corregedor-Geral da União, ocupante de FCE 1.17), estabelecido no art. 19 do Decreto nº 10.829, de 2021, não só aumenta os dois requisitos temporais de quatro para seis anos como também exige mais nos critérios da experiência anterior como gestor e no currículo acadêmico. Assim, é necessário que o titular, alternativamente, tenha experiência profissional de no mínimo seis anos ou título de mestre ou doutor na área de atuação ou que tenha certificação de ações de capacitação com no mínimo 120 horas na área de liderança ou que tenha ocupado cargo em comissão ou função de confiança equivalente a CCE de nível 13 ou superior por no mínimo seis anos.

> *Decreto nº 10.829, de 2021 - Art. 19. Além do disposto no art. 15, os ocupantes de CCE ou de FCE dos níveis 15 a 17 atenderão, no mínimo, a um dos seguintes critérios específicos:*
> *I - possuí experiência profissional de, no mínimo, seis anos em atividades correlatas às áreas de atuação do órgão ou da entidade ou em áreas relacionadas às atribuições e às competências do cargo ou da função;*
> *II - ter ocupado cargo em comissão ou função de confiança equivalente a CCE de nível 13 ou superior em qualquer Poder, inclusive na administração pública indireta, de qualquer ente federativo por, no mínimo, seis anos;*
> *III - possuir título de mestre ou doutor em área correlata às áreas de atuação do órgão ou da entidade ou em áreas relacionadas às atribuições do cargo ou da função;*
> *IV - ter realizado ações de desenvolvimento de liderança, protegido pelo Ministério da Economia, com carga horária mínima de cento e vinte horas.*

Portanto, em síntese, para ser nomeado ou designado para cargo em comissão ou função de confiança de titular de unidade setorial de correição, o agente deve:

- conforme o *caput* e seus incisos I e II do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005:
  - possuir qualquer nível superior de escolaridade e
    - se ativo, alternativamente, ser graduado especificamente como Bacharel em Direito ou ser integrante da Carreira de Finanças e Controle ou ser integrante do quadro permamente do órgão ou entidade; ou

    - se inativo, alternativamente, ter ocupado cargo da carreira de Finanças e Controle ou cargo do órgão ou entidade;

- em acréscimo, conforme o art. 9º da Lei nº 14.204, de 2021:
    - ter idoneidade moral e reputação ilibada;
    - ter perfil profissional ou formação acadêmica compatível com o cargo em comissão ou com a função de confiança para que é indicado; e
    - não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade (qualquer hipótese de demissão ou de condenação penal em decorrência de crime funcional);
- e, também, conforme os art. 17 ou 18 do Decreto nº 9.727, de 2019:
    - alternativamente, possuir determinada experiência profissional mínima ou alguma titularização acadêmica na área de atuação ou que tenha certificação de ações de capacitação com no mínimo 120 horas na área de liderança ou que tenha ocupado cargo em comissão ou função de confiança por um período mínimo de tempo.

Na estrutura orgânica vigente na CGU até a Lei nº 13.844, de 2019, ou seja, até 31/12/18, havia a CGU/CCC, que era um órgão colegiado também integrante do SisCor e que tinha como principal competência uniformizar sistemicamente entendimentos e procedimentos concernentes à atuação correcional, conforme melhor se abordará em **3.3.6**.

Todavia, em razão das fortes alterações impostas na estruturação orgânica de todo o Poder Executivo federal e, em especial, na CGU, com a vigência da MP nº 870, de 2019, e do Decreto nº 9.681, de 2019, a CGU/CCC já havia sido tacitamente excluída do organograma da CGU. Esta exclusão tácita se deu desde 01/01/19, data de publicação da citada MP nº 870, de 2019, que não mencionava a CGU/CCC e que veio a ser convertida na citada Lei nº 13.844, de 2019, também sem prever o colegiado - embora, contraditoriamente, o Decreto nº 9.681, de 2019, publicado já em 03/01/19, não só a contemplasse, na alínea “c” do inciso IV do art. 2º e no art. 27, ambos do seu Anexo I, como também não tivesse revogado suas previsões constantes do Decreto nº 5.480, de 2005.

Era então cabível se questionar alguma incerteza sobre este tema, diante da incoerência dos dois Decretos com a MP e com a Lei. Neste contexto, a CGU/CCC somente veio a ter sua inequívoca extinção no Decreto nº 10.087, de 5 de novembro de 2019, que expressamente revogou tanto os comandos acima do Decreto nº 9.681, de 2019, quanto também o inciso IV do art. 2º e os arts. 3º e 6º, todos do Decreto nº 5.480, de 2005, que a instituíam, a definiam e lhe atribuíam competências.

**** Ainda até aquele limite temporal e normativo, a CGU/CRG possuía sob sua jurisdição três Corregedorias Adjuntas, que se subdividiam por área de atuação (de Área Econômica - CGU/CRG/Corec, de Área de Infraestrutura - CGU/CRG/Corin e de Área Social - CGU/CRG/Coras), cujos titulares eram os respectivos Corregedores Adjuntos, às quais competia acompanhar e conduzir os respectivos procedimentos correcionais decorrentes de irregularidades ocorridas em suas esferas de competência e coordenar as atividades do que se chamava de corregedorias setoriais junto aos Ministérios. Informe-se que o Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016, passou a denominar como Corregedorias Adjuntas e como Corregedores Adjuntos. Abaixo destas três Corregedorias-Gerais Adjuntas, ainda na linha hierárquica da CGU/CRG, situavam-se as já mencionadas unidades setoriais de correição, da forma como originalmente haviam sido concebidas no Decreto nº 5.480, de 2005, junto aos Ministérios das respectivas áreas, cujos titulares eram os Corregedores Setoriais. Também inserida na CGU/CRG, havia ainda a Coordenação-Geral de Responsabilização de Entes Privados (CGU/CRG/Corep, cujo titular era o Coordenador-Geral de Responsabilização de Entes Privados, para desempenhar as competências, no âmbito do órgão central, atinentes ao

PAR de pessoas jurídicas.

Apresentadas as estruturas original e vigente do SisCor, da forma como estabelecido pelo Decreto nº 5.480, de 2005, cabe atualizar a explanação, para trazer à tona a atual organicidade da CGU, estabelecida pelo Decreto nº 11.102, de 2022.

Este Decreto, ao estabelecer a estrutura regimental da CGU, na matéria que aqui mais interessa, ou seja, na atividade correcional, ratificou as já mencionadas e reproduzidas competências regimentais atribuídas pelo art. 51 da Lei nº 13.844, de 2019, destacadamente para supervisão técnica e orientação normativa do SinCor, conforme o inciso XIII do art. 1º do seu Anexo I, e especificou que, em seu âmbito, as atividades de órgão central (definidas no art. 4º do Decreto nº 5.480, de 2005) são exercidas pela CGU/CRG, e, mais especificamente, ratificou as competências deste órgão interno para analisar representações e denúncias, instruir, instaurar ou determinar instauração de procedimentos correcionais e para propor a avocação de procedimentos em curso, alcançando todos os órgãos e entidades do Poder Executivo federal, conforme os incisos I, VII a X e XII do art. 13 do seu Anexo I.

> *Decreto nº 11.102, de 2022 - Anexo I - Art. 1º A Controladoria-Geral da União, órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo Federal e do Sistema de Integridade Pública do Poder Executivo Federal, tem como áreas de competência os seguintes assuntos:*
> *XIII - supervisão técnica e orientação normativa, na condição de órgão central dos Sistemas de Controle Interno, de Correição e de Ouvidoria dos órgãos da administração pública federal direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União;*
> *Art. 16. À Corregedoria-Geral da União compete:*
> *I - exercer as competências de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal - Siscor;*
> *II - fiscalizar a efetividade da aplicação das leis de responsabilização administrativa de servidores, empregados públicos e entes privados;*
> *III - fomentar a implementação e o desenvolvimento da atividade correcional no âmbito do Poder Executivo federal;*
> *IV - verificar a regularidade dos procedimentos disciplinares e de responsabilização administrativa de entes privados instaurados no âmbito do Poder Executivo federal;*
> *V - realizar inspeções correcionais e visitas técnicas nos órgãos e nas entidades do Poder Executivo federal;*
> *VI - propor a avocação e revisar, quando necessário, procedimentos disciplinares ou de responsabilização administrativa de entes privados em curso ou já julgados por órgãos ou entidades do Poder Executivo federal;*
> *VII - analisar as representações e as denúncias apresentadas contra servidores, empregados públicos e entes privados;*
> *VIII - determinar a instauração ou instaurar procedimentos disciplinares ou de responsabilização administrativa de entes privados, de ofício ou em razão de representações e denúncias contra servidores, empregados públicos e entes privados;*
> *IX - na hipótese de omissão de Ministro de Estado ou de autoridade subordinada diretamente ao Presidente da República, propor ao Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União que represente ao Presidente da República para apurar a responsabilidade;*
> *X - instaurar, de ofício, procedimento disciplinar nos casos de omissão de autoridades diversas daquelas a que se refere o inciso IX;*
> *XI - instruir procedimentos disciplinares e de responsabilização administrativa de entes privados e recomendar a adoção das medidas ou sanções pertinentes;*

Deste Decreto nº 11.102, de 2022, na alínea "c" do inciso II do art. 2º e nos arts. 17 e 18, todos do seu Anexo I e no seu Anexo II, se extrai ainda que a CGU/CRG, cujo titular é o Corregedor-Geral da União, ocupante de função de confiança do Grupo Função Comissionada Executiva - código FCE 101.17), tem sob sua jurisdição três Diretorias temáticas, a saber, a Diretoria de Gestão do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (CGU/CRG/Dicor), a Diretoria de Responsabilização de Agentes Publicos (CGU/CRG/Dirap) e a Diretoria de Responsabilização de Entes Privados (CGU/CRG/Direp), cujos titulares são os respectivos Diretores (ocupantes de cargos em comissão código DAS-101.5). Importante ressalvar que não se aplicam ao Corregedor-Geral da União os comandos do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005, reiterados no art. 7º da PN CGU nº 27, de 2022, em termos de critérios para designação e sobretudo no que tange a exercício de mandato, pois estes se voltam apenas para os titulares de unidades setoriais de correição. A função de confiança de Corregedor-Geral da União é de livre designação e dispensa pelo Ministro de Estado da CCPR. Para designação do Corregedor-Geral da União, exige-se apenas o cumprimento dos requisitos generalistas de ocupante de função de confiança previstos nos arts. 2º e 5º do Decreto nº 9.727, de 2019.

> *Decreto nº 11.102, de 2022 - Anexo I - Art. 2º A Controladoria-Geral da União tem a seguinte estrutura organizacional:*
> *II - órgãos específicos singulares:*
> *c) Corregedoria-Geral da União:*
> *1. Diretoria de Gestão do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal;*
> *2. Diretoria de Responsabilização de Entes Privados; e*
> *3. Diretoria de Responsabilização de Agentes Públicos;*
> *Art. 17. À Diretoria de Gestão do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal compete:*
> *I - realizar inspeções, visitas e outras atividades de supervisão junto às demais unidades do Siscor;*
> *II - acompanhar procedimentos correcionais relevantes, conforme regulamentação interna, para exame de sua regularidade, e propor a adoção de providências ou a correção de falhas;*
> *III - promover capacitações e orientar servidores e empregados públicos em matéria disciplinar e de responsabilização administrativa de entes privados e em outras atividades de correição;*
> *IV - acompanhar e avaliar o desempenho da atividade correcional no Siscor;*
> *V - produzir informações para subsidiar as decisões do órgão central do Siscor; e*
> *VI - promover a interlocução das unidades do Siscor e a integração de suas ações.*
> *Art. 18. Às Diretorias de Responsabilização de Entes Privados e de Responsabilização de Agentes Públicos compete conduzir diretamente apurações correcionais de natureza investigativa ou acusatória em face de servidores, empregados públicos e entes privados, inclusive aquelas relativas à prática de suborno transnacional.*

Cabe ainda mencionar que o Ministro de Estado da CGU editou a Portaria CGU nº 3.553, de 12 de novembro de 2019, aprovando o Regimento Interno da CGU. De imediato, na alínea "c" do inciso II do art. 2º do Anexo I, ao tratar da estrutura organizacional dos órgãos específicos singulares da Pasta, a Portaria CGU melhor detalhou a divisão orgânica da CGU/CRG em unidades e subunidades.

> *Portaria CGU nº 3.553, de 2019 - Regimento Interno da CGU - Anexo I - Art. 2º A CGU tem a seguinte estrutura organizacional:*
> *II - órgãos específicos singulares:*
> *a) Secretaria Federal de Controle Interno - SFC:*
> *b) Ouvidoria-Geral da União - OGU:*
> *c) Corregedoria-Geral da União - CRG:*

> *1. Gabinete da Corregedoria-Geral da União - Gab/CRG;*
> *2. Coordenação-Geral de Informação Correcional - CGCOR;*
> *3. Coordenação-Geral de Modernização e Comunicação - CGMC;*
> *4. Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos - CGUNE;*
> *5. Diretoria de Gestão do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal - DICOR:*
> *5.1. Coordenação-Geral de Promoção de Integridade do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal - COPIS;*
> *5.2. Coordenação-Geral de Acompanhamento de Processos Correcionais - COAP;*
> *5.3. Coordenação-Geral de Admissibilidade Correcional - COAC;*
> *6. Diretoria de Responsabilização de Entes Privados - DIREP:*
> *6.1. Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados - COREP;*
> *6.2. Coordenação-Geral de Responsabilidade de Entes Privados - CGPAR; e*
> *7. Diretoria de Responsabilização de Agentes Públicos - DIRAP:*
> *7.1. Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Servidores e Empregados Públicos - CISEP;*
> *7.2. Coordenação-Geral de Responsabilização de Servidores e Empregados Públicos - CGPAD;*
> *d) Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção - STPC:*
> *e) Secretaria de Combate à Corrupção - SCC:*

Em um grau de detalhes maior que o da alínea “c” do inciso II do art. 2º do Anexo I do Decreto nº 11.102, de 2022, o Regimento Interno da CGU demonstra que a CGU/CRG, além das três Diretorias temáticas que já haviam sido mencionadas (CGU/CRG/Dicor, CGU/CRG/Dirap e CGU/CRG/Direp), possui ainda três Coordenações-Gerais diretamente subordinadas ao Corregedor-Geral da União e de atuações igualmente temáticas, que são a Coordenação-Geral de Informação Correcional (CGU/CRG/CGCOR), a Coordenação-Geral de Modernização e Comunicação (CGU/CRG/CGMC) e a Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos (CGU/CRG/CGUNE), cujos titulares são os respectivos Coordenadores-Gerais (ocupantes de funções de confiança Função Comissionada do Poder Executivo código FCPE-101.4).

Cabe ainda mencionar, seguindo o foco deste texto, que, como unidades, as três Diretorias possuem, como subunidades, sete Coordenações-Gerais. Destaquem-se, a título de exemplos não exaustivos, no âmbito da CGU/CRG/Dicor, a Coodenação-Geral de Acompanhamento de Processos Correcionais (CGU/CRG/Dicor/Coap) e a Coordenação-Geral de Admissibilidade Correcional (CGU/CRG/Dicor/Coac); e, no âmbito da CGU/CRG/Dirap, a Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Servidores e Empregads Públicos (CGU/CRG/Dirap/Cisep) e a Coordenação-Geral de Responsabilização de Servidores e Empregados Públicos (CGU/CRG/Dirap/CGPAD), cujos titulares são os respectivos Coordenadores-Gerais (ocupantes de funções de confiança código FCPE-101.4).

Depreende-se do Regimento Interno da CGU que, no que tange à CGU/CRG, as competências atribuídas a unidades e subunidades (que possuem, por vezes o termo “Correcional” em seus nomes), englobam tanto a atuação em face de servidor, mediante procedimento disciplinar, quanto a atuação em face de pessoa jurídica, mediante PAR.

Como se percebe, à luz do art. 12 do Decreto nº 9.739, de 28 de março de 2019, os cargos em comissão e as funções de confiança acima mencionados são todos da categoria direção (códigos 101), que, por corresponderem a unidades administrativas, comportam subordinados e substituto, não havendo aqui cargos das categorias assessoramento e direção de projetos (códigos 102 e 103). Informe-se que o instituto da substituição eventual está previsto no art. 38 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

O art. 1º do Anexo I do Regimento Interno da CGU ratifica as mesmas competências

ministeriais já atribuídas pelo art. 51 da Lei nº 13.844, de 2019, e pelo art. 1º do Anexo I do Decreto nº 11.102, de 2022, sendo de dispensável reprodução. Já os arts. 45 a 59 do Anexo I do Regimento Interno da CGU desdobram, de forma mais detalhada, as competências atribuídas pelos arts. 13 a 15 do Anexo I do mesmo Decreto à CGU/CRG e às suas três Diretorias, além de acrescentarem outras de menor importância, e estabelecem as competências das dez Coordenações-Gerais, conforme se reproduzem abaixo as mais importantes. Diante do extenso rol ramificado de competências estabelecidas nestes arts. do Anexo I do Regimento Interno da CGU, sendo muitas concorrentes entre Diretorias e suas Coordenações-Gerais e atinentes à atuação correcional da CGU/CRG em si, priorizou-se reproduzir as competências mais detalhadas no âmbito das Coordenações-Gerais e que se espraiam na atividade correcional de todo SisCor.

> *Portaria CGU nº 3.553, de 2019 - Regimento Interno da CGU - Anexo I - Art. 45. À Corregedoria-Geral da União - CRG compete:*
> *I - exercer as atividades de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal - SisCor;*
> *II - exercer a função de corregedoria interna da CGU;*
> *VIII - analisar as representações e as denúncias apresentadas contra servidores, empregados públicos e entes privados;*
> *IX - instruir procedimentos correcionais, com aplicação ou recomendação de medidas ou sanções pertinentes;*
> *X - determinar a instauração de procedimentos correcionais, de ofício ou em razão de representações ou denúncias;*
> *XI - realizar ou propor ao Ministro de Estado a definição, padronização, sistematização e normatização de aspectos e questões atinentes às atividades de correição, inclusive mediante a edição de atos normativos;*
> *XIV - avocar e revisar, quando necessário, procedimentos disciplinares conduzidos por órgãos ou entidades do Poder Executivo federal;*
> *XV - avocar ou propor a avocação de procedimentos de responsabilização administrativa de entes privados conduzidos por órgãos ou entidades do Poder Executivo federal;*
> *XVII - instaurar procedimentos administrativos disciplinares em razão:*
> *a) da inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem;*
> *b) da complexidade, repercussão e relevância da matéria;*
> *c) da autoridade envolvida;*
> *d) do envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade; ou*
> *e) de omissão da autoridade competente;*
> *XVIII - instaurar investigação preliminar ou processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica para apurar a prática de atos lesivos contra órgãos e entidades do Poder Executivo federal ou quando envolvidos recursos públicos federais, em razão:*
> *a) da caracterização de omissão da autoridade originariamente competente;*
> *b) de inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem;*
> *c) da complexidade, repercussão e relevância da matéria;*
> *d) do valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou a entidade lesada; ou*
> *e) da apuração que envolva atos e fatos relacionados a mais de um órgão ou entidade do Poder Executivo federal;*
> *XXI - verificar a regularidade dos procedimentos disciplinares e de responsabilização administrativa de pessoa jurídica instaurados por órgãos ou entidades do Poder Executivo federal e, quando necessário, declarar ou propor a sua nulidade;*
> *XXII - realizar inspeções correcionais e visitas técnicas nos órgãos e nas entidades do Poder Executivo federal;*

XXIV - requisitar a órgãos e entidades públicas e solicitar a pessoas naturais e jurídicas de direito privado documentos e informações necessários à instrução de procedimentos em curso na CGU;
XXVI - apreciar e aprovar a nomeação, a designação, a exoneração ou a dispensa dos titulares das unidades seccionais do SisCor, conforme disposto no caput do art. 9º do Decreto nº 9.794, de 2019;
XXX - promover a capacitação de agentes públicos em matéria disciplinar e de responsabilização administrativa de entes privados e em outras atividades de correição;
§ 1º A atuação da CRG, no âmbito do Poder Executivo federal, abrange todos os órgãos e entidades federais, inclusive empresas estatais.
§ 2º A CRG definirá critérios de relevância para supervisão da atividade de correição no Poder Executivo federal.
§ 3º Cabe à CRG a instauração de procedimentos correcionais na qualidade de corregedoria interna da CGU, salvo quando se tratar de procedimento disciplinar envolvendo servidor que:
I - seja lotado na CGU e ocupe cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS ou Função Comissionada do Poder Executivo - FCPE, de nível 5 ou superior; ou
II - exerça a função de Superintendente de Controladoria Regional da União nos Estados.
Art. 48. À Coordenação-Geral de Modernização e Comunicação - CGMC compete:
II - prospectar soluções tecnológicas para os trabalhos correcionais;
III - gerir e administrar as páginas institucionais da CRG;
V - demandar e acompanhar o desenvolvimento e a implantação de sistemas de informação relacionados à atividade correcional;
Art. 49. À Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos - CGUNE compete:
I - propor elaboração de atos normativos, orientações e padronização de entendimentos relacionados à atividade correcional;
II - coordenar a elaboração e a atualização de manuais e orientações acerca da atividade de correição no Poder Executivo federal;
III - coordenar estudos para o aprimoramento da atividade correcional;
IV - compilar e disseminar a jurisprudência em matéria correcional;
V - promover a capacitação de agentes públicos em matéria correcional; e
Art. 50. À Diretoria de Gestão do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal - DICOR compete:
IV - determinar a realização de juízo de admissibilidade de fatos relacionados à responsabilização de agentes públicos e de entes privados;
VIII - decidir pelo arquivamento de representações, denúncias, processos de acompanhamento e quaisquer outros processos com informações que noticiem supostas irregularidades; e
Art. 51. À Coordenação-Geral de Admissibilidade Correcional - COAC compete:
I - analisar representações, denúncias e quaisquer outras informações que noticiem irregularidades praticadas por servidores, empregados públicos e entes privados, com a sugestão do encaminhamento devido;
III - determinar às unidades supervisionadas a instauração de procedimentos correcionais, de ofício ou em razão de representações e denúncias recebidas;
V - propor a avocação de procedimentos correcionais em curso no Poder Executivo federal, para o exame de sua regularidade e a adoção de providências ou a correção de falhas;
VI - requisitar a órgãos ou entidades públicas e solicitar a pessoas naturais e jurídicas de direito privado documentos e informações necessários à realização de juízo de admissibilidade;
VII - decidir pelo arquivamento de representações, denúncias e quaisquer

outros processos com informações que noticiem irregularidades;
Art. 52. À Coordenação-Geral de Acompanhamento de Processos Correcionais - COAP compete:
II - analisar procedimentos correcionais em curso ou já julgados, podendo recomendar a adoção de providências, pela CGU, quanto à avocação, requisição ou declaração de nulidade de processo;
III - monitorar o desempenho correcional das unidades supervisionadas, inclusive quanto ao atendimento das recomendações de apuração da CRG;
IV - executar a supervisão técnica dos procedimentos correcionais desempenhados no âmbito do Poder Executivo federal;
V - determinar ou propor às unidades supervisionadas as providências necessárias ao regular andamento e deslinde das apurações correcionais;
VI - requisitar a órgãos ou entidades públicas e solicitar a pessoas naturais e jurídicas de direito privado documentos e informações necessários à instrução de procedimentos em curso na CGU;
Art. 53. À Coordenação-Geral de Promoção de Integridade do SisCor - COPIS compete:
I - avaliar e orientar o desempenho das unidades do SisCor com vistas a garantir a
VI - prestar apoio técnico aos órgãos e entidades do Poder Executivo federal no aperfeiçoamento contínuo da gestão correcional, podendo avaliar os normativos, planos operacionais, fluxos de trabalho e demais instrumentos de gestão correcional;
VII - realizar visitas técnicas, inspeções e outras ações voltadas à supervisão do desempenho correcional dos órgãos e entidades do SisCor;
Art. 54. À Diretoria de Responsabilização de Entes Privados - DIREP compete:
II - propor, em articulação com as demais Diretorias, quando necessário, a instauração ou a avocação de procedimentos de responsabilização de entes privados;
IV - supervisionar as atividades relacionadas à condução de procedimentos de responsabilização de entes privados instaurados ou avocados pela CGU;
VII - emitir certidões referentes ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP;
XI - decidir pelo arquivamento de processo de juízo de admissibilidade prévio à responsabilização de entes privados; e
Art. 55. À Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados - COREP compete:
I - instruir os processos de juízo de admissibilidade, conduzindo, diretamente ou por meio de comissão, as investigações em face de entes privados;
II - avaliar e emitir manifestação técnica referente aos procedimentos de responsabilização de entes privados concluídos, bem como elaborar a proposta de julgamento da autoridade competente;
IV - requisitar a órgãos e entidades públicas e solicitar a pessoas naturais e jurídicas de direito privado documentos e informações necessários ao juízo de admissibilidade e à instrução prévia de procedimentos de responsabilização de entes privados; e
Art. 56. À Coordenação-Geral de Responsabilidade de Entes Privados - CGPAR compete:
I - conduzir processos administrativos que tenham por objeto a apuração de responsabilidade de entes privados decorrente de sua relação com a administração pública nacional ou estrangeira;
VI - requisitar a órgãos e entidades públicas e solicitar a pessoas naturais e jurídicas de direito privado documentos e informações necessários à instrução de procedimentos em curso na CGU; e
Art. 57. À Diretoria de Responsabilização de Agentes Públicos - DIRAP compete:
II - propor, em articulação com as demais Diretorias, quando necessário, a

> *instauração ou a avocação de procedimentos disciplinares;*
> *IV - supervisionar a realização de juízo de admissibilidade de denúncias e representações em face de servidores lotados na CGU;*
> *V - instaurar sindicâncias investigativas e patrimoniais;*
> *VI - supervisionar as atividades relacionadas à condução de procedimentos disciplinares instaurados ou avocados pela CGU;*
> *VII - supervisionar as propostas de julgamento dos procedimentos disciplinares a serem proferidas pelas autoridades competentes;*
> *IX - decidir pelo arquivamento de denúncia ou representação, bem como de sindicância investigativa e de sindicância patrimonial, no caso de se constatar a inexistência de elementos de prova a justificar a instauração de procedimento disciplinar acusatório; e*
> *Art. 58. À Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Servidores e Empregados Públicos - CISEP compete:*
> *I - propor à autoridade competente a instauração de procedimentos de natureza investigativa;*
> *III - conduzir procedimentos de natureza investigativa;*
> *IV - coletar elementos de prova ou realizar diligências, capazes de subsidiar juízo de admissibilidade a ser proferido pela autoridade competente;*
> *V - realizar juízo de admissibilidade de denúncias e representações em face de servidores lotados na CGU;*
> *IX - requisitar a órgãos e entidades públicas e solicitar a pessoas naturais e jurídicas de direito privado documentos e informações necessários à instrução de procedimentos em curso na CGU; e*
> *Art. 59. À Coordenação-Geral de Responsabilização de Servidores e Empregados Públicos - CGPAD compete:*
> *I - coordenar, monitorar, instruir e conduzir os procedimentos disciplinares punitivos instaurados na CRG;*
> *VI - requisitar a órgãos e entidades públicas e solicitar a pessoas naturais e jurídicas de direito privado documentos e informações necessários à instrução de procedimentos disciplinares punitivos em curso na CGU; e*

Ainda do Regimento Interno da CGU se extraem, do art. 109 do Anexo I, as competências do Corregedor-Geral da União. De se destacar a atribuição pessoal ao titular da CGU/CRG das competências institucionais, previstas nos incisos XVII e XVIII do art. 45 do mesmo Anexo I, de instaurar procedimentos disciplinares em face de servidores de outros órgãos ou entidades e procedimentos em face de pessoas jurídicas em razão de inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem; da complexidade, repercussão e relevância da matéria; da autoridade envolvida; do envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade; ou de omissão da autoridade competente. Destaca-se também a competência instauradora interna do Corregedor-Geral da União para procedimentos disciplinares em face de servidores da própria CGU, exceto nas hipóteses de serem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança FCPE de nível 5 ou superior ou que exerçam a função de Superintendente de Controladorias Regionais da União nos Estados (CGU-R), que recaem sobre o Secretário-Executivo da CGU, conforme o inciso IV do art. 91 do Anexo I do Regimento Interno da CGU.

> *Portaria CGU nº 3.553, de 2019 - Regimento Interno da CGU - Anexo I - Art. 109. Ao Corregedor-Geral da União incumbe planejar, dirigir, coordenar e orientar a execução das atividades de correição no âmbito do Poder Executivo federal e, especificamente:*
> *I - instaurar procedimentos correcionais, nos termos dos incisos XVII, XVIII, XIX e XX do art. 45;*
> *II - instaurar procedimentos disciplinares em relação a fatos envolvendo servidores lotados na CGU, salvo quando os fatos envolverem ocupantes de cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS ou de Função Comissionada do Poder Executivo - FCPE, de nível 5 ou superior,*

> *ou servidores que exerçam a função de Superintendente de CGU-R;*
> *III - determinar a instauração de procedimentos correcionais, de ofício ou em razão de representações ou denúncias;*
> *IV - decidir acerca das propostas de arquivamento de processos e documentos no âmbito da sua esfera de competência;*
> *V - julgar os processos administrativos disciplinares, instaurados de ofício ou avocados, conforme sua competência, ou encaminhá-los para julgamento pelo Secretário-Executivo ou pelo Ministro de Estado;*
> *VI - avocar ou propor avocação, de ofício ou mediante proposta, procedimentos disciplinares em curso em órgãos ou entidades do Poder Executivo federal ou processos de responsabilização administrativa de entes privados no âmbito do Poder Executivo federal ou quando envolvidos recursos públicos federais, bem como determinar o reexame daqueles já concluídos;*
> *Art. 111. Aos Diretores da CRG, no âmbito das respectivas áreas de atuação, incumbe:*
> *III - instaurar e julgar procedimentos correcionais na sua esfera de competência;*
> *IV - propor a instauração ou a avocação de procedimentos correcionais quando se tratar de competência da autoridade superior;*
> *V - decidir acerca das propostas de arquivamento de processos e documentos no âmbito da sua esfera de competência;*
> *Art. 112. Aos Coordenadores-Gerais da CRG, no âmbito das respectivas áreas de atuação, incumbe:*
> *IV - propor a instauração de procedimentos correcionais;*
> *V - decidir acerca das propostas de arquivamento de processos e documentos no âmbito da sua esfera de competência;*

É de se mencionar ainda a Portaria CGU nº 1.286, de 10 de abril de 2019, que reitera, no art. 1º, as competências para instauração já estabelecidas nos incisos I e II do art. 109 do Anexo I do Regimento Interno da CGU e fixa, no art. 2º, as competências para julgamento de processos disciplinares instaurados em face de servidores da própria CGU e também instaurados nas excepcionais competências do órgão central do SisCor em face de servidores de outros Ministérios, órgãos e entidades. A competência para julgar os processos disciplinares instaurados no âmbito da CGU é do seu Ministro de Estado em caso de penas expulsivas; do seu Secretário-Executivo em caso de pena de suspensão superior a trinta dias ou em qualquer processo por ele instaurado e que não redunde em pena expulsiva; e do Corregedor-Geral da União em casos de penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias.

> *Portaria CGU nº 1.286, de 2019 - Art. 1º A instauração de sindicâncias e processos administrativos disciplinares e a constituição das respectivas comissões, no âmbito da Controladoria-Geral da União - CGU, competem ao Corregedor-Geral da União.*
> *Parágrafo único. A instauração de sindicâncias e processos administrativos disciplinares competirá ao Secretário-Executivo da CGU:*
> *I - quando o servidor envolvido ou acusado:*
> *a) for lotado na CGU e ser ocupante de cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, de nível 5 ou superior; ou*
> *b) exercer a função de Superintendente de Controladoria Regional da União nos Estados; ou*
> *II - em caso de omissão, suspeição ou impedimento do Corregedor-Geral da União.*
> *Art. 2º As sindicâncias e os processos administrativos disciplinares serão julgados:*
> *I - pelo Ministro de Estado da CGU, nas hipóteses de aplicação das penalidades de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão ou destituição de função comissionada,*

> *conforme disposto no art. 1º do Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999;*
> *II - pelo Secretário-Executivo da CGU, na hipótese de aplicação da penalidade de suspensão por período superior a trinta dias; e*
> *III - pelo Corregedor-Geral da União, nas hipóteses de arquivamento ou aplicação das penalidades de advertência e de suspensão de até trinta dias.*
> *Parágrafo único. Compete ainda ao Secretário-Executivo o julgamento das sindicâncias e dos processos administrativos disciplinares por ele instaurados nas hipóteses em que a penalidade a ser aplicada não seja demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão ou destituição de função comissionada.*

Na esteira, por intermédio da Portaria CGU/CRG nº 691, de 7 de fevereiro de 2019, o Corregedor-Geral da União delegou, no art. 1º, aos Diretores da CGU/CRG/Dicor, da CGU/CRG/Direp e da CGU/CRG/Dirap a competência para julgarem processos pelo arquivamento, nas respectivas áreas de competência; e delegou ainda, no art. 2º, a competência para o Diretor da CGU/CRG/Dicor e para os Coordenadores-Gerais da CGU/CRG/Dicor/Coap e da CGU/CRG/Dicor/Coac arquivarem procedimentos correcionais em fase de admissibilidade.

> *Portaria CGU/CRG nº 691, de 2019 - Art. 1º Delegar aos Diretores da Corregedoria-Geral da União competência para decidir acerca do arquivamento de processos e documentos no âmbito da sua esfera de competência.*
> *Art. 2º Delegar à Coordenação-Geral de Admissibilidade Correcional e à Coordenação-Geral de Acompanhamento de Processos Correcionais competência para decidir acerca do arquivamento de denúncias e representações, bem como de processos de acompanhamento.*
> *Parágrafo Único. A competência prevista neste artigo também poderá ser exercida pela Diretoria de Gestão do Sistema de Correição Interno do Poder Executivo Federal.*

Pode-se dizer que, no âmbito da CGU/CRG, o recebimento de denúncias e representações acerca de fatos e de agentes públicos externos à CGU se dá pela CGU/CRG/Dicor/Coac, a quem cabe primeira análise. Se não houver elementos mínimos de materialidade e autoria, o Coodenador-Geral é competente para arquivar. Caso se vislumbre necessário instaurar procedimento investigativo, a ocorrência é remetida para a CGU/CRG/Dirap, a cujo Diretor compete a instauração, designando pessoal da CGU/CRG/Dirap/Cisep para conduzir o feito e também incumbe a esta Coordenação-Geral o acompanhamento do procedimento. Se, ao final do procedimento investigativo, a proposta da comissão for de arquivamento, o Diretor da CGU/CRG/Dirap é competente para arquivar; mas se a proposta for de instauração de processo disciplinar, a competência instauradora é exclusiva do Corregedor-Geral da União, ao amparo de nota técnica de análise jurídico-principiológica por servidor da própria CGU/CRG/Dirap/Cisep que não tenha participado do procedimento investigativo. Para a designação de comissão de inquérito, a CGU/CRG/Dirap/CGPAD indica os nomes de seu pessoal para o Corregedor-Geral da União e também incumbe a esta Coordenação-Geral o acompanhamento do processo disciplinar. No exercício de unidade de correição interna, diante de denúncia ou de representação em face de servidor da própria CGU, a procedimentalização é mais enxuta, com a notícia recebendo tratamento inicial já na CGU/CRG/Dirap, sem dar entrada pela CGU/CRG/Dicor/Coac, seguindo, a partir deste ponto de entrada, o mesmo rito acima.

No caso de atuação correcional em face de pessoas jurídicas, o rito é similar ao descrito acima para a atuação em face de agentes públicos externos, substituindo as atuações que se descreveram da CGU/CRG/Dirap pela CGU/CRG/Direp, da CGU/CRG/Dirap/Cisep pela CGU/CRG/Direp/Corep e da CGU/CRG/Dirap/CGPAD pela CGU/CRG/Direp/CGPAR.

Em síntese, o Coordenador-Geral da CGU/CRG/Dicor/Coac é competente para

arquivar de plano notícias de supostas irregularidades acerca de agentes externos que nem sequer mereçam instauração de procedimento investigativo; os Diretores da CGU/CRG/Dirap e da CGU/CRG/Direp são competentes para instaurar procedimentos investigativos respectivamente em face de agentes públicos e de pessoas jurídicas (com pessoal e sob condução e acompanhamento da CGU/CRG/Dirap/Cisep e da CGU/CRG/Direp/Corep) e para, ao final, arquivar os feitos; e apenas o Corregedor-Geral da União é competente para instaurar processos punitivos (sem prejuízo da competência de autoridades superiores, como o Secretário-Executivo e o Ministro de Estado), com pessoal e sob condução e acompanhamento da CGU/CRG/Dirap/CGPAD e da CGU/CRG/Direp/CGPAR.

Agora, então, tendo sido apresentado, em sintéticas palavras, o ordenamento de regência vigente para a organização interna da CGU, pode-se traçar uma análise comparativa temporal. Primeiramente, como *status* de órgão específico singular da CGU, não houve alteração para a CGU/CRG, que permanece, em síntese, com todas as competências de órgão central do SisCor, destacadamente de exercer a orientação normativa das unidades setoriais, na terminologia atual. A estrutura interna da CGU que vigorou entre 2005 e 2018, desde a criação do SisCor pelo Decreto nº 5.480, de 2005, até a entrada em vigor da Lei nº 13.844, de 2019, e do Decreto nº 9.681, de 2019 (sucedido pelo Decreto nº 11.102, de 2022), apresentava uma distribuição orgânica de competências desde as três Corregedorias-Gerais Adjuntas até as unidades que inicialmente se chamavam de unidades setoriais de correição, que se projetavam verticalmente em linhas de Ministérios e de unidades seccionais em seus órgãos e entidades. A partir de 2019, com a vigência daquele ordenamento e do seu Regimento Interno aprovado pela Portaria CGU nº 3.553, de 2019, a CGU passou a apresentar uma estruturação com divisão temática de competências entre as três Diretorias e as três Coordenações-Gerais subordinadas diretamente ao Corregedor-Geral da União, bem como entre as sete Coordenações-Gerais subordinadas aos três Diretores. A divisão de competências das unidades e das subunidades da CGU/CRG não mais se associa à ideia de diversas *longa manus* da CGU em cada linha hierárquica verticalizada de Ministérios, órgãos e entidades jurisdicionados para supervisão, mas sim passa a ser mais qualificadamente distribuída em função de temas atribuídos à alçada de cada unidade e subunidade da CGU/CRG (por exemplo, gerência ampla do SisCor, responsabilização de pessoas jurídicas, responsabilização de agentes públicos, uniformização de entendimentos, dentre outras) que se espraiam transversalmente para todas as unidades setoriais de correição do Poder Executivo federal, independente da Pasta em que se encontram.

Em reforço a esta inferência, até se percebe razoável equivalência no grau de gestão e de comando dos dirigentes no âmbito da CGU/CRG: se antes, os três Corregedores-Gerais Adjuntos ocupavam cargos em comissão código DAS-101.5 e os diversos Corregedores Setoriais ocupavam funções de confiança código FCPE-101.4, a partir de 2019, os também três Diretores e os dez Coordenadores-Gerais têm, respectivamente, os mesmos provimentos comissionados.

Ainda à luz da interpretação que se extrai deste ordenamento de regência da estrutura interna da CGU, de um lado, de forma geral, pode-se atribuir a competência de supervisão técnica sobre as unidades setoriais às Diretorias e Coordenações-Gerais da CGU/CRG (só que agora com incidência transversal e não mais vertical sobre uma determinada linha hierárquica). De fato, diversos comandos do Regimento Interno da CGU dirigidos às Diretorias e às Coordenações-Gerais empregam a expressão “unidades supervisionadas” e comandos com a ação de “supervisionar”, permitindo compreender que aquelas unidades e subunidades da CGU/CRG substituíram o papel das extintas Corregedorias-Gerais Adjuntas e das Corregedorias Setoriais da CGU/CRG e atualmente exercem a competência de supervisão técnica das unidades setoriais, na linha estabelecida pelo vigente inciso VII do art. 5º do Decreto nº 5.480, de 2005. E, de outro lado, de forma específica, conforme já se aduziu, inequivocamente a CGU/CCC foi extinta e verifica-se que as suas competências foram

atribuídas à atual CGU/CRG/CGUNE, que atua na uniformização sistêmica de entendimentos. Informe-se, inclusive, que, ao lado das antigas manifestações da CGU/CCC, na forma de enunciados, em **3.3.6**, serão abordadas as contribuições que a CGU/CRG/CGUNE passou a dar ao SisCor como um todo e em especial para unidades de setoriais de correição.

Cabe aqui concluir a síntese histórica da atuação da CGU, iniciada parágrafos acima. Não há como omitir que o modelo inicial de implantação do SisCor calcava-se na forte centralização em torno da CGU/CRG e na competência das extintas Corregedorias Setoriais para que exercessem um papel essencialmente fiscalizador da atividade correcional na ponta dos órgãos e entidades. O modelo sistêmico original, implantado pelo Decretonº 5.480, de 2005, impunha à estrutura central, sobretudo por meio daquelas suas unidades intermediárias, a forte atribuição de monitorar a atuação das unidades originalmente denominadas seccionais de correição e de exercer cobranças de viés meramente formal, o que fomentava uma sensação de distanciamento e de desconfiança entre os componentes do SisCor e uma percepção de não faziam parte de um único sistema iluminado pelos mesmos objetivos e princípios. Como não poderia ser diferente, este modelo se esgotou. Com a mudança orgânica operada desde a MP nº 870, de 2019, a CGU/CRG deixou de atuar como instância meramente avaliadora para passar a atuar em conjunto, em relação de proximidade e de parceria com as atuais unidades setoriais de correição. Trata-se de uma relevante e salutar mudança de paradigma de atuação do órgão central do SisCor.

Ainda que, a rigor, permaneçam previstos no art. 61 da Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, que regulamenta a atividade correcional no SisCor, os procedimentos de controle do órgão central (a saber, a supervisão correcional, a inspeção correcional e a visita técnica correcional, que adiante ainda se descreverão), na prática, a partir do novo desenho orgânico da CGU/CRG, basicamente, a avaliação dos trabalhos desenvolvidos nas unidades setoriais de correição se dá por meio de outras ferramentas, bem menos invasivas, das quais duas merecem destaque.

Primeiramente, se reitera o já mencionado o acompanhamento, de parte da CGU/CRG, do desempenho do mandato pelo titular da unidade setorial de correição, pois a manutenção desta titularidade não é vista unicamente como uma garantia pessoal do agente público nomeado ou designado para o cargo em comissão ou função de confiança de corregedor, mas sim também é de ser compreendida como uma garantia, a favor de todo o SisCor, de que aquela autoridade desempenha a contento todo seu feixe de atribuições.

Na segunda forma, mencione-se a iniciativa de a CGU/CRG ter criado a ferramenta gerencial do Modelo de Maturidade Correcional (CRG-MM), que, a rigor, não deixa de ser um instrumento de controle, mas que enriquece esta sua vocação com um forte e estimulante caráter participativo pelas próprias unidades seccionais de correição, que buscam, com apoio do órgão central, evoluir na sua atuação correional de forma planejada, organizada, estruturada e racional e sem a onerosa percepção de se sentirem vigiadas, fiscalizadas ou vistoriadas. Com isto, os enlaces sistêmicos se tornam mais fortes e produtivos e as distâncias entre órgão central e unidades setoriais de correição diminuem, com a percepção de relação de parceria, de auxílio.

O CRG-MM é uma ferramenta gerencial para que as unidades de correição se autoavaliem, em uma escala evolutiva de cinco níveis progressivos de estágios de desenvolvimento; estabeleçam o patamar desejado a alcançar, em função do seu porte e do perfil de sua atuação; e tracem metas para atingi-lo. Enquanto se espera que uma unidade de correição de grande porte e inserida em um contexto de relevância em termos de infrações funcionais em seu órgão almeje atingir o nível 5, unidades de menor projeção podem considerar seu desempenho ótimo em nível menor.

O CRG-MM se organiza em uma matriz composta de cinco níveis de maturidade (em suas linhas) em que são avaliados quatro elementos (em suas colunas) e os cruzamentos das linhas e colunas (células) formam dezoito macroprocessos-chaves (KPAs, de *Key Process Area*). Cada KPA compõe-se de determinada quantidade de atividades essenciais, que devem ser realizadas para o alcance dos objetivos daquele macroprocesso-chave e, para isto, deve haver evidências que demonstrem que todas as atividades essenciais estão estabelecidas (critério de existência) e são efetivamente executadas pela unidade de correição (critério de institucionalização). Para cada atividade essencial componente de um KPA, devem ser satisfeitas tanto as evidências de existência, com a comprovação do seu cumprimento, quanto as evidências de institucionalização, com demonstração da sua incorporação na praxe interna, de forma sustentada e repetida para obtenção do resultado pretendido. Em outras palavras, exige-se que a unidade de correição comprove materialmente, a cada KPA, que suas atividades essenciais estão previstas em norma interna ou assimiladas pela praxe institucional, a ponto de terem suas execuções rotineiras e regulares registradas ou documentadas e não dependentes de iniciativa pessoal de determinado servidor. E para que uma unidade de correição se autoavalie em determinado nível de maturidade, é necessário que atenda todos os KPAs deste nível e dos níveis inferiores.

Na verdade, embora se tenha listado o controle sobre desempenho do mandato e o CRG-MM como ferramentas de avaliação da atividade correcional nos órgãos e entidades, é de se reconhecer que se inter-relacionam. A despeito de o CRG-MM não tenha sido instituído por norma que obrigue seu emprego, sendo de adesão voluntária, a ferramenta é incluída como um dos elementos de instrução de indicação de recondução de titular de unidade de correição, conforme o inciso III do § 1º e o § 5º do art. 7º da Portaria CGU nº 1.182, de 2020.

Fechada esta longa explanação sobre estrutura e competências legais, regulamentares e regimentais da CGU, convém retornar ao Decreto nº 5.480, de 2005, com o fim de abordar uma competência específica do órgão central do SisCor sobre as unidades setoriais de correição, em que se inclui o sistema correcional da RFB. Os incisos V e VI do seu art. 5º obrigam que as unidades setoriais de correição mantenham registro atualizado da tramitação de seus procedimentos em curso e que encaminhem dados consolidados e sistematizados dos resultados.

Se, de um lado, a norma presidencial não obrigava remessa de cópias integrais dos procedimentos correcionais (instaurados, em curso ou encerrados), de outro lado, incumbia às unidades setoriais de correição fazê-lo periodicamente de forma totalmente manual (inicialmente, esta periodicidade era trimestral).

Para suprir de forma automática e virtual tal obrigação, a CGU desenvolveu um sistema informatizado (Sistema de Gestão de Processos Disciplinares - CGU-PAD), a ser alimentado pelas unidades setoriais de correição a cada evento processual relevante concretamente ocorrido. Sendo obrigatório o emprego desta ferramenta, por força da Portaria CGU nº 1.043, de 24 de julho de 2007, conforme o *caput* do seu art. 1º, ao mesmo tempo em que a CGU obteve uma base de dados unificada de toda a atividade disciplinar no âmbito do Poder Executivo federal, automatizou a sua alimentação, a favor das unidades setoriais de correição.

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

Neste sentido é a manifestação da CGU, por meio da CGU/CRG, estampada na Nota Técnica nº 529/2019/CGUNE/CRG, em que sintetizou que, *a priori*, toda forma de comunicação ao órgão central exigida no ordenamento pode ser suprida com o registro no

sistema CGU-PAD, dispensando-se envio de ofícios e documentos, sejam em meio físico, sejam em meio eletrônico.

> *Nota Técnica nº 529/2019/CGUNE/CRG: "Todas as comunicações rotineiras e padrão sobre a ocorrência de irregularidades e de instauração, andamento ou julgamento de PADs as quais se fazem necessárias em face de dispositivos legais ou pareceres da Advocacia-Geral da União devem ser interpretadas, com fulcro no princípio da eficiência, no sentido do seu pleno atendimento pela utilização no órgão do sistema SisCor com a inclusão dos processos disciplinares e sua atualização constante, nos termos da Portaria nº 1.043, de 24 de julho de 2007, desta Controladoria-Geral da União, sendo, inclusive, ressaltada a necessidade de inclusão dos `processos a instaurar` nesse sistema. Destarte, somente excepcionalmente em virtude de situações de urgência que requeiram a adoção de medidas pela CGU ou peculiaridades do caso concreto deve-se efetuar a cientificação por meio de ofício com remessa de documentos."*

O emprego do sistema CGU-PAD no âmbito do ME foi regulamentado pela Portaria Coger-ME nº 12.456, de 29 de novembro de 2019. Segundo os arts. 3º e 4º desta norma, devem ser registrados no sistema CGU-PAD, no prazo de até trinta dias da ocorrência, os principais andamentos de processos disciplinares (em gênero, comportando todos os ritos), tais como juízo de admissibilidade, instauração, prorrogação, designação de nova comissão, alteração de integrantes do colegiado, indiciação, defesa, relatório, encaminhamento para autoridade julgadora, pareceres, julgamento, anulação, interposição de qualquer espécie recursal ou revisão e avocação pela CGU, e também em fases similares, no que couber, em sindicâncias investigativas e patrimoniais.

> *Portaria Coger-ME nº 12.456, de 2019 - Art. 3º São objeto de registro no Sistema CGU-PAD, informações relativas aos seguintes procedimentos disciplinares, desde que instaurados no âmbito deste Ministério:*
> *I - Procedimento Administrativo para Empregado Público (art. 3º da Lei nº 9.962/2000);*
> *II - Procedimento Disciplinar de Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista;*
> *III - Apuração Direta (para Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista);*
> *IV - Processo Administrativo Disciplinar (Lei nº 8.112/90);*
> *V - Rito Sumário (Lei nº 8.112/90);*
> *VI - Sindicância "Servidor Temporário" (art. 10 da Lei nº 8.745/93);*
> *VII - Sindicância acusatória e investigativa (Estatutários); e*
> *VIII - Sindicância patrimonial (Decreto nº 5.483/05).*
> *Art. 4º Serão obrigatoriamente registrados no Sistema CGU-PAD, os seguintes atos dos procedimentos disciplinares mencionados no art. 3º:*
> *I - juízo de admissibilidade;*
> *II - instauração;*
> *III - prorrogação;*
> *IV - recondução;*
> *V - alteração de presidente ou membro de comissão disciplinar;*
> *VI - indiciamento;*
> *VII - defesa;*
> *VIII - relatório final;*
> *IX - encaminhamento do processo para a autoridade julgadora;*
> *X - Pareceres jurídicos e/ou Notas Técnicas;*
> *XI - julgamento;*
> *XII - anulação, de natureza administrativa ou judicial;*
> *XIII - pedido de reconsideração e decorrente decisão;*
> *XIV - interposição de recurso hierárquico e decorrente decisão;*

> *XV - instauração de processo de revisão e decorrente decisão; e*
> *XVI - avocação de processo pela CGU.*
> *Parágrafo único. As informações sobre os atos deverão ser registradas no sistema no prazo de 30 (trinta) dias, a contar de sua ocorrência ou da data de sua publicação.*
> *Art. 5º O registro mencionado no Art. 4º, inciso I, deverá ser realizado pela área responsável pelo subsídio ao juízo de admissibilidade.*
> *Art. 6º Os registros mencionados no Art. 4º, incisos II a IX deverão ser realizados por membros das Comissões Disciplinares, preferencialmente pelo secretário da Comissão.*
> *Parágrafo único. Os membros das Comissões Disciplinares deverão inserir, no Sistema CGU-PAD, cópia digitalizada ou eletrônica dos relatórios finais dos procedimentos correcionais, bem como outras peças relevantes à instrução processual, conforme orientação das unidades setoriais e Controladorias Regionais da União nos Estados.*

A rigor, de acordo com os arts. 5º e 6º da Portaria Coger-ME nº 12.456, de 2019, no sistema correcional da RFB, é certo que o registro no sistema CGU-PAD referente à elaboração do parecer de admissibilidade recai sobre o Grupo Nacional de Pareceristas (GNP), enquanto todos os registros desde a instauração até o encaminhamento do processo para o julgador recairiam sobre a comissão processante e caberia à autoridade instauradora registrar apenas os atos referentes ao julgamento.

Mas, na prática interna, convencionou-se que incumbe ao Grupo Nacional de Comissões (GNC) alimentar a base de dados externa no sistema CGU-PAD acerca da instauração de processo disciplinar, pois tem conhecimento de todas as portarias de pessoal emitidas. Assim, a cada processo disciplinar instaurado, deve o GNC informar os dados da portaria de pessoal instauradora (nº, autoridade signatária, nomes e dados funcionais dos integrantes da comissão, espécie processual e data e meio de publicação).

A partir daí, as ocorrências registráveis no sistema CGU-PAD no curso do inquérito administrativo ficam a cargo das respectivas comissões, tais como dados das portarias de pessoal de prorrogação, de designação de nova comissão e de substituição de membros (incluindo nomes e dados funcionais de eventuais novos integrantes), nome(s) e dados funcionais do(s) servido(es) notificado(s) de sua condição de acusado(s), indiciação, juntada de defesa, elaboração de relatório e encaminhamento do processo à autoridade instauradora. Mas é de se informar que o próprio sistema CGU-PAD não disponibiliza campos para tantas informações, sobretudo as informações sobre indiciação, juntada de defesa, elaboração de relatório e encaminhamento dos autos para autoridade instauradora, que contam, agregadamente, com um único campo, em que a praxe indica ser usado apenas para a data de entrega do processo.

Após o registro no sistema CGU-PAD a cargo do GNP da elaboração de parecer de análise de processo, por fim, volta a caber ao GNC informar no sistema CGU-PAD eventuais declarações administrativa ou judicial de nulidade ou determinação de ultimação dos trabalhos, o resultado do julgamento (se houve absolvição ou responsabilização e, neste caso, os dados do ato punitivo, tais como nº da portaria de pessoal, autoridade signatária, punição aplicada, data e meio de publicação e eventual efeito da prescrição) e eventual interposição de qualquer esfera recursal ou revisional e as respectivas decisões.

Também obriga-se a imediato registro no sistema CGU-PAD a celebração de termo de ajustamento de conduta (TAC), tema abordado em **2.5.7**, segundo o *caput* do art. 9º da norma própria de regência daquele tipo de acordo, a IN CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020.

> *IN CGU/CRG nº 4, de 2020 - Art. 9º Assim que celebrado, o TAC deverá ser registrado no sistema CGU-PAD.*

É de se ressalvar que, dentre procedimentos investigativos, o sistema correcional da RFB, por meio do Grupo Nacional de Investigação (GNI), informa no sistema CGU-PAD a existência apenas de sindicâncias investigativas e patrimoniais, não cadastrando análises preliminares, investigações preliminares e investigações patrimoniais.

Informe-se ainda que, antes mesmo da implantação do sistema CGU-PAD, a corregedoria da RFB já contava com um sistema interno, a saber, o Sistema de Acompanhamento de Comissões - Siacom, de acompanhamento da atividade disciplinar, quando esta se reduzia a procedimentos disciplinares em face de servidor. A sua base de dados era similar àquela que posteriormente a CGU veio a implantar no âmbito de todo o Poder Executivo federal com o sistema CGU-PAD e sua alimentação cabia, precipuamente, aos Escor e, residualmente, à Coger. Todavia, por razões técnicas de tecnologia da informação, apesar de ser um sistema oficialmente homologado, tornou-se necessário descontinuar o emprego do Siacom em 31/07/14.

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

De forma similar à processualística disciplinar, a Portaria Coger-ME nº 12.850, de 4 de dezembro de 2019, destacadamente em seus arts. 4º a 6º, 8º e 9º, estabelece obrigação de registros no Sistema de Gestão de Procedimentos de Responsabilização de Entes Privados (CGU-PJ), também da CGU, dos atos encartados em PAR em face de pessoas jurídicas, de que trata a Lei nº 12.846, de 2013.

> *Portaria Coger-ME nº 12.850, de 2019 - Art. 4º São obrigatoriamente registradas no Sistema CGU-PJ as seguintes informações relativas a Processos Administrativos de Responsabilização, instaurados nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e a Investigações Preliminares, instaurados nos termos Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015:*
> *I - juízo de admissibilidade;*
> *II - instauração;*
> *III - prorrogação;*
> *IV - recondução;*
> *V - alteração de presidente ou membro de comissão processante;*
> *VI - indiciamento;*
> *VII - defesa;*
> *VIII - relatório final;*
> *IX - manifestação da Pessoa Jurídica;*
> *X - parecer jurídico*
> *XI - encaminhamento do processo para julgamento;*
> *XII - julgamento;*
> *XIII - eventuais anulações;*
> *XIV - eventuais reabilitações e registros de pagamento de multas;*
> *XV - eventual interposição de recurso e respectiva decisão;*
> *XVI - eventual instauração de revisão do processo e respectiva decisão; e*
> *XVII - eventual avocação pela CGU.*
> *Art. 5º São obrigatoriamente registradas no Sistema CGU-PJ as seguintes informações relativas a penalidades aplicadas a pessoas físicas ou jurídicas que impliquem restrição ao direito de contratar ou licitar com a Administração Pública, em atenção ao artigo 23, da Lei nº 12.846/2013:*
> *I - decisão sancionadora; e*
> *II - decisões de natureza administrativa ou judicial que impliquem alterações nos efeitos da sanção mencionada no inciso I.*

> *Art. 6º Os registros de informação no CGU-PJ deverão ocorrer em até:*
> *I - 5 (cinco) dias após a aplicação, quando relativas às sanções que impliquem restrição ao direito de licitar ou contratar com a Administração Pública;*
> *II - 30 (trinta) dias, quando relativas a juízo de admissibilidade, instauração ou encaminhamento para julgamento de PAR ou IP; e*
> *III - 5 (cinco) dias, quando relativas a julgamentos ou outras decisões que impliquem alterações nas sanções aplicadas no âmbito de PAR ou IP.*
> *Art. 7º Para o cumprimento dos prazos previstos no Art. 6º, a autoridade que praticar ou que tomar ciência dos atos revistos nos artigos 4º e 5º deverá remeter informações suficientes ao seu registro para a Corregedoria do Ministério da Economia no prazo de 30 (trinta) dias quando da instauração de novo procedimento, e de 10 (dez) dias nos demais casos.*
> *Art. 8º O registro mencionado no Art. 4º°, inciso I, deverá ser realizado pela Coordenação encarregada de sua apreciação.*
> *Art. 9º Os registros mencionados no Art. 4º, incisos II a VIII, deverão ser realizados por membros das Comissões Processantes, preferencialmente pelo secretário da Comissão.*
> *Parágrafo único. Os membros das Comissões Processantes deverão inserir, no Sistema CGU-PAD, cópia digitalizada ou eletrônica dos relatórios finais dos procedimentos correcionais, bem como outras peças relevantes à instrução processual, conforme orientação das unidades setoriais e Controladorias Regionais da União nos Estados.*

Conforme se detalhará em **3.3.6**, no sítio eletrônico da Controladoria-Geral da União (CGU) encontram dispooníveis guias rápidos, na forma de tutoriais, para os dois sistemas, no link https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/8766, acessado em 29/07/20.

Neste ponto, cabe mencionar que a IN CGU nº 14, de 2018, no inciso II do seu art. 60 estabelece a obrigação em geral de as unidades setoriais de correição atenderem às determinações e às recomendações emitidas no âmbito do órgão central do SisCor e os incisos III e IV do mesmo comando normativo, em especial, atualizam os comandos dos já mencionados incisos V e VI do art. 5º do Decreto nº 5.480, de 2005, acerca dos deveres de prestar e manter atualizadas informações sobre os procedimentos correcionais.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 60. Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal, observado o sigilo legal, deverão:*
> *II - atender às determinações de instauração de procedimentos correcionais e observar recomendações acerca do exercício de sua atividade correcional proferidas pelas unidades setoriais e Controladorias Regionais da União nos Estados;*
> *III - cadastrar e manter atualizadas as informações referentes aos procedimentos correcionais sob sua responsabilidade nos Sistemas CGU-PAD e CGU-PJ, nos termos, respectivamente, das Portarias CGU nº 1.043, de 24 de julho de 2007, e nº 1.196, de 29 de maio de 2017; e*
> *IV - inserir, nos Sistemas CGU-PAD e CGU-PJ, cópia digitalizada ou eletrônica dos relatórios finais dos procedimentos correcionais, bem como outras peças relevantes à instrução processual, conforme orientação das unidades setoriais e Controladorias Regionais da União nos Estados.*

Em sintéticas palavras, esta IN CGU nº 14, de 2018, descreve o que seja atividade correcional, apresenta os procedimentos correcionais (como gênero, desdobrados na espécie dos procedimentos disciplinares em face de agentes públicos e na espécie dos procedimentos de responsabilização de pessoas jurídicas) e, em especial, no que por ora interessa, trata da atuação correcional da própria CGU. Neste escopo, assumem relevância os seus Títulos III e IV, entre seus arts. 51 a 63, que disciplinam o tratamento dado pela CGU aos procedimentos correcionais de sua própria instauração e as diferentes ferramentas de controle sobre os procedimentos correcionais instaurados pelos demais órgãos ou entidades.

Neste rumo, tendo sido editada pouco antes da vigência do ordenamento inaugurado pela Lei nº 13.844, de 2019, a IN CGU nº 14, de 2018, naqueles Títulos III e IV, ainda reflete a estrutura interna da CGU vigente na normatização anterior e, por este motivo, apresenta algumas pontuais desarmonias, destacadamente ao mencionar Corregedorias Adjuntas e Corregedorias Setoriais, no art. 51, no *caput* do art. 58 e no art. 61, devendo ser compreendidas neste sentido, de forma genérica, as atuais Diretorias e Coordenações-Gerais da CGU/CRG. Salvo estas localizadas desatualizações, os demais comandos da IN CGU nº 14, de 2018, no restante daqueles dois Títulos e em todos os outros, são recepcionados pelo atual ordenamento.

Mas é de se ponderar a estrita legalidade prevista na norma com a percepção concreta, já exposta parágrafos acima, de que, com a mudança orgânica operada desde a MP nº 870, de 2019, em razão do esgotamento do modelo sistêmico original, calcado na fiscalização, a CGU/CRG, na prática, tem exercitado suas competências de órgão central, no que tange à avaliação da atuação das unidades setoriais de correição, de forma mais focada no acompanhamento do desempenho do mandato pelo titular e na parceria estabelecida para a autoavaliação e para o progresso dentro do CRG-MM, em detrimento destes instrumentos formais de fiscalização.

Inserido no Título IV, o art. 61 da IN CGU nº 14, de 2018, lista três ferramentas gerenciais, à margem do conceito de procedimentos correcionais de apuração de irregularidades, a cargo do órgão central do SisCor, de acompanhamento e de avaliação dos trabalhos desenvolvidos nas unidades setoriais de correição, a saber, a supervisão correcional *lato sensu* e, como espécies não exaustivas, a inspeção correcional e a visita técnica correcional.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 61. Para a consecução dos objetivos da supervisão correcional, as Corregedorias Setoriais e as Controladorias Regionais da União nos Estados poderão, dentre outras ações, realizar Inspeções Correcionais e Visitas Técnicas Correcionais nos órgãos e entidades do Poder Executivo federal.*

Isto porque, conforme os incisos V e VII do art. 51 da Lei nº 13.844, de 2019; os incisos X e XIII do art. 4º do Decreto nº 5.480, de 2005; os incisos IV, V e XVIII do art. 16 do Anexo I do Decreto nº 11.102, de 2022; e os incisos XXII e XXIV do art. 45 e o inciso VII do art. 53, ambos do Anexo I do Regimento Interno da CGU, compete à CGU, por meio da CGU/CRG e, mais especificamente, pela CGU/CRG/Dicor/Copis, supervisionar a atividade correcional no SisCor, por meio dos procedimentos de inspeções correcionais e visitas técnicas correcionais, e, em consequência, requisitar dos órgãos ou entidades procedimentos e processos em curso ou arquivados ou já julgados há menos de cinco anos, bem como, informações e documentos necessários. Em consequência direta, incumbe às unidades setoriais de correição, quando requisitadas, fornecer as respostas requisitadas, conforme especifica o inciso I do art. 60 da IN CGU nº 14, de 2018.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 60. Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal, observado o sigilo legal, deverão:*
> *I - atender prontamente às unidades setoriais e às Controladorias Regionais da União nos Estados nas solicitações de informações, cópias ou remessa de autos originais de procedimentos correcionais concluídos ou em curso;*

Em sintéticas palavras organicamente atualizadas, à luz do art. 58 da IN CGU nº 14, de 2018, como incumbência da CGU/CRG, por meio de suas Diretorias e Coordenações-Gerais, e das CGU-R, a supervisão correcional visa a avaliar parâmetros como desempenho, eficiência, aperfeiçoamento, aprofundamento, celeridade, regularidade e uniformização da atividade correcional executada nas unidades setoriais dos órgãos e entidades integrantes do SisCor.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 58. A supervisão da atividade correcional no âmbito do Poder Executivo federal é executada pelas corregedorias setoriais e pelas Controladorias Regionais da União nos Estados, e tem como objetivos:*
> *I - garantir que o desempenho da atividade correcional pelos órgãos e entidades que compõem o Poder Executivo federal atenda às metas e aos padrões definidos pela Corregedoria-Geral da União (CRG);*
> *II - propiciar eficiência, eficácia e efetividade às ações correcionais;*
> *III - promover o aperfeiçoamento da estrutura e da base normativa para o tratamento da matéria correcional;*
> *IV - garantir que as apurações correcionais sejam realizadas com abrangência e profundidade adequadas e dentro de prazo razoável de duração;*
> *V - buscar a regularidade formal das apurações, bem como a adequação das respectivas decisões; e*
> *VI - promover a observância das orientações emanadas pela CRG.*
> *Parágrafo único. Ordem de Serviço da CRG disciplinará a supervisão da atividade correcional.*

Além dos já mencionados desdobramentos específicos em inspeção correcional e em visita técnica correcional, a supervisão correcional em gênero, conforme o art. 59 da IN CGU nº 14, de 2018, se procedimentaliza com coleta de informações sobre a atividade correcional na unidade setorial supervisionada; verificação de possíveis imperfeições ou de irregularidades no desempenho; avaliação de eventual necessidade de acompanhamento pelo órgão central; e elaboração de recomendações e determinações, se for o caso.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 59. A supervisão da atividade correcional inclui:*
> *I - a coleta e análise de informações relativas aos órgãos e às entidades supervisionados com o fim de diagnosticar falhas, impropriedades ou possibilidades de melhoria na execução da atividade correcional e de identificar ilícitos correcionais cuja apuração demande acompanhamento ou atuação direta do Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal;*
> *II - a análise do desempenho da atividade correcional e da regularidade de apurações correcionais identificadas como de acompanhamento necessário; e*
> *III - a elaboração de recomendações e de determinações aos órgãos e entidades supervisionados.*

Tanto a inspeção correcional quanto a visita técnica correcional são procedimentos realizados na própria unidade setorial, diferindo que a primeira necessita de autorização do Corregedor-Geral da União, visa a avaliar determinado aspecto gerencial sobre a atuação correcional e redunda em relatório com as constatações e recomendações dirigidas à unidade inspecionada e a visita técnica correcional é a diligência com o fim de prestar orientações e coletar informações sobre a atividade correcional na unidade visitada, conforme esclarecem os arts. 62 e 63 da IN CGU nº 14, de 2018.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 62. Inspeção Correcional é procedimento administrativo de verificação in loco da gestão correcional de órgão ou entidade do Poder Executivo federal, destinado a avaliar aspectos previamente determinados, bem como colher e validar informações e documentos relativos à matéria correcional.*
> *§ 1º A realização de inspeção correcional será previamente autorizada pelo Corregedor-Geral da União.*
> *§ 2º Ao final de cada inspeção, será elaborado relatório circunstanciado com os registros das constatações e recomendações realizadas, o qual, após aprovação pela autoridade competente, será encaminhado à unidade inspecionada para conhecimento e adoção das medidas cabíveis.*
> *Art. 63. Visita Técnica Correcional é procedimento administrativo de diligência in loco em órgão ou entidade do Poder Executivo federal, com o objetivo de prestar orientações e coletar informações acerca da atividade correcional.*

Não se discutem, portanto, as competências legais, regulamentares e regimentais do órgão central do SisCor, por meio da CGU/CRG, para avocar procedimento em curso a fim de verificar sua regularidade ou corrigir seu andamento; para requisitar procedimentos julgados há menos de cincos anos a fim de reexaminá-los; para requisitar documentos e informações que julgue necessários a sua atividade de controle; e para realizar supervisão, inspeção e visita técnica correcionais nas unidades setoriais de correição.

Aliás, os arts. 52, 53 e 56 da Portaria CGU nº 14, de 2018, reiteram a competência do Corregedor-Geral da União (e, obviamente, das autoridades que lhe são superiores, o Secretário-Executivo e o Ministro de Estado da CGU) para, de ofício ou mediante proposta, avocar procedimento disciplinar, a fim de verificar sua regularidade ou corrigir seu andamento, hipóteses em que o procedimento poderá continuar do ponto em que se encontra, com aproveitamento da instrução probatória já realizada e notificação à defesa. Também, os arts. 54 e 57 da IN CGU nº 14, de 2018, ratificam a competência das mesmas autoridades para requisitar procedimentos disciplinares julgados há menos de cinco anos, a fim de reexaminá-los, hipótese que poderá redundar na declaração de nulidade, caso tenha havido atos viciados, assegurando-se ao interessado o direito de se manifestar caso o reexame agrave sua situação.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 52. O Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União, o Secretário-Executivo e o Corregedor-Geral da União poderão, de ofício ou mediante proposta, a qualquer tempo, avocar procedimento disciplinar em curso no Poder Executivo federal, para verificar a sua regularidade ou corrigir-lhe o andamento.*
> *Art. 53. Os procedimentos disciplinares poderão ser diretamente instaurados ou avocados, a qualquer tempo, em razão de:*
> *I - omissão da autoridade responsável;*
> *II - inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem;*
> *III - complexidade e relevância da matéria;*
> *IV - autoridade envolvida; ou*
> *V - envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade.*
> *Art. 54. O Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União, o Secretário-Executivo e o Corregedor-Geral da União, de ofício ou mediante proposta das unidades setoriais, poderão requisitar os procedimentos disciplinares julgados há menos de 5 (cinco) anos por órgãos ou entidades do Poder Executivo federal, para reexame.*
> *Art. 55. A competência para a instauração, avocação e reexame de PAR e IP no âmbito do Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal e das unidades setoriais será regulamentada em Portaria do Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União.*
> *Art. 56. O procedimento correcional avocado poderá ter continuidade a partir da fase em que se encontra, facultada a designação de nova comissão.*
> *§ 1º Poderão ser aproveitadas todas as provas já produzidas nos autos.*
> *§ 2º O acusado ou seu procurador deverão ser notificados da decisão de avocação do procedimento correcional.*
> *Art. 57. Do reexame de procedimento correcional poderá decorrer a determinação ou declaração de nulidade dos atos viciados.*
> *Parágrafo único. Se a decisão do reexame da matéria agravar situação do interessado, este será intimado para, querendo, formular suas alegações.*

Todavia, no caso específico do sistema correcional da RFB, tais competências a favor do órgão central ou de qualquer outro órgão, unidade ou subunidade do SisCor e tais incumbências a cargo da Coger e dos Escor de conceder acesso a informações, documentos, procedimentos ou processos correcionais (para estes dois últimos, independentemente de suas naturezas investigativa ou contraditória e de seu estágio, se em curso ou se encerrados) restam prejudicadas. Isto porque a grande maioria dos expedientes em geral na RFB, no que se

incluem aqueles que tramitam por seu sistema correcional, contém dados protegidos por sigilo fiscal. O sigilo se opõe sobretudo acerca de um universo de expedientes, como pode ser o caso de inspeções correcionais, mas não deixa de se impor até mesmo no caso individualizado de específica requisição.

Diante de tais provocações, deve antes a autoridade fiscal ou correcional da RFB verificar se a demanda externa atende aos requisitos impostos pelo inciso II do § 1º ou do § 2º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN), conforme se aduzirá com mais detalhes em **4.4.12.2**. Sabe-se que são duas hipóteses legais muito distintas de exceção à regra do sigilo. Enquanto os expedientes encampados no inciso II do § 1º do art. 198 do CTN se limitam a investigações em face do agente de quem se solicitam os dados fiscais, no subsequente § 2º amparam-se pedidos para auditorias e inspeções de dados, processos e controles operacionais da administração tributária e aduaneira e da gestão fiscal (ou seja, para auditarem ou inspecionarem a própria RFB em si como um todo em sua matéria-fim e não na atividade-meio de seu sistema correcional).

Atenta a estas delimitações legais, instada a se manifestar sobre o tema, a Advocacia-Geral da União, em seu Parecer AGU nº AM-8, condicionou o compartilhamento de dados protegidos por sigilo fiscal à CGU à prévia existência de um decreto e, na sequência, de um instrumento próprio (como um convênio, por exemplo), por meio do qual se firme intercâmbio com a RFB.

> *Parecer AGU nº AM-8, vinculante: "Ementa: (...) IV - Mediante decreto e instrumento próprio, no qual se estabeleçam os limites de uso da informação e as condicionantes necessárias ao resguardo do sigilo, pode ser realizado o compartilhamento de dados fiscais com o Tribunal de Contas da União ou com a Controladoria-Geral da União, sem anonimização, quando indispensável à realização de procedimentos de auditoria e inspeção de dados, processos e controles operacionais da administração tributária e aduaneira, da gestão fiscal ou da análise de demonstrações financeiras da União. V - O intercâmbio de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública, nos termos e limites do art. 198, § 2º, do Código Tributário Nacional, com transferência do sigilo, para fins de auditoria na administração tributária e aduaneira, na gestão fiscal ou nas demonstrações financeiras da União pressupõe: (i) a existência de processo administrativo regularmente instaurado, contendo clara definição do objetivo e escopo da auditoria; (ii) que a entrega das informações se dê mediante recibo, que formalize a transferência, facultado, pela própria natureza, o uso de tecnologia que lhe faça as vezes e assegure autenticidade, integridade, registro de acessos e rastreabilidade (iii) a existência de manifestação fundamentada, contemporânea ao momento processual, demonstrando a pertinência temática da informação com o objeto da auditoria ou inspeção e a necessidade e indispensabilidade de acesso, vale dizer, com indicação de que o trabalho não pode ser realizado ou que o seu resultado não pode ser alcançado por outro modo, mesmo com a anonimização; (iv) uso restrito ao fim específico de realização da auditoria, vedada a divulgação ou a utilização para finalidade diversa do respectivo escopo.*

Na esteira, editado o Decreto nº 10.209, de 22 de janeiro de 2020, regulamentando, nos arts. 3º, 5º e 9º, a competência legal da CGU requisitar à RFB dados protegidos por sigilo fiscal, não só à luz dos condicionantes do inciso II do § 1º do art. 198, para apuração individualizada de infração, como também por meio do intercâmbio de que trata o § 2º do mesmo art. 198 do CTN, quando indispensável para realização de auditorias ou de inspeções sobre o próprio órgão, eis que em 24/06/20 foi celebrado o Convênio nº 3/2020/SE, com extrato publicado oficialmente em 24/06/20.

Mas, conforme delimitou o Parecer AGU nº AM-8, o intercâmbio de dados protegidos por sigilo fiscal a favor da CGU condiciona a utilização em eventuais procedimentos de

auditoria e de inspeção face à RFB apenas no que tange à fiscalização dos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais, como controle interno, legalmente previsto, da administração tributária e aduaneira e da gestão fiscal, e não sobre a atividade correcional.

Em outras palavras, independentemente da edição do Decreto nº 10.209, de 2020, e da celebração do Convênio nº 3/2020/SE, o sistema correcional da RFB tem amparo, no comando do *caput* do art. 198 do CTN, que estabelece a regra geral de vedação do repasse de dados protegidos por sigilo fiscal, para negar acesso a procedimentos correcionais que contenham dados protegidos por sigilo fiscal em eventuais avocações, requisições, supervisões, inspeções e visitas técnicas correcionais.

E, com maior ênfase, afirma-se que menos ainda pode qualquer servidor ou autoridade da Coger ou de Escor repassar à CGU ou a qualquer órgão ou unidade ou subunidade do SisCor qualquer elemento que contenha dados protegidos por sigilo bancário, a que tenha tido acesso em razão da atividade correcional, na hipótese permitida pelo § 1º do art. 3º da Lei Complementar (LC) nº 105, de 10 de janeiro de 2001, sem a necessária específica autorização judicial para este repasse, conforme se abordará em **4.4.12.5**.

2.1.2 - A Corregedoria do Ministério da Economia

A Corregedoria do Ministério da Economia (Coger-ME), já mencionada em **2.1.1**, foi instituída pelo Decreto nº 8.029, de 20 de junho de 2013, em seu art. 2º, alterando o art. 2° do Decreto nº 7.482, de 16 de maio de 2011, que tratava da estrutura regimental do extinto Ministério da Fazenda (MF), e inserindo diversos novos dispositivos naquele diploma normativo. Ainda com sua denominação original de Corregedoria-Geral do MF (Coger-MF), o órgão foi inserido na alínea "c" do inciso I do art. 2º do Decreto nº 7.482, de 2011, com *status* regimental de órgão de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado da Fazenda, e então titularizado pelo Corregedor-Geral do MF, que era assistido e substituído pelo Corregedor-Geral Adjunto do MF. E estas denominações e relações de subordinação hierárquica próximas ao Ministro de Estado perduraram ainda ao tempo da subsequente estruturação ministerial, dada pelo Decreto nº 9.003, de 13 de março de 2017, que revogou o Decreto nº 7.482, de 2011.

É relevante o fato de a Coger-ME ter sido criada por norma presidencial, pois impõe que somente outro ato de mesmo *status* normativo pode alterá-la e sobretudo suprimi-la da estrutura orgânica. Afinal, não se poderia contemplar que uma área de atuação tão sensível e ao mesmo tempo tão estratégica pudesse ter a existência e a manutenção desestabilizadas, ao sabor de investidas, interesses, iniciativas ou entendimentos passageiros, pontuais ou mais facilmente manipuláveis.

No entanto, dentre as fortes alterações orgânicas impostas ao Poder Executivo federal pela Medida Provisória (MP) nº 870, de 1º de janeiro de 2019, convertida na Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, cabe menção aqui à criação do Ministério da Economia (ME), oriundo da extinção da histórica Pasta do MF, além do também histórico Ministério do Trabalho (MT), do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG) e do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC). Na sequência, foi editado o Decreto nº 9.679, de 2 de janeiro de 2019, refletindo a reestruturação organizacional imposta no Poder Executivo federal já por aquela MP e revogando o Decreto nº 9.003, de 2017. Mas informe-se que esta construção por demais ambiciosa, megalomaníaca e desproporcionalmente concentradora de poderes logo teve de ceder a necessidades de acordos à margem de critérios técnicos e o ME perdeu a parte do antigo MT, com a criação do Ministério do Trabalho e Previdência (MTP), desde a MP nº 1.058, de 27 de julho de 2021, posteriormente convertida na Lei nº 14.261, de 16 de dezembro de 2021.

A partir do Decreto nº 9.679, de 2019, que definiu a estrutura regimental do ME, a Coger-ME perdeu o *status* de órgão de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado da Economia, passado a ser uma unidade componente da Secretaria-Executiva do ME, subordinada diretamente ao Secretário-Executivo, e perdendo o "Geral" de seu nome, passando a se chamar apenas Corregedoria do ME, passando a sua sigla para Coger-ME. Na esteira, o seu titular também passou a se chamar Corregedor do ME e a unidade perdeu o cargo de Corregedor Adjunto.

Na impressionante instabilidade política e jurídica do período, o Decreto nº 9.679, de 2019, logo foi alterado pelo Decreto nº 9.695, de 30 de janeiro de 2019; e, em seguida, foi revogado pelo Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019, atual definidor da estrutura regimental do ME. Este Decreto nº 9.745, de 2029, também sofreu diversas alterações subsequentes, pelos Decretos nº 10.072, de 18 de outubro de 2019; nº 10.186, de 20 de dezembro de 2019; nº 10.313, de 6 de abril de 2019; nº 10.366, de 22 de maio de 2020; nº 10.399, de 16 de junho de 2020; nº 10.761, de 2 de agosto de 2021; e 11.036, de 7 de abril de 2022. Não obstante, a posição regimental da Coger-ME permaneceu aquela atribuída desde o Decreto nº 9.679, de 2019, subordinada ao Secretário-Executivo do ME, conforme o item 2 da alínea "e" do inciso I do art. 2º do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019.

> *Decreto nº 9.745, de 2019 - Anexo I - Art. 2º O Ministério da Economia tem a seguinte estrutura organizacional:*
> *I - órgãos de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado da Economia:*
> *a) Gabinete;*
> *b) Assessoria Especial;*
> *c) Assessoria Especial de Relações Institucionais: Assessoria Especial para Assuntos Parlamentares;*
> *d) Assessoria Especial de Estudos Econômicos: Secretaria de Política Econômica; (Redação dada pelo Decreto nº 11.036, de 2022)*
> *e) Assessoria Especial de Comunicação Social; e (Redação dada pelo Decreto nº 11.036, de 2022)*
> *f) Secretaria-Executiva: (Incluída pelo Decreto nº 11.036, de 2022)*
> *1. Assessoria Especial de Controle Interno; (Incluído pelo Decreto nº 11.036, de 2022)*
> *2. Corregedoria; (Incluído pelo Decreto nº 11.036, de 2022)*
> *3. Ouvidoria; e (Incluído pelo Decreto nº 11.036, de 2022)*
> *4. Secretaria de Gestão Corporativa: (Incluído pelo Decreto nº 11.036, de 2022)*
> *II - órgãos específicos singulares:*
> *a) Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional:*
> *5. Procuradoria-Geral Adjunta de Consultoria de Contratos e Disciplina; (Redação dada pelo Decreto nº 10.072, de 2019)*
> *b) Secretaria Especial do Tesouro e Orçamento: (Redação dada pelo Decreto nº 11.036, de 2022)*
> *c) Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil:*
> *1. Subsecretaria-Geral da Receita Federal do Brasil:*
> *1.1. Subsecretaria de Arrecadação, Cadastros e Atendimento;*
> *1.2. Subsecretaria de Tributação e Contencioso;*
> *1.3. Subsecretaria de Fiscalização;*
> *1.4. Subsecretaria de Administração Aduaneira; e*
> *1.5. Subsecretaria de Gestão Corporativa;*
> *e) Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais:*
> *f) Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Marcadoa: (Redação dada pelo Decreto nº 10.072, de 2019)*
> *g) Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade: (Redação dada pelo Decreto nº 11.036, de 2022)*
> *h) Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital:*

> *i) Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos: (Incluída pelo Decreto nº 10.366, de 2020)*

À época da criação da então Coger-MF, cabia ao Ministro de Estado da Fazenda nomear o Corregedor-Geral Adjunto e indicar o Corregedor-Geral, para nomeação a cargo do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República (PR/CC). No *status* atual, por força da delegação de competência presidencial estabelecida no inciso IV do *caput* do art. 4º do Decreto nº 9.794, de 14 de maio de 2019, compete ao Ministro de Estado Chefe da PR/CC nomear e exonerar o Corregedor do ME (por ser detentor de função de confiança Função Comissionada do Poder Executivo - código FCPE-101.5), mediante indicação agora do Secretário-Executivo do ME, por força do *caput* do art. 13 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019. E, conforme o art. 16 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, caso o Corregedor do ME se envolva em supostas irregularidades, a apreciação em fase de admissibilidade e a eventual instauração de rito disciplinar, que ao tempo da Coger-MF competiam ao Ministro de Estado da Fazenda, agora competem ao Secretário-Executivo do ME.

> *Decreto n° 9.794, de 2019 - Art. 4º Fica delegada competência ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República para nomear e exonerar os ocupantes de cargos em comissão e designar e dispensar os ocupantes de funções de confiança, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional: (Redação dada pelo Decreto nº 10.486, de 11 de setembro de 2020)*
> *IV - quando se tratar de cargo ou função de nível equivalente a 5 e 6 do Grupo-DAS; e (Redação dada pelo Decreto nº 10.486, de 2020)*
> *V - quando se tratar de cargo ou função de nível equivalente a 4 do Grupo-DAS. (Redação dada pelo Decreto nº 10.486, de 2020)*
> *§ 3º A subdelegação é vedada na hipótese de que trata o inciso IV do caput. (Redação dada pelo Decreto nº 10.486, de 2020)*
>
> *Decreto nº 9.745, de 2019 - Anexo I - Art. 13. O Secretário-Executivo indicará o Corregedor, observados os critérios estabelecidos pelo Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005.*
> *Parágrafo único. O Corregedor exercerá mandato de três anos, admitida a recondução, mediante aprovação prévia do órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal.*
> *Art. 16. Na hipótese de atos atribuídos ao Corregedor, compete ao Secretário-Executivo instaurar processo administrativo disciplinar e comunicar a ocorrência ao órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal.*

Refletindo a menor relevância atribuída a órgãos e a unidades de controle a partir dos impactos sofridos pelo Poder Executivo federal a partir de 01/01/19, verifica-se que toda a relação hierárquica e jurídica que a Corregedoria-Geral e o Corregedor-Geral do MF mantinham em relação ao Ministro de Estado da Fazenda foi rebaixada na relação que a atual Corregedoria e o atual Corregedor do ME mantêm agora num patamar inferior, com o Secretário Executivo do ME. Antes, o órgão de correição e o seu titular se reportavam diretamente ao Ministro de Estado; atualmente, a unidade de correição e o seu titular se reportam ao Secretário-Executivo.

Conforme já abordado em linhas mais gerais em **2.1.1**, segundo os incisos I e II do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005, a nomeação para ocupação do cargo em comissão de Corregedor do ME requer que o agente possua nível superior de escolaridade e, além disso, de forma alternativa, em primeira hipótese de cumulatividade, deve ser servidor ou empregado efetivo federal ativo que precisa atender ao menos um dentre três critérios (ser graduado como bacharel em Direito; ou ser ocupante de cargo integrante da Carreira de Finanças e Controle - cargos de Auditor Federal de Finanças e Controle e de Técnico Federal de Finanças e

Controle, criados pelo Decreto-Lei nº 2.346, de 23 de julho de 1987, e de que trata a Lei nº 9.625, de 7 de abril de 1998; ou simplesmente ser integrante do quadro permanente do ME); ou, em segunda hipótese de cumulatividade, deve ser servidor inativo de cargo integrante da Carreira de Finanças e Controle ou de cargo ou emprego de órgão ou entidade do ME.

> *Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 8º Os cargos em comissão e as funções de confiança dos titulares das unidades setoriais de correição são privativos daqueles que possuam nível de escolaridade superior e sejam: (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, 13 de agosto de 2021)*
> *I - servidores ou empregados permanentes da administração pública federal: (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *a) graduados em Direito; (Incluída pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *b) integrantes da carreira de Finanças e Controle; ou (Incluída pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *c) integrantes do quadro permanente de órgão ou entidade; ou (Incluída pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *II - ex-servidor ou ex-empregado permanente aposentado no exercício de cargo ou emprego: (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *a) da carreira de Finanças e Controle; ou (Incluída pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *b) do órgão ou da entidade para o qual será nomeado ou designado. (Incluída pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*

Melhor detalhando, um agente, para ser Corregedor do ME, deve atender a dois critérios cumulativos. Primeiramente, há um critério fixo e indispensável, que é possuir qualquer nível superior de escolaridade, estabelecido no *caput* do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005. A este critério, deve-se acrescentar mais uma qualidade, de uma lista de atributos diferentes se o agente é ativo ou se o agente é inativo. Se ativo, além no nível inespecífico de escolaridade, o Corregedor do ME deve, alternativamente, ser graduado especificamente como Bacharel em Direito ou ser integrante da Carreira de Finanças e Controle ou ser integrante do quadro permamente do ME, conforme o inciso I e suas alíneas “a”, “b” e “c”, do mesmo comando normativo acima. Se inativo, além no nível inespecífico de escolaridade, o Corregedor do ME deve, alternativamente, ter ocupado cargo da carreira de Finanças e Controle ou cargo de órgão ou ou emprego de entidade do ME, conforme o inciso II e suas alíneas “a” e “b”, do mesmo comando normativo acima.

Quando o Decreto nº 10.768, de 2021, inovou a normatização do tema no Decreto nº 5.480, de 2005, agregando as possibilidades crescentemente residuais de nomeação para titular de unidade setorial de correição de agente ativo meramente Bacharel em Direito e de agente inativo, certamente não cogitava desta hipótese residual para unidade relevante e bem estruturada como a Coger-ME.

Para uma unidade setorial de correição da relevância da Coger-ME, que possui atuação correcional fortemente estruturada, com atuação técnica e gerencialmente destacada no SisCor, é de se priorizar a devida qualificação pessoal e profissional de quem ocupará tão estratégico e sensível cargo em comissão. E, para estar de acordo com tais priorizações e também com os ditames do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005, basta que este titular atenda ao critério de ser integrante ativo do quadro efetivo do ME, uma vez que, na regra geral prática, a solução otimizada, isenta e normal - sem nefastas influências políticas - é selecionar um integrante do próprio corpo funcional especializado. E, em segundo degrau de plausibilidade, não havendo no momento da lacuna um agente que cumpra o requisito acima, até pode ser necessário e justificável lançar mão de integrante da Carreira de Finanças e Controle. Mas não há que se cogitar para titularizar unidade setorial de correição tão relevante, estratégica e sensível como a Coger-ME que se utilizem possibilidades residualíssimas e de arriscadamente baixa qualidade nomeando-se qualquer agente ativo ou menos ainda qualquer agente inativo.

Na realidade prática, mencionam-se apenas estes critérios norteadores da indicação do Corregedor do ME, sem nem considerar o requisito inicial de o agente possuir nível de escolaridade superior pois, diante do elevado grau de exigência da imensa maioria dos concursos públicos, reduz-se a mero requisito formal, já previamente atendido pela quase totalidade dos agentes públicos federais com capacidade gerencial.

A partir de sua nomeação, o Corregedor do ME exerce mandato de três anos, com possibilidade de ser reconduzido por períodos de igual duração, nos termos do paragrafo único do art. 13 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019. O instituto do mandato significa a importantíssima peculiaridade de que, apesar de ocupar cargo em comissão, o Corregedor do ME não se sujeita à livre exoneração, nem por parte do Ministro de Estado da Economia e muito menos pelo Secretário-Executivo. A proteção do seu ocupante frente ao risco de exoneração a qualquer momento pela autoridade nomeante reflete uma cláusula essencial para a segurança e para a estabilidade no cumprimento de atribuições tão sensíveis como titularizar uma unidade de correição.

A questão da possibilidade de recondução do Corregedor do ME sofreu duas relevantes modificações desde a já mencionada edição do Decreto nº 8.029, de 2013, que alterou o Decreto nº 7.482, de 2011, criando a então Coger-MF. Primeiramente, uniformizando o tema no âmbito das unidades de correição do extinto MF, o Decreto nº 7.482, de 2011, passou a estabelecer que o mandato trienal dos titulares comportava apenas uma única recondução. Assim, no âmbito da Coger-MF, este Decreto, em seu art. 4°-C, limitava para o então Corregedor-Geral do MF que era "*admitida a recondução uma única vez*". No entanto, posteriormente, o Decreto n° 9.003, de 2017, ao revogar o Decreto n° 7.482, de 2011, eliminou a restrição de o então Corregedor-Geral do MF poder ser reconduzido por uma única vez, passando a admitir ilimitadas reconduções (o § 2° do seu art. 26 apenas reestabelecia que passou a ser "*admitida a recondução*"). E, atualmente, o regramento reside no parágrafo único do art. 13 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, que manteve a redação recuperada desde o Decreto n° 9.003, de 2017, de que é "*admitida a recondução*". Em síntese, no âmbito de decretos, a recondução foi limitada a apenas uma entre 20/06/13 e 13/03/17, quando passou a ser ilimitada.

No entanto, cabe aqui relembrar o que foi informado em **2.1.1**, acerca dos regramentos gerais sobre mandato de titular de unidade de correição, estabelecidos pelo § 4º do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005, e pela Portaria CGU nº 1.182, de 10 de junho de 2020, em especial no *caput* do seu art. 7º. À vista destes comandos normativos, o mandato seria de apenas dois anos e comportaria somente duas reconduções, totalizando o máximo de seis anos de permanência no cargo ou função para um mesmo titular. Faz-se necessário então harmonizar estes comandos generalistas de aplicação em todo SisCor com o comando mais específico do § 2º do art. 65 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, para o âmbito do ME.

> *Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 8º*
> *§ 4º Os titulares das unidades setoriais de correição serão nomeados ou designados para mandato de dois anos, salvo disposição em contrário na legislação. (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
>
> *Portaria CGU nº 1.182, de 2020 - Art. 7º A permanência no cargo ou função de titular de unidade correcional será de dois anos consecutivos, podendo este prazo ser prorrogado, até duas vezes, por igual período.*
> *§ 1º A proposta de recondução prevista no caput deverá ser submetida à avaliação da CRG pelo dirigente máximo do órgão ou entidade, no prazo mínimo de trinta dias e máximo de sessenta dias, antes do término de seu exercício, acompanhada dos seguintes documentos:*

Antes, afirme-se que a indicação que antecede a nomeação e a recondução, bem como a exoneração do titular da Coger-ME, à vista do § 1º do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005,

do mesmo § 2º do art. 65 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, do *caput* do art. 9° do Decreto n° 9.794, de 2019, e do *caput* e § 1º do art. 2º, *caput* do art. 4º, § 1º do art. 7º e § 1º do art. 9º da Portaria CGU nº 1.182, de 2020, condicionam-se à aprovação da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG).

> *Decreto n° 9.794, de 2019 - Art. 9º A nomeação, a designação, a exoneração ou a dispensa de titular de unidade de auditoria interna ou de correição, de assessoria especial de controle interno ou de assessor especial de controle interno será submetida, pelo dirigente máximo do órgão ou da entidade, à aprovação da Controladoria-Geral da União.*

A visão sistemática desta normatização indica que, havendo conflito na duração do mandato entre o § 2º do art. 65 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, e o *caput* do art. 7º da Portaria CGU nº 1.182, de 2020, é de prevalecer a primeira norma, que quantifica em três anos. Já na questão de quantidade de reconduções, pode-se interpretar que o Decreto é impreciso e a Portaria CGU é determinística, ao limitar exatamente a possibilidade de duas reconduções, o que, no seu escopo, totalizaria seis anos de permanência. Sendo seis anos também o total de um mandato com uma recondução nos termos do Decreto, parece ser esta a solução mais equilibrada, visto que o órgão central do SisCor sinaliza em sua norma que a permanência máxima não deve ultrapassar este período. Ademais, em reforço a esta interpretação harmônica, é de se lembrar que eventual tentativa de obter uma segunda recondução, após dois mandatos de três anos cada, correria o risco de sofrer crítica na necessária submissão à avaliação da CGU/CRG.

Assim, pode-se ter que, especificamente na Coger-ME, o Corregedor possui mandato de três anos, comportando apenas uma recondução, totalizando permanência máxima no cargo de seis anos, o que se harmoniza com todas as normas vigentes sobre o tema.

Acrescente-se ainda que o Decreto n° 9.727, de 15 de março de 2019, estabeleceu, em seus arts. 2° a 5°, requisitos para ocupação de cargos em comissão e funções de confiança, de crescente seletividade conforme aumenta o nível de 1 a 6. Além dos critérios morais de idoneidade e reputação e técnico de perfil profissional ou formação acadêmica, para o nível 5, as respectivas exigências alternativas limitam-se à experiência profissional técnica ou gerencial ou de titularização acadêmica, em patamares altos.

> *Decreto n° 9.727, de 2019*
> *Critérios gerais para ocupação de DAS ou de FCPE*
> *Art. 2º São critérios gerais para a ocupação de DAS ou de FCPE:*
> *I - idoneidade moral e reputação ilibada;*
> *II - perfil profissional ou formação acadêmica compatível com o cargo ou a função para o qual tenha sido indicado; e*
> *III - não enquadramento nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.*
> *Parágrafo único. Os ocupantes de DAS ou de FCPE deverão informar prontamente a superveniência da restrição de que trata o inciso III do caput à autoridade responsável por sua nomeação ou designação.*
> *Ocupação de DAS e FCPE de níveis 5 e 6*
> *Art. 5º Além do disposto no art. 2º, os ocupantes de DAS e FCPE de níveis 5 e 6 atenderão, no mínimo, a um dos seguintes critérios específicos:*
> *I - possuir experiência profissional de, no mínimo, cinco anos em atividades correlatas às áreas de atuação do órgão ou da entidade ou em áreas relacionadas às atribuições e às competências do cargo ou da função;*
> *II - ter ocupado cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS de nível 3 ou superior em qualquer Poder, inclusive na administração pública indireta, de qualquer ente federativo por, no mínimo, três anos; ou*
> *III - possuir título de mestre ou doutor em área correlata às áreas de atuação do órgão ou da entidade ou em áreas.*

Ademais, de forma mais detalhada, aplicam-se indistintamente os demais comandos da Portaria CGU nº 1.182, de 2020, sobre a submissão à aprovação pela CGU/CRG; sobre os requisitos curriculares e de conduta funcional para nomeação e recondução (para além daqueles já exigidos no art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005, ter experiência mínima de dois anos na área correcional ou capacitação mínima de quarenta horas sobre o tema, não estar respondendo a processo disciplinar, não ter sido punido em processo disciplinar, ético, criminal ou em ação de improbidade administrativa, não ser inelegível, não incorrer em nepotismo ou em conflito de interesses, não deixar atender as demandas do órgão central e não ser mal avaliado) e sobre as cautelas para exoneração, para o Corregedor do ME.

Este tema peculiar envolvendo a nomeação e o mandato do Corregedor do ME merece detida e desapaixonada apreciação. Ora, diante da natureza sensível da matéria correcional, que pode vir a se contrapor a entendimentos ou até a afrontar e impedir interesses, sejam de pessoas, sejam de grupos, de outra forma não se poderia cogitar da atuação deste sistema, encabeçado pela autoridade do cargo de Corregedor. Não se contempla que esta autoridade, com as competências regimentais que lhe são inerentes, tivesse sua atuação subjugada a intenções, conveniências, tendências ou humores momentâneos, ou nem mesmo sujeita a críticas de dedicação, produtividade ou insuficiência de desempenho, a ponto de ter sua posição fragilizada pelo risco de poder ser exonerado a qualquer momento, discricionariamente por meros critérios de oportunidade e conveniência. Não obstante se situar na linha hierárquica abaixo do Ministro de Estado da Economia e do Secretário-Executivo e ocupar um cargo em comissão no órgão, a posição de Corregedor, como síntese de todo o sistema correcional, deve ser robusta, sólida, segura e estável no tempo previsto para o exercício do seu mandato. O instituto do mandato para titular de unidade de correição, não só no ME mas sim em todo SisCor, mais que salutar, é indispensável. A partir do Decreto nº 5.480, de 2005, que tornou a atuação correcional sistêmica no Poder Executivo federal, o mandato ficou normatizado como obrigatório, de forma que a CGU/CRG e a Coger-ME e suas respectivas titularidades já foram instituídas sob o escopo do Decreto sistematizador e, consequentemente, com o instrumento do mandato positivado.

Antes de discorrer sobre as competências da Coger-ME, cabe abrir um parêntese para abordar seu posicionamento no âmbito da Pasta e no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) e o frente ao sistema correcional da Secretaria da Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).

Segundo o art. 11 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, com leitura harmonizada com a atual redação do inciso II do art. 2º do Decreto nº 5.480, de 2005, a Coger-ME integra o SisCor na qualidade de unidade setorial de correição, subordinada hierarquicamente ao Secretário-Executivo do ME e sob a orientação normativa da CGU, como órgão central do Sistema, orientação esta exercida pela CGU/CRG.

> *Decreto nº 9.745, de 2019 - Anexo I - Art. 11. A Corregedoria integra o Sistema de Correição do Poder Executivo federal, na qualidade de unidade seccional, e está sob a supervisão administrativa do Secretário-Executivo do Ministério Economia e sob a supervisão técnica da Controladoria-Geral da União.*

De imediato, destaque-se que, em termos de posicionamento no SisCor, esta qualidade de unidade secional de correição de parte da Coger-ME é a mesma da Corregedoria (Coger) da RFB, embora esta guarde relação de observância técnico-normativa em relação àquela.

Administrativamente, a Coger-ME, suas autoridades e seus servidores lotados subordinam-se hierarquicamente ao Secretário-Executivo do ME e ao Ministro de Estado da Economia, mantendo autonomia hierárquica em relação à CGU e à CGU/CRG e também em relação às suas unidades e subunidades (Diretorias e Coordenações-Gerais). Não obstante, uma vez que integra o SisCor, está sujeita apenas à orientação normativa e à supervisão técnica daquele órgão central (conforme o § 2º do art. 2º do Decreto nº 5.480, de 2005), o que

não se confunde com subordinação hierárquica. A Coger-ME mantém sua posição na linha de hierarquia da Pasta, dentro da qual executa o seu poder disciplinar, ao mesmo tempo em que segue a normatização da CGU e da CGU/CRG e é transversalmente supervisionada pela estrutura temática estabelecida no âmbito da CGU/CRG, conforme exposto em **2.1.1**. Relembre-se que, a partir da reestruturação também sofrida pela CGU, por meio do Decreto nº 9.681, de 3 de janeiro de 2019, a supervisão deixou de ser exercida verticalmente por antiga unidade setorial de correição dedicada especificamente a acompanhar a atividade correcional em cada Ministério e que, originalmente, a Coger-ME era classificada como unidade seccional de correição, passando a ser denominada unidade setorial de correição pela alteração que o Decreto nº 10.768, de 2021 operou no inciso II do art. 2º do Decreto nº 5.480, de 2005.

> *Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 2º Integram o Sistema de Correição:*
> *II - como unidades setoriais, as unidades de correição dos órgãos e das entidades que sejam responsáveis pelas atividades de correição. (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*

De forma análoga, na necessária harmonia do SisCor, e conforme se especificará em **2.2.1.2** (inclusive com apoio gráfico de uma gravura, em que se destacará o raio de competência da atuação correcional da Coger-ME no âmbito dos órgãos de assistência, específicos singulares e colegiados e se diferenciarão as linhas de hierarquia e do SisCor), a Coger não mantém relação de subordinação hierárquica em relação à Coger-ME. O sistema correcional da RFB, suas autoridades e seu quadro funcional subordinam-se hierarquicamente ao Secretário Especial e ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, guardando diante da Coger-ME apenas uma relação de observância técnico-normativa, sem vinculação hierárquica (da mesma forma como ascendentemente se vincula com a CGU, com a CGU/CRG). Pelos mesmos motivos acima expostos para esclarecer as formas de vinculação da Coger-ME frente à CGU, à CGU/CRG e às suas Diretorias e Coordenações-Gerais, também se explicam as formas de vinculação da Coger, mantendo a hierarquia restrita à RFB, em cujo âmbito exerce o poder disciplinar que regimentalmente lhe compete, e observando a normatização emanada pela CGU e pela CGU/CRG e tendo sua atuação supervisionada por aquele órgão central e também, por fim, pela Coger-ME, que também possui competência normativa sobre a Coger.

Fechado o parêntese acerca do posicionamento institucional da Coger-ME, convém abordar suas competências. *A priori*, da leitura do art. 12 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, adiante reproduzido, na síntese sobretudo dos incisos IV e V, pode-se compreender que a atuação disciplinar - sem prejuízo de sua competência para procedimentos administrativos de responsabilização (PAR) de pessoas jurídicas - desta unidade setorial é residual, ou seja, restringe-se aos órgãos de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado da Economia, aos órgãos específicos singulares e aos órgãos colegiados que não possuam sua própria unidade setorial de correição e a fatos envolvendo titulares de órgãos ou que se relacionem a mais de um órgão da Pasta. Como regra geral, a atuação da Coger-ME não prejudica a atuação das unidades setoriais de correição existentes nos órgãos da Pasta, em que se inclui a Coger, no que diz respeito mais especificamente aos fatos cometidos por servidores ou a atos lesivos praticados por pessoas jurídicas no âmbito da RFB.

Mais que isto, de certa forma, pode-se inferir que a atuação da Coger-ME, nos limites de sua competência, exclui apenas a atuação do sistema correcional da RFB, pois na mesma linha já delineada desde o Decreto nº 8.029, de 2013, a regulamentação inferior, operada pela Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do extinto MF e recepcionada pelo atual ordenamento obrigado pela Lei nº 13.844, de 2019, e pelo Decreto nº 9.745, de 2019, praticamente reconhece apenas a Coger como outra unidade setorial de correição e não deixa espaço para criação de novas unidades setoriais de correição nos demais órgãos da Pasta. Além do claro comando exposto

no art. 1º da mencionada norma, o mesmo tipo de construção, adotando uma espécie de lista exaustiva - incluindo apenas a então Coger-MF e o então Corregedor-Geral do MF e a Coger e o Corregedor da RFB - também é verificado em diversos outros dispositivos de índole procedimental (tais como os arts. 8º, 10, 11, 16, 17, 19 e 20, todos da Portaria MF nº 492, de 2013, de desnecessária reprodução nesta passagem do texto). E pode-se dizer que este tipo de construção excludente para outras unidades setoriais não foi alterado nem mesmo com a ambiciosa criação do abrangente ME, absorvendo as estruturas dos extintos MF, MT (este posteriormente foi transformado no MTP, autônomo em relação ao ME), MPDG e MDIC, e com a transformação da então Coger-MF em Coger-ME. Mesmo tendo resultado desta extinção de quatro Pastas um novo Ministério organicamente bastante extenso, permaneceu a construção da competência residual a cargo da Coger-ME: em sintética palavras, excepcionado o âmbito apenas da RFB, tudo o mais de atividade correcional nos órgãos do ME é da também extensa alçada da Coger-ME.

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

Primeiramente, para esclarecer o correto alcance orgânico da competência da Coger-ME, introduz-se que o Decreto nº 9.745, de 2019, ao mencionar agregadamente, na alínea "a" do inciso V do art. 12 do seu Anexo I, "*órgão de assistência, singular ou colegiado*", de imediato, restringiu sua alçada aos órgãos componentes da Administração Pública direta, exaustivamente listados nos incisos I, II e III do art. 2º do mesmo Anexo I.

A *contrario sensu*, excluem-se da alçada correcional da Coger-ME todas as entidades de Administração Pública indireta da Pasta, listadas no subsequente inciso IV do mencionado art. 2º, de que são espécies as autarquias, como Banco Central do Brasil (BC), Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro), Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), Superintendência de Seguros Privados (Susep) e Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa); as empresas públicas, como Casa da Moeda do Brasil (CMB), Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro), Caixa Econômica Federal (CEF), Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência (Dataprev) e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); as sociedades de economia mista, como Banco do Brasil (BB), Banco da Amazônia S.A. (Basa) e Banco do Nordeste do Brasil S.A.; e as fundações, como Fundação Escola Nacional de Administração Pública (Enap), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); conforme a classificação que se apresentará em **3.2.4.1.2**.

Mas é de se ressalvar que esta apriorística ausência de competência da Coger-ME para atuar correcionalmente no âmbito das entidades vinculadas ao ME pode ser superada se houver uma provocação específica do Ministro de Estado da Economia, à luz do inciso VIII do art. 12 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, adiante reproduzido.

A mero título de informação, o Decreto nº 9.745, de 2019, nos já citados incisos I, II e III do art. 2º e alínea "a" do inciso V do art. 12, ambos do seu Anexo I, ao elencar a estrutura organizacional do ME e ao associá-la na atribuição de competência correcional da Coger-ME, como de praxe em decretos que estabelecem estrutura regimental de ministérios, não primou pela técnica redacional. Ao se lerem aqueles comandos, se tem a equivocada impressão de que haveria três espécies de órgãos (de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado da Economia, específicos singulares e colegiados), o que destoaria da clássica divisão doutrinária, no que tange à atuação funcional, tão somente entre órgãos singulares (ou unipessoais, em que, não obstante possuírem vários agentes auxiliares, as decisões emanam de

um único agente, em geral o seu titular) e órgãos colegiados (ou pluripessoais, em que as decisões, conforme lei, regimento ou estatuto, emanam de manifestação de um conjunto de agentes, por maioria, não se vinculando à vontade do titular). O inciso I do mencionado art. 2º destaca um subgrupo de órgãos, tão somente pelo fato de darem assistência ao Ministro de Estado da Economia, mas que, na verdade, não passam de órgãos singulares sob ótica doutrinária. Mas isto é mero detalhe conceitual, pois, o que aqui importa destacar é que as três espécies de órgãos estão igualmente alcançadas pela competência correcional da Coger-ME, estabelecida na alínea "a" do inciso V do art. 12 do mesmo Anexo I do Decreto.

Assim, submetem-se à atuação correcional da Coger-ME o Gabinete, as Assessorias Especiais e a Secretaria-Executiva (em que pese a unidade de correição fazer parte deste órgão), listados no inciso I do art. 2º do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019; as atuais sete Secretarias Especiais (originalmente haviam sido sete previstas desde a MP nº 870, de 2019, e pela consequente Lei nº 13.844, de 2019, mas que foram se alterando de acordo com os interesses de ocasião, passando a seis, a oito e depois retornando a sete) que, além da RFB, são a Secretaria Especial do Tesouro e Orçamento, a Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais, a Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Mercados, a Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade e a Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, listadas (em sua configuração original) no inciso II do mesmo dispositivo; e, dentre cerca de trinta conselhos, comissões e câmaras, listados no subsequente inciso III como órgãos colegiados, também se submete àquela atuação correcional, destacadamente, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf, que é um órgão colegiado, como segunda instância administrativa recursal em matéria tributária, autônomo em relação à RFB e diretamente vinculado ao Ministro de Estado da Economia).

De se destacar que a abrangência acima disposta não incluiu a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), a despeito de figurar como órgão específico singular no inciso II do art. 2º do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, pois o parágrafo único do art. 12 do mesmo Anexo I do Decreto excluiu da competência correcional da Coger-ME os membros da Advocacia-Geral da União (AGU) e os Procuradores Federais, conforme também faz refletir o art. 2º da Portaria MF nº 492, de 2013.

> *Decreto nº 9.745, de 2019 - Anexo I - Art. 12. À Corregedoria compete:*
> *Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos membros da Advocacia-Geral da União e aos Procuradores Federais.*
>
> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 2º As atribuições de unidade seccional do Sistema de Correição no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) serão exercidas pela unidade indicada no seu regimento interno, respeitada a competência da Corregedoria-Geral da Advocacia da União.*
> *Parágrafo único. O Procurador-Geral da Fazenda Nacional expedirá as normas necessárias para a regulamentação da atividade de correição no âmbito da PGFN.*

Feita esta apresentação do foco subjetivo da competência, nos termos dos incisos IV a VIII do art. 12 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, cabe, então, à Coger-ME atuar - no sentido mais amplo do termo, no âmbito exclusivo da Pasta, analisando representações e denúncias; realizando juízo de admissibilidade; instaurando, instruindo e julgando todos os procedimentos correcionais, sejam investigativos inclusive sindicâncias patrimoniais -, sejam disciplinares em face de servidores, sejam responsabilizadores de pessoas jurídicas - em face de irregularidades praticadas em órgão de assistência, singular ou colegiado que não possua unidade própria de correição ou quando relacionadas a mais de um órgão ou ainda, mediante ciência do Secretário-Executivo, para apurar atos atribuídos a titulares de órgãos.

> *Decreto nº 9.745, de 2019 - Anexo I - Art. 12. À Corregedoria-Geral compete:*
> *IV - analisar, em caráter terminativo, as representações e as denúncias que lhe*

> *forem encaminhadas, ressalvadas as competências específicas das demais corregedorias ou unidades disciplinares dos órgãos do Ministério;*
> *V - instaurar e conduzir, de ofício ou por determinação superior, sindicâncias, inclusive patrimoniais, e processos administrativos disciplinares:*
> *a) para apurar irregularidades praticadas no âmbito de órgão de assistência, singular ou colegiado, ou de unidade descentralizada da estrutura organizacional do Ministério que não possua corregedoria própria ou quando relacionadas a mais de um órgão da referida estrutura; e*
> *b) para apurar atos atribuídos aos titulares dos órgãos do Ministério, com a instauração do possível procedimento correcional acusatório realizada após ciência do Secretário-Executivo;*
> *VI - instruir os procedimentos de apuração de responsabilidade de entes privados de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013;*
> *VII - instaurar e conduzir, de ofício ou por determinação superior, decidir pelo arquivamento, em juízo de admissibilidade, procedimentos de responsabilização de pessoas jurídicas;*
> *VIII - decidir sindicâncias, inclusive patrimoniais, e processos administrativos disciplinares, observadas as competências atribuídas pelo Ministro de Estado;*

A título de informação, no regramento vigente até 31/12/18, à luz do Decreto nº 9.003, de 2017, a atuação correcional da então Coger-MF sobre titulares de órgãos e sobre conselheiros de órgãos colegiados dependia de determinação ou no mínimo de autorização do então Ministro de Estado da Fazenda; com a já mencionada reposição da Coger-ME no âmbito da Secretaria-Executiva, tendo perdido a ligação direta ao titular da Pasta, este provimento passou a ser do Secretário-Executivo, e apenas em face de titulares de órgãos, sendo a atuação sobre integrantes de órgãos colegiados regida pela regra geral, não mais necessitando sequer de autorização superior.

No que tange à competência correcional da Coger-ME sobre o Carf, interessa a incidência ordinária sobre servidores da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB) que atuam na função pública de conselheiro representante da Fazenda Nacional, em dedicação integral e exclusiva neste órgão colegiado, ou nele ocupando cargo em comissão ou função de confiança.

E no que tange à competência correcional da Coger-ME sobre titulares de órgãos, indistintamente de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado da Economia ou específicos singulares ou colegiados, estão abarcados o Chefe de Gabinete, os Chefes de Assessorias, o Secretário-Executivo e os atuais sete Secretários Especiais (em que se inclui o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil).

Pode parecer peculiar a posição do Secretário-Executivo ser processado pela Coger-ME, já que esta se insere na Secretaria-Executiva e, de um lado, a alínea “b” do inciso V do art. 12 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, exige ciência do próprio Secretário-Executivo para se processar titular de órgão; mas, de outro lado, esta mesma alínea não excepcionou nenhum titular de órgão. E de se ter uma leitura sistemática do ordenamento para esclarecer a competência disciplinar em face do Secretário-Executivo. Não havendo restrição no citado comando do Decreto, ratifica-se a competência em si a cargo da Coger-ME para instaurar e conduzir procedimentos correcionais, cabendo apenas ajustes harmonizadores na instrumentalidade de como fazê-lo, especificamente no momento da deflagração. O Decreto quer a ciência do Secretário-Executivo para casos de instauração em face de titulares de órgãos, como uma clara ciência superior. Assim, de forma coerente, harmoniza-se a instauração por parte da Coger-ME em face do Secretário-Executivo ascendendo, apenas neste caso específico, a ciência ao Ministro de Estado da Economia.

O Secretário-Executivo e os atuais sete Secretários Especiais (e notadamente o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil) são ocupantes de cargos de natureza

especial. Nos termos detalhados em **3.2.4.1.1**, não são cargos de natureza especial com *status* legal de Ministro de Estado, podendo, portanto, serem processados à luz da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (salvo para atos porventura cometidos pelo Secretário-Executivo quando na condição de substituto eventual do Ministro de Estado da Economia, durante seus afastamentos ou impedimentos, nos termos do art. 38 da citada Lei). O fato de serem processados no âmbito da Coger-ME não se confunde com competência punitiva a cargo do Corregedor do ME. Como são cargos de natureza especial, são nomeados pelo Presidente da República conforme a leitura conjunta do *caput* do art. 2º e do inciso III do parágrafo único do art. 7º, ambos do Decreto nº 9.794, de 2019. Em consequência, sendo ou não servidores efetivos, eventuais penas expulsivas, respectivamente, de demissão (se ativos) e de cassação de aposentadoria (se aposentados) ou de destituição do cargo em comissão, *a priori* se incluiriam na competência originária apenadora do Presidente da República, à luz dos incisos I e IV do art. 141 da Lei nº 8.112, de 1990. Todavia em razão da delegação expressa no *caput* do art. 4º do Decreto nº 11.123, de 7 de julho de 2022, não só estas competências apenadoras expulsivas, mas toda competência julgadora (ou seja, também para decidir pelo arquivamento ou pela aplicação de penas de advertência ou de suspensão) recaem sobre sobre o Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, tanto para o agente detentor de cargo efetivo e também ocupante do cargo comissionado quanto para o agente detentor apenas do cargo comissionado. Especificamente acerca da competência instauradora em face dos atuais sete Secretários Especiais, a PGFN se pronunciou em razão de consulta formulada pela própria Coger-ME, deixando inequívoco que a delegação de competência julgadora, operada pelo Decreto nº 11.123, de 2022, em nada interfere na definição da autoridade competente para instaurar a instância disciplinar nos casos em tela.

> *Decreto nº 9.794, de 2019 - Art. 2º São de competência do Presidente da República as nomeações e as designações para as quais não haja delegação.*
> *Art. 4º fica delegada competência ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República para nomear e exonerar os ocupantes de cargos em comissão e designar e dispensar os ocupantes de funções de confiança, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional: (Redação dada pelo Decreto nº 10.486, de 11 de setembro de 2020)*
> *IV - quando se tratar de cargo ou função de nível equivalente a 5 e 6 do Grupo-DAS; e (Incluído pelo Decreto nº 10.486, de 2020)*
> *V - quando se tratar de cargo ou função de nível equivalente a 4 do Grupo-DAS. (Incluído pelo Decreto nº 10.486, de 2020)*
> *Art. 6º fica delegada competência aos Ministros de Estado, no âmbito de seus órgãos e de suas entidades vinculadas, para:*
> *II - nomeação para provimento de cargos em comissão e designação para ocupação de funções de confiança não especificadas no art. 4º.*
> *Art. 7º*
> *Parágrafo único. O disposto nos art. 4º e art. 6º não se aplica:*
> *III - às nomeações ou às designações para cargos em comissão e funções de confiança de nível equivalente ou superior a Natureza Especial; e (Redação dada pelo Decreto nº 9.989, de 2019)*
>
> *Decreto nº 11.123, de 2022 - Art. 4º Fica delegada a competência ao Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União para julgar os procedimentos disciplinares e aplicar as penalidades cabíveis no caso de atos praticados, no exercício da função, pelos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança de nível equivalente a CCE-17 ou superior.*
>
> *Parecer PGFN/Cojed nº 1.992/2019/ME: "14. Conforme se pode extrair do art. 2º , inciso II, do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, as Secretarias Especiais são órgãos específicos singulares do Ministério da Economia. Assim, a Corregedoria detém a competência, na forma do art. 12, inciso V, alínea b, para instaurar e conduzir, de ofício ou por determinação superior, sindicâncias*

> *e processo administrativo disciplinar para apurar, entre outros, atos atribuídos aos titulares dos órgãos do Ministério, com a instauração de eventual procedimento correcional acusatório realizada após ciência do Secretário-Executivo."*

Reiterando especificamente no que tange ao cargo de natureza especial de Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, pode ser objeto de instauração de processo disciplinar (com ciência do Secretário-Executivo) e de julgamento de arquivamento pelo Corregedor do ME; caso seja ocupante de cargo efetivo (o que não é obrigatório), pode ser objeto de aplicação penas de advertência ou de suspensão, também pelo Corregedor do ME; mas o julgamento de aplicação de qualquer pena expulsiva (demissão ou cassação de aposentadoria, se ocupante de cargo efetivo, ou destituição, se não ocupante de cargo efetivo), que caberia ao Presidente da República (por ter sido a autoridade nomeante, conforme o art. 7º da Lei nº 12.457, de 16 de março de 2007), passou a ser delegada para o Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União.

> *Lei nº 11.457, de 2007 - Art. 7º Fica criado o cargo de Natureza Especial de Secretário da Receita Federal do Brasil, com a remuneração prevista no parágrafo único do art. 39 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003.*
> *Parágrafo único. O Secretário da Receita Federal do Brasil será escolhido entre brasileiros de reputação ilibada e ampla experiência na área tributária, sendo nomeado pelo Presidente da República.*

Cabe sintetizar: no âmbito do ME, excetuados o próprio Ministro de Estado da Economia, que não responde disciplinarmente, e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que responde disciplinarmente frente à Corregedoria-Geral da AGU (AGU/CGAU), o processamento dos demais detentores de cargo de natureza especial passíveis de persecução disciplinar (em que se inserem o Secretário-Executivo e os atuais sete Secretários Especiais) se dá no âmbito interno da Coger-ME.

Os mencionados incisos IV e V do art. 12 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, que atribuem competência à Coger-ME são praticamente reproduzidos nos incisos I e IV do art. 7º da já mencionada Portaria MF nº 492, de 2013. Antes de se dedicar a detalhar estes comandos da norma ministerial, é importante relembrar que foi editada para regulamentar a versão original da norma presidencial, qual seja, o Decreto nº 8.029, de 2013, que instituiu a Coger-ME na estrutura existente no então MF ao tempo do Decreto nº 7.482, de 2011. Por este motivo, separados por uma defasagem temporal de seis anos, é que se veem algumas discrepâncias entre os comandos da Portaria MF nº 492, de 2013, e os comandos do Decreto nº 9.745, de 2019, não só em face de servidores mas também em face de pessoas jurídicas, pois ainda não havia a regulamentação do PAR.

Feita esta advertência, verifica-se que o inciso IV do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 2013, ainda condiciona o exercício da competência correcional da Coger-ME sobre titulares de órgãos e sobre membros de órgãos colegiados à prévia autorização do Ministro de Estado, havendo de ser considerado tacitamente revogado pela alínea "b" do inciso V do art. 12 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, que atualmente condiciona apenas à ciência do Secretário-Executivo e tão somente em face de titulares de órgãos.

Por sua vez, o inciso I do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 2013, é reprodução literal da alínea "a" do incisso V do art. 12 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, para fatos ocorridos em órgãos sem unidade de correição ou para atos ocorridos envolvendo dois órgãos.

Já o inciso II do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 2013, acrescenta a competência correcional para fatos cometidos por servidor ocupante dos cargos de Corregedor ou de Corregedor Adjunto ou de cargo em comissão de código DAS superior ao do Corregedor (já que este é código DAS-101.4, o comando refere-se a cargos de comissão código DAS-101.5 ou superior, o que, no caso na RFB, atinge apenas os cinco Subsecretários, com cargos em

comissão código DAS-101.5, os dois Diretores de Programa, com cargos em comissão código DAS-103.5; o Subsecretário-Geral e o Secretário Especial Adjunto da Receita Federal do Brasil, ambos com cargos em comissão código DAS-101.6), tanto à época dos fatos quanto à época da instauração (o Decreto não possui este detalhamento de possibilidade de incidência em dupla temporalidade).

A Portaria MF nº 492, de 2013, em seu art. 8º, também estabelece a competência para que tanto a Coger-ME quanto a Coger efetuem periódico e sistemático acompanhamento e investigação da evolução patrimonial dos servidores incluídos em suas respectivas alçadas. E, ainda neste tema, refletindo o princípio da hierarquia, consagrado no art. 15 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regulamenta a processualística no âmbito da Administração Pública federal), o parágrafo único do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 2013, ratifica a competência da autoridade superior, o Ministro de Estado da Economia, para instaurar, determinar instauração ou avocar qualquer caso no âmbito da Pasta.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 7º Compete à Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda:*
> *I - a instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar, bem como a decisão de arquivamento em sede de juízo de admissibilidade, para apurar responsabilidade no âmbito de órgão da estrutura do Ministério da Fazenda que não possua unidade de correição própria, ou quando a apuração relacionar-se a mais de um órgão da estrutura do Ministério da Fazenda;*
> *II - a instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar, bem como a decisão de arquivamento em sede de juízo de admissibilidade, quando, nas unidades dotadas de corregedoria própria, o acusado ou investigado, à época dos fatos ou à época da instauração, for ocupante de cargo de Corregedor, Corregedor-Adjunto, ou ocupante de cargo de direção ou assessoramento superior ao do Corregedor;*
> *III - a instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar, a decisão de arquivamento em sede de juízo de admissibilidade e a decisão sobre eventual desmembramento do processo, quando, nas unidades dotadas de corregedoria própria, houver mais de um investigado e pelo menos um deles se enquadrar nos casos previstos no inciso anterior;*
> *IV - mediante prévia autorização do Ministro de Estado da Fazenda, a instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar quando o acusado ou investigado, à época dos fatos ou à época da instauração, for titular de órgão ou conselheiro dos órgãos colegiados da estrutura do Ministério da Fazenda, assim como em relação ao servidor que praticar, nessas qualidades, atos passíveis de apuração disciplinar.*
> *Parágrafo único. O Ministro de Estado da Fazenda poderá, a qualquer tempo, instaurar ou determinar a instauração de procedimento correcional ou avocar sua instauração, sem que isso implique revogação parcial ou total da competência das unidades de correição no âmbito do Ministério.*
> *Art. 8º A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e a Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil efetuarão periódico e sistemático acompanhamento e investigação da evolução patrimonial dos servidores em exercício no âmbito deste Ministério, na forma do art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.*

Na mesma linha, e refletindo obviamente as mesmas defasagens, o ordenamento interno da Coger-ME, por meio da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Pasta, praticamente reitera as competências do Corregedor do ME, em seu art. 3º. De se destacar apenas a inovação em relação à Portaria MF nº 492, de 2013, trazida pelos §§ 1º e 2º do mencionado dispositivo

normativo, que preveem a possibilidade de o Corregedor do ME, nas hipóteses em que for recomendável o desmembramento das apurações por fatos que envolvam mais de um órgão ou que envolvam servidor comum e autoridade cuja competência correcional recai na Coger-ME, delegar, no que cabível, ao órgão possuidor de unidade de correição própria, as apurações referentes a agentes sem o foro privilegiado.

> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 3º Compete ao Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda:*
> *I - a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar para apurar responsabilidade de servidor no âmbito de órgão da estrutura do Ministério da Fazenda que não possua unidade de correição própria, ou quando a apuração relacionar-se a mais de um órgão da estrutura do Ministério da Fazenda;*
> *II - a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar, quando, nas unidades dotadas de corregedoria própria, o acusado ou investigado, à época dos fatos ou à época da decisão de instauração, for ocupante de cargo de Corregedor, Corregedor-Adjunto, ou ocupante de cargo de direção ou assessoramento superior ao do Corregedor;*
> *III - a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar, quando, nas unidades dotadas de corregedoria própria, houver mais de um investigado e pelo menos um deles se enquadrar nos casos previstos no inciso anterior;*
> *IV - mediante prévia autorização do Ministro de Estado da Fazenda, a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar, quando o acusado ou investigado, à época dos fatos ou à época da instauração, for titular de órgão ou conselheiro dos órgãos colegiados da estrutura do Ministério da Fazenda, assim como em relação ao servidor que praticar, nessas qualidades, atos passíveis de apuração disciplinar.*
> *§ 1º Na hipótese prevista no fim do inciso I, quando um dos órgãos possuir unidade de correição própria, o Corregedor-Geral poderá, se a situação assim o recomendar, desmembrar o feito e delegar a essa unidade de correição a instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar para apurar responsabilidade de servidor do respectivo órgão.*
> *§ 2º Na hipótese do inciso III, o Corregedor-Geral poderá, se a situação assim o recomendar, desmembrar o feito e delegar à corregedoria da unidade a instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar em relação ao servidor não enquadrado nos casos previstos no inciso II.*

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

> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 2º O disposto no art. 1º não abrange a apuração de:*
> *I - responsabilidade dos intervenientes nas operações de comércio exterior, bem assim os respectivos recursos, nos termos do art. 76 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003;*
> *II - dano ou desaparecimento de bem público de que trata a Instrução Normativa Sedap nº 205, de 8 de abril de 1988, da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República;*
> *III - dano ou desaparecimento de mercadorias apreendidas sob guarda das unidades do Ministério da Fazenda; e*

> *IV - desaparecimento de processo administrativo, quando não houver indícios de responsabilidade de servidor.*
> *§ 1º Está compreendido na definição de dano ou desaparecimento, constante nos incisos II, III e IV, aquele decorrente de caso fortuito ou de força maior, como nos casos de incêndios e acidentes naturais.*
> *§ 2º As apurações de que tratam os incisos II e III, a cargo do Chefe do setor responsável pela gerência de bens e materiais na unidade administrativa, se darão nos termos da Instrução Normativa CGU nº 4, de 17 de fevereiro de 2009.*
> *§ 3º A apuração de que trata o inciso IV se dará por sindicância instaurada pelo titular da unidade e poderá ser conduzida por sindicante ou comissão, preferencialmente com servidor(es) da própria unidade.*
> *§ 4º Se no decorrer da sindicância de que trata o § 3º forem identificados indícios de responsabilidade de servidor pelo extravio de processo administrativo, o sindicante ou a comissão deverá fazer os autos conclusos à autoridade que o(a) designou, mediante relatório circunstanciado, o qual se constituirá na representação para fins de instauração de processo administrativo disciplinar pela unidade correcional competente.*

E, para o exercício de sua competência correcional inserida na hierarquia, conforme acima já exposto, a Coger-ME dispõe de poder convocatório a princípio irrecusável no âmbito da Pasta, somente possível de solicitação, fundamentada, pelo titular da unidade do servidor convocado para, em caso de necessidade de serviço, oferecer a indicação de outro servidor de mesma qualificação técnica, conforme o art. 14 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019.

> *Decreto nº 9.745, de 2019 - Anexo I - Art. 14. É irrecusável a convocação de servidor público no âmbito dos órgãos do Ministério pelo Corregedor para integrar comissões de sindicância ou de processo administrativo disciplinar ou equipes de investigação disciplinar.*
> *§ 1º A convocação de que trata o caput independe de prévia autorização da autoridade a que estiver subordinado o servidor público e será comunicada ao titular da respectiva unidade.*
> *§ 2º O titular da unidade a que se subordina o servidor público convocado poderá, de forma fundamentada, alegar necessidade de serviço, e apresentar indicação de outro servidor com a mesma qualificação técnica do substituído, cuja apreciação conclusiva caberá ao Corregedor.*

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

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 10. O Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda poderá convocar servidores em exercício nos órgãos do Ministério para atuarem em procedimentos correcionais.*
> *Parágrafo único. O Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil poderá convocar servidores em exercício nas unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil para atuarem em procedimentos correcionais.*
> *Art. 11. As convocações referidas no art. 10 são irrecusáveis e não dependem de prévia autorização do titular do órgão a que estiver subordinado o servidor, devendo ser previamente comunicadas ao titular da unidade do respectivo órgão.*
> *§ 1º O titular da unidade do órgão a que se subordina o servidor convocado poderá, fundamentadamente, alegar necessidade de serviço, oferecendo indicação de outro servidor com a mesma qualificação técnica do substituído, cuja apreciação conclusiva caberá ao Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda ou ao Corregedor da Secretaria Receita Federal do Brasil, conforme o caso.*
> *§ 2º O controle e o respectivo registro das ocorrências funcionais do período*

de convocação serão de responsabilidade da autoridade que a efetivar.

Compete ainda à Coger-ME manifestar-se sobre processo disciplinar cujo julgamento recaia no Ministro de Estado da Economia, sem prejuízo das competências da PGFN. Assim, conforme se discorrerá em **4.10.3**, no caso de processos instaurados pelo sistema correcional da RFB e em que a comissão disciplinar proponha pena expulsiva, além da pormenorizada análise a cargo da PGFN, nos termos do art. 5º do Anexo I do Decreto nº 11.123, de 2022, combinado com a alínea "b" do inciso I do art. 29 do Decreto nº 9.745, de 2019, antes da decisão a cargo do Ministro de Estado da Economia, pode esta autoridade determinar que os autos passem pela Coger-ME, a fim de que esta unidade setorial de correição se manifeste, conforme permite (mas não obriga) o disposto no inciso IX do art. 12 do Anexo I do mesmo Decreto.

> *Decreto nº 11.123, de 2022 - Art. 5º As delegações e subdelegações de que trata este Decreto não afastam a necessidade de aplicação de outras normas sobre a matéria ou a necessidade de prévia manifestação do órgão de assessoramento jurídico.*
>
> *Decreto nº 9.745, de 2019 - Anexo I - Art. 12. À Corregedoria compete:*
> *IX - manifestar-se previamente sobre processo administrativo disciplinar ou sindicância oriundos de outras corregedorias, cuja competência para julgamento seja do Ministro de Estado, por meio de determinação deste, sem prejuízo das competências da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;*

Quanto à competência julgadora propriamente dita, conforme ratifica o inciso II do art. 15 da Portaria MF nº 492, de 2013, combinado com o inciso I do art. 38 da Portaria ME nº 7.081, de 9 de agosto de 2022, o próprio Corregedor do ME é competente para julgar nas hipóteses de aplicação de penas de advertência ou de suspensão de até noventa dias em decorrência de processos disciplinares de sua própria instauração (o que subentende, também, obviamente, na hipótese de proceder ao arquivamento). Todavia, sem prejuízo das competências daquela unidade setorial de correição se manifestar ou prestar informações ao Ministro de Estado da Economia, conforme autorizam os incisos IX e X do art. 12 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, pela literalidade do mencionado inciso II do art. 15 da Portaria MF nº 492, de 2013, e por não ter amparo no princípio da hierarquia (já que não é superior hierárquico do Corregedor e nem mesmo de Chefe de Escritório de Corregedoria - Escor, nos termos em que o art. 15 da Lei nº 9.784, de 1999, condiciona o emprego do instituto da avocação), não cabe à Coger-ME arquivar ou aplicar penas de advertência ou de suspensão de até noventa dias em casos de instauração a cargo do sistema correcional da RFB e muito menos em excepcional caso de instauração por parte do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil (casos, por exemplo, que tramitem pela Coger-ME apenas para instruir despacho de encaminhamento de julgamento à PGFN).

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 15. No âmbito do Ministério da Fazenda, as sindicâncias disciplinares e os processos administrativos disciplinares serão julgados:*
> *I - pelo Ministro de Estado da Fazenda, nas hipóteses de aplicação das penas de demissão, suspensão superior a trinta dias, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão ou destituição de função comissionada; e*
> *II - pela autoridade instauradora do feito disciplinar, na hipótese de aplicação da pena de advertência ou suspensão de até trinta dias.*

Ademais, conforme o inciso X do art. 12 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, de forma mais abrangente, também incumbe à Coger-ME prestar informações específicas sobre procedimentos investigativos ou sobre ritos disciplinares, em curso ou encerrados, ao Ministro de Estado da Economia e, para isto, lhe é conferida a competência de requisitar cópia dos autos ou até mesmo vista do original. No mesmo rumo de subsidiar demandas

ministeriais, a Portaria MF nº 492, de 2013, nos incisos II e III do seu art. 22, também ratificou as competências da Coger-ME para realizar visitas técnicas nas demais unidades setoriais de correição e para acompanhar procedimentos ou processos em curso ou concluídos e requisitar cópias de feitos já arquivados.

> *Decreto nº 9.745, de 2019 - Anexo I - Art. 12. À Corregedoria compete:*
> *X - prestar ao Ministro de Estado informações específicas sobre procedimento disciplinar em curso ou encerrado, investigativo ou punitivo, e requisitar cópia dos autos ou, sempre que necessário, vista dos originais para a mesma finalidade, no âmbito dos órgãos do Ministério;*
>
> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 22. A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda:*
> *II - realizará visitas técnicas nas demais corregedorias da estrutura do Ministério da Fazenda, com o objetivo de subsidiar o Ministro de Estado da Fazenda quanto ao funcionamento e à adequação daquelas ao Sistema de Correição do Poder Executivo Federal; e*
> *III - poderá acompanhar procedimentos e processos administrativos em curso ou concluídos nas demais Corregedorias do Ministério, bem como requisitar cópia de procedimentos e processos administrativos já arquivados, para atender a demandas do Ministro de Estado da Fazenda.*

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

Ainda segundo o Decreto nº 9.745, de 2019, nos incisos I, III e XI do art. 12 do seu Anexo I, incumbe à Coger-ME centralizar, na atuação correcional no âmbito da Pasta, as ações sistêmicas de planejamento, coordenação, orientação, supervisão, controle, prevenção e integração.

> *Decreto nº 9.745, de 209 - Anexo I - Art. 12. À Corregedoria compete:*
> *I - planejar, coordenar, orientar, supervisionar e controlar as atividades disciplinares e de correição desenvolvidas no âmbito do Ministério;*
> *III - promover ações de prevenção e correição para verificar a regularidade, a eficiência e a eficácia dos serviços e das atividades e propor melhorias ao seu funcionamento;*
> *XI - propor ações integradas com outros órgãos ou entidades na sua área de competência; e*

Por fim, fechando o rol de competências da Coger-ME, conforme estabelecem o inciso II do art. 12 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, e o art. 4º, o inciso I do art. 22 e o *caput* do art. 23, todos da Portaria MF nº 492, de 2013, esta unidade setorial de correição dispõe de competência normativa para editar normas complementares e regulamentadoras das atividades correcionais no âmbito da Pasta, de observância obrigatória pela Coger, à vista de integrarem o SisCor.

> *Decreto nº 9.745, de 2019 - Anexo I - Art. 12. À Corregedoria compete:*

> *II - definir, padronizar, sistematizar e disciplinar, por meio da edição de atos normativos, os procedimentos relativos à atividade correcional e disciplinar da Corregedoria;*
>
> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 4º Nos órgãos que compõem a estrutura do Ministério da Fazenda, a apuração de irregularidades disciplinares observará o disposto nesta Portaria e nas normas complementares editadas pela Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda.*
> *Art. 22. A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda:*
> *I - editará os atos normativos necessários à regulamentação das atividades correcionais no Ministério da Fazenda, inclusive aqueles relativos ao Sistema de Controle de Processos Disciplinares da Controladoria-Geral da União (CGU-PAD);*
> *Art. 23. A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda editará, no prazo de 60 dias, os atos que se fizerem necessários à complementação desta Portaria.*

Assim, sintetizando a leitura conjunta dos arts. 12 a 14 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, e dos arts. 7º, 8º, 10, 15, 11, 22 e 23 da Portaria MF nº 492, de 2013, tem-se que a Coger-ME possui competências normativa, supervisora, instauradora, convocatória e julgadora no âmbito de sua alçada - que *a priori* alcança todos os órgãos de Administração Pública direta da Pasta, excluindo-se a PGFN - e, especificamente quanto à competência instauradora, em termos práticos, também se exclui a RFB, em virtude da existência da Coger.

Para o exercício deste rol de competências, o Anexo II do Decreto nº 9.745, de 2019, organiza a Coger-ME em quatro Coordenações-Gerais, uma Coordenação, um Coordenador de Projeto e dois Escritórios de Corregedoria, diretamente subordinados ao Corregedor do ME.

As quatro Coordenações-Gerais são a Coordenação-Geral de Gestão Correcional (Coger-ME/CGEST), a Coordenação-Geral de Análise Correcional (Coger-ME/CGACO), a Coordenação-Geral de Responsabilização de Agentes Públicos (Coger-ME/CGPAD) e a Coordenação-Geral de Responsabilização de Entes Privados (Coger-ME/CGPAR). Completam a lista de subunidades diretamente subordinadas ao Corregedor do ME a Coordenação de Informação Correcional (Coger-ME/Coinf) e os Escritórios de Corregedoria do ME nos Estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais (Coger-ME/Escor-RJ e Coger-ME/Escor-MG). Ainda diretamente subordinado ao Corregedor do ME há o cargo em comissão de Coordenador de Projeto (responsável pela promoção da prevenção e da integração correcional).

A Coger-ME/CGEST possui três Divisões, a saber, a Divisão de Inovação Correcional (Coger-ME/CGEST/Dinov), a Divisão de Gestão de Pessoas (Coger-ME/CGEST/Digep) e a Divisão de Atividades Administrativas (Coger-ME/CGEST/Diaad). A Coger-ME/CGACO possui três Coordenações, a saber, a Coordenação de Admissibilidade Correcional (Coger-ME/CGACO/COADM), a Coordenação de Investigação e Inteligência (Coger-ME/CGACO/Coinv) e a Coordenação de Julgamento Correcional (Coger-ME/CGACO/Cojul)

Estas subunidades são titularizadas por quatro Coordenadores-Gerais, detentores de funções de confiança código FCPE-101.4; quatro Coordenadores, detentores de funções de confiança código FCPE-101.3; três Chefes de Divisão, detentores de funções de confiança código FCPE-101.2; e dois Chefes de Escritório, detentores de funções de confiança código FCPE-101.2. Por fim, o Coordenador de Projeto é ocupante de cargo em comissão código DAS-103.3.

Como se percebe, à luz do art. 12 do Decreto nº 9.739, de 28 de março de 2019, as funções de confiança FCPE acima mencionados (além da função de confiança código FCPE-101 do Corregedor do ME) são todas da categoria direção (códigos 101), que, por corresponderem a unidades administrativas, comportam subordinados e substituto, não

havendo aqui funções de confiança da categoria assessoramento (código 102). Ressalve-se que há apenas um cargo em comissão de direção de projetos (código e 103).

Por fim, o vigente Regimento Interno da Coger-ME, aprovado pela Portaria MF nº 462, de 14 de novembro de 2018, permanece inalterado em sua redação original, elaborada ainda ao tempo da regulamentação imposta pelo Decreto nº 9.003, de 2017, para Coger-MF. Como tal, além de praticamente reiterar todas as competências institucionais cabíveis àquela época, no art. 3º do Anexo I, com os já comentados pontos de desatualização face às competências atuais, também estabelece a então divisão orgânica em subunidades, no item 3 do subsequente art. 4º, bastante defasada em comparação com a estrutura dada pelo Anexo II do Decreto nº 9.745, de 2019, e lhes atribui competências, igualmente desatualizadas, nos arts. 12 a 22 do Anexo I.

> *Portaria MF nº 462, de 2018 - Anexo I - Art. 3º A Corregedoria-Geral, órgão de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado, a ele diretamente subordinado, compete:*
> *I - analisar as representações e as denúncias que lhe forem encaminhadas, ressalvadas as competências específicas das demais corregedorias dos órgãos do Ministério;*
> *II - instaurar e conduzir, de ofício ou por determinação superior, e decidir pelo arquivamento, em sede de juízo de admissibilidade, de sindicâncias, inclusive patrimoniais, e de processos administrativos disciplinares:*
> *a) para apurar irregularidades praticadas no âmbito de órgão singular ou colegiado da estrutura organizacional do Ministério que não possua corregedoria própria ou quando relacionadas a mais de um órgão da referida estrutura; ou*
> *b) para apurar atos atribuídos aos titulares dos órgãos e aos conselheiros dos órgãos colegiados do Ministério, por meio de determinação do Ministro de Estado;*
> *III - manifestar-se previamente sobre processo administrativo disciplinar ou sindicância oriundos de outras corregedorias, cuja competência para julgamento seja do Ministro de Estado, mediante determinação deste, sem prejuízo das competências da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;*
> *IV - prestar ao Ministro de Estado informações específicas sobre procedimento disciplinar em curso ou encerrado, investigativo ou punitivo, e requisitar cópia dos autos ou, sempre que necessário, vista dos originais para a mesma finalidade, no âmbito dos órgãos do Ministério; e*
> *V - exercer outras atividades relativas à sua área de atuação ou que lhe forem cometidas pelo Ministro de Estado.*
> *Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos membros da Advocacia-Geral da União e aos Procuradores Federais.*
> *Art. 4º A Assessoria Especial do Ministro de Estado, a Assessoria Especial de Controle Interno e a Corregedoria-Geral, órgãos de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado da Fazenda trazem a seguinte estrutura organizacional:*
> *3. Corregedoria-Geral (COGER);*
> *3.1 Coordenação de Gestão e Acompanhamento de Processos Investigativos (COGPR);*
> *3.1.1. Serviço de Processos Investigativos (SEGPR);*
> *3.2. Coordenação de Gestão e Acompanhamento de Procedimentos Disciplinares (CODIS);*
> *3.2.1. Serviço de Procedimentos Disciplinares (SEPAD);*
> *3.3. Coordenação de Processos de Responsabilização de Pessoas Jurídicas (COPAR);*
> *3.4. Divisão de Administração (DIAAD);*
> *3.5. Serviço de Assessoria (SASSE);*
> *3.6. Divisão de Pesquisa e Investigação (DIPEI);*

3.6.1. Serviço de Apurações Especiais (SEPES);
3.7. Coordenação-Geral de Procedimentos Especiais (COPES).
Art. 12. À Corregedoria-Geral, na qualidade de órgão seccional do Sistema de Correição do Poder Executivo, ainda compete:
I - analisar as representações, denúncias e notícias de irregularidades, de ofício por determinação superior ou que lhe forem encaminhadas;
II - instaurar, de ofício ou por decisão superior, decidir pelo arquivamento em juízo de admissibilidade, e conduzir procedimentos disciplinares e de responsabilização de pessoas jurídicas:
a) para apurar irregularidades praticadas no âmbito de órgão singular ou colegiado da estrutura do Ministério da Fazenda que não possua corregedoria própria, ou quando relacionadas a mais de um órgão da estrutura do Ministério;
b) para apurar atos atribuídos aos titulares dos órgãos e conselheiros dos órgãos colegiados da estrutura organizacional do Ministério da Fazenda, mediante determinação do Ministro de Estado da Fazenda;
c) para apurar, nas unidades dotadas de corregedoria própria, os atos atribuídos aos ocupantes de cargo de Corregedor, Corregedor-Adjunto, ou ocupante de cargo de direção ou assessoramento superior ao do Corregedor; e
d) para apurar irregularidades praticadas ou decidir por eventual desmembramento do processo, quando, nas unidades dotadas de corregedoria própria, houver mais de um investigado e pelo menos um deles se enquadrar nos casos previstos na alínea anterior;
III - executar diligências e requisitar informações, processos, documentos e registros informatizados necessários ao exercício de suas atividades;
IV - manifestar-se, sob o aspecto disciplinar, inclusive quanto a potencial conflito de interesse, sobre consultas que lhe forem encaminhadas;
V - acompanhar o andamento de ações judiciais relativas às atividades correcionais e subsidiar os órgãos de defesa da União nas matérias disciplinares relacionadas aos servidores do órgão;
VI - elaborar orientações e diretrizes sobre atividade correcional;
VII - promover, no âmbito institucional, a disseminação da matéria correcional e a prevenção de infrações disciplinares;
VIII - exercer outras atividades relativas à sua área de atuação ou que lhe forem designadas pelo Ministro de Estado da Fazenda, ou ainda designadas pelo órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo; e
IX - praticar dentro de sua competência todas as medidas administrativas necessárias à execução das atividades e funcionamento da Corregedoria-Geral.
Parágrafo único. À Corregedoria-Geral, como órgão seccional do Sistema de Correição do Poder Executivo, cumpri-lhe exercer as competências estabelecidas no art. 5º do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005.
Art. 13. À Coordenação de Gestão e Acompanhamento de Processos Investigativos compete gerenciar as atividades relacionadas aos procedimentos correcionais investigativos, de forma a subsidiar o juízo de admissibilidade pela autoridade competente.
Art. 14. Ao Serviço de Processos Investigativos compete executar as atividades relacionadas aos procedimentos correcionais investigativos, de forma a subsidiar o juízo de admissibilidade pela autoridade competente.
Art. 15. À Coordenação de Gestão e Acompanhamento de Procedimentos Disciplinares compete gerenciar as atividades relacionadas aos procedimentos correcionais disciplinares, de forma a subsidiar o julgamento pela autoridade competente.
Art. 16. Ao Serviço de Procedimentos Disciplinares compete executar as atividades relacionadas aos procedimentos correcionais disciplinares, de forma a subsidiar o julgamento pela autoridade competente.
Art. 17. À Coordenação de Processos de Responsabilização de Pessoas Jurídicas compete gerenciar as atividades relacionadas aos procedimentos

correcionais de responsabilização de pessoa jurídica, de forma a subsidiar o julgamento pela autoridade competente.
Art. 18. À Divisão de Administração compete coordenar o trâmite de documentação e de processos, bem como executar as atividades administrativas necessárias ao funcionamento da Corregedoria-Geral.
Art. 19. Ao Serviço de Assessoria compete assessorar a unidade subordinante nas atividades de sua competência, bem como o Corregedor-Geral e o Corregedor-Geral Adjunto no desempenho de suas competências legais.
Art. 20. À Divisão de Pesquisa e Investigação compete gerenciar as atividades de pesquisa e investigação em procedimentos de natureza especial solicitados pelo Corregedor-Geral.
Art. 21. Ao Serviço de Apurações Especiais compete executar os procedimentos de natureza especial, inclusive aqueles que se subordinam ao regime de adiantamento de despesas de caráter reservado, previstos no artigo 68 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, e no artigo 45 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, relacionados com atividades de investigação que requeiram diligências de natureza sigilosa ou que se vinculem ao emprego de dados ou informações de conhecimento restrito.
Art. 22. À Coordenação-Geral de Procedimentos Especiais, unidade subordinada diretamente ao Corregedor-Geral, compete coordenar e supervisionar o atendimento às demandas de natureza especial, solicitadas pelo Corregedor-Geral.

2.2 - ESTRUTURA CORRECIONAL DA SECRETARIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

A Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) é um órgão que - já desde antes da criação da Corregedoria-Geral da União, por meio da Medida Provisória (MP) nº 2.143-31, de 2 de abril de 2001, na alteração promovida na Lei nº 9.649, de 27 de junho de 1998, da criação da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e da instituição do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), por meio do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005 - dispõe de unidade especializada na matéria disciplinar.

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

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

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

No bojo de profundas reformas ocorridas entre o fim da década de oitenta e início da década de noventa, no processo de redemocratização do País, o Decreto nº 325, de 1º de novembro de 1991, ao disciplinar a comunicação da prática de ilícitos penais previstos na legislação tributária e de crimes funcionais contra a ordem tributária, determinou, em seu art. 5º, que o então Departamento da Receita Federal (DRF) passasse a dispor "*de unidade de auditoria e correição, diretamente subordinada ao Diretor* (como se intitulava, à época, o

cargo do titular do órgão), *com a competência de controlar o andamento dos feitos* (relativos às representações administrativas e criminais contra o contribuinte e contra o servidor) *bem como promover ações preventivas sobre a ética funcional e a disciplina de seus servidores, proceder à correição dos feitos fiscais e administrativo-disciplinares, realizar auditoria interna e manter sistema de coleta de dados e informações quanto à observância das normas disciplinares e sobre os crimes cometidos contra a ordem tributária*".

Em consequência, na subsequente alteração regimental, ocorrida com a edição do Regimento Interno do DRF aprovado pela Portaria MEFP nº 606, de 3 de setembro de 1992, já figurava no organograma a Coordenação-Geral de Auditoria e Correição (Coauc), como unidade central de assessoramento direto do Diretor do DRF, diretamente subordinada a este titular, contando com apenas três Divisões (com destaques para a Divisão de Ética e Disciplina - Diedi, e a Divisão de Auditoria - Divau, embriões da partição orgânica interna presente até os dias atuais, conforme se apresentará em **2.2.2.2.2**, além de uma Divisão de apoio operacional) e sem projeções regionais.

Embora aquele Regimento Interno do DRF, no inciso V do art. 21 do seu Anexo I, já atribuísse à Coauc, por meio de sua Diedi, competência para *"apurar denúncias e irregularidades, realizar sindicâncias e instaurar os necessários processos administrativo-disciplinares"*, ao mesmo tempo conciliava e se harmonizava com a praxe administrativa ainda reinante àquela época, segundo a qual o poder disciplinar era majoritariamente exercido na linha hierárquica, à luz da regra geral da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, conforme se exporá em **2.3.1**. Uma vez que à Diedi também competia, conforme os incisos IV, VII e IX do mesmo comando regimental acima mencionado, *"propor a constituição de comissão, de inquérito ou sindicância; acompanhar e controlar os feitos disciplinares instaurados nas unidades descentralizadas; e subsidiar as unidades do Departamento nas ações disciplinares, prestando-lhes apoio e orientação técnica necessários"*, o poder disciplinar, na ponta da atividade (qual seja, na instauração e na condução de processos disciplinares), se manteve em grande parte ainda sob exercício das autoridades fiscais regionais e locais, o que de certa forma justificou o fato de aquela competência instauradora ter carecido de regulamentação interna, até a edição da Portaria SRF nº 699, de 21 de julho de 1999, conforme melhor se aduzirá em **4.2.1**.

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

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

Não é necessário muito esforço para inferir que, naquele primeiro momento, a atividade disciplinar, ainda sendo majoritariamente exercida na própria linha hierárquica e no âmbito da unidade de ocorrência dos fatos e que em geral também se confundia com a

unidade de lotação dos envolvidos, como uma matéria-meio distinta e distante das atividades-fim do órgão, era desempenhada de forma imprecisa. A convivência e a superposição de afazeres prioritários e finalísticos das atividades de fiscalização, de tributação, de arrecadação, de atendimento e de controle aduaneiro em detrimento da matéria disciplinar, somadas à ausência de vocação e de especialização técnica do pessoal para os trabalhos disciplinares e potencializadas, por fim, pela natural mitigação da imparcialidade causada pela proximidade entre fatos, acusados, agentes processantes e autoridades, levaram o órgão a aprimorar o modelo, originalmente composto apenas de uma distante unidade central, para a criação de um sistema orgânico específico e especializado com competência exclusiva para a instância disciplinar, apartado da matéria-fim e das unidades regionais e locais e capilarizado nas dez Regiões Fiscais (RF).

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

Afinal, divorcia-se do bom senso tentar negar que atividades públicas de grande poder de controle e de atuação sobre esferas de direitos, de interesses e de bens jurídicos dos administrados - tais como, a título de meros exemplos não exaustivos, atividades fiscais, policiais, previdenciárias - propiciam de forma mais frequente e viabilizada as tentativas e as iniciativas de acertos entre o agente público e o particular ou de pressões daquele sobre este. Tal peculiaridade torna a atividade disciplinar necessária e desejada não apenas pelos respectivos órgãos em si mas também pelos servidores e categorias que neles atuam, pois, diante da possibilidade de generalização da conduta ilícita e dos riscos funcionais que isto significa, os próprios agentes públicos sentem a necessidade de os seus órgãos possuírem uma estrutura efetivamente capacitada e especializada. Este efeito se fez sentir em especial no âmbito da SRF.

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

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

repressivas de poder disciplinar. Também, a partir deste marco normativo, a matéria disciplinar, ainda no âmbito da SRF, passou a ser de competência exclusiva da Coger e dos Escor, passando a falecer qualquer competência neste tema para as autoridades fiscais regionais e locais, contexto que perdurou até Regimento Interno aprovado pela Portaria MF n° 430, de 9 de outubro de 2017 e que retornou com o Regimento Interno aprovado pela Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020.

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

Esta especialização é positivadamente defendida pela Controladoria-Geral da União (CGU), na Instrução Normativa (IN) CGU n° 14, de 14 de dezembro de 2018, em seu art. 3°, visando à celeridade e qualidade técnica dos trabalhos e à isenção e imparcialidade dos agentes condutores.

> *IN CGU n° 14, de 2018 - Art. 3º A atividade correcional deve ser desenvolvida preferencialmente por unidade constituída para este fim, a qual possua atribuição para:*
> *I - realizar juízo de admissibilidade;*
> *II - instaurar, acompanhar e supervisionar procedimentos correcionais;*
> *III - analisar relatórios finais para subsídio técnico da autoridade julgadora, quando couber;*
> *IV - realizar interlocução com órgãos de controle e investigação;*
> *V - gerir informações correcionais;*
> *VI - capacitar e orientar tecnicamente os membros de comissão; e*
> *VII - apoiar a identificação de riscos e vulnerabilidades à integridade.*
> *§ 1º A unidade de que trata o caput deve estar preferencialmente vinculada à autoridade ou instância máxima do órgão ou entidade.*
> *§ 2º A designação dos titulares das unidades de que trata o caput deve observar o disposto no art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005.*

Atualizando parte das informações inaugurais deste tópico, antecipe-se que, a partir do Regimento Interno da RFB aprovado pela Portaria MF nº 95, de 30 de abril de 2007, em razão das peculiaridades regionais, a Coger passou a possuir um Núcleo de Corregedoria em Manaus - Nucor, de titularidade do Chefe do Nucor, que perdurou até o Regimento Interno aprovado pela Portaria MF n° 430, de 2017.

E, conforme melhor se aduzirá em **2.2.2**, o natural processo de aprimoramento interno levou à reserva da matéria ética e das atividades de auditoria para outros foros exclusivamente especializados e competentes, concentrando a atuação do sistema correcional nas atividades de investigação disciplinar e de correição.

Ademais, por força da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007, o órgão passou por profunda reestruturação com a fusão dos Fiscos federais, fundindo a ex-SRF com a extinta Secretaria da Receita Previdenciária (SRP), que integrava o então Ministério da Previdência Social (MPS), originando daí a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), de titularidade do então Secretário da Receita Federal do Brasil e passou a ter definição legal como o órgão federal responsável pela administração tributária e aduaneira da União. Acrescente-se, inclusive, que, neste momento, o sistema correcional da RFB recebeu, em seus quadros, o aporte de servidores que atuavam na estrutura de correição da extinta SRP.

Informe-se ainda que tanto a unidade Corregedoria-Geral quanto o cargo de Corregedor-Geral tiveram tais denominações originalmente adotadas pelo Decreto nº 2.331, de 1997, e assim perdurou até a edição do Decreto nº 8.029, de 20 de junho de 2013. Conforme já detalhado em **2.1.2**, este diploma normativo, ao alterar o Decreto nº 7.482, de 16 de maio de 2011, que então tratava da estrutura regimental do extinto Ministério da Fazenda (MF), criou a então Corregedoria-Geral do MF (Coger-MF), sob titularidade do Corregedor-Geral do MF, e também alterou o Decreto nº 2.331, de 1997, impondo os nomes de Corregedoria e de Corregedor à unidade e ao seu titular - não obstante, internamente, ter-se mantido a sigla Coger para a unidade central. Mas, à margem desta questão da denominação, o Decreto nº 8.029, de 2013, com a redação dada ao Decreto nº 7.482, de 2011, no *caput* do seu art. 15-A e outros, ratificou as competências da Coger, na qualidade de unidade setorial de correição no âmbito da RFB, e ratificou também a particularidade de ser o único processo de trabalho no órgão a ter sua previsão jurídica de existência reservada em norma presidencial.

Novamente submetida às conveniências de momento, mais uma vez a RFB sofreu alterações, desde o seu nome até a sua estrutura interna, a partir da entrada em vigor da Medida Provisória (MP) nº 870, de 1º de janeiro de 2019. Na verdade, não apenas o órgão; toda a Pasta - a exemplo da Administração Pública federal como um todo - foi radicalmente afetada, tendo perdido seu histórico nome fazendário, fato que havia ocorrido apenas uma única vez em toda a história republicana, por um breve e também conturbado período por que havia passado o Poder Executivo federal, entre 1990 e 1992, em que teve o nome de Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento (MEFP). Mais que simples mudança de nome e mais até que alteração estrutural orgânica, o emblemático MF foi extinto, bem como o também histórico Ministério do Trabalho (MT) e mais outras duas Pastas, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG) e o Ministério e da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC), de áreas de atuação originais estanques e pouco comunicáveis, somando-se ainda a matéria previdenciária, para darem lugar a uma única Pasta, de gigantismo desproporcional tanto em termos de estrutura quanto de áreas de competência e de influência e de concentração de poder, a que se impôs o artificial nome de Ministério da Economia (ME).

Toda esta radical e abrupta alteração foi ratificada na conversão da MP, conforme o inciso I do art. 57 da Lei n° 13.844, de 18 de junho de 2019. E, como consequência, a alínea "f" do inciso I e a alíneas "c" do inciso II do art. 56 da mesma Lei transformaram o cargo de Ministro de Estado da Fazenda (e os cargos dos demais ex-titulares de Pastas transformadas) no cargo de Ministro de Estado da Economia.

> *Lei n° 13.844, de 2019 - Art. 56. Para fins da composição dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios de que trata esta Lei, a transformação dos cargos será realizada da seguinte forma:*
> *I - os cargos transformados são os seguintes:*
> *f) Ministro de Estado da Fazenda;*
> *II - os cargos criados em decorrência da transformação daqueles a que se refere o inciso I deste artigo são os seguintes:*
> *c) Ministro de Estado da Economia;*
> *Art. 57. Ficam transformados:*
> *I - o Ministério da Fazenda, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, o Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços e o Ministério do Trabalho no Ministério da Economia;*

No desenho arbitrado para esta nova, megalomaníaca e ambiciosa Pasta, tendo se aglutinado áreas antes tão díspares da ação estatal federal, no âmbito dos órgãos específicos singulares, nos incisos II a IX do art. 32 da Lei nº 13.844, de 2019, além da preservada Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), restaram criadas sete Secretarias, todas indistintamente qualificadas como Especiais (o que se lê com estranheza, já que a qualidade

de especial denotaria diferenciação ou excepcionalidade), absorvendo em suas gigantescas estruturas as antigas organicidades das Pastas extintas, além da previdência. Neste contexto se insere a RFB, como uma daquelas sete (que logo foram reduzidas a seis e posteriormente acrescidas novamente para sete, conforme os interesses políticos de ocasião) Secretarias Especiais originalmente criadas em paralelismo com a PGFN na qualidade de órgãos específicos singulares. Mas esta estrutura exageradamente concentradora de poder logo se viu obrigada a ceder, mediante necessidades de acordos sob critérios à margem da técnica, e a reestabelecer e a acomodar uma Pasta específica para as matérias trabalhista e previdenciária, com a criação do Ministério do Trabalho e Previdência (MTP), por meio da Medida Provisória (MP) nº 1.058, de 27 de julho de 2021, posteriormente convertida na Lei nº 14.261, de 16 de dezembro de 2021, que absorveu as competências da extinta Secretaria Especial de Previdência e Trabalho originalmente componente do ME.

> *Lei nº 13.844, de 2019 - Art. 32. Integram a estrutura básica do Ministério da Economia:*
> *I - a Assessoria Especial de Assuntos Estratégicos;*
> *II - a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;*
> *III - a Secretaria Especial do Tesouro e Orçamento, com até 3 (três) Secretarias (Redação dada pela Lei nº 14.261, de 2021)*
> *IV - a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, com até 1 (uma) Subsecretaria-Geral;*
> *V - (Revogado pela Lei nº 14.261, de 2021);*
> *VI - a Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais, com até 3 (três) Secretarias;*
> *VII - a Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Mercados, com até 3 (três) Secretarias; (Redação dada pela Lei nº 14.261, de 2021)*
> *VIII - a Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade, com até 4 (quatro) Secretarias; (Redação dada pela Lei nº 14.261, de 2021)*
> *IX - a Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, com até 3 (três) Secretarias;*

Mais especificamente, o inciso XI do art. 57 da Lei n° 13.844, de 2019, transformou a Secretaria da Receita Federal do Brasil, então existente no âmbito do extinto MF, na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, preservando a sigla RFB, já no âmbito do ME. Na mesma linha, a alínea “w” do inciso I e a alínea “v” do inciso II do art. 56 da mesma Lei transformaram o cargo de Secretário da Receita Federal do Brasil no cargo de Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, também de natureza especial. E, como se verifica no inciso IV do art. 32 da mesma Lei, impôs-se que a RFB passa a ter uma inédita Subsecretaria-Geral.

> *Lei nº 13.844, de 2019 - Art. 56. Para fins da composição dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios de que trata esta Lei, a transformação dos cargos será realizada da seguinte forma:*
> *I - os cargos transformados são os seguintes:*
> *w) cargo de Natureza Especial de Secretário da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda;*
> *II - os cargos criados em decorrência da transformação daqueles a que se refere o inciso I deste artigo são os seguintes:*
> *v) cargo de Natureza Especial de Secretário Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia;*
> *Art. 57. Ficam transformados:*
> *XI - a Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia; e*

Tão marcado pela precipitação, pela inconstância e pela insegurança jurídica é o período de que aqui se trata que, em imediata decorrência da publicação da MP nº 870, de 2019, já no dia seguinte foi publicado o Decreto nº 9.679, de 2 de janeiro de 2019, fornecendo

o que seria apenas a primeira - dentre tantas - versão da estrutura regimental do ME.

No curto período de cerca de um ano e meio, a estrutura regimental não exatamente de todo o ME mas sim especificamente da RFB sofreu um total de oito impressionantes alterações, seja na sua organicidade propriamente dita, oscilando entre alternativas de reduções bastante bruscas em suas unidades, seja na data de vigência de algumas mudanças. O Decreto original, de nº 9.679, de 2019, logo foi alterado pelo Decreto nº 9.695, de 30 de janeiro de 2019, diferindo a data de vigência da estrutura organizacional da RFB. Em seguida, o Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019, revogou o anterior e alterou a data de vigência da organicidade de todo o ME. Na sequência, o Decreto nº 9.745, de 2019, foi alterado pelo Decreto nº 10.072, de 18 de outubro de 2019, novamente estabelecendo uma redução orgânica futura para a RFB, logo adiante mais uma vez alterada pelo Decreto nº 10.186, de 20 de dezembro de 2019. Na absoluta inconstância normativa, eis que o Decreto nº 10.313, de 6 de abril de 2020, revogou aquelas alterações que haviam sido previstas pelos anteriores. Mas, sobre o texto do Decreto nº 9.745, de 2019, novas alterações estruturais e de vigência foram introduzidas pelo Decreto nº 10.366, de 22 de maio de 2020, que, por fim, foram postergadas pelo Decreto nº 10.399, de 16 de junho de 2020.

Durante todo este período, a RFB permaneceu com Regimento Interno defasado, nos termos da Portaria MF nº 430, de 2017, editado ainda no contexto do MF. Somente após a sedimentação das inúmeras mudanças no Decreto nº 9.745, de 2019, com a redação dada pelo Decreto nº 10.399, de 16 2020, é que o Ministro de Estado da Economia editou a Portaria MF nº 284, de 27 de julho de 2020, aprovando o Regimento Interno da RFB já nos termos da Lei nº 13.844, de 2020.

Após tantas oscilações, a estrutura regimental do ME se encontra no Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, do qual se destaca de imediato o *caput* do seu art. 65, assegurando à Coger o patamar de unidade setorial de correição no âmbito da RFB, com leitura harmonizada com a atual redação do inciso II do art. 2º do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005. Registre-se que, a menos de ressalva expressa, as menções a esta normatização estruturante é feita ao longo deste texto com base no texto vigente do Decreto.

> *Decreto nº 9.745, de 2019 - Anexo I - Art. 65. A Corregedoria da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil exercerá as competências de unidade seccional do Sistema de Correição do Poder Executivo federal no âmbito da Secretaria da Especial Receita Federal do Brasil, observado, no que couber, o disposto no art. 12*

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

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

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

Quanto a este aspecto, até se reconhece que, já com o amadurecimento do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), criado pelo Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, que exigiu a implantação de unidades setoriais de correição na Administração Pública federal como um todo, não mais é privilégio da RFB contar com sistema correcional previsto em decreto, já que, se os decretos estabelecedores de toda a estrutura regimental refletem a organicidade interna da Pasta e dos seus órgãos, então, logicamente, mencionam as suas corregedorias. O peculiar e relevante deste tema é o resgate histórico de que, no caso específico do sistema correcional da RFB, foi de fato criado por decreto, como norma presidencial editada especificamente para este único fim, e o foi em uma época em que o tema correcional não possuía a visibilidade atual.

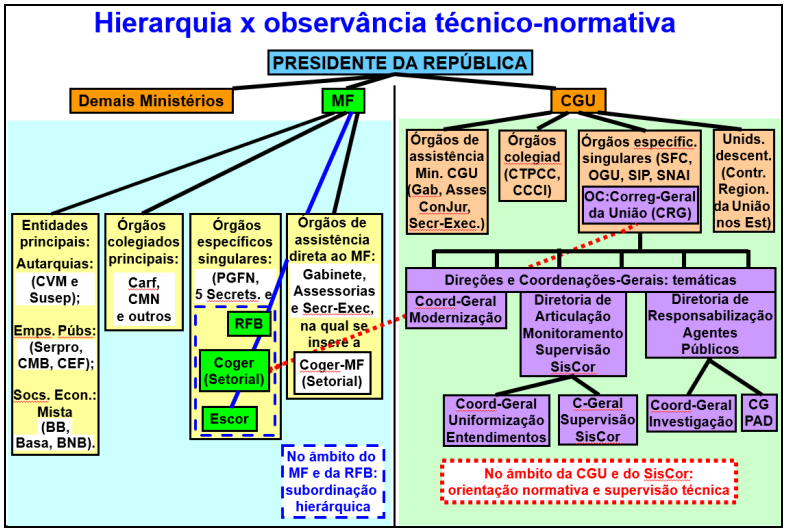
Mas é importante ressalvar que a criação por um decreto em nada se confunde com qualquer espécie de superioridade hierárquica ou regimental em relação a qualquer dos inúmeros demais processos de trabalho em que se subdividem todos os macroprocessos de trabalho da RFB, organizados em regimento interno aprovado por portaria da lavra do Ministro de Estado da Economia, mas sim se reflete como uma cláusula asseguradora da segurança, independência, autonomia e imparcialidade necessárias à atuação disciplinar.

Também merece ressalva o fato de que - como de outra forma não poderia ser, visto que o ordenamento não pode comportar incoerências - o dispositivo daquele Decreto específico para o sistema correcional da RFB encontra-se em consonância com os comandos generalistas para toda a Administração Pública federal, do já mencionado Decreto nº 5.480, de 2005, e também com os comandos mais específicos do Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019, estes voltados para a atuação correcional no âmbito exclusivo do Ministério da Economia (ME). Relembre-se que este último Decreto é a sequência da linha normativa inaugurada pelo Decreto 8.029, de 20 de junho de 2013, que, ao alterar o Decreto nº 7.482, de 16 de maio de 2011, que tratava da estrutura regimental da Pasta, instituiu a então Corregedoria-Geral do MF (Coger-MF), atual Corregedoria do ME (Coger-ME). Neste rumo, o Decreto nº 8.029, de 2013, alterou o Decreto nº 2.331, de 1997, harmonizando-o.

Conforme já exposto em **2.1.1** e em **2.1.2**, na atual estrutura estabelecida pelo Decreto nº 5.480, de 2005, a Coger enquadra-se como unidade setorial de correição no SisCor. Repisa-se que esta condição de unidade setorial de correição não retira do sistema correcional da RFB, de suas autoridades e de seu quadro funcional a exclusiva linha de subordinação hierárquica em relação ao Secretário Especial e ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, não os colocando hierarquicamente subordinados às autoridades da Controladoria-Geral da União (CGU) e da Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG), tampouco às autoridades das suas unidades e subunidades (Diretorias e Coordenações-Gerais), e muito menos às autoridades da Coger-ME. De acordo com o § 2º do art. 2º do Decreto nº 5.480, de 2005, a Coger deve apenas prestar-se à orientação normativa e à supervisão técnica da CGU e da CGU/CRG e é transversalmente supervisionada pela estrutura temática estabelecida no âmbito da CGU/CRG, conforme exposto em **2.1.1**. Relembre-se que, a partir da reestruturação também sofrida pela CGU, por meio do Decreto nº 9.681, de 3 de janeiro de 2019, a supervisão deixou de ser exercida verticalmente por antiga unidade setorial de correição dedicada especificamente a acompanhar a atividade correcional em cada Ministério, e que, originalmente, a Coger era classificada como unidade seccional de correição, passando a ser denominada unidade setorial de correição pela alteração que o Decreto nº 10.768, de 13 de agosto de 2021 operou no inciso II do art. 2º do Decreto nº 5.480, de 2005. E o mesmo se aplica, por força do Decreto nº 9.745, de 2019, à Coger-ME (que, igualmente à Coger, também tem *status* de unidade setorial de correição no SisCor).

> *Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 2º Integram o Sistema de Correição:*
> *II - como unidades setoriais, as unidades de correição dos órgãos e das entidades que sejam responsáveis pelas atividades de correição. (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*

Esta dupla posição do sistema correcional da RFB, figurando ao mesmo tempo como integrante da RFB e como unidade setorial de correição, se justifica primeiramente porque são precipuamente os Escor e secundariamente a Coger que, na ponta da atividade, executam o poder disciplinar, poder este que, conforme será exposto em **2.3.1**, insere-se em linha hierárquica, daí porque não perdem sua posição dentro da linha de hierarquia neste órgão de que fazem parte; e, em complemento, integrando uma sistematização harmônica, esta atuação, no âmbito da RFB, embora hierarquicamente independente da CGU e da CGU/CRG, deve seguir a normatização deste órgão central e deve ser supervisionada pelas Diretorias e Coordenações-Gerais da CGU/CRG e, no caso específico desta Pasta, deve ainda atender à normatização e à supervisão específica da Coger-ME. A gravura a seguir esquematiza as diferentes linhas de projeção da subordinação hierárquica e da orientação normativa e supervisão técnica do SisCor.



Por meio esquemático, a gravura acima facilita a percepção da independência da sujeição técnico-normativa que caracteriza o escalonamento no SisCor, desde a CGU/CRG até a Coger e os Escor, da linha de hierarquia a que esta unidade setorial de correição da RFB se subordina em relação ao Subsecretário-Geral e ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil e ao Ministro de Estado da Economia. Escalonando de forma sintética desde a autoridade máxima do Poder Executivo federal, qual seja, o Presidente da República, no degrau abaixo veem-se os diversos Ministérios, em igualdade de *status*, em que se destacam, apenas para o fim didático da gravura, o ME e a CGU. A partir daí, enquanto a linha hierárquica tem inerente à sua própria definição o fato de se inserir no Ministério, a linha do SisCor atua exatamente ao oposto, pois as normas e orientações irradiadas no âmbito da CGU repercutem além de seus próprios limites, nas unidades setoriais de correição do ME e da RFB. Enfim, as ramificações da hierarquia não contêm nenhuma interseção ou superposição com a linha de incidência do SisCor.

Importante destacar que, no âmbito do SisCor, conforme interpreta a CGU/CRG, apenas a Coger é a unidade setorial de correição, figurando os dez Escor como subunidades, independentemente de serem considerados como unidades nos sucessivos regimentos internos da RFB.

Acrescente-se que, na gravura, aproveitou-se ainda para destacar o raio de competência da atuação correcional da Coger-ME no âmbito dos órgãos de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado da Economia, específicos singulares e dos principais órgãos colegiados, não atingindo as entidades da Administração Pública indireta vinculadas às Pasta.

Retomando as peculiaridades do sistema correcional, é preciso destacar que, como forma de garantir a atuação institucional e a segurança funcional de seus servidores

integrantes, o Decreto nº 2.331, de 1997, não só criou as unidades de correição mas também dotou o sistema com cláusulas de proteção, que adiante se descrevem.

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

Não obstante esta subordinação hierárquica, a nomeação do Corregedor não compete ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, cabendo-lhe apenas fazer a obrigatória indicação ao Ministro de Estado da Economia. A competência para efetivamente nomear o Corregedor recai sobre este titular da Pasta, conforme o § 1º do art. 65 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, em consonância com o inciso V do art. 4º do Decreto nº 9.794, de 14 de maio de 2019, por meio do qual o Presidente da República delegou ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República competência para para nomeação, exoneração, designação e dispensa de cargos em comissão de nível 4 e de funções de confiança de mesmo nível, e com o *caput* do art. 1º da Portaria PR/CC nº 455, de 22 de setembro de 2020, por meio do qual este a subdelegou aos respectivos Ministros de Estado.

> *Decreto n° 9.794, de 2019 - Art. 4º Fica delegada competência ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República para nomear e exonerar os ocupantes de cargos em comissão e designar e dispensar os ocupantes de funções de confiança, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional: (Redação dada pelo Decreto nº 10.486, de 11 de setembro de 2020)*
> *V - quando se tratar de cargo ou função de nível equivalente a 4 do Grupo-DAS. (Redação dada pelo Decreto nº 10.486, de 2020)*
> *§ 3º A subdelegação é vedada na hipótese de que trata o inciso IV do caput. (Redação dada pelo Decreto nº 10.486, de 2020)*
>
> *Decreto n° 9.745, de 2019 - Anexo I - Art. 65.*
> *§ 1º O Ministro de Estado nomeará o Corregedor da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, indicado pelo Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, após aprovação prévia do órgão central do Sistema Central de Correição do Poder Executivo federal.*
>
> *Portaria PR/CC nº 455, de 2020 - Art. 1º Fica subdelegada aos Ministros de Estado indicados no art. 20 da Lei nº 13.844, de 18 de julho de 2019, a competência para nomear e exonerar os ocupantes de cargos em comissão e designar e dispensar os ocupantes de funções de confiança, alocados nos respectivos ministérios, autarquias e fundações vinculadas, quando se tratar de cargo ou função de nível equivalente a 4 do Grupo Direção e Assessoramento Superiores.*

Imprescindível destacar que a cláusula de segurança institucional de o Corregedor ser detentor de mandato existe desde a criação da Coger, pelo Decreto nº 2.331, de 1997, muito antes, portanto, da criação do Siscor, com a edição do Decreto nº 5.480, de 2005, e de suas posteriores alterações, sobretudo em seu art. 8º, trazendo este mesmo instituto para os titulares de todas as unidades setoriais de correição e requisitos para a nomeação.

Mas antes de detalhar os requisitos estabelecidos para todos os titulares de unidades setoriais de correição do SisCor, é imprescindível apresentar condicionantes legais específicas para a ocupação de cargos em comissão e de funções de confiança de forma geral na RFB.

Conforme melhor se detalhará em **2.2.2.1**, a cuja leitura se remete, a Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2018, decorrente da conversão da Medida Provisória (MP) nº 870, de 1º de

janeiro de 2019, além de estabelecer a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, com alguns ajustes de redação decorrentes da nova estruturação do órgão, ratificou e atualizou, conforme a nova estrutura orgânica, o comando presente nos incisos I e II do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007, já desde a sua redação original, no sentido de que os cargos em comissão organicamente situados a partir da Subsecretaria-Geral da Receita Federal do Brasil são exclusivos de servidores efetivos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB) ativos ou inativos que tenham obtido a aposentadoria naquelas condições ou ainda de servidores ativos que tenham sido redistribuídos à época, da extinta Secretaria de Receita Previdenciária (SRP), quando da fusão dos Fiscos federais. A parte final do inciso I do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 11.457, de 2007, exclui da possibilidade de ocupação de funções de confiança os servidores inativos da Carreira TARFB (e o faz por obediência ao comando inciso V do art. 37 da Constituição Federal - CF, que exige que tais funções sejam exercidas exclusivamente por servidor ocupante de cargo efetivo, o que restringe a servidores em atividade), restando para este desempenho apenas os servidores ativos ocupantes de cargos de Auditor-Fiscal ou de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil (AFRFB ou ATRFB) e dos cargos mencionados no art. 12 da citada Lei, oriundos da redistribuição da extinta SRP.

Neste contexto, cabe antecipar o que também se abordará com mais profundidade em **2.2.2.1**: o parágrafo único do art. 14 da Lei nº 11.457, de 2007, com a alteração sofrida a partir da vigência da MP nº 870, de 2019, passou a contemplar, apenas e tão somente para a RFB, de forma estranha e desconfiável, a possibilidade de cargos em comissão e funções de confiança de assessoramento direto do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil serem distribuídos a agentes não ocupantes dos cargos efetivos da Carreira TARFB e dos cargos efetivos advindos da fusão dos Fiscos federais.

> *Lei nº 11.457, de 2007 - Art. 12. Sem prejuízo do disposto no art. 49 desta Lei, são redistribuídos, na forma do disposto no art. 37 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para a Secretaria da Receita Federal do Brasil, os cargos dos servidores que, na data da publicação desta Lei, se encontravam em efetivo exercício na Secretaria de Receita Previdenciária ou nas unidades técnicas e administrativas a ela vinculadas e sejam titulares de cargos integrantes:*
> *I - do Plano de Classificação de Cargos, instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, ou do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo de que trata a Lei nº 11.357, de 19 de outubro de 2006;*
> *II - das Carreiras:*
> *a) Previdenciária, instituída pela Lei nº 10.355, de 26 de dezembro de 2001;*
> *b) da Seguridade Social e do Trabalho, instituída pela Lei nº 10.483, de 3 de julho de 2002;*
> *c) do Seguro Social, instituída pela Lei nº 10.855, de 1º de abril de 2004;*
> *d) da Previdência, da Saúde e do Trabalho, instituída pela Lei nº 11.355, de 19 de outubro de 2006.*
> *Art. 14. Fica o Poder Executivo federal autorizado a proceder à transformação, sem aumento de despesa, dos cargos em comissão e das funções de confiança existentes na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia. (Redação dada pela Lei nº 13.844, de 2019)*
> *Parágrafo único. Sem prejuízo das situações em curso, os cargos em comissão e as funções de confiança a que se refere o caput deste artigo, com exceção daqueles destinados ao assessoramento direto e ao gabinete do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, são privativos de servidores: (Redação dada pela Lei nº 13.844, de 2019)*
> *I - ocupantes de cargos efetivos da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia ou de servidores que tenham obtido aposentadoria nessa condição, hipótese esta restrita à ocupação de cargo em comissão; e (Redação dada pela Lei nº 13.844, de 2019)*
> *II - alcançados pelo disposto no art. 12 desta Lei.*

É preciso então compreender que o inciso I do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 11.457, de 2007, desde a sua redação original, já previa a possibilidade de se ter servidor inativo dos cargos da Carreira TARFB como ocupantes de cargos em comissão no órgão. Esta inovação não decorreu das profundas alterações trazidas pela MP nº 870, de 2019, e pela Lei 13.844, de 2019.

Além destes requisitos legais específicos da RFB, de que o cargo em comissão de Corregedor somente poderá ser ocupado por servidor ativo ou inativo de cargo da Carreira TARFB ou por servidor ativo advindo da redistribuição da extinta SRP, devem ser somados outros requisitos generalistas vigentes para todas as unidades setoriais de correição do SisCor.

Conforme já abordado em linhas mais gerais em **2.1.1**, o art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005, estabelece os critérios que devem ser atendidos pelos ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança dos titulares de unidades de correição dos órgãos e das entidades que sejam responsáveis pelas atividades de correição. E desde a redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 11 de março de 2010, o requisito básico era que o titular fosse servidor efetivo na atividade e com nível de escolaridade superior, agregando-se que, preferencialmente, poderia ser ser graduado como bacharel em Direito; ou ser ocupante de cargo integrante da Carreira de Finanças e Controle - cargos de Auditor Federal de Finanças e Controle e de Técnico Federal de Finanças e Controle, criados pelo Decreto-Lei nº 2.346, de 23 de julho de 1987, e de que trata a Lei nº 9.625, de 7 de abril de 1998; ou simplesmente ser integrante do quadro efetivo da RFB.

Na mesma linha, a norma regulamentadora, a saber, a Portaria CGU nº 1.182, de 10 de junho de 2020, em seu art. 4º, além de estabelecer critérios subjetivos de idoneidade moral e reputação ilibada, perfil profissional e formação compatível com o cargo ou a função, reitera os critérios objetivos de o titular de unidade correcional do SisCor dever ser servidor público efetivo ou empregado público com nível de escolaridade superior e preferencialmente graduado com bacharel em Direito ou integrante da carreira Finanças e Controle, agregando-se ainda que não seja incurso em hipóteses de inelegibilidade, além da exigência de possuir experiência de, no mínimo, dois anos, na área jurídica, correcional ou de controle ou de comprovar carga horária mínima de quarenta horas de capacitação em temas correcionais, realizado nos últimos dois anos que antecedem à indicação de seu nome.

> *Portaria CGU nº 1.182, de 2020 - Art. 4º O cargo de titular de unidade seccional dos órgãos e entidades integrantes do SisCor é privativo de servidor público efetivo ou empregado público, que possua idoneidade moral e reputação ilibada, perfil profissional e formação compatível com o cargo ou a função, de acordo com avaliação da CRG, baseada na legislação, nos critérios e nos procedimentos previstos nesta Portaria. (Redação dada pela Portaria CGU nº 3.108, de 2020)*
> *§ 1º O indicado a titular de unidade correcional do SisCor deve possuir nível de escolaridade superior, preferencialmente graduação em Direito, ou ser integrante da carreira Finanças e Controle, bem como não incidir nas hipóteses de inelegibilidade previstas na Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.*
> *§ 2º O indicado a titular da unidade correcional do SisCor deverá atender, no mínimo, a um dos seguintes critérios específicos:*
> *I - experiência de, no mínimo, dois anos, na área jurídica, correcional ou de controle; e*
> *II - comprovação de carga horária mínima de quarenta horas de capacitação em temas correcionais, realizado nos últimos dois anos que antecedem à indicação de que trata o art. 2º.*
> *§ 3º Em caso de não atendimento ao disposto no inciso II do § 2º, o indicado poderá consignar na declaração de que trata o inciso I do art. 3º, o compromisso de conclusão de capacitação em temas correcionais, no prazo*

> *máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da nomeação ou designação ao cargo ou função, como condicionante da aprovação da indicação.*

À vista destes suficientes critérios objetivos e subjetivos - que, inclusive, atendem às já abordadas regras gerais para ocupação de cargos em comissão e de funções de confiança estabelecidas no Decreto nº 9.727, de 2019 -, por anos, o SisCor funcionou satisfatoriamente no que tange à titularidade das unidades de correição.

Todavia, também conforme já exposto, o Decreto nº 10.768, de 2021, sob pretexto de atualizar a denominação das unidades de correição nos órgãos e entidades, de seccionais para setoriais, estendeu-se a inovar o tema da titularidade destas unidades do SisCor, passando a estabelecer duas linhas alternativas de critérios. O inciso I do art. 8º, como harmônica evolução da redação anterior, permite a nomeação ou a designação de servidor ou empregado permanente ativo da Administração Pública federal com nível de escolaridade superior e ainda graduado como bacharel em Direito ou integrante da carreira de Finanças e Controle ou integrante do quadro permanente do órgão ou entidade. Já o inciso II do art. 8º, em descompasso com o que sempre se praticou no âmbito do SisCor, passou a prever a possibilidade de se nomear ou designar ex-servidor ou ex-empregado permanente com nível de escolaridade superior e aposentado no exercício de cargo ou emprego da carreira de Finanças e Controle ou do órgão ou da entidade para o qual será nomeado ou designado.

> *Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 8º Os cargos em comissão e as funções de confiança dos titulares das unidades setoriais de correição são privativos daqueles que possuam nível de escolaridade superior e sejam: (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *I - servidores ou empregados permanentes da administração pública federal: (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *a) graduados em Direito; (Incluída pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *b) integrantes da carreira de Finanças e Controle; ou (Incluída pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *c) integrantes do quadro permanente de órgão ou entidade; ou (Incluída pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *II - ex-servidor ou ex-empregado permanente aposentado no exercício de cargo ou emprego: (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *a) da carreira de Finanças e Controle; ou (Incluída pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*
> *b) do órgão ou da entidade para o qual será nomeado ou designado. (Incluída pelo Decreto nº 10.768, de 2021)*

Nestes termos, mais especificamente para o caso da unidade de correição da RFB, a nomeação para ocupação do cargo em comissão de Corregedor, segundo apenas esta norma estruturante do SisCor, requeria que o agente possuísse nível superior de escolaridade e, além disso, de forma alternativa, em primeira hipótese de cumulatividade, deveria ser servidor efetivo ativo que precisaria atender ao menos um dentre três critérios (ser graduado como bacharel em Direito; ou ser ocupante de cargo integrante da Carreira de Finanças e Controle; ou simplesmente ser integrante do quadro efetivo da RFB); ou, em segunda hipótese de cumulatividade, deveria ser servidor inativo de cargo integrante da Carreira de Finanças e Controle ou de cargo da RFB.

Mas é de se harmonizarem os comandos gerais sistêmicos dos incisos do *caput* do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005, com os comandos específicos dos incisos I e II do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 11.457, de 2007, até porque, sendo este um diploma legal em sentido estrito, prevalece sobre aquela norma presidencial.

Melhor detalhando, um agente, para ser Corregedor, deve atender a dois critérios cumulativos. Primeiramente, há um critério fixo e indispensável, que é possuir qualquer nível superior de escolaridade, estabelecido no *caput* do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005. A este

critério, deve-se acrescentar mais uma qualidade, liminarmente diferente se o agente é ativo ou se o agente é inativo. Se ativo, além no nível inespecífico de escolaridade, o Corregedor deve ser integrante do quadro efetivo da RFB, conforme o inciso I e sua alínea "c", do mesmo comando normativo acima, que praticamente reitera a parte inicial do inciso I e o inciso II do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 11.457, de 2007. Se inativo, além no nível inespecífico de escolaridade, o Corregedor deve ter ocupado cargo da RFB, conforme o inciso II e sua alínea "b", do mesmo comando normativo acima, que praticamente reitera a parte final do inciso I do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 11.457, de 2007. Por força dos comandos dos incisos I e II do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 11.457, de 2007, a alínea "b" do inciso I e a alínea "a" do inciso II do *caput* do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005, que previam as hipóteses de ser servidor ativo ou de ser servidor inativo integrante da Carreira de Finanças e Controle, ficam vedadas e a alínea "a" deste mesmo dispositivo normativo, que previa a hipótese de ser servidor ativo graduado especificamente como Bacharel em Direito, passa a ser cláusula meramente preferencial, mas não suficiente para qualificar o agente para ocupar o cargo em comissão.

Mesmo se reconhecendo que a possibilidade de agente inativo de cargo da RFB vir a ocupar cargo em comissão no órgão foi introduzida desde a entrada em vigor da Lei nº 11.457, de 2007, e que foi reforçada quando o Decreto nº 10.768, de 2021, inovou a normatização do tema no Decreto nº 5.480, de 2005, agregando a esta norma geral estruturante do SisCor a possibilidade residual de nomeação para titular de unidade setorial de correição de aposentado de cargo do respectivo órgão, é certo que, nem em um momento e nem em outro, se cogitava desta hipótese residual para unidade relevante e bem estruturada como a Coger.

Para uma unidade setorial de correição da relevância da Coger, que possui atuação correcional tecnicamente forte e gerencialmente destacada no SisCor, é de se priorizar a devida qualificação pessoal e profissional de quem ocupará tão estratégico e sensível cargo em comissão. E, para estar de acordo com tais priorizações e também com os ditames do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005, basta que este titular atenda ao critério de ser integrante ativo do quadro efetivo da RFB, uma vez que, na regra geral prática, a solução otimizada, isenta e normal - sem nefastas influências políticas - é selecionar um integrante do próprio corpo funcional especializado. Quanto às hipóteses residuais, há vedação legal explícita para nomeação de integrante da Carreira de Finanças e Controle como Corregedor e não há que se cogitar para titularizar unidade setorial de correição tão relevante, estratégica e sensível como a Coger que se utilize possibilidade residualíssima e de arriscadamente baixa qualidade nomeando-se qualquer agente inativo, ainda que de cargo da RFB.

Abre-se aqui um breve parêntese, a fim de se exporem críticas quanto a esta última possibilidade. A atual redação do inciso II do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005, norma de caráter mais geral da lavra presidencial, carreia insegurança jurídica ao sensível tema em apreço, pois, de forma destoante, sequer se coaduna com os comandos normativos mais específicos, do já reproduzido art. 4º da Portaria CGU nº 1.182, de 2020, da lavra do Ministro de Estado titular da Pasta específica e tecnicamente especializada no tema, qual seja, do Ministro de Estado da CGU.

Diante desta inesperada inovação normativa, necessário relembrar e destacar o quão sensível e estratégica é a atividade de correição da Administração Pública e, em especial na RFB, e, consequentemente, o quanto é indispensável que a unidade responsável pela atividade tenha como titular agente público da mais elevada qualificação, em termos tanto objetivos quanto subjetivos.

A qualificação para o desempenho deste cargo em comissão na RFB de tamanha relevância não se satisfaz apenas com a apreciação subjetiva de reputação e idoneidade e com o atendimento objetivo do nível de escolaridade superior e da experiência pretérita e

arriscadamente ultrapassada ao tempo de atividade em cargo da RFB.

Ao contrário, enfatiza-se que a titularidade de unidade competente para zelar e desenvolver a integridade institucional e para instaurar procedimentos correcionais de fim punitivo, capazes de até impingirem grave pena expulsiva a servidores, requer, indispensavelmente, a proximidade, o conhecimento, a inserção atual, cotidiana e contemporânea do titular no contexto institucional e funcional em que exercerá aquele cargo em comissão de forte poder de controle interno.

A atuação correcional, mais que punir eventuais infratores, prioritariamente enriquece-se e legitima-se como exercício da atividade institucional de proteção da imensa maioria proba e zelosa do corpo funcional. Tal exercício não se coaduna com o distanciamento de um titular que já nem mais é agente público em atividade. Para além da presumida desatualização e defasagem técnico-profissional de quem já se encontrava em inatividade, a ocupação de cargo em comissão de Corregedor, de tamanha relevância e repercussão sobretudo na RFB, deve ser irrigada por uma forte relação de apego, vinculação e compreensão do órgão, de seu múnus e de seu corpo funcional.

A relevância que o sério e o firme combate à corrupção e a todos os demais desvios de conduta de agentes públicos exige não é contemplada com a permissão normativa para nomeação de um titular tão distante do órgão, de seu pessoal e, sobretudo, da sua contemporânea realidade, em que potencialidades coexistem com lacunas institucionais. Ademais, o dirigente máximo desta unidade detentora de competência regimental punitiva deve ter sobre si a salutar consciência de ainda fazer parte daquele mesmo corpo funcional sobre o qual exerce, apenas temporariamente, poder disciplinar e de que pode, posteriormente, estar de volta às mesmas atividades e ao convívio do mesmo corpo funcional ao fim do seu mandato.

Fecha-se o parêntese aberto para criticar a possibilidade de se nomear para Corregedor da Coger um inativo concluindo que todo o positivo comprometimento, acima descrito, se perde com a titularidade ocupada por um aposentado, mesmo que de cargo da RFB e ainda que, formalmente, atenda aos critérios normativos positivados.

Na realidade prática, para atender todos os ditames do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005, como único critério efetivamente norteador, basta que o indicado para ocupar o cargo em comissão de Corregedor seja servidor ativo do quadro efetivo da RFB. Nem há de se considerar o requisito inicial de o agente possuir nível de escolaridade superior pois, diante do elevado grau de exigência da imensa maioria dos concursos públicos, reduz-se a mero requisito formal, já previamente atendido pela quase totalidade dos agentes públicos federais com capacidade gerencial, em que se incluem os certames admissionais para a RFB e o seu quadro funcional.

Há, portanto, um rito seletivo próprio e normatizado para nomeação para o cargo em comissão de Corregedor. Esta procedimentalização em nada se confunde com o Processo de Seleção de Delegados (Prosed), voltado à seleção interna de dirigentes de unidades descentralizadas na RFB (Delegacias - DRF, Delegacias Especializadas, Delegacias de Julgamento - DRJ e Alfândegas da Receita Federal do Brasil - ALF), conforme disciplina a Portaria RFB nº 149, de 8 de março de 2022, exclusivo para ocupantes do cargo de AFRFB, conforme seu art. 2º. Menos ainda se confunde com a sistemática estabelecida pela Portaria RFB nº 1.741, de 13 de agosto de 2014, que criou o Banco de Gestores de Agências da Receita Federal do Brasil (BGA), para seleção de servidores ocupantes do cargo de ATRFB e de demais cargos não integrantes da Carreira TARFB, conforme o *caput* do art. 2º, para chefiar Agência da Receita Federal do Brasil (ARF).

Embora não se trate de rito positivado, as titularidades de unidades da alta Administração do órgão, como as unidades centrais e as Superintendências Regionais da

Receita Federal do Brasil são, por praxe político-estratégica, são exclusivas de ocupantes de cargos de AFRFB e neste critério discricionário se encaixa o cargo em comissão de Corregedor.

A partir de sua nomeação, o Corregedor exerce mandato de três anos, com possibilidade de ser reconduzido por períodos de igual duração, nos termos do 2º do art. 65 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019. O instituto do mandato significa a importantíssima peculiaridade de que, apesar de ocupar cargo em comissão (do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - código DAS-101.4), o Corregedor não se sujeita à livre exoneração, nem por parte do Ministro de Estado da Economia e muito menos pelo Secretário Especial e menos ainda pelo Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil.

> *Decreto n° 9.745, de 2019 - Anexo I - Art. 65.*
> *§ 2º O Corregedor da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil exercerá mandato de três anos, admitida a recondução, mediante aprovação prévia do Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal.*

A questão da possibilidade de recondução do Corregedor sofreu duas relevantes modificações desde a já mencionada edição do Decreto nº 8.029, de 2013, que alterou o Decreto nº 7.482, de 2011, criando a então Coger-MF. Primeiramente, uniformizando o tema no âmbito das unidades de correição do extinto MF, o Decreto nº 7.482, de 2011, passou a estabelecer que o mandato trienal dos titulares comportava apenas uma única recondução. Assim, no âmbito da Coger-MF, este Decreto, em seu art. 4°-C, limitava para o então Corregedor-Geral do MF que era "*admitida a recondução uma única vez*"; e, no âmbito da RFB, o Decreto nº 8.029, de 2013, no inciso III do seu art. 8º, revogou o art. 2º do Decreto nº 2.331, de 1997 (de cujo *caput* constava apenas "*podendo ser reconduzido*", sem limitação), passando o tema interno a ser disciplinado pelos §§ 1º e 2º do art. 15-A do Decreto nº 7.482, de 2011, que remetia o mandato do Corregedor para o já mencionado art. 4°-C, e com regra de transição específica no art. 6º do Decreto nº 8.029, de 2013. No entanto, posteriormente, o Decreto n° 9.003, de 13 de março de 2017, ao revogar o Decreto n° 7.482, de 2011, eliminou a restrição de o Corregedor poder ser reconduzido por uma única vez, passando novamente a admitir ilimitadas reconduções (o § 2° do seu art. 26 apenas reestabelecia que passou a ser "*admitida a recondução*"). E, atualmente, o regramento reside no § 2º do art. 65 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, que manteve a redação recuperada desde o Decreto n° 9.003, de 2017, de que é "*admitida a recondução*". Em síntese, no âmbito de decretos, a recondução foi limitada a apenas uma entre 20/06/13 e 13/03/17, quando passou a ser ilimitada.

Acrescente-se ainda que o Decreto n° 9.727, de 15 de março de 2019, estabeleceu, em seus arts. 2° a 5°, requisitos para ocupação de cargos em comissão e funções de confiança, de crescente seletividade conforme aumenta o nível de 1 a 6. Além dos critérios morais de idoneidade e reputação e técnico de perfil profissional ou formação acadêmica, para o nível 4, as respectivas exigências alternativas limitam-se à experiência profissional técnica ou gerencial ou de titularização acadêmica, em patamares altos.

> *Decreto n° 9.727, de 2019*
> *Critérios gerais para ocupação de DAS ou de FCPE*
> *Art. 2º São critérios gerais para a ocupação de DAS ou de FCPE:*
> *I - idoneidade moral e reputação ilibada;*
> *II - perfil profissional ou formação acadêmica compatível com o cargo ou a função para o qual tenha sido indicado; e*
> *III - não enquadramento nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.*
> *Parágrafo único. Os ocupantes de DAS ou de FCPE deverão informar prontamente a superveniência da restrição de que trata o inciso III do caput à autoridade responsável por sua nomeação ou designação.*
> *Art. 4º Além do disposto no art. 2º, os ocupantes de DAS ou de FCPE de nível 4*

> *atenderão, no mínimo, a um dos seguintes critérios específicos:*
> *I - possuir experiência profissional de, no mínimo, três anos em atividades correlatas às áreas de atuação do órgão ou da entidade ou em áreas relacionadas às atribuições e às competências do cargo ou da função;*
> *II - ter ocupado cargo em comissão ou função de confiança em qualquer Poder, inclusive na administração pública indireta, de qualquer ente federativo por, no mínimo, dois anos; ou*
> *III - possuir título de especialista, mestre ou doutor em área correlata às áreas de atuação do órgão ou da entidade ou em áreas relacionadas às atribuições do cargo ou da função.*

No entanto, cabe aqui relembrar o que foi informado em **2.1.1**, acerca dos regramentos gerais sobre mandato de titular de unidade de correição, estabelecidos pelo § 4º do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005, e pela já citada Portaria CGU nº 1.182, de 2020, em especial no *caput* do seu art. 7º. À vista destes comandos normativos, o mandato seria de apenas dois anos e comportaria somente duas reconduções, totalizando o máximo de seis anos de permanência no cargo ou função para um mesmo titular. Faz-se necessário então harmonizar estes comandos generalistas de aplicação em todo SisCor com o comando mais específico do § 2º do art. 65 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, para o âmbito do ME.

> *Portaria CGU nº 1.182, de 2020 - Art. 7º A permanência no cargo ou função de titular de unidade correcional será de dois anos consecutivos, podendo este prazo ser prorrogado, até duas vezes, por igual período.*
> *§ 1º A proposta de recondução prevista no caput deverá ser submetida à avaliação da CRG pelo dirigente máximo do órgão ou entidade, no prazo mínimo de trinta dias e máximo de sessenta dias, antes do término de seu exercício, acompanhada dos seguintes documentos:*

Antes, afirme-se que a indicação que antecede a nomeação e a recondução, bem como a exoneração do titular da Coger, à vista do § 1º do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005, do mesmo § 2º do art. 65 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, do *caput* do art. 9° do Decreto n° 9.794, de 2019, e do *caput* e § 1º do art. 2º, *caput* do art. 4º, § 1º do art. 7º e § 1º do art. 9º da Portaria CGU nº 1.182, de 2020, condicionam-se à aprovação da CGU, por meio da CGU/CRG.

> *Decreto n° 9.794, de 2019 - Art. 9º A nomeação, a designação, a exoneração ou a dispensa de titular de unidade de auditoria interna ou de correição, de assessoria especial de controle interno ou de assessor especial de controle interno será submetida, pelo dirigente máximo do órgão ou da entidade, à aprovação da Controladoria-Geral da União.*

A visão sistemática desta normatização indica que, havendo conflito na duração do mandato entre o § 2º do art. 65 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, e o *caput* do art. 7º da Portaria CGU nº 1.182, de 2020, é de prevalecer a primeira norma, que quantifica em três anos. Já na questão de quantidade de reconduções, pode-se interpretar que o Decreto é impreciso e a Portaria CGU é determinística, ao limitar exatamente a possibilidade de duas reconduções, o que, no seu escopo, totalizaria seis anos de permanência. Sendo seis anos também o total de um mandato com uma recondução nos termos do Decreto, parece ser esta a solução mais equilibrada, visto que o órgão central do SisCor sinaliza em sua norma que a permanência máxima não deve ultrapassar este período. Ademais, em reforço a esta interpretação harmônica, é de se lembrar que eventual tentativa de obter uma segunda recondução, após dois mandatos de três anos cada, correria o risco de sofrer crítica na necessária submissão à avaliação da CGU/CRG.

Assim, pode-se ter que, especificamente na RFB, o Corregedor possui mandato de três anos, comportando apenas uma recondução, totalizando permanência máxima no cargo de seis anos, o que se harmoniza com todas as normas vigentes sobre o tema.

De forma mais detalhada, aplicam-se indistintamente os demais comandos, alguns já mencionados, da Portaria CGU nº 1.182, de 2020, sobre a submissão à aprovação pela CGU/CRG; sobre os requisitos curriculares e de conduta para nomeação e recondução (ser servidor efetivo; ter escolaridade de nível superior, apenas preferencialmente em Direito; ter experiência mínima de dois anos na área correcional ou capacitação mínima de quarenta horas sobre o tema, não estar respondendo a processo disciplinar, não ter sido punido em processo disciplinar, ético, criminal ou em ação de improbidade administrativa, não ser inelegível, não incorrer em nepotismo ou em conflito de interesses, não deixar atender as demandas do órgão central e não ser mal avaliado) e sobre as cautelas para exoneração.

Relembrando que, sob ótica da CGU e do SisCor, apenas a Coger é unidade de correição *stricto sensu*, sendo os Escor subunidades, exclusivamente a nomeação e a recondução do Corregedor passam pelo crivo da CGU/CRG e necessitam atender àqueles critérios. Os Chefes de Escor não possuem mandato e ocupam funções de confiança Função Comissionada do Poder Executivo (FCPE) em relação de confiança do Corregedor, podendo ser designados ou dispensados por discricionariedade exclusiva desta autoridade superior, sem necessidade de submissão à CGU/CRG (e, a rigor, nem mesmo ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil).

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

O instituto do mandato para titular de unidade de correição, não só na RFB mas sim em todo SisCor (incluindo, por óbvio, a Coger-ME), mais que salutar, é indispensável. A proteção do seu ocupante frente ao risco de exoneração a qualquer momento pela autoridade nomeante reflete uma cláusula essencial para a segurança e para a estabilidade no cumprimento de atribuições tão sensíveis como titularizar uma unidade de correição.

Relembre-se que, a partir do Decreto nº 5.480, de 2005, que tornou a atuação correcional sistêmica no Poder Executivo federal, o mandato ficou normatizado como obrigatório em qualquer unidade de correição, sendo certo, no entanto, que o sistema correcional da RFB foi instituído já desde oito anos antes. A CGU/CRG e a Coger-ME e suas respectivas titularidades já foram instituídas sob o escopo do Decreto sistematizador e, consequentemente, com o instrumento do mandato positivado.

Ademais, além do mandato, a indicação em si do nome do servidor, de parte do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, para a consequente nomeação pelo Ministro de Estado da Economia, tem de formalmente atender a todos os requisitos legais e normativos já acima expostos e deve, sobretudo, estar em harmonia com o interesse público, com a imparcialidade e com todos os princípios reitores da Administração, em especial da moralidade administrativa e da lealdade institucional. A indicação e a nomeação para o cargo

de Corregedor devem refletir todo zelo, cuidado e cautela não só com a necessária segurança jurídica interna do quadro funcional a fim de que este seja sabedor da atuação correcional isenta, profissional e independente, mas também, em visão muito mais ampla, com as competências e funções de Estado do órgão e, consequentemente, com o pleno exercício de justiça social.

Afinal, a RFB é um órgão estratégico na sustentação do Estado (não apenas no sentido arrecadatório, mas também com um dos seus pilares mesmo) e na proteção da economia nacional, sendo seu sistema correcional responsável por garantir a atuação impessoal e com lisura e técnica de todo o quadro funcional, sem excessos e sem acertos escusos diante dos contribuintes, inclusive com a legitimidade de ser protagonista em ações conjuntas com outros órgãos de controle, a exemplo do Ministério Público Federal (MPF) e da Polícia Federal (PF), sempre sujeitas à supervisão do Poder Judiciário.

Ingerências de qualquer natureza que não técnica, que visem à satisfação de interesses de ocasião e à margem da lei, sejam de viés político, sejam de viés corporativo em unidades de controle de órgãos de Estado possuem a força de minar a necessária imparcialidade no desempenho de suas competências, passando a beneficiar interesses nem sempre defensáveis à luz da lei e que colidem com o múnus público institucional. A contaminação oportunista por propósitos e negócios infensáveis, inconfessáveis e não republicanos na indicação e na nomeação do Corregedor pode levar a inviabilizar e destruir a indispensável atuação correcional no órgão fiscal. Se a instituição não se mantiver atenta e alerta, o risco pode se concretizar, pois é sabido que a firme e sólida atuação correcional - nos limites constitucionais e legais - contraria interesses, não só da minoritária parcela de servidores com conduta marcada pela má-fé mas também de agentes externos com quem aqueles agem em acerto.

O rito normatizado de indicação e nomeação do Corregedor deve sempre consagrar o atendimento não só da legalidade mas também e sobretudo da lealdade institucional e da probidade administrativa, conduzindo à investidura por parte de servidor com dignidade pessoal, reputação ilibada, integridade funcional e qualificação profissional de experiência e de respeito na sensível e estratégica atuação correcional, a qual, em última instância, aponta em prol da sociedade.

2.2.1.3 - Remoção dos Servidores Lotados na Corregedoria e Formas de Ingresso no Sistema Correcional

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

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.*
> *Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
> *I - de ofício, no interesse da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *II - a pedido, a critério da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

> *III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração: (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
>
> *Decreto nº 2.331, de 1997 - Art. 5º O servidor da Carreira de Auditoria do Tesouro Nacional lotado e em exercício na Corregedoria-Geral e nos seus escritórios, que exercer funções diretamente relacionadas com a ética funcional e a disciplina dos servidores, não será removido por um período de dois anos, assegurando-se-lhe, após três anos de efetivo exercício, sua lotação em qualquer unidade da Secretaria da Receita Federal.*
>
> *Portaria RFB nº 3.300, de 2011 - Art. 1º A remoção dos integrantes da Carreira de Auditoria da Receita Federal (ARFB) observará o disposto nesta Portaria.*
> *§ 1º São as seguintes as hipóteses de remoção:*
> *II - a pedido, a critério da administração;*
> *Art. 3º A remoção a pedido, prevista no inciso II do § 1º do art. 1º ocorrerá, no âmbito da RFB, de acordo com os seguintes critérios:*
> *VI - após três anos consecutivos de efetivo exercício na Corregedoria-Geral ou nos Escritórios de Corregedoria;*
> *§ 2º A remoção será autorizada:*
> *IV - para qualquer unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil requerida pelo servidor, na hipótese do inciso VI do caput, em conformidade com o art. 5º do Decreto nº 2.331, de 1º de outubro de 1997.*

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

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

De acordo com a regulamentação operada pela Portaria RFB nº 2.206, de 28 de setembro de 2012, voltada apenas para os integrantes da Carreira TARFB, no seu art. 1º, no *caput* do seu art. 3º e no seu art. 4º, este direito somente se concretiza após o cumprimento do

período aquisitivo trienal, nas condições acima expostas, cabendo ao servidor interessado em se desligar requerer sua remoção e devendo a autoridade titular da unidade de correição tomar as medidas necessárias para que a liberação se concretize em no máximo noventa dias do requerimento.

> *Portaria RFB nº 2.206, de 2012 - Art. 1º As prerrogativas previstas no art. 5º do Decreto nº 2.331, de 1997, se aplicam aos servidores da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil, criada pela Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007.*
> *Art. 2º Para fins desta Portaria, consideram-se como unidades da Corregedoria da RFB a Corregedoria-Geral (Coger), os Escritórios de Corregedoria (Escor) e os Núcleos de Corregedoria (Nucor), integrantes do sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).*
> *Art. 3º O período aquisitivo de 3 (três) anos a que se refere o art. 5º do Decreto nº 2.331, de 1997, deve ser exercido de forma contínua pelo servidor, com lotação e exercício simultâneos em unidades da Corregedoria.*
> *Art. 4º Cumprido o requisito de três anos de efetivo exercício, na hipótese de interesse de desligamento da unidade da Corregedoria, o servidor deverá requerer sua remoção para qualquer unidade da RFB, nos termos do inciso VI do caput e do inciso IV do 2º, ambos do art. 3º da Portaria RFB nº 3.300, de 2011.*
> *Parágrafo único. O titular da unidade da Corregedoria deverá adotar as providências necessárias para a remoção e liberação do servidor em até 90 (noventa) dias do requerimento de que trata o caput.*

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

> *Portaria RFB nº 2.206, de 2012 - Art. 3º*
> *1º A remoção, a pedido ou de ofício, de servidor lotado em unidade da Corregedoria para outra unidade do sistema correcional da RFB, a qualquer tempo, não suspende nem interrompe a contagem do período aquisitivo mencionado no caput, exceto se decorrer do exercício da prerrogativa prevista no art. 5º do Decreto nº 2.331, de 1997, hipótese em que se dará a interrupção do cômputo.*
> *2º A remoção a pedido de servidor lotado em unidade da Corregedoria para unidade fora do sistema correcional da RFB, nos termos dos artigos 3º e 4º da Portaria RFB nº 3.300, de 2011, a qualquer tempo, interrompe a contagem do período aquisitivo mencionado no caput, até então acumulado, devendo ser integralmente cumprido novo período de 3 (três) anos em caso de retorno a quaisquer daquelas unidades.*
> *3º A contagem do período aquisitivo a que se refere o caput ficará suspensa, a qualquer tempo, nas hipóteses de:*
> *I - remoção de ofício para outra unidade da RFB, nos termos dos incisos III e IV do art. 2º da Portaria RFB nº 3.300, de 2011;*
> *II - requisição para outro órgão, nos termos do Decreto nº 4.050, de 2002.*
> *Parágrafo único. A contagem do período aquisitivo será retomada a partir da*

> *entrada em exercício do servidor na unidade de Corregedoria da qual foi removido ou requisitado.*

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

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

> *Portaria RFB nº 2.206, de 2012 - Art. 5º Ao servidor lotado em unidade da Corregedoria é vedada a remoção para outra unidade da RFB antes de decorrido o prazo de 2 (dois) anos de efetivo exercício.*
> *Parágrafo único. Excetuam-se do previsto no caput os seguintes casos:*
> *I - as remoções de ofício de que trata o inciso I do § 3º do art. 3º; e*
> *II - as remoções a pedido.*

> *Parecer PGFN/CJU/COJPN n° 1.887/2012: "18. Tendo em conta este escopo do art. 5º do Decreto nº 2.331, de 1997, somos pelo entendimento de que a vedação nele imposta limita-se às remoções unilaterais da Administração, em que não se vislumbra nenhum interesse do servidor, pelos seguintes motivos. Primeiro, porque garante que esse servidor não seja afastado de determinado processo administrativo disciplinar por interesses subjetivos, travestidos de interesse público. Segundo, porque o referido dispositivo legal assegura uma vantagem para o servidor que permaneça no exercício dessas funções correcionais por um período de três anos, o que muito desestimula as remoções a pedido, possibilitando uma permanência mais longa dos servidores no desempenho dessas funções e, em consequência, maior especialização. Terceiro, porque, diante da relevância das atividades ligadas à apuração de irregularidades ou ilícitos administrativo-disciplinares, não nos parece salutar manter um servidor lotado na Corregedoria ou em seus Escritórios contra a sua vontade.*
> *25. Em vista do exposto, em consonância com o entendimento firmado na Nota Técnica RFB/Cogep nº 61/12, conclui-se que a vedação imposta no art. 5º do Decreto nº 2.331, de 1997, não impede nem a remoção a pedido, nem a remoção de ofício para ocupar cargo em comissão ou função gratificada."*

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

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

> *XV - servidor em exercício pelo período mínimo de 2 (dois) anos em subunidade das Unidades Centrais localizadas fora de Brasília ou nas respectivas áreas subordinantes, nos termos do Anexo I do Regimento Interno da RFB, requer remoção para outra subunidade com lotação própria ou para a área subordinante da mesma área de atuação, desde que haja anuência do respectivo Coordenador-Geral ou do Corregedor-Geral. (Incluído pela Portaria RFB nº 1.952, de 27 de julho de 2012)*
> *§ 13. O disposto no inciso XV aplica-se aos Escritórios de Pesquisa e Investigação e de Corregedoria da 1ª Região Fiscal. (Incluído pela Portaria RFB nº 1.952, de 2012)*
> *§ 14. Na hipótese prevista no inciso XV, o servidor removido manterá o exercício na subunidade das Unidades Centrais de destino, dentro ou fora de Brasília, pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos, contados da data de entrada em exercício, salvo interesse da Administração. (Incluído pela Portaria RFB nº 1.952, de 2012)*

Em síntese, pode-se inferir que, grosso modo, há duas possibilidades de remoção para os servidores lotados e em exercício na Coger ou nos Escor: após o período aquisitivo de três anos de efetivo exercício, diretamente para qualquer unidade da RFB em todo território nacional, inclusive estranha ao sistema correcional; ou após dois anos, para outra unidade de correição, devendo permanecer nesta unidade por mais dois anos, totalizando então quatro anos o seu período aquisitivo para remoção para fora do sistema correcional.

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

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

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

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

Quebrando a sequência cronológica da exposição da normatização do tema, impõe-se desde logo mencionar que a Portaria RFB nº 2.588, de 18 de agosto de 2017, veio posteriormente aperfeiçoar e estabelecer, em seus arts. 4º a 6º, que tal inscrição no Piap, pelos servidores interessados em remoção, é pré-requisito para que, após terem analisadas e ponderadas suas autoavaliações e demais informações porventura solicitadas, sejam aqueles de perfil profissional interessante indicados pelo Corregedor ao Secretário Especial ou ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil. Não tendo a norma delimitado a espécie de remoção a ser aplicada a cada caso, pode-se então considerar a inscrição no Piap como uma condição comum e geral para remoções de ofício e para as duas espécies de remoção a pedido

- na verdade, para movimentações não apenas para as unidades da Corregedoria mas também para as unidades do processo de trabalho de pesquisa e investigação, a cargo da Coordenação-Geral de Pesquisa e de Investigação (Copei) e de seus Escritórios (Espei).

> *Portaria RFB nº 2.588, de 2017 - Art. 4º O servidor interessado em atuar nas unidades de Corregedoria ou de Pesquisa e Investigação deve estar inscrito no Painel de Intenção de Atuação Profissional (PIAP), de que trata a Portaria RFB nº 914, de 12 de abril de 2012, nos processos de trabalho "Desenvolver a Integridade Funcional" e/ou "Realizar Ações de Pesquisa e Investigação", respectivamente.*
> *Parágrafo único. O registro da intenção de atuação profissional do servidor no PIAP é voluntário, vincula-o às regras previstas nesta Portaria e na Portaria RFB nº 914, de 2012, e não implica a geração de direito para o inscrito ou de obrigação por parte da Administração.*
> *Art. 5º A indicação de servidor para exercício nas unidades de Corregedoria e de Pesquisa e Investigação compete, respectivamente, ao Corregedor da RFB e ao Coordenador-Geral de Pesquisa e Investigação.*
> *Art. 6º Para fins de melhor qualificação do perfil profissiográfico do servidor, é facultada a complementação de informações, adicionalmente àquelas disponibilizadas no PIAP, mediante o preenchimento de questionário.*
> *Parágrafo único. Compete ao Secretário da Receita Federal do Brasil autorizar, a qualquer tempo, mediante solicitação fundamentada das autoridades a que se refere o art. 5º, os procedimentos de que trata o* caput, *inclusive a realização de entrevista e/ou evento de capacitação específica.*

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

> *Portaria RFB nº 2.588, de 2017 - Art. 3º Poderá ter exercício nas unidades de Corregedoria ou de Pesquisa e Investigação o servidor lotado e em exercício na RFB que:*
> *I - tenha sido aprovado em estágio probatório;*
> *II - não tenha, nos últimos 5 (cinco) anos, sido condenado em processo administrativo, tido registro de penalidade administrativa, ou sofrido condenação ou penalidade criminal em decorrência do exercício do cargo ou função pública; e*
> *III - não esteja respondendo a processo administrativo disciplinar ou a processo criminal em decorrência do exercício do cargo ou função pública.*

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

recebeu o servidor desligado ou, caso tal prioridade não seja possível, que tenha exercício na mesma Região Fiscal (RF).

> *Portaria RFB nº 2.588, de 2017 - Art. 7º Serão indicados para o exercício em unidades de Corregedoria ou de Pesquisa e Investigação, preferencialmente, os servidores que tenham exercício no mesmo município onde se localiza a unidade.*
> *Art. 8º Em caso de desligamento de servidor com exercício em unidades de Corregedoria ou de Pesquisa e Investigação, outro servidor deverá ser indicado, no prazo de até 60 (sessenta) dias, contado da data da publicação da portaria de desligamento.*
> *Parágrafo único. A indicação de servidores deverá, preferencialmente, recair sobre servidor em exercício na unidade da RFB que receberá o servidor desligado ou, na impossibilidade, na Região Fiscal ou Unidades Centrais, a qual a unidade pertence.*
> *Art. 9º A Corregedoria e a Coordenação-Geral de Pesquisa e Investigação informarão ao Gabinete da RFB, previamente à realização de concurso interno de remoção, a quantidade de servidores eventualmente necessária para complementar o quadro funcional de suas unidades.*

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

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

Na sistemática instituída com o Piap e incluída no inciso XIII do *caput* do art. 3º da Portaria RFB nº 3.300, de 2011, além de os servidores terem obviamente de manifestar seu interesse em atuarem no processo de trabalho correcional, também lhes incumbe informar seus dados pessoais, curriculares e profissionais e indicar sua intenção de movimentação a pedido para determinada(s) localidade(s), no Banco de Talentos (BT) e no Painel de Intenções de Mobilidade (PIM), todos no ambiente do sistema SA3, e precisam ser avaliados e selecionados pelo gestor da respectiva área de atuação indicada (o Corregedor, no foco de interesse presente). De acordo com a mera literalidade normatizada na Portaria RFB nº 914, de 2012, e na Portaria nº 322, de 2012, o Corregedor deveria encaminhar os nomes dos servidores selecionados e as respectivas exposições de motivos justificadoras das remoções à Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep), a qual, após analisar o material recebido, deveria submeter mensalmente os pedidos ao Secretário Especial ou ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, a fim de serem autorizadas as remoções a pedido.

> *Portaria RFB nº 3.300, de 2011 - Art. 3º A remoção a pedido, prevista no inciso II do § 1º do art. 1º ocorrerá, no âmbito da RFB, de acordo com os seguintes critérios:*
> *XIII - servidor requer remoção ou alteração de exercício para atuação em processo de trabalho específico, de acordo com as regras estabelecidas na Portaria RFB nº 914, de 12 de abril de 2012, a qual instituiu o Painel de Intenção de Atuação Profissional (PIAP) no âmbito da RFB. (Incluído pela*

Portaria RFB nº 915, de 12 de abril de 2012)

Portaria RFB nº 914, de 2012 - Art. 1º Instituir o Painel de Intenção de Atuação Profissional (PIAP), no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), instrumento de gestão e desenvolvimento profissional dos servidores lotados na Receita Federal do Brasil, pelo qual os servidores manifestam interesse em atuar em processos de trabalho específicos do órgão. (Redação dada pela Portaria RFB nº 1.183, de 26 de junho de 2012)
Art. 2º O servidor poderá optar por um ou mais processos de trabalho de interesse, estabelecendo, nesta hipótese, priorização entre os itens selecionados.
Art. 3º As informações constantes no PIAP, no Banco de Talentos (BT) e no Painel de Intenção de Mobilidade (PIM) fundamentarão o requerimento de atuação em processo de trabalho pelo servidor e subsidiarão a análise do pleito pela Administração, de forma a assegurar o melhor aproveitamento das competências frente às demandas dos processos de trabalho. (Redação dada pela Portaria RFB nº 1.183, de 2012)
Art. 4º O servidor interessado em dedicar-se a um processo de trabalho específico formalizará processo, a ser encaminhado à Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep), instruído com os documentos abaixo discriminados:
I - Requerimento de Atuação em Processo de Trabalho (Anexo I);
II - Termo de Responsabilidade (Anexo II), assinado pelo servidor, informando:
III - Termo de Anuência (Anexo III), previamente expedido e assinado pela Cogep e pelo gestor do processo de trabalho de interesse, com indicação da necessidade de: (Redação dada pela Portaria RFB nº 1.183, de 2012)
a) remoção, com fundamento no art. 36, inciso II da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e no inciso XIII, artigo 3º da Portaria RFB nº 3.300 de 29 de agosto de 2011;
IV - Requerimento de Remoção/Alteração de Exercício (Anexo IV), nas hipóteses das alíneas "a" e "b" do inciso anterior.
§ 2º Analisados os requisitos de instrução processual, a Cogep submeterá o processo à apreciação do Secretário da Receita Federal do Brasil.
§ 5º Para fins do disposto nesta Portaria, consideram-se gestores de processo de trabalho os Subsecretários, os Superintendentes Regionais, o Corregedor-Geral, os Coordenadores-Gerais e Especiais e aqueles a quem tenha sido delegada referida atribuição, relativamente aos processos de trabalho sob sua responsabilidade. (Incluído pela Portaria RFB nº 1.183, de 2012)

Portaria Cogep nº 322, de 2012 - Art. 3º Com base na manifestação dos servidores no PIAP e na adequação aos processos de trabalho, o gestor providenciará o preenchimento do Anexo III, constante da Portaria RFB nº 914/2012, acompanhado de exposição de motivos com subsídios técnicos, consignando de forma expressa os seguintes elementos:
a) atividades a serem desempenhadas pelo servidor;
b) especificação do perfil de competências para atuação no processo de trabalho;
c) retorno esperado com a atuação do servidor relativamente às metas da unidade e aos objetivos estratégicos da RFB;
d) ganhos adicionais esperados para a RFB, nos casos que envolverem deslocamento de servidor pertencente a unidade com grau de lotação inferior ao da unidade pretendida, no respectivo cargo;
e) indicação de alteração de exercício a pedido, designação para Trabalho Remoto ou remoção a pedido, conforme o caso; e
f) outras informações consideradas relevantes.
Parágrafo único. A exposição de motivos de que trata o caput, bem como outras informações de caráter quantitativo e qualitativo relacionadas à unidade de origem do servidor serão objeto de análise pela Coordenação-Geral de

> *Gestão de Pessoas (Cogep), que poderá solicitar ao gestor de processo de trabalho dados adicionais para melhor embasamento do pleito do servidor.*
> *Art. 4º Os pedidos apresentados pelos gestores de processo de trabalho, na forma do artigo 3º desta Portaria, serão submetidos mensalmente à apreciação do Secretário da Receita Federal do Brasil.*
> *Parágrafo único. A Cogep dará ciência aos gestores de processo de trabalho quanto ao prosseguimento dos pedidos e, conforme o caso, enviará o Anexo III devidamente assinado para encaminhamento ao servidor.*

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

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

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

Neste rumo, a segunda modalidade de servidor ser removido de qualquer unidade da RFB para o sistema correcional se dá por meio de remoção de ofício, prevista no inciso I do parágrafo único do art. 36 da Lei nº 8.112, de 1990, já reproduzido no início do presente tópico. Esta modalidade de remoção contempla deslocamentos no interesse da Administração, disciplinados no âmbito da RFB pelo art. 2º da Portaria RFB nº 3.300, de 2011, destacadamente em seus incisos I (em que pode se fundamentar processo seletivo interno, já que todo sistema correcional é tido como unidade central), III (para ingresso de servidor nomeado para ocupar cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - código DAS ou designado para desempenhar função de confiança Função Gratificada - código FG) e V (para ingresso de servidor que se desloque no âmbito do mesmo município, sem ônus) - havia ainda a aplicabilidade no VII, restrita ao período em que o sistema correcional contou com o Núcleo de Corregedoria (Nucor) de Manaus.

> *Portaria RFB nº 3.300, de 2011 - Art. 2º A remoção de ofício ocorrerá, no interesse da Administração, especialmente nos seguintes casos:*
> *I - para as Unidades Centrais, localizadas em Brasília ou em suas subunidades situadas em municípios listados em Anexo específico do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e para as unidades que se localizam em municípios de fronteira; (Redação dada pela Portaria RFB nº 915, de 2012)*
> *III - nomeação ou exoneração de cargos de Direção e Assessoramento Superior (DAS) e designação ou dispensa de Função Gratificada (FG), em outra unidade, de chefia e assessoramento da Secretaria da Receita Federal do Brasil;*
> *V - remoção que envolva unidades situadas no mesmo Município;*

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

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

> *Portaria RFB nº 3.300, de 2011 - Art. 4º A remoção a pedido, independentemente do interesse da Administração, ocorrerá exclusivamente nos seguintes casos:*
> *I - para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração;*
> *II - por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial;*
> *III - na hipótese do Concurso de Remoção disciplinado em portaria específica.*

Por fim, esclareça-se que a prática dos atos referentes a todas as espécies de remoção mencionadas acima, tanto a favor dos servidores lotados na Coger ou nos Escor ao se movimentarem para fora do sistema correcional quanto para ingresso na Corregedoria, sejam de ofício, sejam a pedido, como regra, competem ao Cooredenador-Geral da Cogep (excepcionalemte competem ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil apenas nas hipóteses de remoções decorrentes de nomeações para cargo em comissão do Grupo DAS e designações para FG, conforme estabelecem o inciso III do art. 2º-I e o *caput* do 4º-A da Portaria RFB nº 224, de 7 de fevereiro de 2019. De se destacar que o Corregedor não possui competência para remover servidores, nem no sentido de entrada no sistema correcional, nem no sentido de saída e nem mesmo sequer na hipótese de remoção intrassistema, nos termos do inciso XV do art. 3º da Portaria RFB nº 3.330, de 2011, e da alínea "b" do inciso III do art. 2º-I da Portaria RFB nº 224, de 2019, que também compete ao Coordenador-Geral da Cogep (o comando normativo confere ao Corregedor a prerrogativa de apenas maniestar sua anuência com a movimentação).

> *Portaria RFB nº 224, de 2019 - Art. 2º-I Fica delegada competência ao Coordenador-Geral de Gestão de Pessoas para: (Incluído pela Portaria RFB nº 841, 8 de maio de 2019)*
> *II - praticar os atos de remoção de ofício e a pedido de que trata a Portaria RFB nº 3.300, de 29 de agosto de 2011, em cumprimento de decisão judicial; (Incluído pela Portaria RFB nº 841, de 2019)*
> *III - praticar os atos de remoção de ofício e a pedido, ressalvado o disposto no art. 4º-A, de que tratam respectivamente: (Incluído pela Portaria RFB nº 841, de 2019)*

a) os incisos I, II, III, IV, V, VI e VII do art. 2º da Portaria RFB nº 3.300, de 2011; (Incluído pela Portaria RFB nº 1.044, de 2019)
b) os incisos I a XII e XIV a XVI do art. 3º da Portaria RFB nº 3.300, de 2011; e (Incluído pela Portaria RFB nº 841, de 2019)
c) o art. 4º da Portaria RFB nº 3.300, de 2011. (Incluído pela Portaria RFB nº 841, de 2019)
V - praticar os atos de remoção, no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, dos servidores integrantes da Carreira do Seguro Social, do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda (Pecfaz), do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo (PGPE) e do Plano de Classificação de Cargos (PCC), nos termos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; e (Incluído pela Portaria RFB nº 841, de 2019)
Parágrafo único. Compete ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil a expedição de atos de remoção prevista nos incisos I, II, e VII do art. 2º e no inciso XIV do art. 3º da Portaria RFB nº 3.300, de 2011, quando envolver servidor da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil que esteja em cumprimento de estágio probatório. (Incluído pela Portaria RFB nº 841, de 2019)
Art. 4º-A Os atos de remoção decorrentes de nomeações para cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores (DAS) e designações para Função Gratificada (FG) são de competência do Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil. (Incluído pela Portaria RFB nº 841, de 2019)
Parágrafo único. A conveniência da remoção do servidor será analisada concomitantemente às nomeações ou designações a que se referem o caput, e a solicitação deverá ser instruída com as minutas do ato de nomeação/designação e de remoção, histórico de remoções do servidor e, caso haja custo para a Administração, de informação quanto à disponibilidade de recursos orçamentários. (Incluído pela Portaria RFB nº 841, de 2019)

2.2.1.4 - Programa de Gestão com Dispensa de Assiduidade, nas Modalidades de Teletrabalho e de Trabalho Presencial, no Sistema Correcional

Como mais uma ferramenta gerencial atrativa ao dispor do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), mencione-se o programa de gestão que, em norma de maior envergadura, encontra previsão, em âmbito de regra geral, no Decreto nº 11.072, de 17 de maio de 2022, para toda Administração Pública federal. Este Decreto, conforme seu art. 1º, denomina de Programa de Gestão e Desempenho (PGD) o instrumento de gestão calcado na entrega de resultados e na qualidade de serviços - ou seja, na produtividade -, em detrimento do tradicional controle de assiduidade e de pontualidade.

Decreto nº 11.072, de 2022 - Art. 1º Este Decreto dispõe sobre o Programa de Gestão e Desempenho - PGD da administração pública federal direta, autárquica e funcional.
Parágrafo único. O PGD é instrumento de gestão que disciplina o desenvolvimento e a mensuração das atividades realizadas pelos seus participantes, com foco na entrega por resultados e na qualidade dos serviços prestados à sociedade.

Mas é imprescindível deixar registrado, para a efetiva compreensão das linhas iniciais deste tópico, que o programa de gestão foi previsto, originalmente, no § 6º do art. 6º do Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995, que apenas previa a possibilidade de autorização ministerial para dispensa de controle de frequência dos servidores optantes, mediante mensuração trimestral de produtividade. É inegável o avanço normativo do tema neste âmbito de regra geral, pois, em lugar de um um único comando, o ordenamento passou a dispor toda uma norma muito mais detalhada. Assim, as menções existentes ao § 6º do art. 6º do Decreto nº 1.590, de 1995, devem ser compreendidas e atualizadas como referências a todo o

regramento encartado no Decreto nº 11.072, de 2022

É importante destacar que a participação do servidor neste programa de gestão dispensa inclusive o controle eletrônico de frequência, instituído em caráter obrigatório na Administração Pública federal pela então Secretaria de Gestão de Pessoas do extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG/Segep), por meio de sua Instrução Normativa (IN) MPDG/Segep nº 2, de 12 de setembro de 2018, no § 2º do seu art. 8º.

> *IN MPDG/Segep nº 2, de 2018 - Art. 8º*
> *§ 2º Ficam também dispensados do controle eletrônico de frequência os servidores participantes do programa de gestão, de que trata o § 6º do Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995.*

Originalmente, no âmbito específico da RFB, o primeiro programa de gestão foi autorizado pelo então Ministro de Estado da Fazenda, nos termos do *caput* do art. 1º da Portaria MF nº 196, de 14 de junho de 2016. A inteligência daquela ferramenta era que os servidores participantes fossem totalmente dispensados de controle de frequência para realizarem trabalhos integralmente fora das dependências das unidades, sob condição de mensuração de seus resultados de produtividade em que se demonstrasse o desempenho individual, no mínimo, 15% superior ao desempenho padrão dos servidores que optassem por permanecer atuando na repartição, conforme o § 1º do mesmo comando normativo acima mencionado, e com os suprimentos tecnológicos de comunicação a seu próprio encargo.

> *Portaria MF nº 196, de 2016 - Art. 1º Autorizar a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) a realizar programa de gestão, na modalidade de Teletrabalho, nos termos do que dispõe o § 6º do art. 6º do Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995, nas atividades inerentes à sua competência, condicionado à efetiva mensuração dos seus resultados.*
> *§ 1º As metas de desempenho dos servidores participantes do programa de gestão serão, no mínimo, 15% (quinze por cento) superiores àquelas previstas para os servidores não participantes.*
> *§ 2º Os servidores participantes do programa de gestão estarão dispensados do controle de assiduidade, nos termos do § 6º do art. 6º do Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995.*
> *§ 3º Cabe ao servidor em Teletrabalho a disponibilização da infraestrutura tecnológica de comunicação necessária à realização dos trabalhos fora das dependências das unidades administrativas da RFB.*

Na sequência, esta ferramenta de gestão foi internamente instituída pela Portaria RFB nº 2.383, de 13 de julho de 2017, adotando-se como regime de execução unicamente a modalidade de teletrabalho integral com total dispensa de controle de assiduidade para os servidores optantes, exclusivamente para as atividades passíveis de mensuração de desempenho e de estabelecimento de metas de produtividade, nos termos de seus arts. 1º e 2º. Assim, originalmente, o seu Anexo Único autorizava que se executassem na modalidade única de teletrabalho em regime integral apenas as atividades de análise e julgamento de processos administrativos fiscais (PAF), no âmbito do processo de trabalho desenvolvido nas Delegacias de Julgamento da Receita Federal do Brasil (DRJ), e de desenvolvimento de sistemas corporativos na área de tecnologia da informação, no âmbito do processo de trabalho da Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec) e de suas projeções regionais e locais. Não obstante, posteriormente, os arts. 6º e 7º passaram a prever a possibilidade de o Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, em portaria específica, autorizar outras atividades a adotarem esta ferramenta do teletrabalho, mediante prévia aferição por meio de teste de métrica de produtividade, com duração mínima de seis meses, e posterior submissão e aprovação de plano de trabalho, em aspecto formal, à Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep), e, em termos de objetividade e de efetividade, à

Coordenação-Geral de Auditoria Interna e Gestão de Riscos (Audit).

> *Portaria RFB nº 2.383, de 2017 - Art. 1º Fica instituído, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), o Programa de Gestão de que trata o § 6º do art. 6º do Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995, mediante a efetiva mensuração de seus resultados, na modalidade de Teletrabalho.*
> *§ 1º O Teletrabalho consiste na realização de atividades por servidores em exercício na RFB fora de suas dependências.*
> *§ 2º O Teletrabalho não exime o servidor de ser convocado para reuniões, treinamentos, cursos ou execução de atividades outras dentro ou fora da RFB, inclusive em outra localidade.*
> *Art. 2º As atividades a serem incluídas em Teletrabalho ficam restritas àquelas inerentes às competências da RFB cujas características permitam a mensuração objetiva do desempenho do servidor, bem como a fixação de metas ou de indicadores de produtividade periódicos.*
> *§ 2º A adoção do Teletrabalho ocorrerá nas atividades previamente autorizadas por ato específico do Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, devendo ser realizadas avaliações trimestrais de acompanhamento e avaliação das metas e dos resultados alcançados. (Redação dada pela Portaria RFB nº 389, de 21 de fevereiro de 2019)*
> *§ 3º A execução de atividade em Teletrabalho não poderá prejudicar as atividades para as quais a presença física na unidade da RFB seja estritamente necessária.*
> *Art. 6º As atividades autorizadas à execução na modalidade de Teletrabalho são as constantes em Portaria específica do Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Portaria RFB nº 389, de 2019)*
> *Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput e no art. 2º e, no interesse da Administração, ato específico do Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil poderá prever outras atividades para o Teletrabalho. (Redação dada pela Portaria RFB nº 389, de 2019)*
> *Art. 7º São requisitos para a inclusão de atividade em Teletrabalho:*
> *I - proposta de Plano de Trabalho; e*
> *II - Teste de Métricas.*

A Portaria RFB nº 2.383, de 2017, de um lado, como visto acima, no § 3º do art. 2º, não delimitou um quantitativo máximo de servidores aptos a aderirem àquela modalidade única de teletrabalho integral, mas, de outro lado, nos arts. 3º e 5º, além de ter ratificado a adesão voluntária ao programa de gestão por parte do servidor interessado em usufruir da total dispensa de controle de frequência na contrapartida de atender a produtividade exigida, submeteu a admissão ao interesse da Administração e deixou claro que a designação é passível de desligamento, não se confundindo com direito do agente solicitante, e sem prejuízo ainda da condição de atendimento de todos os requisitos atinentes à segurança da informação e à preservação de sigilos. Em outras palavras, a admissão do servidor nesta modalidade de teletrabalho sujeita-se à conveniência do serviço, no molde de um ato discricionário da Administração.

> *Portaria RFB nº 2.383, de 2017 - Art. 3º A realização de atividades em Teletrabalho é facultativa, mediante solicitação formal do servidor e compromisso de cumprimento das metas fixadas, ficando sua admissão nessa modalidade ao critério da Administração, em função da conveniência do serviço.*
> *Parágrafo único. A designação do servidor para Teletrabalho não constitui direito do solicitante que poderá ser desligado conforme o disposto na Seção II do Capítulo III.*
> *Art. 5º O acesso remoto a sistemas, processos e demais documentos deve observar os procedimentos relativos à segurança da informação e àqueles relacionados à salvaguarda de informações de natureza sigilosa, nos termos da*

> *Política de Segurança da Informação da RFB e legislação aplicável.*
> *§ 1º Compete à Coordenação-Geral de Tecnologia da Informação (Cotec) definir os requisitos tecnológicos mínimos para acesso aos sistemas informatizados corporativos fora das dependências da RFB.*
> *§ 2º Caberá ao chefe imediato do servidor em Teletrabalho autorizar, por escrito, e manter controle da retirada de documentação e processos físicos das dependências da RFB, nos casos em que a legislação permita, e em conformidade com as normas aplicáveis.*

Já desde a autorização emanada pelo então Ministro de Estado da Fazenda, a Corregedoria (Coger) editou a Portaria Coger nº 68, de 7 de outubro de 2016, por meio da qual, à vista de seu art. 1º, instituiu o seu próprio sistema de métricas de aferição de produtividade, visando não só a ter o controle gerencial dos trabalhos desenvolvidos no sistema mas também à realização de suas atividades na modalidade única de teletrabalho integral.

Esta normatização interna, em sua versão subsequente, a saber, a Portaria Coger n° 169, de 10 de junho de 2019, que revogou a anterior, definiu, dentre outros parâmetros, nos incisos I a III do art. 2º e no art. 3º, como trabalhos correcionais (TC) todas aquelas atividades inerentes às competências da corregedoria e passíveis de mensuração e de fixação de metas de produtividade, e estabeleceu, para todos os servidores em exercício no sistema executantes de atividades tidas como TC, a obrigatoriedade de preenchimento do relatório de trabalho correcional (RTC - para registro trimestral da realização total ou parcial de cada TC) e do relatório individual de trabalho (RIT, para registro trimestral das atividades executadas e da produtividade de cada servidor), ambos ao fim de cada trimestre civil e sujeitos à aprovação de suas chefias. Mais especificamente, o art. 5º restringiu que os TCs no âmbito da Coger (ou seja, as atividades sujeitas à mensuração e à avaliação objetivas e cuja prática obrigava o preenchimento de RTC e RIT) eram, em sintética lista: realizar diligência investigativa, conduzir qualquer procedimento investigativo; integrar comissões disciplinar ou revisora; elaborar qualquer tipo de pareceres e informações; acompanhar ações judiciais; atuar como defensor dativo; e atender demandas correcionais internas e externas.

> *Portaria Coger nº 169, de 2019 - Art. 1º Fica instituído o sistema de métricas de aferição de produtividade no âmbito da Corregedoria da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).*
> *Art. 2º Para fins desta portaria, considera-se:*
> *I - Trabalho Correcional (TC): as atividades inerentes às competências da Corregedoria da RFB cujas características permitam a mensuração objetiva do desempenho do servidor, bem como a fixação de metas ou de indicadores de produtividade periódicos, em conformidade com o disposto no art. 5º;*
> *II - Relatório de Trabalhos Correcionais (RTC): o relatório trimestral, por unidade, destinado ao registro da realização total ou parcial dos TC;*
> *III - Relatório Individual de Trabalho (RIT): o relatório, por servidor, destinado ao registro trimestral da realização de TC por seus responsáveis;*
> *Art. 3º O preenchimento do RIT, RTC e RIP será realizado até o quinto dia útil dos meses de janeiro, abril, julho e outubro, tendo como referência os trimestres anteriores, compreendidos, respectivamente, pelos meses de outubro a dezembro, de janeiro a março, de abril a junho e de julho a setembro:*
> *I - pelos servidores responsáveis pela execução de TC, na hipótese de RIT;*
> *II - pela autoridade responsável pela distribuição do TC, na hipótese de RTC; e*
> *III - pela autoridade mencionada no § 1º do art. 4º correspondente à unidade ou subunidade de exercício do servidor, na hipótese de RIP.*
> *Parágrafo único. O preenchimento do RIT, RTC e RIP poderá ser realizado por intermédio de sistema informatizado.*
> *Art. 5º Consideram-se TC, conforme disposto no inciso I do artigo 2º, a*

> *realização das seguintes atividades desempenhadas no exercício das atribuições sobre a disciplina e responsabilização de entes privados:*
> *I - os procedimentos correcionais investigativos estabelecidos no art. 5º da Instrução Normativa CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018;*
> *II - os procedimentos correcionais acusatórios estabelecidos nos incisos I, II, III e VII do art. 6º da Instrução Normativa CGU nº 14, de 2018;*
> *III - o processo administrativo disciplinar revisional, previsto no art. 174 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990;*
> *IV - a análise preliminar, definida como o procedimento correcional investigativo, iniciado de ofício ou à vista de representação ou denúncia, com o objetivo de identificar indícios de materialidade e de autoria de fatos irregulares praticados por servidores públicos ou de atos lesivos à Administração Pública federal de responsabilidade de pessoa jurídica, nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que justifiquem a instauração dos procedimentos correcionais previstos nos incisos I ou II deste artigo;*
> *V - a diligência investigativa, definida como a ação, com objetivos específicos, realizada durante o transcurso de análise preliminar ou dos procedimentos correcionais investigativos previstos no inciso I deste artigo, com vistas a subsidiar a identificação de indícios de materialidade e de autoria de fatos irregulares praticados por servidores públicos ou de atos lesivos à Administração Pública federal de responsabilidade de pessoa jurídica, nos termos da Lei nº 12.846, de 2013;*
> *VI - os pareceres para subsidiar juízo de admissibilidade, julgamento, pedido de reconsideração, recurso hierárquico, requerimento de revisão e decisão acerca de consulta em matéria correcional, inclusive sobre a existência de conflito de interesses em pedido de autorização para exercício de atividade privada;*
> *VII - as informações decorrentes de pedido de acesso à informação, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e para subsidiar a defesa da União em mandado de segurança e outras ações judiciais;*
> *VIII - o acompanhamento de ações judiciais;*
> *IX - a pesquisa judicial individualizada para prestação de informações ou para o atendimento de demandas internas ou externas;*
> *X - a defesa dativa, nos termos do § 2º do art. 164 da Lei nº 8.112, de 1990;*
> *XI - o atendimento de demandas correcionais internas e externas;*

A Portaria Coger nº 169, de 2019, estabeleceu, no seu art. 7º, que o indicador trimestral de produtividade individual de cada servidor executante de TCs se refletia na média entre o tempo despendido pelo servidor para realizar total ou parcialmente suas tarefas mensuráveis e o tempo total de disponibilidade para trabalho (considerando a jornada diária de oito horas, descontadas ocorrências que, pelos mais variados motivos, justificadamente impeçam ou prejudiquem a execução de TCs). O art. 8º da mencionada Portaria Coger, na mesma linha então adotada pelos arts. 12 a 14 da Portaria RFB nº 2.383, de 2017, por fim, parametrizou que, a cada trimestre civil, o padrão produtivo mínimo do servidor executante de TCs na repartição, não optante da modalidade de teletrabalho, deveria ser de 1,00, enquanto o do servidor optante da ferramenta de gestão deveria, àquela época, ser de 1,15.

> *Portaria Coger nº 169, de 2019 - Art. 7º Os indicadores de produtividade dos servidores responsáveis pela execução de TC serão calculados a partir da relação estabelecida entre os PO e o TD e registrados no RIP.*
> *§ 1º Na hipótese de o indicador de produtividade ser mensurado em periodicidade inferior à trimestral, será considerada, para fins de registro no RIP, a média aritmética simples das apurações realizadas no trimestre.*
> *Art. 8º Os indicadores de produtividade a que se refere o artigo anterior serão equalizados e expressos em numeral com duas casas decimais, observando que:*
> *I - o valor 1,00 (um inteiro) deverá corresponder à produtividade mínima a ser atingida por servidor na repartição; e*

> *II - o valor 1,15 (um inteiro e quinze décimos) deverá corresponder à produtividade mínima a ser atingida por servidor em Teletrabalho.*

Tendo coletado e processado as informações referentes à produtividade no período compreendido entre 01/10/16 e 30/09/17, atendendo ao teste de métricas anual então exigido, posteriormente reduzido para apenas seis meses (nos termos da leitura conjunta do *caput* e do § 1º e do art. 9°, ambos da Portaria RFB nº 2.383, de 2017 - que, aliás, é posterior à original e já revogada Portaria Coger nº 68, de 2016), a Coger, por meio do Corregedor, na figura de gestor da atividade em teletrabalho, apresentou seu plano de trabalho, com a já mencionada descrição das atividades mensuráveis e avaliáveis (os TCs), e motivou o pedido de inclusão na ferramenta de gestão na modalidade única de teletrabalho integral à vista de expectativa de diminuição do tempo de duração dos processos disciplinares e no ganho de produtividade e no aumento da satisfação do pessoal.

Neste plano de trabalho, o Corregedor delimitou, à vista da definição dos TCs, que esta ferramenta do teletrabalho se disponibiliza para servidores lotados e em exercício nos Escritórios de Corregedoria (Escor) e na Coger no limite máximo de até 80% do quadro de cada unidade ou subunidade contemplada. Em outras palavras, servidores lotados e em exercício na Coger ou nos Escor e que realizem trabalhos muito específicos que não se amoldam em nenhuma das espécies do gênero estão desobrigados do preenchimento trimestral de RTC e de RIT mas também não podem manifestar interesse em aderir a esta modalidade única de teletrabalho integral.

Nestes termos, o então Secretário da Receita Federal do Brasil, por meio da Portaria RFB nº 788, de 29 de maio de 2018, alterou o Anexo Único da Portaria RFB nº 2.383, de 2017, passando a autorizar também a atividade "análise e elaboração de processos de correição" a ser executada nesta modalidade única de teletrabalho integral. Posteriormente, já quando a Portaria RFB n° 2.383, de 2017, teve o Anexo Único revogado para que a lista de atividades autorizadas passassem a constar de portaria específica, na trilha obtida pela Coger, a Portaria RFB n° 390, de 21 de fevereiro de 2019, admitiu novos acréscimos, contemplando outros processos de trabalho. São ao todo quinze atividades com autorização de adoção da modalidade única de teletrabalho integral abrangidas pela Portaria RFB nº 2.383, de 2017, conforme o Anexo único da Portaria RFB nº 390, de 2019, em que se inclui em seu inciso III o processo de trabalho correcional.

> *Portaria RFB nº 390, de 2019 - Anexo Único - Atividades Autorizadas à Execução na Modalidade de Teletrabalho:*
> *I - Análise e julgamento de processos administrativos fiscais;*
> *II - Desenvolvimento de sistemas corporativos na área de tecnologia da informação;*
> *III - Análise e elaboração de processos de correição;*
> *IV - Realizar Auditoria Interna;*
> *V - Gerir Direito Creditório de Contribuinte;*
> *VI - Gerir Cadastros Tributários e Aduaneiros;*
> *VII - Preparo, análise, decisão e execução de processos de arrecadação, cobrança, cumprimento das obrigações acessórias e garantia do crédito tributário; e*
> *VIII - Análise de Interesse Fiscal. (Incluído pela Portaria RFB nº 456, de 8 de março de 2019)*
> *IX - Formulação e Análise de Atos Relacionados aos Processos de Trabalho da Tributação; (Redação dada pela Portaria RFB nº 106, de 13 de janeiro de 2022)*
> *X - Formular Atos Interpretativos - Cosit; (Incluído pela Portaria RFB n° 1.431, de 2019)*
> *XI - Julgar Recursos Hierárquicos em Matéria Tributária e Aduaneira; (Incluído pela Portaria RFB n° 1.431, de 2019)*

> *XII - Elaborar Parecer em Pedido de Relevação de Pena de Perdimento; (Incluído pela Portaria RFB n° 1.431, de 2019)*
> *XIII - Elaborar Proposta de Súmula no Contencioso Administrativo; (Incluído pela Portaria RFB n° 1.431, de 2019)*
> *XIV - Acompanhamento Diferenciado de Maiores Contribuintes; e (Incluído pela Portaria RFB n° 1.431, de 2019)*
> *XV - Realizar Pesquisa e Seleção para Auditoria Fiscal. (Incluído pela Portaria RFB nº 734, de 16 de abril de 2020)*

Traçado este relato histórico-cronológico da autorização de emprego da modalidade única de teletrabalho integral pelo sistema correcional, é de se dizer, à luz do art. 15 da Portaria RFB nº 2.383, de 2017, que o servidor interessado e comprometido em adotar tal ferramenta deve solicitar a seu chefe imediato, por formulário próprio, disponível na *intranet* institucional, que expresse ciência de todas as condições.

Uma vez deferido o pedido - tratando-se de ferramenta discricionária de interesse da Administração, por óbvio cabe indeferimento motivado -, a designação se dá por portaria de pessoal específica do Chefe de Escor, do Chefe de Divisão ou do Corregedor, dependendo da unidade de lotação e da localização do servidor, publicada no Boletim de Serviço da RFB (BS RFB). Não há vedação para que o titular de unidade lance mão de portaria de pessoal coletiva de designação de vários servidores para teletrabalho em único ato.

> *Portaria RFB nº 2.383, de 2017 - Art. 15. A solicitação do servidor, para realização de atividades em Teletrabalho, deverá ser consignada em formulário próprio em que declare expressamente o conhecimento dos termos desta Portaria, em especial:*
> *I - do Plano de Trabalho aprovado para a atividade;*
> *II - do compromisso de cumprimento das metas fixadas;*
> *III - de que sua admissão na modalidade de Teletrabalho, em função da conveniência do serviço, é ato discricionário da Administração e não constitui direito do solicitante;*
> *IV - de que a instalação em que executará o trabalho atende as exigências constantes do inciso XI do art. 25; e*
> *V - das hipóteses de desligamento e responsabilidades, conforme arts. 19 e 25.*
> *§ 2º O início da realização das atividades em Teletrabalho pelo servidor dar-se-á no primeiro dia de cada trimestre civil, ou de cada mês, caso haja compatibilidade com a periodicidade das metas estabelecidas.*
> *§ 3º A realização de atividades em Teletrabalho a que se refere o caput condiciona-se à disponibilidade, pela Administração, de equipamento desktop, notebook ou similar, necessários ao tráfego seguro e tempestivo de informações, assim como da observância do disposto no inciso XI do art. 25.*

É importante frisar que, mesmo após a autorização do então Secretário da Receita Federal do Brasil para que a atividade correcional possa empregar a modalidade única do teletrabalho integral nos termos da Portaria RFB nº 2.383, de 2017, e superada, portanto, a fase prévia de teste de métricas, permanece ininterruptamente a obrigação de preenchimento de RTC e RIT a cada trimestre civil por parte dos servidores que executam TCs, não só como indispensáveis instrumentos para a continuidade por tempo indeterminado da ferramenta de gestão em tela como também para fim gerencial de controle de produtividade. Portanto, os interesses do servidor em usufruir da total dispensa de controle de assiduidade e em desempenhar as atribuições de seu cargo integralmente fora das dependências da unidade exigem as contrapartidas do comprometimento e da dedicação com a produtividade requerida pela normatização. Apenas se pondere que eventual desligamento do teletrabalho em razão de insuficiência de desempenho não configura, apenas de per si, presunção de infração disciplinar, à luz do art. 20 da já citada Portaria.

> *Portaria RFB nº 2.383, de 2017 - Art. 20. Salvo as hipóteses previstas na Lei nº*

> *8.112, de 11 de dezembro de 1990, o desligamento de servidor da atividade em Teletrabalho não configura, por si só, presunção de infração.*

Por fim, o art. 22 determina que, ao final de cada ano civil, compete ao Corregedor avaliar efeitos e resultados alcançados em cada TC, à luz dos relatórios trimestrais, e submeter sua avaliação à Audit e à Cogep.

> *Art. 22. Deverá ser realizada, pelo Gestor da Atividade em Teletrabalho, ao final de cada ano civil, avaliação dos efeitos e resultados alcançados em cada atividade em Teletrabalho, mediante acompanhamento dos relatórios de que trata o art. 21.*
> *§ 1º O Gestor da Atividade em Teletrabalho, com base na avaliação a que se refere o caput, poderá sugerir ajustes no Plano de Trabalho, inclusive revisão das métricas e metas, e propor eventual descontinuidade da atividade em Teletrabalho.*
> *§ 2º As avaliações a que se referem o caput deverão ser consolidadas e enviadas à Audit para exame, conforme inciso II do art. 29, e posterior remessa à Cogep.*

Feita esta descrição parcial do programa de gestão instituído pela Portaria RFB nº 2.383, de 2017, na modalidade única de teletrabalho integral, com total dispensa de controle de assiduidade para realização dos trabalhos integralmente fora das dependências das unidades, cabe descrever relevante alteração normativa introduzida no tema pela Secretaria de Gestão e Desempenho Pessoal da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (ME/SEDGG/SGP), através de sua IN ME/SEDGG/SGP nº 65, de 30 de julho de 2020, que estabeleceu regras gerais para uma segunda espécie de programa de gestão. A principal inovação trazida por esta norma foi prever um segundo programa de gestão não mais composto de uma modalidade única, mas sim de três possíveis modalidades de exercício de atividades de resultados mensurados com dispensa integral ou parcial de controle de frequência. As regras gerais desta IN, conforme os incisos I, VII, VIII e IX do art. 3º e o art. 38, definem o segundo programa de gestão com possibilidade de adotar três regimes de execução, mediante as modalidades de teletrabalho em regimes de execução integral e parcial e regime de trabalho presencial. Cabe esclarecer que o atrativo para a adesão ao novo programa de gestão na modalidade de trabalho presencial é que o servidor, embora trabalhando internamente na repartição, também goza de dispensa integral de controle de frequência, a exemplo do participante optante da modalidade de teletrabalho em regime de execução integral; apenas a modalidade de teletrabalho em regime de execução parcial sujeita o participante àquele controle no tempo das atividades desempenhadas presencialmente na repartição, em cronograma ajustado com a chefia imediata. Importa também destacar que a norma não veda que o participante migre de um regime de execução para outro.

> *IN ME/SEDGG/SGP nº 65, de 2020 - Art. 3º Para os fins desta Instrução Normativa, considera-se:*
> *I - programa de gestão: ferramenta de gestão autorizada em ato normativo de Ministro de Estado e respaldada pela norma de procedimentos gerais, que disciplina o exercício de atividades em que os resultados possam ser efetivamente mensurados, cuja execução possa ser realizada pelos participantes;*
> *VII - teletrabalho: modalidade de trabalho em que o cumprimento da jornada regular pelo participante pode ser realizado fora das dependências físicas do órgão, em regime de execução parcial ou integral, de forma remota e com a utilização de recursos tecnológicos, para a execução de atividades que sejam passíveis de controle e que possuam metas, prazos e entregas previamente definidos e, ainda, que não configurem trabalho externo, dispensado do controle de frequência, nos termos desta Instrução Normativa;*
> *VIII - regime de execução parcial: quando a forma de teletrabalho a que está*

> *submetido o participante restringe-se a um cronograma específico, dispensado do controle de frequência exclusivamente nos dias em que a atividade laboral seja executada remotamente, nos termos desta Instrução Normativa;*
> *IX - regime de execução integral: quando a forma de teletrabalho a que está submetido o participante compreende a totalidade da sua jornada de trabalho, dispensado do controle de frequência, nos termos desta Instrução Normativa;*
> *Art. 38. A critério dos dirigentes das respectivas unidades de exercício e observadas as disposições constantes desta Instrução Normativa, o Programa de Gestão poderá prever a participação de servidores públicos, empregados públicos e contratados temporários em regime de trabalho presencial.*

Cabe informar que o já mencionado Decret nº 11.072, de 2022, definidor de regras gerais do programa de gestão, ratificou esta possibilidade de três modalidades de adesão, conforme leitura conjunta de seu art. 6º e do inciso II do seu art. 9º.

> *Decreto nº 11.072, de 2022 - Art. 6º O PGD poderá ser adotado nas seguintes modalidades:*
> *I - presencial; ou*
> *II - teletrabalho.*
> *Parágrafo único. A modalidade presencial, a que se refere o inciso I do caput, poderá ser tornada obrigatória pelas autoridades referidas no caput do art. 3º.*
> *Art. 9º O teletrabalho:*
> *II - poderá ocorrer em regime de execução integral ou parcial;*

A norma geral do órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipec) não obriga a adoção deste segundo programa de gestão pelos órgãos e entidades e pelos servidores efetivos ou comissionados e empregados públicos, mas sim a faculta, mediante análise discricionária do dirigente máximo, e, efetivamente, a estimula, sobretudo para atividades de execução individualizada ou complexa ou repetitiva, vedando apenas as atividades que requeiram presença física do agente ou que sejam de execução externa às dependências institucionais, conforme seus arts. 5º e 7º. Com isto, pode-se depreender que a atividade correcional se amolda a estes requisitos permissivos.

> *IN ME/SEDGG/SGP nº 65, de 2020 - Art. 5º As atividades que possam ser adequadamente executadas de forma remota e com a utilização de recursos tecnológicos serão realizadas preferencialmente na modalidade de teletrabalho parcial ou integral.*
> *§ 1º Enquadram-se nas disposições do caput, mas não se limitando a elas, atividades com os seguintes atributos:*
> *I - cuja natureza demande maior esforço individual e menor interação com outros agentes públicos;*
> *II - cuja natureza de complexidade exija elevado grau de concentração; ou*
> *III - cuja natureza seja de baixa a média complexidade com elevado grau de previsibilidade e/ou padronização nas entregas.*
> *§ 2º O teletrabalho não poderá:*
> *I - abranger atividades cuja natureza exija a presença física do participante na unidade ou que sejam desenvolvidas por meio de trabalho externo; e*
> *II - reduzir a capacidade de atendimento de setores que atendam ao público interno e externo.*
> *Art. 7º A implementação de programa de gestão é facultativa à Administração Pública e ocorrerá em função da conveniência e do interesse do serviço, não se constituindo direito do participante.*

A implementação deste segundo programa de gestão, mais completo, primeiramente, depende de autorização do respectivo Ministro de Estado, conforme determina o *caput* do art. 9º da IN ME/SEDGG/SGP nº 65, de 2020. No âmbito do ME, este ato se deu por meio da Portaria ME nº 334, de 2 de outubro de 2020, em que, no *caput* do art. 1º, o Ministro de Estado da Economia autorizou a implementação do segundo programa de gestão nos órgãos,

autarquias e fundações públicas da Pasta.

> *IN ME/SEDGG/SGP nº 65, de 2020 - Art. 9º A implementação do programa de gestão dependerá de ato autorizativo do Ministro de Estado, mediante provocação motivada que demonstre que os resultados dos participantes de futuros programas de gestão possam ser efetivamente mensuráveis.*
>
> *Portaria ME nº 334, de 2020 - Art. 1º Fica autorizada a implementação do programa de gestão no âmbito do Ministério da Economia, das autarquias e das fundações públicas a ele vinculadas, para atividades cujos resultados possam ser efetivamente mensuráveis.*

Na mesma linha dos comandos acima expostos, o Decreto nº 11.072, de 2022, no *caput* e nos §§ 2º e 3º do art. 3º e no art. 5º, consagra a natureza discricionária da autorização ministerial.

> *Decreto nº 11.072, de 2022 - Art. 3º Os Ministros de Estado, os dirigentes máximos dos órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República e as autoridades máximas das entidades poderão autorizar a instituição do PGD para o exercício de atividades que serão avaliadas em função da efetividade e da qualidade das entregas.*
> *§ 2º A instituição do PGD é ato discricionário da autoridade máxima do órgão ou da entidade e observará os critérios de oportunidade e conveniência.*
> *§ 3º A autoridade máxima do órgão ou da entidade poderá suspender ou revogar o PGD por razões técnicas ou de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentadas.*
> *Art. 4º A instituição do PGD se dará no âmbito de cada autarquia, fundação pública ou unidade da administração direta de nível não inferior ao de Secretaria ou equivalente, por meio de portaria da autoridade máxima, vedada a delegação, e preverá, no mínimo:*
> *I - os tipos de atividades que poderão ser incluídas no PGD;*
> *II - o quantitativo de vagas;*
> *III - as vedações à participação, se houver;*
> *IV - o eventual nível de produtividade adicional exigido para o teletrabalho;*
> *V - o conteúdo do termo de ciência e responsabilidade a ser firmado entre o participante e a sua chefia imediata; e*
> *VI - a antecedência mínima nas convocações para o agente público comparecer à sua unidade.*
> *Art. 5º A instituição e a manutenção do PGD ocorrerão no interesse da administração e não constituirão direito do agente público.*

Uma vez autorizada a implementação pelo Ministro de Estado, na síntese dos comandos do *caput*, dos seus incisos I a VI e do § 4º do art. 10, combinados com o § 2º do art. 26, ambos da IN ME/SEDGG/SGP nº 65, de 2020, o órgão ou entidade deve normatizar os procedimentos gerais deste segundo programa de gestão, indicando as atividades contempladas (sendo vedada a inclusão de atividades de resultado não mensurável), a parametrização das suas faixas de complexidade, os seus tempos de execução nos regimes que vierem a ser adotados (de teletrabalho e/ou presencial) e os ganhos de produtividade esperados. Neste novo programa de gestão, como inovações facilitadoras, não se obriga que haja um percentual ou um quantitativo máximo de participantes (além dos critérios de seleção caso haja mais interessados que vagas, a norma sugere a realização de revezamento, conforme o art. 12), não se limita o seu prazo de permanência e a exigência de percentuais mínimo e máximo de sua produtividade adicional para o teletrabalho em comparação ao desempenho presencial das atividades é facultativa e não obrigatória.

> *IN ME/SEDGG/SGP nº 65, de 2020 - Art. 10. O dirigente da unidade deverá editar ato normativo que estabeleça os procedimentos gerais de como será instituído o programa de gestão na unidade, que deverá conter:*

> *I - a tabela de atividades com as informações de que trata o § 2º do art. 26;*
> *II - os regimes de execução passíveis de adoção no programa de gestão;*
> *III - as hipóteses de vedação à participação, quando houver;*
> *IV - os resultados e benefícios esperados para a instituição;*
> *V - o percentual mínimo ou máximo de participantes em cada unidade, bem como a necessidade de fixação de tempo mínimo de desempenho das atividades na unidade, quando for o caso;*
> *VI - o percentual mínimo e máximo de produtividade adicional dos participantes em teletrabalho em relação às atividades presenciais, caso a unidade opte por essa fixação;*
> *§ 4º Na tabela de atividades de que trata o inciso I do caput é vedada a inclusão de atividades cujos resultados não possam ser efetivamente mensurados.*
> *Art. 26.*
> *§ 2º A tabela de atividades referida no inciso I do § 1º deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:*
> *I - atividade;*
> *II - faixa de complexidade da atividade;*
> *III - parâmetros adotados para definição da faixa de complexidade;*
> *IV - tempo de execução da atividade em regime presencial;*
> *V - tempo de execução da atividade em teletrabalho;*
> *VI - ganho percentual de produtividade estabelecido; e*
> *VII - entregas esperadas.*

Esta construção pormenorizada da IN ME/SEDGG/SGP restou ratificada nos incisos do *caput* do art. 4º do Decreto nº 11.072, de 2022, que também deixam a cargo de cada órgão o estabelecimento de vedações à participação e do adicional de produtividade e não impõem prazo de permanência no programa de gestão. Na mesma linha, o art. 7º do Decreto traça balizamentos bastante genéricos acerca de necessidade de seleção de participantes quando a quantidade de interessados superar a quantidade de vagas disponíveis, com destaque para o comando de que tal seleção deve se calcar e critérios impessoais, relacionados às atividades a serem desempenhadas a à experiência funcional, em conjunto com o art. 8º, que vincula a participação no programa de gestão às atribuições do cargo e à jornada de trabalho do servidor.

> *Decreto nº 11.072, de 2022 - Art. 4º A instituição do PGD se dará no âmbito de cada autarquia, fundação pública ou unidade da administração direta de nível não inferior ao de Secretaria ou equivalente, por meio de portaria da autoridade máxima, vedada a delegação, e preverá, no mínimo:*
> *I - os tipos de atividades que poderão ser incluídas no PGD;*
> *II - o quantitativo de vagas;*
> *III - as vedações à participação, se houver;*
> *IV - o eventual nível de produtividade adicional exigido para o teletrabalho;*
> *V - o conteúdo do termo de ciência e responsabilidade a ser firmado entre o participante e a sua chefia imediata; e*
> *VI - a antecedência mínima nas convocações para o agente público comparecer à sua unidade.*
> *Art. 7º Quando o quantitativo de interessados em aderir ao PGD superar o das vagas disponibilizadas, o dirigente da unidade selecionará os participantes do PGD, de modo impessoal, com base nas atividades a serem desempenhadas e na experiência dos interessados.*
> *§ 1º Sem prejuízo do disposto no caput, poderão ser previstos outros critérios específicos, devidamente fundamentados.*
> *§ 2º O dirigente da unidade estabelecerá e divulgará os critérios técnicos necessários à adesão dos interessados ao PGD.*
> *Art. 8º A participação no PGD, independentemente da modalidade, considerará as atribuições do cargo e respeitará a jornada de trabalho do participante.*

A partir da seleção do participante para o segundo programa de gestão, operam os comandos dos incisos I e II do *caput* e dos §§ 3º e 4º do art. 13 e do art. 14, ambos da IN ME/SEDGG/SGP nº 65, de 2020. O participante deve assinar o plano de trabalho, de que constam o regime de execução escolhido (e o horário de cumprimento de jornada presencial, se for o caso), suas atividades e metas estipuladas em horas, de acordo com as faixas de complexidade das tarefas; ademais, o atingimento ou não daquelas metas deve ser aferido pela chefia imediata do participante, atribuindo-se valores de 0 a 10, a fim de serem consideradas aceitas apenas as entregas avaliadas a partir de 5. Estes comandos mais específicos foram ratificados pelos comandos mais generalistas do art. 11 do Decreto nº 11.072, de 2022.

> *IN ME/SEDGG/SGP nº 65, de 2020 - Art. 13. O candidato selecionado pelo dirigente da unidade para participar do programa de gestão deverá assinar o plano de trabalho, que conterá:*
> *I - as atividades a serem desenvolvidas com as respectivas metas a serem alcançadas expressas em horas equivalentes;*
> *II - o regime de execução em que participará do programa de gestão, indicando o cronograma em que cumprirá sua jornada em regime presencial, quando for o caso;*
> *§ 3º As metas serão calculadas em horas para cada atividade em cada faixa de complexidade e apresentadas na tabela de atividades conforme previsto no art. 26.*
> *§ 4º As metas semanais não poderão superar o quantitativo de horas da jornada semanal de trabalho do participante no programa de gestão.*
> *Art. 14. O plano de trabalho deverá prever a aferição das entregas realizadas, mediante análise fundamentada da chefia imediata, em até quarenta dias, quanto ao atingimento ou não das metas estipuladas.*
> *§ 1º A aferição que trata o caput deve ser registrada em um valor que varia de 0 a 10, onde 0 é a menor nota e 10 a maior nota.*
> *§ 2º Somente serão consideradas aceitas as entregas cuja nota atribuída pela chefia imediata seja igual ou superior a 5.*

No que tange ao plano de trabalho, o art. 11 do Decreto nº 11.072, de 2022, não trouxe novidades em relação ao que já havia sido normatizado pela IN ME/SEDGG/SGP nº 65, de 2020.

> *Decreto nº 11.072, de 2022 - Art. 11. Para aderir ao PGD, o agente público e a sua chefia imediata firmarão plano de trabalho, que conterá, no mínimo, as seguintes informações:*
> *I - data de início e de término;*
> *II - atividades a serem executadas pelo participante;*
> *III - metas e prazos; e*
> *IV - termo de ciência e responsabilidade.*
> *Parágrafo único. O participante do PGD comunicará à sua chefia imediata a ocorrência de afastamentos, licenças ou outros impedimentos para eventual adequação das metas e dos prazos ou possível redistribuição das atividades constantes do seu plano de trabalho.*

Ainda em termos de condicionantes para participação no programa de gestão, o Decreto nº 11.072, de 2022, não trouxe grandes inovações, conforme os incisos e o § 6º do art. 9º, ratificando que a adesão ao programa de gestão deve ser um acordo entre servidor e Administração, que o servidor deve suprir toda logística necessária para o desempenho de suas atribuições e se manter disponível para contato em faixa de horário definida por sua chefia imediata (tanto que deve informar seu número de linha de telefonia fixa ou móvel).

> *Decreto nº 11.072, de 2022 - Art. 9º O teletrabalho:*
> *I - dependerá de acordo mútuo entre o agente público e a administração, registrado no termo de ciência e responsabilidade;*
> *III - ficará condicionado à compatibilidade com as atividades a serem*

> *desenvolvidas pelo agente público e à ausência de prejuízo para a administração;*
> *IV - terá a estrutura necessária, física e tecnológica, providenciada e custeada pelo agente público; e*
> *V - exigirá que o agente público permaneça disponível para contato, no período definido pela chefia imediata e observado o horário de funcionamento do órgão ou da entidade, por todos os meios de comunicação.*
> *§ 6º Para fins do disposto no inciso V do caput, o agente público deverá informar e manter atualizado número de telefone, fixo ou móvel, de livre divulgação tanto dentro do órgão ou da entidade quanto para o público externo que necessitar contatá-lo.*

Ademais, o Decreto nº 11.072, de 2022, disciplinou o trato dos deslocamentos a serviço e a impossibilidade de pagamento de adicionais para servidores no programa de gestão Primeiramente, segundo o art. 12, se o servidor residir em localidade distinta da localidade em que se situa sua unidade de exercício, os deslocamentos a trabalho somente poderão se iniciar e se encerrar na localidade de residência se importarem em menor custo em comparação com deslocamentos iniciados e encerrados na localidade da unidade de exercício. E o art. 15, em seu inciso I, veda o pagamento de adicionais de insalubridade e de periculosidade para servidor em programa de gestão na modalidade integral. Não obstante, este é um comando passível de crítica. Ora, se o que demarca a a insalubridade ou a periculosidade de determinada atividade é sua natureza, capaz de expor o servidor a riscos indesejados, pouco importa se esta atividade é desempenhada presencialmente na unidade ou fora de suas dependências. Se a atividade é tal que expõe o servidor executor a condições insalubres ou perigosas, de pouco importa a modalidade de seu desempenho, pois os elementos justificadores de adicionais remuneratórios são intrínsecos à natureza em si da atividade e não à modalidade de seu desempenho.

> *Decreto nº 11.072, de 2022 - Art. 13. Nos deslocamentos em caráter eventual ou transitório ocorridos no interesse da administração para localidade diversa da sede do órgão ou da entidade de exercício do agente público, o participante do PGD fará jus a diárias e passagens e será utilizado como ponto de referência:*
> *I - a localidade a partir da qual exercer as suas funções remotamente; ou*
> *II - caso implique menor despesa para a administração pública federal, o endereço do órgão ou da entidade de exercício.*
> *Parágrafo único. O participante do PGD na modalidade teletrabalho que residir em localidade diversa da sede do órgão ou da entidade de exercício não fará jus a reembolso de qualquer natureza ou a diárias e passagens referentes às despesas decorrentes do comparecimento presencial à unidade de exercício.*
> *Art. 15. É vedado o pagamento ao participante do PGD na modalidade teletrabalho em regime de execução integral de:*
> *I - adicionais ocupacionais de insalubridade, periculosidade ou irradiação ionizante; e*

Ainda desta norma geral, merecem menção as hipóteses de desligamento do participante, previstas nos incisos I a III e VIII do seu art. 19, que contemplam a solicitação do próprio, o interesse justificado da Administração, o descumprimento de metas e de responsabilidades atribuídas ao agente. Estes comandos mais específicos se amoldam aos comandos mais gerais do art. 10 do Decreto nº 11.072, de 2022.

> *IN ME/SEDGG/SGP nº 65, de 2020 - Art. 19. O dirigente da unidade deverá desligar o participante do programa de gestão:*
> *I - por solicitação do participante, observada antecedência mínima de dez dias;*
> *II - no interesse da Administração, por razão de conveniência, necessidade ou redimensionamento da força de trabalho, devidamente justificada, observada antecedência mínima de dez dias;*

> *III - pelo descumprimento das metas e obrigações previstas no plano de trabalho a que se refere o art. 13 e do termo de ciência e responsabilidade;*
> *VIII - pelo descumprimento das atribuições e responsabilidades previstas no art. 22 desta Instrução Normativa.*
>
> *Decreto nº 11.072, de 2022 - Art. 10. O participante do PGD na modalidade teletrabalho deverá retornar, no prazo de trinta dias, à atividade presencial no órgão ou na entidade de exercício:*
> *I - se for excluído da modalidade teletrabalho ou do PGD; ou*
> *II - se o PGD for suspenso ou revogado.*
> *§ 1º Na hipótese prevista no inciso II do caput, o prazo poderá ser reduzido mediante apresentação de justificativa das autoridades referidas no art. 4º.*
> *§ 2º O participante do PGD na modalidade teletrabalho poderá retornar ao trabalho presencial, independentemente do interesse da administração, a qualquer momento.*
> *§ 3º Na hipótese prevista no § 2º, o órgão ou a entidade poderá requerer a comunicação do retorno ao trabalho com antecedência mínima de trinta dias.*
> *§ 4º O participante do PGD manterá a execução das atividades estabelecidas por sua chefia imediata até o retorno efetivo à atividade presencial.*

O Decreto nº 11.072, de 2022, disciplinou a possibilidade de adesão ao programa de gestão por parte de servidor residente fora do País. Os incisos I a VIII do *caput* do art. 12 elencaram, de forma sintética, que, cumulativamente, o servidor deve ser estável e aderir ao regime integral do programa; deve contar com autorização do dirigente máximo de seu órgão para desempenho de suas atribuições no exterior por tempo determinado e em substituição a uma dentre cinco ocorrências de vida funcional listadas nas alíneas “a” a “e” do inciso VIII. Ou seja, além de cumprir os requisitos dos incisos I a VII do *caput* do art. 12, a adesão ao programa de gestão deve substituir uma das seguintes ocorrências funcionais: afastamento do próprio servidor para estudo no exterior; ou acompanhamento de cônjuge ou companheiro também servidor que tenha sido afastado para estudo no exterior ou para servir em organismo internacional; ou exercício provisório; ou remoção para tratamento médico do próprio servidor, do seu cônjuge ou companheiro ou de seu dependente; ou remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro não servidor. O § 7º do citado art. 12 estabelece que, a critério do dirigente máximo do órgão, este último requisito, estabelecido no inciso VIII do *caput*, de o programa de gestão ter de ser empregado para substituir alguma das cinco ocorrências acima listadas, pode ser substituído por outro. Daí, o § 9º deste mesmo art. 12 delimita que o programa de gestão no exterior será autorizado pelo tempo de duração da ocorrência da vida funcional elencada em alguma das conco alíneas do inciso VIII do *caput* e, por três anos, caso o gestor tenha adotado algum critério diferenciado, nos termos do § 7º, em substituição àquela lista de ocorrências.

> *Decreto nº 11.072, de 2022 - Art. 12. Além dos requisitos gerais para a adesão à modalidade, o teletrabalho com o agente público residindo no exterior somente será admitido:*
> *I - para servidores públicos federais efetivos que tenham concluído o estágio probatório;*
> *II - em regime de execução integral;*
> *III - no interesse da administração;*
> *IV - se houver PGD instituído na unidade de exercício do servidor;*
> *V - com autorização específica da autoridade de que trata o caput do art. 3º, permitida a delegação ao nível hierárquico imediatamente inferior e vedada a subdelegação;*
> *VI - por prazo determinado;*
> *VII - com manutenção das regras referentes ao pagamento de vantagens, remuneratórias ou indenizatórias, como se estivesse em exercício no território nacional; e*

> *VIII - em substituição a:*
> *a) afastamento para estudo no exterior previsto no art. 95 da Lei nº 8.112, de 11 dezembro de 1990, quando a participação no curso puder ocorrer simultaneamente com o exercício do cargo;*
> *b) exercício provisório de que trata o § 2º do art. 84 da Lei nº 8.112, de 1990;*
> *c) acompanhamento de cônjuge afastado nos termos do disposto nos art. 95 e art. 96 da Lei nº 8.112, de 1990;*
> *d) remoção de que trata a alínea "b" do inciso III do parágrafo único do art. 36 da Lei nº 8.112, de 1990, quando o tratamento médico necessite ser realizado no exterior; ou*
> *e) licença para acompanhamento de cônjuge que não seja servidor público deslocado para trabalho no exterior, nos termos do disposto no caput do art. 84 da Lei nº 8.112, de 1990.*
> *§ 7º A autoridade de que trata o caput do art. 3º poderá substituir o requisito previsto no inciso VIII do caput por outros critérios.*
> *§ 9º O prazo de teletrabalho no exterior será de:*
> *I - na hipótese do § 7º, até três anos, permitida a renovação por período igual ou inferior; e*
> *II - nas hipóteses previstas no inciso VIII do caput, o tempo de duração do fato que o justifica.*
> *§ 10. Na hipótese prevista na alínea "e" do inciso VIII do caput, caberá ao requerente comprovar o vínculo empregatício do cônjuge no exterior.*

Na sequência, para a adoção no âmbito interno deste segundo programa de gestão permissivo de três regimes de execução, nas modalidades de teletrabalho integral e parcial e de trabalho presencial, foi editada a Portaria RFB nº 68, de 27 de setembro de 2021, especificando e individualizando para a RFB as regras gerais estabelecidas pela IN ME/SEDGG/SGP nº 65, de 2020.

De imediato, a norma interna ratifica o caráter facultativo e não obrigatório de participação também neste segundo e mais completo programa de gestão, no *caput* do art. 3º, e assevera, no *caput* e em seus incisos e nos §§ 1º e 2º do art. 4º, as possibilidades de adesão nos três regimes de execução, contando as modalidades de teletrabalho integral e de trabalho presencial de total dispensa de controle de frequência e a modalidade de teletrabalho parcial com tal dispensa apenas nos períodos acordados de atuação remota do participante.

> *Portaria RFB nº 68, de 2021 - Art. 3º É facultada a participação no programa de gestão das seguintes pessoas em exercício na RFB:*
> *I - servidores públicos ocupantes de cargo efetivo;*
> *II - servidores públicos ocupantes de cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração;*
> *Art. 4º O programa de gestão poderá ser executado nos seguintes regimes:*
> *I - teletrabalho em regime de execução parcial, nos casos em que a forma de teletrabalho a que está submetido o participante restringe-se a um cronograma específico, dispensado do controle de frequência nos períodos em que a atividade laboral seja executada remotamente, nos termos da Instrução Normativa SGP/SEDGG/ME nº 65, de 30 de julho de 2020;*
> *II - teletrabalho em regime de execução integral, nos casos em que a forma de teletrabalho a que está submetido o participante compreende a totalidade da sua jornada de trabalho, nos termos da Instrução Normativa SGP/SEDGG/ME nº 65, de 2020; ou*
> *III - regime de trabalho presencial, em conformidade com o disposto no art. 38 da Instrução Normativa SGP/SEDGG/ME nº 65, de 2020.*
> *§ 1º O regime de trabalho presencial exercido no âmbito do programa de gestão sujeitar-se-á às regras de controle e transparência, ao sistema de métricas e às metas das atividades correspondentes exercidas no teletrabalho em regime de execução integral.*

> *§ 2º Os participantes do programa de gestão ficam dispensados do controle de frequência, exceto:*
> *I - nos períodos de atividade presencial do teletrabalho em regime de execução parcial de que trata o inciso I do caput; e*

A partir da publicação desta Portaria RFB nº 68, de 2021, conforme seu art. 10, os respectivos gestores das atividades ou dos processos de trabalho da RFB (que, no caso da Coger, trata-se do Corregedor) têm prazo de noventa dias da publicação da norma (ou seja, até 30/12/21) para proporem à Cogep a proposta de seu projeto de gestão, que tramitará ainda pela Coordenação-Geral de Organização e Avaliação Institucional (Copav) e pelo Subsecretário de Gestçao Corportativa até a aprovação pelo Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil.

> *Portaria RFB nº 68, de 2021 - Art. 10. O gestor da atividade ou do processo de trabalho deverá formalizar a proposta de projeto de gestão de que trata o art. 8º em processo administrativo e encaminhá-la à Cogep no prazo de 90 (noventa) dias, contado da publicação desta Portaria, para ateste de sua regularidade.*
> *§ 1º Se houver a concessão do ateste a que se refere o caput, a Cogep encaminhará a proposta de projeto de gestão à Coordenação-Geral de Planejamento, Organização e Avaliação Institucional (Copav), para avaliação quanto ao alinhamento ao planejamento estratégico da RFB.*
> *§ 2º Atestada e avaliada a regularidade da proposta de projeto de gestão para a atividade em conformidade com o caput e o § 1º, a proposta será encaminhada ao Subsecretário de Gestão Corporativa, que então a encaminhará, se estiver de acordo: (Redação dada pela Portaria RFB nº 118, 4 de fevereiro de 2022)*
> *II - ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, para análise e aprovação, nos demais casos. (Incluído pela Portaria RFB nº 118, de 2022)*
> *§ 3º Caso o projeto de gestão seja aprovado nos termos do § 2º, o gestor da atividade ou do processo de trabalho expedirá portaria específica para divulgação da tabela de atividades a que se refere o inciso I do caput do art. 8º, do procedimento de solicitação dos interessados para participação no programa de gestão e das demais informações necessárias.*

Além dos detalhes já expostos como procedimentos gerais nos arts. 10 e 12 da IN ME/SEDGG/SGP nº 65, de 2020 (tais como os regimes de execução autorizados, as atividades permitidas, suas faixas de complexidade e os respectivos parâmetros de definição de complexidade, seus tempos de execução nas modalidades presencial e de teletrabalho e as entregas esperadas), nos termos do *caput*, de seus incisos I a VIII e X e dos §§ 1º, 2º, 5º e 6º do art. 8º da Portaria RFB nº 68, de 2021, este projeto deve detalhar o eventual limite de vagas, a definição das atividades passíveis de serem realizadas presencialmente, as métricas de aferição trimestral de produtividade e os critérios a serem adotados pela chefia imediata do participante para aferir o atingimento ou não das metas estipuladas em horas, em gradiente de 0 a 10 pontos. Para este fim, a chefia imediata deve atribuir pontuação 0 ponto para o não atendimento da entrega esperada (por nenhuma entrega ou por entrega insuficiente); 5 pontos para o atendimento satisfatório da entrega esperada ainda que com necessidade de ajustes; e 10 pontos para o atendimento com excelência da entrega esperada, sendo consideradas satisfatórias apenas as entregas avaliadas pela chefia imediata com nota no mínimo igual a 5.

> *Portaria RFB nº 68, de 2021 - Art. 8º O gestor da atividade ou do processo de trabalho em programa de gestão encaminhará, por meio de processo administrativo, para análise da Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep), a proposta de projeto de gestão para a atividade ou o processo de trabalho a ser implementado em sua área, com:*
> *I - a tabela de atividades que serão desenvolvidas pelos participantes, que conterá:*

a) as atividades específicas a serem realizadas pelo participante em seu respectivo processo de trabalho;
b) a faixa de complexidade das atividades;
c) os parâmetros adotados para definição da faixa de complexidade;
d) o tempo de execução das atividades em regime presencial;
e) o tempo de execução das atividades em teletrabalho; e
f) as entregas esperadas;
II - o indicador de desempenho e o critério utilizado para sua escolha;
III - as metas a serem alcançadas, expressas em horas equivalente e com periodicidade avaliativa no mínimo trimestral, e o critério utilizado para sua definição;
IV - o detalhamento das métricas de aferição da produtividade devidamente fundamentadas;
V - o quantitativo de vagas disponíveis e o critério utilizado para a sua definição;
VI - a definição das atividades presenciais e sua forma de atendimento;
VII - as áreas ou unidades administrativas autorizadas a atuar em programa de gestão;
VIII - o regime de execução a que se refere o caput do art. 4º;
X - as orientações para a aferição das entregas realizadas, mediante análise fundamentada da chefia imediata, que será realizada no prazo de até 40 (quarenta) dias, contado da apuração do resultado, quanto ao atingimento ou não das metas estipuladas, observada a seguinte pontuação:
a) 0 (zero) ponto: atendimento insatisfatório - não houve entrega ou a entrega não atendeu ao esperado; (Redação dada pela Portaria RFB nº 118, de 2022)
c) 5 (cinco) pontos: atendimento satisfatório - o atendimento foi o esperado quanto à entrega, mesmo com necessidade de ajustes;
e) 10 (dez) pontos: atendimento com excelência - houve atendimento pleno ao esperado quanto à entrega; e
§ 1º O gestor da atividade ou do processo de trabalho em programa de gestão será o coordenador-geral, coordenador especial, Corregedor, chefe de assessoria, Chefe da Ouvidoria ou Chefe do Cetad responsável por propor, implementar e acompanhar as atividades em programa de gestão na respectiva área de atuação, conforme processos de trabalho constantes do Anexo Único desta Portaria.
§ 2º Somente serão consideradas satisfatórias as entregas cuja nota atribuída pela chefia imediata em conformidade com o inciso X do caput seja igual ou superior a 5 (cinco) pontos.
§ 5º A necessidade de execução de atividades presenciais poderá ser atendida por rodízio entre os participantes ou medida semelhante, que deverá constar do plano de trabalho.
§ 6º O início da realização das atividades em programa de gestão pelo participante poderá ocorrer em qualquer dia do mês, caso haja compatibilidade com a periodicidade das metas estabelecidas. (Redação dada pela Portaria RFB nº 215, de 2022)
§ 7º Caso não haja a compatibilidade com a periodicidade das metas prevista no § 6º, o início da realização das atividades em programa de gestão pelo participante dar-se-á no primeiro dia de cada trimestre civil ou de cada mês, conforme o caso. (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)

Pode se dizer que, para este segundo e mais abrangente programa de gestão, com três modalidades de execução, o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil abarcou praticamente a integralidade das atividades e dos processos de trabalho da RFB, conforme a extensa lista constante do Anexo Único da Portaria RFB nº 68, de 2021, mencionado no § 1º do seu art. 8º, estando o processo de trabalho correcional contemplado no item 38.

Portaria RFB nº 68, de 2021 - Anexo Único - Processos de Trabalho da RFB

1. Formular e Analisar Propostas de Política Tributária e Aduaneira
2. Monitorar e Avaliar o Sistema Tributário e Aduaneiro
3. Acompanhar e Subsidiar a Avaliação das Políticas Públicas Implementadas com Benefício Fiscal
4. Gerir o Crédito Tributário e a Arrecadação
5. Gerir Direito Creditório de Contribuinte
6. Controlar Benefícios Fiscais e Regimes Especiais de Tributação
7. Monitorar Grandes Contribuintes
8. Controlar o Cumprimento das Obrigações Acessórias
9. Atuar na Garantia do Crédito Tributário
10. Promover a Conformidade Tributária
11. Realizar Pesquisa e Seleção
12. Realizar a Fiscalização
13. Realizar a Vigilância e Repressão
14. Realizar Ações de Pesquisa e Investigação
15. Controlar Processos de Importação e Exportação
16. Realizar Auditorias de Conformidade Aduaneira e Fiscal
17. Controlar Processos Aduaneiros Diferenciados
18. Gerenciar Riscos Operacionais Aduaneiros
19. Autorizar Intervenientes
20. Controlar Regimes Aduaneiros
21. Formular Atos Interpretativos e Normativos
22. Propor a Uniformização da Jurisprudência
23. Julgar Recursos Administrativos
24. Subsidiar a Atuação da Defesa no Contencioso
25. Desenvolver a Moral Tributária
26. Prestar Orientação e Atendimento
27. Gerir Ouvidoria
28. Conduzir Relações Institucionais
29. Conduzir Relações Internacionais
30. Realizar a Comunicação Social
31. Gerir Cadastros Tributários e Aduaneiros
32. Gerir a Estratégia e o Desempenho Organizacional
33. Gerir Estrutura Organizacional
34. Gerir Portfólio e Projetos
35. Realizar a Gestão de Processos
36. Realizar a Comunicação Interna
37. Gerir Conhecimento e Inovação
38. Desenvolver a Integridade Funcional
39. Promover a Ética Institucional
40. Gerir Riscos Institucionais
41. Realizar Auditoria Interna
42. Elaborar Planejamento Orçamentário
43. Gerir Execução Orçamentária e Financeira
44. Realizar Gestão Contábil
45. Gerir Controle Funcional
46. Recrutar e Selecionar Pessoas
47. Capacitar e Desenvolver Pessoas
48. Gerir Desempenho
49. Gerir Provimento, Mobilidade e Desligamento de Pessoas
50. Promover Valorização e Qualidade de Vida no Trabalho
51. Realizar Governança de TI
52. Prospectar Inovações e Gerir Necessidades em Soluções de TI
53. Desenvolver, Adquirir e Implantar Soluções de TI
54. Manter e Suportar Soluções de TI
55. Gerir Prestadores de Serviço e Fornecedores de TI
56. Gerir Segurança de TI

57. Gerir Materiais Serviços
58. Gerir Imóveis e Obras
59. Gerir Mercadorias Apreendidas
60. Realizar Gestão Documental
61. Realizar Controle Processual
62. Gerir e Executar as Atividades Relativas à Preservação e Manutenção da Memória Institucional

Ademais, nos termos dos arts. 21 e 22 da Portaria RFB nº 68, de 2021, até o último dia do mês subsequente ao término de cda trimestre civil, os Chefes de Escor e o Corregedor, como titulares de unidades, devem publicar no sítio eletrônico da RFB relatório consolidado de acompanhamento do programa de gestão em suas respectivas unidades (com disponibilização dos resultados individuais no Sistema de Apoio às Atividades Administrativas - SA3) e, anualmente, o Corregedor, agora na condição de gestor da atividade, deve encaminhar à Copav relatório de acompanhamento global deste segundo programa de gestão, com informações qualitativas de participantes e de variações de produtividade e de rotatividade de pessoal e com informações qualitativas de análise gerencial de resultados em termos de melhorias dos trabalhos, dificuldades e sugestões de aperfeiçoamento da norma de regras gerais.

Portaria RFB nº 68, de 2021 - Art. 21. Ao final de cada trimestre civil, serão divulgados os resultados alcançados pelos participantes em programa de gestão consolidados por unidade da RFB. (Redação dada pela Portaria RFB nº 215, de 5 de setembro de 2022)
§ 1º Os resultados a que se refere o caput serão publicados, até o último dia do mês subsequente ao término do trimestre civil, no sítio eletrônico da RFB, contendo a consolidação dos resultados por unidade. (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)
§ 2º Os resultados individualizados por participante serão disponibilizados no SA3. (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)
§ 3º Na hipótese de o indicador de produtividade ser mensurado em periodicidade inferior à trimestral, será considerado, para a avaliação de que trata o caput, o cálculo ajustado da produtividade considerando-se a totalidade de horas potenciais, de horas em atividades e de horas em deduções no período coberto por planos de trabalho dentro do trimestre civil. (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)
Art. 22. O relatório de acompanhamento global anual, elaborado pelo gestor da atividade ou do processo de trabalho com base nas informações prestadas pelos titulares das unidades, conterá, no mínimo, as seguintes informações:
I - de natureza quantitativa, para análise estatística dos resultados alcançados:
a) total de participantes e seu respectivo percentual em relação ao quadro de pessoal;
b) variação de gastos, quando houver, em valores absolutos e percentuais;
c) variação de produtividade, quando houver, em valores absolutos e percentuais;
d) variação de agentes públicos por unidade após adesão ao programa de gestão;
e) variação no absenteísmo, em valores absolutos e percentuais; e
f) variação na rotatividade da força de trabalho, em valores absolutos e percentuais; e
II - de natureza qualitativa, para análise gerencial dos resultados alcançados:
a) melhoria na qualidade dos produtos entregues;
b) dificuldades enfrentadas;
c) boas práticas implementadas; e
d) sugestões de aperfeiçoamento da Instrução Normativa SGP/SEDGG/ME nº 65, de 2020, se houver.
§ 1º O relatório a que se refere o caput será remetido à Copav, que consolidará

> *os resultados da RFB para remessa ao órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipec), em observância ao disposto nos arts. 17 e 28 da Instrução Normativa SGP/SEDGG/ME nº 65, de 2020.*
> *§ 2º Serão divulgadas apenas informações não sigilosas, com base nas regras de transparência de informações e dados previstas em legislação.*

Neste ponto, descritas as características específicas deste segundo programa de gestão que contempla três regimes de execução, implementado internamente pela Portaria RFB nº 68, de 2021, nos moldes disciplinados pela IN ME/SEDGG/SGP nº 65, de 2020, é importante pontuar que o art. 37 desta norma do órgão central do Sipec contempla a possibilidade de o órgão ou entidade já possuir programa de gestão anterior, como é o caso da RFB, nos moldes da Portaria RFB nº 2.383, de 2027, hipótese em que pode solicitar sua validação à ME/SEDGG/SGP, mediante justificativa de que a sua readequação às novas regras gerais acarretaria perda de resultados.

> *IN ME/SEDGG/SGP nº 65, de 2020 - Art. 37. O órgão ou entidade integrante do SIPEC que já possua programa de gestão instituído, poderá solicitar sua validação ao órgão central do SIPEC, desde que apresente justificativas fundamentadas que comprovem que, considerando suas características e especificidades, a readequação do seu programa de gestão às regras estabelecidas nesta Instrução Normativa ocasionaria retrocesso ou prejuízo aos resultados atingidos.*
> *§ 1º Os programas de gestão que não atendam aos requisitos necessários para validação na forma do caput deverão ser readequados às diretrizes desta Instrução Normativa, no prazo de cento e oitenta dias a partir de sua publicação.*

Neste sentido, o Ministro de Estado da Economia, na sua já citada Portaria ME nº 334, de 2020, ao mesmo tempo em que autorizou a adoção do segundo programa de gestão, determinou, no parágrafo único do art. 1º, que órgãos e entidades que já possuam ferramentas desta natureza procedam conforme acima exposto, nos termos do art. 37 da IN ME/SEDGG/SGP nº 65, de 2020, ou seja, solicitando sua validação ao órgão central do Sipec. Ademais, o parágrafo único do art. 2º desta Portaria ME ratificou que os servidores que já participavam de programa de gestão anterior que tenha sido objeto de pedido de validação devem prosseguir atuando nos termos já autorizados, sem lhes impor descontinuidade de gozo do direito.

> *Portaria ME nº 334, de 2020 - Art. 1º*
> *Parágrafo único. Os órgãos e entidades de que trata o caput que já possuam programas de gestão instituídos deverão observar o procedimento disposto no art. 37 da Instrução Normativa nº 65, de 30 de julho de 2020, da Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.*
> *Art. 2º Os servidores participantes de iniciativas de gestão semelhantes às de que trata a Instrução Normativa nº 65, de 2020, deverão apresentar-se presencialmente em sua unidade de exercício até 27 de janeiro de 2021.*
> *Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos servidores participantes de programa de gestão cuja unidade solicite sua validação ao órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - SIPEC, nos termos do que dispõe o art. 37 da Instrução Normativa nº 65, de 2020.*

É por este motivo que o § 3º do art. 4º e o *caput* do art. 23, ambos da Portaria RFB nº 68, de 2021, permitem a continuidade do programa de gestão de modalidade única de teletrabalho integral, estabelecido pela Portaria RFB nº 2.383, de 2017, nas atividades e nos processos de trabalho que já gozavam de autorização expressa por meio da Portaria RFB nº 390, de 2019 (no total de quinze, em que se inclui o processo de trabalho correcional, no inciso III do seu Anexo Único), desde antes da data de vigência da IN ME/SEDGG/SGP nº

65, de 2020, que se deu em 01/09/20. Mas ressalve-se que o *caput* do art. 23 eliminou do primeiro programa de gestão o percentual adicional de 15% de produtividade que era exigido para o teletrabalho.

> *Portaria RFB nº 68, de 2021 - Art. 4º*
> *§ 3º Será permitida a execução do programa de gestão no regime de teletrabalho instituído pela Portaria RFB nº 2.383, de 13 de julho de 2017, para as atividades ou os processos de trabalho cuja implementação tenha ocorrido em data anterior à vigência da Instrução Normativa SGP/SEDGG/ME nº 65, de 2020, que contenham características e especificidades para as quais a readequação do seu programa de gestão às regras estabelecidas na referida Instrução Normativa ocasionaria retrocesso ou prejuízo aos resultados atingidos.*
> *Art. 23. Fica autorizada a continuidade de execução do programa de gestão instituído pela Portaria RFB nº 2.383, de 2017, excluído o percentual de produtividade adicional estabelecido.*

No caso de o gestor da atividade ou do processo de trabalho (o Corregedor, no caso) optar por manter o primeiro programa de gestão de modalidade única de teletrabalho integral estabelecido pela Portaria RFB nº 2.383, de 2017, e autorizado no Anexo Único da Portaria RFB nº 390, de 2019, deve apenas revisar, em até seis meses da data de publicação da Portaria RFB nº 68, de 2021 (ou seja, até 01/04/22), as metas de produtividade, a fim de harmonizar com o novo regramento acerca deste tema.

> *Portaria RFB nº 68, de 2021 - Art. 23.*
> *§ 1º O gestor da atividade ou do processo de trabalho em programa de gestão que optar pela continuidade de que trata o caput, deve revisar as respectivas metas no prazo de 6 (seis) meses, contado da publicação dessa Portaria.*

O mais importante a se concluir então é que os dois programas de gestão - o primeiro programa de gestão de modalidade única de teletrabalho integral estabelecido pela Portaria RFB nº 2.383, de 2017, e o segundo programa de gestão, que contempla três regimes de execução, disciplinado nos moldes da IN ME/SEDGG/SGP nº 65, de 2020, e implantado pela Portaria RFB nº 68, de 2021 - coexistem, convivem e não se excluem, tanto que esta Portaria RFB não revogou integralmente aquela outra.

Ao contrário, não por acaso, a Portaria RFB nº 68, de 2021, em seu art. 27, apenas revogou alguns dispositivos da Portaria RFB nº 2.383, de 2017, ao mesmo tempo em que, no § 3º do seu art. 23, fez aplicar ao primeiro programa de gestão os seus comandos mais recentes referentes àqueles dispositivos revogados. Em outras palavras, a Portaria RFB nº 68, de 2021, não só manteve a execução do primeiro programa de gestão de modalidade única de teletrabalho integral estabelecido pela Portaria RFB nº 2.383, de 2017, como também estabeleceu pontes de contato e áreas de interseção deste com o segundo programa de gestão que contempla três regimes de execução. Ainda neste sentido de harmonização dos dois programas de gestão, a Portaria RFB nº 118, de 4 de fevereiro de 2022, além de ter implantado algumas alterações de ajuste na Portaria RFB nº 68, de 2021, revogou, no inciso II do seu art. 2º, o § 1º do art. 2º e o parágrafo único do art. 13 da Portaria RFB nº 2.383, de 2017, que impunham o percentual adicional de 15% de produtividade no primeiro programa, eliminado já desde a redação original da Portaria RFB nº 68, de 2021, em seu art. 23. Na mesma linha, posteriormente, a Portaria RFB nº 215, de 5 de setembro de 2022, não só revogou o art. 21 da Portaria RFB nº 2.383, de 2017, como determinou a sua integral revogação a partir de 01/01/23, conforme a alíenea “a” do inciso I e a alínea “b” do inciso II do seu art. 4º

> *Portaria RFB nº 68, de 2021 - Art. 23.*
> *§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 3º, 6º, 6º-A, 9º, 11, 15, 16 e 21-A aos participantes do Programa de Gestão da RFB regulamentado pela Portaria*

RFB nº 2.383, de 2017. (Redação dada pela Portaria RFB nº 215, de 2022)
Art. 27. Ficam revogados os seguintes dispositivos da Portaria RFB nº 2.383, de 13 de julho de 2017:
I - art. 14;
II - § 1º do art. 15;
III - arts. 16 e 17;
IV - art. 19; e
V - art. 25.

Portaria RFB nº 119, de 2022 - Art. 2º Ficam revogados os seguintes dispositivos:
II - da Portaria RFB nº 2.383, de 13 de julho de 2017:
a) O § 1º do art. 2º; e
b) O parágrafo único do art. 13.

Portaria RFB nº 215, de 2022 - Art. 4º Ficam revogados:
I - na data de publicação dessa Portaria:
a) o art. 21 da Portaria RFB nº 2.383, de 13 de julho de 2017;
II - em 1º de janeiro de 2023:
a) a Portaria RFB nº 2.383, de 13 de julho de 2017;

Há uma correlação de conteúdo entre os arts. 14, 16, 17, 19, 21 e 25 da Portaria RFB 2.383, de 2017, revogados, e os arts. 3º, 6º, 9º, 11, 15, 21 da Portaria RFB nº 68, de 2021. Os arts. 14, 16, 17, 19, 21 e 25 da primeira Portaria RFB que, respectivamente, tratavam das indisponibilidades dedutíveis das metas, das causas de vedação para participar do programa de gestão, dos critérios de priorização de seleção de participantes na hipótese de haver mais interessados que vagas, das hipóteses de desligamento do participante do programa de gestão, dos relatórios trimestrais de acompanhamento e de avaliação e das responsabilidades do participante ao aderir à ferramenta, passam a ter o tratamento agora estabelecido pelos arts. 9º, 3º, 6º, 15, 21 e 11 da nova Portaria RFB. Acrescente-se ainda que o comando também revogado do § 1º do art. 15 da Portaria RFB nº 2.383, de 2017, estabelecia prazos mínimo e máximo de permanência do participante no programa de gestão, substituído por sugestão de adoção de revezamento de interessados no § 3º do art. 6º da Portaria RFB nº 68, de 2021. Pode-se dizer que houve uma equiparação uniformizadora dos direitos e das responsabilidades dos participantes do primeiro e do segundo programas de gestão.

Assim, o primeiro programa de gestão de modalidade única de teletrabalho integral estabelecido pela Portaria RFB nº 2.383, de 2017, permanece em execução no sistema correcional, uma vez que foi autorizado tempestivamente pela Portaria RFB nº 390, de 2019, apenas com as atualizações pontuais acima indicadas, de forma que aquelas suas cinco especificidades se regem pela mesma norma que estabeleceu o segundo programa de gestão, cabendo ao Corregedor revisar suas metas até 01/04/22 e isto sem prejuízo de este gestor do processo de trabalho diligenciar para ter aprovado o novo programa de gestão no âmbito da Coger até 30/12/21. O § 4º do art. 23 da Portaria RFB nº 68, de 2021, estabelece que esta deve ser aplicada subsidiariamente à Portaria RFB nº 2.383, de 2017.

Portaria RFB nº 68, de 2021 - Art. 23.
§ 4º Aplica-se subsidiariamente a Portaria RFB nº 68, de 2021, à Portaria RFB nº 2.383, de 2017. (incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)

Esta interseção do primeiro programa de gestão com os comandos da Portaria RFB nº 68, de 2021, reitera-se, implica na imediata dispensa da parcela de 15% a mais de produtividade para o participante em comparação aos servidores não participantes desta ferramenta de gestão, a fim de se igualar com o novo programa de gestão, à vista do *caput* do art. 23, e também porque as metas deverão ser revistas, conforme o § 1º do mesmo dispositivo - e com positivada ratificação da revogação dos dispositivos da Portaria RFB nº 2.383, de 2017, que impunham tal percentual, operada pela posterior Portaria RFB nº 118, de 2022.

Outra relevante repercussão no primeiro programa de gestão diz respeito às vedações de participação, uniformizadas com as hipóteses vedantes do segundo programa de gestão. Conforme os incisos do *caput* do art. 3º da Portaria RFB nº 68, de 2021, a regra geral é da permissão de participação, restando as vedações nos §§ 1º a 3º do dispositivo. Além da óbvia vedação a servidores que não executem atividades mensuráveis, no inciso I do § 1º do art. 3º, foi mantida a vedação para servidor que tenha cometido infração disciplinar em até dois anos antes de solicitar participação; no inciso II do mesmo § 1º, passou-se a vedação de retorno à participação para apenas dois meses em razão de desligamento de ofício por não atingimento de metas, enquanto anteriormente se vedava por dois anos; e, no inciso III subsequente, acrescentou-se a vedação para servidor em exercício em unidade ou setor para que não tenha sido formalmente designado outro agente para ocupar o cargo de chefe titular ou substituto. Também há uma grande mudança na lista subjetiva de vedações a participar, tendo se substituído a abrangente restrição para qualquer servidor nomeado ou designado para cargo ou função de chefia para uma lista exaustiva que, em síntese, praticamente proíbe apenas os Diretores de Programas e os titulares e respectivos adjuntos de unidades da RFB (exceto os Delegados Adjuntos das Delegacias de Julgamento da Receita Federal do Brasil - DRJ) para participarem nas modalidades de teletrabalho integral ou parcial (podem participar na modalidade de trabalho presencial), inclusive deixando claro que o fato de ser designado como substituto eventual impede a participação apenas no período do exercício deste encargo, quando se submete ao controle de frequência, conforme os §§ 2º e 3º do art. 3º e o inciso II do § 2º do art. 4º, ambos da Portaria RFB nº 68, de 2021.

> *Portaria RFB nº 68, de 2021 - Art. 3º*
> *§ 1º É vedada a participação no programa de gestão de quem:*
> *I - tenha incorrido em falta disciplinar apurada mediante procedimento de sindicância ou processo administrativo disciplinar no período de 2 (dois) anos anteriores à data de solicitação para participar do programa de gestão; e*
> *II - tenha sido desligado do programa de gestão com base na disposição prevista na alínea "a" do inciso II do caput do art. 15 nos 2 (dois) meses anteriores à data da solicitação para participar do programa de gestão.*
> *§ 2º É vedada a participação no programa de gestão no regime de teletrabalho do servidor que tenha sido nomeado ou designado para cargo ou função:*
> *I - de titular e respectivos adjuntos das seguintes unidades da RFB:*
> *a) das unidades centrais:*
> *1. Gabinete (Gabin);*
> *2. Assessorias;*
> *3. Subsecretarias;*
> *4. Corregedoria (Coger);*
> *5. Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros (Cetad);*
> *6. Ouvidoria (Ouvid);*
> *7. Coordenações-Gerais;*
> *8. Coordenações Especiais; e*
> *9. Coordenações; e*
> *b) das unidades descentralizadas:*
> *1. Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil (SRRF);*
> *2. Delegacias da Receita Federal do Brasil (DRF);*
> *3. Delegacias de Julgamento da Receita Federal do Brasil (DRJ);*
> *4. Delegacias Especializadas da Receita Federal do Brasil;*
> *5. Alfândegas da Receita Federal do Brasil (ALF);*
> *6. Inspetorias da Receita Federal do Brasil (IRF);*
> *7. Agências da Receita Federal do Brasil (ARF); e*
> *8. Postos de Atendimento da Receita Federal do Brasil (Posto); e*
> *II - de Diretor de Programa da RFB.*
> *§ 3º A designação para o encargo de substituto dos cargos ou das funções citados no § 2º não veda a participação no programa de gestão em regime de*

> *teletrabalho, exceto no período do exercício do encargo da substituição.*
> *Art. 4º*
> *§ 2º Os participantes do programa de gestão ficam dispensados do controle de frequência, exceto:*
> *II - no período do exercício do encargo da substituição a que se refere o § 3º do art. 3º.*

Qanto à possibilidade de participação no programa de gestão por parte de servidor fora do País, o art. 6º-A da Portaria RFB nº 68, de 2021, nos incisos I, III, IV, V e VII do *caput*, estabeleceu as hipóteses e os critérios da concessão (sempre de interesse da Administração e autorizada, por prazo determinado, pelo Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, a favor de servidores estáveis). A concessão somente é permitida como instrumento de substituição ao afastamento para estudo no exterior, ao exercíio provisório, ao acompanhamento de cônjuge, à remoção para tratamento médico e à licença para acompanhar cônjuge ou companheiro no exterior.

> *Portaria RFB nº 68, de 2021 - Art. 6º-A. O teletrabalho com o servidor participante residindo no exterior somente será admitido: (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)*
> *I - para servidores efetivos que tenham concluído o estágio probatório; (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)*
> *II - em regime de execução integral; (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)*
> *III - no interesse da administração; (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)*
> *IV - com autorização do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, vedada a subdelegação; (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)*
> *V - por prazo determinado; (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)*
> *VI - com manutenção das regras referentes ao pagamento de vantagens, remuneratórias ou indenizatórias, como se estivesse em exercício no território nacional; e(Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)*
> *VII - em substituição a: (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)*
> *a) afastamento para estudo no exterior previsto no art. 95 da Lei nº 8.112, de 11 dezembro de 1990, quando a participação no curso puder ocorrer simultaneamente com o exercício do cargo; (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)*
> *b) exercício provisório de que trata o § 2º do art. 84 da Lei nº 8.112, de 1990; (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)*
> *c) acompanhamento de cônjuge afastado nos termos do disposto nos art. 95 e art. 96 da Lei nº 8.112, de 1990; (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)*
> *d) remoção de que trata a alínea "b" do inciso III do parágrafo único do art. 36 da Lei nº 8.112, de 1990, quando o tratamento médico necessite ser realizado no exterior; ou (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)*
> *e) licença para acompanhamento de cônjuge que não seja servidor público deslocado para trabalho no exterior, nos termos do disposto no caput do art. 84 da Lei nº 8.112, de 1990. (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)*

Também no que diz respeito aos critérios de seleção de interessados nos dois programas de gestão quando ultrapassarem o número de vagas porventura delimitado, o art. 6º da Portaria RFB nº 68, de 2021, estabeleceu novos regramentos, igual para ambos. De se destacar a previsão do seu § 3º, para que seja realizado, a cada dois anos, revezamento entre interessados (promovido pela chefia imediata) quando seu quantitativo exceder o número de vagas porventura limitado, tendo-se eliminado a imposição anterior de limites mínimo e máximo de prazo de permanência do participante no primeiro programa de gestão.

> *Portaria RFB nº 68, de 2021 - Art. 6º O limite de vagas vinculadas ao programa de gestão da RFB deve considerar, nos termos dos incisos V a VII do*

> *art. 8º:*
> *I - o quantitativo necessário à execução das atividades cuja presença física seja necessária e à execução de trabalho externo;*
> *II - o eventual impacto no atendimento ao público, interno ou externo; e*
> *III - o funcionamento e a manutenção da unidade.*
> *§ 1º Caso haja mais interessados do que vagas disponíveis, terão preferência, na seguinte ordem, os participantes:*
> *I - com horário especial, nos termos dos §§ 1º a 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990;*
> *II - gestantes e lactantes, durante o período de gestação e amamentação;*
> *III - com mobilidade reduzida, nos termos da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000;*
> *IV - com maior tempo de exercício na unidade, ainda que descontínuo;*
> *V - com maior tempo de exercício no cargo atual;*
> *VI - com vínculo efetivo; e*
> *VII - com maior tempo de exercício na respectiva atividade, ainda que descontínuo.*
> *§ 2º Compete ao titular da unidade de exercício dos participantes instaurar o procedimento de seleção dos interessados.*
> *§ 3º Sempre que possível, o chefe imediato promoverá, a cada 2 (dois) anos, o revezamento entre os interessados em participar do programa, observado os critérios estabelecidos no § 1º, caso haja mais interessados do que vagas disponíveis. (Redação dada pela Portaria RFB nº 118, de 2022)*

A lista de indisponibilidades dedutíveis das metas também foi atualizada, conforme o art. 9º da Portaria RFB nº 68, de 2021, igualmente válida para ambos programas de gestão, tendo ganho alguns itens a mais que a versão original, sendo as hipóteses elencadas nos doze incisos do *caput* obrigatórias e as hipóteses elencadas nos dois incisos do § 1º facultativas. E, no que tange às atribuições e responsabilidades formais do participante, elencadas no art. 11 da Portaria RFB nº 68, de 2021, não houve relevantes alterações, salvo a revogação das obrigações originalmente previstas de o servidor ter de estar disponível para participar de eventos de trabalho, inclusive presenciais, e de comparecer periodicamente ao trabalho ou quando excepcionalmente convocado pelo chefe imediato (não obstante a obrigação de atender a convocações permanecer estabelecida no inciso III do art. 22 da Instrução Normativa ME/SEDGG/SGP nº 65, de 2020).

> *Portaria RFB nº 68, de 2021 - Art. 9º Devem ser deduzidas das metas a que se refere o inciso III do caput do art. 8º, a título de indisponibilidade, as ocorrências, os afastamentos e as tarefas dissociadas da essencialidade das atividades do processo de trabalho, especialmente:*
> *I - os treinamentos no interesse da RFB ofertados por programa de capacitação da RFB;*
> *II - as reuniões administrativas;*
> *III - as viagens a serviço, desde que não inerentes às atividades executadas em programa de gestão;*
> *IV - o período de deslocamento decorrente de viagem a serviço, desde que a tarefa a ser executada seja inerente às atividades executadas em programa de gestão;*
> *V - as participações em operações da área aduaneira ou de tributos internos ou força-tarefa, desde que não inerentes às atividades executadas em programa de gestão;*
> *VI - as férias;*
> *VII - os feriados e pontos facultativos reconhecidos em ato da Administração Pública Federal;*
> *VIII - as licenças e os afastamentos previstos em lei e ausências previstas em legislação de pessoal; (Redação dada pela Portaria RFB nº 215, de 2022)*
> *IX - a execução de atividades de elaboração de material ou instrutoria em*

treinamentos e cursos ofertados por programa de capacitação da RFB, ou atividade similar ou correlata, caso não constitua atribuição inerente às atividades executadas em programa de gestão pelo participante;
VIII - as licenças e os afastamentos previstos em lei e ausências previstas em legislação de pessoal; (Redação dada pela Portaria RFB nº 215, de 2022)
XI - o atendimento a demandas de controle, procedentes dos tribunais de contas, da Controladoria-Geral da União (CGU), do ministério público, de órgãos do Poder Judiciário, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), da corregedoria e da auditoria interna, caso não constitua atribuição inerente às atividades executadas em programa de gestão pelo participante;
XIV - a atuação, como agente promotor ou organizador, em ações de cidadania fiscal, de conformidade tributária e aduaneira e de comunicação institucional, previamente autorizadas, desde que não inerentes às atividades executadas em programa de gestão; e (Redação dada pela Portaria RFB nº 215, de 2022)
XV - convocação para comparecimento pessoal do participante à unidade em conformidade com a alínea "b" do inciso IX do art. 8º; (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)
XVI - o período de efetiva dedicação do servidor, comprovado mediante relatório mensal de regularidade de atuação elaborado, tempestivamente, pela Unidade Gestora da Atividade (UGA), em conformidade com o art. 18-A da Portaria RFB nº 2.383, de 2017, limitado ao percentual máximo definido como parcela de contribuição no ato de designação do servidor para atuação na modalidade de Alocação Direta (AD) do Modelo de Dedicação Funcional. (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)
§ 1º Poderão ser deduzidos das metas:
I - até 1 (uma) hora diária para a execução de tarefas que não sejam inerentes ou não estejam diretamente relacionadas às atividades executadas em programa de gestão; e
II - o período correspondente à execução de tarefas inerentes ou diretamente relacionadas à execução das atividades do processo de trabalho, que justificadamente não sejam passíveis de metrificação, desde que previamente identificadas no projeto de gestão.
§ 2º O resultado da soma dos períodos a que se referem o inciso II do caput e o § 1º não poderá ser superior a 30% (trinta por cento) da jornada de trabalho do participante.
§ 3º É vedado o aproveitamento total ou parcial do resultado excedente da meta obtido em um período de apuração trimestral em períodos subsequentes.
§ 4º O inciso II não se aplica às reuniões destinadas para execução de atividades previstas einerentes ao processo de trabalho. (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)
§ 5º A inclusão da dedução prevista no inciso XV do caput condiciona-se ao preenchimento, no Plano de trabalho, das atividades realizadas no período. (Incluído pela Portaria RFB nº 215, de 2022)

Como nos demais temas acima, as hipóteses causadoras de desligamento de participante do segundo programa de gestão foram estendidas igualmente para o primeiro, de acordo com os comandos do art. 15 da Portaria RFB nº 68, de 2021. Neste tema, além da hipótese óbvia de desligamento a pedido do próprio servidor, destaca-se a substituição da possibilidade de desligamento de participante em razão de decurso de prazo estabelecido para sua permanência pela previsão de fim do período de participação concedida em sistema de revezamento, conforme alínea “c” do inciso II do *caput* do art. 15 da Portaria RFB nº 68, de 2021. Merece menção também a hipótese prevista no inciso V do mesmo dispositivo, de o servidor vir a ser nomeado ou designado titular de unidade ou adjunto. E, conforme já aduzido, há a previsão de desligamento pelo não atingimento de metas estabelecidas, quando a avaliação for abaixo de 50% da meta exigida no trimestre ou quando for abaixo de 100% da meta exigida na média nos últimos dois trimestres, conforme a alínea “b” do inciso II do

caput e o § 3º do art. 15 da Portaria RFB nº 68, de 2021. Todos os atos de desligamento devem ser formalizados por meio de portaria de pessoal do chefe imediato designante, a ser publicada no BS RFB.

> *Portaria RFB nº 68, de 2021 - Art. 15. O participante será desligado do programa de gestão nas seguintes hipóteses:*
> *I - por solicitação, observada a antecedência mínima de 10 (dez) dias;*
> *II - de ofício, mediante decisão motivada do chefe imediato ou do gestor da atividade ou do processo de trabalho:*
> *a) pelo descumprimento de quaisquer dos deveres previstos nesta Portaria e no Projeto de Gestão, inclusive das atribuições e responsabilidades previstas no art. 11; (Redação dada pela Portaria RFB nº 215, de 2022)*
> *b) pelo não atingimento das metas estabelecidas, observado o disposto no § 3º;*
> *c) pelo fim do prazo estabelecido em sistema de revezamento; ou*
> *d) no interesse da RFB, por razão de necessidade ou redimensionamento da força de trabalho, mediante justificativa, observada a antecedência mínima de 10 (dez) dias;*
> *III - em virtude de alteração de exercício, de remoção que implique alteração de exercício, ou de alteração de dedicação de que trata o art. 12; (Redação dada pela Portaria RFB nº 215, de 2022)*
> *IV - em virtude de designação do participante para a execução de atividade não abrangida pelo programa de gestão; ou*
> *V - pela superveniência das hipóteses de vedação estabelecidas no inciso I do §1º e no § 2º do art. 3º.*
> *§ 1º No prazo de 10 (dez) dias, contado da ciência do desligamento do programa de gestão, o participante deverá retornar ao trabalho presencial em sua unidade de localização física.*
> *§ 2º O participante deve prosseguir em regular exercício das atividades no programa de gestão durante o prazo previsto no § 1º.*
> *§ 3º O desligamento por não atingimento das metas estabelecidas será aplicado nos casos de resultado abaixo de: (Redação dada pela Portaria RFB nº 118, de 2022)*
> *I - 50% (cinquênta por cento) da meta exigida no trimestre; ou (Redação dada pela Portaria RFB nº 118, de 2022)*
> *II - 100% (cem por cento) da meta exigida na média do resultado dos últimos 2 (dois) trimestres. (Redação dada pela Portaria RFB nº 118, de 2022)*

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

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

Em complemento ao relato histórico iniciado em **2.2.1.1**, refletindo o Decreto nº 2.331, de 1º de outubro de 1997, a partir de 1998, o Regimento Interno da então Secretaria da Receita Federal (SRF), à época aprovado pela Portaria MF nº 227, de 3 de setembro de 1998, passou a contemplar a Corregedoria (Coger) e os Escritórios de Corregedoria (Escor) como unidades do órgão, em lugar da pioneira Coordenação-Geral de Auditoria e Correição (Coauc). E assim permanecem a Coger e os Escor, ininterruptamente, até os dias atuais, pois, embora atuem em matéria distinta da atividade-fim institucional (qual seja, da fiscalização, tributação, arrecadaão, atendimento e controle aduaneiro), aquelas unidades de correição compõem e integram a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) e, mesmo sendo autônomas e independentes em sua atuação, não são estranhas ou externas ao órgão.

O sistema correcional, em razão da natureza peculiar de suas competências, tem uma atuação bastante específica, podendo-se dizer, figuradamente, que é um sistema "transversal" à estrutura orgânica da RFB. Isto equivale a ponderar que, tanto à época em que se chamavam, de forma estanque, de sistemas as diferentes linhas de atuação, quanto na atual visão mais dinâmica que as chama de macroprocessos de trabalho (que se subdividem em inúmeros processos de trabalho), as unidades de correição da RFB possuem competências regimentais que não se refletem, não se executam e não se encerram "verticalmente", como é o comum das demais áreas de atuação, que, em descrição muito sintética (e reconhecidamente desatualizada), se irradiam de cima para baixo no organograma, de determinada unidade central para as respectivas projeções regionais e locais. Diferentemente desta visão estanque e verticalizada, o sistema correcional, de forma peculiar, "corta" em linha transversal a estrutura e o desenho regimental da RFB, comunicando-se com todos os macroprocessos de trabalho internos, importando afirmar que nenhuma outra estrutura do órgão se posiciona imune ou à margem da atuação disciplinar.

Desde a época da criação da Coauc, passando pela já mencionada norma regimental subsequente à criação da Coger e dos Escor, até o atual Regimento Interno da RFB (aprovado pela Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020), organicamente, o sistema correcional da RFB mantém o *status* de unidade central de assessoramento direto do titular do órgão. Não obstante esta proximidade (necessária, salutar e relevante) com o dirigente máximo (desde o então Secretário da Receita Federal até o atual Secretário Especial da Receita Federal do Brasil), a posição regimental ocupada pela corregedoria não lhe retira sua independência técnica e sua autonomia de ação, nos limites de sua competência, pois, do contrário, cogitar de um sistema correcional com atuação tutelada seria o mesmo que cogitar de uma farsa.

Mas aqui se faz necessário reiterar e melhor detalhar o exposto em **2.2.1.1**, acerca da relevante alteração estrutural sofrida pelo órgão quando das mudanças introduzidas desde a Medida Provisória (MP) nº 870, de 1º de janeiro de 2019, e posteriormente convertida na Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019. Longe de se ter imposto apenas mais uma mudança nos nomes do órgão e de seu titular, adjetivando-os de "Especiais", eis que aquele diploma legal, no inciso IV do seu art. 32, criou uma até então inexistente Subsecretaria-Geral da Receita Federal do Brasil, instituindo uma espécie de escalonamento nas chamadas unidades de assessoramento direto.

> *Lei nº 13.844, de 2019 - Art. 32. Integram a estrutura básica do Ministério da Economia:*
> *IV - a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, com até 1 (uma) Subsecretaria-Geral;*

Na ordem jurídica interna vigente até 31/12/18, abaixo do titular do órgão, em absoluto paralelismo em termos de grau de proximidade e de imediata subordinação frente aquele dirigente máximo, perfilavam horizontalmente todas as unidades centrais que se denominavam de assessoramento direto (basicamente, de gabinete, assessorias, algumas coordenações-gerais e outras unidades com *status* de coordenação-geral, em que se incluía a Coger). Além da posição individual e única do então Secretário Adjunto da Receita Federal do Brasil, não havia nenhum degrau hierárquico intermediário a separar aquele rol uniformemente equiparado de unidades centrais do então Secretário da Receita Federal do Brasil.

Com a inovação legal, mitigou-se a expressão "de assessoramento direto", podendo-se dizer que passou a existirem oito cargos em comissão e duas unidades amoldadas ao sentido estrito daquela expressão, por de fato estarem diretamente subordinados ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil. Ao mesmo tempo, as demais unidades centrais (e seus cargos em comissão e funções de confiança) ainda consideradas de assessoramento direto a rigor passaram a sê-lo apenas no sentido lato da expressão, visto haver, entre elas e o dirigente

máximo do órgão, o cargo de Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, flexibilizando a literalidade do termo “direto”.

E este escalonamento não foi por acaso ou apenas para conceituar duas espécies de assessoramento direto, pois, muito mais que isto, o novo desenho regimental permitiu diferenciar a natureza dos cargos em comissão a serem ocupados na espécie mais estrita. O art. 64 da Lei nº 13.844, de 2019, alterando o parágrafo único e o seu inciso I do art. 14 da Lei n° 11.457, de 16 de março de 2007 (que dispõe organicamente sobre a RFB como órgão federal responsável pela administração tributária e aduaneira da União, disciplinando a fusão dos Fiscos federais), previu cinco cargos em comissão isolados e alçados ao patamar de assessoramento direto do Secretário Especial e, para estes e para os três cargos em comissão a serem ocupados no Gabinete (Gabin), permitiu a dispensa da obrigatória qualidade de serem providos por servidores ativos ocupantes de cargos efetivos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB) ou inativos ou ainda por servidores ativos ocupantes de cargos efetivos provenientes, à época, de redistribuição da extinta Secretaria de Receita Pevidenciária (SRP)

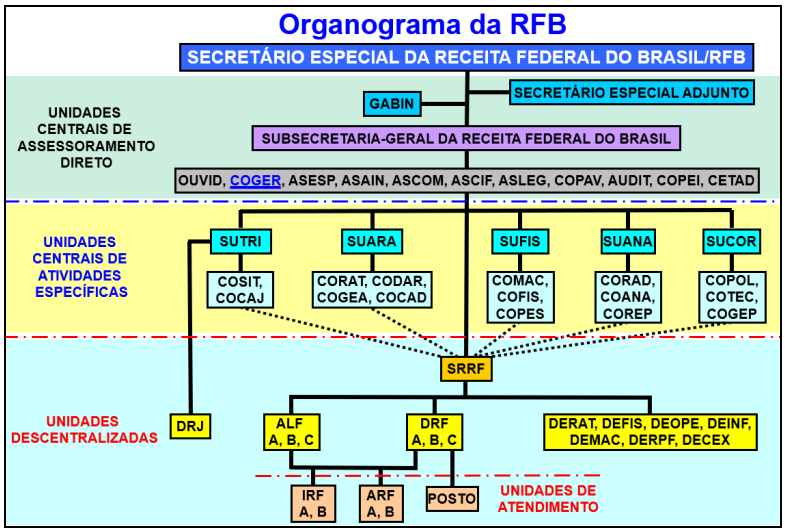
Este fato assume simbólica relevância ao se resgatar que, até 31/12/18, em todo órgão, apenas o seu titular, o Secretário da Receita Federal do Brasil, de nomeação exclusiva pelo Presidente da República, conforme o art. 7º da Lei nº 13.844, de 2019, podia ter provimento naquele cargo de natureza especial por critérios político-estratégicos e não ser ocupado por servidor detentor de cargo efetivo da Carreira TARFB. Não havia a extensão da regra de exceção agora imposta no parágrafo único do art. 14 da mesma Lei. No anterior regramento legal, todos os cargos em comissão e funções de confiança da RFB, com a única exceção do dirigente máximo do órgão, eram ocupados por servidores ativos ou inativos da carreira específica ou por servidores ativos de cargos redistribuídos à época da fusão dos Fiscos federais.

> *Lei nº 11.457, de 2007 - Art. 7º Fica criado o cargo de Natureza Especial de Secretário da Receita Federal do Brasil, com a remuneração prevista no parágrafo único do art. 39 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003.*
> *Parágrafo único. O Secretário da Receita Federal do Brasil será escolhido entre brasileiros de reputação ilibada e ampla experiência na área tributária, sendo nomeado pelo Presidente da República.*
> *Art. 12. Sem prejuízo do disposto no art. 49 desta Lei, são redistribuídos, na forma do disposto no art. 37 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para a Secretaria da Receita Federal do Brasil, os cargos dos servidores que, na data da publicação desta Lei, se encontravam em efetivo exercício na Secretaria de Receita Previdenciária ou nas unidades técnicas e administrativas a ela vinculadas e sejam titulares de cargos integrantes:*
> *I - do Plano de Classificação de Cargos, instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, ou do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo de que trata a Lei nº 11.357, de 19 de outubro de 2006;*
> *II - das Carreiras:*
> *a) Previdenciária, instituída pela Lei nº 10.355, de 26 de dezembro de 2001;*
> *b) da Seguridade Social e do Trabalho, instituída pela Lei nº 10.483, de 3 de julho de 2002;*
> *c) do Seguro Social, instituída pela Lei nº 10.855, de 1º de abril de 2004;*
> *d) da Previdência, da Saúde e do Trabalho, instituída pela Lei nº 11.355, de 19 de outubro de 2006.*
> *Art. 14. Fica o Poder Executivo federal autorizado a proceder à transformação, sem aumento de despesa, dos cargos em comissão e das funções de confiança existentes na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia. (Redação dada pela Lei nº 13.844, de 2019)*
> *Parágrafo único. Sem prejuízo das situações em curso, os cargos em comissão e as funções de confiança a que se refere o caput deste artigo, com exceção*

> *daqueles destinados ao assessoramento direto e ao gabinete do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, são privativos de servidores: (Redação dada pela Lei nº 13.844, de 2019)*
> *I - ocupantes de cargos efetivos da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia ou de servidores que tenham obtido aposentadoria nessa condição, hipótese esta restrita à ocupação de cargo em comissão; e (Redação dada pela Lei nº 13.844, de 2019)*
> *II - alcançados pelo disposto no art. 12 desta Lei.*

Esta única alteração legal redundou em dois efeitos práticos: além da inédita permissividade para uma possível e eventual ocupação de oito cargos em comissão de alta cúpula no órgão mediante critério meramente político, operou-se também um rebaixamento hierárquico na estrutura técnica que sempre vigorou, no que diz respeito ao antigo molde em que todas as unidades centrais de assessoramento direto se equiparavam (em que se incluía a Coger). As unidades, os cargos em comissão e as funções de confiança de caráter técnico, até então integralmente ocupados por servidores efetivos da Carreira TARFB e que possuíam o *status* de assessorarem diretamente o titular do órgão, o então Secretário da Receita Federal do Brasil, embora ainda regimentalmente classificados como tal, passaram a se subordinar imediatamente ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, no que se incluem a Coger e o Corregedor. Acrescente-se ainda que a percepção de rebaixamento hierárquico em toda estrutura técnica alicerçada nas cinco Subsecretarias, como unidades centrais de atividades específicas, e até mesmo no âmbito das unidades descentralizadas, nas dez Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil (SRRF) que, se não tiveram alteração na natureza do provimento de seus cargos em comissão e na ocupação de suas funções de confiança, também deixaram de se reportar diretamente ao dirigente máximo, passando a fazê-lo àquele Subsecretário-Geral. O parágrafo único do art. 5º e o art. 6º, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB ratificam esta afirmação de subordinação das unidades centrais de assessoramento direto, das cinco Subsecretarias e das dez SRRF ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 5º*
> *Parágrafo único. As Subsecretarias e as Unidades de Assessoramento Direto, subordinadas diretamente ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, realizam, respectivamente, a governança e a gestão, em âmbito nacional, dos processos de trabalho relativos às suas áreas de atuação.*
> *Art. 6º As Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil (SRRF), subordinadas diretamente ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, jurisdicionam as regiões fiscais, conforme discriminado no Anexo V.*



Já desde o Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019, em seu Anexo II, se identificam,

além do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil (ocupante de cargo de natureza especial), os oito cargos em comissão acima mencionados como cargos de assessoramento direto em sentido estrito a que se refere a redação alterada do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 11.457, de 2007, que podem ter provimentos de mero viés político, sem a necessária qualificação técnica obrigatória advinda do provimento efetivo em cargo da Carreira TARFB. Destes oito, primeiramente mencionam-se cinco cargos em comissão isolados, à margem de unidades: um Secretário Especial Adjunto (ocupante de cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - código DAS-101.6), dois Diretores de Programa (ocupantes de cargos em comissão código DAS-103.5) e dois Assessores (ocupantes de cargos em comissão código DAS-102.4); e complementam aqueles oito mais três cargos em comissão do Gabin: um Chefe de Gabinete (ocupante de cargo em comissão código DAS-101.4), dois Assessores Técnicos (ocupantes de cargos em comissão código DAS-102.3) e um Assistente (ocupante de cargo em comissão código DAS-102.2).

Como se percebe, à luz do art. 12 do Decreto nº 9.739, de 28 de março de 2019, os cargos em comissão acima mencionados se incluem tanto na categoria direção (código 101), que, por corresponderem a unidades administrativas, comportam subordinados e substituto, quanto na categoria assessoramento (códigos 102), que não comporta subordinados e substitutos e na categoria direção de projetos (códigos 103), que comporta apenas substituto. Informe-se que o instituto da substituição eventual está previsto no art. 38 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Cabe reiterar que, ainda que não se altere a histórica cultura interna de a RFB ser essencialmente técnica em sua alta direção, não se provendo estes cargos em comissão com agentes estranhos ao órgão, mantendo a alta administração institucional nas mãos de detentores de cargos efetivos da Carreira TARFB, é de se sublinhar que a esdrúxula alteração legal ocorreu, passou a compor o ordenamento e está vigente. E esta alteração específica do parágrafo único e do inciso I do art. 14 da Lei nº 11.457, de 2007, imposta pelo art. 64 da Lei nº 13.844, de 2019, não só é temerária como também destoa como extravagante. É de se lembrar que a Lei nº 13.844, de 2019, estabelece a organização básica de todo Poder Executivo federal, desde a Presidência da República até os Ministérios e chama a atenção que única e exclusivamente a RFB e a sua carreira específica mereceram comando legal específico na linha do citado art. 64.

Em termos verticais de unidades componentes do organograma, independentemente dos códigos dos cargos em comissão de suas titularidades e também abstraindo os cinco cargos em comissão imediatamente subordinados ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, o regramento atual coloca o Gabin e a Subsecretaria-Geral da Receita Federal do Brasil como as duas únicas unidades centrais de assessoramento direto em sentido estrito. A linha paralela equiparada de unidades centrais de assessoramento direto, agora no sentido lato da expressão, se situa organicamente abaixo daquele Subsecretário-Geral, a partir do qual se manteve a obrigatoriedade de provimento com servidor ocupante de cargo da carreira específica, e contém a Coger, as assessorias, algumas coordenações-gerais e outras unidades com *status* de coordenação-geral.

Também é interessante interpretar, à luz dos arts. 63 e 64 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, que, em linhas gerais, compete ao órgão como todo em sua instância máxima, e, consequentemente, ao seu titular, o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, todas as macroquestões fiscais, da administração tributária, aduaneira e previdênciária, enquanto à Subsecretaria-Geral e a seu titular, o Subsecretário-Geral, compete, em sintéticas palavras, assistir diretamente e auxiliar o Secretário Especial, bem como substituí-lo em suas ausências ou impedimentos, comando reiterado no inciso I do art. 352 do Anexo I do Regimento Interno da RFB.

O Secretário Especial delegou e subdelegou ao Subsecretário-Geral da Receita Federal

do Brasil, por meio da Portaria RFB nº 224, de 7 de fevereiro de 2019, a competência para praticamente todos os atos atinentes, *lato sensu*, à gestão superior de pessoas. E esta percepção se faz relevante no presente texto, uma vez que o regime e o processo disciplinares tangenciam muito mais fortemente a atividade-meio da gestão de pessoas que a atividade-fim fiscal. Ademais, a subordinação hierárquica imediata do Corregedor ao Subsecretário-Geral indicaria, em tese, este superior como interlocutor e destinatário apriorístico das provocações e dos expedientes advindos da Coger. Não obstante, é de se ponderar que o Regimento Interno da RFB posiciona a Coger como unidade de assessoramento direto do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, sendo plausível que os contatos, os comunicados, os encaminhamentos e as remissões da unidade de correição à alta Administração do órgão se deem, como regra geral, para aquele dirigente máximo, sem que configure quebra de hierarquia. Aponta na mesma direção - a favor da interlocução com o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil - a interpretação histórica de que, em normas ou até mesmo em meras praxes em que se fazia alguma menção ao Secretário da Receita Federal do Brasil, como então dirigente máximo, a leitura ou a aplicação para o atual contexto regimental podem, em geral, ser dirigidas àquele atual titular do órgão.

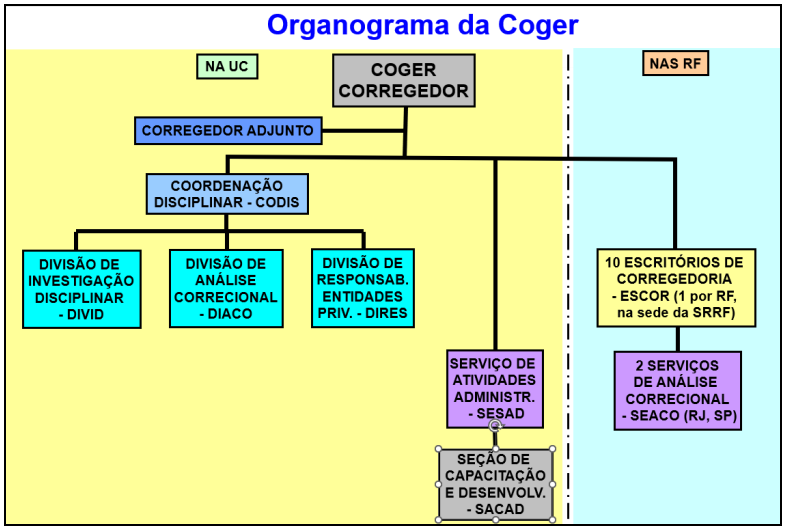
A própria instituição reconhece esta forte interseção hoje existente entre competências do Secretário Especial e do Subsecretário-Geral da Receita Federal, a ponto de as normas da lavra tanto de um quanto de outro trazerem a sigla “RFB” indistintamente. De certa forma, em sintéticas palavras, as normas de regência sobre temas macro da atividade-fim fiscal-tributária, em regra, recaem no Secretário Especial, enquanto as normas sobre a execução cotidiana das competências institucionais, no que se incluem temas intima e limitadamente internos, como questões funcionais e de pessoal, podem (não necessariamente) recair no Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil.

Na estrutura regimental interna, no que se refere à área técnica especificamente, a Coger conta com uma Coordenação Disciplinar (Codis) - na qual se destacam três divisões, em especial a Divisão de Investigação Disciplinar (Divid) e a Divisão de Análise Correcional (Diaco), que tiveram seus embriões nas duas Divisões similares existentes ao tempo da Coauc, além da Divisão de Responsabilização de Entidades Privadas (Dires) - e com seus dez Escor, um para cada Região Fiscal (RF), situado no município em que se sedia a respectiva SRRF. Em razão de peculiaridades estratégicas e geográficas da 2ª RF, no período entremeado pelos Regimentos Internos da RFB aprovados pela Portaria MF nº 95, de 30 de abril de 2007, e pela já mencionada Portaria MF n° 430, de 2017, o sistema correcional contou com um Núcleo de Corregedoria (Nucor) em Manaus.

Nas áreas de apoio à execução de suas matérias-fim, até a estruturação estabelecida pelo Regimento Interno da RFB aprovado pela Portaria MF nº 430, de 2017, a Coger contava com três Serviços e uma Seção, a saber, o Serviço de Acompanhamento Judicial e Controle (Sejuc), subordinado à Codis, e subordinados diretamente ao Corregedor, o Serviço de Controle da Atividade Correcional (Secac) e o Serviço de Atividades Administrativas (Sesad), ao qual é subordinada a Seção de Capacitação e Desenvolvimento (Sacad). Já a partir do Regimento Interno da RFB aprovado pela Portaria ME nº 284, de 2020, por provocação da própria Coger, o Secac e o Sejuc foram extintos, tendo suas competências sido absorvidas pela Diaco, e, em seus lugares, foram criados dois Serviços de Análise Correcional (Seaco), que, por decisão gerencial, foram distribuídos para serem subordinados ao Escor07 e ao Escor08, conforme item 1.2.3.3.1 do inciso I do art. 2º do Anexo I. As competências de cada uma destas subdivisões orgânicas da Coger serão abordadas em **2.2.2.2.2**.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 2º A RFB tem a seguinte estrutura organizacional:*
> *I - Unidades Centrais (UC)*
> *1 - Assessoramento Direto:*
> *1.1 - Gabinete (Gabin)*

1.2 - Subsecretaria-Geral da Receita Federal do Brasil (SGRFB)
1.2.3 - Corregedoria (Coger)
1.2.3.1 - Coordenação Disciplinar (Codis)
1.2.3.1.1 - Divisão de Investigação Disciplinar (Divid)
1.2.3.1.2 - Divisão de Análise Correcional (Diaco)
1.2.3.1.3 - Divisão de Responsabilização de Entidades Privadas (Dires)
1.2.3.2 - Serviço de Atividades Administrativas (Sesad)
1.2.3.2.1 - Seção de Capacitação e Desenvolvimento (Sacad)
1.2.3.3 - Escritório de Corregedoria (Escor)
1.2.3.3.1 - Serviço de Análise Correcional (Seaco)



Quanto à hierarquia interna, reitere-se que o Corregedor é imediata e diretamente subordinado ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil e, de forma indireta, ao Secretário Especial. Já os Chefes de Escor são diretamente subordinados apenas ao Corregedor. Apesar das idênticas jurisdições geográficas, os Chefes de Escor não se sujeitam a qualquer vinculação técnica ou subordinação hierárquica e funcional em relação aos respectivos Superintendentes da Receita Federal do Brasil - sem prejuízo da profícua relação de parceria, na busca dos mesmos objetivos institucionais de interesse público, uma vez que atuam interna e externamente como representantes regionais da Coger, conforme o parágrafo único do art. 21 do Anexo I do Regimento Interno da RFB, e da utilização das respectivas projeções regionais da alçada da Subsecretaria de Gestão Corporativa (Sucor), nas Divisões de Programação e Logística, de Gestão de Pessoas e de Tecnologia e Segurança da Informação (SRRF/Dipol, SRRF/Digep e SRRF/Ditec), pois as unidades de correição não possuem tais projeções internas. Os servidores lotados e em exercício na Coger têm sua linha de hierarquia iniciada na subordinação ao respectivo Chefe de Seção, de Serviço ou de Divisão e/ou ao Coordenador Disciplinar e/ou ao Corregedor; os servidores lotados e em exercício nos Escor têm sua linha de hierarquia iniciada na subordinação ao respectivo Chefe de Escor e depois ao Corregedor. Obviamente, por fim, todas as autoridades e todos os servidores do sistema correcional estão sob máxima a subordinação hierárquica ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil.

Diferentemente do ocupante do cargo de Corregedor (que ocupa cargo em comissão código DAS-101.4), que tem a especificidade de exercer mandato por nomeação do Ministro de Estado da Economia, os demais cargos em comissão e funções de confiança na Coger são de livre nomeação ou designação e exoneração ou dispensa a cargo do Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, já desde o substituto eventual do Corregedor e o Corregedor Adjunto, conforme a seguir se descreve.

De acordo com o § 5º do art. 11 da Portaria ME nº 40, de 30 de janeiro de 2020, o

Ministro de Estado da Economia subdelegou ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil a competência, em toda RFB, para nomear e exonerar os titulares de cargos em comissão do Grupo-DAS de níveis 1 a 4 e para designar e dispensar os titulares das funções de confiança Função Comissionada do Poder Executivo (FCPE) de níveis 1 a 4 e Função Gratificada (FG). Cabe informar que, embora expressamente revogada pela Portaria ME nº 7.081, de 9 de agosto de 2022, exclusivamente este comando da Portaria ME nº 40, de 2020, foi preservado no parágrafo único do art. 53 da norma revogadora. E de acordo com o inciso V do art. 2º da Portaria RFB nº 224, de 2019, o Secretário Especial subdelegou também ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil a competência, em toda RFB, para designar e dispensar os substitutos eventuais (instituto previsto no art. 38 da Lei nº 8.112, de 1990) dos cargos em comissão do Grupo-DAS de níveis 1 a 6 e das funções de confiança FCPE de níveis 1 a 6 e FG. Mas, por fim, no que tange às FG pertencentes a unidades centrais (como é o caso da Coger), de acordo com o art. 1º da Portaria RFB nº 56, de 16 de agosto de 2021, o Subsecretário-Geral subdelegou ao Coordenador-Geral de Gestão de Pessoas a competência, em toda RFB, para designar e dispensar os titulares e os respectivos substitutos eventuais.

> *Portaria ME nº 40, de 2020 - Art. 11.*
> *§ 5º Fica subdelegada a competência ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, para praticar atos de nomeação e exoneração dos titulares relativamente aos cargos em comissão do Grupo Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 1 a 4, às Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE, de mesmo nível, e designação e dispensa das Funções Gratificadas - FG, não se aplicando o disposto no § 3º.*
>
> *Portaria ME nº 7.081, de 2022 - Art. 53.*
> *Parágrafo único. Ficam preservadas as subdelegações das competências previstas nos §§ 4º e 5º do art. 11 da Portaria nº 40, de 30 de janeiro de 2020, do Ministério da Economia.*
>
> *Portaria RFB nº 224, de 2019 - Art. 2º Fica subdelegada a competência ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil para:*
> *V - praticar atos de designação e dispensa de substitutos eventuais dos cargos em comissão do Grupo Direção e Assesoramento Superiores, código DAS 101, níveis 1 a 6, e das Funções Comissionadas do Poder Executivo FCPE de níveis 1 a 5 e das Funções Gratificadas.*
>
> *Portaria RFB nº 56, de 2021 - Art. 1º Subdelegar competência ao Coordenador-Geral de Gestão de Pessoas para praticar atos de designação e dispensa de titulares e de substitutos eventuais de FG pertencentes às Unidades Centrais da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e suas subunidades, vedada subdelegação.*

Assim, especificamente no âmbito do sistema correcional, compete ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil nomear e exonerar o Corregedor Adjunto (ocupante de cargo em comissão código DAS-101.3), designar e dispensar o substituto eventual do Corregedor, nomear e exonerar os titulares e designar e dispensar os substitutos eventuais da Coordenação Disciplinar (titular ocupante de cargo em comissão código DAS-101.3) e dos Serviços (titulares ocupantes de cargo em comissão código DAS-101.1) e designar e dispensar os titulares e os substitutos eventuais das Divisões (titulares ocupantes de função de confiança código FCPE-101.2) e dos Escor (ocupantes de função de confiança código FCPE-101.2); e compete ao Coordenador-Geral de Gestão de Pessoas designar e dispensar o titular e o substituto eventual da Seção (titular ocupante de função de confiança código FG-1) - embora todos sejam cargos e funções em confiança do Corregedor e sejam por este indicados.

Ressalte-se que não se deve confundir o cargo de Corregedor Adjunto com o substituto eventual do Corregedor; embora ambos múnus recaiam sobre o Corregedor Adjunto, por força da regra geral do *caput* do art. 10 e da regra específica do inciso I do art.

355, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB, enquanto o exercício daquele primeiro provimento é diuturno, na competência própria de assistir ao Corregedor, este segundo encargo reflete a competência específica de substituir o Corregedor apenas nas suas ausências e impedimentos. Cabe destacar que, além da natural competência expressa no inciso I do art. 331 do Anexo I do Regimento Interno da RFB do Corregedor Adjunto assistir ao Corregedor no dia a dia de suas atribuições e substituir-lhe nas suas ausências e impedimentos, os incisos II e III estabelecem ainda que compete-lhe gerir as atividades realizadas pelos Escor e elaborar e propor as programações orçamentárias e de capacitação anual da Coger.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 10. Os ocupantes de cargos ou funções, em seus afastamentos ou impedimentos, serão substituídos pelos respectivos adjuntos ou, na inexistência desses, por servidores previamente designados, na forma prevista neste Regimento Interno ou em legislação específica.*
> *Art. 355. Ao Corregedor-Adjunto incumbe:*
> *I - assistir o Corregedor no desempenho de suas atribuições, e o substituir quando das suas ausências e impedimentos;*
> *II - gerir as atividades realizadas pelos Escor; e*
> *III - elaborar e propor as programações orçamentárias e de capacitação anuais da Coger.*

Reitere-se que a distribuição de cargos em comissão e de funções de confiança no âmbito do ME se encontra no Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019.

Como se percebe, à luz do art. 12 do Decreto nº 9.739, de 2019, os cargos em comissão e as funções de confiança FCPE acima mencionados são todos da categoria direção (códigos 101), que, por corresponderem a unidades administrativas, comportam subordinados e substituto, não havendo aqui cargos das categorias assessoramento e direção de projetos (códigos 102 e 103).

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

Esta delegação de competência deve ao máximo ser evitada, mas, quando insuperável, deve se restringir ao período da excepcional ausência simultânea do titular e do substituto eventual e preferencialmente a atos corriqueiros da manutenção do funcionamento da unidade. No caso do sistema correcional, não há como se cogitar de, nem mesmo na excepcional ausência dos titulares, se delegar as competências exclusivas, tais como instaurar procedimentos, designar ou reconduzir comissões ou prorrogar seus prazos, bem como convocar servidores, autorizar viagens a serviço, provocar instância fiscal, declarar nulidade processual, julgar e aplicar penalidades e decidir recursos. Atente-se que esta lista de delegação sintetiza as competências exclusivas - e, portanto, indelegáveis, conforme o inciso III do art. 13 da Lei n° 9.784, de 1999 - do Corregedor e dos Chefes de Escor, respectivamente previstas nos arts. 354 e 356 do Anexo I do Regimento Interno da RFB. As competências conjuntas (comuns a outras autoridades e, portanto, não exclusivas) se leem nos arts. 358, 365 e 366 do Anexo I do Regimento Interno da RFB e nada mais são que as competências para a prática de atos meramente de expediente e da administração da

Corregedoria ou do Escor e que não podem ser adiados e ainda mais facilmente se defende a possibilidade de sua delegação nas situações atipicamente emergenciais.

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

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.*
> *Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.*
> *Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:*
> *I - a edição de atos de caráter normativo;*
> *II - a decisão de recursos administrativos;*
> *III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.*
> *Art. 14. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial.*
> *§ 1º O ato de delegação especificará as matérias e poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada.*
> *§ 2º O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante.*
> *§ 3º As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.*

Nestes termos, informe-se que, por meio da Portaria Coger nº 133, de 26 de novembro de 2015, o Corregedor delegou competência ao Coordenador Disciplinar e a seu substituto eventual, para, nos afastamentos e impedimentos do Corregedor e do Corregedor Adjunto, praticarem todos os atos de que trata o atual art. 354 do Anexo I do Regimento Interno da RFB.

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

A tabela a seguir sintetiza as informações acima prestadas acerca das autoridades competentes para nomeações e exonerações de cargos em comissão e para designações e dispensas de funções de confiança da Coger.

<table>
<tr><th rowspan="2">Cargo</th><th rowspan="2">Código do DAS ou FCPE ou FG</th><th colspan="2">Nomeação e exoneração (para DAS) e designação e dispensa (para FCPE e FG e substitutos eventuais)</th></tr>
<tr><th>Titular</th><th>Substituto eventual</th></tr>
<tr><td>Corregedor</td><td>DAS-101.4</td><td>Ministro de Estado da Economia
(Decreto 9.745/19, art. 56, § 1º)</td><td rowspan="7">Subsecretário-Geral da RFB
(Portaria RFB 224/19, art. 2º, V)</td></tr>
<tr><td>Corregedor Adjunto</td><td>DAS-101.3</td><td rowspan="6">Subsecretário-Geral da RFB
(Portaria ME 40/20, art. 11, § 5º, c/c Portaria ME 406/20, art. 54, parágrafo único)</td></tr>
<tr><td>Coordenador Disciplinar</td><td>DAS-101.3</td></tr>
<tr><td>Chefes de Diaco, Divid e Dires</td><td>FCPE-101.2</td></tr>
<tr><td>Chefes de Escor</td><td>FCPE-101.2</td></tr>
<tr><td>Chefes de Serad e Seaco</td><td>DAS-101.1</td></tr>
</table>

Chefe da Sacad	FG-1	Coordenador-Geral da Cogep *(Portaria RFB 56/21, art. 1º)*	Coordenador-Geral da Cogep *(Portaria RFB 56/21, art. 1º)*

Nos termos do *caput* do art. 5º do Anexo I e do Anexo IV, ambos do Regimento Interno da RFB, não só a Coger mas também os Escor são unidades centrais, não obstante, com exceção do Escor da 1ª RF (Escor01), situarem-se fora de Brasília. De acordo ainda com estes dispositivos regimentais, a Coger e os Escor possuem lotação própria.

Conforme estabelece o já reproduzido parágrafo único do art. 5º do Anexo I do Regimento Interno da RFB, a Coger jurisdiciona em todo o território nacional o seu processo de trabalho específico, que juntamente com outros processos de trabalho associados à ética, à gestão de riscos e à auditoria interna, integram o macroprocesso de trabalho voltado à gestão da conformidade institucional.

A denominação destes processos de trabalho e do macroprocesso de trabalho se harmoniza com a redação da Portaria RFB nº 53, de 14 de julho de 2021, que estabelece o inventário de competências do órgão (com destaque específico para seu Anexo XII). A atual cadeia de valor institucional define o macroprocesso de trabalho como "Gestão da Conformidade Institucional", que engloba o processo de trabalho de interesse direto do sistema correcional, intitulado "Desenvolver a Integridade Funcional", ao lado dos processos de trabalho intitulados "Promover a Ética Institucional", "Gerir Riscos Institucionais" e "Realizar Auditoria Interna".

> *Portaria RFB nº 53, de 2021 - Anexo XII - Competências Individuais Específicas*
> *Macroprocesso: 8. Gestão da Conformidade Institucional*
> *Processo: 8.1 Desenvolver a Integridade Funcional*
> *1 Ilícitos disciplinares: Realizar análise de indícios de autoria e materialidade de ilícitos disciplinares, praticados por servidor, em sede de investigação disciplinar, conforme legislação vigente.*
> *2 Atos lesivos à Administração Pública: Realizar investigação preliminar de indícios de autoria e materialidade de atos lesivos à Administração Pública, praticados por pessoas jurídicas, conforme legislação vigente.*
> *3 Evolução Patrimonial: Analisar a evolução patrimonial de servidor, utilizando ferramentas de informação e inteligência disponibilizados pela RFB, conforme a legislação vigente.*
> *4 Oitivas e Interrogatórios: Apurar os fatos sob investigação por meio de oitivas e interrogatórios, utilizando as técnicas adequadas, conforme normas legais existentes.*
> *5 Processo Administrativo Disciplinar: Realizar as etapas previstas no Processo Administrativo Disciplinar, utilizando os sistemas e normas existentes, de acordo com critérios de rapidez e eficiência.*
> *6 Processo Administrativo de Responsabilização: Realizar as etapas previstas no Processo Administrativo de Responsabilização, utilizando os sistemas e normas existentes, de acordo com critérios de rapidez e eficiência.*
> *7 Ações judiciais: Monitorar a tramitação de ações judiciais relacionadas aos processos administrativos disciplinares e de responsabilização, usando as ferramentas disponíveis interna e externamente, considerando a legislação pertinente.*
> *8 Prevenção de ilícitos funcionais: Atuar na prevenção de ilícitos funcionais, utilizando os canais internos disponíveis, com base nas normas vigentes.*

A cadeia de valor institucional assim descreve o processo de trabalho da Coger, "8.1 Desenvolver a Integridade Funcional: Envolve a prevenção de ilícitos funcionais, a apuração de irregularidades e responsabilidades funcionais, o acompanhamento judicial de processos de interesse correcional e a definição e difusão da atividade correcional" e desdobra-o em cinco atividades mapeadas, assim definidas: "8.1.1 Prevenir Ilícitos Funcionais: Envolve as

atividades de apreciação e manifestação em consultas que versem sobre disciplina funcional, publicação de matérias relacionadas à conduta, deveres e proibições funcionais e a realização de palestras ao corpo funcional."; "8.1.2 Apurar Irregularidades Funcionais: Compreende os processos de investigação disciplinar, sindicância investigativa e sindicância patrimonial para apurar eventual irregularidade funcional detectada em atividade interna ou decorrente de denúncia ou representação."; "8.1.3 Apurar Responsabilidade Funcional: Compreende as fases de instauração, inquérito administrativo, elaboração de pareceres de julgamento e o julgamento de competência própria."; "8.1.4 Realizar Acompanhamento Judicial Relativo às Atividades Correcionais: Envolve atividades de acompanhamento de ações e atividades judiciais de interesse correcional e pesquisa jurisprudencial."; e "8.1.5 Definir e Difundir a Atividade Correcional: Engloba as atividades de elaboração de manuais de procedimento de investigação e de apuração de responsabilidade funcional e sua difusão e aplicação."

Sob esta ótica institucional, à Coger, no sentido estrito da unidade central em si, ainda sem desdobrar nas competências de suas subunidades (da Diaco, da Divid, da Dires e do Sedad, que se detalharão em **2.2.2.2.2**), incumbe regimentalmente todo gerenciamento e toda execução da atividade correcional, englobando as responsabilizações administrativas de servidores, mediante processo disciplinar, e de pessoas jurídicas, mediante processo administrativo de responsabilização (PAR), nos termos do *caput* do art. 16 do Anexo I do Regimento Interno da RFB.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 16. À Corregedoria (Coger) compete gerenciar e executar as atividades relativas à disciplina e correição dos servidores da RFB e à responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei.*

E já cabe aqui antecipar uma informação relevante, inovada no Regimento Interno da RFB aprovado pela Portaria ME nº 284, de 2020. Desde a criação da Coger e dos dez Escor, pelo Decreto nº 2.331, de 1997, a distribuição de suas competências acompanhava a ideia de sistemas que marcava a antiga estrutura orgânica da RFB, qual seja, de feixes de irradiação verticalizada de competências, desde a unidade central, com raio de atuação e de influência nacional e de foco mais gerencial, até as suas projeções regionais, com foco de execução delimitado à cada respectiva RF. Assim também, pode-se dizer, se estruturou organicamente e operou o sistema correcional da RFB desde 1997 até 2020.

Aproveitando o momento de necessidade de estabelecimento de uma nova ordem regimental, em razão das já mencionadas alterações impostas pela Lei nº 13.844, de 2019, e pelo Decreto nº 9.745, de 2019, a própria Coger provocou - e obteve - uma forte mudança nesta sua histórica divisão de competências. No Regimento Interno da RFB aprovado pela Portaria ME nº 284, de 2020, o *caput* do seu art. 21 do seu Anexo I quebrou o paradigma, deixando de haver a fragmentada atribuição de competências a cada Escor restrita a agentes ou a fatos circunscritos na sua respectiva RF. Cada um dos dez Escor passou a ter, indistintamente, competência para executar, em todo território nacional, todas as atividades que o Regimento Interno da RFB atribui à Coger, no parágrafo único do art. 16 do Anexo I. Como este comando regimental confere à Coger competências gerenciais e executoras de um rol de atividades, é correto afirmar que o gerenciamento é uma competência exclusiva, enquanto a execução é concorrente entre a Coger e os dez Escor.

Assim, em sintéticas palavras, em âmbito nacional, cabe à Coger gerenciar e, de forma concorrente com os Escor, executar atividades de análise de notícias de supostas irregularidades, buscando o aprimoramento da subfase investigativa; de decisão pelo arquivamento de procedimentos em fase de admissibilidade ou pela instauração do respectivo processo contraditório; de verificação de todo o acervo físico e eletrônico de informações, processos e documentos de posse da RFB, na busca de aspectos correcionais nos procedimentos fiscais, de manifestação em razão de consulta sobre temas correcionais; e de

acompanhamento da jurisprudência e de processos de interesse da Coger, nos termos agregados dos incisos I a VIII do art. 16 e do *caput* do art. 21, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 16.*
> *Parágrafo único. No exercício de suas competências, caberá à Coger:*
> *I - analisar as representações e as denúncias que lhe forem encaminhadas;*
> *II - instaurar, decidir pelo arquivamento, em juízo de admissibilidade, e conduzir procedimentos disciplinares e de responsabilização de entidades privadas, para apurar irregularidades praticadas no âmbito da RFB;*
> *III - acompanhar, avaliar, executar e definir critérios, métodos e procedimentos para as atividades de investigação disciplinar;*
> *IV - verificar, no interesse de suas atividades, dados, informações e registros contidos nos sistemas da RFB e em quaisquer documentos constantes dos seus arquivos;*
> *V - solicitar ou executar diligências, requisitar informações, processos e documentos necessários ao exame de matéria na área de sua competência;*
> *VI - verificar os aspectos disciplinares dos feitos fiscais e de outros procedimentos administrativos;*
> *VII - apreciar consultas e manifestar-se sobre matérias relativas a condutas, deveres, proibições e demais temas que versem sobre disciplina funcional e responsabilização de entidades privadas;*
> *VIII - acompanhar o andamento de ações judiciais e subsidiar os órgãos de defesa da União na área de sua competência;*
> *X - coordenar estudos para o aprimoramento da atividade disciplinar e de responsabilização administrativa de entidades privadas.*
> *Art. 21. Ao Escritório de Corregedoria (Escor) compete executar, em todo território nacional, as atividades atribuídas à Coger.*

Como únicas atribuições individualizadas de competências, respectivamente, o inciso IX do art. 16 e o parágrafo único do art. 21, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB conferem à Coger a condição de representar a RFB em fóruns e organismos internacionais que tratem da matéria de seu interesse e elege os Escor como representantes institucionais da Coger, junto a outras autoridades internas e externas situadas nas respectivas Regiões Fiscais. Por este comando, a interlocução, em nome do sistema correcional da RFB, com titulares de unidades descentralizadas, com membros do Poder Judiciário, do Ministério Público Federal (MPF), da Advocacia-Geral da União (AGU), com a Controladoria-Geral da União (CGU), com a Polícia Federal (PF) nas Regiões Fiscais, apenas para citar exemplos não exaustivos mais frequentes, se dá pelo respectivo Chefe de Escor (se prejuízo desta interlocução a cargo da Codis com as respectivas unidades centrais daqueles órgãos externos).

> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 16.*
> *Parágrafo único. No exercício de suas competências, caberá à Coger:*
> *IX - participar, na qualidade de representante da RFB, de fóruns ou organismos nacionais e internacionais relacionados ao enfrentamento e à prevenção da corrupção, ao fortalecimento da integridade funcional e à discussão da matéria disciplinar; e*
> *Art. 21.*
> *Parágrafo único. O Escor representará a Coger na região fiscal em que estiver localizado.*

Iniciando a análise regimental agora sob a ótica dos titulares das unidades de correição da RFB, sem prejuízo de diversas outras competências típicas de titular de unidade central e instrumentais, aqui se focando na competência disciplinar instauradora, nos termos do inciso III e do parágrafo único do art. 354 do Anexo I do Regimento Interno da RFB, o Corregedor é competente para investigar ou apurar quase todo quadro funcional do órgão, com exceção de infrações estatutárias supostamente cometidas pelo Secretário Especial da Receita Federal do

Brasil (ocupante de cargo de natureza especial), pelo Secretário Especial Adjunto, pelo Subsecretário-Geral (ocupantes de cargo em comissão código DAS-101.6), pelos Subsecretários (ocupantes de cargo em comissão código DAS-101.5), pelo próprio Corregedor, pelo Corregedor Adjunto e por servidores que as tenham cometido quando investidos naquelas qualidades.

A inteligência deste comando regimental advém das seguintes reservas de competência a favor da Corregedoria do Ministério da Economia (Coger-ME): frente ao titular do órgão, na alínea "b" do inciso V do art. 12 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, que exige ainda, apenas neste caso específico, ciência do Secretário-Executivo do ME, e no IV do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do ME; e frente aos ocupantes de cargo de Corregedor, de Corregedor Adjunto ou de cargos em comissão superiores ao seu próprio (ou seja, cargos em comissão códigos DAS de níveis acima de 4), no inciso II do mesmo art. 7º da Portaria MF nº 492, de 2013.

Mas é preciso acrescentar que o já mencionado inciso IV do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 2013, também reserva competência para a Coger-ME frente a conselheiros de órgãos colegiados do ME, o que alcança os servidores da Carreira TARFB que atuam na função pública de conselheiro representante da Fazenda Nacional, em dedicação integral e exclusiva no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf, que é um órgão colegiado, como segunda instância administrativa recursal em matéria tributária, autônomo em relação à RFB e diretamente vinculado ao Ministro de Estado da Economia), ou nele ocupando cargo em comissão ou função de confiança.

Também se faz necessário identificar um lapso no parágrafo único do art. 354 do Anexo I do Regimento Interno da RFB, ao não ter incluído na regra de exceção os ocupantes dos cargos em comissão de Diretores de Programas, código DAS-103.5. Embora estes cargos não estejam expressos no supracitado comando regimental, também restam à margem da competência do Corregedor por serem favorecidos pelo inciso II do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 2013.

Resumindo, então, a competência disciplinar instauradora do Corregedor, estabelecida no inciso III do art. 354 do Anexo I do Regimento Interno da RFB, exclui apenas o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, o Secretário Especial Adjunto, o Subsecretário-Geral, os Diretores de Programas, os Subsecretários, o próprio Corregedor, o Corregedor Adjunto e os conselheiros do Carf. Mas é de se ressalvar que o amplo espectro subjetivo resultante não se sustenta, na prática, efetivamente, como o foco da competência disciplinar instauradora do Corregedor. Conforme se detalhará em **4.2.1**, internamente, a Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, que dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da RFB, no inciso II do *caput* do art. 2º, regulamenta esta alçada do Corregedor como residual, delimitada a poucos cargos.

E tanto o parágrafo único do art. 354 do Anexo I do Regimento Interno da RFB quanto os inciso II e IV do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 2013, estabelecem que todas estas exclusões nas competências disciplinares instauradoras do Corregedor estendem-se aos ocupantes daqueles cargos de natureza especial ou em comissão tanto ao tempo do cometimento do fato quanto ao tempo da decisão de instaurar o rito disciplinar e aos respectivos substitutos eventuais por atos cometidos no exercício interino de tais funções.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 354. Ao Corregedor incumbe:*
> *III - instaurar ou avocar a instauração de procedimentos disciplinares, nos termos da lei;*
> *Parágrafo único. As atribuições previstas no inciso III do caput não abrangem os atos e fatos praticados pelo Secretário Especial da Receita Federal do*

> *Brasil, pelo Secretário Especial Adjunto, pelo Subsecretário-Geral, pelos Subsecretários, pelo Corregedor, pelo Corregedor-Adjunto e pelos servidores que praticaram atos passíveis de apuração disciplinar nestas qualidades.*
>
> *Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 2º A celebração do termo de ajustamento de conduta (TAC) de que trata a Instrução Normativa CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, e a instauração de sindicância disciplinar ou de PAD e o arquivamento destes em fase de admissibilidade competem:*
> *II - ao Corregedor, face a irregularidade praticada por servidor que ocupe cargos de Superintendente ou de Superintendente Adjunto da Receita Federal do Brasil, ou, no âmbito das Unidades Centrais da RFB, que ocupe função ou cargo de direção ou assessoramento superior ao do chefe de Escritório de Corregedoria (Escor), tanto à época dos fatos quanto à época da decisão, ou que tenha atuado em tais qualidades; e*
> *III - aos chefes de Escor, em todo território nacional, mediante critérios definidos em ato do Corregedor.*

Quanto aos Chefes de Escor, da mesma forma como se aduziu linhas acima soba ótica institucional das unidades, até o Regimento Interno da RFB aprovado pela Portaria MF nº 430, de 2017, como regra e em apertada síntese, eram regimentalmente competentes para praticamente quase todas as mesmas competências instrumentais do Corregedor, no âmbito exclusivo das respectivas Regiões Fiscais e em geral também delimitadamente aos procedimentos de suas iniciativas. Neste rumo, especificamente no que tange à competência disciplinar instauradora, eram competentes para investigar ou processar qualquer servidor ou autoridade local ou regional, estando fora de suas alçadas os respectivos ocupantes de cargos em comissão de Superintendente e de Superintendente Adjunto da Receita Federal do Brasil.

Com o Regimento Interno da RFB aprovado pela Portaria ME nº 284, de 2020, operou-se relevante alteração, por provocação da própria Coger, atribuindo-se aos Chefes de Escor, no *caput* do art. 356 do Anexo I, abrangência nacional a todas as suas competências regimentais, de forma total e indistintamente concorrente entre si. Assim, a partir deste marco normativo, aqui também no que diz respeito especificamente à sua competência disciplinar instauradora e sem prejuízo das diversas outras competências instrumentais, a competência dos dez Chefes de Escor se tornou nacionalmente concorrente.

De um lado, com a atribuição da competência nacional, fez-se relevante que a Portaria RFB nº 4.505, de 2020, estabelecesse a necessidade de critérios, definidos pelo Corregedor para identificar, quando um fato supostamente ilícito envolver servidor de determinada jurisdição, a qual Chefe de Escor incumbirá a competência disciplinar instauradora. O inciso III do *caput* do art. 2º desta Portaria RFB estabelece a competência nacional dos Chefes de Escor e remete a sua regulamentação a ato do Corregedor em que se definam estes critérios.

Esta regulamentação adveio com a Portaria Coger nº 128, de 16 de outubro de 2020. O seu art. 4º, em primeiro momento, de implantação desta impactante inovação, adotou postura conservadora e praticamente manteve a mesma linha que vinha sendo adotada antes da alteração regimental (só que, agora, com a vantagem de que, futuramente, quando se mostrar conveniente, pode ser alterada por ato do Corregedor, dispensando-se Portaria RFB). A regra vigente é de que a competência instauradora permanece no âmbito da respectiva RF, recaindo sobre o Chefe do Escor que jurisdiciona a unidade de lotação ou de exercício (se diferente) do servidor no momento da decisão em fase de admissibilidade.

> *Portaria Coger nº 128, de 2020 - Art. 4º A competência para celebração de termo de ajustamento de conduta (TAC), para instauração de sindicância disciplinar e de PAD e para arquivamento em fase de admissibilidade, prevista no inciso III do caput do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, cabe ao Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor) que jurisdicione a unidade de lotação ou de exercício do servidor no momento da decisão.*

De outro lado, também foi necessário que o parágrafo único do art. 356 do Anexo I do Regimento Interno da RFB identificasse a lista de cargos em comissão que excedem a competência disciplinar instauradora dos Chefes de Escor. Além, obviamente, de todos os cargos que extrapolam a competência disciplinar instauradora até do Corregedor (o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, o Secretário Especial Adjunto, o Subsecretário-Geral, os Diretores de Programas, os Subsecretários, o próprio Corregedor, o Corregedor Adjunto e os conselheiros do Carf) e que, obviamente, também extrapolam a mesma espécie de competência dos Chefes de Escor, também não lhes cabe investigar ou apurar infrações estatutárias supostamente cometidas por Chefe de Gabinete, Chefes de Assessorias, Assessores, Assessores Técnicos, Ouvidor, Coordenadores-Gerais, Coordenadores Especiais, Coordenadores, Coordenador Disciplinar, Chefe do Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros (Cetad), Superintendentes, Superintendentes Adjuntos, Chefes de Escor e por servidores que as tenham cometido quando investidos naquelas qualidades.

É de se mencionar que, a rigor, o parágrafo único do art. 356 do Anexo I Regimento Interno da RFB excepciona da competência disciplinar instauradora dos Chefes de Escor, além de todos os cargos que extrapolam a competência até do Corregedor, apenas os Coordenadores-Gerais, os Coordenadores Especiais, o Corregedor, o Corregedor Adjunto, o Coordenador Disciplinar, o Chefe de Gabinete, os Chefes de Assessorias e o Chefe do Cetad. Cabe aqui uma interpretação extensiva de esta lista não ser exaustiva. A inteligência é de que, no âmbito das unidades centrais, os detentores de cargos em comissão ou de funções de confiança de nível 3 ou superior, ou seja superiores à função de confiança FCPE de nível 2 dos Chefes de Escor, recaem na competência disciplinar instauradora do Corregedor. Isto faz incluir na sua competência, além dos Superintendentes e dos Superintendentes Adjuntos, os Assessores (ocupantes de cargos em comissão código DAS-102.4), os Assessores Técnicos, o Ouvidor e os Coordenadores (ocupantes de cargos em comissão código DAS-101.3). Teoricamente, no âmbito regimental, na hipótese de exercer competência disciplinar instauradora em face destes agentes, o Corregedor estaria exercendo sua competência avocatória, prevista no inciso III do art. 354 do Anexo I do Regimento Interno da RFB. Mas a questão é solucionada com a positivação existente no inciso II do *caput* do art. da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, que expressa no rol de competência disciplinar instauradora do Corregedor todo "*servidor (...), no âmbito das Unidades Centrais da RFB, que ocupe função ou cargo de direção ou assessoramento superior ao do chefe de Escritório de Corregedoria (Escor)*".

Ademais, outro detalhe a destacar é que o mesmo parágrafo único do art. 356 do Anexo I Regimento Interno da RFB menciona Coordenadores Especiais e os itens 2.3.2 e 2.4.2 do inciso I do art. 2º deste mesmo Anexo I lista duas Coordenações Especiais (Coordenação Especial de Maiores Contribuintes e Coordenação Especial de Gestão de Riscos Aduaneiros), enquanto o Anexo II, ao tabelar os cargos em comissão, menciona apenas Coordenadores, inclusive na posição em que seriam estes dois Coordenadores Especiais, sendo de se subentender correto e mais preciso o detalhamento do parágrafo único do art. 356 do Anexo I.

E, pelo menos *a priori*, uma vez que o parágrafo único do art. 356 do Anexo I do Regimento Interno da RFB não veda e tampouco a já mencionada regulamentação interna operada pelo inciso II do *caput* do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, remete ao Corregedor, no âmbito de normas do Ministro de Estado da Economia e do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, poderia um Chefe de Escor investigar e apurar infrações estatutárias cometidas por outro Chefe de Escor, salvo se, na iniciativa que parece mais razoável, o Corregedor lançar mão de sua competência avocatória, prevista no inciso III do art. 354 do mesmo Anexo I e também no inciso I do § 2º do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020.

> *Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 2º*
> *§ 2º O Corregedor poderá, a qualquer tempo:*
> *I - avocar a instauração ou a tramitação de sindicância disciplinar ou de PAD, sem que isso implique revogação parcial ou total da competência das autoridades a que se refere o inciso III do caput; e*

De forma análoga, todas estas exclusões nas competências disciplinares instauradoras dos Chefes de Escor estendem-se aos ocupantes daqueles cargos em comissão tanto ao tempo do cometimento do fato quanto ao tempo da decisão de instaurar o rito disciplinar e aos respectivos substitutos eventuais por atos cometidos no exercício interino de tais funções.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 356. Aos Chefes dos Escritórios de Corregedoria (Escor) incumbe, no âmbito de todo o território nacional:*
> *I - instaurar ou avocar a instauração de procedimentos disciplinares, nos termos da lei;*
> *Parágrafo único. As atribuições previstas no inciso I do caput não abrangem os atos e fatos praticados pelo Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, Secretário Especial Adjunto, Subsecretário-Geral, Subsecretários, Coordenadores-Gerais e Especiais, Corregedor, Corregedor-Adjunto, Coordenador Disciplinar, Chefe de Gabinete, Chefes de Assessorias, Chefe de Centro de Estudos, Superintendentes e Superintendentes-Adjuntos da RFB, e pelos servidores que praticaram atos passíveis de apuração disciplinar nestas qualidades.*

Nas passagens acima em que se mencionaram demais competências - além da disciplinar instauradora - instrumentais dos Chefes de Escor praticamente similares a competências do Corregedor, se fez referência às capacidades destas autoridades igualmente deflagrarem PAR de pessoas jurídicas, avocar procedimentos de qualquer natureza, julgar processos disciplinares nos limites de suas respectivas alçadas (comportando a aplicação de penas de suspensão de até trinta dias e de até noventa dias), declarar nulidades em procedimentos correcionais, convocar servidores, determinar diligências, requisitar informações, processos e documentos, determinar a realização de ação fiscal ou propor a sua revisão, conforme os incisos II a VI do art. 356 e os incisos IV a VIII do art. 354, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 354. Ao Corregedor incumbe:*
> *IV - instaurar ou avocar a instauração de procedimentos de responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei;*
> *V - julgar e aplicar a penalidade aos servidores lotados ou em exercício na RFB, em sindicâncias disciplinares ou processos administrativos disciplinares, nos casos de advertência ou de suspensão, nos termos da legislação de regência;*
> *VI - declarar a nulidade parcial ou total de procedimentos disciplinares relativos a atos e fatos praticados por servidores lotados ou em exercício na RFB e de procedimentos de responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei, quando verificada a existência de vícios insanáveis;*
> *VII - convocar servidor para integrar comissões de sindicância ou de inquérito, ou para integrar equipes de investigação disciplinar;*
> *VIII - determinar diligências, requisitar informações, processos e quaisquer documentos necessários às atividades de sua competência e determinar a realização de ação fiscal ou propor sua revisão, sempre que o exame de denúncias, de representações, de procedimentos disciplinares e de responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei, ou de outros expedientes relativos às suas atividades assim o recomendar;*
> *Art. 356. Aos Chefes dos Escritórios de Corregedoria (Escor) incumbe, no âmbito de todo o território nacional:*

> *II - instaurar ou avocar a instauração de procedimentos de responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei;*
> *III - julgar e aplicar a penalidade aos servidores lotados ou em exercício na RFB, em sindicâncias disciplinares ou processos administrativos disciplinares, nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias;*
> *IV - declarar a nulidade parcial ou total de procedimentos disciplinares relativos a atos e fatos praticados por servidores lotados ou em exercício na RFB e de procedimentos de responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei, quando verificada a existência de vícios insanáveis;*
> *V - convocar servidor para integrar comissões de sindicância ou de inquérito, ou para integrar equipes de investigação disciplinar; e*
> *VI - determinar diligências, requisitar informações, processos e quaisquer documentos necessários às atividades de sua competência e determinar a realização de ação fiscal ou propor sua revisão, sempre que o exame de denúncias, representações, procedimentos disciplinares e de responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei, ou outros expedientes relativos às suas atividades assim o recomendar.*

Além destas competências instrumentais praticamente concorrentes, devem ser mencionadas outras competências exclusivas do Corregedor, seja pelo motivo óbvio de ser superior hierárquico aos Chefes de Escor (de decidir recurso interposto contra decisões detas autoridades), seja pelo fato de ser titular de unidade central (de planejar, dirigir, organizar, normatizar, coordenar e orientar as atividades correcionais preventivas e repressivas, de efetuar consultas e solicitar pareceres órgãos externos), nos respectivos termos do inciso X e dos incisos I, II e IX do art. 354 do Anexo I do Regimento Interno da RFB.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 354. Ao Corregedor incumbe:*
> *I - planejar, dirigir, organizar, normatizar, coordenar e orientar a execução das atividades correcionais com a finalidade de promover ações preventivas e corretivas relacionadas à disciplina funcional, nos termos da lei;*
> *II - planejar, dirigir, organizar, normatizar, coordenar e orientar a execução das atividades de responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei;*
> *IX - efetuar consulta ou solicitar parecer aos órgãos jurídicos ou técnicos competentes para dirimir dúvidas quanto à interpretação da legislação disciplinar ou de responsabilização de entidades privadas;*
> *X - decidir sobre recurso interposto contra decisão exarada pelos Chefes de Escor; e*

Acrescente-se que, como titulares das respectivas unidades dotadas de lotações próprias, cabe ao Corregedor e aos Chefes de Escor, diante de sua competências regimentais genéricas estabelecidas respectivamente nos incisos I e II do art. 358 e no inciso II do art. 366, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB, e mais especificamente, por delegação de competência concedida pelo Subsecretário de Gestão Corporativa (mediante sua Portaria RFB/Sucor nº 3.187, de 21 de novembro de 2017), e, por subdelegação concedida pelo Corregedor aos Chefes de Escor (mediante sua Portaria Coger nº 325, de 24 de novembro de 2017), diversas ações gerencial-administrativas de aplicação de legislação de pessoal sobre seus respectivos quadros funcionais. Assim, incumbe-lhes decidir sobre eventos de capacitação, determinar registros de ocorrências funcionais e atuar em demais aspectos atinentes à gestão de pessoas no que diz respeito aos servidores lotados na Coger e nos respectivos Escor e que lhes são respectivamente subordinados (controle de frequência ou do programa de gestão na modalidade de teletrabalho, férias, licenças, etc). Cabe ainda ao Chefe de Escor propor e ao Corregedor, como ordenador de despesas, nos termos do § 1º do art. 80 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e do inciso XI do art. 354 do Anexo I do Regimento Interno da RFB, decidir as questões referentes a deslocamentos, diárias e passagens para os integrantes do sistema correcional. Por fim, compete não apenas ao

Corregedor e aos Chefes de Escor, agora não mais como titulares de unidades mas sim como chefes imediatos de servidores diretamente subordinados, proceder a avaliações para fins de desempenho individual, progressão funcional e promoção no âmbito da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), nos termos regulamentados pelo Decreto nº 9.366, de 8 de maio de 2018, e da Portaria RFB nº 1, de 13 de janeiro de 2021.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 354. Ao Corregedor incumbe:*
> *XI - praticar os atos de gestão dos recursos orçamentários e financeiros destinados ao pagamento de diárias e passagens, nos deslocamentos de servidores e colaboradores eventuais no interesse da Coger.*
> *Art. 358. Aos Chefes de Assessoria, ao Chefe de Gabinete, aos Coordenadores-Gerais, aos Coordenadores Especiais, ao Corregedor e ao Chefe do Cetad incumbe, em sua área de atuação:*
> *I - gerenciar as ações de sua unidade;*
> *II - emitir os atos decorrentes das competências de suas unidades;*
> *Art. 366. Aos Coordenadores, Chefe da Ouvidoria, Gerentes, Inspetores, Agentes, Chefes de Divisão, de Escritório, de Centro Nacional, de Centro de Atendimento ao Contribuinte, de Serviço, de Seção, de Setor, de Núcleo e de Equipe incumbeincumbe:*
> *II - gerenciar as atividades da subunidade;*
>
> *Portaria RFB/Sucor nº 3.187, de 2017 - Art. 2º Delegar competência aos Coordenadores-Gerais, aos Coordenadores Especiais, ao Corregedor e ao Chefe do Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros para expedir atos de movimentação e exercício de servidor no âmbito da respectiva unidade.*
>
> *Portaria Coger nº 325, de 2017 - Art. 1º Subdelegar competência aos Chefes de Escritório de Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil para expedir atos de movimentação e exercício de servidor no âmbito da respectiva unidade.*

Sendo o dirigente máximo do órgão, o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, por mero reflexo do princípio da hierarquia, consagrado no art. 15 da Lei nº 9.784, de 1999, possui competência concorrente para proceder a arquivamento em fase de admissibilidade ou para instaurar ou determinar instauração ou ainda para avocar para si a instauração ou a tramitação de ritos disciplinares. Nesta linha, o inciso XXVII do art. 350 do Anexo I do Regimento Interno da RFB expressa tal entendimento doutrinário, sem sequer, neste momento, se dedicar a ler a normatização interna infraregimental (no caso, o inciso I do *caput* e o § 1º do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020).

> *Portaria MF nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 350. Ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil incumbe:*
> *XXVII - avocar, a qualquer momento e a seu critério, a decisão de assuntos administrativos de competência da RFB;*
>
> *Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 2º A celebração do termo de ajustamento de conduta (TAC) de que trata a Instrução Normativa CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, e a instauração de sindicância disciplinar ou de PAD e o arquivamento destes em fase de admissibilidade competem:*
> *I - ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil;*
> *§ 1º O Secretário Especial da Receita Federal do Brasil poderá, a qualquer tempo, avocar a instauração ou a tramitação de sindicância disciplinar ou de PAD, sem que isso implique revogação parcial ou total desta Portaria.*

Quanto à competência do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil para normatizar a atuação correcional no âmbito do órgão, convém resgatar um sequenciamento histórico do tema. Até o contexto regimental estabelecido pelo Regimento Interno da RFB aprovado pela Portaria MF n° 203, de 14 de maio de 2012, o titular do órgão possuía tal

competência. Todavia, a criação da Corregedoria-Geral do MF (Coger-MF), instituída pelo Decreto n° 8.029, de 20 de junho de 2013, atual Corregedoria do Ministério da Economia (Coger-ME, nos termos do Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019), importou em uma substancial mudança no ordenamento infralegal na Pasta sobre atuação correcional - de que se destaca, no primeiro momento, a supressão daquela competência normativa de que dispunha o então Secretário da Receita Federal do Brasil.

O art. 4º, o inciso I do art. 22 e o *caput* do art. 23, todos da Portaria MF nº 492, de 2013, conferiram à então Coger-MF a competência para editar normas complementares e para editar atos normativos que se façam necessários para a regulamentação das atividades correcionais na Pasta e o parágrafo único do art. 23 daquela mesma norma ministerial determinou à RFB a revogação, em trinta dias, de três normas de natureza disciplinar da lavra do então Secretário da Receita Federal do Brasil e que se encontravam vigentes à época, a saber, a Portaria RFB nº 136, de 6 de fevereiro de 2013, que dispunha sobre a apuração de irregularidades em geral no âmbito do órgão; a Portaria RFB nº 11.311, de 27 de novembro de 2007, que instituía a investigação patrimonial da época e disciplinava o tratamento a ser dado às auditorias patrimoniais em curso à data de sua edição; e a Portaria RFB nº 11.420, de 21 de dezembro de 2007, que estabelecia a procedimentalização na comunicação de ilícitos tributários detectados no curso de investigação patrimonial. Com isto, extreme de dúvidas que, naquele momento, o então Ministro de Estado da Fazenda estabelecera a competência normativa a favor apenas da então Coger-MF e determinara que normas de foco disciplinar da lavra do então Secretário da Receita Federal do Brasil fossem excluídos do ordenamento.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 4º Nos órgãos que compõem a estrutura do Ministério da Fazenda, a apuração de irregularidades disciplinares observará o disposto nesta Portaria e nas normas complementares editadas pela Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda.*
> *Art. 22. A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda:*
> *I - editará os atos normativos necessários à regulamentação das atividades correcionais no Ministério da Fazenda, inclusive aqueles relativos ao Sistema de Controle de Processos Disciplinares da Controladoria-Geral da União (CGU-PAD);*
> *Art. 23. A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda editará, no prazo de 60 dias, os atos que se fizerem necessários à complementação desta Portaria.*
> *Parágrafo único. A Secretaria da Receita Federal do Brasil, após a edição do ato previsto no caput, terá o prazo de 30 dias para revogar as Portarias RFB nº 11.311, de 27 de novembro de 2007, nº 11.420, de 21 de dezembro de 2007, e nº 136, de 6 de fevereiro de 2013.*

A Portaria MF nº 492, de 2013, foi publicada em 25/09/13 e, dentro do prazo de sessenta dias aludido no *caput* do seu art. 23, a então Coger-MF emitiu quatro portarias regulamentadoras da atividade disciplinar no âmbito da Pasta, a saber: a Portaria Coger-MF nº 24, de 29 de outubro de 2013, publicada em 30/10/13, que disciplinava o juízo de admissibilidade para instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar (PAD); a Portaria Coger-MF nº 25, de 29 de outubro de 2013, publicada em 30/10/13, que regulamentava a sindicância patrimonial (ambas revogadas pela Portaria Coger-ME nº 4.779, de 25 de maio de 2022); a Portaria Coger-MF nº 26, de 30 de outubro de 2013, publicada em 31/10/13, que regulamenta a investigação patrimonial dos servidores; e a Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, publicada em 22/11/13, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Pasta.

Como, naquela ocasião, não houve expressa revogação das Portarias RFB nº 136, de 2013, nº 11.311, de 2007, e nº 11.420, de 2007, por parte do então Secretário da Receita Federal do Brasil, a Coger consultou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) acerca da aplicação do comando inserto no parágrafo único do art. 23 da Portaria MF nº 492,

de 2013. O órgão de assessoramento jurídico na Pasta, por meio do seu Parecer PGFN/CJU/COJPN nº 42/2014, asseverou que, na omissão do cumprimento, por parte da então Secretaria da Receita Federal do Brasil, do referido dispositivo normativo, as três normas internas estavam revogadas tacitamente após trinta dias da publicação das Portarias da lavra da Coger-MF, naquilo em que tais Portarias tratem. Assim, as Portarias RFB nº 11.311, de 2007, e nº 11.420, de 2007, foram revogadas tacitamente em 30/11/13, trinta dias após a publicação da Portaria Coger-MF nº 26, de 2013, e a Portaria RFB nº 136, de 2013, foi, em sua grande parte, revogada tacitamente em 22/12/13, trinta dias após a publicação da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013.

> *Parecer PGFN/CJU/COJPN nº 42/2014: "Ementa: (...) No caso de a RFB não efetivar a determinação contida no parágrafo único do art. 23 da Portaria MF nº 492, de 2013, no prazo de trinta dias, as Portarias RFB estarão tacitamente revogadas."*

Apenas se ressalve que a Portaria RFB nº 136, de 2013, não havia sido, naquele momento, integralmente revogada de forma tácita porque nem todos os seus dispositivos haviam sido objeto de nova normatização. O seu art. 13 tratava da subdelegação de competência, por parte do então Secretário da Receita Federal do Brasil, ao Corregedor e aos Chefes de Escor para declarar necessidade de interrupção de férias. Uma vez que tal competência legal, nos termos do art. 80 da Lei nº 8.112, de 1990, é justamente daquele titular do órgão, não havia sido objeto de disciplinamento na Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, como de fato nem poderia mesmo ser, já que não caberia à então Coger-MF subdelegar competência que nunca foi sua. Daí, restava forçoso interpretar que o art. 13 era o único comando que, àquela época imediatamente posterior à criação da Coger-MF, se mantinha em vigor da Portaria RFB nº 136, de 2013, o que impedia de se declarar aquela norma como integralmente revogada de forma tácita.

Em complemento, a mencionada Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, em seu art. 10, concede ao Corregedor poderes para editar normas que complementem, especificamente no âmbito da RFB, para o cumprimento dos dispositivos daquela própria Portaria Coger-MF. Ademais, mencione-se que o art. 4º desta mesma norma confere competência ao Corregedor para normatizar acerca de qualquer assunto concernente à delimitação da competência correcional no âmbito da RFB (como, por exemplo, disciplinar a distribuição de competência entre os Chefes de Escor e o próprio Corregedor, a fim de estabelecer as autoridades internas cujas irregularidades passam a ter a excepcional alçada de análise pelo Corregedor, conforme se abordará em **4.2.1**).

> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 4º Compete ao Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil editar as normas necessárias à delimitação da competência correcional das autoridades instauradoras de sindicâncias disciplinares e de processos administrativos disciplinares no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil.*
> *Art. 10. O Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil poderá editar as normas complementares necessárias ao cumprimento do disposto nesta portaria no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

No entanto, esta sequência histórica voltou a ter outra relevante mudança de rumo com o novo ambiente regimental estabelecido com o Regimento Interno da RFB aprovado pela já mencionada Portaria MF n° 430, de 2017. Nesta norma, o mesmo então Ministro de Estado da Fazenda subscritor da Portaria MF n° 492, de 2013, veio expressamente a reestabelecer a competência normativa do então Secretário da Receita Federal do Brasil. Por fim, esta competência segue ratificada no atual Regimento Interno da RFB, agora em favor do Secretario Especial da Receita Federal do Brasil, conforme leitura generalista do inciso III e leitura mais específica do inciso VIII, ambos do já citado art. 350 do seu Anexo I.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 350. Ao Secretário da Receita Federal do Brasil incumbe:*
> *III - expedir atos normativos e administrativos sobre assuntos de competência da RFB;*
> *VIII - aplicar a legislação de pessoal aos servidores, inclusive normatizar as atividades de correição, ética e promoção da integridade;*

Assim, não há dúvida de que, naquele contexto e no contexto atual, o então Secretário da Receita Federal do Brasil possuía e o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil possui competência para editar normas administrativas que tratem da atuação correcional no âmbito da RFB, vinculando a corregedoria e os seus gestores. Tanto é verdade que, sob manto do Regimento Interno da RFB acima mencionado, o titular do órgão editou a Portaria RFB n° 4.505, de 2020, com o condão de ser esta a norma a dispor sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da RFB (inclusive se autoconcedendo competência instauradora). E, sem prejuízo de, na mesma esteira do ordenamento antecessor que não atribuía competência normativa ao titular do órgão, esta Portaria RFB, em seu art. 30, reiterou a competência normativa complementar do Corregedor.

> *Portaria RFB n° 4.505, de 2020 - Art. 24. O Corregedor poderá editar as normas complementares ao disposto nesta Portaria.*

E a Portaria RFB n° 6.483, de 27 de dezembro de 2017 (vigente à época do Regimento Interno da RFB aprovado pela Portaria MF nº 430, de 2017, e antecedente da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, e por esta revogada), em seu art. 32, já havia revogado expressamente a Portaria RFB n° 136, de 2013, não restando desde então mais nenhuma discussão sobre a vigência de alguns de seus dispositivos - inclusive, o conteúdo do seu art. 13, sobre interrupção de férias, encontra-se reproduzido no atual art. 9º da Portaria RFB n° 4.505, de 2020.

2.2.2.2 - As Áreas de Atuação da Corregedoria - Prevenção, Investigação Disciplinar e Repressão Disciplinar - e as Respectivas Competências

Muito sinteticamente, pode-se apresentar que o sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) visa, como finalidade precípua, na cadeia de valor institucional, a desenvolver a integridade funcional (não só no sentido de combate à corrupção mas também e sobretudo na simultânea defesa dos bons servidores). Nesta linha da dupla finalidade deve-se compreender a razão de existência do sistema correcional e a sua forma de interagir com a instituição, de servi-la e de funcionar em seu favor, na proteção do seu quadro funcional. E o desenvolvimento da integridade se dá por meio de três grandes áreas de atuação, quais sejam, na prevenção ao desvio de conduta, no controle investigativo das atividades funcionais (ou, simplesmente, investigação) e, por fim, na repressão em face de cometimento de ilicitudes.

Isto porque, seja pela leitura dos dispositivos regimentais e dos demais conjuntos normativos internos, seja pelo senso comum, tem-se que o combate à degradação do comportamento exige que a instituição mantenha-se vigilante para inibir as situações suscitadoras da conduta reprovável, por meio de uma atuação preventivo-educativa sobre o corpo funcional e por meio do controle das atividades por ele desenvolvidas, com o fim de buscar a gestão de sua integridade. Não obstante, além disto, a atuação oficial deve também conscientizar seu quadro da existência de uma matéria repressora e punitiva, por meio de um poder de certa forma intimidador, com o fim de reprimir a conduta antijurídica.

Estas grandes áreas de atuação (prevenção, controle investigativo e repressão), embora, na prática, sejam exercitadas diuturna e simultaneamente pela instituição, são melhor compreendidas quando concebidas em um encadeamento consecutivo, pois é sabido que entre

elas há uma relação de concatenação sequenciada, demonstrando-se conveniente estabelecer um modelo em que a atuação do sistema correcional se divide em fases. Para isto, com o fim de priorizar o primeiro dos dois caminhos acima (restrito a ações simultâneas de prevenção e de controle investigativo) e de evitar a aplicação do Direito Administrativo Disciplinar, a instituição deve demarcar a relevância dada ao combate ao desvio comportamental.

Em outras palavras, se fosse possível estabelecer, em uma modelação extremamente idealizada, uma escala graduada no sentido da atividade mais afastada para a mais próxima da matéria punitiva - com relação tanto a seu momento de aplicação quanto à afinidade conceitual -, sem dúvida se teria primeiramente o emprego da prevenção ao desvio de conduta, seguida da utilização das ferramentas de controle investigativo e, por fim, a vinculada aplicação repressiva do processo disciplinar. As atividades preventiva e de controle investigativo devem ser entendidas como úteis ferramentas, pois antecedem a eventual aplicação do Direito sancionador. Ademais, enquanto a postura funcional preventiva deve ser objeto de atenção de qualquer agente público, pois, uma vez difundida no quadro de servidores da instituição, se pode ter mitigado ou até mesmo afastado, em grande parte, o risco do cometimento de infração disciplinar, a atividade de controle investigativo, por sua vez, instrui a atividade de repressão.

2.2.2.2.1 - A Atuação da Corregedoria em Termos de Prevenção e a Ausência de Competência para Matéria Ética

A primeira estratégia de combate ao desvio de conduta é a prevenção. Esta atividade proativa e orientadora antecede e, por muitas vezes, sendo bem sucedida, até dispensa o emprego do Direito Administrativo Disciplinar, lançando mão de ferramentas de gerenciamento de riscos e sobretudo de iniciativas institucionais em forma de programas e de estratégias voltados à conscientização do corpo funcional para aspectos comportamentais, baseados no convencimento e na adesão moral do corpo funcional a determinado padrão de conduta. A prevenção, fortemente interligada a esforços de orientação, embora possa apresentar caráter amplo, abrangendo toda a instituição, também pode se aplicar a um caso concreto ou a um grupo de servidores. Tem-se certo que, quanto mais eficiente for esta conduta preventiva dentro da instituição, menos se necessitará empregar a última linha de atuação, a repressiva. A atividade de prevenção não se confunde com a matéria disciplinar propriamente dita, tanto que não depende diretamente de previsão legal, e, tendo aplicação anterior ao processo, não faz parte do escopo do presente texto como um todo. Não obstante, merecerá breves apontamentos a seguir.

Não há como tratar de prevenção sem trazer à tona a ética, uma vez que esta matéria possui natureza claramente preventiva e orientadora. Por este motivo, é indispensável que, na instância administrativa, o órgão possua sua subinstância própria, habilitada e vocacionada exclusivamente para a matéria ética, autônoma da subinstância disciplinar. Neste rumo, em harmonia com os incisos XVI, XVIII, XXII e XXIV do Capítulo II do Anexo do Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 2004, que aprovou o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo federal e que inaugurou no ordenamento regras de funcionamento das comissões de ética, e destacadamente, com o art. 2º, com o art. 5º e com os §§ 1º e 2º do art. 7º, todos do Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007, que instituiu o Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo federal, a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), por força da Portaria RFB nº 3.262, de 19 de agosto de 2011, no art. 1º, no *caput* do art. 3º e no art. 6º, conta com foro específico para a apreciação de temas éticos atinentes a todos agentes públicos em exercício no órgão, a saber, a Comissão de Ética da RFB (CE-RFB).

> *Decreto nº 1.171, de 1994 - Anexo - Capítulo II*
> *XVI - Em todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta,*

indireta autárquica e fundacional, ou em qualquer órgão ou entidade que exerça atribuições delegadas pelo poder público, deverá ser criada uma Comissão de Ética, encarregada de orientar e aconselhar sobre a ética profissional do servidor, no tratamento com as pessoas e com o patrimônio público, competindo-lhe conhecer concretamente de imputação ou de procedimento susceptível de censura.
XVIII - À Comissão de Ética incumbe fornecer, aos organismos encarregados da execução do quadro de carreira dos servidores, os registros sobre sua conduta ética, para o efeito de instruir e fundamentar promoções e para todos os demais procedimentos próprios da carreira do servidor público.
XXII - A pena aplicável ao servidor público pela Comissão de Ética é a de censura e sua fundamentação constará do respectivo parecer, assinado por todos os seus integrantes, com ciência do faltoso.
XXIV - Para fins de apuração do comprometimento ético, entende-se por servidor público todo aquele que, por força de lei, contrato ou de qualquer ato jurídico, preste serviços de natureza permanente, temporária ou excepcional, ainda que sem retribuição financeira, desde que ligado direta ou indiretamente a qualquer órgão do poder estatal, como as autarquias, as fundações públicas, as entidades paraestatais, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, ou em qualquer setor onde prevaleça o interesse do Estado.

Decreto nº 6.029, de 2007 - Art. 2º Integram o Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal:
I - a Comissão de Ética Pública - CEP, instituída pelo Decreto de 26 de maio de 1999;
II - as Comissões de Ética de que trata o Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994; e
III - as demais Comissões de Ética e equivalentes nas entidades e órgãos do Poder Executivo Federal.
Art. 5º Cada Comissão de Ética de que trata o Decreto nº 1.171, de 1994, será integrada por três membros titulares e três suplentes, escolhidos entre servidores e empregados do seu quadro permanente, e designados pelo dirigente máximo da respectiva entidade ou órgão, para mandatos não coincidentes de três anos.
Art. 7º
§ 1º Cada Comissão de Ética contará com uma Secretaria-Executiva, vinculada administrativamente à instância máxima da entidade ou órgão, para cumprir plano de trabalho por ela aprovado e prover o apoio técnico e material necessário ao cumprimento das suas atribuições.
§ 2º As Secretarias-Executivas das Comissões de Ética serão chefiadas por servidor ou empregado do quadro permanente da entidade ou órgão, ocupante de cargo de direção compatível com sua estrutura, alocado sem aumento de despesas.

Portaria RFB nº 3.262, de 2011 - Art. 1º Constituir a Comissão de Ética Pública Seccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (CEPS-RFB), encarregada de cumprir o previsto no Capítulo II do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, aprovado pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1194, e de exercer as competências previstas no Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2008, da Comissão de Ética Pública (CEP), e nas demais normas pertinentes à matéria.
Parágrafo único. A CEPS-RFB é composta por três membros titulares, denominados Conselheiros, e três suplentes, todos designados pelo Secretário da Receita Federal do Brasil entre servidores titulares de cargos efetivos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).
Art. 3º A CEPS-RFB atuará nos casos envolvendo os agentes públicos em exercício na RFB, preservada a competência da Comissão de Ética Pública Setorial do Ministério da Fazenda (CEPS-MF), nos termos do art. 3º da

> *Portaria MF nº 39, de 18 de fevereiro de 2008.*
> *Art. 6º A CEPS-RFB contará com uma Secretaria-Executiva, provida pelo Gabinete da RFB, cabendo-lhe promover os serviços de secretariado ao seu Presidente, a instrução dos procedimentos e a assistência administrativa aos demais Conselheiros.*
> *Parágrafo único. Para instrução dos procedimentos referidos neste artigo, a CEPS-RFB e sua Secretaria-Executiva poderão contar com a colaboração técnica da Assessoria Especial da RFB.*

De se destacar a abrangência subjetiva da alçada da CE-RFB, que não se limita apenas aos servidores estatutários, abarcando todos os agentes públicos em exercício na RFB, estatutários ou não. A única exceção de alçada são as autoridades submetidas à Comissão de Ética do Ministério da Fazenda (CE-MF), conforme o art. 3º da Portaria MF nº 39, de 18 de fevereiro de 2008, e da Comissão de Ética Pública (CEP), conforme leitura conjunta do inciso II do art. 4º do Decreto nº 6.029, de 2017, com o inciso II do art. 2º do Código de Conduta da Alta Administração Federal (CCAAF), de 18 de agosto de 2000. A alçada da CE-RFB atinge todos os servidores do órgão incluindo os ocupantes de Cargo Comissionado Executivo até nível 13 (CCE-13) ou Função Comissionada Executiva de nível 13 (FCE-13). No âmbito da RFB, a alçada da CE-MF se limita aos servidores ocupantes de CCE-14 e CCE-15 ou de FCE-14 e FCE-15 e a alçada da CEP se restringe aos servidores ocupantes de CCE-16 ou de FCE-16 ou superiores.

Obviamente, no exercício de todas suas competências, a CE-RFB deve atuar em articulação com a CE-MF e com a CEP, já que integram o mencionado Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo federal, as duas primeiras como unidades setoriais e a última como órgão central. Cabe esclarecer que a CEP em si vincula-se diretamente ao Presidente da República e a sua Secretaria-Executiva (Secep) vincula-se à Secretaria de Controle Interno (Ciset) da Secretaria-Geral da Presidência da República (SGPR). Ademais, pela razoável proximidade e pela área de tangência de suas áreas de atuação, embora seja independente do sistema correcional, a CE-RFB também deve atuar em harmonia com a Corregedoria (Coger).

Esta constituição da CE-RFB *a priori* por portaria do então Secretário da Receita Federal do Brasil passou se refletir na norma regimental, da lavra do então Ministro de Estado da Fazenda, que ratificou a existência deste foro técnico dedicado ao tema ético, mantida com atual previsão regimental no art. 3° do Anexo I do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020.

> *Portaria ME n° 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 3º*
> *Art. 3º A Comissão de Ética da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (CE-RFB), colegiado de caráter deliberativo, integra o Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal*

Em termos de competências, primeiramente, cabe mencionar que, em reflexo à principal linha preventiva e orientadora da subinstância ética, o inciso I do art. 4º da citada Portaria RFB nº 3.262, de 2011, inaugura a lista, atribuindo à CE-RFB a interpretação, a aplicação, a integração e a divulgação das normas éticas, bem como a supervisão, a fiscalização e a promoção de sua aplicação.

> *Portaria RFB nº 3.262, de 2011 - Art. 4º Incumbirá à CEPS-RFB:*
> *I - interpretar, aplicar, integrar e divulgar as normas do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, do Código de Ética ou de Conduta próprio e das constantes dos demais diplomas relativos à ética pública na esfera do Poder Executivo Federal, bem como supervisionar, fiscalizar e promover a aplicação das referidas normas, em articulação com a CEPS-MF e com a Corregedoria-Geral da RFB;*

Não obstante aquela prioritária vocação não repreendedora da subinstância ética, a

CE-RFB também possui competência para promover a sua ação procedimentalizada diante de eventuais deslizes éticos, desde a base legal que repousa na alínea “c” do inciso II do art. 7º do Decreto nº 6.029, de 2007. Assim, sob ótica instrumental, os incisos II e III do art. 4º da Portaria RFB nº 3.262, de 2011, atribuem também à CE-RFB a competência para deflagrar os respectivos procedimentos específicos desta subinstância (embora não os tenha nomeado), que podem redundar em aplicação de penalidade de censura ética. Mas é importante fazer uma ressalva aqui, que merecerá maior destaque linhas adiante: o inciso III do art. 4º da Portaria RFB nº 3.262, de 2011, condiciona o manejo da subinstância ética na RFB apenas quando o caso não suscitatambém repercussão disciplinar.

> *Decreto nº 6.029, de 2007 - Art. 7º Compete às Comissões de Ética de que tratam os incisos II e III do art. 2º:*
> *I - atuar como instância consultiva de dirigentes e servidores no âmbito de seu respectivo órgão ou entidade;*
> *II - aplicar o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, aprovado pelo Decreto nº 1.171, de 1994, devendo:*
> *a) submeter à Comissão de Ética Pública propostas para seu aperfeiçoamento;*
> *b) dirimir dúvidas a respeito da interpretação de suas normas e deliberar sobre casos omissos;*
> *c) apurar, mediante denúncia ou de ofício, conduta em desacordo com as normas éticas pertinentes; e*
> *d) recomendar, acompanhar e avaliar, no âmbito do órgão ou entidade a que estiver vinculada, o desenvolvimento de ações objetivando a disseminação, capacitação e treinamento sobre as normas de ética e disciplina;*
> *III - representar a respectiva entidade ou órgão na Rede de Ética do Poder Executivo Federal a que se refere o art. 9º; e*
> *IV - supervisionar a observância do Código de Conduta da Alta Administração Federal e comunicar à CEP situações que possam configurar descumprimento de suas normas.*
>
> *Portaria RFB nº 3.262, de 2011 - Art. 4º Incumbirá à CEPS-RFB:*
> *II - instaurar, de ofício ou mediante representação, procedimento sobre ato, fato ou conduta que denotem indícios de transgressão a princípio ou norma ética envolvendo agentes públicos em exercício na RFB, preservada a competência da CEPS-MF, nos termos do art. 3º da Portaria MF nº 39, de 2008, e, se for o caso, sugerir as providências cabíveis, dentro do que a legislação pertinente assim prevê;*
> *III - aplicar a penalidade de censura ética, exclusivamente mediante decisão devidamente motivada, depois de esgotados o contraditório e a ampla defesa, aos agentes públicos em exercício na RFB, desde que a falta ética não configure infração sujeita a sanção mais grave, hipótese em que os autos serão encaminhados à autoridade competente para instauração de procedimento disciplinar; e*
> *IV - implementar ações relativas à ética funcional.*

Em complemento, os incisos IX e XV do art. 1º e os incisos I e II do art. 11, ambos do Anexo Único da Portaria RFB nº 3.693, de 28 de novembro de 2011, que aprova o Regimento Interno da CE-RFB, estabelecem, de forma mais detalhada, que compete à CE-RFB conduzir o procedimento preliminar, como fase prévia ao processo contraditório, e que pode redundar em arquivamento ou em lavratura de Acordo de Conduta Pessoal e Profissional (ACPP) ou em instauração do processo próprio para apuração de transgressão à norma ou a princípio ético, o processo de apuração ética (PAE); bem como conduzir o PAE, sob manto de ampla defesa e de contraditório, que pode redundar em arquivamento ou em celebração de ACPP ou em aplicação da penalidade de censura ética.

> *Portaria RFB nº 3.693, de 2011 - Regimento Interno da CE-RFB - Anexo Único - Art. 1º Compete à Comissão de Ética Pública Seccional da Secretaria da*

> *Receita Federal do Brasil (CEPS-RFB):*
> *IX - instaurar processo para apuração de fato ou conduta que possa configurar descumprimento ao padrão ético recomendado aos agentes públicos;*
> *XV - aplicar a penalidade de censura ética a servidor e encaminhar cópia do ato à Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep) da RFB, podendo, ainda, adotar outras medidas para evitar ou sanar desvios éticos, lavrando, se for o caso, o Acordo de Conduta Pessoal e Profissional (ACPP), podendo também sugerir ao Secretário da Receita Federal do Brasil:*
> *a) a exoneração de ocupante de cargo ou função de confiança;*
> *b) o retorno do servidor ao órgão ou entidade de origem;*
> *c) a remessa de expediente ao setor competente para exame de eventuais transgressões de naturezas diversas;*
> *Art. 11. As fases processuais no âmbito da Comissão serão as seguintes:*
> *I - Procedimento Preliminar, compreendendo:*
> *a) juízo de admissibilidade;*
> *b) instauração;*
> *c) provas documentais e, excepcionalmente, manifestação do investigado e realização de diligências;*
> *d) relatório;*
> *e) proposta de ACPP;*
> *f) decisão preliminar, determinando o arquivamento ou a conversão em Processo de Apuração Ética;*
> *II - Processo de Apuração Ética, subdividindo-se em:*
> *a) instauração;*
> *b) instrução complementar, compreendendo:*
> *1. a realização de diligências;*
> *2. a manifestação do investigado; e*
> *3. a produção de provas;*
> *c) relatório; e*
> *d) deliberação e decisão, que declarará improcedência ou conterá sanção, recomendação a ser aplicada ou proposta de ACPP.*

Cabe aqui abrir um parêntese específico sobre o procedimento preliminar referente à notícia de suposta transgressão a princípio ou norma ética (este rito investigativo se assemelha ao que e chama de fase de admissibilidade na subinstância disciplinar). Mas, antes, ressalve-se que, uma vez que o sistema correcional não possui competência para apreciação desta materialidade e muito menos para lavratura de ACPP e para instauração de PAE, obviamente não se abordará este tema quando se discorrer sobre a fase de admissibilidade da atuação correcional em **2.5** e quando se discorrer sobre competência instauradora de processo disciplinar em **4.2.1**. Em razão disto, aqui se apresenta apenas uma descrição bastante sucinta e pouco aprofundada desta específica admissibilidade, denominada procedimento preliminar.

Para a matéria ética, opera-se uma especificidade no recebimento e no tratamento inicial de notícias de supostos deslizes éticos, em razão da Portaria RFB nº 3.286, de 24 de agosto de 2011, já desde seu art. 1º. Embora a Coger e os Escritórios de Corregedoria (Escor) não sejam competentes para processamento do rito específico para apuração de desvio ético (competência que recai sobre a CE-RFB, como foro independente), positivou-se, no ordenamento interno, mais precisamente no § 2º do comando normativo acima citado e no inciso VIII do art. 1º e nos arts. 19 e 20 da Portaria RFB nº 3.963, de 2011, que as representações ou as denúncias acerca destes deslizes cometidos por agentes públicos (estatutários ou não) no âmbito da RFB são recepcionadas, a exemplo de notícias de supostas infrações disciplinares, pelo sistema correcional.

> *Portaria RFB nº 3.286, de 2011 - Art. 1º O disposto no art. 6º da Portaria RFB nº 3.131, de 15 de julho de 2011, aplica-se também a denúncias e representações em matéria ética no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).*

> *§ 1º Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar, ilícito penal ou desvio ético, a representação ou denúncia será arquivada por falta de objeto.*
> *§ 2º Na hipótese de ausência de infração disciplinar ou ilícito penal, aferida em fase anterior à instauração de procedimento disciplinar, e caso o fato configure possível desvio ético, os autos serão encaminhados à Comissão de Ética Pública Seccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (CEPS-RFB) para prosseguimento nos termos da Resolução nº 10, de 29 de setembro de 2008, da Comissão de Ética Pública.*
>
> *Portaria RFB nº 3.693, de 2011 - Art. 1º Compete à Comissão de Ética Pública Seccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (CEPS-RFB):*
> *VII - responder consultas que lhe forem dirigidas;*
> *VIII - receber denúncias e representações contra servidores por suposto descumprimento das normas éticas, observado o disposto na Portaria RFB nº 3.286, de 24 de agosto de 2011, e proceder à apuração;*
> *§ 3º Caso a CEPS-RFB, ao ser demandada a responder consultas, conforme previsto no inciso VII do caput, verifique que o assunto refere-se a desvio disciplinar, remeterá a matéria à Corregedoria-Geral (Coger).*
> *§ 4º Caso a Coger receba consulta sobre ética, remeterá a matéria à CEPS-RFB.*
> *§ 5º Se a consulta envolver ética e disciplina, cabe à consultada separar os assuntos e remeter a matéria que não for de sua competência ao responsável.*
> *Art. 19. As fases precedentes à instauração do Procedimento Preliminar, na hipótese de denúncia ou representação, são disciplinadas pela Portaria RFB nº 3.286, de 24 de agosto de 2011.*
> *Art. 20. A representação ou denúncia será dirigida à Coger, em conformidade com o disposto na Portaria RFB nº 3.286, de 2011.*
> *Art. 21. Recebidos os autos da Coger, a Comissão deliberará sobre a admissibilidade da representação ou denúncia.*

A inteligência destes comandos, concentrando a entrada das notícias apenas no sistema correcional da RFB, visa tanto a suprir padronização interna quanto também a dispensar e inibir qualquer análise prévia equivocada, em que uma autoridade sem expertise na matéria disciplinar possa, eventualmente, atribuir relevância meramente ética à infração de natureza estatutária. A instrumentalização imposta pelo art. 1º da Portaria RFB nº 3.286, de 2011, e pelo inciso VIII do art. 1º e pelos arts. 19 e 20, todos da Portaria RFB nº 3.963, de 2011, se amolda perfeitamente ao comando já reproduzido e que mereceu destaque linhas acima, do inciso III do art. 4º da Portaria RFB nº 3.262, de 2011, que estabelece precedência da competência correcional em detrimento da competência ética: no âmbito da RFB, a atuação da instância ética somente se dá residualmente se o caso sob análise não possui também repercussão disciplinar.

No regramento interno quando da criação da CE-RFB e da edição das normas acima mencionadas, a recepção das notícias de supostas ilicitudes se concentrava no Escor da jurisdição do representado ou denunciado. É exatamente este o comando que se irradia do *caput* do art. 1º da Portaria RFB nº 3.286, de 2011, que se reporta ao dispositivo normativo que, à época, disciplinava o recebimento de denúncias e representações, determinando que todas as ocorrências dessem entrada pelo sistema correcional, mais especificamente pelo respectivo Escor. Esta procedimentalização foi alterada com a criação do Grupo Nacional de Investigação (GNI), que passou ser a porta de entrada de todas as provocações dirigidas ao sistema correcional, conforme se vê no *caput* do art. 1º da Ordem de Serviço (OS) Coger nº 1, de 27 de junho de 2019.

> *OS Coger nº 1, de 2019 - Art. 1º As representações recebidas pela Corregedoria da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) alusivas a fatos irregulares praticados por servidores públicos ou a atos lesivos*

> *à Administração Pública federal de responsabilidade de pessoa jurídica, nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão ser encaminhadas aos Coordenadores do Grupo Nacional de Investigação (GNI). (Redação dada pela Portaria Coger nº 3, de 27 de setembro de 2021)*
> *Parágrafo único. O encaminhamento mencionado no caput deverá ser realizado por meio de processo administrativo sigiloso formalizado no sistema e-Processo.*
> *Art. 1º-A As denúncias recebidas pela Corregedoria da RFB alusivas a fatos irregulares praticados por servidores públicos ou a atos lesivos à Administração Pública federal de responsabilidade de pessoa jurídica, nos termos da Lei nº 12.846, de 2013, deverão ser encaminhadas à Ouvidoria da RFB. (Incluído pela Portaria Coger nº 3, de 2021)*

Todavia, este ordenamento interno deve, mais uma vez, ser harmonizado, agora com a normatização de *status* superior e que trata do recebimento de denúncias em geral no âmbito do Ministério da Economia (ME). Conforme melhor se aduzirá em **2.4.2**, onde se abordará o tema do recebimento de denúncias apresentadas por particulares ou de comunicações anônimas de irregularidades, a Portaria ME/SE nº 21.527, de 29 de setembro de 2020, alterou de forma relevante a instrumentalidade do tema. No recebimento de denúncia de ilicitude de qualquer natureza no âmbito do ME, a citada Portaria ME/SE, no *caput* do seu art. 3º, determina que a notícia tramite pelo Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal (SisOuv), instituído pelos arts. 4º e 6º do Decreto nº 9.492, de 5 de setembro de 2018, o que, no caso, se reflete na Ouvidoria da RFB (Ouvid), onde é feita uma análise prévia, em cinco dias, a fim de averiguar a existência de elementos mínimos descritivos de irregularidade, antes dar prosseguimento, conforme o *caput* do art. 10 daquela Portaria ME/SE nº 21.527, de 2020.

Assim, em atendimento ao § 2º do art. 6º da Portaria ME/SE nº 21.527, de 2020, caso chegue diretamente ao sistema correcional denúncia de qualquer natureza (disciplinar ou não), o GNI deve encaminhar de imediato a peça na íntegra para a Ouvid, a fim de que esta unidade proceda à análise preliminar e, caso entenda plausível, a remeta para a instância competente (ou, ao contrário, proceda ao liminar arquivamento por ausência de elementos mínimos), nos termos dos arts. 7º e 8º da mesma norma.

> *Portaria ME/SE nº 21.527, de 2020 - Art. 3º A Ouvidoria do Ministério da Economia constitui canal único para recebimento e tratamento das denúncias e comunicações de irregularidade de que trata esta Portaria.*
> *Art. 6º*
> *§ 2º A denúncia recebida por qualquer unidade do Ministério deverá ser encaminhada, obrigatória e impreterivelmente, no prazo de quinze dias, à Ouvidoria, para inserção no Sistema Informatizado de Ouvidorias do Poder Executivo federal.*
> *Art. 7º A denúncia será conhecida quando contiver elementos mínimos descritivos de irregularidade ou indícios que permitam à administração coligir tais elementos.*
> *Art. 8º A Ouvidoria deverá apresentar resposta conclusiva ao denunciante no prazo de trinta dias, prorrogáveis, mediante justificativa, por igual período.*
> *Parágrafo único. Entende-se por conclusiva a resposta que contenha informação sobre encaminhamento a órgãos apuratórios competentes e procedimentos a serem adotados ou, ainda, sobre arquivamento, na hipótese de a denúncia não ser conhecida, motivadamente.*

No caso que aqui interessa abordar, se chegar diretamente ao sistema correcional da RFB uma denúncia de conteúdo exclusivamente ético, o GNI não deve remetê-la de imediato para a CE-RFB mas sim deve fazê-lo para a Ouvid, a fim de que esta unidade verifique a existência de condições mínimas de prosseguimento e somente então encaminhe para a CE-RFB, à luz do inciso II do art. 10 da Portaria ME/SE nº 21.527, de 2020.

Portaria ME/SE nº 21.527, de 2020 - Art. 6º
Art. 10. A Ouvidoria realizará análise preliminar de denúncias e comunicações de irregularidade no prazo máximo de cinco dias e as encaminhará, conforme o caso, à unidade de apuração responsável:
II - Comissão de Ética, quando se tratar de assuntos de desvio ético;

Na regularidade e no cumprimento de toda inteligência imposta pela Portaria ME/SE nº 21.527, de 2020, uma denúncia apresentada por agente particular, noticiando suposto desvio ético de parte de servidor da RFB, normalmente sequer tramita pelo sistema correcional. Esta peça recebe tratamento exclusivo no âmbito da Ouvid e da CE-RFB, não devendo ser foco de atuação e de diligência da corregedoria e não mais merecendo, portanto, atenção no discorrer deste tópico. Consequentemente, as remissões a denúncias nas Portarias RFB nº 3.286, de 2011, e 3.693, de 2011, acima reproduzidas devem ser desconsideradas, a fim de imperar os comandos supervenientes da Portaria ME/SE nº 21.527, de 2020, que, em síntese, interessam apenas à Ouvid e à CE-RFB.

Mas, de outro lado, é importante ressalvar que este ordenamento específico somente se aplica a denúncias, não alterando a forma de procedimentalizar o recebimento de representações de natureza ética elaboradas por servidor. Caso a Coger (em qualquer de suas unidades ou subunidades e mais especificamente no GNI) receba uma representação sobre tema exclusivamente ético, mantém-se o regramento apresentado linhas acima, à luz do art. 1º da Portaria RFB nº 3.286, de 2011, e do art. 20 da Portaria RFB nº 3.693, de 2011. No caso de representação, cabe ao sistema correcional da RFB realizar a primeira avaliação: sendo notícia de exclusivo interesse ético, a peça deve ser remetida diretamente para a CE-RFB.

Assim, por regra (atendendo às mesmas exceções que remetem o juízo de admissibilidade em matéria disciplinar para a competência do Corregedor), compete ao Chefe do Escor da jurisdição do representado, com o auxílio do GNI e do Grupo Nacional de Pareceristas (GNP), proceder à análise prévia acerca do conteúdo material do fato noticiado. Caso a representação não contenha indícios sequer de desvio ético e muito menos de infração disciplinar e de ilícito penal, o feito deve ser arquivado, à luz do § 1º do art. 1º da Portaria RFB nº 3.286, de 2011; caso a representação contenha indícios tão somente de suposto desvio ético, o feito deve ser encaminhado à CE-RFB, via Coger, para seu próprio procedimento preliminar e processamento de sua respectiva alçada, à luz do § 2º do art. 1º da Portaria RFB nº 3.286, de 2011; caso a representação contenha indícios de infração disciplinar (o que subentende indícios também de desvio ético), a *contrario sensu* deste último comando normativo, o feito deve ser processado unicamente nos termos do regramento da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, sem provocação para a CE-RFB; e caso a representação contenha apenas indícios de ilícito penal comum e sem nenhuma relação sequer indireta com o exercício do cargo, cópia do feito deve ser encaminhada para o Ministério Público Federal (MPF).

Cabe uma discussão mais pormenorizada do § 2º do art. 1º da Portaria RFB nº 3.286, de 2011. A rigor, o comando normativo condiciona a provocação à CE-RFB à prévia percepção de inexistência de indícios de infração disciplinar ou de ilícito penal no teor da representação. Uma análise mais detalhada indica ter havido em sua redação uma mitigação do princípio da independência das instâncias. Faz sentido que, diante de indícios de infração disciplinar, não se provoque a subinstância ética. Mas, na hipótese de ilícito penal comum, sem nenhuma relação com o cargo, inexistindo, portanto, indícios de infração disciplinar, pode aquela conduta tipificada (sobretudo se o for na espécie contravenção penal dentre o gênero dos ilícitos penais) ter previsão material de transgressão ética. Na dinâmica da percepção e da aplicação de todo o ordenamento, em que se incluem como relevantes pilastras os princípios reitores, a eleição conjunta e mutuamente fortalecedora não só do já citado princípio da independência das instâncias mas também dos primados da indisponibilidade do interesse público e da oficialidade, em detrimento da estrita legalidade, autorizam a motivada

leitura mais flexível da positivação. Não soa razoável a construção adotada pela citada Portaria RFB, deixando, em certos casos, que uma conduta de vida privada, jamais atingida pela subinstância disciplinar, mas atingível sim pela subinstância ética, não receba nenhum tratamento administrativo apenas pelo fato de configurar indícios de ilícito penal, em inequívoca desatenção ao primado da independência das instâncias. Em argumentação a *contrario sensu* e *a fortiori*, basta lembrar que, se uma conduta funcional de grave repugnância social, que também configure crime funcional, como tal seja processada na mais gravosa instância jurídica (a penal) e que acarrete no infrator a mais pesada pena que o Direito Penal preveja, nem por isto fica impune à independente processualística disciplinar, não seria, por exemplo, a caracterização de indícios de contravenção penal por ato de vida privada que inibiria toda e qualquer ação com que a Administração pudesse demonstrar e efetivar sua reprovação institucional (no caso, de crítica ética) contra seu servidor.

Neste foco específico de apreciação de representação de natureza ética, opera-se uma exceção, uma vez que o sistema correcional se manifesta preliminarmente sobre a existência de indícios de desvio ético mas não possui competência para a efetiva instauração, pois, caso se vislumbre a existência daqueles indícios, o feito deve ser remetido para a CE-RFB, à qual efetivamente compete instaurar o rito específico de sua alçada.

Acrescente-se ainda que, por previsão do art. 2º da Portaria RFB nº 3.286, de 2011, a autoridade correcional, após julgamento por arquivamento de processo disciplinar, também pode, por iniciativa própria, ou acatando proposta constante do relatório da comissão disciplinar, provocar a CE-RFB, mediante envio de cópia dos autos, caso entenda presentes indícios de desvio ético. Esta provocação da instância ética somente após o esgotamento sem resultado da esfera disciplinar, mais uma vez, reforça o entendimento sistemático com o inciso III do art. 4º da Portaria RFB nº 3.262, de 2011, com o art. 1º da Portaria RFB nº 3.286, de 2011, e com o inciso VIII do art. 1º e com os arts. 19 e 20, todos da Portaria RFB nº 3.963, de 2011, de que, diante de notícia de prática de conduta com indícios de suposta infração disciplinar, deve-se tão somente instaurar o rito disciplinar, não cabendo a superposição simultânea de procedimentos disciplinar, no âmbito do sistema correcional - mais especificamente, no âmbito do seu Grupo Nacional de Comissões (GNC) -, e ético, no âmbito da CE-RFB, ainda que o fato também possa conter indícios de desvio ético. A instância ética somente deve ser provocada quando já desde o recebimento da representação ou da denúncia ou após o esgotamento do rito disciplinar restarem apenas indícios de desvio ético.

> *Portaria RFB nº 3.286, de 2011 - Art. 2º Na hipótese de arquivamento de sindicância ou processo administrativo disciplinar, a autoridade julgadora, por sua iniciativa ou por proposta da Comissão de Inquérito ou Sindicância, enviará cópia dos autos à CEPS-RFB, se entender presentes elementos que configurem possível desvio ético.*

Nesta linha, informe-se que a Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de dezembro de 2018, no parágrafo único do seu art. 9º, também indica a provocação de outras instâncias jurídicas, quando pertinente.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 9º*
> *Parágrafo único. Caso sejam identificados indícios de irregularidade com repercussão não correcional, a matéria deverá ser encaminhada à autoridade competente para a respectiva apuração, independentemente da decisão adotada no juízo de admissibilidade.*

Importa destacar que, em qualquer caso de provocação à CE-RFB advinda do sistema correcional, o material a ser remetido a este foro deve se restringir apenas aos elementos que noticiam o suposto desvio ético.

Se for o caso de se movimentar a subinstância ética - o que significa, residualmente e a *contrario sensu* que não se trata de ocorrência com repercussão disciplinar -, faz-se necessário

mencionar, de forma extremamente superficial e meramente introdutória, os aspectos materiais das transgressões éticas no âmbito da RFB. Neste ambiente interno, a definição material da conduta ética e, por conseguinte, das transgressões éticas estão consolidadas no Código de Conduta dos Agentes Públicos em Exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria RFB nº 773, de 24 de junho de 2013, de que se destacam seus arts. 1º, 2º, 42 e 43.

> *Portaria RFB nº 773, de 2013 - Art. 1º Aprovar o Código de Conduta dos Agentes Públicos em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).*
> *Art. 2º Os agentes públicos em exercício na RFB deverão observar o disposto no Código de Conduta.*
> *Código de Conduta dos Agentes Públicos em Exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil*
> *Art. 42. É responsabilidade de todo agente público observar o disposto neste Código e estimular o seu cumprimento integral.*
> *Art. 43. A inobservância das normas estipuladas neste Código acarretará, ao servidor, a aplicação, pela Comissão de Ética Pública Seccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (CEPS-RFB), da censura ética prevista no Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, aprovado pelo Decreto 1.171, de 1994, ou a lavratura de Acordo de Conduta Pessoal e Profissional (ACPP), conforme rito previsto na Resolução nº 10, de 29 de setembro de 2008, recepcionado pela Portaria RFB nº 3.693, de 28 de novembro de 2011, observado o princípio do contraditório e ampla defesa, de acordo com o disposto no Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007, que estabeleceu o Sistema de Gestão de Ética do Poder Executivo Federal.*
> *§ 1º A CEPS-RFB poderá, ainda, adotar medidas para evitar ou sanar desvios éticos, podendo também sugerir ao Secretário da Receita Federal do Brasil:*
> *I - exoneração de ocupante de cargo ou função de confiança;*
> *II - retorno do servidor ao órgão ou entidade de origem;*
> *III - remessa de expediente ao setor competente para exame de eventuais transgressões de naturezas diversas, inclusive disciplinares ou penais.*
> *§ 2º Sempre que constatar possível ocorrência de ilícitos penais, civis de improbidade administrativa ou de infração disciplinar, a CEPS-RFB encaminhará cópia dos autos às autoridades competentes para apuração de tais fatos, sem prejuízo da adoção das demais medidas de sua competência.*

Vem a calhar a menção deste diploma material de natureza ética para poder se dedicar com mais profundidade à análise dos motivos que levaram o ordenamento interno da RFB a consagrar a provocação da subinstância disciplinar como prevalente em relação à deflagração simultânea ou concorrente da subinstância ética, deixando para esta atuação administrativa uma linha de atuação residual. Convém aqui tentar esclarecer as razões que operaram a construção sistemática do inciso III do art. 4º da Portaria RFB nº 3.262, de 2011, do art. 1º da Portaria RFB nº 3.286, de 2011, e do inciso VIII do art. 1º e dos arts. 19 e 20, todos da Portaria RFB nº 3.963, de 2011, para muito além das incipientemente já expostas necessidade de padronização interna e de inibição de análise prévia equivocada que atribua relevância meramente ética à infração disciplinar.

Mesmo com a subinstância ética contando com seu diploma de definições materiais, pode-se verificar diferentes graus de interferência quando se toma esta linha de atuação preventiva em relação à subinstância disciplinar e vice-versa. Por um lado, a matéria ética pode ser vista de forma independente e autônoma em relação à matéria disciplinar, sendo certo que a infringência de preceitos éticos não necessariamente também configura infração estatutária. Sob ótica material, o desvio ético é um *minus* em relação ao ilícito disciplinar: há condutas de menor repulsividade interna que ferem preceitos éticos do Código de Conduta dos Agentes Públicos em Exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil mas não

atingem o patamar de gravosidade de afrontarem o regime disciplinar encartado na Lei nº 8.112, de 1990. Não há que se cogitar de responsabilização disciplinar em face de servidor que tão somente tenha infringido princípios ou normas éticas.

Mas isto não significa uma total dissociação entre as duas subinstâncias, podendo-se compreender a repercussão disciplinar como uma consecução da transgressão ética, quando as ferramentas preventivas se demonstraram insuficientes para balizar o comportamento funcional, pois a adoção de princípios éticos reflete-se no não cometimento de ilícitos. Daí, se, por um lado, nem toda transgressão ética atinge o patamar de também configurar infração disciplinar, por outro lado, é certo que toda infração disciplinar traz em sua base uma transgressão a preceito ou a princípio ético.

Pode-se sintetizar as ideias expostas nos dois parágrafos acima de forma diferente: toda infração disciplinar, em sua base, também configura transgressão ética; mas o oposto não é verdadeiro: nem todo desvio ético é também ilícito disciplinar.

Uma apreciação apressada da questão da fronteira entre a incidência disciplinar e a incidência ética pode levar o aplicador do Direito Administrativo a uma dúvida, a imaginar estar diante de um conflito apenas aparente no ordenamento regente, pois pode parecer que, para determinadas condutas funcionais, incidem tanto o regramento estatutário da Lei nº 8.112, de 1990, definidor de infrações disciplinares encartadas no regime disciplinar, quanto o regramento normatizado em diplomas ético-comportamentais definidores de transgressões apenas de natureza ética, de menor gravosidade, a exemplo do Código de Conduta dos Agentes Públicos em Exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Diante deste conflito apenas aparente entre os dois regramentos materiais, é de se empregar algum dos critérios que a doutrina elege como solucionadores, que serão detalhadamente apresentados em **4.5.3**. Aqui, antecipe-se que, uma vez que a conduta de menor lesividade (chamada de consumida ou consumpta) possui uma relação de meio e fim (ou de parte e todo) em relação à conduta mais lesiva (chamada de absorvente), opera-se uma espécie de consunção. A solução do conflito apenas aparente está em que esta absorção da repercussão mais leve pela repercussão mais grave, na prática, estabelece uma seletividade da ação administrativa. Por este método resolutivo, ratifica-se e reforça-se então a solução que já havia sido proposta, com menos argumentação, linhas acima. A subinstância ética somente deve ser provocada se os indícios apontarem apenas e unicamente para transgressão a princípio ou a norma desta natureza. Do contrário, havendo indícios de infração estatutária - embora também embutam indícios de transgressão ética -, apenas a subinstância disciplinar deve ser provocada. Em outras palavras, diante de notícia de conduta com indícios de infração estatutária, provoca-se tão somente a subinstância disciplinar, não se provocando também a subinstância ética.

Não obstante o manejo correto do critério solucionador do concurso apenas parente de infrações por parte do Direito Administrativo, é de fato razoável reconhecer que, na zona de transição, na área de circunvizinhança das duas incidências, não existe uma clara, inequívoca e exata fronteira entre a infração disciplinar e a transgressão ética. Persiste, pois, uma área de superposição material entre as duas subinstâncias.

E esta percepção se justifica, pois os diplomas materiais disciplinar e ético realmente se superpõem na parcela dos deslizes comportamentais de menor gravidade, igualmente previstos e enquadrados em ambas subinstâncias. Como as duas subinstâncias se apoiam em bases principiológicas similares quando tratam de comprometimento comportamental dos servidores, há enquadramentos disciplinares praticamente repetidos em suas literalidades como transgressões éticas, o que exige do aplicador um esforço hermenêutico diferenciador.

Para tentar obter, ao final da explanação, uma proposta com mínimo pragmatismo e senso prático diferenciador da atuação ética da atuação disciplinar, a fim de iluminar a ação

dos operadores de cada uma destas duas subinstâncias, a construção hermenêutica requisitada tem início em uma abordagem essencialmente teórica e figurativa.

Simbolicamente, as alçadas poderiam ser representadas por dois círculos concêntricos, estando as infrações disciplinares circunscritas ao círculo de diâmetro menor e valendo o anel exterior entre um círculo e outro como a parcela de condutas apenas eticamente criticáveis.

O caminho a percorrer em busca da desejada diferenciação se uma determinada conduta possui natureza disciplinar ou ética pode passar por estações mais claras e por estações menos claras. Nos dois extremos de fácil resolução, há condutas de viés meramente comportamental de mínimo grau de afronta interno (em geral restrita a atos de vida privada mas com alguma tangência ao cargo ou ao órgão) que inequivocamente estão longe da materialidade como infração disciplinar enquadrada nos arts. 116 e 117 da Lei nº 8.112, de 1990, diante das quais mesmo o leigo gestor tem evidente que deve provocar a subinstância ética; e há condutas de forte mácula de caráter e de moralidade (associada ao senso comum de corrupção em sentido amplo) que indubitavelmente residem nos enquadramentos expulsivos dos arts. 117 e 132 da citada Lei, diante das quais aquele mesmo gestor não possui dúvida de que deve provocar diretamente o sistema correcional. Mas é de se ratificar que persiste uma zona cinzenta, intermediária, em que não se verifica a nítida fronteira a separar as condutas merecedoras de sanção disciplinar daquelas provocadoras apenas de censura ética e o aplicador do Direito se vê no dilema de qual subinstância deve provocar.

Em um enfoque mais prático, é como se aqui se ampliasse o foco daquele modelo essencialmente teórico, dos dois círculos concêntricos, que, ao serem vistos de longe, parecem ser supostamente separados por uma delgada e clara fronteira. Agora, nesta nova visão, como de um observador mais próximo da realidade, se percebe que os dois círculos não se separam por uma delgada e bem definida fronteira mas sim mutuamente se estendem, se tocam e se superpõem, formando uma zona de transição cinzenta entre as áreas demarcadoras dos ilícitos disciplinares e das transgressões éticas. Esta nova percepção mais apurada prossegue segregando a parcela de condutas minimamente comportamentais que apenas infringem os preceitos éticos e também segregando a parcela de condutas que, por sua maior gravidade, merecem exclusiva repercussão disciplinar; e demonstra, justo na zona cinzenta de transição, uma indesejada superposição entre as infrações disciplinares mais leves e as transgressões éticas mais próximas da fronteira infracional. Este problema da superposição advém da natureza estatutária da Lei nº 8.112, de 1990, que obrigou o legislador ordinário a enquadrar desde as mais graves ilicitudes de absoluta intolerância até deslizes comportamentais de baixa ofensividade, similares a desvios apenas éticos.

O dilema assume maior relevância porque, neste campo, exige-se a eleição do único e justo remédio jurídico reconstituidor do equilíbrio interno afetado pela ação humana criticável. Em um outro extremo distante do tema, há uma autônoma estanqueidade que separa a instância penal da instância disciplinar, em que os respectivos aplicadores não precisam se preocupar com prioridade, simultaneidade ou consecução de uma ação em relação à outra (a instauração de uma nem veda nem absorve a deflagração da outra), pois prevalece a regra da possibilidade de cumulação das respectivas sanções. Mas, aqui, no campo impreciso em que se trava a discussão, entre as subinstâncias administrativas disciplinar e ética, diferentemente, há a preocupação com a concomitância, pois, à vista do bem construído ordenamento interno da RFB e já mencionado linhas acima, em sua leitura sistemática, a deflagração da processualística disciplinar absorve e inibe a simultânea ou a consequente deflagração de instrumentalidade ética. Como as sanções disciplinar e ética não se cumulam, opera neste campo uma regra de excludência das subinstâncias.

Reitera-se e detalha-se: as subinstâncias administrativas não se cumulam e não devem mesmo se cumular, pois, ao menos na RFB, este efeito não decorre de construção principiológica mas sim de clara determinação normatizada no § 2º do art. 1º da Portaria RFB

nº 3.286, de 2011, que se reforça com a leitura sistemática do inciso III do art. 4º da Portaria RFB nº 3.262, e do inciso VIII do art. 1º e dos arts. 19 e 20, todos da Portaria RFB nº 3.963, de 2011. A construção normativa se mostra acertada, pois, além das já comentadas busca de padronização interna e de inibição de análise prévia equivocada que atribua relevância meramente ética à infração disciplinar, obtém-se ainda que, sob a ótica do agente público, evita-se o *bis in idem*, de ser duplamente sancionado na instância administrativa, e, sob a ótica do órgão, economiza-se retrabalho e eventuais divergências. Com isto, se ratifica que aquele aventado concurso apenas aparente de infrações requer solução com a eleição do critério da consunção, por meio do qual se esclarece que a lei, as condutas e as penas estatutárias absorvem os regramentos, os desvios e as censuras ético-comportamentais.

Atento a esta absorção, para se verificar, com excludência, se o caso em tela reclama atuação disciplinar (ou, se não, por exclusão, se cabe atuação ética), necessário sintetizar que os aspectos comportamentais elevados ao patamar de ilicitude disciplinar nos arts. 116 e 117, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, mais comumente suscitados em representações e denúncias, circunscrevem-se a zelo laboral, lealdade institucional, obediência aos princípios da legalidade e da hierarquia, presteza, urbanidade, moralidade administrativa, assiduidade e pontualidade. Ademais, para prosseguir defendendo que os descumprimentos de tais deveres mereçam repercussão disciplinar, devem se dar no pleno exercício do cargo ou de forma ao menos indiretamente relacionada ao cargo. Atendendo a estes dois critérios cumulativos, é provável que se esteja diante de indícios de infração disciplinar; ao contrário, caso inexistente(s) um ou ambos critérios, por resíduo, pode-se estar diante apenas de deslize ético.

Mesmo com todos os esforços argumentativos até aqui envidados, é de se reconhecer que, diante de tantos bens jurídicos tutelados, em diferentes graus, pela lei estatutária, ainda é compreensível que não se consiga delinear com uma fronteira clara e exata que tipo de conduta de viés comportamental necessariamente terá repercussão disciplinar.

Acrescente-se então mais um critério. Ainda que até este ponto da explanação não se tenha logrado delimitar de forma precisa o que seja infração comportamental merecedora da ação disciplinar, pode-se, ao contrário, ao menos se traçar uma regra apriorística do tipo de conduta que não terá repercussão disciplinar e que, por resíduo, sofrerá então incidência do regramento ético. Como regra, as condutas perpetradas no âmbito privado do servidor, sem relação sequer indireta com o cargo, não assumem relevância estatutária.

Isto porque um dos pilares mais sólidos do regime disciplinar encartado na Lei nº 8.112, de 1990, e, consequentemente, da aplicação instrumental do processo disciplinar, reside na máxima de que, como regra, os atos exclusivamente de vida privada não são alcançados pelos ditames estatutários. A base legal para tal compreensão dogmática advém da literalidade do art. 148 daquela Lei, que delimita a ação disciplinar para tão somente apurar atos cometidos no pleno exercício do cargo ou, no máximo, em extensão, para apurar atos cometidos, se não no pleno exercício, que ao menos guardem relação indireta como este múnus público.

> *Lei n° 8.112, de 1990 - Art. 148. O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.*

Daí, em leitura residual, é possível que mesmo atos que não afrontem bens jurídicos tutelados pela Lei n° 8.112, de 1990, e/ou que tenham sido cometidos em exclusiva seara privada não fiquem totalmente à margem das subinstâncias administrativas de controle e de monitoramento comportamentais. Pode ser o caso de se estar diante de indícios de materialidade e de autoria situados na zona das condutas que, a despeito de não atingirem o patamar de infração à lei estatutária, sejam transgressões aos diplomas emanadores do comportamento esperadamente ético do agente integrante do quadro técnico da RFB.

Por fim, busca-se aqui deixar uma última contribuição, ainda que a título meramente de sugestão, com o objetivo de tentar esclarecer aos operadores das subinstâncias disciplinar e ética qual a demarcação acima da qual a conduta infracional deve ser considerada detentora de gravidade para fazer mover a estrutura correcional e abaixo da qual a se considera como hábil apenas para provocar a CE-RFB.

Para este fim, antecipe-se aqui a construção doutrinária e administrativa, consagrada, de forma vinculante, no âmbito da RFB por meio da Nota Técnica Coger nº 2021/12, qual seja, do erro escusável, detalhada em **4.6.3.4**. Por esta conclusão, em apertada síntese, é considerada erro escusável a conduta cumulativamente culposa, eventual e de pequeno grau de afronta ao ordenamento. Uma vez configurados os três requisitos em determinada conduta infracional, a conduta *a priori* infracional deixa de ser considerada como tal, em uma espécie de perdão tácito da responsabilização que normalmente adviria do ânimo subjetivo culposo.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/12: "8. Para que um erro seja considerado escusável e afaste, portanto, a responsabilização administrativa do agente público, é necessária a presença cumulativa de três condicionantes.*
> *9. Primeiramente, o ato irregular deve ser culposo, ou seja, não pode ter sido praticado de forma dolosa, seja em dolo direto ou indireto, afinal, a intenção e a consciência do resultado ilícito não coadunam, obviamente, com a noção de falibilidade involuntária.*
> *11. Ademais, o ato deve ser eventual – ou seja, não pode ser continuado nem habitual –, pouco representativo no universo de atuação do agente público. Obviamente, este critério de eventualidade não comporta modelações quantitativas prévias, devendo ser aferido caso a caso, à vista das peculiaridades de cada situação (dificuldades técnicas da tarefa, carga de trabalho, prazos exigidos e demais parâmetros de condições de trabalho). Não pode exigir do autor nenhuma atenção especial na sua execução, de forma que, mesmo diante de uma falha única, havendo exigências especiais de atenção e dedicação sobre o caso, afasta-se a satisfação deste segundo critério.*
> *12. É preciso ainda que a ofensa a normas e bens jurídicos tutelados seja ínfima, desatendendo deveres ou proibições estatutárias de menor valoração em escala de grau de intolerância interna ou mitigada por parâmetros positivos de dosimetria, a exemplo de atenuantes. Em outras palavras, não satisfazem o terceiro e último critério condutas associadas a uso indevido das atribuições do cargo, insubordinação hierárquica, deslealdade, imoralidade ou outras máculas de conduta ou caráter.*
> *13. Logo somente se poderá escusar um desvio funcional e decidir pela não instauração de PAD quando esse ato for culposo, eventual e de poder ofensivo ínfimo.*

Informe-se que esta construção interna se assemelha à previsão normatizada no art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), regulamentado pelo art. 12 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que estabeleceram uma espécie de perdão à culpa que se poderia chamar de leve, em contraposição à denominada culpa grave. Diante da definição de que erro grosseiro seria aquele erro manifesto, evidente e inescusável e que caracteriza a conduta eivada do que chama de culpa grave, marcada por elevado grau de negligência, imprudência e imperícia, a *contrario sensu*, a culpa leve seria o ânimo subjetivo associado a condutas cometidas mediante erro não manifesto, não evidente e escusável e caracterizado por ação ou omissão de baixo grau de negligência, imprudência ou imperícia.

No entanto, nesta construção legal e normativa há limitações tanto na materialidade quanto na autoria contempladas com a culpa leve, pois se restringe a atos de tomada de decisão a cargo de autoridades detentoras de poder decisório e a associados atos de

manifestação de opinião em assessoramento jurídico daqueles agentes decisores. A construção positivada não concede o benefício de forma geral e indistinta, pois estabelece um nicho privilegiado de autores e de espécies de condutas, ao passo que a formulação doutrinária encampada pela Coger em sua Nota Técnica é ainda mais abrangente e benéfica, pois não limita materialidade e autoria, impondo a todas as situações e agentes os mesmos três critérios técnicos e objetivos de configuração. Não obstante, é interessante mencionar aqui a previsão da Lei e do Decreto para demonstar que a construção adotada pela Nota Técnica não e dissocia do Direito positivado e não se limita a uma construção isolada.

Todo este relato vem à tona como sugestão para que, diante de uma conduta infracional, se adote como uma possível fronteira separadora das atuações disciplinar e ética a existência de erro escusável (ou de culpa leve, nos termos positivados) ou a existência do erro grosseiro (ou da culpa grave) ou ainda de dolo. Por um lado, limitando-se a conduta sob análise à culpa leve, para a qual o sistema correcional concederá a construção benéfica do erro escusável e não atuará, pode-se remeter este caso para a subinstância ética. Com isto, a Administração, por meio da sua subinstância ética, não deixa de se dedicar à ocorrência, não se mantém inerte - enfim, não se omite em dar uma resposta e uma satisfação tanto ao ambiente interno quanto à sociedade como um todo - e, ao mesmo tempo, não desperdiça sua reservada força de trabalho correcional para conduta de menor relevância. Por outro lado, sendo conduta marcada no mínimo por culpa grave (e, obviamente, no máximo por dolo), passa a ser objeto da ação disciplinar repressiva.

Com isto, se sugere a percepção de culpa leve na conduta infracional como delimitador abaixo do qual a ação administrativa deve se limitar à subinstância ética e acima do qual a ação administrativa deve se dar na subinstância disciplinar, sendo as ocorrências movidas nos termos já expostos acima, à luz dos comandos da Portaria ME/SE nº 21.527, de 2020, ou da Portaria RFB nº 3.286, de 2011. Caso se trate de denúncia, a notícia deve dar entrada pela Ouvid (ou deve ser encaminhada para esta unidade), que, em análise preliminar, faz a triagem dos casos a serem remetidos para a CE-RFB e para o sistema correcional; caso se trate de representação, a notícia deve dar entrada pelo sistema correcional, onde deve ser feita a triagem para permanência em sua própria estrutura ou para remessa para a CE-RFB.

Não obstante todo o esforço acima depreendido para inferir um limite de separação entre as atuações disciplinar e ética, ao final desta explanação, vai se defender uma ação administrativa de certa forma simultânea e pulverizada entre diversas subinstâncias internas no que tange à atividade de prevenção. Mesmo se sabendo de antemão que a ação preventiva, no âmbito da RFB, decorre, precipuamente, da atuação não só do foro específico para o tema, a CE-RFB, mas também do poder hierárquico, destaca-se que o fato de a atuação do sistema correcional ser intrinsecamente ligada ao tema disciplinar não prejudica e muito menos impede que também zele pela manutenção da conduta ética do corpo funcional e contribua em todas as ações que, em caráter concorrente, são promovidas, indistintamente, por todas as demais unidades e autoridades do órgão.

Neste rumo, é de se ratificar a atuação harmônica da Coger e dos Escor com a CE-RFB e com as chefias hierárquicas e com as suas projeções regionais e locais de gestão de pessoas. Sabe-se que, de um lado, a competência para matéria disciplinar concentra-se, exclusivamente, nos titulares da Coger e dos Escor. Por outro lado, como de outra forma não poderia ser, diante de sua matéria-fim, a este mesmo sistema correcional também incumbe atuar e contribuir nas ações conscientizadoras da necessidade do comportamento probo no órgão, sobretudo na prevenção ao desvio de conduta, em total articulação com a CE-RFB, que figura como o foro institucional especializado no tema e detentor de seu próprio ferramental amparado em normatização específica, e ainda com as autoridades regionais e locais, às quais, de forma difusa, na linha hierárquica e em suas projeções de gestão de pessoas, também competem ações de natureza preventiva junto a seus subordinados. É inequívoco que, à

margem de previsões regimentais, como a qualquer outra unidade ou autoridade administrativa, ao sistema correcional e a seus titulares e integrantes também incumbe, diuturnamente, de forma diluída com todas as suas demais competências, zelar, preventivamente, pela postura ética do quadro funcional, também sendo certo que, no atual ordenamento interno, sua atuação nesta seara, focando a prevenção, deve se harmonizar, sem se superpor e muito menos se contrapor, com a atuação específica da CE-RFB e também, sem se confundir, com a atuação gerencial da hierarquia e com a atuação da gestão de pessoas.

Ou seja, a despeito de uma leitura ou de um conhecimento apressado do tema levar equivocadamente à indução de que o sistema correcional atém-se apenas à matéria disciplinar e punitiva, verifica-se dos comandos do *caput* do art. 1º do Decreto nº 2.331, de 1º de outubro de 1997, que - como de outra forma não poderia ser - a atuação preventiva ao desvio de conduta faz parte do foco de atuação da Coger e dos Escor, em relação de parceria com a CE-RFB e com as chefias técnicas e gerenciais de alçadas regionais e locais.

No que tange à Coger e aos Escor colaborarem na prevenção em sentido estrito ao desvio de conduta, compete-lhes atuar de forma proativa sobre as atividades internas, destacadamente por meio da adoção de programas e estratégias voltados à conscientização do corpo funcional para aspectos comportamentais, de que é exemplo não exaustivo Programa de Integridade da RFB, instituído pela Portaria RFB nº 4.220, de 20 de agosto de 2020, a ser detalhado em **2.2.2.2.3**. Mais especificamente, pode-se citar: atuação nos processos de seleção de novos servidores; realização de diversos atos de capacitação, tanto de seus próprios servidores (treinamentos sobre as áreas de atuação correcional), como também do quadro funcional da RFB (palestras nas unidades, inclusive para administradores); divulgação dos entendimentos administrativos sobre matérias atinentes a comportamento e conduta (respostas a consultas de servidores sobre regime disciplinar e de administradores sobre candidatos a funções de confiança, elaboração de notas técnicas para temas controversos e material didático com normas disciplinares); divulgação de penalidades aplicadas; levantamento de riscos de ilicitudes inerentes a determinados macroprocessos de trabalho e aos respectivos processos de trabalho mais sensíveis e em que se subdividem; atuação em articulação com a CE-RFB; e parcerias com outras instituições, nacionais e internacionais, para iniciativas de prevenção e combate à corrupção.

Cabe descrever que, no caso de consultas sobre temas correcionais em geral (em que se inclui o tema específico de conflito de interesses, apesar de receber tratamento diferenciado, conforme se abordará em **4.7.3.18**), a praxe é de concentrar as respostas na Divisão de Análise Correcional (Diaco), a fim de se propiciar uniformização sistêmica de entendimentos, conforme o inciso VII do parágrafo único do art. 16 do Anexo I do Regimento Interno da RFB - embora não fosse ilegal os Escor fazê-lo, com base na sua competência regimental disposta no art. 21 do mesmo Anexo I.

2.2.2.2.2 - As Duas Principais Áreas Técnicas, de Investigação Disciplinar e de Atividades Repressivass, e as Competências das Subunidades do Sistema Correcional

Apresentada a atuação preventiva do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), passa-se às duas outras linhas de atuação, de controle investigativo e de repressão.

Quanto à segunda estratégia de combate ao desvio de conduta, introduz-se que o controle investigativo (ou, simplesmente, investigação) compreende a atuação que visa a acompanhar as atividades desenvolvidas pelo corpo funcional, de forma a verificar se estão sendo realizadas de acordo com as normas, o planejamento e as orientações superiores. O controle investigativo, a exemplo da prevenção em sentido estrito, se insere no primeiro grupo de estratégias que visam a evitar o emprego do Direito sancionador, uma vez que o corpo

funcional que se sabe observado, monitorado e sob o risco de ser identificado, caso cometa desvio de comportamento, sofre inegável inibição para o ilícito.

Na RFB, o controle investigativo pode ser exercido em três linhas distintas. Na primeira, sendo óbvia a aferição por parte do chefe imediato sobre os atos praticados em sua unidade, tem-se que o controle se dissemina por toda a cadeia de administradores, competindo, em cada unidade, ao gestor, em estrita observância ao princípio da hierarquia, controlar as atividades dos seus subordinados, de forma bem próxima e cotidiana. A segunda forma de controle investigativo se dá por meio de uma unidade central especialmente competente para o tema, a Coordenação-Geral de Auditoria Interna e Gestão de Riscos (Audit), a que incube, regimentalmente, executar a auditoria interna e de gestão no sentido mais lato da expressão.

No que aqui mais de perto interessa, cabe ao sistema correcional a terceira e última forma de exercício do controle investigativo, por meio de sua competência regimental para instituir as suas próprias linhas de atuação investigativa, com o fim específico de levantar indícios de desvios de conduta e, em alguns casos, aferir os riscos de que venham ocorrer tais desvios, conforme adiante mais detidamente se detalhará.

Tem-se certo que, quanto mais eficientes forem a prevenção em sentido estrito e o controle investigativo dentro da instituição, menos se necessitará lançar mão da derradeira linha de atuação, a repressiva. Não obstante, caso estas ferramentas profiláticas não tenham gerado o efeito desejado de inibir o ilícito, eventuais indícios de desvio de conduta devem ser encaminhados ao sistema correcional. Na sequência, pode se fazer necessário lançar mão da última ferramenta de combate ao desvio de conduta, a repressão, demandando da Administração a atuação reativa, de índole punitiva, especificamente sobre o infrator, com a decorrente instauração de processo disciplinar, previsto na Lei nº 8.112, de 1990, e, eventualmente, aplicando-se uma penalidade administrativa.

E antecipe-se que a atuação repressiva, diferentemente da linha preventiva, por ser limitadora de direito, requer absoluto regramento legal, sendo uma atividade fortemente marcada pela vinculação à lei. Nesta instância de índole disciplinar, de competência exclusiva da Coger e dos Escor, primeiramente, se tem de descobrir a ocorrência do ilícito (por meio da atividade de investigação disciplinar), para, em seguida, processar o agente (por meio das atividades repressivas) e, por fim, garantir o resultado do processo (acompanhamento dos seus desdobramentos judiciais), se for o caso, e ainda sem jamais descuidar de todos os controles internos sobre a própria atuação sistêmica. O desempenho de tais atividades, como reflexo do controle investigativo e da repressão de forma mais específica no âmbito do sistema correcional da RFB será adiante detalhado.

Feita esta introdução, avançando em relação à inafastável e não exclusiva atenção com a postura ético-preventiva e adentrando no círculo de competências exclusivas da matéria disciplinar, a atuação do sistema correcional pode ser subdividida em duas principais áreas técnicas, a saber, de investigação disciplinar (genericamente mencionada como atividade de controle investigativo ou, mais simplesmente, doravante, de investigação) e de atividades repressivas.

De acordo com o art. 17 do Anexo I do Regimento Interno da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020, a administração, a coordenação, o gerenciamento e a supervisão globais e sistêmicas destas duas áreas, no âmbito da unidade central, compete à Coordenação Disciplinar (Codis). Também incumbe à Codis realizar e manter contatos com unidades centrais de órgãos externos à RFB, como Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), Corregedoria do Ministério da Economia (Coger-ME), Controladoria-Geral da União (CGU), Advocacia-Geral da União (AGU), Poder Judiciário, Ministério Público Federal (MPF), Polícia Federal (PF),

dentre outros (a interlocução com projeções regionais destes órgãos incumbe precipuamente aos Escritórios de Corregedoria - Escor).

> *Portaria ME n° 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 17. À Coordenação Disciplinar (Codis) compete gerenciar as atividades relativas à investigação disciplinar, à análise correcional, ao acompanhamento de ações judiciais de interesse da Coger e à responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei.*

E, de forma individualizada, aquelas duas linhas de atividades (investigativa e repressiva) se refletem, no âmbito da Corregedoria (Coger), nas competências regimentais tanto de precipuamente gerenciar (no sentido de atuar na uniformização, padronização, disseminação, supervisão e capacitação) quanto residualmente de também executar, a cargo das duas principais Divisões técnicas, quais sejam, a Divisão de Investigação Disciplinar (Divid) e a Divisão de Análise Correcional (Diaco), e na efetiva execução, sobretudo no âmbito dos Escor, conforme, respectivamente, o art. 18, a parte inicial do inciso I do art. 19 e o art. 21, todos do Anexo I do Regimento Interno da RFB. Sem prejuízo da reiteração da relevância da Diaco e da Divid, é de se reconhecer que a Coger conta ainda com uma terceira Divisão, a Divisão de Responsabilização de Entidades Privadas (Dires), prevista no art. 20 do Anexo I do Regimento Interno da RFB e descrita em **2.2.2.2.4**, apartada da ênfase aqui concedida às duas precedentes pois trata de tema à margem do processo disciplinar, que é o foco principal do presente texto.

> *Portaria MF n° 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 18. À Divisão de Investigação Disciplinar (Divid) compete gerenciar e executar as atividades relativas à investigação disciplinar.*
> *Art. 19. À Divisão de Análise Correcional (Diaco) compete gerenciar e executar as atividades relativas:*
> *I - à análise correcional e ao acompanhamento judicial dos casos de interesse da Coger;*
> *Art. 20. À Divisão de Responsabilização de Entidades Privadas (Dires) compete gerenciar e executar as atividades relativas à responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei.*
> *Art. 21. Ao Escritório de Corregedoria (Escor) compete executar, em todo território nacional, as atividades atribuídas à Coger.*

A rigor, o que se quer aqui diferenciar não são atuações da Diaco e da Divid, mas sim as atuações associadas à investigação disciplinar das atividades repressivass. Como Divisões da unidade central, não se perde de vista que, na verdade, a Divid e a Diaco atuam nas respectivas áreas, mas não com ênfase na execução em si e sim da forma como se espera de unidade central, qual seja, uniformizando, padronizando, disseminando, supervisionando e capacitando as respectivas atividades fins executadas pelos Escor.

Para este fim, é imprescindível informar que na prática, todas as atividades, sejam de âmbito de unidade central, sejam de âmbito regional, a partir de 2019, passaram a se concentrar em três importantes Grupos Nacionais, a saber, o Grupo Nacional de Investigação (GNI), criado pela Portaria Coger nº 168, de 10 de junho de 2019; o Grupo Nacional de Pareceristas (GNP), criado pela Portaria Coger nº 171, de 17 de junho de 2019; o Grupo Nacional de Comissões (GNC), criado pela Portaria Coger nº 128, de 16 de outubro de 2020.

A criação dos três Grupos Nacionais importou em forte alteração no paradigma de atuação da Coger. Até então, a atividade correcional sofria engessamentos decorrentes da jurisdição regional: Regiões Fiscais mais demandadas sob ótica disciplinar significavam Escor bem mais assoberbados que aqueles situados em Regiões Fiscais menos provocadas. Este desequilíbrio regional na divisão de tarefas impactava forte e negativamente os indicadores gerenciais da Coger. Com a inovação procedimental instituída entre 2019 e 2020,

possibilitaram-se o controle, a gerência, a organização, a uniformização e a distribuição de trabalhos em uma visão macro nacional. De certa forma, ao retirarem a execução do âmbito dos Escor, os três Grupos Nacionais - sem previsão regimental - propiciaram a superação das limitações que a divisão regional impunha.

Em muito sintéticas palavras, em âmbito nacional, incumbe ao GNI tudo o que concerne à atividade de investigação disciplinar, incumbe ao GNP tudo o que concerne à atividade de assessoramento jurídico e incumbe ao GNC tudo o que concerne à atividade de comissões de inquérito no curso do processo disciplinar.

De forma similar, o GNI, o GNP e o GNC transcendem os limites regionais, dotados de dois Coordenadores cada, auxiliados por Supervisores (as Supervisões dentro de cada Grupo são livremente criadas pelos Coordenadores, a fim de auxiliar, por temas, a administração das atividades) e integrados por membros, que são servidores lotados na Coger e nos Escor, selecionados em razão de seu perfil profissional. Salvo poucos servidores, que desempenham tarefas bastante específicas no sistema correcional ou de mero apoio administrativo na Coger e nos Escor, pode-se dizer que quase todo quadro funcional foi subdividido entre os três Grupos. Conforme se vê esquematicamente nos fluxogramas do **Anexo VI**, há uma lógica concatenação nas atuações do GNI, GNP e GNC.

Feita esta apresentação dos três Grupos, torna-se ainda mais evidente o que se aduziu linhas acima, quando se reconheceu que, mais que adentrar em competências regimentais da Divid e da Diaco, aqui se quer tratar das atividades de investigação disciplinar e de repressão. Em outras palavras, a partir das inovações estabelecidas em 2019 e 2020, tratar destas atividades equivale a tratar das atuações do GNI e do GNP. De certa forma, então, aqui, ao se mencionar as competências regimentais estabelecidas no art. 18 e no inciso I do art. 19, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB, na prática, está se mencionando as atuações do GNI e do GNP.

Conforme mencionado em **2.2.2.2**, para abordar as competências na sequência com que conceitualmente deveriam ser exercitadas, se poderia cogitar, em teoria e para mero efeito didático, de uma forma consecutiva e sequenciada para a investigação disciplinar e atividades repressivas.

Naquele tópico, já se abordou que, ao se imaginar uma escala ideal no sentido da atividade mais afastada para a mais próxima da matéria punitiva - com relação tanto a seu momento de aplicação quanto à afinidade conceitual -, se tem primeiramente a prevenção ao desvio de conduta, seguida da utilização das atividades investigativas e, por fim, a vinculada aplicação repressiva do processo disciplinar, sendo que a investigação disciplinar estaria mais próxima do processo do que da prevenção e que a atividade investigativa antecede e instrui as atividades repressivas.

Embora se saiba que, na prática, estas duas áreas de atuação técnica da Coger sejam exercitadas diuturna e simultaneamente antes pelas respectivas Divisões previstas no Regimento Interno da RFB e atualmente pelo GNI e pelo GNC, aqui, didaticamente, convém apresentá-las na sequência com que teoricamente deveriam ser empregadas. Isto é possível porque, conceitualmente, ao se tomar um determinado caso isolado, até é verdade que se pode conceber uma linha consecutiva e sequenciada de atuação, tanto na primazia do GNI e do GNC, quanto na parcela residual ainda exercida na Divid e na Diaco, no desempenho das competências, funções e atividades típicas de unidade central e no desempenho das competências executivas.

Organicamente, em termos residuais a Divid e em termos precípuos o GNI, ou concretamente, a atividade de investigação disciplinar se incumbe de procedimentos prévios ao processo disciplinar, ou seja, das atividades relacionadas às investigações no sentido mais lato do termo, desde que voltadas para fins disciplinares (neste conjunto de atividades,

destacam-se as investigações patrimoniais e as sindicâncias patrimoniais, bem com as sindicâncias investigativas e as investigações preliminares). Por sua vez, organicamente, em termos residuais a Diaco e em termos precípuos o GNC, ou concretamente, as atividades repressivas se dedicam à matéria processual disciplinar e punitiva propriamente dita e tem parte de sua atuação decorrente de provocações recebidas daquela outra Divisão ou atividade e é justamente a esta matéria a que mais se dedicará atenção no presente texto.

Relembre-se que mais do que diferenciar as atuações daquelas duas Divisões técnicas ou daqueles dois Grupos Nacionais da Coger, aqui se quer diferenciar as duas linhas de atividade, sendo certo que, após suas criações, incumbem ao GNI e ao GNC tanto tarefas típicas de unidade central quanto a execução das respectivas linhas de atuação, independentemente se a autoridade instauradora é um Chefe de Escor ou o Corregedor.

Uma vez que a matéria disciplinar será o precípuo foco de interesse de todo o presente texto, aqui, neste tópico específico, não se concentrará atenção à matéria de interesse da Diaco e do GNC, mas sim se dedicará algum esforço às investigações disciplinares da Divid e do GNI. E este maior esforço também se justifica ao se repisar que, embora a atividade investigativa anteceda a aplicação do Direito Administrativo Disciplinar, tem-se que as investigações disciplinares, em termos teórico-conceituais, já se aproximam mais do processo disciplinar que a atuação de prevenção - mas sem com ele se confundir.

De imediato, é de se abordar que, historicamente, em ordens regimentais ultrapassadas, cabia à Coger a chamada “auditoria correcional” e competia às Coordenações de matéria específica (Coordenações-Gerais de Tecnologia e Segurança da Informação; de Tributação; de Fiscalização; de Administração Aduaneira; e de Administração Tributária - de Arrecadação e Cobrança, atualmente - Cotec, Cosit, Cofis, Coana e Codac) a chamada auditoria interna de aplicação de normas e procedimentos, por meio de suas Divisões de Auditoria de Procedimentos (Diaup).

Naquele contexto regimental mais antigo, enquanto a auditoria interna de aplicação de normas e procedimentos e de gestão de riscos era - e ainda é - definida como atividade permanente de controle e orientação, de natureza técnico-procedimental, abarcando o exame dos procedimentos operacionais, das rotinas de trabalho e das atualizações dos registros nos sistemas informatizados, para verificar sua consistência, propriedade e obediência às normas, com vistas ao aperfeiçoamento do controle e das normas aplicáveis a procedimentos e rotinas de trabalho e ao mapeamento dos riscos, a auditoria voltada para fim disciplinar também era uma atividade de controle, só que empregada já sob aquele foco, visando à busca de indícios de irregularidades funcionais, tendo se fundamentado e se executado, naquela época, basicamente apenas no Sistema Arco (Auditoria e Controle de Sistemas, atualmente já descontinuado), conforme definiam as Portarias SRF nº 883, de 16 de julho de 2002, nº 1.205, de 18 de outubro de 2002, e nº 195, de 2 de março de 2004.

Avançando na cronologia, em uma ordem regimental mais recente, a partir de 2007, aquela diluída competência para a auditoria interna sobre aplicação de normas e procedimentos e de gestão ficou limitada a uma Coordenação-Geral específica, de Auditoria Interna e Gestão de Riscos (Audit), a qual incumbe auditar as áreas de atendimento, controle de crédito, aduaneira, fiscalização, tecnologia e administração e ainda coordenar a gestão de riscos. Além disto, por uma questão de cautela terminológica, se, por um lado, o texto regimental vigente até 2014 inovava ao dispor para a Coger e os Escor a competência para a expressão inédita e mais específica “investigação disciplinar”, por outro lado, ainda mantinha para o sistema correcional a competência para o termo mais genérico “auditoria”. Por fim, a alteração regimental promovida pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014, de forma mais coerente com a coexistência da Audit, o Regimento Interno da RFB passou a prever competência para o sistema correcional executar “investigação disciplinar”, tendo se excluído o termo “auditoria” da positivação normativa das competências regimentais do

sistema correcional.

Não obstante a apresentação deste relato histórico, primeiramente deve se assentar, com relação ao âmbito interno da RFB, que a expressão “investigação disciplinar”, atualmente disposta na competência regimental, contém e absorve a antiga auditoria correcional (tão somente agora compreendida sob nova denominação), de forma a não se configurarem nem perda e nem conflito ou superposição de competência com a Audit no que diz respeito à sua auditoria interna procedimental. Embora o Regimento Interno atual da RFB não atribua expressamente “auditoria” ao sistema correcional, para o bem da interpretação sistemática da norma regimental, faz-se necessário que a competência para o que assim se denomina quando aplicado para fins disciplinares seja efetivamente exercitada pela Coger, sem prejuízo das competências exclusivas da Audit.

Neste rumo, independentemente de peculiares definições de âmbito interno e regimental na RFB, o procedimento investigativo em gênero, naquela sua parcela que tangencia o senso comum acerca do termo “auditoria”, pode ser resgatado no espectro normativo que atualmente integra a CGU, mais especificamente da Secretaria Federal de Controle Interno (CGU/SFC), por meio da definição formal adotada na Instrução Normativa (IN) SFC nº 1, de 6 de abril de 2001, como uma das técnicas de controle.

> *IN CGU/SFC nº 1, de 2001 - 1. A auditoria é o conjunto de técnicas que visa avaliar a gestão pública, pelos processos e resultados gerenciais, e a aplicação de recursos públicos por entidades de direito público e privado, mediante a confrontação entre uma situação encontrada com um determinado critério técnico, operacional ou legal. Trata-se de uma importante técnica de controle do Estado na busca da melhor alocação de seus recursos, não só atuando para corrigir os desperdícios, a improbidade, a negligência e a omissão e, principalmente, antecipando-se a essas ocorrências, buscando garantir os resultados pretendidos, além de destacar os impactos e benefícios sociais advindos.*
> *2. A auditoria tem por objetivo primordial o de garantir resultados operacionais na gerência da coisa pública. Essa auditoria é exercida nos meandros da máquina pública em todos as unidades e entidades públicas federais, observando os aspectos relevantes relacionados à avaliação dos programas de governo e da gestão pública.*
> *4. A finalidade básica da auditoria é comprovar a legalidade e legitimidade dos atos e fatos administrativos e avaliar os resultados alcançados, quanto aos aspectos de eficiência, eficácia e economicidade da gestão orçamentária, financeira, patrimonial, operacional, contábil e finalística das unidades e das entidades da administração pública, em todas as suas esferas de governo e níveis de poder, bem como a aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, quando legalmente autorizadas nesse sentido.*

Diferentemente de procedimento disciplinar, que, em apertadíssima síntese, possui foco específico na investigação ou na apuração de determinada ou de determinadas infrações por um ou mais autores *a priori* identificados ou identificáveis, o procedimento de auditoria alcança uma visão ampla e abrangente de um órgão ou de uma unidade e/ou de um determinado processo de trabalho. A auditoria não busca a identificação de ilicitude individualizada, mas sim, com viés essencialmente preventivo e empregando técnicas de gestão de riscos, visa a verificar a regularidade e a higidez procedimental e normativa bem como a identificar indicadores de inadequada aplicação de recuros materiais e humanos. Até é verdade que, fazendo esta verificação generalista da regularidade da prestação do serviço público, do desempenho das competências institucionais e das atribuições funcionais, a auditoria também se torna uma poderosa ferramenta estratégica de prevenção não só da má gestão superior mas também do desvio individual de conduta.

As investigações disciplinares se consubstanciam em ritos de natureza investigativa.

Diz-se que um procedimento possui natureza investigativa quando é conduzido e processado internamente, sob provocação ou de ofício, da seguinte forma: sigiloso (é protegido por cláusula de sigilo, a favor da Administração, visando a preservar a elucidação dos fatos e a proteger o interesse público, em oposição à regra geral da publicidade com que devem ser praticados atos administrativos, o que equivale a dizer que dispensa a formalidade de ato publicado de designação de servidor ou de equipe incumbidos de realizar os trabalhos); discricionário (é realizado pela Administração, a critério unilateral seu, não contando com definição legal ou normativa da instrumentalização, do rito, da sequência e da forma dos atos cabíveis, à margem da regra geral de atender ao princípio do devido processo legal); e inquisitorial (não possui a figura de acusado a quem se obrigue fornecer a prerrogativa de exercer contraditório, em razão de não ter fim punitivo em si mesmo).

Neste escopo, por ora, apenas para melhor ilustrar o que se aduz, basta listar os diferentes ritos que podem ser empregados na genérica competência regimental de proceder a investigações disciplinares: análise preliminar, sindicância investigativa, sindicância patrimonial e investigação patrimonial, cujas definições e descrições procedimentais serão aprofundadas em **2.5.3.2** (a rigor, a lista ainda conta com a investigação preliminar, que é procedimento investigativo exclusivo para a responsabilização de pessoas jurídicas, a se ver em **2.2.2.2.4**). Antecipe-se ainda que, a partir de 2005, a Administração Pública federal passou a centrar esforços na investigação de incompatibilidade patrimonial ostentada pelos servidores em comparação a seus rendimentos. Como reflexo desta tendência, a preocupação com a situação patrimonial do quadro de servidores repercutiu na RFB. Este tema e os procedimentos simultânea ou sucessivamente empregados para este fim na instituição (sindicância patrimonial, auditoria patrimonial e investigação patrimonial) serão ainda mais detalhadamente abordados em **4.7.4.4.4**.

Voltando ao patamar introdutório e superficial desta abordagem, é de se reconhecer que, em geral, a menos de tópicos cujo fim seja especificamente aprofundar a análise de tais assuntos, se usará, ao longo deste texto, por mera economia de redação, a expressão “investigação disciplinar” ou “atividades investigativas” para referência a qualquer espécie das investigações sigilosas, discricionárias e inquisitoriais que antecedem o processo disciplinar.

E, para os objetivos deste texto, mais relevante é tentar definir investigação disciplinar em gênero em comparação com a matéria ético-preventiva, que a antecede, e com a matéria disciplinar, que a sucede, situando-a em meio àquelas duas outras atividades.

Enquanto o emprego das ferramentas éticas e preventivas se dá por meio de programas e estratégias anteriores e inibidores do desvio de conduta e que, uma vez bem sucedidos, evitarão o ilícito e consequentemente o processo disciplinar, a investigação disciplinar, a exemplo do processo, atua sobre os fatos ocorridos e já trazem em si aspectos investigativos materializados em um mínimo de natureza procedimental. Embora ambas atividades possam ser tidas como profiláticas, a primeira o é em essência, no sentido de anteceder mesmo o ilícito por depurar a conduta do servidor, enquanto a segunda tem seu caráter profilático mais associado à percepção de risco por parte do servidor de ser descoberto, causando um efeito inibidor sobre o potencial infrator.

Avançando, é de se dizer que o procedimento prévio de investigação disciplinar deve ser entendido como uma atividade profilática, preventiva e até educadora, sem rito determinado, caracterizada pela agilidade, a ser instaurada rotineiramente a ponto de estabelecer na Administração a cultura de que os atos de qualquer agente público podem ser verificados, sem que necessariamente se cogite de caráter disciplinar. Este procedimento tanto pode ser deflagrado de ofício e sistematicamente quanto pode se dar em função de pontual percepção, por parte da Administração ou por notícia externa, da existência de setores, atividades ou grupos de risco, mediante monitoramentos. Mesmo que se investiguem atos

funcionais de um ou de mais de um servidor, não há nestes procedimentos a figura do acusado e, por conseguinte, não se trata de rito contraditório. Desta forma, embora guardando menor distância que a atividade ético-preventiva, a investigação disciplinar também não se confunde com a instância disciplinar, que é pontualmente instaurada para obter efeito repressivo sobre um fato irregular específico cometido por alguém, a ser detidamente analisado, demandando, portanto, apuração contraditória.

Não obstante, as atividades investigativas e de correição podem se interligar, visto ser comum que, de uma investigação disciplinar, decorra o processo disciplinar. Mas há ressalvas para a participação de integrantes de equipe de investigação disciplinar no processo disciplinar consecutivo, conforme se verá em **2.5.2** e reiterado em **3.4.3**. Ainda assim, investigação disciplinar não faz parte do escopo deste texto.

Por um lado, esta atividade de investigação disciplinar, precipuamente a cargo do GNI e residualmente a cargo da Divid, pode detectar meros equívocos ou interpretação imperfeita na aplicação de normas ou procedimentos da unidade, mas sem aspecto irregular, quando apenas se recomendará ao titular da unidade a adequação da rotina. Todavia, tendo a investigação disciplinar detectado indício de irregularidade em seu trabalho, consubstancia-se representação para que a autoridade competente (como regra, Chefe de Escor ou, excepcionalmente, o Corregedor, exercendo competência típica de Diaco) avalie a procedência ou não de se instaurar processo disciplinar, a cargo do GNC.

Importa ainda discorrer sobre as demais competências regimentais da Diaco e do restante de subunidade orgânicas da Coger.

Para este fim, necessário resgatar que o Regimento Interno da RFB aprovado pela Portaria ME nº 284, de 2020, estabeleceu fortas alterações orgânicas na Coger. Dois Serviços até então existentes na unidade central e subordinados à Codis - o Serviço de Acompanhamento Judicial e Controle (Sejuc) e o Serviço de Controle da Atividade Correcional (Secac) - foram extintos e suas competências regimentais foram absorvidas pela Diaco e foram criados dois Serviços (Serviço de Análise Corecional - Seaco), um no âmbito do Escor da 7ª Região Fiscal (Escor07) e outro no Escor da 8ª Região Fiscal (Escor08).

A competência do extinto Sejuc absorvida pela Diaco se lê na parte final do inciso I do art. 19 do Anexo I do Regimento Interno da RFB, de gerenciar e executar as atividades relacionadas ao acompanhamento judicial no âmbito da Coger. Tais atribuições se sintetizam em acompanhar e divulgar os históricos e as tendências jurisprudenciais e acompanhar, no âmbito judicial, as atividades de interesse da Coger e são importantes porque, em razão da matéria jurídica em que atua, é indispensável que a Coger se mantenha atualizada com os julgados sobre o tema e também porque, sobretudo em casos que possam importar em apenação expulsiva (tais como penas de demissão ou de cassação de aposentadoria), não raro o servidor busca a prestação jurisdicional, ingressando com ação judicial junto ao Poder Judiciário.

Nestes casos, faz-se relevante que a autoridade instauradora do processo disciplinar (condição que, em geral, recai sobre o Chefe do Escor e, excepcionalmente, sobre o Corregedor), ao ser notificada pela autoridade judicial ou ao ter tido ciência de qualquer outra forma da existência da ação judicial, de imediato, protocolize um processo administrativo, instruído com cópias dos documentos recebidos do Poder Judiciário e com outros documentos a que porventura tenha acesso e que considere relevante para a instrução, registro e documentalização do acompanhamento da ação, bem como comunique o fato à Diaco, a fim de que esta possa prestar o necessário apoio nesta tarefa.

Em razão de suas competências regimentais, a Diaco se incumbe de atualizar e de disponibilizar no sistema correcional os entendimentos jurisprudenciais sobre matéria disciplinar e acompanha, de forma coordenada com a Advocacia-Geral da União (AGU), as

ações judiciais que guerreiam os processos disciplinares da Coger e dos Escor, as ações civis indenizatórias de dano ao erário, as ações civis de improbidade administrativa, as ações penais e ainda estes mesmos provimentos judiciais ou outros que acarretem a decretação da perda do cargo à margem da instância disciplinar.

Complemente-se ainda que esta atuação da Diaco permite inferir o grau de qualidade técnica e jurídica dos trabalhos disciplinares da Coger e dos Escor, mediante o acompanhamento do índice de reversões judiciais de penas expulsivas a servidores da RFB.

As competências do extinto Secac absorvidas pela Diaco se leem nos incisos II a V do art. 19 do Anexo I do Regimento Interno da RFB, de controlar as informações referentes à atividade correcional, por meio de estatísticas anuais; assessorar o Corregedor no planejamento sistêmico; e coordenar os trabalhos de indicadores de gestão, para fins de avaliação de resultados, culminando na elaboração dos Relatórios de Desempenho anuais.

Ainda segundo o atual Regimento Interno da RFB, esta subunidade exerce o controle administrativo de toda a atividade correcional, seja em face de servidores, seja em face de entidades privadas, acompanhando desde o resultado das investigações disciplinares e das notícias de supostas irregularidades (representações ou denúncias) que chegam ao sistema, provendo estatísticas do resultado dos juízos de admissibilidade, controlando o andamento dos trabalhos a cargo das comissões processantes (mantendo a base de dados de processos em andamento e rol de acusados e indiciações) e acompanhando e tabelando os resultados das apenações. Decerto, esta atuação está fortemente associada à alimentação das bases de dados de sistemas gerenciais de controle interno e externo, muitas vezes a cargo das comissões disciplinares ou das autoridades instauradoras, pois tais informações são empregadas como ferramentas de busca do aprimoramento da atuação do sistema e de avaliação para fim de planejamento.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 – Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 19. À Divisão de Análise Correcional (Diaco) compete gerenciar e executar as atividades relativas:*
> *I - à análise correcional e ao acompanhamento judicial dos casos de interesse da Coger;*
> *II - ao controle das informações referentes aos feitos administrativo-disciplinares e de responsabilização de pessoa jurídica, nos termos da lei;*
> *III - à elaboração, ao acompanhamento e à avaliação do planejamento da Coger;*
> *IV - à articulação e à integração do planejamento da Coger ao planejamento institucional; e*
> *V - ao levantamento, à consolidação e à análise dos indicadores de gestão relativos à área de competência da Coger.*

Quanto às demais subdivisões orgânicas da Coger, primeiramente que aos Seaco dos Escor07 e do Escor08 incumbe atuar como uma projeção regional da Diaco, com a incumbência de exercer as suas mesmas competências, conforme o art. 22 do Anexo I do Regimento Interno da RFB.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 – Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 22. Ao Serviço de Análise Correcional (Seaco) compete executar, no âmbito do Escor em que estiver localizado, as atividades atribuídas à Diaco.*

Relembre-se que, conforme o art. 20 do Anexo I do Regimento Interno da RFB, a Dires é responsável por gerir e executar todas as atividades concernentes à responsabilização de pessoas jurídicas, nos termos da Lei n° 12.846, de 1° de agosto de 2013, será objeto de detalhada abordagem à parte, em **2.2.2.2.4**.

Por fim, na área de apoio administrativo da atividade correcional, a Coger conta com o Serviço de Atividades Administrativas (Sesad), a que compete, nos termos do art. 241 do

Anexo I do Regimento Interno da RFB, no que cabível (já que os Escor contam, nas respectivas Regiões Fiscais, com apoio das Divisões de Gestão de Pessoas e de Programação e Logística das Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil - SRRF/Digep e SRRF/Dipol), gerir e executar as atividades concernentes ao controle de pessoal, a apoio administrativo, à gestão de documentos e patrimonial e a serviços gerais, dentre o que se destacam as atividades financeiras e orçamentárias referentes a deslocamentos de servidores e de colaboradores eventuais.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 241. Ao Serviço de Atividades Administrativas (Sesad) e à Seção de Atividades Administrativas (Sasad) compete gerir e executar as atividades relativas a pessoal, ao apoio administrativo, à gestão de documentos, aos serviços gerais e ao deslocamento de servidores e colaboradores eventuais, no interesse das respectivas atividades.*
> *Parágrafo único. Ao Sesad da Coger e à Sasad da Copei compete, ainda, gerir e executar as atividades financeiras e orçamentárias relativas ao deslocamento de servidores e colaboradores eventuais, no interesse das atividades da Coger e da Copei, respectivamente..*

Subordinada ao Sesad, a Seção de Capacitação de Desenvolvimento (Sacad) é competente para gerir e executar as atividades de capacitação e de desenvolvimento de pessoal, conforme o art. 238 do Anexo I do Regimento Interno da RFB.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 238. Às Seções de Capacitação e Desenvolvimento (Sacad) compete gerir e executar as atividades relativas à capacitação e ao desenvolvimento de pessoas.*

Não obstante a formal apresentação das competências regimentais, é de se mencionar que, por força do § 2º do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, que dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da RFB, o Corregedor, além da competência avocatória, possui competência para transferir competências entre as as unidades e as subunidades (entre suas Coordenação, Divisões, Serviços, Seção e Escor) e para transferir atribuições dos respectivos chefes.

> *Portaria RFB n° 4.505, de 2020 - Art. 2º*
> *§ 2º O Corregedor poderá, a qualquer tempo:*
> *I - avocar a instauração ou a tramitação de sindicância disciplinar ou de PAD, sem que isso implique revogação parcial ou total da competência das autoridades a que se refere o inciso III do caput; e*
> *II - transferir competências entre unidades e subunidades e atribuições entre dirigentes, mediante critérios definidos em ato próprio..*

2.2.2.2.3 - Programa de Integridade e Ganhos Estratégicos com a Atuação Correcional

Associado à explanação sobre as linhas preventivas, de controle investigativo e repressiva de atuação do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), expostas em **2.2.2.2.1** e em **2.2.2.2.2**, cabe descrever o Programa de Integridade da RFB, instituído pela Portaria RFB nº 4.220, de 20 de agosto de 2020, em atendimento aos comandos do art. 19 do Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, dos art. 2 e 3º e dos incisos I e II do art. 5º, todos do Decreto nº 11.529, de 16 de maio de 2023, que instituiu o Sistema de Integridade, Transparência e Acesso à Informação da Administração Pública Federal (Sitai), que tem como órgão central a Controladoria-Geral da União (CGU), e dos arts. 1º, 2º e 6º da Portaria CGU nº 57, de 4 de janeiro de 2019.

> *Decreto nº 9.203, de 2017 - Art. 19. Os órgãos e as entidades da administração*

direta, autárquica e fundacional instituirão programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção, estruturado nos seguintes eixos:
I - comprometimento e apoio da alta administração;
II - existência de unidade responsável pela implementação no órgão ou na entidade;
III - análise, avaliação e gestão dos riscos associados ao tema da integridade; e
IV - monitoramento contínuo dos atributos do programa de integridade.

Decreto nº 11.529, de 2023 - Art. 2º Fica instituído o Sistema de Integridade, Transparência e Acesso à Informação da Administração Pública Federal - Sitai, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.
Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:
I - programa de integridade - conjunto de princípios, normas, procedimentos e mecanismos de prevenção, detecção e remediação de práticas de corrupção e fraude, de irregularidades, ilícitos e outros desvios éticos e de conduta, de violação ou desrespeito a direitos, valores e princípios que impactem a confiança, a credibilidade e a reputação institucional;
II - plano de integridade - plano que organiza as medidas de integridade a serem adotadas em determinado período, elaborado por unidade setorial do Sitai e aprovado pela autoridade máxima do órgão ou da entidade; e
III - funções de integridade - funções constantes nos sistemas de corregedoria, ouvidoria, controle interno, gestão da ética, transparência e outras essenciais ao funcionamento do programa de integridade.
Parágrafo único. O programa de integridade tem o objetivo de promover a conformidade de condutas, a transparência, a priorização do interesse público e uma cultura organizacional voltada à entrega de valor público à sociedade.
Art. 5º Compõem o Sitai:
I - a Controladoria-Geral da União, como órgão central; e
II - as unidades nos órgãos e nas entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional responsáveis pela gestão da integridade, da transparência e do acesso à informação, como unidades setoriais.

Portaria CGU nº 57, de 2019 - Art. 1º Os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão instituir Programa de Integridade que demonstre o comprometimento da alta administração e que seja compatível com sua natureza, porte, complexidade, estrutura e área de atuação.
§ 1º O comprometimento da alta administração deverá estar refletido em elevados padrões de gestão, ética e conduta, bem como em estratégias e ações para disseminação da cultura de integridade no órgão ou entidade.
§ 2º A instituição do Programa de Integridade ocorrerá por fases e será formalizada por meio de Plano de Integridade.
Art. 2º Para os efeitos do disposto nesta Portaria, considera-se:
I - Programa de Integridade: conjunto estruturado de medidas institucionais voltadas para a prevenção, detecção, punição e remediação de práticas de corrupção, fraudes, irregularidades e desvios éticos e de conduta;
II - Risco para a Integridade: vulnerabilidade que pode favorecer ou facilitar a ocorrência de práticas de corrupção, fraudes, irregularidades e/ou desvios éticos e de conduta, podendo comprometer os objetivos da instituição;
III - Plano de Integridade: documento, aprovado pela alta administração, que organiza as medidas de integridade a serem adotadas em determinado período de tempo, devendo ser revisado periodicamente.
Art. 6º Para o cumprimento do disposto no inciso II do art. 5º desta Portaria, os órgãos e as entidades deverão atribuir a unidades novas ou já existentes as

> *competências correspondentes aos seguintes processos e funções:*
> *I - promoção da ética e de regras de conduta para servidores, observado, no mínimo, o disposto no Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994, no Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007, e na Resolução nº 10, de 29 de setembro de 2008, da Comissão de Ética Pública - CEP;*
> *II - promoção da transparência ativa e do acesso à informação, observado no mínimo o disposto na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, no Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, e na Resolução nº 11, de 11 de dezembro de 2017, da CEP;*
> *III - tratamento de conflitos de interesses e nepotismo, observado no mínimo o disposto na Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, no Decreto nº 7.203, de 4 de junho de 2010, e na Portaria Interministerial nº 333, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, de 19 de setembro de 2013;*
> *IV - tratamento de denúncias, observado, no mínimo, o disposto no Decreto nº 9.492, de 5 de setembro de 2018, na Lei nº 13.460 de 26 de junho de 2017, na Instrução Normativa Conjunta nº 1 da Corregedoria-Geral da União e da Ouvidoria-Geral da União, de 24 de junho de 2014, e na Instrução Normativa nº 1 da Ouvidoria-Geral da União, de 05 de novembro de 2014;*
> *V - verificação do funcionamento de controles internos e do cumprimento de recomendações de auditoria, observado no mínimo o disposto na Instrução Normativa CGU nº 03, de 9 de junho de 2017, e da Instrução Normativa CGU nº 08, de 6 de dezembro de 2017; e*
> *VI - implementação de procedimentos de responsabilização, observado, no mínimo, o disposto no Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, na Portaria CGU nº 335, de 30 de maio de 2006, na Portaria CGU nº 1.043, de 24 de julho de 2007, e na Portaria CGU nº 1.196, de 23 de maio de 2017.*

De se destacar a importância que Portaria CGU nº 57, de 2019, nos seis incisos do seu art. 6º, atribui a funções de integridade: ética, conflito de interesses e nepotismo, aqui atribuídos à Comissão de Ética da RFB (CE-RFB); controles internos, aqui atribuídos à Coordenação-Geral de Auditoria Interna e Gestão de Riscos (Audit); transparência ativa e acesso à informação, aqui atribuídos à Ouvidoria (Ouvid); tratamento de denúncias, aqui atribuído à Ouvid e à Corregedoria (Coger); e procedimentos de responsabilização, aqui atribuídos à Coger. Estas unidades da RFB são consideradas unidades seccionais no âmbito do Sipef, conforme o inciso III do art. 3º do Decreto nº 11.529, de 2023.

Convém aproveitar a definição normativa que a Portaria RFB nº 4.220, de 2020, emprega, no § 1º do seu art. 1º, para o termo integridade, como sendo a ininterrupta observância de princípios, valores éticos e ordenamento vigente para o fim precípuo do interesse público. Conforme o art. 3º da norma, o Programa de Integridade tem como principais objetivos difundir os conceitos éticos, a normatização vinculante, a forma de atuação da CE-RFB e do sistema correcional e os canais de denúncias e de representações, além de capacitar pessoal nas áreas de controle interno e acompanhar os casos concretos de desvios éticos e infrações disciplinares. Para o alcance destes fins, os subsequentes arts. 4º e 6º respectivamente cria as chamadas Instâncias de Integridade, que são a CE-RFB, a Ouvid, a Coger e a Audit, e institui a Comissão Executiva, integrada por um representante do Gabinete (Gabin) e dos titulares das quatro Instâncias. Por fim, o art. 5º estabelece que o Programa se estruturará por meio de planos periodicamente revisados, os chamados planos de integridade.

> *Portaria RFB nº 4.220, de 2020 - Art. 1º*
> *§ 2º Para fins do disposto nesta Portaria, entende-se por integridade o alinhamento consistente e a conformidade das ações e condutas a princípios, valores éticos e normas adotados no âmbito da RFB para garantir e priorizar o atendimento ao interesse público.*
> *Art. 3º São objetivos do Programa de Integridade:*

I - disseminar normativos, conceitos e práticas relativos a padrões de ética e aos riscos para a integridade;
II - difundir princípios e boas práticas de controle interno e de atuação correcional;
III - auxiliar no aprimoramento dos controles internos;
IV - estimular o comportamento ético e íntegro no ambiente institucional;
V - fomentar a interação das Instâncias de Integridade de que trata o art. 4º com as unidades organizacionais da RFB;
VI - incentivar o uso adequado dos canais de denúncia e a interposição de representação que tenha por objeto desvios éticos, ilícitos administrativos, fraude e corrupção;
VII - esclarecer continuamente acerca das hipóteses de ofensas éticas, conflitos de interesse e sanções disciplinares aplicáveis, de acordo com a legislação em vigor;
VIII - estimular a transparência ativa e passiva, observadas as hipóteses legais de sigilo;
IX - apoiar a implementação de mecanismos de integridade com parceiros e partes interessadas;
X - estimular o cumprimento das normas e dos padrões de integridade estabelecidos, com vistas ao aumento da eficiência e eficácia na condução de políticas e prestação de serviços de interesse público;
XI - promover a capacitação de servidores para atuação na gestão de riscos e controles internos e em procedimentos disciplinares; e
XII - acompanhar os casos de quebra de integridade evidenciados em processos de avaliação da ética e em processos disciplinares, de maneira a analisar seus principais aspectos e causas dos desvios ocorridos.
Art. 4º A implementação, o desenvolvimento e a definição das estratégias e ações do Programa de Integridade serão realizados mediante colaboração entre as seguintes unidades da RFB, denominadas Instâncias de Integridade:
I - Comissão de Ética da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (CERFB);
II - Coordenação-Geral de Auditoria Interna e Gestão de Riscos (Audit);
III - Corregedoria (Coger); e
IV - Ouvidoria (Ouvid).
Parágrafo único. Cabe ao Gabinete do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil (Gabin) a coordenação das atividades das Instâncias de Integridade referidas no caput.
Art. 5º A estruturação do Programa de Integridade será formalizada por meio de Plano de Integridade, que será revisado periodicamente, o qual abrangerá as medidas relativas ao tratamento dos riscos para a integridade a serem adotadas pela RFB.
Parágrafo único. O Plano de Integridade conterá a descrição, os prazos, as metas e os responsáveis pela operacionalização de cada atividade a ser desenvolvida.
Art. 6º A Comissão Executiva do Programa de Integridade será composta pelos seguintes membros:
I - Representante do Gabin;
II - Presidente da CE-RFB;
III - Coordenador-Geral da Audit;
IV - Corregedor; e
V - Chefe da Ouvidoria.
Parágrafo único. A coordenação da Comissão Executiva será exercida pelo representante do Gabin, a ser designado pelo Secretário Especial.

O Programa de Integridade da RFB não é uma iniciativa isolada e estanque; ao contrário, insere-se, alinhado e contemporâneo, em um contexto global de conscientização de instituições públicas e privadas acerca da necessidade de desenvolvimento da integridade

interna, com o intuito de fomentar negócios e de mover a economia. Percebe-se que o ambiente de negócios, mesmo em uma acepção ampla que inclua o setor público, requer garantia e credibilidade como elementos de sustentação, de desenvolvimento e de manutenção e não há possibilidade de existência de tais valores sem confiança de se estar lidando com atores e com organizações marcadas pela integridade.

Cabe acrescentar que o Ministério da Fazenda (MF) também possui seu próprio Programa de Integridade, denominado Prevenir, estabelecidos em moldes bastante similares ao da RFB, conforme a Portaria ME nº 15.208, de 31 de dezembo de 2021, e, como não poderia ser diferente, com previsível harmonização deste com aquele.

O tema da integridade, com sua relevância ímpar em órgão do Fisco, suscita que se adapte para atuação correcional a chamada pirâmide de conformidade tributária, elaborada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) originalmente para a atividade fiscal. Na sua versão original, o esquema gráfico contrapõe a necessidade de agravamento da atuação do Estado fiscal à medida que o comportamento do contribuinte se afasta do ideal esperado pela Administração tributária (em um gradiente comportamental que vai desde a maior parcela de contribuintes, dos que espontaneamente cumprem de forma regular suas obrigações tributárias e que devem ter tais obrigações simplificadas ou facilitadas pelo Estado, até a menor parcela, dos que dolosamente não se sujeitam à tributação, a quem o Fisco deve direcionar toda força da lei).

Na versão transplantada para a atuação correcional, a pirâmide de integridade funcional expõe, de forma figurativamente didática, a necessária modulação também do Estado correcional de acordo com o comportamento do corpo funcional do órgão, a se medir dentro do amplo espectro de variação da integridade. Se é certo que se tem na base da pirâmide a imensa maioria do corpo funcional, que, por valores próprios, mantém comportamento marcado pela integridade e pelo comprometimento com a instituição e que, ao contrário, se tem no topo da pirâmide uma parcela minoritária de servidores que agem funcionalmente com graves desvios de conduta, também não se questiona que a atuação proativa e reativa da Administração, ao dosar o seu poder disciplinar, tem de ser modulada ao comportamento institucional. Não se justificaria que a estrutura correcional dispensasse a todo corpo funcional um único tratamento, seja pela desproporção de tratar todos com suas mais enérgicas providências e iniciativas, seja pelo descompasso com a realidade de nivelar o quadro como se todos necessitassem apenas das mais brandas formas de atuação disciplinar.

Na base da pirâmide, onde reside a ampla maioria do servidores, de comportamento funcional marcado pela disposição em cumprir as regras de conduta e pelo comprometimento, bastariam ações preventivas, a exemplo de orientações sobre como agir, e postura de defesa institucional destes agentes. Na segunda faixa da pirâmide, habitada por servidores com problemas meramente comportamentais, faz-se necessária a firme atuação do gestor, com as ferramentas da gerência administrativa e da gestão de pessoas, agregando postura preventiva da Administração de fomentar as auditorias de verificação de conformidade procedimental a cargo da Audit e postura reativa de eventualmente direcionar os casos que já cheguem ao ponto de configurar deslize ético para a apreciação da CE-RFB. No terceiro estágio, já se adentrando a competência correcional *stricto sensu*, abriga-se a parcela quantitativamente decrescente de servidores com conduta demarcada por desvios comportamentais já mais relevantes, a ponto de atingirem o ordenamento legal-estatutário, para os quais já se justificam a imposição de obrigações, em relação de resolução consensual de conflito por meio da celebração de termo de ajustamento de conduta (TAC), ou até mesmo a instauração de processo disciplinar, a fim de se aplicar penas não expulsivas de advertência ou de suspensão. Por fim, no topo da pirâmide, condensando a minoritária parcela do quadro com conduta funcional caracterizada pela ausência de integridade e pela mácula de caráter ensejadoras de prática de condutas intoleráveis de extremada gravidade, a corregedoria deve focar sua mais

forte atuação, com a iniciativa de elaborar investigações estratégicas e/ou de buscar ações mais contundentes em conjunto com demais instituições de controle, por meio de operações conjuntas com o Poder Judiciário, com o Ministério Público Federal (MPF) e com a Polícia Federal (PF), que desaguam em processes disciplinares em que se impõem penas expulsivas.

Com a prática do dia a dia harmonizada com este sintético diagrama, a estrutura correcional não apenas se legitima diante da imensa maioria de conduta íntegra dentro do órgão como também concentra sua limitada força de trabalho para o foco do combate à corrupção *lato sensu*, por meio de maiores gravosidade e incisividade em sua atuação. Assim, a exemplo da versão original elaborada pela OCDE para a tutela tributária, eis que a corregedoria consegue modular e fragmentar, de forma otimizada, sua atuação, aumentando a severidade dos remédios jurídicos aplicados à medida que o comportamento do servidor se distancia do ideal esperado de integridade e de comprometimento. Dito de outra forma, quanto mais íntegro e comprometido é o conjunto do corpo funcional (como é a sua parte majoritária) e mais próximo do ideal esperado, mais preventiva e menos repressiva é a atuação correcional; no extremo oposto, quanto mais corrupto é o conjunto do quadro (como é a sua parte minoritária) e mais afastado do ideal esperado, mais contundente é a ação disciplinar.

O objetivo a ser buscado pelo sistema correcional deve ser, então, progressivamente estimular e conscientizar a maior parte dos servidores para que se posicione na base da pirâmide, levando-os ao cumprimento espontâneo de seus deveres funcionais, e, ao mesmo tempo, resguardar suas ações coercitivas e repressivas, em gradiente crescente de intensidade, para os segmentos superiores daquela simbólica gravura. Até porque, diante da extrema diferença de conduta funcional entre a maioria e a minoria do quadro, não se justificaria uma atuação correcional única, homogênea e niveladora. Ao assim distribuir sua força de trabalho, a corregedoria estará, inclusive, fazendo cumprir efetivamente o princípio da impessoalidade, a ser mencionado em **3.3.1.6**, no sentido de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Neste contexto, o tema do desenvolvimento da integridade migrou e evoluiu do estágio inicial de meras abstrações teóricas morais ou éticas de adesão voluntária para atingir o patamar de figurar como uma ferramenta estratégica de governança, de adoção obrigatória pelas instituições, sobretudo públicas, diante de sua positivação em convenções internacionais e de seu reflexo no ordenamento interno em normas anticorrupção.

Uma vez que o Direito, como ciência social, jamais se dissocia da realidade vivenciada pela sociedade em que se insere, este movimento de espectro mundial repercutiu no Brasil não por acaso em um momento de forte convulsão. No contexto de incomuns pressão e cobrança populares, foi editada a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, sob o

epíteto de lei anticorrupção. Conforme se discorrerá em **2.2.2.2.4**, a se somar à já existente responsabilização estatutária do servidor por atos *lato sensu* de corrupção, esta Lei inovou o ordenamento pátrio, trazendo a responsabilização administrativa de cunho objetivo do agente corruptor, por meio do processo administrativo de responsabilização (PAR) de pessoas jurídicas de direito privado. Mais que isto, o diploma legal trouxe ao ordenamento conceitos e institutos como *compliance* (compreendida, em sintéticas palavras, como o conjunto de medidas e iniciativas de determinada instituição a favor da observância do ordenamento, da adesão aos princípios, valores e diretrizes institucionais e da prevenção e combate ao desvio de conduta de seus agentes), acordos de leniência (que, também de forma resumida, são acordos celebrados entre a Administração e pessoas jurídicas investigadas pela prática de atos lesivos, por meio do qual estas admitem a prática delitiva, manifestam intenção de cessá-la, se comprometem a cooperar com as investigações, fornecendo informações relevantes, e obtêm atenuação das sanções cabíveis), cadastros públicos negativos de pessoas jurídicas (tais como o Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas - Ceis e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP), e, no aqui mais interessa, programas (ou mecanismos) de integridade.

De forma crescente e certamente em um caminho sem volta, compreende-se que integridade, tanto institucional como funcional dos agentes, possui reflexo não apenas social mas também econômico e deve ser adotada como estratégia de governança. E é importante denotar que, aqui, a ideia de corrupção é ampla, não se restringindo às graves condutas funcionais tipificadas criminalmente (que inclusive extrapolam a competência correcional administrativa), mas sim abarca toda e qualquer conduta dolosa de quebra de honestidade, inclusive de pequena monta.

Dentro das inovações trazidas ao ordenamento pátrio, o desenvolvimento da cultura de integridade traz alguns destacados ganhos institucionais. Primeiramente, mencione-se a construção de um ambiente interno de trabalho confiável, pois não se tem dúvida que o ambiente laboral íntegro agrega ao servidor sensação de conforto e segurança cotidiana, concentra sua força de trabalho em tão somente produzir sem o desperdício de energia de revisar atos alheios, de conviver em ambiente de baixa confiabilidade e de estabelecer rotinas individuais de autoblindagem e de autopreservação. Ademais, promove confiança e legitimidade perante o público externo, uma vez que, no caso de um órgão fiscal, como é a RFB, o contribuinte somente acata voluntariamente os ditames da legislação tributária e adere aos programas de conformidade se acreditar que a reputação deste órgão se caracteriza pela credibilidade. Por fim, como consequência dos dois efeitos anteriores cite-se o terceiro efeito, que é o resultado positivo experimentado nos processos de trabalho institucionais, em especial de construção de justiça fiscal e de acréscimo de arrecadação tributária.

Para obtenção destes efeitos positivos no sentido da promoção interna do desenvolvimento da integridade, a Administração precisa lançar mão de algumas ferramentas de gestão. Como primeira ferramenta a se mencionar, é necessário atuar no sentido da valorização, do fortalecimento e da integração das atuações das unidades de controle, acima denominadas Instâncias de Integridade, responsáveis pelas áreas de ouvidoria, ética, corregedoria, auditoria interna e gestão de riscos. Não por acaso, o Programa de Integridade da RFB defende o comprometimento da alta direção do órgão, a fim de que estas atividades de controle mantenham atuações coordenadas e reciprocamente complementares, com apoio das estruturas internas responsáveis pela atividade fim, harmonização que somente é possível com o apoio da alta gestão. Neste sentido, quando um gestor recebe uma reclamação via Ouvid ou uma solicitação de dados da Audit ou um pedido de participação de um programa de gestão de riscos desta mesma unidade central ou é provocado a participar de uma ação de desenvolvimento da ética pela CE-RFB ou tem ciência de que irregularidade envolvendo servidor de sua unidade ou subunidade está sendo tratada pela Coger ou por Escor, tais provocações não devem ser vistas como desvios do foco arrecadatório ou fiscalizatório ou como uma obrigatória e indesejada concessão de seu tempo de trabalho. Ao contrário, como

segunda ferramenta, também é necessário fomentar a compreensão de que aquelas atividades das Instâncias de Integridade não são um entrave à atuação técnica na atividade fim da RFB, mas sim como parcerias na busca de propósitos convergentes. Isto conduz à terceira ferramenta, como uma consequência das duas anteriores, que é a necessária atuação preventiva conjunta das atividades fim e das Instâncias de Integridade, para mitigar ameaças à integridade e fomentar a estabilidade do ambiente interno e a insuspeição do público externo, na busca da eficiência institucional. Por fim, mencione-se o indispensável estímulo gerencial para que o corpo funcional tenha conhecimento do ordenamento vigente e seja apresentado, por meio de eventos de capacitação e de prevenção, ao efetivo modo de atuar das unidades de controle.

Uma vez implementadas e sedimentadas tais ações gerenciais, o desenvolvimento da cultura da integridade propicia que cada servidor adquira as seguintes capacidades: transformar o cumprimento das normas em algo natural, como parte da sua rotina institucional; sentir-se responsável pela coisa e pela causa públicas; discernir entre o certo e o errado em situações sensíveis; orientar-se não exclusivamente por valores e princípios individuais, que são significativamente variáveis, mas também, e principalmente, por aqueles dispostos em códigos e normas; incluir-se de forma ativa e cotidiana na prevenção e na detecção de irregularidades; e compreender a complexidade da corrupção, passando a enxergar que este conceito não se resume a grandes esquemas como o recebimento de propinas, o desvio de propriedade pública, o comércio de influências, o uso de informações confidenciais, o abuso de poder, mas sim pode estar diluído em pequenas condutas cotidianas - apenas - aparentemente sem gravidade.

Neste rumo, imprescindível ressalvar que a corrupção, no sentido amplo do termo, não se limita a condutas de forte e inequívoca repugnância social e administrativa. Além da forte, relevante, eventual, demarcada corrupção de valores, pode-se também cogitar da corrupção de costumes, expressão que significa sua diluição comportamental no dia a dia. Em todo um corpo social ou até mesmo no contexto delimitado de uma instituição em que ainda não há o sólido desenvolvimento da cultura da integridade, as chamadas pequenas corrupções são extremamente comuns, em razão da postura tolerante como geralmente são vistas, e, quando avaliadas em conjunto, somadas, representam um forte impacto no ambiente interno e na forma como aquele grupo social ou laboral é percebido externamente. Em contexto de incipiente cultura de integridade, a mencionada tolerância não decorre do fato de que os pares do infrator sejam acometidos da mesma falha de retidão, mas sim se sustenta porque o conjunto ao seu redor sequer tem a clara noção da antijuridicidade daquelas condutas, por parecerem, a seus olhos, normais e aceitáveis, e menos ainda possui a visão do quanto são negativas fora de seu contexto interno estrábico. Estes desvios de conduta, praticados com dolo, ainda que acerca de bens jurídicos mereceres de menor tutela, não deixam de ser atos cotidianos de quebra do dever de honestidade, ainda que em menor gravidade. E a sua reiteração e habitualidade, fazendo com que tais posturas contaminem a base comportamental cotidiana do ambiente laboral, minam a construção de fortes pilares para a integridade.

Sendo atos mais diluídos no cotidiano, embora faticamente existentes e previstos como hipóteses infracionais no ordenamento, as pequenas corrupções passam de certa forma despercebidas e, uma vez que não afrontam bens jurídicos de unânime valoração interna, em geral sequer são provocadores das Instâncias de Integridade e sobretudo são representadas ao sistema correcional. Alimenta-se, portanto, um círculo vicioso, em que o cometimento de ato previsto em lei como ilicitude é tolerado e não representado; não sendo em geral objeto de ação repressiva, passa-se a falsa mensagem de sua aceitação ou até mesmo de que não há enquadramento no regime disciplinar e fomenta-se, ainda que involuntariamente, sua reiteração pelo mesmo autor e pelos demais ao redor.

Todavia, no outro extremo, se eventualmente condutas desta natureza são

compreendidas em sua visão macro de serem reiteradas e habituais com que assumem relevância disciplinar enquadrável na lei, se são representadas ao sistema correcional, em peças com comprovação robusta, e se, de forma reconhecidamente incomum, são levadas ao devido processamento disciplinar e, ao seu final, à vinculada e inasfastável punição administrativa, causam forte comoção, incompreensão e até inconformismo internos, como se a repressão fosse o desvio - quando, na verdade, desviadas são as condutas de diluída corrupção cotidiana de pequena monta e a consecutiva postura de tolerância inercial.

Em grupamentos sociais ou em instituições que já laboraram forte desenvolvimento da cultura da integridade, não se verifica este espaço de insegurança, pois sabe-se ao certo o que é devido ou não, o que é correto ou não, o que é lícito ou não e não se utrapassam impunemente estes limites. Já onde não há tal desenvolvimento, verifica-se um vão entre a gama de condutas tidas como indubitavelmente lícitas e a parcela de práticas inequivocamente ilícitas, alimentando-se neste vão os espaços para convenientemente construírem-se justificativas, mitigações, excludentes, álibis, atenuações e pretextos, sob todas as formas de eufemismos jurídicos permissivos, idealizados justamente para que, como um verdadeiro traço cultural deplorável, sejam relevadas as práticas que a norma não releva.

Conforme por diversas vezes, quando cabível, se vai reiterar no curso deste texto, quando um agente, em ato volitivo, resolve aderir ao regime estatutário de servidor - após, obviamente, aprovação em concurso público ou mesmo mediante apenas nomeação para cargo em comissão -, assume, em conjunto, não apenas o feixe de atribuições legais que o cargo lhe confere para desempenhar o múnus público com isenção, mas também admite a submissão a um regime obrigacional diferenciado. O servidor, nesta condição, sujeita-se a um regime especial de controle de todos seus atos funcionais, de sua conduta laboral e até mesmo de seu patrimônio, muito mais rigoroso a que se submete o particular da iniciativa privada.

Assim, o servidor deve reagir com naturalidade aos fatos de seus atos funcionais serem controlados, monitorados e auditados em sentido amplo do termo e de o próprio vir ser instado a se justificar acerca de alguma conduta praticada na qualidade de agente púbico, por mais ilibada e elogiável que seja até então sua reputação. Não há demérito, não há ofensa, não há pré-julgamento neste necessário, ininterrupto e impessoal controle a fim de evitar desvios de conduta, até mesmo culposos. Isto porque tal tutela não é exercida pessoalmente pelo superior hierárquico e nem mesmo institucionalmente pelo órgão, mas sim pela sociedade como um todo, em cujo único interesse o agente público deve sempre agir.

Afinal, por meio da lei, pode-se dizer que a sociedade credita aos servidores relevantes poderes e confia-lhes, por meio da remuneração e da dotação orçamentária aos órgãos, recursos advindos da arrecadação de tributos, a fim que de sejam desempenhadas as respectivas atribuições e competências, vinculadas e coercitivas, em estrita e exclusiva harmonia com a finalidade social. Mas em justa contrapartida, esta mesma sociedade espera e requer dos agentes públicos, como uma exigência para que personifiquem o Estado e atuem em seu nome, o severo cumprimento de seu regime especial de deveres e proibições a fim que não desviem o uso do cargo para interesses pessoais e para fins diversos do interesse público. Atento a este primado principiológico, o servidor sempre tem uma primeira opção diante de dúvida entre que caminho escolher ou que decisão tomar ou de que forma agir ou como interpretar e aplicar normas de conduta ou disciplinares, que é de sempre manter aderência à opção que melhor atende ao interesse público e que reflete o que a sociedade dele espera.

Mas, uma vez que se sabe que nem sempre é assim, havendo desvios de conduta dolosos e marcados pela desonestidade, o controle da integridade e a necessidade de implantação de um Programa desta linha se fazem indispensáveis e o sério e dedicado combate à corrupção ganha contornos de dever a ser exercitado não apenas por governos (até porque estes se marcam pela transitoriedade e pela alternância entre maior ou menor comprometimento com a causa), mas sim por cada cidadão, por toda sociedade e pelo Estado

como um todo.

É de se ter em mente que uma sociedade que não desenvolve em sua totalidade a cultura da integridade e que, ainda que de forma mitigada, tolera a corrupção, mesmo quando esta é praticada em pequenos atos cotidianos, afugenta investimentos, fomenta a concorrência desleal e a concentração de renda, prejudica o crescimento econômico e o desenvolvimento social, restando o País inteiro prejudicado e condenado a eterno subdesenvolvimento. E o mesmo mal, no âmbito de um órgão, acarreta a manutenção do ambiente de trabalho inseguro e reforça a equivocada avaliação negativa de parte da sociedade a respeito do setor público.

Mais especificamente no que tange à atuação da Coger, o Programa de Integridade contempla o periódico e sistemático acompanhamento patrimonial do quadro de servidores, a atenção para a redução do tempo médio de duração dos processos disciplinares, a divulgação interna e externa inonimada das punições disciplinares com indicação do fato ensejador e do enquadramento e a realização de palestras nas unidades a fim de expor tópicos relevantes do regime e do processo disciplinares e a efetiva forma de atuação da Coger em uma série de palestras denominada Projeto Proteger.

Quanto aos ganhos estratégicos advindos da atuação correcional, é certo que, além de gerar os imediatos efeitos no combate à corrupção e de desenvolver a integridade institucional, conforme estabelece a cadeia de valor institucional, a cotidiana atividade preventiva, investigativa e repressiva da Coger e dos Escritórios de Corregedoria (Escor) propicia repercussões positivas institucionais em geral não facilmente perceptíveis e presumidas pelo leigo na matéria, que normalmente atenta apenas para a consequência final punitiva.

No entanto, não há dúvida de que, no caso específico da RFB, a atuação correcional também propicia um conhecimento do próprio órgão, das lacunas, das praxes administrativas e de seu ordenamento, possibilitando suprir rotinas e normas, e sobretudo se reflete na percepção da presença fiscal e, por conseguinte, protege sua imagem externamente e auxilia o desempenho das atividades-fim.

Isto porque a corregedoria é composta, obviamente, de servidores lotados na RFB e precipuamente da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB) já estáveis, não se admitindo servidores egressos do provimento em concurso público. Com isto, os quadros da Coger e dos Escor compõem-se de servidores advindos das mais diversas áreas de atuação, agregando ao sistema correcional suas experiências, por exemplo, em fiscalização, tributação, arrecadação, atendimento e controle aduaneiro. Com isto, ao atuarem na matéria correcional, iluminam as condutas funcionais e os fatos a investigar ou a apurar com estes conhecimentos técnicos preteritamente acumulados, ensejando no sistema correcional uma visão ampla e interna muito peculiar do órgão como um todo. A aquisição da expertise correcional, somada à experiência profissional anterior, contempla o servidor da corregedoria com uma especial visão ao mesmo tempo crítica e razoável das qualidades e das imperfeições da RFB. Ao mesmo tempo em que este servidor egresso dos mais diversos processos de trabalho reconhece as lacunas estruturais e normativas do órgão (uma vez que, em suas lotações anteriores, também teve de enfrentá-las), também sabe das potencialidades e das ferramentas ao dispor do quadro funcional, a ponto de conseguir discernir, com razoabilidade, o que é uma conduta em que o servidor investigado ou sob apuração apenas foi vítima das fragilidades institucionais e identificar uma conduta em que o servidor se aproveita destas falhas para cometer ilicitudes. A atuação correcional, com esta riqueza dinâmica de percepção interna, possibilita que, ao final de seu trabalho, encaminhe recomendações para ajustes estruturais ou normativos, a fim de impedir repetição de fatos irregulares já identificados.

Ademais, como outro efeito positivo da firme atuação correcional, merece destaque a inegável evolução experimentada pela atuação estatal em conjunto, aqui compreendendo-se

ações articuladas e concatenadas de parcerias envolvendo todos os órgãos de controle, a exemplo da RFB (por seus sistemas correcional, de pesquisa e investigação, de repressão aduaneira e de fiscalização), do Poder Judiciário, do Ministério Público Federal (MPF), da Polícia Federal (PF), da Controladoria-Geral da União (CGU) e da Advocacia-Geral da União (AGU). Especificamente no âmbito da RFB, ao investir crescente e maciçamente na investigação disciplinar, a Coger, depois do período incipiente de amadurecimento e sedimentação, a partir da primeira década de sua criação, passou a obter relevante parcela de participação, de interlocução e de protagonismo junto àqueles órgãos de Estado e de respeito e de admiração da sociedade civil como um todo.

Neste contexto, assume destacada relevância a crescente atuação da Coger nas operações conjuntas, destacadamente com a PF, com o MPF e com o Poder Judiciário, demonstrando a relevância da proatividade na manutenção de profícua linha de contato com aquelas demais instituições, detentoras de diferenciado e exclusivo poder investigativo e persecutório na instância penal. Na contraposição ao elevado grau de elaboração dos esquemas fraudulentos e corruptores em que agentes públicos se valem de suas atribuições legais e de suas *expertises* nas áreas em que deveriam exercer as funções de controle e fiscalização e toda espécie de poder de polícia, é indispensável que o Estado também se articule e aja em cooperação positiva e construtiva de seus diversos órgãos.

É necessário exercitar a maturidade de perceber que as diversas atividades públicas possuem diferentes graus de atratividade para o desvio de conduta. Sem dúvida, atividades públicas que possuem o condão de exercer poder de polícia sobre atividades privadas e interesses particulares, como é o caso da atividade fiscal e da atividade policial, são mais sujeitas à conduta infracional que atividades de maior foco social, como educação e saúde públicas, aqui a mero título de exemplos figurativos. A atividade fiscal, por ser uma atividade de controle do Estado sobre os particulares, propicia a ilicitude e tão mais desconcertante que se deparar com notícias de operações investigativas conjuntas que elucidam práticas ilícitas no corpo funcional seria constatar uma inquietante omissão em que nada seria feito, em que nada se identificaria de ilícito em um quadro funcional e em um rol de competências e de atribuições tão extensos. Mais que iludir com aparente crença de que o órgão seria integralmente imune ao desvio de conduta, aquela suposta percepção indicaria uma intolerável inação em exercer o controle interno.

É importante sedimentar a percepção que a detecção de servidores do órgão envolvidos em esquemas organizados que visam a perpetração de ilicitudes administrativas e penais, em lugar de macular a imagem institucional, eleva a RFB e mais especificamente a sua corregedoria a um salutar e elogiável patamar de credibilidade social. A maturidade institucional capaz de reconhecer a existência de focos de graves desvios de conduta funcional (o termo “foco” é bem empregado aqui, no sentido de demarcar a parcela minoritária e jamais endêmica deste tipo de comportamento intolerável no conjunto do órgão) legitima e autoriza que o sistema correcional da RFB seja visto como efetivo parceiro nas operações conjuntas conduzidas em grau de absoluto sigilo.

Neste campo de crescente atuação, a Divisão de Investigação Disciplinar (Divid), conjuntamente com o Grupo Nacional de Investigação (GNI), exerce destacadas competências e iniciativas, seja nas atividades típicas de unidade central, seja na execução. Para tal fim, possui competência delegada para emitir os atos de comunicação com os demais órgãos parceiros, conforme dispõe a Portaria Coger nº 66, de 30 de setembro de 2016, em seu art. 1º.

> *Portaria Coger nº 66, de 2016 - Art. 1º Delegar competência ao Chefe da Divisão de Investigação Disciplinar para, no âmbito de suas competências, expedir ofícios necessários ao planejamento e execução de ações conjuntas com outros órgãos da Administração Federal.*

Neste contexto, apenas aproveita-se para corretamente expor que, ao contrário do que

costuma noticiar a mídia, operações investigativas desta natureza não são deflagradas externamente à vontade, à consciência e sobretudo à atuação da RFB. Ao contrário, o órgão, por intermédio de seu sistema correcional, identifica, em seu trabalho interno investigativo, indícios de sérios desvios, não coaduna com tais práticas, passa a investigá-los com técnica, imparcialidade e profundidade e, uma vez que irremediavelmente condutas mais graves extrapolam o limite de alçada administrativa, por simultaneamente também conterem indícios de crime, a corregedoria é obrigada a buscar o trabalho em parceria com aqueles acima citados órgãos de Estado, competentes para a investigação criminal e para a persecução penal. Em geral, salvo raras exceções, a mídia noticia a deflagração de tais operações conjuntas com ênfase na atuação dos órgãos de controle externo, como se a RFB fosse omissa e complacente com o desvio de conduta, o que não é real, uma vez que estes trabalhos de profunda envergadura técnica indistintamente têm início no seu próprio sistema correcional.

Por fim, ainda como um terceiro e último reflexo positivo e pouco visível da atuação correcional, eis que a deflagração de trabalhos investigativos e persecutórios em unidades afetadas pelo desvio de conduta acarretam resultado operacional na matéria-fim da RFB, qual seja, na arrecadação tributária. Não raro, a firme e certeira ação correcional gera a consequência de imediato aumento na arrecadação espontânea, reconstituição de créditos tributários e aumento da eficiência do controle aduaneiro naquela jurisdição afetada.

2.2.2.2.4 - A Competência da Corregedoria para Atuar na Responsabilização de Pessoas Jurídicas por Atos contra a Administração Pública e Síntese do Processo Administrativo de Responsabilização

No contexto de crescente repúdio social às práticas de corrupção (no sentido mais lato possível do termo) envolvendo organizações da iniciativa privada e agentes públicos e em decorrência de projeto de lei de iniciativa do próprio Poder Executivo federal (e, mais especificamente, da Controladoria-Geral da União - CGU), o ordenamento jurídico foi inovado com a publicação da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, chamada de Lei Anticorrupção. Pode-se mencionar também a harmonia com a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, e com a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 17 de dezembro de 1997, promulgadas no Brasil pelos respectivos Decretos nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, e nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, e admitidas, portanto, no ordenamento nacional com força de lei.

Pode-se dizer que, de certa forma, após imemorial inércia legislativa, enfim, este diploma legal veio suprir histórica lacuna no poder punitivo estatal. Associada à consabida necessidade, na imensa maioria dos casos, de acerto mútuo entre entes privado e público para se concretizarem as nefastas intenções ilícitas de ambos, sempre se teve, de um lado, o poder punitivo estatal sobre seus próprios agentes, consubstanciado no regime e no processo disciplinares, com possibilidade até de aplicação de gravosa pena máxima expulsiva, nos casos de maior ofensividade da conduta; todavia, de outro lado, a pessoa jurídica ativa na conduta (ou seja, o ente “corruptor”, em sentido amplo) sempre foi brindada, até a publicação da citada Lei, com o vácuo legislativo facilitador de sua impunidade em via administrativa (já que o ordenamento pátrio não prevê a incidência do Direito Penal sobre pessoas jurídicas).

Assim, a Lei nº 12.846, de 2013, no seus arts. 1º e 2º, estabeleceu a responsabilidade de rara natureza objetiva, em instâncias administrativa e civil, contra pessoas jurídicas atuantes na livre iniciativa (sejam sociedades empresárias ou simples, sejam fundações ou associações, nacionais ou estrangeiras com qualquer espécie de representação no País, abarcando, desta forma, a mais relevante parcela do que o art. 44 da Lei nº 10.406, de 10 de

janeiro de 2002 - Código Civil (CC) reconhece como pessoas jurídicas de direito privado, sendo de inegável destaque a incidência sobre as sociedades empresárias), em decorrência de atos lesivos à Administração Pública praticados em seu interesse ou benefício, prevendo sanções que afetam diretamente o patrimônio daqueles entes corruptores e adeptos de estratagemas à margem da boa ética empresarial.

> *Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.*
> *Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.*
> *Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.*

Segundo a manifestação da CGU, por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 17, de 11 de setembro de 2017, também as empresas individuais de responsabilidade limitada (Eireli) eram atingidas por este ordenamento. Tendo sido as Eireli excluídas do ordenamento pátrio (mais especificamente, com a revogação do inciso IV do art. 46 e do art. 980, ambos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC)), em razão da criação das chamadas sociedades limitadas unipessoais (SLU), com a inclusão dos §§ 1º e 2º ao art. 1.052 do CC, é possível estender a inteligência deste Enunciado CGU/CCC para as SLU.

> *Enunciado CGU/CCC nº 17, de 2017: "Aplicação da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 à empresa individual de responsabilidade limitada - Eireli. A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) está sujeita à responsabilização administrativa prevista na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013."*

O Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022, como norma regulamentadora da Lei nº 12.846, de 2013, no § 1º do seu art. 1º, define o alcance da responsabilidade em tela em decorrência de atos praticados no todo ou em parte no território nacional (ou que nele produzam efeitos) ou ainda no exterior.

> *Decreto nº 11.129, de 2022 – Art. 1º*
> *§ 1º A Lei nº 12.846, de 2013, aplica-se aos atos lesivos praticados:*
> *I - por pessoa jurídica brasileira contra administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior;*
> *II - no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos; ou*
> *III - no exterior, quando praticados contra a administração pública nacional.*

Destaca-se a previsão legal de responsabilização administrativa independentemente de comprovação de ânimo subjetivo (ou seja, de atuação com culpa ou com dolo) de parte de quem quer que seja, bastando, para a configuração do ato lesivo, a mera concretização fática da hipótese legal. Não há que se condicionar a nova incidência legal à busca de elementos indicadores de intencionalidade e consciência e nem mesmo de dever de cautela na conduta de qualquer partícipe. A responsabilização administrativa da pessoa jurídica se impõe com a mera comprovação de prática de ato proibido na Lei nº 12.846, de 2013, sendo suficiente a comprovação da relação de nexo causal entre a conduta empresarial e o resultado ilícito pretendido (e não necessariamente obtido, conforme se antecipa que o inciso II do art. 7º da mesma Lei permite interpretar) que afronta bem jurídico que aquele diploma legal tutela. No

contexto legal precedente, o ordenamento voltava-se apenas para a responsabilização das pessoas físicas ativas na prática da corrupção, seja quando agiam individualmente, seja quando agiam como administradores de pessoas jurídicas, como, por exemplo, disciplinam o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP) e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa), sempre dependentes da comprovação do seu estado anímico subjetivo (de culpa ou de dolo) - para as pessoas jurídicas, restavam apenas repercussões associadas à proibição de contratar com a Administração Pública. De outro giro, arma-se o Estado, a partir da vigência da Lei nº 12.846, de 2013, com o ferramental jurídico para atingir predominantemente o bem jurídico talvez de maior relevância da atividade empresarial, que é seu próprio patrimônio - e de forma objetiva e direta.

Tanto é assim que, conforme o art. 3º da Lei nº 12.846, de 2013, esta espécie objetiva de responsabilidade administrativa (punitiva sobre a pessoal jurídica) e civil (reparadora de prejuízo ao erário, sobre seu patrimônio) não se confunde com a eventual responsabilização penal individual de seus dirigentes (na medida das respectivas culpabilidades), não se superpondo a esta esfera de Direito e não a prejudicando. Até porque esta esfera punitiva sobre a pessoa física, de forma diametralmente oposta à inovação trazida pela citada Lei, sobre a entidade privada, requer a comprovação de dolo ou ao menos de culpa. Em outras palavras, opera aqui o consagrado princípio da independência das instâncias.

> *Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.*
> *§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.*
> *§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.*

Materialmente, o *caput* e os incisos I a V do art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, elencam as condutas que caracterizam lesão à Administração Pública, como um grande gênero, desdobrado ainda no *caput* em três grandes espécies de atos que atentem contra o patrimônio público, de atos que infrinjam princípios da Administração Pública (em clara harmonia com a Lei nº 8.429, de 1992) e de atos contra os compromissos internacionais formados pelo Brasil (atraindo novamente a atenção às três já mencionadas Convenções das quais o País é signatário).

> *Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:*
> *I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;*
> *II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;*
> *III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;*
> *IV - no tocante a licitações e contratos:*
> *a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;*
> *b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;*
> *c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de*

> *vantagem de qualquer tipo;*
> *d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;*
> *e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;*
> *f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou*
> *g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;*
> *V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.*

Ainda no espectro material, o § 1º do art. 49 da Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, norma sistêmica da CGU que descreve os procedimentos correcionais investigativos e acusatórios, estende para o âmbito do PAR as apurações de infrações enquadradas no art. 86 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (com sanções nos seus arts. 87 e 88), e em demais normas que tratem de licitações e contratos na Administração Pública. Advirta-se que, com a revogação da Lei nº 8.666, de 1993, pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, esta remissão à Lei revogada deve passar a valer para as infrações administrativas definidas no art. 155 da Lei revogadora (com sanções nos seus arts. 156 a 158), a partir da sua vigência (que, no caso, se dará em 01/04/23). Aliás, o art. 159 da Lei nº 14.133, de 2021, também possui comando no sentido de se abarcar no PAR também as infrações administrativas em face de licitações e de contratos administrativos.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 49.*
> *§ 1º Os atos previstos como infrações administrativas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou em outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos serão apurados, conjuntamente, no PAR.*
>
> *Lei nº 14.133, de 2021 - Art. 159. Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei.*

Aproximando a aplicação material da Lei para o foco específico da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), quando este órgão, em suas competências legais e regimentais for vítima da ação lesiva de pessoas jurídicas (sobretudo na relação entre o Fisco e contribuinte), os incisos I e II do seu art. 5º guardam destacada proximidade com as condutas ensejadoras de processo disciplinar, despontando como hipóteses legais bastante plausíveis de instauração da responsabilização administrativa em tela. Na sequência, o inciso III do mesmo dispositivo também pode ser fonte comum desta espécie de responsabilização sempre que utilizado com o intuito de aperfeiçoar o ato corruptivo, seja ocultando a identidade do agente corruptor, ou ainda, de seu beneficiário (o agente corrompido). Já o inciso IV do mesmo art. 5º, atinente a licitações e contratos, embora tenha recebido diferenciada dedicação do legislador ao ter sido desdobrado em sete alíneas detalhadas, não é hipótese comum de ocorrência no âmbito da RFB, em nenhuma instância administrativa interna. Por fim, o inciso V se confunde com a situação previamente conhecida e positivada como embaraço à fiscalização, sendo certo que, para tal caso, o Fisco dispõe de instrumentos mais específicos de inibição e de punição desta conduta de parte do contribuinte, não se afigurando como uma hipótese comum de responsabilização de pessoa jurídica.

Reitera-se a abrangência do alcance legal: além de a responsabilidade se satisfazer

com a mera conduta objetiva proibida na Lei nº 12.846, de 2013, têm-se definições amplas das ilicitudes nos incisos do art. 5º e compreende-se que sua natureza se assemelha aos ilícitos de consumação antecipada, ou seja, que se concretizam antes mesmo ou ainda que nem sequer se obtenha o resultado delituoso (a vantagem pretendida pelo autor, a que se refere o inciso II do art. 7º da mesma Lei, detalhada no art. 26 do Decreto nº 11.129, de 2022).

> *Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:*
>
> *II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;*

A ciência de suposto ato lesivo à Administração Pública, ocorrida de ofício por esforços internos próprios ou por provocação externa, impõe à autoridade administrativa competente o dever de iniciativa, não sendo tolerada a inércia ou omissão. *A priori*, a ciência da possível ocorrência material de ilícito desta natureza impõe à autoridade competente a instauração da instrumentalidade prevista na Lei nº 12.846, de 2013, qual seja, o chamado processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica de direito privado (ou, de forma sintética, processo administrativo de responsabilização - PAR) ou ainda a celebração de acordo de leniência. Importa aqui destacar que o Decreto nº 11.129, de 2022, no seu art. 2º, elenca o PAR e o acordo de leniência como as ferramentas jurídicas ao dispor da Administração Pública para apurar responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas.

> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 2º A apuração da responsabilidade administrativa de pessoa jurídica, decorrente do exercício do poder sancionador da administração pública, será efetuada por meio de Processo Administrativo de Responsabilização - PAR ou de acordo de leniência.*

Mais especificamente, o *caput* e o § 1º do art. 8º da Lei nº 12.846, de 2013, estabelecem que, *a priori*, as competências para instauração e para julgamento do PAR recaem sobre o titular do órgão ou da entidade em que tenha se dado o fato irregular, ressalvando possibilidade de delegação. E, de forma mais ampla, conforme o § 2º do comando legal acima, residualmente compete à CGU, de forma concorrente, instaurar e julgar PAR por ato lesivo ocorrido em qualquer órgão público federal, bem como, de forma exclusiva, avocar processos em curso, para avaliar sua regularidade ou para corrigir seu andamento. O § 1º do art. 17 do Decreto nº 11.129, de 2022, estabelece as condições para que a CGU exerça tais competências e obriga os órgãos a encaminharem documentos e informações solicitados. Mencione-se que, a CGU conta com a Divisão de Responsabilização de Entes Privados da CGU (CGU/CRG/Direp) em seu organograma, subordinada à Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG).

> *Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.*
> *§ 1º A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação.*
> *§ 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.*
>
> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 17. A Controladoria-Geral da União possui, no âmbito do Poder Executivo federal, competência:*
> *I - concorrente para instaurar e julgar PAR; e*
> *II - exclusiva para avocar os processos instaurados para exame de sua*

> *regularidade ou para lhes corrigir o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível.*
> *§ 1º A Controladoria-Geral da União poderá exercer, a qualquer tempo, a competência prevista no caput, se presentes quaisquer das seguintes circunstâncias:*
> *I - caracterização de omissão da autoridade originariamente competente;*
> *II - inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou na entidade de origem;*
> *III - complexidade, repercussão e relevância da matéria;*
> *IV - valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou com a entidade atingida; ou*
> *V - apuração que envolva atos e fatos relacionados com mais de um órgão ou entidade da administração pública federal.*
> *§ 2º Ficam os órgãos e as entidades da administração pública obrigados a encaminhar à Controladoria-Geral da União todos os documentos e informações que lhes forem solicitados, incluídos os autos originais dos processos que eventualmente estejam em curso.*

O Decreto nº 11.129, de 2022, no *caput* do seu art. 4º, esclareceu a questão da competência instauradora ministerial em caso de órgão da Administração Pública direta federal.

> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 4º A competência para a instauração e para o julgamento do PAR é da autoridade máxima da entidade em face da qual foi praticado o ato lesivo ou, em caso de órgão da administração pública federal direta, do respectivo Ministro de Estado.*

Assim, no foco de maior interesse, em primeira leitura, qualquer ato lesivo decorrente de atuação de pessoa jurídica em todas as áreas de atuação fiscal (independentemente do macroprocesso de trabalho da RFB) imporia ao Ministro de Estado da Economia as competências instauradora e julgadora do PAR.

Na mais detalhada regulamentação instrumental, operada pela CGU por meio da sua IN CGU nº 13, de 8 de agosto de 2019, nos incisos I e II do *caput* e no § 1º do art. 4º, reiterou-se a competência ministerial no âmbito da Administração Pública direta, firmaram-se competências para gestores na Administração Pública indireta e previu-se a possibilidade de delegação para corregedorias ou para o Secretário-Executivo.

> *IN CGU nº 13, de 2009 - Art. 4º A competência para instaurar e julgar o Processo Administrativo de Responsabilização - PAR é da autoridade máxima de cada órgão ou entidade do Poder Executivo federal em face do qual foi praticado o ato lesivo, cabendo:*
> *I - ao respectivo Ministro de Estado, no caso de órgão integrante da Administração Direta; e*
> *II - ao respectivo Presidente, Diretor-Presidente, Diretor-Geral, Reitor ou autoridade equivalente, no caso de entidade compreendida na Administração Indireta.*
> *1º A competência de que trata o caput será exercida de ofício ou mediante provocação e poderá ser delegada, vedada a subdelegação: (Redação dada pela IN CGU nº 15, de 8 de junho de 2020)*
> *a) à corregedoria ou, na inexistência desta, às unidades diretamente responsáveis pelas atividades de correição; ou (Incluído pela IN CGU nº 15, de 2020)*
> *b) ao Secretário-Executivo do Ministério ou, no caso de órgão ou entidade compreendida na Administração Indireta, à autoridade equivalente. (Incluído pela IN CGU nº 15, de 2020)*
> *§ 2º As empresas públicas e sociedades de economia mista poderão dispor em regulamento interno que a competência de que trata o caput será exercida de*

forma colegiada por órgão de sua estrutura societária, previsto em estatuto.

Neste rumo, o Ministro de Estado da Economia, por meio da Portaria ME nº 7.081, de 9 de agosto de 2022, no seu art. 40, com base no parágrafo único do mencionado art. 4° do Decreto n° 11.129, de 2022, delegou competências para instauração e para apuração de responsabilidade de pessoa jurídica mediante PAR, no âmbito da RFB, para o Corregedor e para os Chefes de Escritório de Corregedoria (Escor), de acordo com suas jurisdições regimentais; no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), para o Procurador-Geral da Fazenda Nacional; e, residualmente no restante do âmbito do Ministério da Economia (ME), para o Corregedor do ME.

Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 4º
Parágrafo único. A competência de que trata o caput será exercida de ofício ou mediante provocação e poderá ser delegada, vedada a subdelegação.

Portaria ME nº 7.081, de 2022 - Art. 40. Fica delegada a competência para instauração e julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito do Ministério da Economia:
I - ao Corregedor do Ministério da Economia, no âmbito de todo o Ministério da Economia, exceto os ocorridos no âmbito da:
a) Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia; e
b) Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;
II - ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; e
III - ao Corregedor da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia.
§ 1º Fica delegada aos Chefes de Escritórios da Corregedoria da Receita Federal, no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia, nos termos do respectivo regimento interno, a competência para instauração dos processos de que trata o caput.
§ 2º A competência será do Corregedor do Ministério da Economia quando o processo administrativo, para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, envolver, simultaneamente, os órgãos mencionados nos incisos II e III do caput.

Abre-se neste ponto um breve parêntese explicativo acerca da forma de redação do presente tópico, sobretudo quanto à reprodução das normas. Aqui, embora se tenha exaurido, até onde cabível, todas as reproduções dos dispositivos da Lei nº 12.846, de 2013, e do Decreto nº 11.129, de 2022, naquilo que ambos se aplicam e interessam de forma vinculante à Coger (e não dos dispositivos que obrigam apenas a CGU e a sua CGU/CRG), mesmo quando estes basicamente apenas reproduzem aqueles, poupou-se a reprodução dos dispositivos da IN CGU nº 13, de 2019, quando nada inovam em relação às duas normas antecedentes; apenas se mencionam e se reproduzem dispositivos desta norma da CGU quando desdobram um grau de detalhamento mais aprofundado que aqueles já expostos naquela Lei e naquele Decreto.

Na esteira, a partir do Regimento Interno da RFB aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017, a Coger passou a contar com uma Divisão específica para o tema, a Divisão de Responsabilização de Entidades Privadas (Dires). O art. 20 do Anexo I do Regimento Interno da RFB aprovado pela Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020, atribui à Dires a competência para gerir e executar as atividades referentes à responsabilização de entidades privadas. Ademais, o inciso IV do art. 354 e o inciso II do art. 356, ambos do Anexo I mesma norma regimental estabelecem similares competências instauradoras para o Corregedor e para os Chefes de Escor, ambas em âmbito nacional. Ressalve-se que os Escor não possuem projeções regionais orgânicas de Dires (a exemplo da também inexistência de

tais projeções de Divid e de Diaco) e, na prática, desde 2019, incumbe ao Grupo Nacional de Investigação (GNI), ao Grupo Nacional de Pareceristas (GNP) e ao Grupo Nacional de Comissões (GNC), respectivamente, proceder a investigações, atos de assessoramento jurídico e PAR, que, *a priori* transcorrem no domicílio da entidade privada.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 20. À Divisão de Responsabilização de Entidades Privadas (Dires) compete gerenciar e executar as atividades relativas à responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei.*
> *Art. 354. Ao Corregedor incumbe:*
> *II - planejar, dirigir, organizar, normatizar, coordenar e orientar a execução das atividades de responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei;*
> *IV - instaurar ou avocar a instauração de procedimentos de responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei;*
> *Art. 356. Aos Chefes dos Escritórios de Corregedoria (Escor) incumbe, no âmbito de todo o território nacional:*
> *II - instaurar ou avocar a instauração de procedimentos de responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei;*

Não obstante o acima exposto, conforme esclarece o *caput* do art. 3º do Decreto nº 11.129, de 2022, a ciência de suposto ato lesivo, de imediato, faz inaugurar o que se denomina fase de admissibilidade, que pode utilizar ou não procedimentos investigativos instruídos por pesquisas e ferramentas de investigação e de análise jurídico-principiológica antes da decisão da autoridade instauradora (ou seja, como elementos de instrução da emanação do seu juízo de admissibilidade). Em outras palavras, em lugar de a ciência de suposto ato lesivo à Administração Pública necessariamente obrigar a imediata instauração de PAR, como o rito punitivo assegurador de garantias de ampla defesa e de contraditório, por parte da autoridade instauradora, o que de fato se tem é o estabelecimento daquela mencionada fase prévia de admissibilidade, em que, na situação mais frequente, é cabível e necessária uma procedimentalização investigativa para instruir a análise qualitativa do conteúdo da notícia ou provocação. Em outras palavras, em geral, a fase de admissibilidade que antecede a decisão de instaurar PAR ou de arquivar o feito se desdobra em subfase investigativa sucedida de subfase analítica.

> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 3º O titular da corregedoria da entidade ou da unidade competente, ao tomar ciência da possível ocorrência de ato lesivo à administração pública federal, em sede de juízo de admissibilidade e mediante despacho fundamentado, decidirá:*
> *I - pela abertura de investigação preliminar;*
> *II - pela recomendação de instauração de PAR; ou*
> *III - pela recomendação de arquivamento da matéria.*

E não é apenas nesta situação intermediária e mais comum que se busca enriquecer a fase de admissibilidade, com o fim de certificar a existência ou não de elementos informativos da ocorrência do ato lesivo. Mesmo quando a notícia é totalmente desprovida de indícios de irregularidade, indicando o liminar arquivamento do feito, ou, ao contrário, mesmo quando traz desde o início claros indícios da conduta lesiva, indicando a inequívoca instauração de PAR, faz-se necessário seguir a instrumentalizaçao normatizada pela CGU, harmonizada pela normatização interna do sistema correcional da RFB.

Vale sintetizar que, no presente tópico, aproveita-se, de tudo o que se exporá em **2.4** e em **2.5**, acerca de recebimento e tratamento de denúncias em face de atos supostamente irregulares cometidos por servidores, o que for analogamente cabível na fase de admissibilidade que antece o PAR em face de atos lesivos à Administração Pública. A presente descrição será sintética, recomendando-se a leitura daqueles dois tópicos, naquilo que for pertinente, para fim de aprofundamento do tema da fase de admissibilidade que

antecede o PAR.

Neste rumo, no fluxo procedimental estabelecido pela Ordem de Serviço (OS) Coger nº 1, de 27 de junho de 2019, e descrito em **2.5.3.1**, da mesma forma como notícias de supostos ilícitos disciplinares cometidos por servidores, as notícias de supostos atos lesivos à Administração Pública devem dar entrada no GNI, por meio de processo digital, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), registradas como ocorrências, com numeração anual, conforme o art. 1º e o *caput* e o § 1º do art. 2º, ambos daquela norma. Aplica-se, inclusive o tratamento de denúncias na forma preconizada pela Portaria ME/SE nº 21.527, de 29 de setembro de 2020, via Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal - SisOuv, conforme se abordará em **2.4.2**.

Na primeira hipótese mais simples, conforme a parte inicial do *caput* do art. 3º da OS Coger nº 1, de 2019, vislumbrando desnecessidade de procedimento investigativo, um dos Coordenadores do GNI pode remeter o processo diretamente para a Coordenação do GNP, a fim de que o caso seja repassado para um parecerista elaborar a peça propositiva, a ser dirigida à autoridade instauradora, sugerindo-lhe, motivadamente, o arquivamento do feito ou a instauração do PAR.

Mas, na hipótese mais comum e mais complexa, a solução não se desenha de forma tão cristalina já de imediato, apenas à vista dos elementos noticiados, fazendo-se necessário que um dos Coordenadores do GNI instaure um procedimento investigativo antes de remeter o processo para o GNP, segundo a parte final do *caput* do art. 3º da OS Coger nº 1, de 2019. O ordenamento prevê duas espécies de procedimentos investigativos diante de notícia de suposto ato praticado por pessoa jurídica contra a Administração Pública.

A rigor, o art. 3º do Decreto nº 11.129, de 2022, parece prever apenas um rito investigativo, a investigação preliminar, no inciso I do seu *caput*. Mas o maior detalhamento é extraído na IN CGU nº 13, de 2019. Com efeito, os seus arts. 7º e 8º estabelecem que, à vista da necessidade de se subsidiar seu juízo de admissibilidade, a autoridade competente pode determinar que se realize uma "análise" acerca da existência ou não de indícios de ato lesivo. Conforme os incisos do art. 8º, esta análise abarca o exame inicial da notícia, a realização de diligências e a produção de informações e por fim a manifestação final conclusiva acerca da propositura de instauração ou não do PAR. Em conjunto, os incisos I e II do *caput* do art. 9º da IN CGU nº 13, de 2019, esclarecem que as diligências e informações de instrução podem ser realizadas nos próprios autos ou podem ser realizadas em autos específicos no caso de investigação disciplinar, deixando claro então que a CGU contempla duas espécies de rito.

E a espécie aqui apenas referida como "análise" se amolda perfeitamente à construção interna da Coger e normatizada no § 1º do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 10 de junho de 2019, sob o nome jurídico de análise preliminar, conforme permite o parágrafo único do art. 5º da IN CGU nº 14, de 2018. Sendo assim, integra-se que a análise preliminar em face de pessoa jurídica (ou, simplesmente, análise preliminar jurídica, na praxe do GNI) é deflagrada por mero despacho de um dos Coordenadores do GNI, designando apenas um servidor ou designando uma comissão, a seu critério. Aqui, remete-se à leitura de **2.5.3.2.1**, onde se descreverá detalhadamente a análise preliminar.

> *Portaria Coger nº 168, de 2019 - Art. 3º Compete aos Coordenadores do GNI determinar a realização de análise preliminar (ANPRE) e diligência investigativa (DINVE), sem prejuízo do disposto no art. 5º.*
> *§ 1º Considera-se ANPRE o procedimento correcional investigativo, iniciado de ofício ou à vista de representação ou denúncia, com o objetivo de identificar indícios de materialidade e de autoria de fatos irregulares praticados por servidores públicos ou de atos lesivos à Administração Pública federal de responsabilidade de pessoa jurídica, nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que justifiquem a instauração dos procedimentos correcionais*

> *investigativos previstos no art. 5º ou dos procedimentos correcionais acusatórios previstos nos incisos I, II, III e VII do art. 6º, ambos da Instrução Normativa CGU nº 14, de 2018.*

Informe-se que, posteriormente à adoção da análise preliminar no âmbito da RFB, a CGU/CRG estabeleceu a investigação preliminar sumária, por meio da IN CGU/CRG nº 8, de 9 de março de 2020. Pode-se dizer que, de certa forma, a investigação preliminar sumária já havia sido antevista pela Coger, pois seria um procedimento bastante similar à citada análise preliminar, sendo certo que, na RFB, este procedimento interno supre aquele. A única diferença relevante é que a investigação preliminar sumária já foi positivada com prazo único e fatal limitado a 180 dias, nos termos do art. 5º da IN CGU/CRG nº 8, de 2020, enquanto originariamente a análise preliminar não tinha prazo estabelecido. Assim, a partir da vigência da citada IN CGU/CRG, a Coger manteve o emprego da análise preliminar por parte do GNI, só que acrescentando-lhe o requisito de também ter prazo improrrogável de 180 dias, conforme inovação do § 5º do art. 1º da Portaria Coger nº 4, de 9 de janeiro de 2020. Desta forma, não se cogita de instauração de investigação preliminar sumária pelo GNI, sendo aqui descartado o emprego deste rito. E eventual extrapolação do prazo de 180 dias da análise preliminar sem conclusão dos trabalhos deve importar em proposta aos Coordenadores do GNI para a solução intermediária de a subfase investigativa da fase de admissibilidade prosseguir com a instauração de outro procedimento investigativo, a saber, de investigação preliminar, conforme se consegue extrair da parte final do inciso I do art. 6º da IN CGU/CRG nº 8, de 2020, em harmonia com a parte final do § 2º do art. 3º da OS Coger nº 1, de 2019.

O § 1º do art. 9º da IN CGU nº 13, de 2019, fornece uma lista meramente exemplificativa de meios que podem ser empregados para instruir a análise preliminar, tais como remessa de ofícios, coleta de provas orais e periciais e requisições de informações sensíveis protegidas por garantias constitucionais. Mas, obviamente, diante da riqueza de possibilidade de atos a serem realizados, não se tem tal lista como exaustiva, sendo aceito que se façam, a título de exemplos, intimações à própria pessoa jurídica envolvida ou a terceiros.

Por fim, o art. 10 da IN CGU nº 13, de 2019, estabelece que a manifestação propositiva para arquivamento do feito ou para instauração de PAR deve identificar a pessoa jurídica responsável e o suposto ato lesivo que lhe é atribuído, os elementos informativos que sustentam tal suposição e o enquadramento em algum dos incisos do art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, se for o caso. Além da hipótese já aventada acima, de a análise preliminar não se concluir no prazo de 180 dias e propor aos Coordenadores do GNI a solução intermediária de a subfase investigativa da fase de admissibilidade prosseguir com a instauração de investigação preliminar, pode-se contemplar ainda a possibilidade mais excepcional e residual de o mesmo prosseguimento decorrer de a análise preliminar tempestivamente esgotar seus instrumentos investigativos de forma inconclusiva e vislumbrar o prosseguimento dos trabalhos, com maior força, no âmbito do procedimento investigativo mais formalizado.

> *IN CGU nº 13, de 2019 - Art. 7º A autoridade com competência para instaurar o PAR realizará juízo de admissibilidade acerca de notícia de ocorrência de ato lesivo previsto na Lei nº 12.846, de 2013, devendo decidir motivadamente:*
> *I - pela instauração do PAR; ou*
> *II - pelo arquivamento da notícia.*
> *Art. 8º Para subsidiar o juízo quanto à admissibilidade da notícia de ocorrência de ato lesivo previsto na Lei nº 12.846, de 2013, a autoridade determinará que a corregedoria ou, na inexistência desta, a unidade diretamente responsável pela atividade de correição proceda à análise acerca da existência dos elementos de autoria e materialidade necessários para a instauração de PAR em relação aos fatos noticiados, compreendendo:*
> *I - exame inicial das informações e provas existentes no momento da ciência dos fatos pela autoridade instauradora;*
> *II - realização de diligências e produção de informações necessárias para*

averiguar a procedência da notícia, caso as informações e provas que a acompanhem não sejam suficientes para o seu pronto arquivamento ou para justificar a instauração imediata do PAR; e
III - manifestação conclusiva e fundamentada, indicando a necessidade de instauração do PAR ou o arquivamento da notícia.
Art. 9º As diligências e a produção de informações de que trata o inciso II do art. 8º poderão ser realizadas:
I - nos próprios autos em que se está produzindo os subsídios para o juízo de admissibilidade; ou
II - por meio da instauração de processo específico de Investigação Preliminar - IP ou de Investigação Preliminar Sumária - IPS. (Redação dada pela IN CGU nº 15, de 8 de junho de 2020)
§ 1º As diligências e a produção de informações mencionadas no caput consistirão na prática de todos os atos necessários à elucidação dos fatos sob apuração, compreendendo, sempre que necessário:
I - expedição de ofícios requisitando informações e documentos;
II - tomada de depoimentos necessários ao esclarecimento dos fatos;
III - realização de perícia necessária para a elucidação dos fatos;
IV - requisição, por meio da autoridade competente, do compartilhamento de informações tributárias da pessoa jurídica investigada, conforme previsto no inciso II do § 1º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional; ou
V - requisição, por intermédio do seu órgão de representação judicial ou equivalente, da realização de busca e apreensão e demais medidas judiciais que se mostrarem necessárias.
§ 2º Na hipótese prevista no inciso I do caput, os atos elencados no § 1º serão realizados diretamente pela própria corregedoria ou unidade que exerça essa função, na forma estabelecida por seu respectivo titular.
Art. 10. Caso a análise aponte pela necessidade de instauração do PAR, a manifestação de que trata o inciso III do art. 8º deverá indicar expressamente as seguintes informações:
I - o nome empresarial e o número do registro no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ da pessoa jurídica que responderá ao PAR;
II - a descrição do ato lesivo supostamente atribuído à pessoa jurídica;
III - a indicação das provas existentes e que sustentam a conclusão da ocorrência do ato lesivo descrito; e
IV - o enquadramento preliminar do ato lesivo nos tipos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, devendo se registrar se há tipificação simultânea com infrações à Lei nº 8.666, de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública.
Parágrafo único. As informações mencionadas no caput não vinculam a comissão que será designada para conduzir o PAR.

Não obstante aqui se recomendar enfaticamente a leitura de **2.5.3.2.1**, com o detalhamento da análise preliminar, convém reproduzir os dispositos da normatização interna que, em linha com os comandos acima mencionados da lavra da CGU/CRG, definem e instrumentalizam a análise preliminar na RFB. O art. 2º da Portaria Coger nº 4, de 2020, em seu *caput*, reproduz a definição já adotada desde o § 1º do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019, e em seus §§ 1º a 5º, disciplina a instauração, a instrução, a conclusão e o prazo da análise preliminar. Importante destacar que a norma interna não prevê solicitação de afastamento de sigilos no âmbito de análise preliminar e ratifica as possibilidades de este procedimento investigativo redundar em proposta de instauração de outro procedimento investigativo (em investigação preliminar, no caso) ou em proposta de arquivamento do feito ou de instauração de PAR, a ser submetida à Coordenação do GNP e à autoridade instauradora.

Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 2º A ANPRE é o procedimento correcional

> *investigativo, iniciado de ofício ou à vista de representação ou denúncia, com o objetivo de identificar indícios de materialidade e de autoria de fatos irregulares praticados por servidores públicos ou de atos lesivos à Administração Pública federal de responsabilidade de pessoa jurídica, nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que justifiquem a instauração dos procedimentos correcionais investigativos previstos no art. 5º ou dos procedimentos correcionais acusatórios previstos nos incisos I, II, III e VII do art. 6º, ambos da Instrução Normativa CGU nº 14, de 2018.*
> *§ 1º A ANPRE poderá ser conduzida por um único servidor ou por comissão composta por dois ou mais servidores.*
> *§ 2º A ANPRE será instaurada por meio de despacho nos autos do respectivo processo, que, quando for o caso, indicará, dentre os membros da comissão, aquele que exercerá a função de presidente.*
> *§ 3º Para a instrução da ANPRE, o servidor responsável ou a comissão poderá:*
> *I - efetuar diligências ou demandar a sua realização nos termos do § 2ª do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019;*
> *II - solicitar manifestação oral ou escrita do servidor investigado e de terceiros; e*
> *III - carrear para os autos quaisquer meios probatórios admitidos em lei, tais como prova documental, inclusive emprestada, manifestação técnica, tomada de depoimentos e diligências necessárias à elucidação dos fatos.*
> *§ 4º O relatório final da ANPRE que não justificar a instauração dos procedimentos correcionais investigativos previstos no art. 5º da Instrução Normativa CGU nº 14, de 2018, deverá ser conclusivo quanto à existência ou não de indícios de autoria e materialidade de infração disciplinar ou de atos lesivos contra a Administração Pública, devendo recomendar a instauração do procedimento correcional acusatório cabível ou o arquivamento, conforme o caso.*
> *§ 5º O prazo para conclusão da ANPRE não excederá 180 dias. (Incluído pela Portaria Coger nº 36, de 20 de abril de 2020)*

Estas possibilidades de desfecho do relatório fático propositivo da análise preliminar se encontram positivadas na leitura conjunta do § 1º do art. 7º da Portaria Coger nº 4, de 2020, com a parte final do § 2º do art. 3º e com o *caput* do art. 4º, ambos da OS Coger nº 1, de 2019.

> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 7º Encerrado o procedimento correcional investigativo, o processo será remetido com o relatório final a Coordenador do GNI.*
> *§ 1º A remessa mencionada no caput será realizada por intermédio de Supervisor do GNI, a partir de equipe própria do sistema e-Processo.*
>
> *OS Coger nº 1, de 2019 - Art. 3º*
> *§ 2º Concluído o procedimento correcional de investigação, o processo será remetido aos Coordenadores do GNI, que decidirão pelo seu encaminhamento ao GNP ou pela realização de novos procedimentos correcionais de investigação.*
> *Art. 4º Após a remessa do processo pelo GNI, os Coordenadores do GNP o distribuirá entre os membros do GNP para fins de elaboração de parecer com vistas a subsidiar a decisão da autoridade competente para realização de juízo de admissibilidade, nos termos do art. 1º da Portaria Coger-MF nº 24, de 29 de outubro de 2013, e do art. 4º do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.*

Diante de notícia de suposto ato lesivo contra a Administração Pública de responsabilidade de pessoa jurídica, o *default* é de se instaurar, no âmbito do GNI, análise preliminar jurídica. Somente de forma excepcional, em casos em que, por razões estratégicas, seja relevante ter um procedimento investigativo com maior rigor formal, é que se instaura de imediato a já mencionada investigação preliminar (além das hipóteses de este procedimento investigativo suceder aquele, seja tempestivamente em 180 dias, seja por encerramento deste

prazo).

Conforme permitem não só o inciso I do art. 4º do Decreto nº 8.420, de 2015, e o inciso II do art. 9º da IN CGU nº 13, de 2019, pode-se decidir pela instauração de investigação preliminar, que possui regramento sistêmico estabelecido nos §§ do citado art. 4º do Decreto, nos arts. 15 a 18 da IN CGU nº 14, de 2018, e no art. 11 da mencionada norma da CGU, cujo *caput* deixa claro que este procedimento investigativo não é obrigatório; ou se poderia ainda decidir pela instauração da já mencionada investigação preliminar sumária. Mas, conforme já afirmado acima, o emprego da investigação preliminar sumária aqui não será considerado, pois a RFB conta, em seu lugar, com a análise preliminar jurídica, acima apresentada.

Concentrando-se apenas na prerrogativa concedida pelo inciso II do art. 9º da IN CGU nº 13, de 2019, vai-se aqui dedicar à investigação preliminar. De forma pragmática, a escolha da investigação preliminar em detrimento da análise preliminar passa pela percepção estratégica, de parte da autoridade competente, de que, excepcionalmente, o caso em tela pode vir a requerer maior formalidade.

A investigação preliminar possui previsão em Decreto, norma de *status* mais elevado que portarias administrativas instituidoras de análise preliminar, o que enrobustece a comissão condutora para se portar diante dos demais agentes, unidades, órgãos ou entidades internos ou externos à RFB e à Administração. Este poder tem o significado de agregar um maior respaldo às diligências e petições da comissão, sobretudo em caso de ter de se reportar a outras autoridades, especialmente externas à RFB. Na mesma linha, também pode ser o caso de tal formalidade ser estrategicamente importante institucionalmente para a própria corregedoria, sobretudo em casos de repercussão em mídia ou de clamor social ou de alguma forma de viés político, em que há necessidade de uma satisfação social ou de uma resposta proativa mais formal de parte da Administração.

Aproveita-se aqui a mesma avaliação a ser apresentada em **2.5.3.2.1** e em **2.5.3.2.2**, na fase de admissibilidade em face de servidor, a fim de subsidiar a decisão de se instaurar ou não processo disciplinar, onde se comparam a análise preliminar funcional e a sindicância investigativa instauradas em face de servidor por infração funcional. Da mesma forma com que a sindicância investigativa é de ser compreendida como de instauração residual em comparação à mais comum instauração da análise preliminar funcional, aqui também a investigação preliminar é de ser vista como de instauração residual em comparação à análise preliminar em face de pessoa jurídica, por esta requerer menos formalismo, ser mais elástica e genérica. Analogamente, similar relação existente de versatilidade e de flexibilidade da análise preliminar funcional e de especificidade, residualidade e formalidade da sindicância investigativa se projeta para a análise preliminar jurídica e a investigação preliminar, mesmo que a investigação preliminar tenha ato instaurador e designador da comissão (despacho) mais informal que a sindicância investigativa (portaria de pessoal).

Também aponta para a escolha da análise preliminar jurídica como *default* do procedimento investigativo em subfase investigativa de fase de admissibilidade que antece a decisão de instaurar ou não o PAR o fato de que o inciso II do art. 9º da IN CGU nº 13, de 2019, impõe a procedimentalização da investigação preliminar (como também seria o caso se se desejasse instaurar investigação preliminar sumária, o que não ocorre na Coger) em autos específicos e não nos próprios autos em que transcorre a fase de admissibilidade. Esta não é a praxe do sistema correcional da RFB, fortalecendo-se a opção por instaurar análise preliminar como regra geral, que pode transcorrer nos mesmos autos.

Nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 3º do Decreto nº 11.129, de 2022, a investigação preliminar é rito sigiloso, sem fim punitivo e portanto sem ter de assegurar garantias de ampla defesa e de contraditório. Ademais, sua condução oferece dupla possibilidade à autoridade,

pois o rito pode ser conduzido de forma institucional pela própria unidade de correição (o que dispensa designação específica de membros) ou pode ser conduzido por comissão composta por dois ou mais membros. A praxe do sistema correcional da RFB se amolda a esta segunda possibilidade, da designação específica de membros de comissão.

> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 3º*
> *§ 1º A investigação de que trata o inciso I do caput terá caráter sigiloso e não punitivo e será destinada à apuração de indícios de autoria e materialidade de atos lesivos à administração pública federal.*
> *§ 2º A investigação preliminar será conduzida diretamente pela corregedoria da entidade ou unidade competente, na forma estabelecida em regulamento, ou por comissão composta por dois ou mais membros, designados entre servidores efetivos ou empregados públicos.*

Em adição a estes comandos da norma de maior *status* acerca da investigação preliminar, é de se dizer que as duas normas sistêmicas (a IN CGU nº 14, de 2018, que descreve todos os procedimentos correcionais, e a posterior IN CGU nº 13, de 2019, voltada exclusivamente para o tema da responsabilização de pessoas jurídicas, pois assim mesmo determinou o *caput* do art. 16 da primeira norma), de certa forma, superpõem esforços, pois ambas descrevem este procedimento investigativo (a primeira em seus arts. 15 a 18 e a segunda em seu art. 11).

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 16. A IP será instaurada e conduzida nos termos do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, e terá seu procedimento detalhado em portaria específica do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União.*

Em termos de definição, o *caput* do art. 13 da IN CGU nº 13, de 2019, é mais detalhado que o *caput* do art. 15 da IN CGU nº 14, de 2018, expressando o caráter não obrigatório da instauração da investigação preliminar (ratificando o *default* de se instrumentalizar a subfase investigativa da fase de admissibilidade do PAR com análise preliminar). Em contrapartida, o § 2º deste último dispositivo reforça o caráter inquisitorial da investigação preliminar, sem possibilidade de redundar em penalidade, já que não segue os princípios da ampla defesa e do contraditório.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 15. A IP constitui procedimento de caráter preparatório com a finalidade de apurar cometimento de ato lesivo contra a administração pública por pessoa jurídica, nos termos do art. 5º, da Lei nº 12.846, de 2013, quando a complexidade ou os indícios de autoria ou materialidade não justificarem a instauração imediata de PAR.*
> *§ 2º Da IP não poderá resultar aplicação de penalidade, sendo prescindível a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.*
>
> *IN CGU nº 13, de 2019 - Art. 11. A investigação preliminar - IP constitui procedimento não punitivo, de caráter preparatório, não obrigatório e de acesso restrito, que visa subsidiar o juízo de admissibilidade da autoridade competente por meio de coleta de indícios e de provas de autoria e de materialidade de eventual ato lesivo ocorrido em razão dos fatos em apuração.*

Acrescente-se que a IN CGU n° 14, de 2018, permite, no § 1º do art. 15, que se apure, também no rito da investigação preliminar, supostos ilícitos disciplinares porventura cometidos por servidores, com conexão com o ato lesivo à Administração.

> *IN CGU n° 14, de 2018 - Art. 15.*
> *§ 1º No âmbito da IP, também podem ser apurados ilícitos disciplinares correlatos aos atos lesivos objeto da investigação.*

Acerca da instauração da investigação preliminar, os §§ 1° a 3° do art. 16 da IN CGU nº 14, de 2018, sem definirem qual a espécie de ato instaurador, apenas dispensam sua

publicação e, mesmo reiterando que deve-se designar comissão composta de dois ou mais servidores, acrescentam em relação ao § 2º do art. 3º do Decreto nº 11.129, de 2022, e ao § 1º do art. 11 da IN CGU nº 13, de 2019, a exigência da indicação de seu presidente e a desnecessidade do requisito de estabilidade. A dúvida acerca da espécie de ato inaugural da investigação preliminar restou eliminada com a IN CGU nº 13, de 2019, que acrescentou, no § 2º do seu art. 11, que a instauração se dá por mero despacho nos autos, dispensando-se edição de portaria de pessoal publicada. Este despacho, da lavra da Coordenação do GNI, além de identificar os membros da comissão e estabelecer o prazo, remetem a investigação aos fatos constantes naquele processo, com possibilidade de abarcar fatos conexos.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 16.*
> *§ 1º É dispensável a publicação do ato instaurador da IP.*
> *§ 2º A IP deverá ser conduzida por comissão composta, no mínimo, por dois servidores efetivos, atribuindo-se a presidência a um de seus membros no ato instaurador.*
> *§ 3º Não se exige o requisito da estabilidade para qualquer dos membros da comissão de IP.*
>
> *IN CGU nº 13, de 2019 - Art. 11.*
> *§ 2º A IP será instaurada por meio de despacho nos autos do respectivo processo, dispensada sua publicação, que indicará, dentre os membros da comissão, aquele que exercerá a função de presidente.*

O prazo originário da investigação preliminar, previsto no § 4º do art. 3º do Decreto nº 11.129, de 2022, é de 180 dias (originalmente, era de 60 dias). Quanto à continuidade dos trabalhos após o prazo prorrogado, o parágrafo único do art. 17 da IN CGU nº 14, de 2018, permite, de forma expressa, a designação de nova comissão, caso ainda necessário.

> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 3º*
> *§ 4º O prazo para a conclusão da investigação preliminar não excederá cento e oitenta dias, admitida a prorrogação, mediante ato da autoridade a que se refere o caput.*
>
> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 17.*
> *Parágrafo único. A comissão de IP poderá ser reconduzida após o encerramento de seu prazo de prorrogação, quando necessário à conclusão dos trabalhos.*

Embora as os dispositivos normativos acima não positivem, subentende-se que tanto as necessárias prorrogações quanto as necessárias designações de novas comissões se dão por despachos da Coordenação do GNI e, uma vez que não estabelecem limites na quantidade de reconduções (no caso específicio de designação dos mesmos condutores) ou de nova designação (no caso de se alterarem os agentes condutores), o instituto pode ser utilizado por quantas vezes se justificar até a conclusão do procedimento investigativo.

Em termos de instrução da investigação preliminar, com amparo legal nos §§ 1º e 2º do art. 10 da Lei nº 12.846, de 2013, o § 3º do art. 3º do Decreto nº 11.129, de 2022, lista os atos instrucionais cabíveis. De se destacar que se, de um lado, o procedimento irriga-se pelas indispensáveis garantias constitucionais a favor da defesa, de outro lado, o salutar jogo de pesos e de contrapesos com que caminha e em que se equilibra o Direito concede à comissão, na busca dos necessários elementos informativos justificadores da instauração de PAR, poderes de diligenciar em favor da suspensão cautelar dos atos sob apuração; de solicitar a atuação de especialistas - pessoais ou institucionais - na matéria em apreço, a exemplo da interveniência da Advocacia-Geral da União (AGU) ou da PGFN, de acordo com cada caso, para requerer medidas de proteção dos trabalhos, tais como obtenção de mandados de busca e apreensão e demais diligências a fim de se obter o afastamento de sigilo bancário e outras possíveis judicializações.

Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 10.
§ 1º O ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, a pedido da comissão a que se refere o caput, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.
§ 2º A comissão poderá, cautelarmente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação.

Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 3º
§ 3º Na investigação preliminar, serão praticados os atos necessários à elucidação dos fatos sob apuração, compreendidas todas as diligências admitidas em lei, notadamente:
I - proposição à autoridade instauradora da suspensão cautelar dos efeitos do ato ou do processo objeto da investigação;
II - solicitação de atuação de especialistas com conhecimentos técnicos ou operacionais, de órgãos e entidades públicos ou de outras organizações, para auxiliar na análise da matéria sob exame;
III - solicitação de informações bancárias sobre movimentação de recursos públicos, ainda que sigilosas, nesta hipótese, em sede de compartilhamento do sigilo com órgãos de controle;
IV - requisição, por meio da autoridade competente, do compartilhamento de informações tributárias da pessoa jurídica investigada, conforme previsto no inciso II do § 1º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional;
V - solicitação, ao órgão de representação judicial ou equivalente dos órgãos ou das entidades lesadas, das medidas judiciais necessárias para a investigação e para o processamento dos atos lesivos, inclusive de busca e apreensão, no Brasil ou no exterior; ou
VI - solicitação de documentos ou informações a pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, nacionais ou estrangeiras, ou a organizações públicas internacionais.

Por fim, o § 5º do mesmo art. 3º do Decreto nº 11.129, de 2022, estabelece o relatório propositivo, ressaltando a confirmação ou não dos indícios da irregularidade, dirigido à autoridade instauradora, a quem compete arquivar liminarmente o feito, instaurar o PAR ou ainda determinar novas diligências. Na mesma toda, acrescente-se que o art. 18 da IN CGU nº 14, de 2018, também exige que o relatório da comissão seja conclusivo acerca da identificação ou não dos indícios de ato lesivo e que, consequentemente, proponha o arquivamento do feito ou a instauração de PAR, em decisão a cargo da autoridade instauradora, que pode acatar ou não o relatório, inclusive decidindo pelo aprofundamento das investigações, em nova investigação preliminar, retornando para a subfase investigativa da fase de admissibilidade, conforme o § 5º do art. 11 da IN CGU nº 13, de 2019. A propósito, é de se ressaltar que, na mesma linha acima sintetizada, o § 4º do art. 11 da IN CGU nº 13, de 2019, estende à investigação preliminar todos os atos instrutórios e o relatório fático propositivo, previstos nos seus arts. 8º a 10 para a investigação preliminar sumária, similar à análise preliminar jurídica empregada pelo sistema correcional da RFB.

Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 3º
§ 5º Ao final da investigação preliminar, serão enviadas à autoridade competente as peças de informação obtidas, acompanhadas de relatório conclusivo acerca da existência de indícios de autoria e materialidade de atos lesivos à administração pública federal, para decisão sobre a instauração do PAR.

IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 18. O relatório final da IP deverá ser conclusivo quanto à existência ou não de indícios de autoria e materialidade de atos lesivos contra a Administração Pública, devendo recomendar a instauração do PAR ou o arquivamento, conforme o caso.

> *IN CGU nº 13, de 2019 - Art. 11.*
> *§ 4º A comissão de IP deverá:*
> *I - praticar todos os atos necessários à elucidação dos fatos sob apuração, com vistas a subsidiar o juízo de admissibilidade, nos termos do art. 8º; e*
> *II - elaborar relatório conclusivo quanto à instauração de PAR, conforme disposto no art. 10, ou ao arquivamento da notícia.*
> *§ 5º Encerrados os trabalhos da comissão de IP, o processo será remetido à autoridade instauradora, que, de posse do relatório final da comissão, dará continuidade ao juízo de admissibilidade, podendo determinar motivadamente a realização de novas diligências, o arquivamento da matéria ou a instauração de PAR.*

No âmbito interno da RFB, o regramento da investigação disciplinar, em óbvia harmonia com o art. 3º do Decreto nº 11.129, de 2022, com os arts. 15 a 18 da IN CGU nº 14, de 2018, e com o art. 11 da IN CGU nº 13, de 2019, reside no art. 5º da Portaria Coger nº 4, de 2020. O *caput* e os §§ 1º a 7º e 10 do art. 5º da Portaria Coger nº 4, de 2020, basicamente reproduzem comandos daquelas normas superiores, restando como detalhamentos internos a merecerem comentários apenas os §§ 8º e 9º, que descrevem os atos instrucionais possíveis no âmbito da investigação preliminar.

> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 5º A INPRE é procedimento correcional investigativo com a finalidade de apurar cometimento de ato lesivo contra a Administração Pública por pessoa jurídica, nos termos do art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, quando a complexidade ou os indícios de autoria ou materialidade não justificarem a instauração imediata de processo administrativo de responsabilização (PAR).*
> *§ 1º A INPRE será instaurada e conduzida nos termos do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, e observará o procedimento detalhado pela Instrução Normativa CGU nº 13, de 8 de agosto de 2019.*
> *§ 2º A INPRE será formalizada em processo específico em relação àquele em que foi formalizada a denúncia ou representação.*
> *§ 3º No âmbito da INPRE, também podem ser apurados ilícitos disciplinares correlatos aos atos lesivos objeto da investigação.*
> *§ 4º A INPRE será conduzida por comissão composta por dois ou mais servidores.*
> *§ 5º A INPRE será instaurada por meio de despacho nos autos do respectivo processo, que indicará, dentre os membros da comissão, aquele que exercerá a função de presidente.*
> *§ 6º O prazo para conclusão da INPRE não excederá sessenta dias e poderá ser prorrogado por igual período, quando necessário à conclusão dos trabalhos.*
> *§ 7º A comissão de INPRE poderá ser reconduzida após o encerramento de seu prazo de prorrogação, quando necessário à conclusão dos trabalhos.*
> *§ 8º Para a instrução da INPRE, a comissão poderá:*
> *I - efetuar diligências ou demandar a sua realização nos termos do § 2ª do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019;*
> *II - solicitar manifestação oral ou escrita do servidor investigado e de terceiros;*
> *III - carrear para os autos quaisquer meios probatórios admitidos em lei, tais como prova documental, inclusive emprestada, manifestação técnica, tomada de depoimentos e diligências necessárias à elucidação dos fatos; e*
> *IV - solicitar o afastamento de sigilos.*
> *§ 9º Quando se fizer necessário, a solicitação de afastamento judicial de sigilos deverá ser dirigida ao órgão competente da AGU por intermédio de Coordenador do GNI, com as informações e documentos necessários ao exame de seu cabimento.*
> *§ 10 O relatório final da INPRE deverá ser conclusivo quanto à existência ou não de indícios de autoria e materialidade de atos lesivos contra a*

Administração Pública, devendo recomendar a instauração do PAR ou o arquivamento, conforme o caso.

Segundo o § 8º do art. 4º da Portaria Coger nº 4, de 2020, a comissão responsável pela condução da investigação preliminar pode realizar diligências próprias ou solicitar à Coordenação do GNI a realização de diligência investigativa, definida no § 2º do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019, a ser descrita em **2.5.3.1**; pode coletar provas orais ou manifestações escritas do investigado ou de terceiros, realizar suas próprias pesquisas e ferramentas de investigação e juntar provas documentais delas decorrentes ou solicitadas interna ou externamente, inclusive como provas emprestadas de outros processos; e, diferentemente da análise preliminar, pode solicitar afastamento de sigilos, como também preveem os já reproduzidos incisos III e IV do § 3º do art. 3º do Decreto nº 11.129, de 2022. Especificamente quanto à prerrogativa de solicitar afastamento de sigilos, cabe à comissão condutora encaminhar, por intermédio do Coordenador do GNI, o pedido devidamente instruído a ser dirigido à Advocacia-Geral da União (AGU), conforme preceitua o § 9º do art. 4º da Portaria Coger nº 4, de 2020.

Pode a comissão responsável pela condução da investigação preliminar lograr identificar a existência ou a inexistência de elementos informativos de ato lesivo contra a Administração Pública ou não lograr nenhuma conclusão neste sentido, não obstante entenda esgotadas todas as pesquisas e ferramentas de investigação possíveis de se empregar, e, em atenção aos comandos dos já reproduzidos § 5º do art. 3º do Decreto nº 11.129, de 2022, art. 18 da IN CGU nº 14, de 2018, art. 10 e inciso II do § 4º do art. 11, ambos da IN CGU nº 13, de 2019, § 10 do art. 5º e § 1º do art. 7º, ambos da Portaria Coger nº 4, de 2020, e *caput* do art. 4º da OS Coger nº 1, de 2019, encaminhar o processo ao Coordenador do GNI, por intermédio do Supervisor, recomendando a instauração de PAR na primeira hipótese (com identificação da pessoa jurídica responsável e do suposto ato lesivo que lhe é atribuído, os elementos informativos que sustentam tal suposição e o enquadramento em algum dos incisos do art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013) ou o arquivamento do feito nas duas últimas - proposta que, caso acatada, acarreta o encaminhamento do processo para a Coordenação do GNP, a fim de subsidiar o juízo de admissibilidade da autoridade instauradora.

Concluída a subfase investigativa, inicia-se a subfase analítica da fase de admissibilidade, conforme os arts. 2º e 3º da Portaria Coger nº 171, de 17 de junho de 2019, o § 2º do art. 3º e o *caput* do art. 4º, ambos da OC Coger nº 1, de 2019, e o § 2º art. 7º da Portaria Coger nº 4, de 2020. Neste ponto, após a entrega do relatório da comissão, cabe reiterar que a Coordenação do GNI ou a Coordenação do GNP ou a autoridade instauradora podem não acatar o trabalho, considerando-o não satisfativo e exaustivo, e provocarem a instauração de nova investigação preliminar (o que não se confunde com a ausência de previsão normativa para o relatório da investigação preliminar propor prosseguimento da subfase investigativa em outro procedimento investigativo).

Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 5º
§ 2º Após o recebimento do processo, o Coordenador do GNI o encaminhará ao Grupo Nacional de Pareceristas (GNP) ou determinará a realização de novo procedimento correcional investigativo.

Embora a normatização de regência tenha apartado a investigação preliminar para a fase de admissibilidade que antecede o PAR, aplicam-se aqui, no que for cabível, os princípios e conceitos em geral dos procedimentos investigativos apresentados em **2.5.3.2**, para a instância disciplinar em face de servidor. Nesta linha, o § 2º art. 23 da Portaria RFB n° 4.505, de 6 de outubro de 2020, que dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da RFB, estende os seus regramentos gerais sobre apuração de irregularidades funcionais em face de servidor para a fase de admissibilidade e para o PAR em face de pessoa jurídica

Portaria RFB n° 4.505, de 2020 - Art. 23.
§ 2º Nos termos das competências regimentais da Coger e dos Escor, aplica-se o disposto nesta Portaria, no que couber, aos procedimentos a que se refere o caput.

Havendo indícios do ato lesivo à Administração, seja mediante satisfativa notícia ou provocação, seja em decorrência de investigação interna realizada de ofício, a autoridade competente instaura o PAR, por meio da designação, em portaria de pessoal, de comissão composta por dois ou mais servidores estáveis, indicando o presidente, conforme determina o *caput* do art. 10 da Lei nº 12.846, de 2013. No caso de entidades cujo corpo de pessoal não possua servidores estatutários, o Decreto n° 11.129, de 2022, no § 1º do art. 5º, prevê o emprego de dois ou mais empregados públicos. E a IN CGU nº 13, de 2019, no seu art. 13, detalha ainda mais o ato deflagrador, estabelecendo que a designação se dá por portaria de pessoal publicada no Diário Oficial da União (DOU), contendo nome, cargo e matrícula dos membros e indicando o presidente - remetendo à atenção com os incidentes de impedimento e de suspeição, à luz dos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regulamenta a processualística no âmbito da Administração Pública federal) -, o prazo para conclusão e a identificação da pessoa jurídica envolvida (seu nome empresarial e seu número do registro no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ), com remissão apenas ao nº do processo onde se encontram autuados os fatos, sem descrição dos indícios da materialidade.

Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 10. O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis.

Decreto n° 11.129, de 2022 - Art. 5º
§ 1º Em entidades da administração pública federal cujos quadros funcionais não sejam formados por servidores estatutários, a comissão a que se refere o caput será composta por dois ou mais empregados permanentes, preferencialmente com, no mínimo, três anos de tempo de serviço na entidade..

IN CGU n° 13, de 2019 - Art. 13. A instauração do PAR dar-se-á por meio de portaria que conterá:
I - o nome, o cargo e a matrícula dos membros integrantes da comissão;
II - a indicação do membro que presidirá a comissão;
III - o número do processo administrativo onde foi realizado o juízo de admissibilidade;
IV - o prazo para conclusão dos trabalhos da comissão; e
V - o nome empresarial e o número do registro no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ da pessoa jurídica que responderá ao PAR.
§ 2º As portarias de instauração e de prorrogação serão publicadas no Diário Oficial da União e juntadas aos autos do PAR.
§ 3º Os elementos de informações e provas do processo administrativo onde foi realizado o juízo de admissibilidade serão partes integrantes do PAR.

A elucidação da autoridade competente para instaurar o PAR no âmbito da RFB, apenas genericamente delegada no inciso III do *caput* e no § 1º do art. 1º da Portaria ME nº 8, de 2020, surge na normatização interna. Primeiramente, é de se mencionar que o *caput* e o § 1º do art. 23 da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, reiteram as competências do Corregedor e dos Chefes de Escor, em âmbito nacional, remetendo a definição a critérios a serem definidos pelo titular do sistema correcional. Assim, O Corregedor estabeleceu, por meio do art. 5º da Portaria Coger nº 128, de 16 de outubro de 2020, que a regra geral para a competência instauradora de PAR é de recair sobre o Chefe do Escor da Região Fiscal (RF) da jurisdição dos fatos.

Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 23. O Corregedor é competente para

> *instauração e julgamento de procedimentos para a responsabilização de pessoa jurídica de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.*
> *§ 1º Os chefes de Escor são competentes para instauração dos procedimentos a que se refere o caput em todo território nacional, mediante critérios definidos em ato do Corregedor.*
>
> *Portaria Coger nº 128, de 2020 - Art. 5º A competência para instauração de PAR e para arquivamento em fase de admissibilidade, prevista no § 1º do art. 23 da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, cabe ao Chefe de Escor que jurisdicione o local de ocorrência dos fatos.*

De forma análoga ao que se operou para a apuração de irregularidades funcionais em face de servidor no âmbito da RFB, a autoridade instauradora e a comissão de PAR contam com o apoio do GNC, nos termos dos arts. 2º e 6º da Portaria Coger nº 128, de 2020. A atuação do GNC se dá, a título de exemplos, na indicação dos membros da comissão, na elaboração da portaria de pessoal inaugural e no calendário anual de prorrogações e designações de novas comissões, na edição e no controle de numeração destas portaria de pessoals.

> *Portaria Coger nº 128, de 2020 - Art. 2º Compete ao GNC efetuar o acompanhamento técnico-gerencial de processos administrativos disciplinares (PAD), sindicâncias disciplinares e processos administrativos de responsabilização (PAR) e, notadamente:*
> *I - indicar, às autoridades competentes, previstas nos incisos II e III do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, e no inciso III do caput e no § 1º do art. 1º da Portaria ME nº 8, de 9 de janeiro de 2020, os servidores do GNC que constituirão as comissões;*
> *II - executar as atividades relacionadas ao apoio administrativo das comissões e das autoridades competentes para instauração dos procedimentos correcionais previstos no art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990 e no art. 2º do Decreto nº 8.420, de 2015; e*
> *III - proceder à orientação técnica aos servidores componentes do GNC.*
> *Art. 6º A numeração de portarias e ofícios, relacionados aos trabalhos sob gerência do GNC, será anual e sequencial, com assinatura das autoridades competentes.*

A partir da instauração, preferencialmente em meio eletrônico, todas as informações referentes ao PAR deverão ser registradas em sistema de gerenciamento eletrônico mantido pela CGU, conforme determina o art. 64 do Decreto nº 11.129, de 2022, a saber, o Sistema de Gestão de procedimentos de Responsabilização de Entes Privados (CGU-PJ), regulamentado pela Portaria CGU n° 1.196, de 23 de maio de 2017.

> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 64. As informações referentes ao PAR instaurado no âmbito dos órgãos e das entidades do Poder Executivo federal serão registradas no sistema de gerenciamento eletrônico de processos administrativos sancionadores mantido pela Controladoria-Geral da União, conforme ato do Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União.*

Este sistema teve a obrigatoriedade de seu uso imposta pela Portaria Coger-ME nº 12.850, de 4 de dezembro de 2019, mais especificamente em seus arts. 4º a 6º, 8º e 9º.

> *Portaria Coger-ME nº 12.850, de 2019 - Art. 4º São obrigatoriamente registradas no Sistema CGU-PJ as seguintes informações relativas a Processos Administrativos de Responsabilização, instaurados nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e a Investigações Preliminares, instaurados nos termos Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015:*
> *I - juízo de admissibilidade;*
> *II - instauração;*
> *III - prorrogação;*

IV - recondução;
V - alteração de presidente ou membro de comissão processante;
VI - indiciamento;
VII - defesa;
VIII - relatório final;
IX - manifestação da Pessoa Jurídica;
X - parecer jurídico
XI - encaminhamento do processo para julgamento;
XII - julgamento;
XIII - eventuais anulações;
XIV - eventuais reabilitações e registros de pagamento de multas;
XV - eventual interposição de recurso e respectiva decisão;
XVI - eventual instauração de revisão do processo e respectiva decisão; e
XVII - eventual avocação pela CGU.
Art. 5º São obrigatoriamente registradas no Sistema CGU-PJ as seguintes informações relativas a penalidades aplicadas a pessoas físicas ou jurídicas que impliquem restrição ao direito de contratar ou licitar com a Administração Pública, em atenção ao artigo 23, da Lei nº 12.846/2013:
I - decisão sancionadora; e
II - decisões de natureza administrativa ou judicial que impliquem alterações nos efeitos da sanção mencionada no inciso I.
Art. 6º Os registros de informação no CGU-PJ deverão ocorrer em até:
I - 5 (cinco) dias após a aplicação, quando relativas às sanções que impliquem restrição ao direito de licitar ou contratar com a Administração Pública;
II - 30 (trinta) dias, quando relativas a juízo de admissibilidade, instauração ou encaminhamento para julgamento de PAR ou IP; e
III - 5 (cinco) dias, quando relativas a julgamentos ou outras decisões que impliquem alterações nas sanções aplicadas no âmbito de PAR ou IP.
Art. 7º Para o cumprimento dos prazos previstos no Art. 6º, a autoridade que praticar ou que tomar ciência dos atos revistos nos artigos 4º e 5º deverá remeter informações suficientes ao seu registro para a Corregedoria do Ministério da Economia no prazo de 30 (trinta) dias quando da instauração de novo procedimento, e de 10 (dez) dias nos demais casos.
Art. 8º O registro mencionado no Art. 4º, inciso I, deverá ser realizado pela Coordenação encarregada de sua apreciação.
Art. 9º Os registros mencionados no Art. 4º, incisos II a VIII, deverão ser realizados por membros das Comissões Processantes, preferencialmente pelo secretário da Comissão.
Parágrafo único. Os membros das Comissões Processantes deverão inserir, no Sistema CGU-PAD, cópia digitalizada ou eletrônica dos relatórios finais dos procedimentos correcionais, bem como outras peças relevantes à instrução processual, conforme orientação das unidades setoriais e Controladorias Regionais da União nos Estados.

Uma vez designada, a comissão dispõe do prazo de 180 dias, a contar da data de publicação da portaria de pessoal instauradora e prorrogável por igual período, para concluir seus trabalhos, conforme estabelecem os §§ 3º e 4º do art. 10 da Lei nº 12.846, de 2013. Os §§ 2º a 4º do art. 5º do Decreto nº 11.129, de 2022, reiteram o prazo e que estes trabalhos apuratórios devem ser conduzidos pelo colegiado de forma autônoma e independente em relação à autoridade instauradora no que concerne às suas convicções, com atenção ao sigilo necessário ao interesse público do esclarecimento fático e à preservação da imagem da pessoa jurídica e com absoluto respeito às máximas constitucionais da ampla defesa e do contraditório, inafastáveis e essenciais em qualquer espécie de rito de natureza punitiva, como é o caso do PAR. Acerca de prazo, além da reiteração do *quantum* no § 1º do art. 13 da IN CGU nº 13, de 2019, a CGU positivou, no § 4º do art. 50 da IN CGU nº 14, de 2018, o entendimento de que, findo o prazo prorrogado sem que os trabalhos apuratórios estejam

concluídos, deve a autoridade instauradora designar nova comissão.

> *Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 10.*
> *§ 3º A comissão deverá concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir e, ao final, apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas.*
> *§ 4º O prazo previsto no § 3º poderá ser prorrogado, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora.*
>
> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 5º*
> *§ 2º A comissão a que se refere o caput exercerá suas atividades com imparcialidade e observará a legislação, os regulamentos e as orientações técnicas vigentes.*
> *§ 3º Será assegurado o sigilo do PAR, sempre que necessário à elucidação do fato ou quando exigido pelo interesse da administração pública, garantido à pessoa jurídica processada o direito à ampla defesa e ao contraditório.*
> *§ 4º O prazo para a conclusão dos trabalhos da comissão de PAR não excederá cento e oitenta dias, admitida a prorrogação, mediante solicitação justificada do presidente da comissão à autoridade instauradora, que decidirá de maneira fundamentada.*
>
> *IN CGU n° 13, de 2019 - Art. 13.*
> *§ 1º O prazo para a conclusão dos trabalhos da comissão de PAR não excederá cento e oitenta dias, admitida prorrogação, mediante solicitação justificada do presidente da comissão à autoridade instauradora, que decidirá de maneira fundamentada.*
> *§ 2º As portarias de instauração e de prorrogação serão publicadas no Diário Oficial da União e juntadas aos autos do PAR.*
>
> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 50.*
> *§ 4º A comissão de PAR poderá ser reconduzida após o encerramento de seu prazo de prorrogação, quando necessário à conclusão dos trabalhos.*

Cabe aqui apontar uma incoerência instrumental. A CGU também se manifestou, por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 24, de 23 de janeiro de 2019, indicando uma instrumentalidade diferente: após a prorrogação do prazo originário, se sucederiam sucessivas prorrogações, em lugar de designação de nova comissão. Tendo em vista que a IN é norma *stricto sensu* e seu comando se harmoniza com a praxe do PAD, se sugere seguir a norma. Mas a divergência não é relevante, mas sim apenas formal; o que importa é que ambas as fontes defendem o prosseguimento dos trabalhos após o transcurso dos primeiros 360 dias.

> *Enunciado CGU/CCC n° 23, de 2019: "Prorrogações de prazo de comissão de processo administrativo de responsabilização - PAR. O prazo dos trabalhos das comissões de Processo Administrativo de Responsabilização - PAR, de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, poderá ser prorrogado, por mais de uma vez, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora, para possibilitar a regular conclusão do processo".*

De forma similar ao rito sumário em face de servidor, conforme os §§ 1º e 2º do art. 6º do Decreto nº 11.129, de 2022, *a priori* - sem prejuízo de antes poder produzir novas provas -, deve a comissão, de imediato, lavrar a nota de indiciação, de que conste a descrição do ato lesivo e das provas embasadoras e o enquadramento legal, e intimar a pessoa jurídica a apresentar, em até trinta dias, sua defesa escrita e eventuais provas a seu favor e informação acerca de seu programa de integridade e especificar provas que porventura deseja produzir.

> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 6º Instaurado o PAR, a comissão avaliará os fatos e as circunstâncias conhecidas e indiciará e intimará a pessoa jurídica*

> *processada para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que pretenda produzir.*
> *§ 1º A intimação prevista no caput:*
> *I - facultará expressamente à pessoa jurídica a possibilidade de apresentar informações e provas que subsidiem a análise da comissão de PAR no que se refere aos elementos que atenuam o valor da multa, previstos no art. 23; e*
> *II - solicitará a apresentação de informações e documentos, nos termos estabelecidos pela Controladoria-Geral da União, que permitam a análise do programa de integridade da pessoa jurídica.*
> *§ 2º O ato de indiciação conterá, no mínimo:*
> *I - a descrição clara e objetiva do ato lesivo imputado à pessoa jurídica, com a descrição das circunstâncias relevantes;*
> *II - o apontamento das provas que sustentam o entendimento da comissão pela ocorrência do ato lesivo imputado; e*
> *III - o enquadramento legal do ato lesivo imputado à pessoa jurídica processada.*

Caso a intimação não se concretize, deve a comissão lançar mão de intimar por edital no DOU, em jornal de grande circulação do estado em que se sedia a pessoa jurídica e no endereço eletrônico do órgão condutor do PAR, conforme o § 3º do art. 6º do Decreto nº 11.129, de 2022. Nos termos do *caput* e do § 1º do art. 26, ambos da Lei nº 12.846, de 2013, e do *caput* do art. 9º do Decreto nº 8.420, de 2015, a pessoa jurídica poderá acompanhar o processo, por meio de representes legais ou procuradores. Não obstante, caso transcorra o prazo de trinta dias sem apresentação de defesa, a pessoa jurídica será considerada revel e a comissão fica dispensada de emitir novos atos de comunicação até que o interessado volte a se manifestar nos autos e passa diretamente para a elaboração de seu relatório com base unicamente na instrução probatória coletada e juntada aos autos, sem designação de defensor dativo, conforme o § 4º do art. 6º e o § 2º do art. 7º, ambos do Decreto nº 11.129, de 2022.

> *Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 11. No processo administrativo para apuração de responsabilidade, será concedido à pessoa jurídica prazo de 30 (trinta) dias para defesa, contados a partir da intimação.*
> *Art. 26. A pessoa jurídica será representada no processo administrativo na forma do seu estatuto ou contrato social.*
> *§ 1º As sociedades sem personalidade jurídica serão representadas pela pessoa a quem couber a administração de seus bens.*
>
> *Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 6º*
> *§ 3º Caso a intimação prevista no caput não tenha êxito, será feita nova intimação por meio de edital publicado na imprensa oficial e no sítio eletrônico do órgão ou da entidade pública responsável pela condução do PAR, hipótese em que o prazo para apresentação de defesa escrita será contado a partir da última data de publicação do edital.*
> *§ 4º Caso a pessoa jurídica processada não apresente sua defesa escrita no prazo estabelecido no caput, contra ela correrão os demais prazos, independentemente de notificação ou intimação, podendo intervir em qualquer fase do processo, sem direito à repetição de qualquer ato processual já praticado.*
> *Art. 7º*
> *§ 2º Na hipótese prevista no § 4º do art. 6º, dispensam-se as demais intimações processuais, até que a pessoa jurídica interessada se manifeste nos autos.*
> *Art. 9º A pessoa jurídica poderá acompanhar o PAR por meio de seus representantes legais ou procuradores, sendo-lhes assegurado amplo acesso aos autos.*

Acrescente-se o mandamento do *caput* do art. 7º do Decreto nº 11.129, de 2022, destacando a extensa liberalidade para uso dos mais diversos meios para concretização dos atos de comunicação no curso do PAR, entre a comissão e a pessoa jurídica e demais

intervenientes, sendo aceitos o correio eletrônico, a via postal e, por fim, até o edital. Esta extensão de meios de comunicação foi ratificada na IN CGU/CRG nº 9, de 24 de março de 2020, que estabelece a facilidade de emprego de recursos tecnológicos em todos procedimentos correcionais, inclusive o PAR, conforme o § 1º do art. 1º, positivando o emprego de mensagens para endereço de correios eletrônico e para número de telefone móvel institucionais, nos termos instrumentalizados pelos artigos seguintes da norma.

> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 7º As intimações serão feitas por qualquer meio físico ou eletrônico que assegure a certeza de ciência da pessoa jurídica processada.*
>
> *IN CGU/CRG nº 9, de 2020 - Art. 1º*
> *§ 1º As comunicações processuais direcionadas a entes privados podem ser encaminhadas para o endereço de correio eletrônico ou número de telefone móvel institucional.*

Ademais, no desempenho da tarefa para que foi designada, a comissão também tem liberdade ampla de utilização de todos os meios probatórios regularmente aceitos em Direito, inclusive podendo se valer do atual estágio tecnológico para realizar reuniões, deliberações e atos de coleta de prova por meio de de aplicativo de chamadas em vídeo, a exemplo do *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec), ou por meio de quaisquer outros recursos de transmissão de sinais de áudio e vídeo em tempo real, desde que atente sempre para as garantias constitucionais de ampla defesa e de contraditório, conforme preceituam o art. 10 do Decreto nº 11.129, de 2022 (que remete à instrução probatória da investigação preliminar) e o § 2º art. 20 da IN CGU nº 13, de 2019.

> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 10. A comissão, para o devido e regular exercício de suas funções, poderá praticar os atos necessários à elucidação dos fatos sob apuração, compreendidos todos os meios probatórios admitidos em lei, inclusive os previstos no § 3º do art. 3º.*
>
> *IN nº 13, de 2019 - Art. 20.*
> *§ 2º Os atos probatórios poderão ser realizados por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.*

É interessante destacar a diferenciada valorização que o ordenamento conferiu à existência de programa preventivo de integridade na pessoa jurídica (também chamado doutrinariamente de prática de "*compliance*"), tendo em vista o expresso comando do § 2º do art. 8º do Decreto nº 1.129, de 2022, como um obrigatório parâmetro de dosimetria a ser ponderado pela comissão ao final de seu trabalho, conforme define o inciso VIII do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013. O ordenamento do tema conferiu um inequívoco incentivo à adoção deste tipo de programa preventivo de integridade organizacional.

> *Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:*
> *VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;*
>
> *Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 8º*
> *§ 2º Caso a pessoa jurídica apresente em sua defesa informações e documentos referentes à existência e ao funcionamento de programa de integridade, a comissão processante deverá examiná-lo segundo os parâmetros indicados no Capítulo V, para a dosimetria das sanções a serem aplicadas.*

Nesta linha, atendendo ao comando do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013, o Decreto nº 8.420, de 2015, em seus arts. 56 e 57, regulamentou os parâmetros de

avaliação do instituto do programa de integridade. O mencionado art. 56 define o programa de integridade como o conjunto de mecanismos e de procedimentos internos voltados à preservação da integridade e do ambiente ético, abrangendo posturas preventivas dos atos lesivos, incentivo a denúncias e emprego de auditorias. Mas a norma não contempla um modelo único de programa de integridade; ao contrário, concebe a possibilidade de este conjunto de medidas e de posturas internas variar caso a caso, dependendo da área de mercado de atuação, de suas características e dos seus riscos, da estrutura organizacional e hierárquica, do porte, da quantidade de empregados e do grau de interação com a Administração Pública da pessoa jurídica. Já o mencionado art. 57 lista extenso e exaustivo rol de parâmetros de avaliação do programa de integridade, de desnecessária reprodução no presente.

> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 56. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de:*
> *I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e*
> *II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.*
> *Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.*
> *Art. 57. Para fins do disposto no inciso VIII do caput do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:*
> *I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa, bem como pela destinação de recursos adequados;*
> *II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente do cargo ou da função exercida;*
> *III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;*
> *IV - treinamentos e ações de comunicação periódicos sobre o programa de integridade;*
> *V - gestão adequada de riscos, incluindo sua análise e reavaliação periódica, para a realização de adaptações necessárias ao programa de integridade e a alocação eficiente de recursos;*
> *VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;*
> *VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e a confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica;*
> *VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;*
> *IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e pela fiscalização de seu cumprimento;*
> *X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e mecanismos destinados ao tratamento das denúncias*

e à proteção de denunciantes de boa-fé;
XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;
XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;
XIII - diligências apropriadas, baseadas em risco, para:
a) contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários, despachantes, consultores, representantes comerciais e associados;
b) contratação e, conforme o caso, supervisão de pessoas expostas politicamente, bem como de seus familiares, estreitos colaboradores e pessoas jurídicas de que participem; e
c) realização e supervisão de patrocínios e doações;
XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; e
XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando ao seu aperfeiçoamento na prevenção, na detecção e no combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013.
§ 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata o caput, serão considerados o porte e as especificidades da pessoa jurídica, por meio de aspectos como:
I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores;
II - o faturamento, levando ainda em consideração o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte;
III - a estrutura de governança corporativa e a complexidade de unidades internas, tais como departamentos, diretorias ou setores, ou da estruturação de grupo econômico;
IV - a utilização de agentes intermediários, como consultores ou representantes comerciais;
V - o setor do mercado em que atua;
VI - os países em que atua, direta ou indiretamente;
VII - o grau de interação com o setor público e a importância de contratações, investimentos e subsídios públicos, autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; e
VIII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico.
§ 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o caput.

Diante da relevância deste programa de integridade para o tema da responsabilização administrativa de pessoa jurídica, a CGU emitiu ainda a Portaria CGU nº 909, de 7 de abril de 2015, detalhando ainda mais os critérios de sua avaliação, para fins tanto de dosimetria punitiva quanto de apreciação de proposta e de celebração de acordo de leniência.

No decorrer do presente tópico, ao se abordarem as sanções legais, se retornará, com o devido detalhamento, à exposição dos parâmetros de dosimetria, elencados no art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013.

Recebida a defesa escrita, cabe à comissão avaliar se deseja, de ofício, ou se acata pedido de feitura de prova pela pessoa jurídica, podendo motivadamente indeferir pedido de provas impertinentes, protelatórias e desnecessárias, além, obviamente, de provas tidas como ilícitas. Caso sejam feitas novas provas já depois da indiciação, deve o colegiado intimar aquela indiciada a se manifestar sobre os novos elementos, em até dez dias, se a indiciação tiver sido mantida, ou, diante de nova indiciação, conceder novo prazo de trinta dias para apresentar segunda defesa e eventual segundo pedido de provas. Estes comandos se encontram no caput e no § 1º do art. 8º do Decreto nº 11.129, de 2022.

Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 8º Recebida a defesa escrita, a comissão

> *avaliará a pertinência de produzir as provas eventualmente requeridas pela pessoa jurídica processada, podendo indeferir de forma motivada os pedidos de produção de provas que sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.*
> *§ 1º Caso sejam produzidas provas após a nota de indiciação, a comissão poderá:*
> *I - intimar a pessoa jurídica para se manifestar, no prazo de dez dias, sobre as novas provas juntadas aos autos, caso tais provas não justifiquem a alteração da nota de indiciação; ou*
> *II - lavrar nova indiciação ou indiciação complementar, caso as novas provas juntadas aos autos justifiquem alterações na nota de indiciação inicial, devendo ser observado o disposto no caput do art. 6º.*

Não tendo sido apresentada defesa, ou não tendo sido realizada prova após a indiciação, ou tendo recebido a manifestação da pessoa jurídica após os novos elementos autuados, a comissão finaliza seus trabalhos com a elaboração de seu relatório conclusivo, dirigido à autoridade instauradora, com numeração única e anual centralizada no GNC. O relatório deve conter a descrição dos fatos, desde a notícia inicial, passando pela instrução, pela indiciação, pelas eventuais novas provas, pelas teses de defesa escrita e pela proposta de arquivamento ou de responsabilização e de punição da pessoa jurídica, se for o caso. Neste último caso, deve conter memória de cálculo dos parâmetros de dosimetria, conforme leitura conjunta do art. 12 da Lei nº 12.846, de 2013, do art. 11 do Decreto nº 11.129, de 2022, e do art. 21 da IN CGU nº 13, de 2019, além de comunicar, por intermédio da autoridade instauradora, o desfecho dos trabalhos ao Ministério Público Federal (MPF) e à AGU, caso vislumbre a configuração de ilícitos de outras instâncias jurídicas, tais como penal e civil.

> *Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 12. O processo administrativo, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade instauradora, na forma do art. 10, para julgamento.*
> *Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos*
>
> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 11. Concluídos os trabalhos de apuração e análise, a comissão elaborará relatório a respeito dos fatos apurados e da eventual responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, no qual sugerirá, de forma motivada:*
> *I - as sanções a serem aplicadas, com a respectiva indicação da dosimetria, ou o arquivamento do processo;*
> *II - o encaminhamento do relatório final à autoridade competente para instrução de processo administrativo específico para reparação de danos, quando houver indícios de que do ato lesivo tenha resultado dano ao erário;*
> *III - o encaminhamento do relatório final à Advocacia-Geral da União, para ajuizamento da ação de que trata o art. 19 da Lei nº 12.846, de 2013, com sugestão, de acordo com o caso concreto, da aplicação das sanções previstas naquele artigo, como retribuição complementar às do PAR ou para a prevenção de novos ilícitos;*
> *IV - o encaminhamento do processo ao Ministério Público, nos termos do disposto no art. 15 da Lei nº 12.846, de 2013; e*
> *V - as condições necessárias para a concessão da reabilitação, quando cabível.*
>
> *IN CGU nº 13, de 2019 - Art. 21. Recebida a manifestação prevista no inciso I do § 4º do art. 20 ou no caso de não produção de novas provas após o recebimento da defesa escrita, a comissão elaborará relatório final a respeito dos fatos apurados e da eventual responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, no qual sugerirá, de forma motivada, as sanções a serem aplicadas ou o arquivamento do processo.*
> *Parágrafo único. O relatório final conterá:*

> *I - relato histórico do processo, narrando a forma de ciência da irregularidade pela autoridade instauradora e as diligências e conclusões produzidas no juízo de admissibilidade;*
> *II - descrição sucinta das imputações realizadas em face da pessoa jurídica processada e das provas que lhe dão sustentação;*
> *III - indicação das novas provas produzidas após a indiciação, se for o caso;*
> *IV - exposição e análise dos argumentos da defesa da pessoa jurídica processada;*
> *V - conclusão fundamentada quanto à responsabilização ou não da pessoa jurídica processada; e*
> *VI - proposta de:*
> *a) arquivamento da matéria; ou*
> *b) punição da pessoa jurídica, devendo a comissão:*
> *1. indicar a proposta de aplicação das sanções previstas no art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013;*
> *2. fundamentar a sugestão de aplicação de multa com base em memória de cálculo detalhada da dosimetria da multa, com descrição da análise do programa de integridade, se for o caso;*
> *3. sugerir a aplicação das sanções da Lei nº 8.666, de 1993, ou de outras normas de licitações e contratos da administração pública, se for o caso; e*
> *4. propor o envio de expediente, após a conclusão do procedimento administrativo, dando conhecimento ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União para análise quanto à pertinência da responsabilização judicial da pessoa jurídica, nos termos do Capítulo VI da Lei nº 12.846, de 2013.*

Concluído o relatório, o *caput* do art. 12 do Decreto nº 11.129, de 2022, determina que o processo seja remetido para a autoridade instauradora e que esta intime a pessoa jurídica para que, caso queira, se manifeste nos autos, no prazo de dez dias.

> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 12. Concluído o relatório final, a comissão lavrará ata de encerramento dos seus trabalhos, que formalizará sua desconstituição, e encaminhará o PAR à autoridade instauradora, que determinará a intimação da pessoa jurídica processada do relatório final para, querendo, manifestar-se no prazo máximo de dez dias.*

Após o prazo acima de dez dias, tendo ou não recebido a manifestação da defesa, o processo deve ser apreciado no GNP em seus aspectos formais e, não havendo nulidade processual e lacuna na instrução, deve ser remetido à autoridade julgadora, via PGFN, conforme o parágrafo único do art. 12 do Decreto nº 11.129, de 2022.

> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 12.*
> *Parágrafo único. Transcorrido o prazo previsto no caput, a autoridade instauradora determinará à corregedoria da entidade ou à unidade competente que analise a regularidade e o mérito do PAR.*

Informe-se que a indiciação, a coleta de defesa, a autuação do relatório e a remessa dos autos para julgamento devem ser comunicadas pela comissão para o GNC.

Originalmente, a competência julgadora recairia no Ministro de Estado titular da respectiva Pasta, conforme o *caput* do art. 4° do Decreto nº 11.129, de 2022.

> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 4º A competência para a instauração e para o julgamento do PAR é da autoridade máxima da entidade em face da qual foi praticado o ato lesivo ou, em caso de órgão da administração pública federal direta, do respectivo Ministro de Estado.*

Mas, com base no parágrafo único do comando normativo acima, o Ministro de Estado da Economia, por meio da já citada Portaria ME nº 7.081, de 2022, nos incisos I a III do seu art. 40, delegou competência para julgamento de PAR, no âmbito da RFB, para o Corregedor,

competência esta reiterada no *caput* do art. 23 da Portaria RFB nº 4.505, de 2020; no âmbito da PGFN, para o Procurador-Geral da Fazenda Nacional; e, residualmente no restante do âmbito ME, para o Corregedor do ME. O julgamento não se vincula à proposta apresentada pela comissão, podendo contrariar seu relatório, desde que motivadamente; e deve ser publicado no DOU e no sítio eletrônico da RFB, conforme o parágrafo único do art. 13 e o art. 14, ambos do Decreto nº 11.129, de 2022.

> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 13*
> *Parágrafo único. Na hipótese de decisão contrária ao relatório da comissão, esta deverá ser fundamentada com base nas provas produzidas no PAR.*
> *Art. 14. A decisão administrativa proferida pela autoridade julgadora ao final do PAR será publicada no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico do órgão ou da entidade pública responsável pelo julgamento do PAR.*
>
> *Portaria ME nº 7.081, de 2022 - Art. 40. Fica delegada a competência para instauração e julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito do Ministério da Economia:*
> *I - ao Corregedor do Ministério da Economia, no âmbito de todo o Ministério da Economia, exceto os ocorridos no âmbito da:*
> *a) Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia; e*
> *b) Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;*
> *II - ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; e*
> *III - ao Corregedor da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia.*
> *§ 1º Fica delegada aos Chefes de Escritórios da Corregedoria da Receita Federal, no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia, nos termos do respectivo regimento interno, a competência para instauração dos processos de que trata o caput.*
> *§ 2º A competência será do Corregedor do Ministério da Economia quando o processo administrativo, para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, envolver, simultaneamente, os órgãos mencionados nos incisos II e III do caput.*
> *§ 3º A autoridade julgadora será subsidiada por manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional previamente ao julgamento do processo, nos termos do disposto no § 2º do art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013.*

Cabe aqui aduzir uma estratégia desenvolvida no âmbito do sistema correcional da RFB quando existir interligação relevante entre as ações de mais de uma pessoa jurídica, a ponto de se fazer necessário que a comissão apure todo o conjunto fático a fim de revelar a conduta de cada envolvido. Neste caso, instaura-se um único PAR, identificando como interessado o CNPJ do ME, emite-se uma única nota de indiciação em que se descrevem as imputações individualizadas, procede-se à instrução agregada nestes mesmos autos e intima-se cada pessoa jurídica a se manifestar. O relatório possui a peculiaridade de se fragmentar em duas partes: a primeira parte, comum a todos envolvidos, ainda no processo original, contém a descrição dos fatos antecedentes, das notas de indiciação e da instrução e análise das defesas; para segunda parte, serão protocolizados processos individualizados para cada pessoa jurídica, em seus próprios CNPJs, contendo as informações reservadas que amparam o cálculo da multa e a proposta de penalidade, seguindo, a partir daí, cada processo, em separado, o rito em direção ao julgamento.

Embora, a rigor já devam ser mencionadas pela comissão desde o seu relatório, didaticamente, convém neste ponto abordar as penas previstas, visto irrigarem fortemente o ato de julgamento. O art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013, prevê as sanções para as pessoas

jurídicas incursas nos enquadramentos listados no já reproduzido art. 5º da mesma Lei.

As penas legalmente previstas são multa e publicação extraordinária da sentença condenatória, que podem ser aplicadas, após a já mencionada manifestação jurídica da PGFN (no caso específico do ME), isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, sem prejuízo da reparação civil do dano causado, nos termos conjuntos dos incisos I e II do *caput* e dos §§ 1º a 3º do art. 6º e do *caput* do art. 13, ambos da Lei nº 12.846, de 2013.

> *Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:*
> *I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e*
> *II - publicação extraordinária da decisão condenatória.*
> *§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.*
> *§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.*
> *§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.*
> *Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.*

Por sua vez, o art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013, elenca uma lista de parâmetros de dosimetria, que informarão se a pena cabível é apenas da publicação extraordinária ou de multa ou de ambas e, no caso de multa, qual o seu valor, dentre o espectro permitido. Dentre tais parâmetros, destaca-se a existência ou não de programa de integridade.

> *Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:*
> *I - a gravidade da infração;*
> *II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;*
> *III - a consumação ou não da infração;*
> *IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;*
> *V - o efeito negativo produzido pela infração;*
> *VI - a situação econômica do infrator;*
> *VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;*
> *VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;*
> *IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e*
> *Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.*

Conforme o inciso I e o § 4º do art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013, e o art. 21 do Decreto nº 11.129, de 2022, a multa varia de 0,1% a 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica no exercício anterior à instauração do PAR (ou caso inexistente este faturamento, utiliza-se o valor do último faturamento bruto atualizado, limitado a R$ 6.000,00 a R$ 60.000.000,00) e jamais pode ser inferior à vantagem auferida com a conduta ilícita, se quantificável. A aferição do faturamento bruto, excluídos os tributos, pode se dar por compartilhamento de

informações fiscais, por registros contábeis, por estimativa ou pelos recursos recebidos sem fins lucrativos, nos termos do § 1º do art. 20 do Decreto nº 11.129, de 2022.

> *Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 6º*
> *§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R$ 6.000,00 (seis mil reais) a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).*
> *Art. 13.*
> *Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.*
>
> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 20. A multa prevista no inciso I do caput do art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013, terá como base de cálculo o faturamento bruto da pessoa jurídica no último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos.*
> *§ 1º Os valores que constituirão a base de cálculo de que trata o caput poderão ser apurados, entre outras formas, por meio de:*
> *I - compartilhamento de informações tributárias, na forma do disposto no inciso II do § 1º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 1966 - Código Tributário Nacional;*
> *II - registros contábeis produzidos ou publicados pela pessoa jurídica acusada, no Brasil ou no exterior;*
> *III - estimativa, levando em consideração quaisquer informações sobre a sua situação econômica ou o estado de seus negócios, tais como patrimônio, capital social, número de empregados, contratos, entre outras; e*
> *IV - identificação do montante total de recursos recebidos pela pessoa jurídica sem fins lucrativos no ano anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos incidentes sobre vendas.*
> *§ 2º Os fatores previstos nos art. 22 e art. 23 deste Decreto serão avaliados em conjunto para os atos lesivos apurados no mesmo PAR, devendo-se considerar, para o cálculo da multa, a consolidação dos faturamentos brutos de todas as pessoas jurídicas pertencentes de fato ou de direito ao mesmo grupo econômico que tenham praticado os ilícitos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, ou concorrido para a sua prática.*
> *Art. 21. Caso a pessoa jurídica comprovadamente não tenha tido faturamento no último exercício anterior ao da instauração do PAR, deve-se considerar como base de cálculo da multa o valor do último faturamento bruto apurado pela pessoa jurídica, excluídos os tributos incidentes sobre vendas, que terá seu valor atualizado até o último dia do exercício anterior ao da instauração do PAR.*
> *Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput, o valor da multa será estipulado observando-se o intervalo de R$ 6.000,00 (seis mil reais) a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) e o limite mínimo da vantagem auferida, quando for possível sua estimação.*

Esclareça-se que, ao contrário da leitura generalista dos dispositivos do inciso I e do § 4º do art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013, na regulamentação detalhada operada pelo Decreto nº 11.129, de 2022, a comissão e a autoridade julgadora não dispõem, para uma construção intelectual e valorativa única, de toda ampla faixa legal de percentagem do faturamento bruto ou de valores absolutos para propor e para aplicar a multa. Em outras palavras, não se valora o *quantum*, dentre o amplo espectro de 0,1% a 20% do faturamento bruto, em uma aferição macro e em uma análise única global; não se ponderam de forma conjunta e agregada todos os parâmetros de dosimetria para se atingir, de um só passo, o valor final dentre aquela ampla faixa. O gradiente a se percorrer desde o patamar mínimo até o patamar máximo é preenchido de forma gradual, escalonada e fragmentada, de acordo com valorações de seis fatores, que também variam em menos elásticas faixas percentuais do faturamento bruto, a se somarem. Estes fatores variam nas respectivas faixas percentuais se houver ou não concurso de prática

lesiva, conivência dos administradores com a ilicitude, interrupção de fornecimento de serviço ou de obra e reincidência genérica de qualquer conduta vedada em menos de cinco anos e, se for o caso, variam também dependendo da situação econômica do infrator e do valor do contrato formado com a RFB, conforme o art. 22 do Decreto nº 11.129, de 2022. Mas, de outro lado, o percentual total sofre reduções parciais se a infração não se consumar, se houver devolução espontânea da vantagem auferida, se houver ressarcimento do dano e se houver confissão espontânea antes da deflagração do PAR e ainda dependendo se houver grau de colaboração da pessoa jurídica e, sobretudo, se houver programa de integridade interno, nos termos do art. 13 do mesmo Decreto. Estes fatores devem ser avaliados em conjunto para todos os atos apurados em um meso PAR e devem consolidar os faturamentos brutos de todas as pessoas jurídicas pertencentes a um mesmo grupo econômico, conforme o § 2º do art. 20 do Decreto nº 11.129, de 2022.

> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 20.*
> *§ 2º Os fatores previstos nos art. 22 e art. 23 deste Decreto serão avaliados em conjunto para os atos lesivos apurados no mesmo PAR, devendo-se considerar, para o cálculo da multa, a consolidação dos faturamentos brutos de todas as pessoas jurídicas pertencentes de fato ou de direito ao mesmo grupo econômico que tenham praticado os ilícitos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, ou concorrido para a sua prática.*
> *Art. 22. O cálculo da multa se inicia com a soma dos valores correspondentes aos seguintes percentuais da base de cálculo:*
> *I - até quatro por cento, havendo concurso dos atos lesivos;*
> *II - até três por cento para tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica;*
> *III - até quatro por cento no caso de interrupção no fornecimento de serviço público, na execução de obra contratada ou na entrega de bens ou serviços essenciais à prestação de serviços públicos ou no caso de descumprimento de requisitos regulatórios;*
> *IV - um por cento para a situação econômica do infrator que apresente índices de solvência geral e de liquidez geral superiores a um e lucro líquido no último exercício anterior ao da instauração do PAR;*
> *V - três por cento no caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior; e*
> *VI - no caso de contratos, convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres mantidos ou pretendidos com o órgão ou com as entidades lesadas, nos anos da prática do ato lesivo, serão considerados os seguintes percentuais:*
> *a) um por cento, no caso de o somatório dos instrumentos totalizar valor superior a R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais);*
> *b) dois por cento, no caso de o somatório dos instrumentos totalizar valor superior a R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);*
> *c) três por cento, no caso de o somatório dos instrumentos totalizar valor superior a R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);*
> *d) quatro por cento, no caso de o somatório dos instrumentos totalizar valor superior a R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais); ou*
> *e) cinco por cento, no caso de o somatório dos instrumentos totalizar valor superior a R$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais).*
> *Parágrafo único. No caso de acordo de leniência, o prazo constante do inciso V do caput será contado a partir da data de celebração até cinco anos após a declaração de seu cumprimento.*
> *Art. 23. Do resultado da soma dos fatores previstos no art. 22 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais da base de cálculo:*
> *I - até meio por cento no caso de não consumação da infração;*
> *II - até um por cento no caso de:*

> *a) comprovação da devolução espontânea pela pessoa jurídica da vantagem auferida e do ressarcimento dos danos resultantes do ato lesivo; ou*
> *b) inexistência ou falta de comprovação de vantagem auferida e de danos resultantes do ato lesivo;*
> *III - até um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência;*
> *IV - até dois por cento no caso de admissão voluntária pela pessoa jurídica da responsabilidade objetiva pelo ato lesivo; e*
> *V - até cinco por cento no caso de comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo V.*
> *Parágrafo único. Somente poderão ser atribuídos os percentuais máximos, quando observadas as seguintes condições:*
> *I - na hipótese prevista na alínea "a" do inciso II do caput, quando ocorrer a devolução integral dos valores ali referidos;*
> *II - na hipótese prevista no inciso IV do caput, quando a admissão ocorrer antes da instauração do PAR; e*
> *III - na hipótese prevista no inciso V do caput, quando o plano de integridade for anterior à prática do ato lesivo.*

Com isto, ponderando-se todos os fatores e critérios, tem-se que o valor final da multa varia, no mínimo, desde o maior valor entre a vantagem auferida (caso estimável) ou 0,1% do faturamento bruto (ou R$ 6.000,00, caso não haja faturamento bruto) e, no máximo, desde o menor valor entre três vezes a vantagem pretendida ou auferida (caso estimável) ou 20% do faturamento bruto (ou R$ 60.000.000,00, caso não haja faturamento bruto e não seja possível estimar a vantagem), conforme o art. 25 do Decreto nº 11.129, de 2022.

Conforme já mencionado acima, a exposição das penas nesta passagem do texto se dá apenas por fim didático, visto que toda a construção intelectual acerca deste tema já deve ser operada pela comissão, em seu relatório, que deve apresentar quantificação de todos os fatores de ponderação do valor da multa e estimativa da vantagem desejada pelo infrator, nos termos do *caput* do art. 24 do Decreto nº 11.129 de 2022, combinado com os critérios elencados no art. 26 da mesma norma.

> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 24. A existência e quantificação dos fatores previstos nos art. 22 e art. 23 deverá ser apurada no PAR e evidenciada no relatório final da comissão, o qual também conterá a estimativa, sempre que possível, dos valores da vantagem auferida e da pretendida.*
> *Art. 26. O valor da vantagem auferida ou pretendida corresponde ao equivalente monetário do produto do ilícito, assim entendido como os ganhos ou os proveitos obtidos ou pretendidos pela pessoa jurídica em decorrência direta ou indireta da prática do ato lesivo.*
> *§ 1º O valor da vantagem auferida ou pretendida poderá ser estimado mediante a aplicação, conforme o caso, das seguintes metodologias:*
> *I - pelo valor total da receita auferida em contrato administrativo e seus aditivos, deduzidos os custos lícitos que a pessoa jurídica comprove serem efetivamente atribuíveis ao objeto contratado, na hipótese de atos lesivos praticados para fins de obtenção e execução dos respectivos contratos;*
> *II - pelo valor total de despesas ou custos evitados, inclusive os de natureza tributária ou regulatória, e que seriam imputáveis à pessoa jurídica caso não houvesse sido praticado o ato lesivo pela pessoa jurídica infratora; ou*
> *III - pelo valor do lucro adicional auferido pela pessoa jurídica decorrente de ação ou omissão na prática de ato do Poder Público que não ocorreria sem a prática do ato lesivo pela pessoa jurídica infratora.*
> *§ 2º Os valores correspondentes às vantagens indevidas prometidas ou pagas a agente público ou a terceiros a ele relacionados não poderão ser deduzidos do*

cálculo estimativo de que trata o § 1º.

Diga-se ainda que a IN CGU nº 1, de 7 de abril de 2015, estabeleceu a metodologia para apuração do faturamento bruto para fins de cálculo da multa e a IN CGU nº 2, de 16 de maio de 2018, aprovou a metodologia da apuração da multa, a ser aplicada no âmbito dos acordos de leniência firmados.

Interessante pontuar que, de acordo com o art. 24 da Lei nº 12.846, de 2013, os recursos obtidos da aplicação da multa se destinam, preferencialmente, ao próprio órgão lesado pela conduta infracional da pessoa jurídica.

> *Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 24. A multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas.*

Já a publicação extraordinária da decisão condenatória, especificada no § 5º do art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013, e também no art. 28 do Decreto nº 11.129, de 2022, pode ser feita em meios de comunicação específicos da área da infração e da atuação da pessoa jurídica (ou, alternativamente, em veículo de circulação nacional), junto com edital afixado no estabelecimento ou no local de atuação e no sítio eletrônico da condenada, por trinta dias.

> *Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 6º*
> *§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.*
>
> *Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 28. A pessoa jurídica sancionada administrativamente pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nos termos da Lei nº 12.846, de 2013, publicará a decisão administrativa sancionadora na forma de extrato de sentença, cumulativamente:*
> *I - em meio de comunicação de grande circulação, física ou eletrônica, na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional;*
> *II - em edital afixado no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, em localidade que permita a visibilidade pelo público, pelo prazo mínimo de trinta dias; e*
> *III - em seu sítio eletrônico, pelo prazo mínimo de trinta dias e em destaque na página principal do referido sítio.*
> *Parágrafo único. A publicação a que se refere o caput será feita a expensas da pessoa jurídica sancionada.*

Ainda acerca da publicidade dada à conduta corruptora de parte do ente privado, a Lei nº 12.846, de 2013, em seus arts. 22 e 23, estabeleceu a criação do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), como banco de dados de todas as sanções aplicadas no tema em apreço e também com informações acerca de celebração de acordo de leniência celebrado, inclusive de seu eventual descumprimento; e impôs ainda a alimentação de tais informações no já existente Cadastro Nacionais de Empresa Inidôneas (Ceis, que consolida a relação das empresas e pessoas físicas que sofreram sanções das quais decorra como efeito restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública), ambos mantidos pela CGU. Conforme o *caput* do art. 4º da Portaria Normativa CGU nº 75, de 9 de maio de 2023, as sanções referentes ao Cnep e ao Ceis e os acordos de leniência devem registrados no Sistema Banco de Sanções, administrado pela CGU.

> *Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 22. Fica criado no âmbito do Poder Executivo*

> *federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei.*
> *§ 1º Os órgãos e entidades referidos no caput deverão informar e manter atualizados, no Cnep, os dados relativos às sanções por eles aplicadas.*
> *§ 2º O Cnep conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das sanções aplicadas:*
> *I - razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;*
> *II - tipo de sanção; e*
> *III - data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso.*
> *§ 3º As autoridades competentes, para celebrarem acordos de leniência previstos nesta Lei, também deverão prestar e manter atualizadas no Cnep, após a efetivação do respectivo acordo, as informações acerca do acordo de leniência celebrado, salvo se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo.*
> *§ 4º Caso a pessoa jurídica não cumpra os termos do acordo de leniência, além das informações previstas no § 3º, deverá ser incluída no Cnep referência ao respectivo descumprimento.*
> *§ 5º Os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora.*
> *Art. 23. Os órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo deverão informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo federal, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*

Os registros de informações no Cnep e no Ceis devem ser feitos no ambiente do Sistema Integrado de Registro do Ceis/Cnep, gerido e mantido pela CGU, nos termos da IN CGU nº 2, de 7 de abril de 2015.

Informe-se que, no âmbito da CGU, a Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG) disponibilizou no Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) o Sistema Eletrônico de Certidões da CGU, que tem como dado de saída a certidão negativa CGU-PJ, Ceis, Cnep e Cepim (Cadastro de Entidades Privadas sem Fins Lucrativos Impedidas), emitida de acordo com a base de dados constante daqueles quatro cadastros.

A Lei, em seu art. 14, prevê o relevante poder de a Administração desconsiderar a personalidade jurídica quando se detectar sua utilização com fim de facilitar, encobrir ou dissimular as irregularidades cometidas ou de criar confusão acerca do patrimônio da pessoa jurídica e de seus administradores, aos quais passa-se a estender os efeitos das sanções.

> *Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.*

Cumpre informar que a Lei nº 12.846, de 2013, no art. 16, destacadamente no *caput* e nos seus incisos e nos §§ 1º a 10, elenca a possibilidade de, no âmbito do Poder Executivo federal a CGU, por meio do seu Ministro de Estado da CGU, celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pelos atos lesivos à Administração Pública e que seja a

primeira a manifestar seu interesse em colaborar com os trabalhos no sentido não só do esclarecimento de sua própria participação no ilícito mas também de identificar demais envolvidos, de fornecer provas das ilicitudes perpetradas e de cessar seu envolvimento na ilicitude. Sem prejuízo da integral reparação do dano causado, a celebração do acordo afasta a sanção de publicação extraordinária da condenação e pode reduzir em até dois terços o valor da multa aplicada. O art. 32 do Decreto nº 11.129, de 2022, define o acordo de leniência como um ato administrativo negocial visando ao incremento da capacidade investigativa e recuperadora de ativos pela Administração Pública e o fomento da integridade no setor público.

> *Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:*
> *I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e*
> *II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.*
> *§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:*
> *I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;*
> *II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;*
> *III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.*
> *§ 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável*
> *§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.*
> *§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo*
> *§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.*
> *§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.*
> *§ 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.*
> *§ 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.*
> *§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.*
>
> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 32. O acordo de leniência é ato administrativo negocial decorrente do exercício do poder sancionador do Estado, que visa à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira.*
> *Parágrafo único. O acordo de leniência buscará, nos termos da lei:*
> *I - o incremento da capacidade investigativa da administração pública;*

> *II - a potencialização da capacidade estatal de recuperação de ativos; e*
> *III - o fomento da cultura de integridade no setor privado.*

Regulamentando o tema em relação à Lei, o Decreto nº 11.129, de 2022, nos arts. 33 a 55, detalha toda a procedimentalização para a celebração de acordo de conveniência.

Ainda sobre o tema, acrescente-se que a Portaria Conjunta CGU/AGU nº 4, de 9 de agosto de 2019, prevê a participação da Advocacia-Geral da União (AGU), desde a indicação de agentes de seu quadro para comporem com servidores da CGU a comissão responsável pela condução do acordo até o compartilhamento da competência de decisão sobre a celebração, que passa a ser conjunta do Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União e do Advogado-Geral da União.

> *Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 40. A decisão acerca da instauração, condução e encerramento da investigação preliminar, do PAR e do acordo de leniência não poderá, nos termos do artigo 5 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto no 3.678, de 30 de novembro de 2000, ser influenciada:*
> *I - por considerações de interesse econômico nacional;*
> *II - pelo efeito potencial nas relações do Brasil com outros estados estrangeiros; ou*
> *III - pela identidade de pessoas físicas ou jurídicas envolvidas.*

Informe-se ainda que, de acordo com o § 9º do art. 16 e com o *caput* e com o parágrafo único do art. 25, ambos da Lei nº 12.846, de 2013, a prescrição da punibilidade da pessoa jurídica em face de atos lesivos à Administração Pública se opera em cinco anos do conhecimento da infração (ou na data da cessação em caso de conduta continuada ou permanente), sendo interrompida a contagem com a instauração do PAR ou com a celebração de acordo de leniência.

> *Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 16.*
> *§ A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.*
> *Art. 25. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.*
> *Parágrafo único. Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.*

Após o julgamento, cabe à pessoa jurídica cumprir a decisão em trinta dias ou interpor pedido de reconsideração, no prazo de dez dias, ambos contados da data de publicação do ato punitivo. Uma vez interposto o pedido de reconsideração, ao qual se atribui efeito suspensivo, a autoridade julgadora tem prazo de trinta dias para apreciar a peça e, no caso de a decisão ser mantida, a pessoa jurídica tem restituído o prazo de trinta dias para cumprir as sanções, a contar da decisão do pedido de reconsideração e mais o prazo de dez dias para comprovar documentalmente o cumprimento das sanções, conforme o art. 15 do Decreto nº 11.129, de 2022, e o § 4º do art. 28 da IN CGU nº 13, de 2019. Por fim, a ausência de comprovação de recolhimento integral da multa no prazo de trinta dias contados da publicação da decisão obriga a inscrição do crédito em dívida ativa da Fazenda Nacional, nos termos do parágrafo único do art. 13 da mencionada Lei e do *caput* e do § 2º do art. 29 do Decreto nº 11.129, de 2022.

> *Decreto nº 11.129, de 2022 - Art. 15. Art. 15. Da decisão administrativa sancionadora cabe pedido de reconsideração com efeito suspensivo, no prazo de dez dias, contado da data de publicação da decisão.*
> *§ 1º A pessoa jurídica contra a qual foram impostas sanções no PAR e que não*

> *apresentar pedido de reconsideração deverá cumpri-las no prazo de trinta dias, contado do fim do prazo para interposição do pedido de reconsideração.*
> *§ 2º A autoridade julgadora terá o prazo de trinta dias para decidir sobre a matéria alegada no pedido de reconsideração e publicar nova decisão.*
> *§ 3º Mantida a decisão administrativa sancionadora, será concedido à pessoa jurídica novo prazo de trinta dias para o cumprimento das sanções que lhe foram impostas, contado da data de publicação da nova decisão.*
> *Art. 29. A multa aplicada será integralmente recolhida pela pessoa jurídica sancionada no prazo de trinta dias, observado o disposto no art. 15.*
> *§ 1º Feito o recolhimento, a pessoa jurídica sancionada apresentará ao órgão ou à entidade que aplicou a sanção documento que ateste o pagamento integral do valor da multa imposta.*
> *§ 2º Decorrido o prazo previsto no caput sem que a multa tenha sido recolhida ou não tendo ocorrido a comprovação de seu pagamento integral, o órgão ou a entidade que a aplicou encaminhará o débito para inscrição em Dívida Ativa da União ou das autarquias e fundações públicas federais.*
> *§ 3º Caso a entidade que aplicou a multa não possua Dívida Ativa, o valor será cobrado independentemente de prévia inscrição.*
> *§ 4º A multa aplicada pela Controladoria-Geral da União em acordos de leniência ou nas hipóteses previstas nos art.17 e art. 18 será destinada à União e recolhida à conta única do Tesouro Nacional.*
> *§ 5º Os acordos de leniência poderão pactuar prazo distinto do previsto no caput para recolhimento da multa aplicada ou de qualquer outra obrigação financeira imputada à pessoa jurídica.*
>
> *IN CGU nº 13, de 2019 - Art. 28.*
> *§ 4º Feito o recolhimento da multa, na forma prevista na decisão, a pessoa jurídica sancionada apresentará em até dez dias, a contar do final dos prazos previstos nos parágrafos 1º e 3º, documento que ateste seu pagamento integral.*

Cabe mencionar uma importante peculiaridade no caso dos PAR em curso exclusivamente no âmbito da CGU. A Portaria Normativa CGU nº 19, de 22 de julho de 2022, introduziu a possibilidade do julgamento antecipado, desde que o caso não comporte a celebração de acordo de leniência e o benefício não tenha sido concedido há menos de três anos para a mesma pessoa jurídica, nos termos ressalvados por seu art. 8º. Para tanto, em pedido formulado à CGU, deve a pessoa jurídica admitir sua responsabilidade objetiva pela prática de atos lesivos à Administração Pública, se comprometer a ressarcir eventuais danos, abrir mão da vantagem por acaso auferida, pagar a multa que vier a ser estipulada e solicitar o emprego do instrumento simplificador, conforme os arts. 1º e 2º. O pedido deve ser analisado pela Secretaria de Integridade Privada, que pode rejeitá-lo, hipótese em que o procedimento em curso prossegue, ou aceitá-lo, mediante relatório propositivo ao Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, com proposta de redução da multa (segundo critérios que variam com o momento processual), de dispensa da penalidade de publicação da decisão condenatória e de atenuação da sanção de proibição de contratar com o Poder Público, conforme os arts. 3º, 5º e 6º da Portaria Normativa CGU.

> *Portaria Normativa CGU nº 19, de 202 - Art. 1º Esta Portaria Normativa dispõe sobre o procedimento de julgamento antecipado domérito nos processos administrativos de responsabilização - PARs instaurados ou avocados pelaControladoria-Geral da União - CGU, nos quais a pessoa jurídica admita a sua responsabilidade objetivapela prática de atos lesivos investigados.*
> *Art. 2º Deverão constar do pedido de julgamento antecipado apresentado pela pessoa jurídica:*
> *I - a admissão de sua responsabilidade objetiva pela prática dos atos lesivos investigados,acompanhada de provas e relato detalhados do que for de seu conhecimento;*
> *II - o compromisso de:*

a) ressarcir os valores correspondentes aos danos a que tenha dado causa;
b) perder a vantagem auferida, quando for possível sua estimação;
c) pagar o valor da multa prevista no inciso I do art. 6º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, acompanhado dos elementos que permitam o seu cálculo e a dosimetria;
d) atender os pedidos de informações relacionados aos fatos do processo, que sejam de seuconhecimento;
e) não interpor recursos administrativos contra o julgamento que defira integralmente aproposta;
f) dispensar a apresentação de peça de defesa; e
g) desistir de ações judiciais relativas ao processo administrativo;
III - a forma e os prazos de pagamento das obrigações financeiras decorrentes doscompromissos do inciso II.
Art. 3º O pedido a que se refere o art. 2º será apresentado perante a Secretaria de Integridade Privada, que poderá: (Redação dada pela Portaria Normativa CGU nº 54, de 14 de fevereiro de 2023)
I - rejeitar a proposta, determinando a continuidade da apuração; ou
II - concordar com o pedido e proceder à elaboração de relatório final, recomendando ojulgamento antecipado do processo.
§ 1º Caso o pedido seja ofertado no âmbito de investigação preliminar - IP ou de investigaçãopreliminar sumária - IPS, a decisão a que se refere o inciso II do caput equivalerá à da instauração do PAR.
§ 2º Na proposta de julgamento antecipado de que trata esta Portaria Normativa, poderão seraplicadas as disposições previstas nos artigos 355 e 356 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Códigode Processo Civil, e na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.
Art. 5º No caso de concordância com o pedido, o relatório final a que se refere o inciso II do art. 3º conterá:
I - a descrição sucinta das imputações realizadas em face da pessoa jurídica processada e das provas que lhe dão sustentação;
II - a análise da proposta de pagamento das obrigações financeiras assumidas pela pessoa jurídica;
III - a conclusão fundamentada a respeito do atendimento das condições para o deferimento do pedido de julgamento antecipado nos termos previstos por esta Portaria Normativa;
IV - a sugestão de aplicação isolada da sanção de multa prevista na Lei nº 12.846, de 2013, sem aplicação cumulada da sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória; e
V - a sugestão de atenuação das sanções impeditivas de licitar e contratar com o Poder Público, quando cabíveis.
§ 1º No cálculo da multa será concedido o benefício das seguintes atenuantes, de acordo com o momento processual de oferta da proposta:
I - antes da instauração do processo administrativo de responsabilização, concessão do percentual máximo dos fatores estabelecidos pelos incisos II, III e IV do art. 23 do Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022; (Redação dada pela Portaria Normativa CGU nº 54, de 2023)
II - até o prazo para apresentação da defesa escrita, concessão do percentual máximo do fator estabelecido pelo inciso II, de 1,5% (um e meio por cento) do fator estabelecido pelo inciso III e de 1,5% (um e meio por cento) do inciso IV do art. 23 do Decreto nº 11.129, de 2022; (Redação dada pela Portaria Normativa CGU nº 54, de 2023)
III - até o prazo para apresentação de alegações finais, concessão do percentual máximo do fator estabelecido pelo inciso II, de 1% (um por cento) do fator estabelecido pelo inciso III e de 1% (um por cento) do inciso IV do art. 23 do Decreto nº 11.129, de 2022; e (Redação dada pela Portaria Normativa CGU nº 54, de 2023)
IV - após o prazo para apresentação de alegações finais, concessão do

percentual máximo do fator estabelecido pelo inciso II, de 0,5% (meio por cento) do fator estabelecido pelo inciso III e de 0,5% (meio por cento) do inciso IV do art. 23 do Decreto nº 11.129, de 2022. (Redação dada pela Portaria Normativa CGU nº 54, de 2023)
§ 2º Em nenhuma hipótese a multa do inciso I do art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013, poderá ser inferior à vantagem auferida pela pessoa jurídica, quando for possível sua estimação.
Art. 6º Preenchidos os requisitos de que trata esta Portaria Normativa, o Ministro da CGU realizará o julgamento antecipado do mérito.
§ 1º O julgamento de que trata o caput será precedido de manifestação jurídica elaborada pela Consultoria Jurídica da Controladoria-Geral da União.
§ 2º Os respectivos registros das sanções serão excluídos do Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, tão logo cumpridos os compromissos estabelecidos na proposta da pessoa jurídica.
Art. 8º Esta Portaria Normativa não se aplica:
I - aos processos relativos a atos lesivos praticados pelas mesmas pessoas jurídicas nos 3 (três) anos seguintes ao julgamento antecipado previsto nesta Portaria Normativa; e
II - quando cabível a celebração de acordo de leniência, nos termos do art. 16 da Lei nº 12.846, de 2013.

Apenas superficialmente mencione-se (por não ser tema de aprofundado interesse no presente) que, além da específica forma de responsabilidade administrativa e da obrigação de reparar o dano causado pela conduta lesiva, a Lei nº 12.846, de 2013, em seus arts. 18 a 20, também menciona a possibilidade de responsabilização judicial, com possibilidade de decretação judicial de indisponibilidade ou até de perda de bens, proibição de recebimento de subsídios oficiais, suspensão ou interdição parcial de suas atividades e até a dissolução compulsória da pessoa jurídica (em hipóteses similares àquelas que sustentam a desconsideração da personalidade jurídica pela Administração, quando é empregada para promover a conduta delituosa ou para ocultar interesses ilícitos ou identidade dos beneficiários). Ademais, os arts. 29 e 30 da citada Lei asseguram a independência desta responsabilização administrativa em relação ao processamento de infração à ordem econômica e às repercussões decorrentes de atos de improbidade e de ilícitos relativos a licitações e contratos.

2.3 - DEVERES DE REPRESENTAR E DE APURAR IRREGULARIDADES

2.3.1 - A Inserção dos Deveres de Representar e de Apurar Originariamente em Via Hierárquica na Administração Pública Federal

Encerrada nos tópicos antecedentes a exposição orgânica das estruturas especializadas na matéria disciplinar - na Controladoria-Geral da União (CGU), na Corregedoria do Ministério da Economia (Coger-ME) e na Corregedoria (Coger) da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), como integrantes do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) -, inicia-se a abordagem do tema agora sob aspecto instrumental.

Pode-se dizer que a aplicação do processo disciplinar como instrumento de efetivação do regime disciplinar teve e ainda tem início, frequentemente, por meio do instituto da representação funcional. Esta afirmativa se coaduna não só quando se elege critério histórico de avaliação mas também quando se atualiza tal percepção para o estágio atual de desenvolvimento da atividade correcional na Administração Pública federal.

Por um lado, é certo que a deflagração da instância disciplinar como decorrência do cumprimento do dever funcional de representar, nos anos imediatamente posteriores à inauguração do contexto jurídico elaborado com a Constituição Federal (CF), de 5 de outubro de 1988, e com a consequente Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, estava fortemente associada aos fatos de que os órgãos públicos federais ainda não dispunham das atuais estruturas correcionais especializadas e com grande investimento na fase de admissibilidade e de que a sociedade ainda não afiançava credibilidade ao tema a ponto de quebrar sua inércia para denunciar supostas irregularidades. Mas, por outro lado, mesmo com a forte e crescente valorização da investigação realizada prévia e internamente no próprio sistema correcional e propiciadora da sua atuação de ofício, ainda assim não se afasta a necessidade de se laborar a representação, mesmo que por um integrante da corregedoria. Ainda no atual contexto de elaboração e de aprimoramento da aplicação do Direito Administrativo Disciplinar, se verifica uma tripartida relevância entre as representações formuladas por agentes públicos não integrantes do sistema correcional, as representações formalizadas internamente no curso dos procedimentos investigativos e as denúncias apresentadas por particulares, o que demonstra a praticamente inalterada preservação da relevância do dever de representar. Nesta visão temporalmente conglobante, a deflagração da instância disciplinar invariavelmente dependia e decorria do cumprimento do dever funcional de representar e ainda é assim no contexto atual.

A dependência da iniciativa de um representante externo à estrutura correcional que se detectava naquele período incipiente deixou de existir com o amadurecimento da fase de admissibilidade; mas esta elaboração não retirou relevância da representação até os dias atuais como frequente instrumento deflagrador da atuação correcional, visto que, mesmo nos contemporâneos trabalhos de investigação iniciados de ofício, há que se cogitar de um momento em que o agente condutor do procedimento investigativo redige a peça com que provoca a autoridade competente com a notícia de suposta irregularidade.

E, didaticamente, se elege iniciar esta abordagem avaliando o cumprimento do dever funcional de representar na Administração Pública federal como um todo, pois, na multiplicidade de órgãos com díspares graus de aprimoramento da subfase investigativa, se presume uma maior dependência da visão mais leiga e empírica do instituto da representação, como o registro escrito realizado por agente público não integrante de corregedoria. Reserva-se para somente em segundo momento se enfocar a análise na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, em que, com certeza, esta espécie de representação divide relevância com a espécie de representação formulada no curso dos procedimentos investigativos.

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

> *CF - Art. 37.*
> *§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14 de junho de 1998)*
> *III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

No foco mais específico da Administração Pública federal, a Lei nº 8.112, de 1990, regulamentou o manejo deste instrumento sob ótica estatutária, transmutando aquele direito constitucional do particular (inserido no gênero do direito de petição) em dever funcional. A leitura conjunta dos incisos VI e XII do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, impõe o dever funcional, de representar à autoridade competente, ao servidor que, em razão de suas

atribuições legais, tenha conhecimento do cometimento de suposta irregularidade, de qualquer natureza (estatutária ou não), por parte de outro agente público (ou até mesmo de particular) ou de suposto ato ilegal (qualquer ação ou omissão contrária à normatização *lato sensu*), omissivo (qualquer conduta de omissão diante de deveres, atribuições ou competências do múnus público) ou com abuso de poder (qualquer forma de abuso de autoridade, expressão positivada na Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, nas espécies de excesso de poder e desvio de poder ou desvio de finalidade) por parte de autoridade.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 116. São deveres do servidor:*
> *VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 18 de setembro de 2011)*
> *XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.*
> *Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.*
> *(**Nota**: Na forma como oficialmente publicado, o parágrafo único do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, impropriamente assegura a ampla defesa ao "representando"; subentende-se que o correto seria ao "representado".)*

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

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

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

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

(relembrando-se que, em sua essência, o dever funcional também abarca a comunicação de irregularidades cometidas por particulares em face da Administração).

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

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

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

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

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

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

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

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

âmbito da Administração Pública federal), com amparo doutrinário.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 17. Inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir.*
>
> *"Se encontrarmos um órgão que sequer por regulamento estipulou a autoridade competente para a instauração do processo disciplinar, deve-se, por analogia, aplicar o inciso III do art. 141 da Lei 8.112/90 e considerar como competente o chefe da repartição onde o fato ocorreu.*
> *Por fim, acrescente-se que por força do Poder hierárquico que instrui o Poder disciplinar, a autoridade máxima do órgão sempre poderá avocar para si a competência que o regimento, eventualmente, houver estabelecido para uma autoridade de hierarquia inferior.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 81, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

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

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

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

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

Pelo exposto, a primeira leitura é de que, na regra geral da Lei nº 8.112, de 1990, ambos os deveres, tanto de o servidor representar quanto de a autoridade competente apurar as supostas irregularidades, se inserem na linha hierárquica, o que pode fazer com que ambos guardem proximidade com o local de ocorrência da suposta ilicitude. No texto frio e até hoje original da Lei, a representação se inicia pela via hierárquica do representante, desde seu chefe imediato, até chegar à autoridade com ascendência sobre o representado e com

competência para exercer o dever legal de determinar a apuração dos fatos (o que subentende a competência para decidir pela instauração do processo disciplinar ou pelo arquivamento do feito).

2.3.1.1 - A Migração do Dever de Apurar com a Especificidade das Corregedorias

Em função da natural harmonização da prática do Direito com o contexto real em que se insere a cada tempo e diante das críticas acima expostas ao modelo original da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, de forma crescente na Administração Pública federal, muitos órgãos e entidades passaram a dispor e hoje de fato dispõem, por norma específica (seja lei orgânica, estatuto, regimento interno ou lei de criação), de unidade especializada na matéria disciplinar, normalmente chamada de corregedoria, dotada de competência exclusiva para o assunto. Antecipe-se que tal especificidade, adquirida com a evolução e com o aprimoramento da Administração e com o crescente repúdio social ao desvio de conduta dos agentes públicos, visando à qualificação, especialização, isenção, imparcialidade e eficiência, em nada afronta o parágrafo único do art. 116 e o *caput* do art. 143, ambos da Lei nº 8.112, de 1990. Embora não expresso no texto positivado da citada Lei, tal grau de amadurecimento interno dos órgãos e entidades, em absoluta consonância com a base principiológica estatuída na Constituição Federal (CF) como reitora da Administração Pública, jamais poderia ser tido como ilegal.

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

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

2.3.1.2 - Aspectos Comuns em Ambos Deveres, Tanto em Via Hierárquica Quanto com

Corregedoria

Quanto a aspectos comuns atinentes ao dever funcional de representar, tanto na configuração original estabelecida pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, quanto no grau elaborado de o órgão ou entidade contar com estrutura especializada, tem-se que aproveitam-se integralmente as definições e diferenciações apresentadas em **2.3.1** para compreender os respectivos alcances dos incisos VI e XII do art. 116 daquela Lei.

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

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

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

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública. (Incluído pela Lei nº Art. 12. O serviço de busca e fornecimento, de 18 de novembro de 2011)*

Ainda na mesma toada da leitura extensiva acima defendida para o art. 126-A da Lei nº 8.112, de 1990, podendo-se interpretar protegido mesmo o elaborador de uma representação impertinente, vale adicionar que a leitura do rol material de ilicitudes constante dos arts. 116, 117 e 132 da mesma Lei não indica enquadramento para aquele representante, tendo ele atuado com culpa ou até mesmo com dolo. Na impossibilidade de se cogitar de

incidência do Direito sancionador diante de ausência de prévia definição legal da ilicitude, é de se ratificar que a Lei nº 8.112, de 1990, não prevê apenação para o servidor que provoca em vão o sistema correcional. Talvez até se possa presumir uma inteligência - em lugar de crítica de omissão e por mais que aqui se compadeça com o servidor indevidamente constrangido por uma representação incabível - por parte do legislador neste seu posicionamento. Sabedor que o ato de representar já causa natural refração na grande maioria do corpo funcional, poderia soar como definitivamente desmotivador e até ameaçador fazer constar do regime disciplinar a possibilidade de um representante se ver ao final apenado em razão de uma representação impertinente. Como regra geral, a punição do ofensor e a reparação do ofendido devem ser buscadas na via judicial. Não obstante, por óbvio, em casos peculiaríssimos em que identifique de forma cabal a má-fé do representante, em tentar fazer mover a estrutura correcional com fim de perseguição pessoal, até se pode cogitar de repercussão disciplinar em enquadramento tutelador da lealdade institucional ou da probidade administrativa, por exemplo.

Não obstante, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), em seu art. 339, tipifica a denunciação caluniosa, quando o autor dá causa à instauração de processo disciplinar contra alguém sabidamente inocente.

> *CP - Denunciação caluniosa*
> *Art. 339. Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente: (Redação dada pela Lei nº 14.110, de 18 de dezembro de 2020)*

A parcela salutar de cautela com que deve ser cumprido o dever funcional de representar segue detalhada em **2.3.3**.

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

Uma situação que bem exemplifica a hipótese acima (seja na regra geral da apuração em via hierárquica, seja existindo corregedoria) é quando o representante tem alguma desconfiança da imparcialidade de seu chefe imediato ou outra autoridade hierarquicamente superior ou quando algum destes é justamente o representado ou pode estar envolvido no fato relatado. À vista dos naturais constrangimento e desconforto e até mesmo da possibilidade de obstrução de provas e de medidas de retaliação, a própria Lei nº 8.112, de 1990, no inciso VI de seu art. 116, disciplina esta situação específica, refletindo a inadequação da manutenção do comando geral (de a representação dever ser encaminhada por toda via hierárquica de quem a formula) e se harmoniza com a realidade fática, para permitir que o representante encaminhe sua peça para outra autoridade - que se recomenda, em princípio, que seja qualquer autoridade, ainda em linha hierárquica, iniciada a partir da autoridade imediatamente acima

daquela representada, ou o titular da unidade ou, em última instância, se for o caso, a autoridade exclusivamente competente para a matéria disciplinar. Este comando legal compreensivo também se faz refletir no ordenamento infralegal, conforme o *caput* do art. 5º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, e o *caput* e o § 1º do art. 4º da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, que dispõem sobre apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Economia (ME) como um todo e especificamente da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 116. São deveres do servidor:*
> *VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011);*
>
> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 5º O servidor que tiver ciência de irregularidade no serviço público deverá, imediatamente, representar, por escrito, ao titular da unidade, ou, no caso de representação contra o titular da unidade, remetê-la diretamente à unidade correcional competente, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.*
>
> *Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 4º O servidor que tiver ciência de irregularidade no serviço público deverá imediatamente representá-la, por escrito e pela via hierárquica, ao titular de sua unidade, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.*
> *§ 1º Caso o representado lhe seja hierarquicamente superior, o servidor deverá encaminhar a representação à autoridade imediatamente acima, ou diretamente ao Corregedor ou ao chefe do Escor da respectiva região fiscal, caso o representado seja o próprio titular da unidade.*

Convém, por oportuno, salientar que eventuais representações encaminhadas unicamente a órgãos externos (como, por exemplo, Ministério Público Federal - MPF, Polícia Federal - PF, Controladoria-Geral da União - CGU) não afastam a obrigação de representar internamente, na via hierárquica. Ressalte-se que mesmo quando o representante cogita de envolvimento de autoridade administrativa na suposta ilicitude, a ausência da representação na hierarquia interna pode, pelo menos em tese, acarretar responsabilização disciplinar, conforme o dever estabelecido nos incisos VI e XII do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990. Uma vez que o dever de representar reflete também o cumprimento do dever de lealdade institucional, a representação formulada apenas para órgãos externos - sobretudo de provocação de instância penal por suposto crime que, se confirmado, também configuraria infração disciplinar -, dependendo do ânimo subjetivo do agente no caso concreto, pode configurar afronta ao dever mais especificamente estabelecido no inciso II do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990.

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

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

Quanto a aspectos comuns atinentes ao dever de apurar, de uma forma ou de outra, seja pela regra geral da via hierárquica, seja pela unidade especializada, a autoridade legal, estatutária ou regimentalmente competente, ao ter ciência do cometimento de suposta

irregularidade associada direta ou indiretamente ao exercício de cargo público, após avaliar que a representação não é de flagrante improcedência (em ato chamado de exame ou juízo de admissibilidade), é obrigada, pelo *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990, a promover a imediata apuração, conforme será descrito em **2.5** e **4.2.1**.

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

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

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

2.3.2 - A Especificidade dos Deveres Internos de Representar, de Encaminhar a Representação e de Apurar as Irregularidades

Feita a descrição do sistema especializado na matéria correcional e apresentados os ditames gerais atinentes deveres de representar e de apurar as supostas infrações disciplinares na Administração Pública federal, pode-se, então, apresentar as especificidades do atendimento destes deveres na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). Diferentemente e indo além da apresentação introdutória de tais deveres estatutários em **2.3.1**, quando se o fez à luz generalista da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, delimita-se agora o foco para apreciar como o seu cumprimento se encontra disciplinado na Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Economia (ME), na Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, e na Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, que dispõem sobre a apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos da Pasta como um todo e especificamente da RFB. Isto equivale a dizer que estas normas regulamentam infralegalmente as previsões gerais dos incisos VI e XII e do parágrafo único do art. 116 e do *caput* do art. 143, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, que já foram abordadas no tópico introdutório supracitado.

Em outras palavras, concentra-se agora na discussão acerca das peculiaridades da forma de cumprimento dos deveres funcionais de representar e de apurar as supostas irregularidades especificamente no órgão, em comparação aos regramentos generalistas legais vigentes na Administração Pública federal como um todo.

Isto porque embora cada vez mais o sistema correcional invista nas suas próprias demandas e investigações disciplinares internas, a cargo do Grupo Nacional de Investigação (GNI), muito da sua atuação ainda decorre das provocações externas à Corregedoria (Coger) e aos Escritórios de Corregedoria (Escor). Em outras palavras, ainda prevalecem como relevante origem de parte das provocações ao sistema as notícias recebidas, sobretudo da lavra de agentes públicos, sejam de unidades da própria RFB, sejam de órgãos externos, acerca de fatos supostamente irregulares.

E, dentre estas notícias de fato conhecido, destaca-se a representação funcional,

elaborada por servidores e autoridades no âmbito da própria RFB, daí porque se inicia e se concentra a presente análise na regulamentação interna deste instituto, o que equivale à análise do dever de representar internamente.

Embora a norma infralegal mais genérica dentre as acima citadas, qual seja, a Portaria MF nº 492, de 2013, em seu art. 9º, conceda ao servidor que tem ciência de suposta irregularidade cometida no âmbito do Ministério da Economia (ME) a alternativa de formular representação na via hierárquica ao titular de sua unidade ou diretamente à autoridade correcional, nas regulamentações mais específicas, no *caput* do art. 5º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, e no *caput* do art. 4º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, tanto no âmbito de toda a Pasta quanto no âmbito específico da RFB, prevalece o comando de que o servidor que, em razão de suas atribuições legais, tem ciência do cometimento de suposta irregularidade por parte de algum outro servidor ou autoridade do órgão, em ato também exclusivamente associado ao exercício do cargo deste (mesmo que indiretamente), deve representar, por escrito, por intermédio do seu chefe imediato, ao titular da sua unidade regional ou local em que é lotado (ou em que tem exercício, caso a unidade de exercício seja distinta da de lotação).

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 9º O servidor que tiver ciência de irregularidade no Ministério da Fazenda deverá, imediatamente, representar, por escrito, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal:*
> *I - ao titular da unidade do órgão, que deverá remeter a representação à respectiva corregedoria; ou*
> *II - diretamente à respectiva corregedoria.*
>
> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 5º O servidor que tiver ciência de irregularidade no serviço público deverá, imediatamente, representar, por escrito, ao titular da unidade, ou, no caso de representação contra o titular da unidade, remetê-la diretamente à unidade correcional competente, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.*
>
> *Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 4º O servidor que tiver ciência de irregularidade no serviço público deverá imediatamente representá-la, por escrito e pela via hierárquica, ao titular de sua unidade, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.*

E a regra, a rigor, se aplica indistintamente no caso específico de o representante ser servidor lotado no próprio sistema correcional: *a priori*, sua representação deve ser dirigida a seu chefe imediato, qual seja, o Chefe do Escor, na hipótese mais comum de o representante ser de Escor, ou ao Chefe de Divisão ou de Serviço e deste para o Corregedor, no caso de o servidor ser da Coger. Mas reconhece-se uma frequente mitigação desta leitura literal do ordenamento na RFB, desde a criação dos Grupos Nacionais (além do já mencionado GNI, citam-se aqui também o Grupo Nacional de Pareceristas - GNP, e o Grupo Nacional de Comissões - GNC). Embora os membros dos Grupos Nacionais não sejam neles lotados, uma vez que não são unidades regimentais, mantendo suas lotações na Coger e nos Escor, a praxe é de, por esterem desenvolvendo tarefas atribuídas pelos respectivos Coordenadores (sejam conduzindo procedimentos investigativos, sejam elaborando pareceres, sejam integrando comissões disciplinares), ao se depararem, no curso de tais trabalhos, com indícios de irregularidades funcionais, formularem representação àquela Coordenação, que não se confunde com via hierárquica do representante.

Verifica-se que, formalmente, abstraindo da exceção prática acima indicada, até este ponto, no foco institucional do presente interesse, o rito interno da RFB se coaduna com o regramento geral, previsto no parágrafo único do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990.

Demarcando o ponto em que o procedimento interno específico se diferencia do rito genérico previsto na mencionada Lei, a autoridade fiscal (ou administrativa) destinatária da

representação oriunda em sua própria unidade, por sua vez, deve tão somente encaminhar a peça que lhe foi remetida por servidor subordinado para o Chefe do Escor na respectiva Região Fiscal (RF), nos termos do § 1º do art 5º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, e do § 2º do art. 4º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020. Óbvio que quando o conhecimento do fato supostamente ilícito se origina na própria autoridade fiscal (ou administrativa), titular de unidade regional ou local, como um servidor em sentido lato, os mesmos comandos normativos acima impõem-lhe as obrigações de formular a representação e de encaminhá-la àquele Chefe do Escor.

> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 5º*
> *§ 1º O titular da unidade ou do órgão deve encaminhar a representação recebida ou, sendo quem primeiramente teve conhecimento da irregularidade, representar diretamente à unidade correcional competente.*
>
> *Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 4º*
> *§ 2º O titular da unidade deve encaminhar a representação recebida ou, caso tenha sido quem primeiramente tomou conhecimento da irregularidade, representar diretamente ao Escor, no âmbito da respectiva região fiscal.*

Como consequência das peculiaridades internas, verifica-se que, se a unidade onde a suposta ilicitude foi cometida e de onde partiu a representação não coincide com a unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do representado, esta vinculação hierárquica, em primeiro momento, resta irrelevante para a definição de a quem se dirige a representação (sobretudo se estiver em outra RF).

À vista dos naturais constrangimento e desconforto e até mesmo da possibilidade de obstrução de provas e de medidas de retaliação, conforme já mencionado em **2.3.1.2**, na hipótese de o representado ser uma autoridade intermediária e hierarquicamente superior ao representante na sua própria unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) mas sem ser o titular da unidade, a própria redação atualizada do inciso VI do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, passou a refletir a inadequação da manutenção do comando geral (de a representação dever ser encaminhada na via hierárquica de quem a formula, a partir de seu chefe imediato) e se harmoniza com a realidade fática, para permitir que o representante encaminhe sua peça para outra autoridade - que se recomenda, em princípio, que seja o titular da unidade ou qualquer outra, ainda em linha hierárquica, iniciada a partir da autoridade imediatamente acima daquela representada. Em positivação mais atualizada e detalhada, o § 1º do art. 4º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, excepciona a regra geral e estabelece que, neste caso de a representação ser cntra um superior do representante, a peça deve ser encaminhada para a autoridade hierarquicamente superior a este representado. Ademais, o *caput* do art. 5º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, acima já reproduzido, e o mesmo § 1º do art. 4º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, disciplinam a situação ainda mais específica de quando o representado é o titular da unidade, novamente mitigando a regra geral e autorizando expressamente a remessa da representação, por parte do representante, diretamente ao respectivo Escor da jurisdição de sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente).

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 116. São deveres do servidor:*
> *VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011);*
>
> *Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 4º*
> *§ 1º Caso o representado lhe seja hierarquicamente superior, o servidor deverá encaminhar a representação à autoridade imediatamente acima, ou diretamente ao Corregedor ou ao chefe do Escor da respectiva região fiscal, caso o representado seja o próprio titular da unidade.*

Neste rumo, com o fim de atender ao disposto nos incisos VI e XII e no parágrafo único do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, e à regulamentação imposta pelo *caput* do art. 4º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, quando o servidor representa diretamente à Coger, em regra, esta unidade central remete a provocação para o Escor da correspondente jurisdição apuratória, recomendando ainda que seja dada ciência da representação ao chefe imediato do representante.

Sob a ótica do representante, isto é o que por ora pode interessar: tendo ciência de suposta irregularidade funcional, cabe-lhe apenas encaminhar a representação em sua própria via hierárquica a partir de seu chefe imediato, até o titular da sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente). Já para todos os agentes intermediários na cadeia hierárquica, até o titular da unidade, cabe-lhes apenas dar o devido prosseguimento à peça original, a fim de fazê-la chegar, sem procrastinação e obstrução, aos titulares de unidades fiscais ou administrativas centrais, regionais ou locais acima exaustivamente listados, a quem cabe encaminhar à respectiva projeção regional do sistema correcional. Sendo esta a regra geral, a partir daí, na imensa maioria dos casos, esta própria estrutura especializada se incumbirá de dar a leitura jurídica adequada a quem cabe apreciar a representação e decidir o juízo de admissibilidade.

E, obviamente, já visando a este prosseguimento, em que o dever de representar traz em associado, de forma consecutiva, o dever de apurar, há uma lógica em o ordenamento interno determinar que as representações sejam canalizadas para o Escor da RF da unidade em que a peça é lavrada. Como não poderia ser diferente, o destino normatizado para as representações guarda relação com outro tema, qual seja, com a competência para apreciar representações em fase de admissibilidade e, consequentemente, arquivar o feito ou instaurar processo disciplinar. Embora não seja o interesse deste tópico adentrar na questão da competência emanadora de juízo de admissibilidade e, por conseguinte, instauradora na RFB, para para apresentar o dever complementar de apurar, se faz necessário aqui abordá-la, ainda que superficialmente e em termos genéricos, uma vez que será objeto de detalhada apresentação em **2.5.2** e em **4.2.1**.

O Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020, no inciso III do art. 354 e no inciso I do art. 356, ambos do seu Anexo I, contempla, de forma exclusiva, o Corregedor e os Chefes de Escor, todos *a priori* em âmbito nacional, com competência instauradora disciplinar. Apenas antecipe-se, sem entrar em detalhes, que, de acordo com o parágrafo único do mesmo art. 356 acima, a competência instauradora do Corregedor é residual, vinculada apenas a um grupo reduzido de servidores, em razão de seus cargos em comissão ou funções de confiança. No âmbito regimental, a regra geral é de a competência recair em qualquer Chefe de Escor, de forma indistinta nacionalmente.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 354. Ao Corregedor incumbe:*
> *III - instaurar ou avocar a instauração de procedimentos disciplinares, nos termos da lei;*
> *Art. 356. Aos Chefes dos Escritórios de Corregedoria (Escor) incumbe, no âmbito de todo o território nacional:*
> *I - instaurar ou avocar a instauração de procedimentos disciplinares, nos termos da lei;*
> *Parágrafo único. As atribuições previstas no inciso I do caput não abrangem os atos e fatos praticados pelo Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, Secretário Especial Adjunto, Subsecretário-Geral, Subsecretários, Coordenadores-Gerais e Especiais, Corregedor, Corregedor-Adjunto, Coordenador Disciplinar, Chefe de Gabinete, Chefes de Assessorias, Chefe de Centro de Estudos, Superintendentes e Superintendentes-Adjuntos da RFB, e pelos servidores que praticaram atos passíveis de apuração disciplinar nestas qualidades.*

Ainda em esfera regimental, a *contrario sensu*, os titulares das unidades fiscais ou administrativas estranhas ao sistema correcional, sejam de unidades centrais, sejam de unidade descentralizada de projeção regional ou local, tratando-se de matéria disciplinar (o que não se confunde com suas competências gerenciais e administrativas), não têm competência para apreciar representações que lhes são encaminhadas e muito menos para processar as apurações decorrentes de fatos de que eles próprios têm conhecimento (sem prejuízo de poderem realizar alguma instrução pertinente), devendo canalizar para o Escor da respectiva RF todas as notícias de supostos ilícitos disciplinares.

Considerando que mesmo as ocorrências iniciadas nas unidades fiscais ou administrativas seguem o encaminhamento acima, depreende-se que a RFB se enquadra na exceção apresentada em **2.3.1.1**, já que, no órgão, em harmonia com os Decretos nº 2.331, de 1º de outubro de 1997, e nº 9.745, de 8 de abril de 2019, a normatização regimental impõe que o dever de apurar ilícitos disciplinares não é exercido por autoridade fiscal ou administrativa ligada hierarquicamente ao representado, mas sim é concentrado exclusivamente nos Escor ou excepcionalmente na Coger. Diferentemente da regra geral estabelecida pela Lei nº 8.112, de 1990, na RFB, a exemplo dos órgãos que elaboram o tratamento concedido à matéria disciplinar, estabelecendo sistemas orgânicos especializados no tema (com o que a atenção principiológica à eficiência e ao interesse público anularia qualquer crítica de suposta ilegalidade de que se pudesse cogitar), o dever de apurar não se exerce em proximidade com o representado e, consequentemente, com o local de ocorrência da suposta ilicitude.

Na esteira da previsão regimental, os incisos II e III do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, de forma mais clara e sintética, apontam que o dever de apurar incumbe ao Corregedor apenas em face de Superintendentes e Superintendentes Adjuntos da Receita Federal do Brasil e a titulares de unidades centrais ocupantes de cargos em comissão ou de funções de confiança superiores à dos Chefes de Escor (a saber função de confiança Função Comissionada do Poder Executivo código FCPE-101.2) e recai, fora estas exceções, como regra geral, sobre aqueles Chefes, mas reportando a critérios estabelecidos pelo Corregedor para indicar exatamente a quem, dentre os dez, compete cada caso.

> *Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 2º A celebração do termo de ajustamento de conduta (TAC) de que trata a Instrução Normativa CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, e a instauração de sindicância disciplinar ou de PAD e o arquivamento destes em fase de admissibilidade competem:*
> *II - ao Corregedor, face a irregularidade praticada por servidor que ocupe cargos de Superintendente ou de Superintendente Adjunto da Receita Federal do Brasil, ou, no âmbito das Unidades Centrais da RFB, que ocupe função ou cargo de direção ou assessoramento superior ao do chefe de Escritório de Corregedoria (Escor), tanto à época dos fatos quanto à época da decisão, ou que tenha atuado em tais qualidades; e*
> *III - aos chefes de Escor, em todo território nacional, mediante critérios definidos em ato do Corregedor.*

Apenas com o fim de complementar a informação, ainda que superficial e sem detalhes, os critérios do Corregedor para definir o Escor competente para exarar o juízo de admissibilidade e, por conseguinte, para arquivar o feito ou para instaurar a devida apuração, o que, enfim, significa o destinatário do dever de apurar, em regra recai sobre o Chefe do Escor que jurisdiciona a unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do representado ao tempo da emissão do mencionado juízo, conforme o art. 4º da Portaria Coger nº 128, de 16 de outubro de 2020.

> *Portaria Coger nº 128, de 2020 - Art. 4º A competência para celebração de termo de ajustamento de conduta (TAC), para instauração de sindicância disciplinar e de PAD e para arquivamento em fase de admissibilidade, prevista no inciso III do caput do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, cabe ao*

Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor) que jurisdicione a unidade de lotação ou de exercício do servidor no momento da decisão.

Como consequência se extrai que, na tramitação interna dentro do sistema correcional, o padrão é de a representação, após ser recebida e ter o tratamento inicial em fase de admissibilidade, ao seu final, chegar às mãos do Chefe do Escor que jurisdiciona a unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do representado ao tempo desta decisão. Em outras palavras, vê-se que a remessa final da fase de admissibilidade para decisão a cargo do Corregedor é de ser tida como hipótese excepcional, já que sua competência instauradora é infralegalmente residual.

Pelo exposto, observa que, além de concentrar de forma integral o poder disciplinar no sistema especializado, tem-se ainda que, dentro desta estrutura, o regramento interno da RFB operou a descentralização das atividades correcionais, já que a regra geral é que o dever de apurar recaia sobre o Escor da RF de jurisdição da hierarquia do representado.

Em síntese, na RFB, a regra é de o dever de representar ser exercido na via hierárquica do representante (como também é a regra geral da Lei nº 8.112, de 1990), até o titular de sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) e de os deveres de analisar a representação e de apurar as supostas irregularidades, se for o caso, mediante instauração da instância disciplinar, recaírem sobre o Chefe do Escor da jurisdição da unidade de lotação do servidor representado (ou da jurisdição da sua unidade de exercício, se diferentes tais jurisdições), ao tempo da decisão de instaurar ou de arquivar o feito. Mas pode haver situações excepcionais para o exercício desta competência, que serão abordadas em **3.2.2.1** e em **3.2.2.2**.

Ressalte-se que, embora o presente tópico tenha concentrado sua argumentação em torno especificamente da representação funcional, objeto de dever estatutário do servidor, parte da instrumentalização aqui mencionada também se aplica, no que cabível e mediante ajustes sobre a forma de entrada, nos termos da Portaria ME/SE nº 21.527, de 29 de setembro de 2009, às demais formas de notícia de irregularidade que se apresentam à Administração e que, em termos gerais, podem receber a conceituação de denúncias, conforme melhor se abordará em **2.4.2**. Obviamente, no sentido lato do termo, as denúncias decorrem de livre iniciativa de quem quer que seja, não se confundindo com dever legal de servidor. Assim, do presente tópico, aproveita-se para as denúncias o que se expôs acerca do destinatário final da fase de admissibilidade (ou seja, como regra o Chefe de Escor ou excepcionalmente o Corregedor), para decidir pelo arquivamento do feito ou pela instauração do processo disciplinar e também acerca do dever de apurar.

Aliás, neste ponto, a despeito do dever legal de representar - que, por óbvio, subentende a identificação pessoal do representante -, não se extrai do agente público a possibilidade de, seja lá qual for o motivo, optar pelo anonimato. Assim, não raro o servidor dá azo à sua indignação diante do conhecimento de ilicitude ao mesmo tempo se preservando. Neste rumo, as garantias que o Decreto nº 10.153, de 3 de dezembro de 2019, mencionado em **2.4.2**, concede, como medidas de proteção ao denunciante em sentido lato de boa-fé, a exemplo do anonimato, também devem ser asseguradas ao servidor.

2.3.3 - A Necessária Cautela no Cumprimento dos Deveres de Representar, de Encaminhar a Representação e de Apurar as Irregularidades

Não obstante figurar como mandamento a que se vinculam todos os agentes públicos, nada impede destacar que os servidores de maneira geral devem ter discernimento para não contaminarem o específico, reservado e residual dever legal de representar por saber de irregularidade funcional cometida no âmbito da Administração com seus meros entendimentos individuais acerca de forma de condução das atividades administrativas que

não configuram irregularidades e muito menos para a satisfação de interesses meramente pessoais.

Ainda que o servidor, lícita e validamente, tenha um determinado entendimento pessoal acerca de algum tema de trabalho ou de atuação pública e que reste divergente do entendimento que outro servidor ou autoridade pratique ou manifeste para aquele mesmo assunto, isto não necessariamente faz cair sobre o primeiro agente o dever de representar e muito menos deve motivá-lo a tanto, pois o contexto aqui traçado não é sinônimo de ter conhecimento de suposta irregularidade funcional. Destacadamente no campo de atuação funcional inerente à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), que é essencialmente jurídico, subjetivo e inexato, a mera divergência de entendimentos e de interpretações, mais do que não perfazer necessariamente irregularidade de parte do agente destoante, soa até mesmo como natural e compreensível.

Também não deve provocar a conduta comissiva do servidor, no sentido de formular representação funcional invocando o dever legal em tela, a percepção de pequenos atos cotidianos da convivência a que são submetidos os agentes localizados em uma mesma unidade. Há de se ter um temperamento e de se adotar uma flexibilização dos valores e hábitos individuais, a fim de não confundir, como se irregularidades funcionais fossem, as discordâncias ou até mesmo os desconfortos decorrentes da mera forma comportamental de outrem. Ainda que aquele servidor passível de representação seja um agente público e, como tal, submetido a regras estatutárias, não é possível dissociar, fragmentar e isolar esta sua condição momentânea de seus aspectos e características pessoais e inerentes à sua natureza humana (sabidamente multifacetada e pulverizada de forma indescritível por infinitas nuances individuais). Em outras palavras, é de se ter tolerância com as diferenças comportamentais, culturais, posturais, ideológicas e sociais de cada um e não dar-lhes indevido caráter infracional a ponto de se sentir na obrigação de representar. Pequenos deslizes e divergências, frente à convenção de cada um acerca do que é esperado em termos de relação interpessoal, laboral e social a que são obrigados os servidores pela forçada e involuntária convivência no ambiente de trabalho (seja presencial ou mesmo remoto), não impõem o dever de representar.

Menos ainda se pode cogitar da nefasta intenção de um servidor em se utilizar do grave e constrangedor instrumento da representação com o único fim de atormentar, desequilibrar, incomodar outro servidor ou autoridade por quem nutre uma relação de antipatia. É preciso alertar a este servidor impulsivo que a representação pode vir a se configurar no ato inaugural e deflagrador de uma severa e onerosa instância processual, cujo emprego se delimita às estritas previsões legais de busca do reequilíbrio interno após um infrator ter cometido ato irregular, e que em nada se confunde com satisfação de suas aleivosias e leviandades.

Neste ponto, o mais conflituoso é reconhecer que, afora casos extremados de graves deslealdade institucional e imoralidade administrativa, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, não previu, de forma imediata e clara, possível repercussão disciplinar contra este representante que move a máquina pública e tenta atingir um outro servidor desafeto apenas para satisfação de interesses pessoais, conforme já se detalhou em **2.3.1.2**. Aqui, talvez, nem caiba crítica ao legislador, pois é aceitável presumir que a omissão tenha sido intencional e não por mero descuido. É viável interpretar que a Lei, já presumindo que o ato de representar traz sempre em si uma parcela natural e salutar de refração interna, não tenha mesmo desejado deixar possibilidade de a iniciativa de representar, por parte daquele que cogita de saber de alguma irregularidade, pudesse voltar-se ou ser usada contra si mesmo. Por mais frustrante que possa ser para aquele que foi objeto de uma representação infundada, é possível enxergar esta inteligência não desestimuladora na omissão legal.

Da mesma forma, as autoridades regionais ou locais, os titulares de unidades fiscais ou administrativas, devem atentar para não confundir os mandamentos embutidos no § 2º do art.

4º da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, que dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da RFB, de encaminhar ao respectivo Escritório de Corregedoria (Escor) notícias de supostas irregularidades com a sua ampla competência regimental, que as incumbe de uma imensa gama de atos de supervisão técnica e de gerência e de administração de pessoal. Estas suas competências de exercício cotidiano não devem ser substituídas e antecipadas pela residual competência disciplinar, de aplicação muito específica.

Não raro, chegam ao gabinete da autoridade reclames e queixumes sobre as questões mencionadas nos parágrafos acima, acerca de meras divergências entre subordinados, sejam técnicas sobre temas de trabalho, sejam de posturas comportamentais. É de se incentivar que o gestor regional ou local tenha o claro discernimento de que a obrigação funcional de encaminhar peças ao Escor refere-se à parcela não cotidiana de notícias que tratem da excepcional e da residual possibilidade de cometimento de infração estatutária, o que requer ao menos indícios de materialidade de conduta irregular. Os fatos que podem encontrar solução dentro da ampla gama de estratégia de resolução de conflitos interpessoais - sejam de viés comportamental, sejam de discordância técnica - devem ser absorvidos por este gestor regional ou local.

Esta autoridade deve ser capaz, por si só, apesar das reconhecidas lacunas de infraestrutura e de recursos materiais e de pessoal, de dar a solução técnica ou gerencial que o caso não disciplinar reclama, seja resolvendo ou encaminhando a questão fiscal para instância competente, seja atuando como gestor de pessoas na decisão da melhor alocação de sua força de trabalho, seja ainda na simbiose das duas atuações, impondo a seu quadro de subordinados parâmetros mínimos de comprometimento e de comportamento, de presença e de dedicação. Neste aspecto, assume relevância a rede de valorização e qualidade de vida no trabalho e as técnicas de acolhimento e de mediação de conflitos, detalhadas em **3.2.3.3**. Não cabe a este gestor simploriamente suprimir etapa e se omitir de suas tarefas e responsabilidades técnico-gerenciais - por mais árduas e pouco aparelhadas que se reconheça - e queimar etapa promovendo de forma imediata e precipitada a questão, que é de sua alçada mais ordinária, para a constrangedora apreciação disciplinar do sistema correcional especializado.

Adotando aqui um discurso até extremamente pragmático, realista e extralegal, chega-se ao ponto de se estimular que esta autoridade regional ou local chame para si a responsabilidade de dirimir e solucionar conflitos pontuais, fazendo-se valer do fato presumível de ser ele bom conhecedor da técnica da matéria-fim, das peculiaridades e dos costumes locais e das características pessoais de seu grupo de subordinados. Obtém-se defesa na base principiológica reitora para a autoridade fiscal ou administrativa que, ao receber uma peça, da lavra de subordinado, em que se relata fato inserido em sua competência fiscal ou ou fato atinente às suas competências de gestor de pessoal ou ainda fato completamente dissociado do exercício do cargo do representado, assuma a postura de não atribuir valor correcional para remeter a provocação inócua ao respectivo Escor e que busque dar a devida solução interna, seja técnica, seja gerencial. Conforme se aduzirá em **3.2.3.3**, as sutilezas dos aspectos comportamentais humanos e as matérias atinentes à gestão de pessoas e à matéria-fim fiscal, como regra geral, salvo casos excepcionais de contornos peculiares de gravidade, não comportam materialidade infracional e não devem suscitar provocações ao sistema correcional.

Para isto, ainda que a peça tenha sido intitulada como “representação” por seu autor, diante da relevância a se atribuir à economia de ação e à não vulgarização da intervenção correcional, no sentido lato desde o primeiro tratamento a ser dado a uma peça daquela espécie, é justificável e defensável que a autoridade fiscal ou administrativa se encoraje a fazer uma superficial apreciação de conteúdo antes de, de forma automática e acrítica, dar-lhe tratamento correcional. Embora não seja obrigatório, também não é vedado que esta

autoridade proceda a mínimas averiguações e arguições daquilo com que lhe provoca o representante, levando em conta o conhecimento que possui sobre a técnica e sobre culturas e pessoas, talvez melhor que o próprio Chefe do Escor. Na sequência, a autoridade regional ou local pode encaminhar a peça ao Escor fazendo-se acompanhar de diligências ou de manifestações propositivas. Na situação mais extrema, diante de inequívoca ausência de indícios de materialidade de infração disciplinar, sendo indubitavelmente o fato representado inserido em qualquer outra instância jurídica ou social, pode esta autoridade, a despeito do título do documento e da base legal invocada, dar o tratamento gerencial definitivo que merece, sem remeter ao Escor.

Ademais, neste terreno de fronteiras reconhecidamente frágeis em que se caminha por ora, pode-se até cogitar da hipótese de, diante de notícia de intenção de algum subordinado em provocar a autoridade regional ou local com representação sobre fato em que equivocadamente o representante enxerga possibilidade de repercussão disciplinar e que nem sequer solução de outras instâncias merece, pode este titular, no limite do bom Direito e do respeito às convicções alheias tentar convencer do total despropósito e do inequívoco fracasso daquela iniciativa, demovendo-o de lavrar a inadequada provocação da instância correcional. Com extrema e máxima cautela de lidar com o risco de parecer obstruir o direito de representar e de tentar ocultar ou proteger suposta ilicitude de outrem, pode o mesmo tipo de positiva e construtiva persuasão ser tentada até mesmo com a peça já lavrada e encaminhada ao gabinete, antes de lhe dar o trato qualificado de uma representação merecedora da apreciação correcional.

Sem jamais se cogitar de incentivo à omissão e muito menos à impunidade, este conjunto de ações a cargo da autoridade regional ou local, exercitado de forma contínua e coerente, desemboca na percepção de uma linha uniforme de atuação e, por fim, gera o positivo efeito de desestimular iniciativas de servidores no sentido de formularem representações inócuas, irrazoáveis, inadequadas e despropositadas, que oneram material e imaterialmente a Administração, causando desvio de força de trabalho e impactando o equilíbrio interno da unidade. Mais que isto, não só na coerência das atitudes, mas até mesmo na exposição do discurso, cabe ao titular de unidade fiscal ou administrativa desestimular o emprego indevido do constrangedor instrumento da representação.

Obviamente, as posturas econômicas que aqui se defendem dizem respeito, quanto ao representante, à iniciativa de formular a representação e em encaminhá-la ao titular da unidade local ou regional; quanto a esta autoridade, o não envio ao Escor condiciona-se à total certeza de solução não disciplinar para o caso e preferencialmente contando com a aquiescência do representante. De outro lado, uma vez recebida uma representação formalizada, por escrito, por mais inócua que lhe pareça, não tendo surtido efeito a tentativa de persuadir o representante, falece competência a qualquer servidor ou autoridade para não lhe dar o devido impulso, remetendo-a ao Chefe do respectivo Escor. Do contrário, em contexto de incerteza e de insegurança e diante de um representante refratário, convém se preservar a não se expor a risco, dando-se o adequado tratamento correcional, remetendo ao Escor (sem prejuízo de juntar uma manifestação opinativa), pois aquele autor pode vir a formular uma segunda representação, agora contra quem não deu o prosseguimento à sua primeira peça.

Por fim, tendo sido vencidos todos os salutares graus de refração e de economia de ação acima descritos, tendo chegado a representação à autoridade correcional, a esta cabe exercitar seu poder-dever com extremado bom senso, conforme por reiteradas vezes se reforçará, sobretudo ao longo de todo o extenso e detalhado tópico em que se abordará a relevante decisão de arquivar o feito ou de instaurar o processo disciplinar, a que se denomina juízo de admissibilidade, em **2.5**. O dever de instaurar o processo disciplinar, à vista da notícia de suposta irregularidade, é cumprido sem precipitação ou impulsividade, sem jamais

confundir o oneroso e residual rito disciplinar com o foro para o levantamento de procedência mínima da representação. Embora à margem da determinação legal, o dever de determinar a apuração é postergado, sendo antecedido, de forma cautelosa e conservadora, por todo um procedimento investigativo o mais exaustivo possível, na busca não só da materialidade representada mas também da autoria, sem as quais não se instaura. Mais que isto, em qualquer momento de sua aplicação, jamais se deve perder de vista que a matéria correcional deve ser compreendida com reserva e com cautela, de emprego residual (o que não significa omissão, negligência ou condescendência), mas tão somente nas hipóteses e propósitos elencados na lei.

Em suma, não se deve vulgarizar os institutos da representação e do processo disciplinar, pois ambos não se coadunam com o emprego banalizado, seja para questões eivadas de vieses de pessoalidade, seja para pequenas questões técnico-gerenciais sem aspecto disciplinar. Ademais, a síntese de tudo o que foi exposto acima, com inegável extensão de interpretações, é que, se, de um lado, inequivocamente operam os deveres de qualquer agente público representar, de as autoridades intermediárias encaminharem a representação até chegar à respectiva autoridade com competência instauradora e esta determinar a apuração disciplinar, por outro lado não é menos verdade que toda construção hipotética e fria na lei comporta e se aperfeiçoa com o dinamismo de uma salutar leitura ponderada pelo bom senso.

E tudo o que acima foi exposto também se aplica ao recebimento de denúncia recebida formulada por particular.

2.4 - AS FORMAS DE NOTICIAR IRREGULARIDADES À ADMINISTRAÇÃO

Muitas são as formas pelas quais a Administração toma conhecimento de supostas irregularidades, variando desde provocações recebidas de agentes públicos ou privados, passando por notícias de mídia e até por resultados de trabalhos investigativos internos.

Como desencadeadores deste último tipo de atuação disciplinar, mais especificamente através do Grupo Nacional de Investigação (GNI), apontam-se, sob enfoque restritivo e a título de exemplos, os resultados de auditorias correcionais, sempre originadas internamente e deflagradas de ofício, de forma autônoma e independente de provocação recebida de agente estranho, com o fim de identificar indícios de irregularidades, e também os resultados de procedimentos correcionais investigativos que tenham sido instaurados por iniciativa própria do sistema correcional, com o fim de sedimentar indícios em elementos informativos de de infrações.

No primeiro grupo, de desencadeadores externos ao sistema correcional, desponta a representação funcional, cujo dever de elaboração e instrumentalidade de seu cumprimento já foram mencionados em **2.3.1** e em **2.3.2** e cuja forma de se redigir se descreverá em **2.4.1**. Este tipo de notícia, que se sintetiza como a peça escrita por um servidor relatando o conhecimento de cometimento de suposta irregularidade, é apenas uma das espécies de se fazer chegar à Administração tal provocação de agir - e ainda pode ser tida como uma das mais frequentes formas de provocação de atuação correcional.

No âmbito específico da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), apesar dos crescentes incentivos, investimento e dedicação a favor das atividades investigativas de ofício, o fato de a representação ainda figurar como forma comum de provocação da atuação correcional merece atenção. De um lado, é natural que o corpo funcional se retraia diante de uma atuação reconhecidamente de natureza punitiva e que não a queira ver ser empregada de forma banalizada, exagerada, precipitada e invasiva e menos ainda quer ele mesmo fomentar esta atuação irrazoável. Mas, de outro lado, detectar que o

próprio conjunto de servidores, em quantidade significativa, provoca e chama a atuação do sistema correcional é um inequívoco indicador do grau de amadurecimento institucional e sobretudo da credibilidade da matéria em si e em especial da Corregedoria (Coger) e dos Escritórios de Corregedoria (Escor).

Ademais, podem também ser somadas ao rol das notícias deflagradoras da atuação correcional as representações oficiadas por outros órgãos ou entidades públicos (Poder Judiciário, Ministério Público Federal - MPF, Polícia Federal - PF, Controladoria-Geral da União - CGU, Corregedoria do Ministério da Economia - Coger-ME, Comissão de Ética Pública da Presidência da República - CEP-PR, Comissões de Ética do ME e da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - CE-ME e CE-RFB, etc); as denúncias apresentadas por contribuintes e por particulares em geral, pessoalmente ou por intermédio da Ouvidoria-Geral da União (CGU/OGU), da Ouvidoria do ME ou da Ouvidoria da RFB; as notícias veiculadas na mídia e até as denúncias anônimas.

Diante deste amplo espectro de origem, a notícia da suposta irregularidade pode chegar à autoridade instauradora não só com diferentes graus de detalhamento e de refinamento mas também já protocolizada ou não como um processo administrativo. Se a peça inicial chega à autoridade instauradora ainda não protocolizada, deve-se determinar a protocolização no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) antes da fase de admissibilidade.

2.4.1 - Representação

Formalmente, a expressão "representação funcional" (ou, simplesmente, "representação"), conforme introduzido em **2.3.1**, refere-se à peça escrita formulada por servidor, como cumprimento de dever legal de informar à Administração o seu conhecimento, advindo das suas atribuições funcionais, de suposta irregularidade, de qualquer natureza (estatutária ou não), cometida por qualquer agente público (ou até particular) ou de suposto ato ilegal, omissivo ou com abuso de poder, cometido por autoridade. Abstraindo do foco de interesse a representação em face de conduta cometida por particular, o sentido mais estrito de representação se condiciona ao relato de conduta funcional tida como ilícita e que guarde algum grau de correlação (ao menos indireta) com o cargo que o representado ocupa.

O dever de representar encontra previsão vinculante nos incisos VI e XII e no parágrafo único do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com leitura complementar em **4.7.2.6** e em **4.7.2.12**, cujo enfoque é a responsabilização decorrente do seu descumprimento. Em espécie, este dever de representar também abarca a formalização da peça escrita, por parte da própria autoridade superior, de conhecimento de suposta ilicitude cometida por subordinado, em razão do direto exercício do poder hierárquico.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 116. São deveres do servidor:*
> *VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011);*
> *XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.*
> *Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.*

Recapitulando de forma bastante sintética a instrumentalização do dever legal de representar, já apresentada em **2.3.2**, seguindo as especificidades internas, nos termos do *caput* do art. 5º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, e do *caput* e do § 2º do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, que dispõem sobre a apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Economia (ME) como

um todo e especificamente da RFB, a representação deve ser formulada na via hierárquica do representante, a partir de seu chefe imediato, até o titular de sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente), a quem incumbe encaminhar ao Chefe do Escritório de Corregedoria (Escor) da respectiva Região Fiscal (RF); ou, simplesmente, caso seja formalizada pelo próprio titular da unidade, cabe-lhe remeter diretamente ao Chefe do Escor. E, na linha de exceção prevista no § 1º do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, se o representante cogita de alguma autoridade da sua via hierárquica estar direta ou indiretamente envolvida com os fatos noticiados, pode, nesta hipótese, dirigir sua peça à autoridade hierarquicamente superior ao seu foco de desconfiança e, caso o representado seja justamente o titular de sua unidade de lotação (ou de exercício), este comando e o art. 5º da Portaria MF nº 42, de 2013, permitem o encaminhamento diretamente ao Chefe do Escor ou até ao Corregedor.

> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 5º O servidor que tiver ciência de irregularidade no serviço público deverá, imediatamente, representar, por escrito, ao titular da unidade, ou, no caso de representação contra o titular da unidade, remetê-la diretamente à unidade correcional competente, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.*
>
> *Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 4º O servidor que tiver ciência de irregularidade no serviço público deverá imediatamente representá-la, por escrito e pela via hierárquica, ao titular de sua unidade, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.*
> *§ 1º Caso o representado lhe seja hierarquicamente superior, o servidor deverá encaminhar a representação à autoridade imediatamente acima, ou diretamente ao Corregedor ou ao chefe do Escor da respectiva região fiscal, caso o representado seja o próprio titular da unidade.*
> *§ 2º O titular da unidade deve encaminhar a representação recebida ou, caso tenha sido quem primeiramente tomou conhecimento da irregularidade, representar diretamente ao Escor, no âmbito da respectiva região fiscal.*

Se, nos dois tópicos antecedentes já mencionados acima, se descreveu materialmente o dever de representar e a forma de cumpri-lo, sob ótica do representante, desde sua vinculação genérica em lei até suas peculiaridades específicas na RFB, o que se busca descrever no presente tópico, evitando-se superposição ou repetição, são os critérios de conhecimento da representação, sob ótica da autoridade correcional. Em outras palavras, busca-se agora apresentar as informações mínimas que devem constar da peça em si da representação, de acordo com exigências normativas.

A Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito ME, e as já citadas Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, e Portaria RFB nº 4.505, de 2020, estabelecem (respectivamente, nos §§ 1º e 2º do art. 9º; nos §§ 2º a 4º do art. 5º; e nos §§ 3º a 5º do art. 4º) os mesmos requisitos de validade para a representação: identificação do representante e do representado bem como a indicação precisa da suposta irregularidade (associada ao exercício do cargo), dos indícios ou elementos informativos já disponíveis e das eventuais testemunhas.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 9º*
> *§ 1º A representação funcional de que trata este artigo deverá:*
> *I - conter a identificação do representante e indícios suficientes que permitam a identificação do representado, além de indicação do fato que, por ação ou omissão do representado, em razão do cargo, constitui ilegalidade, omissão ou abuso de poder;*
> *II - vir acompanhada das provas ou indícios de que o representante dispuser ou da indicação dos indícios ou provas de que apenas tenha conhecimento; e*
> *III - indicar as testemunhas, se houver.*
> *§ 2º Quando for genérica ou não indicar nexo de causalidade entre o fato e as atribuições do cargo do representado, a representação poderá ser devolvida ao*

representante para que este preste os esclarecimentos adicionais indispensáveis para subsidiar o exame e a decisão da autoridade competente quanto à instauração de procedimento correcional.

Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 5º
§ 2º A representação funcional de que trata este artigo deverá:
I - conter a identificação do representante e do representado e a indicação precisa do fato que, por ação ou omissão do representado, em razão do cargo, constitui ilegalidade, omissão ou abuso de poder;
II - vir acompanhada das provas ou indícios de que o representante dispuser ou da indicação dos indícios ou provas de que apenas tenha conhecimento; e
III - indicar as testemunhas, se houver.
§ 3º Quando a representação for genérica ou não indicar nexo de causalidade entre o fato e as atribuições do cargo do representado, deverá ser devolvida ao representante para que preste os esclarecimentos adicionais indispensáveis para subsidiar o exame e a decisão da autoridade competente quanto à instauração de procedimento disciplinar.
§ 4º Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a representação será arquivada por falta de objeto.

Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 4º
§ 3º A representação funcional de que trata este artigo deverá ser instruída com:
I - a identificação do representante e do representado;
II - a indicação precisa do fato que, por ação ou omissão do representado, em razão do cargo, constitui em tese ilegalidade, omissão ou abuso de poder;
III - as provas ou os indícios de que o representante dispuser, ou a indicação dos indícios ou das provas de que apenas tenha conhecimento; e
IV - a indicação das testemunhas, se houver.
§ 4º Nos casos em que a representação for genérica ou não indicar nexo de causalidade entre o fato e as atribuições do cargo do representado, poderá ser devolvida ao representante para que este preste os esclarecimentos adicionais indispensáveis para subsidiar o exame e a decisão da autoridade competente quanto à instauração de procedimento disciplinar.
§ 5º Nos casos em que o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a representação será arquivada por falta de objeto.

Em princípio, estes seriam os conectivos mínimos ou critérios para ao menos se dar início à fase de admissibilidade a redundar no exame a cargo da autoridade instauradora, em que se manifesta a decisão de arquivar o feito ou de instaurar a via administrativa disciplinar, e também, quando é o caso, para posteriormente propiciar ao representado conhecimento preciso das acusações que inicialmente lhe foram dirigidas e que deram ensejo ao processo disciplinar, como forma de lhe assegurar a mais ampla defesa.

Embora a leitura imediata da literalidade da mencionada normatização indicasse tais requisitos para que a representação se mostrasse hábil para justificar a instauração do processo disciplinar, com a evolução da aplicação do Direito Administrativo Disciplinar, poupando-se de banalizar sua ação, elabora-se a construção de que tais elementos, por si sós, ainda insuficientes para a deflagração de uma residual instância punitiva, migram para serem tomados como requisitos essenciais ao simples conhecimento da notícia. A ausência de subsídios tão básicos e elementares, antes de causar a não instauração do processo disciplinar, já pode redundar no imediato arquivamento da peça sem desencadear a fase de admissibilidade, como se, em um estágio antecedente, nem sequer se desse o conhecimento da representação. No grau de elaboração atual, a presença de tais elementos não é suficiente para instaurar processo disciplinar.

Mas, por outro lado, compensando a exigência de elementos mínimos para validade de uma representação, ainda sob viés teórico, é possível afirmar que bastaria àquela peça se

reportar tão somente a fatos, descrevendo os indícios de materialidade e de autoria, abstraindo-se de precipitadamente tentar enquadrar o caso nas capitulações legais de infrações e muito menos de cogitar da penalidade.

Não obstante tudo o que acima se expôs, observando-se a finalidade da norma (e não apenas seu texto), pode-se deflagrar a fase de admissibilidade ainda que falte algum dos requisitos formais acima, quando houver, por outro lado, a indicação precisa do fato e dos respectivos elementos informativos.

Mas o que de forma alguma se releva é a apresentação apenas verbal da ciência de irregularidade. Pela própria descrição dos conectivos mínimos nas normas acima, depreende-se sua condição inequívoca e inexoravelmente escrita. O relato verbal, diante da autoridade competente, de cometimento de irregularidade disciplinar deve sempre ser reduzido a termo, pois é elemento formal essencial que a peça materialize-se em documento por escrito.

2.4.2 - Denúncia

Já o termo "denúncia" pode comportar dois sentidos. O primeiro, mais abrangente, teria o valor em gênero de todas as notícias de irregularidades, englobando a espécie das representações (como, a rigor, parece ser o emprego adotado na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, destacadamente no *caput* do seu art. 144). O segundo sentido, mais estrito, diferenciado da representação, refere-se exclusivamente à peça apresentada por particular, noticiando à Administração o suposto cometimento de irregularidade por servidor, associada ao exercício do cargo ocupado por este agente público denunciado. Apenas por uma questão didática, de deixar claro a origem da notícia de irregularidade a que se fará referência neste texto, aqui se empregará o termo "denúncia" com o segundo enfoque, mais restrito, não abrangente mas sim complementar em relação às representações, como as notícias de irregularidades trazidas por particulares.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 144. As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade.*

Quanto à formalidade, na regra geral da Administração Pública federal, conforme o já mencionado *caput* do art. 144 da Lei nº 8.112, de 1990, exige-se apenas que as denúncias sejam identificadas e apresentadas por escrito, de forma que a notícia apresentada verbalmente deve ser reduzida a termo pela autoridade competente.

Em termos formais de positivação, pode-se dizer que os critérios mínimos de conhecimento de uma denúncia residem na lista de parâmetros elencados nos §§ 1º e 2º do art. 9º da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Economia (ME), nos §§ 2º a 4º do art. 5º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, e nos §§ 3º a 5º do art. 4º da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, que dispõem sobre a apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos âmbito da Pasta como um todo e especificamente da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), já reproduzidos em **2.4.1**.

Assim, de forma similar, aqueles parâmetros exigidos no *caput* do art. 144 da Lei nº 8.112, de 1990, somados aos parâmetros das três normas acima (Portarias MF, Coger-MF e RFB) - quais sejam, a descrição clara, objetiva e circunstanciada da suposta irregularidade, a identificação do denunciado e do denunciante e a apresentação dos elementos informativos, inclusive testemunhais, e dos indícios - devem ser tomados em conjunto não como requisitos deflagradores de imediata instauração de processo disciplinar, mas sim como conectivos mínimos para o conhecimento da denúncia.

Também analogamente ao exposto para representação, não se exige que a denúncia

enquadre o fato e muito menos proponha pena ao denunciado e também pode se aceitar a deflagração de trabalhos investigativos em decorrência de uma denúncia que não contenha todos os elementos, à vista de fatos relevantes denunciados.

Pelo exposto, para o enfoque aqui adotado para o instituto da denúncia, *a priori*, no que cabível, adotam-se os mesmos entendimentos já emanados em **2.3.2** e em **2.4.1**, em que se abordaram a competência para receber representações e seus requisitos *a priori* básicos de sua aceitabilidade, no âmbito da RFB, uma vez que, conforme se aduzirá em **2.5**, os procedimentos para emissão de juízo de admissibilidade são praticamente idênticos para provocações oriundas tanto de servidores quanto de particulares.

Mas a denúncia possui um regramento próprio para sua instrumentalidade. Pode-se dizer que, de certa forma, o ordenamento tem se dedicado a estimular a apresentação de denúncias por particulares acerca de irregularidades, das mais diversas naturezas, na Administração Pública, ao mesmo tempo em que tem demonstrado preocupação com a proteção e com a preservação da identidade do denunciante. Neste sentido, diversas normas, desde leis, decretos e por fim portarias, foram editadas com estes fins, por vezes até com algum grau de superposição. Aqui, para os objetivos deste texto, mais do que as construções genéricas das leis e dos decretos, importam com maior relevância as suas regulamentações no âmbito de portarias administrativas.

Neste foco, iniciando pela regulamentação mais genérica, primeiramente é de se mencionar que a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, ao tratar da participação, proteção e defesa dos direitos dos usuários dos serviços públicos, definiu, nos incisos I, II e V do art. 2º e no art. 9º, que estes podem apresentar manifestações perante a Administração Pública, como gênero em que se incluem, dentre outras espécies (reclamações, sugestões e elogios), as denúncias acerca de conduta de servidores. A Lei ainda estabeleceu, no *caput* e nos §§ 2º e 7º do art. 10, que tais provocações devem ser dirigidas à unidade de ouvidoria do órgão ou entidade, com identificação do usuário protegida com restrição de acesso, sendo vedada a exigência de indicação dos motivos das manifestações apresentadas. E o inciso VI do art. 13 da mesma Lei disciplinou que compete às unidades de ouvidorias, além de receber as manifestações dos usuários dos serviços públicos, fazer uma análise prévia de seu conteúdo, a fim de identificar a quem compete serem encaminhas e acompanhar o tratamento e a conclusão dadas.

> *Lei nº 13.460, de 2017 - Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:*
> *I - usuário - pessoa física ou jurídica que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, de serviço público;*
> *II - serviço público - atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública;*
> *V - manifestações - reclamações, denúncias, sugestões, elogios e demais pronunciamentos de usuários que tenham como objeto a prestação de serviços públicos e a conduta de agentes públicos na prestação e fiscalização de tais serviços.*
> *Art. 9º Para garantir seus direitos, o usuário poderá apresentar manifestações perante a administração pública acerca da prestação de serviços públicos.*
> *Art. 10. A manifestação será dirigida à ouvidoria do órgão ou entidade responsável e conterá a identificação do requerente.*
> *§ 2º São vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da apresentação de manifestações perante a ouvidoria.*
> *§ 7º A identificação do requerente é informação pessoal protegida com restrição de acesso nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 .*
> *Art. 13. As ouvidorias terão como atribuições precípuas, sem prejuízo de outras estabelecidas em regulamento específico:*
> *VI - receber, analisar e encaminhar às autoridades competentes as*

> *manifestações, acompanhando o tratamento e a efetiva conclusão das manifestações de usuário perante órgão ou entidade a que se vincula; e*

Posteriormente, em linha similar, a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, estabeleceu, em seus arts. 4º-A e 4º-B, que a Administração Pública deve manter unidades de ouvidoria e de correição que recebam relatos de irregularidades administrativas ou penais (crimes contra a Administração Pública) e que preservem a identidade do autor.

> *Lei nº 13.608, de 2018 - Art. 4º-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse publico. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019)*
> *Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *Art. 4º-B. O informante terá direito à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *Parágrafo único. A revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao informante e com sua concordância formal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Na regulamentação da Lei nº 13.460, de 2017, o Decreto nº 9.492, de 5 de setembro de 2018, instituiu, nos seus arts. 4º e 6º, o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal (SisOuv), responsável pelo tratamento das manifestações de usuários de serviços públicos e que tem como órgão central a Controladoria-Geral da União (CGU) e como unidades setoriais as ouvidorias dos órgãos e entidades.

> *Decreto nº 9.492, de 2018 - Art. 4º Fica instituído o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal, com a finalidade de coordenar as atividades de ouvidoria desenvolvidas pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal a que se refere o art. 2º.*
> *Art. 6º Integram o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal:*
> *I - como órgão central, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, por meio da Ouvidoria-Geral da União; e*
> *II - como unidades setoriais, as ouvidorias dos órgãos e das entidades da administração pública federal abrangidos por este Decreto e, na inexistência destas, as unidades diretamente responsáveis pelas atividades de ouvidoria.*

O Decreto nº 9.492, de 2018, no *caput* do art. 16, detalhou que a via eletrônica de preferencial apresentação das manifestações deve ser a Plataforma Integrada de Ouvidoria e Acesso à Informação (Fala.BR). Esta plataforma foi formada quando o Sistema Nacional Informatizado de Ouvidorias (e-Ouv) foi integrado ao já pré-existente Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC, disponibilizado pela CGU em seu sítio eletrônico).

> *Decreto nº 9.492, de 2018 - Art. 16. As manifestações serão apresentadas, preferencialmente, em meio eletrônico, por meio da Plataforma Integrada de Ouvidoria e Acesso à Informação - Fala.BR, de uso obrigatório pelos órgãos e pelas entidades de que trata o art. 2º. (Redação dada pelo Decreto nº 10.890, de 9 de dezembro de 2021)*
> *§ 2º Na hipótese de recebimento da manifestação em meio físico, a unidade setorial do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal promoverá a sua digitalização e a sua inserção imediata na Fala.BR, observado o disposto*

no caput. (Redação dada pelo Decreto nº 10.890, de 2021)

No detalhamento da instrumentalidade, o *caput* e o § 1º do art. 18 e o art. 22, ambos do Decreto nº 9.492, de 2018, estabelecem que compete às unidades de ouvidoria fazer uma análise prévia das manifestações, antes de encaminhá-las para área competente, e que, no prazo de trinta dias, prorrogável por igual período, deverão notificar o usuário da decisão tomada acerca de sua provocação. No caso específico de denúncias, esta análise prévia consiste em avaliar se a peça merece ser conhecida ou liminarmente arquivada, dependendo de conter ou não elementos mínimos descritivos de irregularidade, e a notificação ao usuário consiste em informar se a peça foi arquivada, em razão de não ter sido conhecida, ou se foi encaminhada para a respectiva unidade de correição. E o *caput* do art. 24 do mesmo Decreto reitera a obrigação de proteção da identidade do usuário autor da manifestação.

> *Decreto nº 9.492, de 2018 - Art. 18. As unidades setoriais do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal elaborarão e apresentarão resposta conclusiva às manifestações recebidas no prazo de trinta dias, contado da data de seu recebimento, prorrogável por igual período mediante justificativa expressa, e notificarão o usuário de serviço público sobre a decisão administrativa.*
> *§ 1º Recebida a manifestação, as unidades setoriais do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal procederão à análise prévia e, se necessário, a encaminharão às áreas responsáveis pela adoção das providências necessárias.*
> *§ 6º As unidades que compõem o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal poderão solicitar informações às áreas dos órgãos e das entidades da administração pública federal responsáveis pela tomada de providências, as quais deverão responder no prazo de vinte dias, contado da data de recebimento do pedido na área competente, prorrogável uma vez por igual período mediante justificativa expressa.*
> *Art. 22. A denúncia recebida pela unidade setorial do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal será conhecida na hipótese de conter elementos mínimos descritivos de irregularidade ou indícios que permitam a administração pública federal a chegar a tais elementos.*
> *Parágrafo único. A resposta conclusiva da denúncia conterá informação sobre o seu encaminhamento aos órgãos apuratórios competentes e sobre os procedimentos a serem adotados, ou sobre o seu arquivamento, na hipótese de a denúncia não ser conhecida, exceto o previsto no § 5º do art. 19.*
> *Art. 24. As unidades que compõem o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal assegurarão a proteção da identidade e dos elementos que permitam a identificação do usuário de serviços públicos ou do autor da manifestação, nos termos do disposto no art. 31 da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.*
> *Parágrafo único. A inobservância ao disposto no caput sujeitará o agente público às penalidades legais pelo seu uso indevido.*

O art. 23 do Decreto nº 9.492, de 2018, em seu *caput*, menciona a possibilidade, no sentido oposto da espontaneidade de provocação, de as unidades de ouvidoria coletarem dos usuários informações acerca dos serviços públicos, com o fim de detectar irregularidades. O comando normativo prossegue, de forma óbvia, com o § 1º dispensando a notificação acerca da decisão tomada quando o usuário não for identificado e o § 2º inaugura o emprego da expressão “comunicação de irregularidade” e a contempla para a possibilidade de origem anônima.

> *Decreto nº 9.492, de 2018 - Art. 23. As unidades que compõem o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal poderão coletar informações junto aos usuários de serviços públicos com a finalidade de avaliar a prestação desses serviços e de auxiliar na detecção e na correção de irregularidades.*
> *§ 1º As informações a que se refere o caput, quando não contiverem a identificação do usuário, não configurarão manifestações nos termos do*

disposto neste Decreto e não obrigarão resposta conclusiva.
§ 2º As informações que constituírem comunicações de irregularidade, ainda que de origem anônima, serão enviadas ao órgão ou à entidade da administração pública federal competente para a sua apuração, observada a existência de indícios mínimos de relevância, autoria e materialidade.

Na sequência, o Decreto nº 10.153, de 3 de dezembro de 2019, com foco específico na salvaguarda de proteção à intimidade de denunciantes de ilícitos administrativos e de crimes contra a Administração Pública, avançou no detalhamento regulamentador do tema. Além de comandos repetitivos em relação às normas precedentes, este Decreto, nos §§ 1º e 3º do art. 4º, obrigou que o recebimento de denúncias se dê exclusivamente por intermédio de unidades de ouvidoria e que eventuais denúncias oferecidas em outras unidades devem ser imediatamente encaminhadas, sem nenhuma publicidade de seu conteúdo e de qualquer elemento de identificação do denunciante. Se, por um lado, o § 4º do art. 6º do Decreto estabeleceu que, recebida a denúncia, incumbe à unidade de ouvidoria eliminar qualquer possibilidade de identificação do denunciante (pseudonimização) antes de encaminhá-la à unidade de correição, por outro lado, o art. 7º permitiu a possibilidade de esta unidade requisitar a identificação do denunciante, quando indispensável para a análise da denúncia.

Decreto nº 10.153, de 2019 - Art. 3º Para fins deste Decreto, considera-se:
I - elemento de identificação - qualquer dado ou informação que permita a associação direta ou indireta do denunciante à denúncia por ele realizada; (Redação dada pelo Decreto nº 10.890, de 2021)
II - pseudonimização - tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro; (Redação dada pelo Decreto nº 10.890, de 2021)
III - denunciante - qualquer pessoa, física ou jurídica, que apresente: (Incluído pelo Decreto nº 10.890, de 2021)
a) a denúncia a que se refere o inciso V do caput do art. 2º da Lei nº 13.460, de 2017; ou (Incluída pelo Decreto nº 10.890, de 2021)
b) o relato com informações ou irregularidades a que se refere o art. 4º-A da Lei nº 13.608, de 2018; (Incluída pelo Decreto nº 10.890, de 2021)
IV - habilitação - procedimento de análise prévia por meio do qual a unidade de ouvidoria verifica a existência de requisitos mínimos de autoria, materialidade e relevância para a apuração da denúncia e o seu encaminhamento à unidade de apuração; e (Incluído pelo Decreto nº 10.890, de 2021)
V - unidade de apuração - unidade administrativa ou autoridade com competência para realizar a análise dos fatos relatados em denúncia. (Incluído pelo Decreto nº 10.890, de 2021)
Art. 4º A denúncia será dirigida à unidade de ouvidoria do órgão ou entidade responsável, observado o disposto no Decreto nº 9.492, de 5 de setembro de 2018.
§ 1º Os órgãos e entidades adotarão medidas que assegurem o recebimento de denúncia exclusivamente por meio de suas unidades de ouvidoria.
§ 3º Os agentes públicos que não desempenhem funções na unidade ouvidoria e recebam denúncia de irregularidades praticadas contra a administração pública federal deverão encaminhá-las imediatamente à unidade do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal vinculada ao seu órgão ou entidade e não poderão dar publicidade ao conteúdo da denúncia ou a elemento de identificação do denunciante.
Art. 6º O denunciante terá seus elementos de identificação preservados desde o recebimento da denúncia, nos termos do disposto no § 7º do art. 10 da Lei nº 13.460, de 2017, e no art. 4º-B da Lei nº 13.608, de 2018. (Redação dada pelo Decreto nº 10.890, de 2021)
§ 1º A restrição de acesso aos elementos de identificação do denunciante será

> *mantida pela unidade de ouvidoria responsável pelo tratamento da denúncia pelo prazo de cem anos, conforme o disposto no inciso I do § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011.*
> *§ 2º A preservação dos elementos de identificação referidos no caput será realizada por meio do sigilo do nome, do endereço e de quaisquer outros elementos que possam identificar o denunciante.*
> *§ 3º As unidades de ouvidoria que fazem tratamento de denúncia com elementos de identificação do denunciante por meio de sistemas informatizados terão controle de acesso que registre os nomes dos agentes públicos que acessem as denúncias e as respectivas datas de acesso à denúncia.*
> *§ 4º A unidade de ouvidoria responsável pelo tratamento da denúncia providenciará a sua pseudonimização para o posterior envio às unidades de apuração competentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pelo Decreto nº 10.890, de 2021)*
> *Art. 6º-A Compete às unidades de ouvidoria a realização dos procedimentos de análise prévia da denúncia, observados os prazos e os procedimentos previstos no art. 18 do Decreto nº 9.492, de 2018. (Incluído pelo Decreto nº 10.890, de 2021)*
> *Art. 6º-B As unidades que integram o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal e o Sistema de Correição do Poder Executivo federal informarão às unidades do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal sobre a conclusão de procedimento apuratório a partir de denúncia encaminhada, no âmbito de suas competências. (Incluído pelo Decreto nº 10.890, de 2021)*
> *Art. 7º A unidade de apuração competente poderá requisitar à unidade de ouvidoria informações sobre a identidade do denunciante, quando for indispensável à análise dos fatos relatados na denúncia. (Redação dada pelo Decreto nº 10.890, de 2021)*
> *§ 1º O compartilhamento de elementos de identificação do denunciante com outros órgãos não implica a perda de sua natureza restrita. (Incluído pelo Decreto nº 10.890, de 2021)*
> *§ 2º Na hipótese de que trata este artigo, cabe aos órgãos que tenham acesso aos elementos de identificação adotar as salvaguardas necessárias para resguardá-los do acesso de terceiros não autorizados. (Incluído pelo Decreto nº 10.890, de 2021)*

Conforme já afirmado em **2.3.2**, apesar de representar não apenas ser um dever funcional mas também trazer dentro de si a ideia indissociável de identificação do servidor representante, não é de se negar ao agente público a possibilidade de manter sua identificação protegida. Assim, pode o servidor dar azo à sua indignação diante do conhecimento de ilicitude e ao mesmo tempo se preservar, quando achar tal postura indispensável. As garantias que o Decreto nº 10.153, de 2019, concede, como medidas de proteção ao denunciante em sentido lato de boa-fé, a exemplo da pseudonimização e do anonimato, também devem ser asseguradas ao servidor. Isto significa que o servidor, como qualquer cidadão, pode lançar mão do instrumento da denúncia anônima pelas vias formais aqui descritas e, caso eventualmente lhe seja questionada a quebra do dever funcional de representar (ou seja, caso um dia a Administração detecte que ele soube do fato mas que não formulou a representação em sentido estrito), este agente pode comprovar a sua iniciativa, a sua não inércia, a sua postura colaborativa com o Estado, mediante preservação da sua peça em que não se identificou e que protocolizou nos termos do citado Decreto, e, tendo motivação para assim ter agido (em razão de preservação de sua segurança pessoal, sobretudo em casos de fortes e perigosos esquemas de corrupção), ter considerado, de forma extensiva, seu dever funcional cumprido. Jamais se deve perder de vista toda a rica base principiológica que deve reger a aplicação do Direito Disciplinar, em que se insere, inclusive, a leitura moderada do princípio da legalidade como não apenas a fria subsunção ao texto positivado em lei, mas também, mais

que isto, a busca pelo bom Direito. Afinal, o cumprimento do dever de representar não deve superar a garantia fundamental individual estampada no *caput* do art. 5º da Constituição Federal (CF) que assegura a inviolabilidade do direito à vida e à segurança (como proteção da integridade física e moral) do agente público noticiador da infração.

Como inovação posterior, o Decreto nº 10.153, de 2019, recebeu alteração dada pelo Decreto nº 10.890, de 2021, em seu art. 6º-B, que passou a exigir das unidades de correição que informem o resultado final de seus trabalhos investigativos ou apuratórios decorrentes de denúncias à unidade de ouvidoria, quais sejam arquivamento ao fim da fase de admissibilidade ou julgamento do processo disciplinar.

O tema passou a ganhar relevância na normatização correcional na Portaria CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, no inciso IV do seu art. 64, ao estabelecer que as unidades de correição devem restringir acesso a informações referentes ao denunciante. A propósito, o *caput* do art. 10 e o parágrafo único do art. 11, ambos desta IN CGU, editada logo em seguida ao Decreto nº 9.492, de 2018, também já contemplavam o anonimato incluído na expressão genérica "informação que noticie infração", apartada do termo "denúncia".

> *IN CGU n° 14, de 2018 - Art. 10. As denúncias, as representações ou as informações que noticiem a ocorrência de suposta infração correcional, inclusive anônimas, deverão ser objeto de juízo de admissibilidade que avalie a existência de indícios que justifiquem a sua apuração, bem como a espécie de procedimento correcional cabível.*
> *Art. 11.*
> *Parágrafo único. A informação anônima que noticie a ocorrência de suposta infração correcional poderá deflagrar procedimento correcional acusatório, desde que sejam colhidos outros elementos que a respaldem.*
> *Art. 64. As unidades do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal manterão, independentemente de classificação, acesso restrito às informações e aos documentos, sob seu controle, relacionados a:*
> *IV - identificação do denunciante, observada a regulamentação específica; e*

E aprofundando a regulamentação, a Portaria CGU nº 581, de 9 de março de 2021, estabelece as orientações para o exercício das competências das unidades do SisOuv, inclusive acerca do recebimento de denúncias. Esta Portaria CGU, extensa e didática, consolida todos os comandos acima e apresenta maior detalhamento para o tema. Os incisos I, XIII e XIV do art. 1º e o inciso II do *caput* e o inciso I do § 1º do art. 12 da norma reiteram as competências das unidades de ouvidoria para receberem as manifestações de usuários de serviços públicos (em que se incluem as denúncias), registrando-as na plataforma Fala.BR; para exercerem a atividade referente ao e-SIC; e para protegerem a identidade do denunciante. Por sua vez, recebida a denúncia, o art. 15 descreve a análise prévia a cargo da unidade de ouvidoria, devendo avaliar a presença de requisitos mínimos de materialidade, autoria e relevância para que seja dado prosseguimento.

> *Portaria CGU nº 581, de 2021 - Art. 7º São atividades de ouvidoria, sem prejuízo de outras que lhes sejam atribuídas por norma específica:*
> *I - receber as manifestações de usuários de serviços públicos a que se refere o Capítulo III da Lei nº 13.460, de 2017, e os relatos de irregularidade de que trata o caput do art. 4º-A da Lei nº 13.608, de 2018, e dar-lhes tratamento nos termos desta Portaria; (Redação dada pela Portaria CGU nº 3.126, de 30 de dezembro de 2021)*
> *XIII - exercer a atividade de Serviço de Informação ao Cidadão, de que trata o inciso I do art. 9º da Lei nº 12.527, de 2011, quando assim designadas;*
> *XIV - adotar as medidas específicas para a proteção da identidade de denunciantes, nos termos do Decreto nº 10.153, de 3 de dezembro de 2019;*
> *Art. 12. O tratamento de manifestações de ouvidoria feito pelas unidades do SisOuv compreende:*

> *I - recebimento da manifestação;*
> *II - registro da manifestação na Plataforma Fala.BR ou em sistema e ela integrado;*
> *III - triagem;*
> *IV - encaminhamento de manifestações para outra unidade, quando couber;*
> *V - análise preliminar da manifestação;*
> *VI - solicitação de complementação de informações aos manifestantes, quando couber;*
> *VII - trâmite à unidade ou unidades responsáveis pelo assunto ou serviço objeto de manifestação; e*
> *VIII - consolidação, elaboração e publicação da resposta conclusiva oferecida pela unidade demandada.*
> *§ 1º Quando couber, consideram-se etapas específicas de tratamento da manifestação de ouvidoria:*
> *I - pseudonimização da denúncia, nos termos do Decreto nº 10.153, de 2019;*
> *Art. 15. Na análise prévia, deverão ser coletados elementos necessários para atuação da ouvidoria e realizada a adequação, quando cabível, da tipologia e do assunto ou serviço indicado pelo manifestante. (Redação dada pela Portaria CGU nº 3.126, de 2021)*
> *§ 1º Na análise prévia de denúncias, observada a competência do órgão ou entidade a que a unidade esteja vinculada, deverá ser avaliada a existência de requisitos mínimos de autoria, materialidade e relevância que amparem a apuração da denúncia pelo órgão ou entidade. (Redação dada pela Portaria CGU nº 3.126, de 2021)*
> *§ 2º A denúncia será considerada habilitada quando existentes os requisitos a que se refere o § 1º.*
> *§ 3º A denúncia poderá ser encerrada quando:*
> *I - os fatos relatados forem de competência de órgão ou entidade não pertencente ao Poder Executivo federal; ou*
> *II - excepcionalmente, em circunstâncias necessárias à proteção integral ao denunciante, devidamente justificadas no histórico da manifestação e comunicadas ao manifestante.*

Na linha que já havia sido introduzida pelo § 2º do art. 23 do Decreto nº 9.492, de 2018, o art. 21 da Portaria CGU nº 581, de 2021, estabelece que o mesmo tratamento até aqui descrito para denúncias também se aplica para comunicações anônimas de irregularidades. *A priori*, todo este texto segue a linha preconizada no citado comando da Portaria CGU nº 581, de 2021, qual seja, de, em geral, englobar a comunicação anônima de irregularidade no conceito genérico de denúncia, salvo quando, em razão justamente do anonimato, a notícia merecer ou requisitar alguma peculiaridade na sua instrumentalização, em que se ressalvará a natureza anônima da peça. Como regra geral, nada se mencionando de específico, tudo o que se expuser acerca de denúncia *lato sensu* engloba a comunicação anônima de irregularidade.

> *Portaria CGU nº 581, de 2021 - Art. 21. Será dado tratamento de denúncia à comunicação de irregularidade. (Redação dada pela Portaria CGU nº 3.126, de 2021)*

Entre seus arts. 30 a 35, a Portaria CGU nº 581, de 2021, estabelece o detalhamento para a pseudonimização exigida pelo Decreto nº 10.153, de 2019, devendo a unidade de ouvidoria ocultar, desde o recebimento da denúncia, não só os elementos de direta identificação do denunciante como também quaisquer outras informações que a permitam mesmo indiretamente, podendo, para tal, se valer de extrato, tarjamento ou redução a termo, conforme o *caput* do art. 31 e os arts. 34 e 35. Mas é de se ressalvar que, obviamente, a norma prevê, nos §§ 1º e 2º do art. 31, o acesso aos dados de identificação do denunciante ao agente público que declare necessidade de conhecer, quando indispensável para poder exercer seu múnus investigativo. Sem prejuízo do encaminhamento da denúncia pseudonimizada para os sistema correcional, os arts. 32 e 33 da Portaria CGU em tela permitem a possibilidade de

compartilhamento da identificação do denunciante se este consentir ou se o órgão de apuração o requerer ou ainda se houver determinação judicial neste sentido.

> *Portaria CGU nº 581, de 2021 - Art. 30. Compete às unidades do SisOuv receber as denúncias dirigidas ao órgão ou entidade a que estejam vinculadas, nos termos do art. 4º do Decreto nº 10.153, de 2019.*
> *Art. 31. Desde o recebimento da denúncia, as unidades do SisOuv adotarão as medidas necessárias à salvaguarda da identidade do denunciante e à proteção das informações recebidas, nos termos do Decreto nº 10.153, de 2019.*
> *§ 1º A proteção à identidade do denunciante se dará por meio da adoção de salvaguardas de acesso aos seus dados, que deverão estar restritos aos agentes públicos com necessidade de conhecer, pelo prazo de cem anos, nos termos do § 1º do art. 6º do Decreto nº 10.153, de 2019.*
> *§ 2º A necessidade de conhecer será declarada pelo agente público com competência para executar o processo apuratório, quando for indispensável à análise dos fatos narrados na denúncia.*
> *Art. 32. O compartilhamento dos elementos de identificação do denunciante entre órgãos ou entidades distintas poderá ser realizado sob as seguintes hipóteses:*
> *I - mediante consentimento do titular, nos casos em que haja a necessidade de tratamento da denúncia por unidade de ouvidoria distinta da que recebeu a manifestação;*
> *II - para cumprimento de ordem judicial; ou*
> *III - mediante requerimento de órgãos de apuração, quando indispensável à análise dos fatos relatados na denúncia.*
> *Art. 33. Na hipótese prevista no inciso I do art. 32 desta Portaria, a unidade do SisOuv que receber a denúncia deverá solicitar o consentimento do denunciante para o compartilhamento de seus elementos de identificação, o qual terá o prazo de vinte dias para se manifestar.*
> *§ 1º A ausência de manifestação do denunciante será considerada negativa de consentimento, para todos os efeitos.*
> *§ 2º O disposto no caput não impede que a unidade de ouvidoria promova o encaminhamento de denúncia pseudonimizada a outra unidade, desde o momento de seu recebimento, quando os elementos de identidade do denunciante não se revelarem essenciais para a caracterização do fato relatado.*
> *Art. 34. No procedimento de pseudonimização, a unidade do SisOuv deverá suprimir os elementos de identificação que permitam a associação da denúncia a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida no sistema a que se refere o art. 23 desta Portaria.*
> *Art. 35. Constituem elementos de identificação, nos termos do art. 2º do Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019, no mínimo:*
> *I - dados cadastrais;*
> *II - atributos genéticos;*
> *III - atributos biométricos; e*
> *IV - dados biográficos.*
> *§ 1º Além dos campos de cadastro do manifestante, o procedimento de pseudonimização deverá se estender à descrição do fato e seus anexos, observando-se, no mínimo:*
> *I - em registros fotográficos ou fonográficos, verificar a existência de dados biométricos tais como voz do denunciante ou imagem sua, ou que permitam identificálo; e*
> *II - na descrição do fato e no texto de documentos anexos, verificar a existência de narrativas em primeira pessoa que associem o denunciante a indivíduos, locais, tempos ou fatos específicos.*
> *§ 2º Constituem meios de pseudonimização a serem adotados, dentre outros:*
> *I - produção de extrato;*

> *II - produção de versão tarjada; e*
> *III - redução a termo de gravação ou relato descritivo de imagem.*
> *§ 3º As denúncias que demandarem trabalho desproporcional para a sua pseudonimização poderão ser encaminhadas às áreas de apuração sem seus anexos, com indicação de que os documentos estão sob a guarda da ouvidoria e que se encontram disponíveis mediante solicitação formal da área de apuração, nos termos do Decreto nº 10.153, de 2019.*

E o art. 84 da Portaria CGU nº 581, de 2021, define que a expressão "relato de irregularidades", advinda do comando do art. 4º-A da Lei nº 13.608, de 2018 (que determina que os órgãos e as entidades mantenham unidade de ouvidoria, a fim de assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre ilícitos administrativos e não se confunde com a comunicação anônima de irregularidade mencionada no art. 21) equivale ao termo "denúncia", sendo como tal tratado, devendo então ser recepcionado e inicialmente tratado, com cadastramento e posterior distribuição para a área competente, no âmbito da unidade setorial do SisOuv nos órgãos ou entidades, de sorte que notícias porventura apresentadas diretamente nas unidades de correição devem ser internamente encaminhadas à ouvidoria, sem publicidade do conteúdo e da identificação do denunciante, na leitura conjunta do *caput* do art. 85 e do *caput* do art. 86 da mesma norma.

> *Portaria CGU nº 581, de 2021 - Art. 84. Ao relato de irregularidades de que trata o caput do art. 4º-A da Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, será dado o tratamento de denúncia, nos termos dos Decretos nº 9.492, de 2018, e nº 10.153, de 2019.*
> *Parágrafo único. Entendem-se por irregularidade os ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.*
> *Art. 85. O relato de irregularidades deverá ser dirigido à unidade de ouvidoria do órgão ou entidade a que esteja vinculada, a qual providenciará o seu cadastro, análise, tratamento e distribuição às áreas de apuração competentes.*
> *Parágrafo único. No caso de inexistência de unidade organizacional de ouvidoria, os relatos de irregularidades deverão ser dirigidos à unidade administrativa interna diretamente responsável pelas atividades de ouvidoria, nos termos do inciso II do art. 6º do Decreto nº 9.492, de 2018.*
> *Art. 86. Os relatos de irregularidades recebidos pela unidade correcional do órgão ou entidade deverão ser imediatamente encaminhados à respectiva unidade de ouvidoria competente, sem que seja dada publicidade ao seu conteúdo e a qualquer elemento de identificação do informante.*
> *Parágrafo único. As unidades correcionais orientarão o informante acerca do canal competente para o recebimento de relatos de irregularidades, nos termos do que dispõe o art. 4º do Decreto nº 10.153, de 2019.*
> *Art. 87. O relato de irregularidades deve ser apresentado preferencialmente em meio eletrônico por meio da opção "denúncia" da Plataforma Fala.BR.*

De maiores interesse e relevância é a Portaria ME/SE nº 21.527, de 29 de setembro de 2020, que estabelece o fluxo e os procedimentos na tramitação de denúncias e de comunicações anônimas de irregularidades no âmbito do ME, não só por ser uma norma mais próxima do contexto da Coger mas também por ser mais detalhada em seus comandos. De imediato, o § 2º do art. 1º da Portaria ressalva que não são abrangidos em seu escopo as representações funcionais e as notícias de mídia e o *caput* do art. 3º determina que a unidade de ouvidoria seja o único canal de entrada de denúncias.

> *Portaria ME/SE nº 21.527, de 2020 - Art. 1º Esta Portaria estabelece o fluxo e procedimentos a serem observados na tramitação e no tratamento de denúncias e comunicações anônimas de irregularidade, no âmbito do Ministério da Economia, sem prejuízo do disposto na Portaria SE nº 1.142, de 5 de setembro de 2019, da Secretaria-Executiva do Ministério da Economia, em especial no seu art. 1º.*

> *§ 1º O disciplinamento estabelecido nesta Portaria alcança manifestações acerca da prestação e da fiscalização de serviços públicos e, ainda, de conduta irregular de agentes públicos no desenvolvimento de tais atividades, ainda que de forma indireta, como assédio moral, atitude antiética, conflito de interesses ou transgressões disciplinares outras.*
> *§ 2º O disposto nesta Portaria não se aplica às hipóteses de representação e de notícia de mídia, nos termos definidos, respectivamente, nos incisos VI e VII do art. 2º.*
> *Art. 2º Para fins desta Portaria, considera-se:*
> *I - denúncia: relato da prática de irregularidade ou ato ilícito, cuja solução dependa da atuação das unidades de apuração competentes;*
> *II - comunicação anônima de irregularidade: informação, de qualquer origem, acerca de suposta prática de irregularidade ou ato ilícito, em relação à qual não seja possível identificar a autoria;*
> *VI - representação: relato formalizado por servidores ou autoridades do Ministério da Economia ou de outros órgãos e esferas de Poder acerca de irregularidade praticada por servidor ou empregado público ou de ato lesivo praticado por pessoa jurídica contra a Administração Pública; e*
> *VII - notícia de mídia: relato divulgado por meios de difusão de informação acerca de irregularidade praticada por servidor ou empregado público ou de ato lesivo praticado por pessoa jurídica contra a Administração Pública.*
> *Art. 3º A Ouvidoria do Ministério da Economia constitui canal único para recebimento e tratamento das denúncias e comunicações de irregularidade de que trata esta Portaria.*

No maior detalhamento da instrumentalidade, os §§ 2º e 3º do art. 6º da Portaria ME/SE nº 21.527, de 2020, determinam que qualquer denúncia recebida por outra unidade que não ouvidoria, fora do sistema e-Ouv e da plataforma Fala.BR, deve ser encaminhada para esta unidade, na íntegra (sem ocultação da identificação do denunciante), em até quinze dias, salvo se houver sigilo legal específico ou decisão judicial que impeça o encaminhamento. Conforme os arts. 7º e 8º, o *caput* e o inciso I do art. 10 e o art. 11, todos da Portaria ME/SE, recebida a denúncia, seja diretamente do denunciante, seja por encaminhamento da unidade de correição, a unidade de ouvidoria deve realizar a análise preliminar em cinco dias; caso não a conheça, por ausência de elementos mínimos indiciários de irregularidade, deve arquivá-la liminarmente; e caso a conheça, por conter elementos mínimos indiciários de irregularidade, deve encaminhá-la à corregedoria, a que incumbe, no prazo de vinte dias, prorrogáveis por igual período, informar de volta o tratamento dado à provocação. Excetuando as questões dependentes da identificação do denunciante, o restante da instrumentalidade descrita para denúncias também se aplica para comunicações anônimas de irregularidades, conforme o *caput* do art. 9º da norma acima. Por fim, é importante reiterar que o *caput* e os §§ 2º e 3º do art. 15 desta norma ratificam que, quando a denúncia permitir a identificação do denunciante, a unidade de ouvidoria deve submetê-la ao processo de pseudonimização antes de encaminhar à unidade de correição, sem prejuízo de, a pedido desta, ser-lhe transferido o sigilo, a ser mantido em face de terceiros, salvo se o autor consentir sua divulgação.

> *Portaria ME/SE nº 21.527, de 2020 - Art. 6º*
> *§ 2º A denúncia recebida por qualquer unidade do Ministério deverá ser encaminhada, obrigatória e impreterivelmente, no prazo de quinze dias, à Ouvidoria, para inserção no Sistema Informatizado de Ouvidorias do Poder Executivo federal.*
> *§ 3º O envio de que trata o § 2º, nas hipóteses em que se verificar a necessidade de sigilo de qualquer natureza em razão de legislação própria, ou ainda, decorrente de decisão judicial, ocorrerá assim que superada a necessidade de sigilo, ou nos limites em que for possível a sua comunicação, dada a circunstância, sem óbice do prosseguimento da apuração pelo órgão*

> *competente, respeitado o art. 1º, § 2º Lei 13.460, de 2017.*
> *Art. 7º A denúncia será conhecida quando contiver elementos mínimos descritivos de irregularidade ou indícios que permitam à administração coligir tais elementos.*
> *Art. 8º A Ouvidoria deverá apresentar resposta conclusiva ao denunciante no prazo de trinta dias, prorrogáveis, mediante justificativa, por igual período.*
> *Parágrafo único. Entende-se por conclusiva a resposta que contenha informação sobre encaminhamento a órgãos apuratórios competentes e procedimentos a serem adotados ou, ainda, sobre arquivamento, na hipótese de a denúncia não ser conhecida, motivadamente.*
> *Art. 9º Os registros anônimos, ou quaisquer outras notícias de irregularidades de que não se possa conhecer a autoria, serão recepcionados como comunicação anônima de irregularidade, após análise prevista no inciso IV do art. 2º desta Portaria.*
> *Art. 10. A Ouvidoria realizará análise preliminar de denúncias e comunicações de irregularidade no prazo máximo de cinco dias e as encaminhará, conforme o caso, à unidade de apuração responsável:*
> *I - Corregedoria, quando se tratar de assuntos disciplinares;*
> *Art. 11. Os órgãos e entidades mencionados no art. 10, deverão, no prazo de vinte dias após o recebimento da denúncia, prorrogável por igual período mediante justificativa expressa, oferecer resposta conclusiva à manifestação.*
> *Art. 15 O denunciante terá seus elementos de identificação preservados desde o recebimento da denúncia, nos termos do disposto no § 7º do art. 10 da Lei nº 13.460, de 2017.*
> *§ 1º A preservação dos elementos de identificação referidos no caput será realizada por meio do sigilo do nome, endereço e de quaisquer outros elementos que possam identificar o denunciante, inclusive pelo número identificador do computador (IP) do usuário.*
> *§ 2º Quando a manifestação contiver informações que possam identificar o denunciante, a Ouvidoria providenciará a sua pseudonimização previamente ao envio aos órgãos ou entidades competentes para apuração, conforme estabelecido no § 4º do art. 6º do Decreto nº 10.153, de 2019.*
> *§ 3º Caso indispensável à apuração dos fatos, a Ouvidoria poderá, se solicitada pela unidade de apuração, transferir o sigilo à unidade de apuração, que, ressalvado expresso consentimento do denunciante, ficará responsável por restringir o acesso às informações pessoais ou que permitam a identificação a terceiros.*

Importa destacar que, na prática do sistema correcional da RFB, se uma denúncia ou se uma comunicação anônima de irregularidade dá entrada diretamente na Corregedoria (Coger), na Divisão de Investigação Disciplinar (Divid) ou em um Escritório de Corregedoria (Escor), esta unidade ou subunidade de entrada deve remeter a peça imediatamente para o Grupo Nacional de Investigação (GNI). Estando o GNI de posse da denúncia (seja nas hipóteses anteriores, seja na hipótese de tê-la recebido diretamente do denunciante), o seu Grupo de Atividades Auxiliares (Gataux) a encaminha de imediato para a Ouvidoria da RFB (Ouvid), sem ocultação de dados de identificação do autor, salvo se houver dados de sigilo legal ou decisão judicial que impeça o encaminhamento, e aguarda o retorno da peça em até cinco dias, após a análise prévia e pseudonimizada, sem antecipar o início de seus trabalhos. E, em lugar de se preocupar em comunicar à Ouvid o tratamento dado a cada denúncia, a praxe adotada pelo GNI é de, a cada vinte dias, informar o que se decidiu acerca das novas ocorrências que tenham dado entrada no período (no caso, se foi instaurado algum procedimento investigativo ou não).

Conforme afirmado em **2.2.2.2.4**, esta procedimentalização de acordo com a Portaria ME/SE nº 21.527, de 2020, também se aplica para denúncias referentes a atos lesivos contra a Administração Pública, envolvendo pessoas jurídicas.

Este comando é ratificado internamente pelo art. 1º-A da Ordem de Serviço (OS) Coger nº 1, de 27 de junho de 2019.

> *OS Coger nº 1, de 2019 - Art. 1º-A As denúncias recebidas pela Corregedoria da RFB alusivas a fatos irregulares praticados por servidores públicos ou a atos lesivos à Administração Pública federal de responsabilidade de pessoa jurídica, nos termos da Lei nº 12.846, de 2013, deverão ser encaminhadas à Ouvidoria da RFB. (Incluído pela Portaria Coger nº 3, de 27 de setembro de 2021)*

2.4.3 - Protocolização das Notícias de Supostas Irregularidades e Especificidades Orgânicas e Instrumentais com o Emprego do Processo Digital no Sistema e-Processo

O sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) não trabalha com representações ou denúncias soltas, com expedientes à margem de autuação. Sendo as representações, em sintéticas palavras, as notícias de supostas irregularidades oriundas do próprio setor público (no sentido elástico da expressão, abarcando desde unidades da própria RFB até outros órgãos do Poder Executivo federal até mesmo outros Poderes ou outros entes federados), podem ser entregues diretamente ao sistema correcional ou ser encaminhados por unidade ou órgão de origem em documento solto, como ofícios, ou encartados em processos administrativos já protocolizados na origem no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo). E similares possibilidades se aplicam às denúncias, que, em sintéticas palavras, são as notícias de supostas irregularidades da lavra de particulares, podendo ser entregues diretamente ao sistema correcional ou ser encaminhadas por unidade ou órgão de origem encabeçadas por ofícios ou encartadas em processos administrativos já protocolizados no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), sobretudo quando advêm da Ouvidoria da RFB (Ouvid), nos termos da procedimentalização já exposta em **2.4.2**.

Caso já não cheguem autuadas, a regra é as notícias de supostas irregularidades que dão entrada na Corregedoria (Coger) ou nos Escritórios de Corregedoria (Escor) ou mais especificamente no Grupo Nacional de Investigação (GNI) bem como os resultados dos trabalhos investigativos internos serem formalmente protocolizados, a mando do Corregedor ou do Chefe do Escor ou do Coordenador do GNI, em processos administrativos - em gênero, pois a espécie disciplinar apenas virá à tona diante de indícios de materialidade e de autoria que justifiquem a admissibilidade positiva da ocorrência e a designação de comissão disciplinar -, no sistema e-Processo. A protocolização a que aqui se refere é o primeiro e inaugural registro de um expediente, assumindo a forma de um processo administrativo *lato sensu*, no sistema e-Processo, o que lhe atribui um número de cadastramento (nº de cadastro), pelo qual é possível acompanhar a tramitação processual (data, origem e destino de suas movimentações) e que confere àquele expediente (representação, denúncia ou qualquer outra forma de notícia de suposta irregularidade) um maior formalismo e uma segurança quanto a extravio.

A praxe e a recomendação é de, de imediato, se protocolizar apenas a peça inicial, ou seja, a notícia em si da irregularidade, para que a fase de admissibilidade se inicie com processo autuado. Isto não se confunde com a imediata autuação de todos os elementos de pesquisa que virão a ser produzidos na subfase investigativa da fase de admissibilidade. Esta subfase, instrumentalizada em um ou em mais de um procedimento investigativo, pode comportar diversas linhas de trabalho de investigação, com resultados a serem seletivamente autuado no seu curso ou somente no seu final, em apreciação discricionária e inquisitorial, a cargo do servidor ou da comissão designada para conduzir o procedimento, acerca dos elementos que se revelaram relevantes.

Por ora, o que importa é situar historicamente que, desde sua criação, com a edição do Decreto nº 2.331, em 1º de outubro de 1997, o sistema correcional vinha lidando exclusivamente com processos administrativos físicos, assim denominados aqueles que possuem suporte documental em papel.

Não obstante, o contexto jurídico da instrumentalização processual passou por uma crescente evolução no período de uma década situada entre 2005 e 2015, na busca do atendimento ao princípio constitucional da eficiência, não só no âmbito administrativo mas também nas instâncias judiciais, revelando-se uma verdadeira mudança de paradigma em termos de suporte documental, do processo físico para o processo digital. À vista da relevância de tal repercussão, convém esboçar um resgate histórico desta evolução.

Preambularmente, se informe que, em 2001, a Administração instituiu, por meio da Medida Provisória (MP) nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), com o fim de "*garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras*". O art. 10 desta MP, em harmonia com a lei civil, considera que os documentos eletrônicos não perdem sua natureza de documentos públicos ou particulares e que as declarações deles constantes, quando produzidos mediante certificação digital, são presumidas verdadeiras em relação aos signatários.

Como seria de se esperar em vista do menor rigor formal, o reflexo prático da criação desta condição jurídica começou a se fazer sentir primeiramente em instância processual administrativa e mais especificamente na instrumentalidade do processo administrativo fiscal (PAF). A inovação inaugurada pelo art. 113 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, alterando os arts. 2º e 23 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que, com *status* normativo de lei, regulamenta o PAF, passou a permitir a prática de atos processuais por meio eletrônico. Na sequência, em atendimento àqueles comandos legais, a RFB, por meio da Portaria SRF nº 259, de 13 de março de 2006, destacadamente nos §§ 1º e 2º do art. 1º e nos arts. 2º, 3º e 7º, trouxe ao ordenamento interno o primeiro disciplinamento para a prática de atos e termos processuais eletronicamente, cogitando de documentos já produzidos de forma totalmente eletrônica (chamados documentos nato-digitais) e de documentos produzidos originalmente em papel e posteriormente convertidos, por processo de digitalização (também conhecido como escaneamento) para formato digital, ambos em arquivo com extensão "*portable document format*" - pdf (chamados documentos digitalizados), lançando então as condições para o desenvolvimento e para o início do emprego do sistema e-Processo. Introduz-se aqui a definição em gênero de documentos digitais, desdobrados nas espécies de documentos nato-digitais e de documentos digitalizados.

Estes comandos normativos seguem atualizados no *caput* do art. 2º e no art. 4º, nos caputs dos arts. 7º e 9º e no art. 20, todos da Instrução Normativa (IN) RFB nº 2.022, de 16 de abril de 2021, que revogou a mencionada Portaria SRF nº 259, de 2006.

> *IN RFB nº 2.022, de 2021 - Art. 2º A entrega de documentos será realizada obrigatoriamente no formato digital e exclusivamente por meio do e-CAC de que trata a Instrução Normativa RFB nº 1.995, de 24 de novembro de 2020.*
> *Art. 4º Os documentos nato-digitais e assinados eletronicamente por meio dos padrões de assinatura eletrônica definidos no Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020, são considerados originais para todos os efeitos legais.*
> *§ 1º Os demais documentos digitalizados estarão sujeitos à conferência de sua integridade.*
> *§ 2º O documento ou meio de prova cuja reprodução não possa ser feita por meio digital deve ser entregue na unidade da RFB de jurisdição do sujeito passivo, observado o disposto no art. 11.*
> *Art. 7º A solicitação de abertura de processo digital será realizada por meio do*

> *e-CAC.*
> *Art. 9º A solicitação de juntada de documentos digitais será realizada por meio do e-CAC.*
> *Art. 20. As impugnações e recursos poderão ser entregues por meio de processo digital, no Portal e-CAC, mediante as formas de identificação disponíveis para acesso ao e-CAC.*

Ainda no que tange ao PAF, mencione-se que, quando da fusão dos Fiscos federais, a Lei nº 12.457, de 16 de março de 2007, no parágrafo único do seu art. 45, previu que a RFB disponibilizasse o recebimento de petições e de requerimentos digitalizados. Por fim, a Portaria MF nº 527, de 9 de novembro de 2010, fortemente inspirada na supracitada Portaria SRF nº 259, de 2006, disciplinou "*a prática de atos e termos processuais em forma eletrônica, bem como a digitalização e armazenamento de documentos digitais no âmbito do Ministério da Fazenda*" (MF), atual Ministério da Economia (ME), com destaque para o § 1º do art. 1º.

> *Portaria MF nº 527, de 2010 - Art. 1º*
> *§ 1º A elaboração de documento digital, o processo de digitalização de documentos originais constantes de suporte analógico e o processo de armazenamento dos documentos digitalizados correspondentes deverão ser realizados de forma a manter a integridade, a autenticidade, a interoperabilidade e, quando necessário, a confidencialidade do documento digitalizado, com o emprego de certificado digital emitido no âmbito da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), nos termos da Medida Provisória nº 2.200-2, de 2001.*

Indo além do foco específico do processo administrativo, iniciativas de similar natureza, permitindo a produção, a comunicação, a transmissão e a validação de atos processuais e a tramitação e o arquivamento de processos por meio eletrônico, também foram adotadas até na instância judicial, tida como naturalmente mais conservadora e formalista, conforme instituiu a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, já desde seu art. 1º (e veio a ser refletida, de forma mais específica, no art. 193 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil - CPC), inclusive com dispositivos perfeitamente aproveitáveis como balizamentos de emprego da nova ferramenta tecnológica na processualística administrativa. De se destacar a definição de assinatura eletrônica como a assinatura digital baseada em certificação digital, constante da alínea "a" do inciso III do § 2º do art. 1º da Lei nº 11.419, de 2006, em harmonia com os já mencionados comandos da MP nº 2.200-2, de 2001.

> *Lei nº 11.419, de 2006 - Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.*
> *§ 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.*
> *§ 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se:*
> *I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais;*
> *II - transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores;*
> *III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário:*
> *a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica;*
>
> *CPC - Art. 193. Os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei.*

Aplicável ao processo em geral, tanto administrativo quanto judicial, a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, deu, no parágrafo único do art. 1º, a definição legal para digitalização (escaneamento) como a conversão fiel da imagem de um documento em um código digital e, ao mesmo tempo em que ratificou a permissão de uso desta ferramenta, estabeleceu a exigência de que a digitalização seja realizada sob critérios de integridade, autenticidade e confiabilidade do documento gerado em meio digital, em seus arts. 3º e 6º.

> *Lei nº 12.682, de 2012 - Art. 1º A digitalização, o armazenamento em meio eletrônico, óptico ou equivalente e a reprodução de documentos públicos e privados serão regulados pelo disposto nesta Lei.*
> *Parágrafo único. Entende-se por digitalização a conversão da fiel imagem de um documento para código digital.*
> *Art. 3º O processo de digitalização deverá ser realizado de forma a manter a integridade, a autenticidade e, se necessário, a confidencialidade do documento digital, com o emprego de certificado digital emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil.*
> *Parágrafo único. Os meios de armazenamento dos documentos digitais deverão protegê-los de acesso, uso, alteração, reprodução e destruição não autorizados.*
> *Art. 6º Os registros públicos originais, ainda que digitalizados, deverão ser preservados de acordo com o disposto na legislação pertinente.*

Novamente, avanços foram introduzidos no Decreto regulador do PAF, desta feita pela Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013. O art. 24 da citada Lei alterou ainda mais o art. 2º do Decreto nº 70.235, de 1972, e introduziu-lhe novos arts. 64-A e 64-B, estendendo a permissão para que atos e termos processuais possam ser formalizados, tramitados, comunicados e transmitidos em formato digital e ratificando que aqueles elementos podem ser nato-digitais ou digitalizados, atribuindo aos documentos digitalizados o mesmo valor dos seus respectivos originais, desde que atendidos os requisitos de certificação digital exigidos pela MP nº 2.200-2, de 2001, e nos termos da Lei nº 12.682, de 2012.

Foi então neste ambiente de crescente emprego das ferramentas tecnológicas que, a partir do ano de 2006, se idealizou, na RFB, e se desenvolveu o sistema e-Processo, sintetizado como um sistema informatizado que cria um ambiente eletrônico (ou seja, de existência apenas virtual, sem suporte documental físico em papel), no qual os agentes processuais (usuários) podem realizar atos administrativos na mesma sequência procedimental em que se conduzia um processo administrativo convencional, com as mesmas garantias constitucionais e legais de rito e de direitos do administrado.

Pode-se, então, neste ponto, apresentar a definição de processo digital, em contraposição ao processo físico (já definido como aquele que possuía suporte documental em papel). Ao longo do presente texto, em que se reflete o ambiente informatizado da RFB e especificamente de seu sistema correcional, a expressão “processo digital” é empregada como referência ao processo com suporte documental em meio digital e formalizado no sistema e-Processo. Apenas para diferenciar e evitar indevido emprego como sinônimos, apresenta-se ainda uma terceira definição, fora do interesse do presente texto, de processo eletrônico, em que as informações tramitam exclusivamente por meio de sistemas informatizados ou por bases de dados, sem possuírem suporte documental, nem físico nem sequer digital, ou seja, este fluxo de informações não constitui um processo administrativo.

O sistema e-Processo concilia duas grandes capacidades: primeiramente, executa o gerenciamento eletrônico de documentos, tratando das imagens geradas a partir dos mais diversos elementos com suporte documental em papel, e também operacionaliza o fluxo de trabalho, integrando aquelas imagens geradas dos documentos ao andamento procedimental em que atuam os diferentes usuários. E o espectro destas capacidades não se limita ao órgão de origem, visto ser o sistema uma plataforma que interliga e sequencia as atuações não só da

RFB (em geral, o órgão em que se origina o processo administrativo) mas também da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) e alcança os respectivos bancos de dados, além de interagir com diversos outros sistemas informatizados de controle e de cobrança de créditos tributários (sem substituí-los), sendo certo que os dois primeiros órgãos têm atuação nos processos disciplinares, reservando-se para o terceiro órgão atuação apenas de foco fiscal, fora do interesse do presente texto.

Sendo assim, o sistema consiste em uma ferramenta eletrônica que permite desde a formalização e a prática de atos processuais até a tramitação e o gerenciamento não só dos documentos mas também dos procedimentos e dos processos administrativos como um todo, em meio digital. Inequivocamente, tais potencialidades contribuem para a celeridade processual, simplificam a feitura de atos meramente mecânicos, formais e repetitivos no andamento processual, automatizam a geração de cópia e a tramitação entre unidades e órgãos usuários e aumentam a segurança institucional, pois facilitam a transparência não apenas no sentido de propiciar acesso remoto, virtual e seguro aos usuários internos (servidores dos órgãos da Administração tributária) e externos (contribuinte e seu representante legal) mas também por deixar registros das atuações, com que se agiliza a responsabilização por tentativas de adulteração ou qualquer forma de fraude processual.

À vista do histórico acima resgatado, é imprescindível desde já reconhecer que o sistema e-Processo foi desenvolvido com o fim precípuo de atender à processualística fiscal. Como tal, toda sua arquitetura submete-se aos princípios e normas que regem aquela instância, na qual, não obstante ser regra dos atos da Administração, a publicidade deve ser harmonizada com o rol de direitos e garantias fundamentais individuais estampados em diversos incisos do art. 5º da Constituição Federal (CF). Assim, ao mesmo tempo em que o contribuinte tem garantias de acesso e de ampla defesa em contraposição à exigência de crédito tributário, tem preservadas sua intimidade e sua privacidade em face de terceiros, dentre o quais, obviamente, não se incluem os próprios agentes do Fisco. Em outras palavras, o sistema permite que o contribuinte (ou seu representante legal) consulte os processos fiscais de seu interesse, através do Centro Virtual de Contribuintes (e-CAC), pela internet, reiterando a transparência da atuação estatal, fortemente refletida na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, mas sem abrir mão de todo rito de segurança estabelecido desde a edição da MP nº 2.200-2, de 2001 (que exige e assegura a identificação, através de certificação digital, no padrão ICP-Brasil, não só de usuário externo interessado mas até mesmo de usuários internos, neste caso gravada em seus *tokens*), por meio do que se garante o atendimento dos ditames do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN), mantendo sob cláusula de sigilo fiscal os dados que revelam a situação econômica ou financeira da pessoa física ou jurídica (tais como propriedade de qualquer tipo de bens e riqueza em geral e o estado de seus negócios ou atividades).

Pode-se dizer, então, que o sistema e-Processo parte do padrão de aplicar sigilo sobre processos fiscais em meio digital a qualquer outro usuário externo diferente do próprio contribuinte e de seu representante legal. Onde, a partir deste ponto, se mencionar que a regra geral é o acesso liberado a processos fiscais digitais, está-se, na verdade, mencionando a inexistência de sigilo para os usuários internos do próprio Fisco.

Não obstante esta origem do sistema e-Processo, os demais procedimentos instrumentalizados em outros macroprocessos e processos de trabalho da RFB também passaram, cada vez mais, a utilizar a inovação tecnológica, como por fim veio a ocorrer com a sua corregedoria.

A propósito, a título de informação, as medidas adotadas no âmbito da instância fiscal, seja especificamente na RFB, por meio da Portaria SRF nº 259, de 2006, seja na processualística fiscal como um todo até as fases de julgamento e de recursos, por meio de atualizações no Decreto nº 70.235, de 1972, em muito se anteciparam ao comando que veio

ao ordenamento com o Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015, que disciplina o uso de meio eletrônico para o processo administrativo *lato sensu* no âmbito de toda a Administração Pública federal. Não obstante, este Decreto formalizou definições relevantes para o tema, com destaque para os arts. 2º e 7º a 10, no *caput* e nos §§ 1º e 2º do art. 11, no *caput* e nos §§ 1º e 2º do art. 12 e no § 2º do art. 22.

> *Decreto nº 8.539, de 2015 - Art. 2º Para o disposto neste Decreto, consideram-se as seguintes definições:*
> *I - documento - unidade de registro de informações, independentemente do formato, do suporte ou da natureza;*
> *II - documento digital - informação registrada, codificada em dígitos binários, acessível e interpretável por meio de sistema computacional, podendo ser:*
> *a) documento nato-digital - documento criado originariamente em meio eletrônico; ou*
> *b) documento digitalizado - documento obtido a partir da conversão de um documento não digital, gerando uma fiel representação em código digital; e*
> *III - processo administrativo eletrônico - aquele em que os atos processuais são registrados e disponibilizados em meio eletrônico.*
> *Art. 7º Os atos processuais em meio eletrônico consideram-se realizados no dia e na hora do recebimento pelo sistema informatizado de gestão de processo administrativo eletrônico do órgão ou da entidade, o qual deverá fornecer recibo eletrônico de protocolo que os identifique.*
> *§ 1º Quando o ato processual tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio eletrônico, serão considerados tempestivos os efetivados, salvo disposição em contrário, até as vinte e três horas e cinquenta e nove minutos do último dia do prazo, no horário oficial de Brasília.*
> *§ 2º Na hipótese prevista no § 1º, se o sistema informatizado de gestão de processo administrativo eletrônico do órgão ou entidade se tornar indisponível por motivo técnico, o prazo fica automaticamente prorrogado até as vinte e três horas e cinquenta e nove minutos do primeiro dia útil seguinte ao da resolução do problema.*
> *Art. 8º O acesso à íntegra do processo para vista pessoal do interessado pode ocorrer por intermédio da disponibilização de sistema informatizado de gestão a que se refere o art. 4º ou por acesso à cópia do documento, preferencialmente, em meio eletrônico.*
> *Art. 9º A classificação da informação quanto ao grau de sigilo e a possibilidade de limitação do acesso aos servidores autorizados e aos interessados no processo observarão os termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e das demais normas vigentes.*
> *Art. 10. Os documentos nato-digitais e assinados eletronicamente na forma do art. 6º são considerados originais para todos os efeitos legais.*
> *Art. 11. O interessado poderá enviar eletronicamente documentos digitais para juntada aos autos.*
> *§ 1º O teor e a integridade dos documentos digitalizados são de responsabilidade do interessado, que responderá nos termos da legislação civil, penal e administrativa por eventuais fraudes.*
> *§ 2º Os documentos digitalizados enviados pelo interessado terão valor de cópia simples.*
> *Art. 12. A digitalização de documentos recebidos ou produzidos no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverá ser acompanhada da conferência da integridade do documento digitalizado.*
> *§ 1º A conferência prevista no caput deverá registrar se foi apresentado documento original, cópia autenticada em cartório, cópia autenticada administrativamente ou cópia simples.*
> *§ 2º Os documentos resultantes da digitalização de originais serão considerados cópia autenticada administrativamente, e os resultantes da*

> *digitalização de cópia autenticada em cartório, de cópia autenticada administrativamente ou de cópia simples terão valor de cópia simples.*
> *Art. 22*
> *§ 2º Os órgãos e as entidades de que tratam o caput que já utilizam processo administrativo eletrônico deverão adaptar-se ao disposto neste Decreto no prazo de três anos, contado da data de sua publicação.*

Nesta linha, foi editada a Portaria MF nº 396, de 5 de setembro de 2017, que instituiu o Sistema Eletrônico de Informações (SEI) no âmbito do extinto MF, em cujo parágrafo único do art. 1º ratificou-se a possibilidade de os órgãos que já possuíam seu próprio sistema não eram obrigados a descontinuá-lo, bastando que os integrassem à norma ministerial.

> *Portaria MF nº 396, de 2017 - Art. 1º Instituir o Sistema Eletrônico de Informações (SEI) como sistema informatizado oficial de gestão de documentos e processos eletrônicos do Ministério da Fazenda (MF).*
> *Parágrafo único. As unidades que possuem seu próprio sistema informatizado de gestão de documentos e processos eletrônicos e optarem por sua continuidade devem integrá-lo ao SEI, conforme requisitos estabelecidos pela Coordenação-Geral de Tecnologia da Informação da Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração (COGTI/SPOA).*

Informe-se que, com a extinção do MF e com a consequente criação do Ministério da Economia (ME), foi editada a Portaria ME nº 294, de 4 de agosto de 2020, revogando a norma acima mencionada, instituindo o SEI/ME e mantendo ressalva na mesma linha da acma reproduzida, no *caput* e nos §§ 1º e 4º do art. 1º.

> *Portaria ME nº 294, de 2020 - Art. 1º Fica instituído o Sistema Eletrônico de Informações do Ministério da Economia - SEI/ME como sistema oficial de gestão de documentos e processos eletrônicos do Ministério da Economia.*
> *§ 1º O SEI que era utilizado pelo extinto Ministério da Fazenda passa a ser a instância principal a ser utilizada no âmbito do Ministério da Economia.*
> *§ 4º As unidades do Ministério da Economia que porventura possuam seu próprio sistema informatizado de gestão de documentos e de processos eletrônicos e que optem por sua manutenção devem integrá-lo ao SEI/ME, conforme requisitos estabelecidos pelo Órgão Gestor do sistema.*

Acrescente-se ainda que todo este arcabouço normativo evolutivo foi mais uma vez sedimentado com as alterações que o Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011 (que, em sintéticas palavras, regulamenta o PAF, chamado de Repaf), recebeu por meio do Decreto nº 8.853, de 22 de setembro de 2016. Desta feita, a norma regulamentar também passou a contemplar, no parágrafo único do art. 2º, no inciso III do art. 11, nos arts. 147-A, 147-B e 147-C, que os atos e termos processuais, inclusive intimações, podem ser formalizados, tramitados, comunicados e transmitidos em formato digital; que os documentos de instrução do processo podem ser nato-digitais ou digitalizados, com conversão fiel de imagem nos termos já adotados pela ICP-Brasil e de acordo com a MP nº 2.200-2, de 2001; e que as matrizes físicas dos documentos podem ser objeto de descarte.

Harmonizando-se então com este contexto normativo, institucional e tecnológico, o sistema correcional da RFB iniciou os estudos para analisar a viabilidade jurídica do emprego do sistema e-Processo nos processos disciplinares e em todos os demais procedimentos correcionais, por meio de Grupo de Trabalho designado pela Portaria Coger nº 37, de 19 de junho de 2013. Diante das primeiras avaliações positivas, no final daquele mesmo ano, decidiu-se pela realização de processo-piloto, de viés experimental, no âmbito do Escor da 5ª Região Fiscal (Escor05). Daí, três ocorrências foram formalizadas em processos com suporte documental em meio digital no início do ano seguinte e que redundaram na instauração dos dois primeiros processos disciplinares em formato digital.

Tendo-se, no curso de dois anos experimentais, amadurecida a percepção da

viabilidade jurídica e tecnológica para adoção da ferramenta na processualística disciplinar, foi, enfim, editada a Ordem de Serviço (OS) Coger nº 1, de 3 de junho de 2015, que estabelece os procedimentos para utilização do e-Processo na Coger e nos Escor em seus arts. 1º a 3º, exigindo, inclusive, o disciplinamento procedimental interno por meio de manualização, conforme seu art. 4º. No contexto da necessária cautela com que deve absorver inovações, o sistema correcional se concedeu o período de cerca de uma década observando e acompanhando o amadurecimento do emprego da ferramenta tecnológica na instância fiscal. E, mesmo após ter positivado a adoção do processo digital, na prática, a mudança de paradigma do suporte documental dos procedimentos correcionais se deu de forma gradativa e não exclusiva. Passou-se por uma fase de transição, em que conviveram processos físicos com processos digitais, cujo desenlace foi a total supremacia da instrumentalização em meio digital. Respeitando esta dinâmica não impulsiva, a própria OS, em seu art. 5º, com o fim de prevenir uma alteração impactante em todo sistema em uma única data, estabeleceu a sua entrada em vigor diferida no tempo por Escor, a saber: a partir de 05/06/15 para os Escor03, Escor04, Escor05, Escor06 e Escor10; a partir de 31/08/15 para os Escor03, Escor04, Escor05, Escor06 e Escor10; e a partir de 31/12/15 para os Escor07 e Escor08.

> *OS Coger nº 1, de 2015 - Art. 1º Todas as denúncias, representações e demais expedientes que tratem de irregularidade funcional recebidos pela Corregedoria ou por seus Escritórios deverão ser formalizados no sistema e-Processo.*
> *§ 1º Os processos administrativos formalizados em papel até a data de entrada em vigor desta Ordem de Serviço deverão permanecer assim até a decisão quanto à instauração de processo administrativo disciplinar.*
> *§ 2º Os processos administrativos em papel que forem convertidos em processos administrativos disciplinares devem ser digitalizados e, deverão receber nova numeração Comprot, quando da formalização no sistema e-Processo.*
> *§ 3º Os processos administrativos em papel que forem convertidos em processos administrativos disciplinares deverão ser enviados para arquivamento na Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda jurisdicionante.*
> *Art. 2º Os processos administrativos disciplinares instaurados após a entrada em vigor desta Ordem de Serviço deverão ser formalizados no sistema e-Processo.*
> *Parágrafo único. Os processos administrativos disciplinares em curso permanecerão em papel.*
> *Art. 4º Os procedimentos de que trata esta Ordem de Serviço serão disciplinados no Manual Coger de Utilização do e-Processo.*

Nesta linha, a Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, que dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da RFB, em seu art. 21, estabeleceu que a tramitação de não só de processos mas também de documentos no âmbito do sistema correcional deve se operar, preferencialmente, por meio eletrônico.

> *Portaria RFB n° 4.505, de 2020 - Art. 21. O encaminhamento de processo e de documentos previstos nesta Portaria será realizado, preferencialmente, por meio eletrônico.*

Assim sendo, diante da formal adoção no sistema correcional, cabe aqui uma breve apresentação das potencialidades e das limitações do sistema e-Processo e das peculiaridades dos processos digitais em comparação com os processos físicos, partindo da sua aplicação em geral na RFB e enfocando, quando necessário, as particularidades do seu emprego na corregedoria.

Inicialmente, no que tange à formalização, segundo o *caput* do art. 1º da OS Coger nº 1, de 2015, todas as denúncias, representações e demais expedientes noticiadores de

irregularidade funcional que dão entrada na corregedoria devem ter suporte documental em meio digital e devem ser formalizados no sistema e-Processo, como processo digital, pois não se deve trabalhar com documentos ou ocorrências soltas, à margem de protocolização. Convém aqui ressaltar que, visando salvaguardar o trâmite do apuratório disciplinar, as demandas incidentais, como as decorrentes de ações judiciais e de pedidos extravagantes ao inquérito administrativo, deverão ser formalizadas em processos administrativos específicos, vinculados por meio de funcionalidade do sistema e-Processo à sindicância disciplinar ou ao processo administrativo disciplinar de origem.

É de se reconhecer que o sistema e-Processo até permite também o emprego do dossiê digital, assim compreendido como o conjunto de documentos consolidados em suporte digital, utilizado para tramitação de expedientes, documentos ou atos que não necessitem do formalismo e da cautela de estarem autuados em processo administrativo, como é comum nas medidas preparatórias de ação fiscal. Não obstante esta possibilidade, a corregedoria não a utiliza, já que, não tendo sequer a protocolização no sistema formal, o dossiê não aufere existência, reconhecimento e visibilidade externas ao ambiente da RFB, o que viria a não atender exigências comuns, por exemplo, em petições ou em respostas que a Coger, os Escor, o GNI, o Grupo Nacional de Pareceristas (GNP) ou o Grupo Nacional de Comissões (GNC) costumam dirigir ao Poder Judiciário, sobretudo em questões incidentais ou cautelares.

Na aplicação complementar do *caput* do art. 2º da OS Coger nº 1, de 2015 - que determina que todos os processos disciplinares a serem instaurados devem ser formalizados no sistema e-Processo -, se a representação ou denúncia já deu entrada no sistema correcional em meio digital, assim também transcorrendo a fase de admissibilidade, é certo que, sob este meio, aquela ocorrência já havia sido protocolizada no sistema Comprot e já havia sido formalizada no sistema e-Processo desde a unidade de origem e o processo disciplinar eventualmente decorrente *a priori* segue sob a mesma numeração de cadastro originalmente obtida (a menos da hipótese que adiante se abordará, de a ocorrência ter sido protocolizada na unidade de origem de forma inapropriada, informando o servidor envolvido como "Interessado").

Restam então três hipóteses em que se fará necessário que o GNI, como porta padrão de entrada de novas notícias no sistema correcional, proceda ao cadastramento do processo digital no sistema Comprot: nas ocorrências com suporte documental em papel recebidas de origem externa; ou em quaisquer ocorrências iniciadas no próprio sistema correcional.

Obviamente, o termo "cadastramento" aqui encampa um sentido amplo, abrangendo desde a protocolização no sistema Comprot, compreendida como o primeiro e inaugural registro do processo naquele sistema e recebimento de sua numeração original, como também a atribuição de um novo nº de cadastro a um processo que já havia sido protocolizado e recebido uma numeração original no sistema Comprot.

O cadastramento do nº de um processo digital no sistema Comprot é obtido empregando-se a funcionalidade "Obter o número do processo no Comprot", do Sistema Integrado de Informações Econômico-Fiscais/Processos (Sief/Processos), marcando a opção "Digital" na espécie de processo - o que já faz surgir automaticamente no sistema e-Processo, de forma imediata ou após pequeno intervalo de tempo, o processo digital. Mas antes, é preciso fazer o pré-cadastramento do processo digital no sistema Sief/Processos, classificando-o em três níveis, quais sejam: primeiramente, em grupo; na sequência, em tipo; e, por último, em subtipo.

Mais detalhadamente, informe-se que existem três grupos pré-definidos para processos digitais no sistema Sief/Processos: "Processo Tributário", "Processo Previdenciário" e "Processo Administrativo/Judicial", interessando à atuação correcional apenas o último grupo. Dentro deste grupo de processo digital, deve-se selecionar o tipo "Recursos Humanos". Por

fim, no último patamar de classificação, dentro daquele tipo de processo digital, existem quatorze subtipos de interesse: “Abandono de Cargo/Demissão”, “Acumulação de Cargos”, “Auditoria - Corregedoria”, “Demissão de Servidor - Revisão”, “Denúncias - Pessoal”, “Inquérito Administrativo”, “Inquérito Administrativo - Prorrogação de Prazo”, “Processo Administrativo Disciplinar/Inquérito”, “Processo Administrativo Disciplinar”, “Processos Disciplinares - Pessoal”, “Representação/Denúncia”, “Representação/Denúncia - Sobre Pessoal”, “Sindicância/Inquérito” e “Sindicância-Processo Adm. Disciplinar”, chegando-se então a uma classificação em grupo, tipo e subtipo que se pode compreender, de certa forma, como residual e minoritária em relação à amplitude dos grupos de natureza fiscal e dos demais tipos e subtipos e ao extenso universo de processos digitais neles cabíveis.

Cabe aqui abrir um parêntese na descrição instrumental do cadastramento, retomando o histórico da evolução tecnológica, a fim de detalhar um aspecto peculiar da aplicação do sistema e-Processo pela corregedoria da RFB. Mediante padrões pré-definidos interna e nacionalmente no sistema, os processos digitais classificados naqueles quatorze subtipos acima descritos (dentre outros, como por exemplo, os já mencionados dossiês digitais pré-processuais de documentos preparatórios de ação fiscal ainda sem protocolização ou os processos digitais com tramitação sob segredo de justiça, ambos de detalhamentos desnecessários) inserem-se no chamado módulo sigiloso, criado em 01/09/10 e de uso excepcional, que restringe a já apresentada regra geral de acesso aos autos.

Antes da criação deste módulo sigiloso, a regra geral de transparência e de publicidade do sistema e-Processo não contemplava a necessidade da matéria disciplinar, de se ter de restringir o acesso aos processos digitais não só externamente mas até mesmo para o próprio corpo funcional da RFB. Suprindo tal peculiaridade, o módulo sigiloso do sistema aplica automaticamente duas marcas de sigilo que inibem a visualização dos autos para todos os procedimentos digitais de interesse correcional. A primeira marca de sigilo inibe o acesso para o usuário estranho àqueles já mencionados três órgãos gestores do sistema (a saber, a RFB, PGFN e o Carf), ou seja, impede que o próprio interessado externo consulte os autos e peticione por meio do e-CAC, via internet. A segunda marca inibe o acesso no âmbito dos usuários internos daqueles três órgãos, ou seja, impede que, salvo um usuário a quem se atribua a condição de “deter a guarda ou a carga momentânea” dos autos ou de “estar autorizado a efetuar consultas e solicitações de juntada” no processo (nos sentidos figurados e coloquiais das expressões e paras as quais posteriormente se darão as denominações formais, respectivamente, de “responsável” e de “habilitado”), os demais servidores os consultem e os impulsionem, por meio da *intranet* institucional. Antecipe-se que as mencionadas figuras de responsável e de habilitado para o processo sigiloso surgem de forma coerente, porque a noção de sigilo não se coaduna com permissão de visualização ostensiva e liberada, fazendo com que o sistema exija a existência daqueles usuários a quem, exclusivamente, se concede acesso.

Compreenda-se, então, que o emprego do sistema e-Processo pela processualística disciplinar, mediante módulo específico, significa uma diferenciação excepcional em toda forma de se pensar e de se utilizar a nova ferramenta tecnológica, que tem a facilitação da transparência como uma de suas potencialidades. Na matéria correcional, a reserva se faz muito mais crítica, sensível e exigida, restringindo-se o acesso aos seus processos digitais apenas aos agentes das unidades de correição devidamente autorizados e ao acusado. Tal cautela se aplica tanto à fase de admissibilidade, em que o sigilo é protegido pelo § 3º do art. 7º daquela Lei, quanto ao processo disciplinar em si, cujo sigilo tem a proteção específica do *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Além da cristalina e inequívoca diferenciação, sob a ótica do acesso externo, no trato de processos digitais correcionais e de processos digitais fiscais (nos quais o contribuinte interessado, na condição de usuário externo, visualiza os autos, solicita juntada de

documentos e consulta solicitações e atos de comunicação fora do ambiente institucional), aquelas duas fontes legais de sigilos específicos da instância correcional impedem, sob a ótica interna, que nela se repita a amplitude de acesso propiciada na instância fiscal, já que, nesta, a existência apenas de dados protegidos por sigilo fiscal não impediria o acesso de usuários integrantes dos três órgãos gestores do sistema.

Enquanto nos processos fiscais em meio digital - e também na maioria dos processos de mero interesse funcional de servidor atinentes a temas da alçada da gestão de pessoas - a regra é a liberada acessibilidade no ambiente interno de usuários da RFB e para tal regra todo o sistema e-Processo foi aprioristicamente arquitetado, nos processos disciplinares em meio digital, a regra é a segregação do acesso a poucos usuários com perfil específico e restrito para o módulo sigiloso (perfil denominado "Epro-Processo Sigiloso"). Por estes motivos se considera que a aplicação daquela segunda marca de sigilo, voltada para usuários internos, é que, de fato, torna um processo digital sigiloso no sistema.

Fechado este parêntese e retomando a instrumentalidade, ao se informarem aqueles três níveis de classificação do processo digital no sistema Sief/Processos, faz-se um pré-cadastramento naquele sistema e os autos recebem um nº de cadastramento no sistema Comprot já no formato de numeração padrão do sistema e-Processo. Em outras palavras, automaticamente, o cadastramento de um processo digital no sistema Comprot tanto exige o seu pré-cadastramento (classificação no grupo, tipo e subtipo, com o quê já pode ser consultado na lista de processos pré-cadastrados) no sistema Sief-Processos quanto alimenta automaticamente a base de dados do sistema e-Processo.

A numeração de processo administrativo *lato sensu* no padrão do sistema Comprot tem, como regra geral, os cinco primeiros dígitos refletindo um código neste sistema associado à unidade responsável por sua protocolização, seguidos de seis dígitos com a numeração sequenciada propriamente dita, separados por barra de quatro dígitos indicadores do ano e de dois dígitos verificadores. A numeração padrão do sistema e-Processo diferencia os processos digitais convencionando o sexto e o sétimo dígitos sempre como "7" e "2", restando então as formas xxxxx.xxxxxx/xxxx-xx para processos físicos e xxxxx.72xxxx/xxxx-xx para processos digitais.

Como cautela não só para preservar a imagem do servidor envolvido com os fatos sob investigação mas também evitar gerar indevido interesse (e consequente alegação de direito de acesso aos autos, caso o rumo do processo aponte para novo possível envolvido), no momento da protocolização no sistema Comprot, não se registra o nome do agente como "Interessado" - até porque, ainda que se quisesse insistir em tal impropriedade, seria inviável fazê-lo quando há mais de um acusado, pois aquele sistema não permite a inclusão de mais de um "Interessado". Deve-se registrar como tal o Ministério da Economia (ME).

Apresentados os detalhes acerca da protocolização e do nº de cadastro (cadastramento) no sistema Comprot e da formalização no sistema e-Processo, apresentam-se três primeiros conceitos importantíssimos que este último sistema utiliza e que são fundamentais para a compreensão do seu funcionamento, que são as unidades, as equipes e as atividades.

As unidades reconhecidas pelo sistema e-Processo são exatamente as células regimentais dos órgãos usuários (RFB, PGFN e Carf), detentoras do já mencionado código próprio nos cinco primeiros dígitos da numeração do sistema Comprot. No caso da RFB, dentre outras, são unidades carregadas no sistema as Superintendências Regionais, as Delegacias, as Inspetorias, as Alfândegas, as Agências da Receita Federal do Brasil (SRRF, DRF, IRF, ALF e ARF) e, destacadamente, a Coger e cada um dos dez Escor, bem como as unidades centrais, a exemplo das demais Coordenações-Gerais e as Subsecretarias. As equipes, cadastradas dentro de cada unidade, são grupos de usuários que realizam uma mesma atividade ou as mesmas atividades, podendo uma equipe ter equipes subordinadas

(subequipes). As atividades, padronizadas nacionalmente, são ações esperadas no curso processual e, sendo operações comuns do transcurso do processo, não são exclusivas de cada equipe; ao contrário, diversas equipes podem realizar uma mesma atividade. Mencionem-se algumas atividades frequentemente realizadas pelas equipes da corregedoria: “Receber Processo - Triagem”, “Receber Retorno de Processo”, “Apreciar e Assinar Documento”, “Executar Julgamento / Despacho”, “Emitir Parecer / Despacho”, “Preparar Informação / Minuta” e “Preparar e Instruir Processo”. Antecipe-se que, diante do sentido abrangente das atividades, não há um grande rigor na exata delimitação de emprego de cada uma pelas equipes das unidades de correição ao longo do transcurso de um processo digital.

Por fim, como qualquer sistema informatizado, o sistema e-Processo possui um conjunto de funcionalidades, que permitem ao usuário gerenciar processos digitais e documentos, tais como, dentre outras, comuns no emprego pelas equipes da corregedoria: consultar documentos, equipes ou processos, importar documentos, emitir relatórios gerenciais, copiar documentos de outro processo, imprimir e obter cópia de documentos ou de processos, apensar processos, vincular processos, atribuir ou retirar sigilo de processos, acompanhar e arquivar processos, movimentar processos, distribuir processos, tornar processo físico, solicitar juntada de documento, juntar documento, definir assinaturas, assinar documentos, excluir documentos.

Conjugando estes dois últimos conceitos, é de se acrescentar que o sistema e-Processo permite ainda que suas atividades padronizadas recebam três diferentes configurações a partir da funcionalidade “Associar Atividades às Equipes” (que, por ser excepcional, nem foi mencionada na lista do parágrafo antecedente). De forma mais específica para as equipes da corregedoria, mencionam-se apenas duas daquelas configurações, a saber, “Permitir Distribuição na Movimentação” e “Permitir Distribuição por Qualquer Membro”, cujas ativações a favor das equipes incumbem, no caso do sistema correcional, ao Corregedor, aos Chefes de Escor e aos Coordenadores do GNI, do GNP e do GNC, e que terão seu emprego e sua importância mencionadas adiante.

Algumas destas funcionalidades serão mencionadas e abordadas com mais detalhes ao longo deste tópico ou de **4.3.11.10** ou ainda diluidamente no curso de todo o presente texto. Mas, de imediato, duas delas merecem destaque: a movimentação e a distribuição dos autos, que não se confundem com prática de ato processual. Ambas podem ser definidas, de maneira extremamente sintética, como gêneros de funcionalidades que se empregam para deslocar processos digitais, seja entre atividades, seja entre equipes, seja entre integrantes da equipe, e se desdobram em espécies, sendo algumas aplicáveis a todos tipos de processos formalizados no sistema e-Processo enquanto outras, em sentido contrário, não são aplicáveis a processos disciplinares em meio digital e que, portanto, não merecerão atenção e aprofundamento no presente texto além da rápida menção aqui nesta passagem.

As movimentações, como um gênero de funcionalidade, são compreendidas como deslocamentos de processos digitais que implicam a alteração de pelo menos um dos dois elementos: a equipe ou a atividade. Pode-se, então, ter a movimentação que altera a equipe para realizar a mesma ou outra atividade e pode-se ter ainda a movimentação que altera a atividade a cargo de uma equipe. E, de forma meramente conceitual e didática (inexistindo tais expressões no sistema e-Processo), podem ser ramificadas em movimentações em geral, típicas dos processos digitais de acesso liberado, em que não há que se preocupar a quem (a qual usuário individualmente) exatamente se atribui o processo, e movimentações mais estritas, em processos digitais marcados pelo sigilo operado até no ambiente interno da RFB (como é o caso dos procedimentos correcionais), em que se obriga a atribuição do feito a determinado usuário, que, como já se antecipou linhas acima, se chamará de “responsável” (ou, em outras palavras, em que se obriga que a movimentação também contemple obrigatoriamente a distribuição dos autos àquele usuário específico, a que o sistema denomina

especificamente de “movimentação com distribuição”).

Já no foco mais específico desta ramificação das movimentações de emprego nos processos digitais requeredores de sigilo interno, como ocorre no âmbito da corregedoria, a espécie de movimentação que altera a atividade a ser realizada pela mesma equipe pode ser tida como menos comum no emprego correcional do sistema e-Processo (em vista da já reconhecida elasticidade com que as atividades são previamente definidas), enquanto a espécie de movimentação mais frequente, que altera a equipe, somente repercute em registros de tramitação no sistema Comprot se a equipe de destino for de outra unidade (ou até mesmo entre equipes de mesma unidade que possuam códigos próprios no sistema Comprot, em unidades maiores, o que não é o caso da corregedoria). Ressalta-se que a movimentação com distribuição somente é autorizada pelo sistema e-Processo quando realizada por membro da equipe onde se encontra o processo e quando a atividade de destino do processo estiver configurada com “Permissão para Distribuição na Movimentação” (configuração no sistema a partir da funcionalidade “Associar Atividades às Equipes”). Em razão disto, todas as atividades por onde tramitarão os processos disciplinares deverão possuir a mencionada autorização. Além disto, enquanto não há outras exigências para o usuário responsável pelo processo realizar a movimentação em comento, o usuário não responsável também terá autorização para realizar a movimentação desde que possua o perfil “Epro-Processo Sigiloso” ou que uma das equipes do sistema e-Processo de que faça parte esteja habilitada para acesso aos autos.

Por sua vez, as distribuições, também como um gênero de funcionalidade, são compreendidas como deslocamentos de processos digitais dentro da mesma equipe. E, de forma meramente conceitual e didática (à margem de tais definições no sistema e-Processo), podem ser ramificadas em distribuições em geral e distribuições mais estritas, respectivamente típicas dos processos digitais de acesso liberado ou marcados pelo sigilo interno, dependendo se há dispensa ou necessidade de se atribuir o feito a determinado usuário. Há quatro espécies de distribuição no sistema e-Processo (distribuição em sentido estrito, autodistribuição, liberação e redistribuição). A escolha da terminologia na arquitetura do sistema pode não ter sido a mais feliz, pois obriga que se deixe claro que o sentido do termo “distribuição” naquela expressão “movimentação com distribuição”, que quer indicar a atribuição da “guarda ou da carga dos autos” a determinado usuário (responsável), não se confunde com esta funcionalidade “distribuição”, nem em gênero, nem em espécie.

Destas quatro espécies, apenas a redistribuição interessa no presente texto, pois as outras três não se aplicam a processos digitais requeredores de sigilo interno, como ocorre no sistema correcional. A redistribuição de um processo digital é a funcionalidade que atribui a outro integrante da equipe realizar a mesma atividade anteriormente designada, sem que o processo sequer saia da equipe. Na redistribuição, o processo digital está sob a “guarda” ou sob a “carga” de um integrante da equipe e este integrante redistribui os autos para outro integrante ou pode ainda este outro integrante redistribuir os autos para si próprio ou em favor de outrem, devendo neste último caso o usuário possuir o já mencionado perfil específico para processo digital sigiloso ou ter sua equipe habilitada para acesso aos autos. Ressalta-se que a redistribuição somente é autorizada pelo sistema e-Processo quando a atividade onde se encontra o processo estiver configurada com “Permissão para Distribuição por Qualquer Membro” (configuração no sistema a partir da funcionalidade “Associar Atividades às Equipes”) ou quando o usuário estiver cadastrado como supervisor da equipe onde se encontra o processo (configuração no sistema a partir da funcionalidade “Associar Membros às Equipes”). Além disso, enquanto não há outras exigências para o usuário responsável pelo processo realizar a redistribuição em comento, o usuário não responsável também terá autorização para realizar a redistribuição desde que possua o perfil “Epro-Processo Sigiloso” ou que uma das equipes do sistema e-Processo de que faça parte esteja habilitada para acesso aos autos

A Coordenação-Geral de Arrecadação e Cobrança (Codac), como gestora do sistema e-Processo, emite notas técnicas acerca do seu emprego e uma destas manifestações, a Nota Técnica e-Processo nº 17/2014, estabelece diretrizes para formação de nomes e siglas das equipes e das atividades e obriga que todas as unidades sempre tenham, independentemente de quaisquer outras equipes em seu cadastro, duas equipes em especial, denominadas Triag (equipe de triagem) e Gabin (gabinete).

A equipe Triag resume-se à porta de entrada na unidade, cabendo-lhe as atividades de recepção, triagem, classificação e distribuição dos processos digitais (tanto sobre a matéria-fim quanto sobre temas diversos, tais como de gestão de pessoas do seu próprio quadro) movimentados por outras unidades de origem. E, como o próprio nome indica, a equipe Gabin centraliza as atividades típicas da chefia da unidade.

No caso dos Escor, a equipe Triag recebe os processos digitais tanto da matéria correcional propriamente dita (representações ou denúncias, por exemplo) quanto de assuntos de interesse pessoal de seus servidores (pedidos de licenças ou de remoção, por exemplo). Por sua vez, a equipe Gabin é integrada pela chefia do Escor e pode ter ainda algum(ns) outro(s) servidor(es) de secretaria que atue(m) próximo ao Chefe do Escor; por meio desta equipe, a chefia do Escor exerce sua necessária atuação gerencial ou técnica nos processos digitais e também consulta qualquer outro processo digital a cargo de outras equipes, mesmo que não as integre. No sistema correcional, adotou-se a praxe, não obrigatória, de as chefias dos Escor fazerem parte de ambas as equipes. De forma similar, a Coger também possui suas equipes Triag e Gabin, com o Corregedor e o Corregedor Adjunto fazendo parte de ambas.

Satisfeitas estas pré-condições estabelecidas pela Codac, no grau de liberdade interna de cada unidade, convencionou-se que os Escor têm a seguinte estrutura mínima cadastrada no sistema e-Processo, além das equipes Triag e Gabin:

- uma equipe (Gatau) para albergar os integrantes do grupo de atividades auxiliares;
- uma equipe (Gasse) para albergar os integrantes do grupo de assessoramento;
- uma equipe (Gridi) para albergar os integrantes do grupo de investigação disciplinar, sejam individualmente incumbidos de procedimentos investigativos, sejam, sob subordinação, as subequipes (EIxxx, onde xxx corresponde à Região Fiscal - RF e à numeração sequencial das equipes em cada Escor) em que se cadastram as efetivas equipes de investigação, sendo que a chefia do Escor, por intermédio da equipe Gabin, e a chefia e os supervisores das equipes de investigação da Divisão de Investigação Disciplinar (Divid), por meio da equipe Divide suas subequipes subordinadas, deve ter acesso aos processos digitais a cargo das subequipes;
- uma equipe (Graco), sem atividades específicas, apenas para albergar, sob subordinação, as subequipes (Comxxx, onde xxx corresponde à RF e à numeração sequencial das comissões em cada Escor) em que se cadastram as efetivas comissões disciplinares, sendo que a chefia do Escor, por intermédio da equipe Gabin, e a chefia e os servidores da Divisão de Análise Correcional (Diaco), por meio da equipe Diaco, devem ter acesso aos processos digitais a cargo das comissões;
- uma equipe Arqui, empregada apenas para arquivamento local provisório de processos digitais ou para arquivamento de processos digitais que contenham dados protegidos por cláusulas específicas de sigilo, após suas conclusões.

De outro giro, além das já mencionadas Triag, Gabin e Arqui, a Coger tem como principais equipes em plena atuação, refletindo seu organograma regimental atual:

- uma equipe Codis, para o Coordenador Disciplinar, sob a qual se subordinam a subequipe Diaco, para albergar os servidores localizados na Diaco; a subequipe Divid, à

qual se subordinam subequipes próprias, abaixo discriminadas; e a subequipe Sejuc, para albergar os servidores localizados no Serviço de Acompanhamento Judicial e Controle (Sejuc);

  - a subequipe Divid abriga a subequipe Grupo Especial de Supervisão, para albergar supervisores das equipes de investigação; e a subequipe Grupo de Investigação Disciplinar, para albergar as equipes de investigação;

- uma equipe Diren, para albergar os servidores localizados na Divisão de Responsabilização de Entidades Privadas (Dires);
- uma equipe Seaux, para albergar os servidores localizados no Serviço de Atividades Adminitrativas (Sesad);
- e uma equipe Sacad, para albergar os servidores localizados na Seção de Capacitação e Desenvolvimento (Sacad).

Uma vez que a Codac exige que todas as unidades tenham a sua equipe Triag cadastrada e como o sistema e-Processo informa à unidade remetente qual a equipe de entrada na unidade de destino, todos os processos digitais movimentados para os Escor (não só as denúncias ou representações oriundas de unidades externas ao sistema correcional mas também as demais demandas sobre matérias diversas da atividade-fim) dão entrada por intermédio daquela equipe. E, no caso de ocorrências que chegam ao Escor ainda em suporte documental em papel, após a vigência da OS Coger nº 1, de 2015, são convertidas para formato digital, conforme já exposto acima (e o mesmo se aplica a processos administrativos *lato sensu* acerca de matérias diversas da atividade-fim).

A fim de esgotar de plano a rápida menção sobre um tema sem relevância para o presente texto, informa-se que, por um lado, os processos digitais, sejam já recebidos em suporte documental digital, sejam aqueles que necessitaram de digitalização (escaneamento), que versam sobre matérias diversas da atividade-fim (processos de assuntos de gestão de pessoas, por exemplo) são movimentados para a equipe Gatau, para que algum integrante do grupo de atividades auxiliares dê-lhe o devido tratamento.

E, por outro lado, especificamente no tema sobre o qual vai se dedicar aprofundamento na sequência do presente tópico, os procedimentos correcionais em meio digital, sejam já recebidos pela equipe Triag em suporte documental digital, sejam aqueles que necessitaram de digitalização (escaneamento), são movimentados para a equipe Gabin, onde receberão os tratamentos iniciais a cargo do Chefe do Escor, conforme a seguir se sintetiza.

Uma vez que as representações ou as denúncias e os processos disciplinares, ao serem pré-cadastrados no sistema Sief/Processos com classificação correspondente a um dos quatorze subtipos de processos digitais de interesse do sistema correcional, não só recebem o seu nº de cadastro no sistema Comprot, mas também, neste mesmo momento, já obtêm a marcação automática de sigilo, em razão da configuração nacional, e, por conseguinte, requerem a identificação de a quem, individualmente, devem ser atribuídos (a figura do responsável), cabe a cada Escor definir previamente no sistema e-Processo quem dentre os integrantes de sua equipe Triag deve figurar como tal, para recepcioná-los neste primeiro momento e para poder acessar os autos. A praxe é de as chefias dos Escor figurarem como responsáveis no sistema para recepção de processos digitais, daí porque integram a citada equipe.

Em consequência, se uma representação ou denúncia for movimentada para um Escor com a devida classificação e com a marcação automática de sigilo desde a unidade de origem, pode se afirmar que o remetente também atribui a responsabilidade a um usuário da equipe Triag na unidade de destino a quem concede acesso à ocorrência (em geral, o Chefe do

respectivo Escor). Em outras palavras, nas movimentações de processos digitais, o sistema informa à unidade remetente qual a equipe de entrada e quem figura como responsável para acessar processos sigilosos na unidade de destino.

Por outro lado, se uma representação ou denúncia der entrada em um Escor sem a marcação automática de sigilo - ou seja, se a ocorrência deu entrada ainda em formato não digital e foi então convertida ou, mesmo que já esteja em processo digital, se um servidor na unidade de origem a cadastrou no sistema Sief/Processos em um subtipo processual diferente daqueles quatorze de interesse da corregedoria do tipo processual “Recursos Humanos e do grupo processual “Processo Administrativo/Judicial” e a movimentou fora do módulo sigiloso -, estando em ambas hipóteses na equipe Gabin, o Chefe do Escor deve definir, manualmente, as duas marcas de sigilo para aquele processo digital.

Para abordar este incidente, neste ponto, faz-se então necessário apresentar uma segunda possibilidade de manejo de processos digitais sigilosos no sistema e-Processo.

Além da funcionalidade que permite que as marcas de sigilo sejam nacionalmente configuradas de forma automática para qualquer processo digital classificado nos quatorze subtipos de processos digitais correcionais, sendo a cláusula de sigilo uma exceção na construção como um todo do sistema e-Processo - embora, por oposição, seja a regra geral para o emprego do sistema pela corregedoria -, há ainda uma outra funcionalidade, que atribui a restritos usuários que precisem atuar em processos digitais sigilosos um perfil específico para estes processos. A posse deste perfil é um atributo pessoal do servidor, que não se altera em razão das equipes que integra ou dos processos digitais em que atua.

Obviamente, já que os processos correcionais em meio digital são sigilosos, de forma geral, os servidores dos Escor e da Coger devem ser contemplados, pelos respectivos titulares de unidades, com este perfil específico para processos digitais sigilosos. Para deixar inequívoca a diferenciação e a especificidade, enquanto pode-se dizer que a posse deste perfil para usuários da instância fiscal é exceção, por outro lado, é a regra geral para usuários do sistema correcional.

A atribuição deste perfil a um usuário permite-lhe marcar com sigilo um determinado processo digital originalmente não incluído na configuração nacional do módulo sigiloso e do qual esteja como responsável. E, já que a marcação de sigilo é exceção no âmbito do sistema e-Processo, obriga-se que, na sequência, este usuário deixe registrada a justificativa para ter tornado aqueles autos sigilosos, que ficará incluída em seu histórico (como o sistema não sugere textos padronizados para tal justificativa, cabe ao usuário descrever livremente a sua motivação, como, por exemplo, justificar que se trata de representação, de denúncia ou de processo disciplinar).

A posse deste perfil permite também ao usuário movimentar com distribuição ou redistribuir processos sigilosos que estejam com a equipe de que é integrante, ainda que não seja o seu responsável. Interessante destacar que mesmo um usuário sem o perfil específico para processo digital sigiloso, ao lhe ser distribuído um processo digital marcado com sigilo, o que lhe atribui a condição de responsável, passa a poder acessá-lo.

Após a abordagem do tema referente ao sigilo dos processos digitais, faz-se agora pertinente apresentar dois outros conceitos empregados pelo sistema e-Processo e também fundamentais para a compreensão do seu funcionamento, sobretudo quanto a processos sigilosos, quais sejam, as condições de responsável e de habilitado e as noções de responsabilidade e de habilitação em processo digital. Na verdade, são conceitos completamente associados uns aos outros, tanto que, ao se abordar o sigilo, fez-se indispensável mencionar, por inúmeras vezes, ainda que de forma diluída, a ideia de usuário responsável. Pode-se dizer que há uma circularidade complementar a relacionar todos estes conceitos, de sorte que a noção completa de cada um deles somente advém, de forma

recíproca e dinâmica, após se apresentarem as noções dos demais.

Conforme já mencionado, uma vez que as ocorrências e os processos disciplinares encartados em processos digitais são demarcados no sistema e-Processo com cláusula de sigilo, que impede visualização ostensiva e liberada de seus conteúdos, requerem a definição, a cada momento, de algum usuário que figure como responsável, o que equivale a quem detinha a "guarda" ou a "carga" se ainda se cogitasse de um processo com suporte documental em papel. Tal condição é exercida, a cada momento, individualmente apenas por um único determinado usuário e não por toda equipe que ele integra, e independe de prévia habilitação.

A responsabilidade pode ser alterada em favor de outro integrante da equipe, mantida a mesma atividade a ser executada, na hipótese de redistribuição do processo digital. A responsabilidade também pode ser alterada em favor de integrante da mesma equipe (mas nada impede que seja para o mesmo integrante que já estava como responsável) em outra atividade ou em favor de integrante de outra equipe na mesma ou em outra atividade, nas duas espécies de movimentação acima descritas como movimentação com distribuição, pois o mesmo ato contempla não só a mudança de atividade e/ou de equipe do processo digital como também a definição do novo responsável dentre os integrantes que o próprio sistema lista da equipe de destino.

Quanto aos poderes do responsável, de imediato, informe-se que, no primeiro momento da tramitação de um processo digital, apenas este usuário pode ter acesso aos autos; mas, em seguida, também os usuários habilitados pelo responsável, bem como, no transcurso processual, aqueles usuários habilitados por responsáveis anteriores também podem ter acesso aos autos.

Mas, mais que o poder de consulta dos autos, sintetize-se que o responsável não sofre nenhuma restrição no impulso do processo digital. Se, além de figurar como responsável, o usuário também possuir o perfil específico para processo digital sigiloso, pode alterar a marcação de sigilo, tornando o processo sigiloso ou não sigiloso. E, tão somente por figurar como responsável, mesmo que não possua aquele perfil específico, o usuário pode alterar o conteúdo do processo (juntar ou excluir documentos); pode movimentar com distribuição ou redistribuir o processo, o que significa dizer também que pode atribuir a outro usuário (mesmo que este também não possua o perfil específico) a subsequente qualidade de novo responsável, bastando distribuir-lhe o processo, seja movimentando com distribuição, seja redistribuindo; e pode habilitar e desabilitar toda uma equipe ou outros usuários individualmente (mesmo que estes também não possuam o perfil específico), incluindo ou excluindo habilitações apenas para visualizar os autos no modo consulta.

Em que pese todo o exposto, ressalta-se que, conforme já apresentado linhas acima, o sistema e-Processo somente autoriza a movimentação com distribuição, em qualquer caso, quando realizada por membro da equipe onde se encontra o processo e quando a atividade de destino do processo estiver configurada com "Permissão para Distribuição na Movimentação", razão pela qual todas as atividades por onde tramitarão os processos disciplinares deverão possuir a mencionada autorização. Já a redistribuição somente é autorizada quando a atividade onde se encontra o processo estiver configurada com "Permissão para Distribuição por Qualquer Membro" (configuração no sistema a partir da funcionalidade "Associar Atividades às Equipes") ou quando o usuário estiver cadastrado como supervisor da equipe onde se encontra o processo.

Merece maior atenção o poder do responsável de habilitar outros usuários no processo digital. A habilitação definida, pelo responsável, a favor de outro usuário não responsável possibilita a este apenas a consulta (acesso para visualização dos elementos processuais), a impressão e a obtenção de cópias integrais ou parciais do processo digital e a solicitação de juntada de documentos (SJD), já que somente ao responsável é conferido o poder de alterar o

conteúdo de um processo digital, juntando ou excluindo documentos. Qualquer outro usuário, inclusive o acusado (aqui já antecipando questão atinente ao processo disciplinar já instaurado), que não seja o responsável, não tem poder de juntar ou de excluir documentos no processo digital, cabendo-lhe apenas, no caso de ser ativo (e não licenciado ou afastado) fazer a SJD, cuja aceitação ou não depende do responsável. Portanto, o fato de um usuário figurar como habilitado não se confunde com ser responsável pelo processo digital. Enquanto o responsável tem amplos poderes sobre a condução do processo, o habilitado tem permissões restritas. Destacadamente, cite-se que a simples habilitação, por si só, não permite movimentar com distribuição ou redistribuir o processo, que são poderes *a priori* exclusivos do responsável.

A habilitação é um *minus* em relação à responsabilidade de um processo digital, podendo ser definida pelo responsável individualmente a favor de um ou de mais de um usuário, em função de seu(s) nº de inscrição no CPF, e este tipo de habilitação é temporária, sendo cancelada a cada mudança de responsável (novamente antecipando-se tema de processo disciplinar, informa-se que a habilitação do acusado ativo e não licenciado ou afastado é feita individualmente por meio do seu nº de inscrição no CPF), mas devendo ser refeita até a fase de julgamento. De outro lado, a habilitação pode ser definida pelo responsável a favor de toda uma equipe e este tipo de habilitação é permanente (nesta espécie de habilitação, as alterações de membros da equipe repercutem automaticamente, ou seja, integrantes posteriormente excluídos perdem acesso e integrantes futuramente incluídos obtêm acesso), somente sendo desfeita se este mesmo ou outro responsável a cancelar nas definições de habilitações. Como as duas espécies de movimentação e a redistribuição alteram o responsável por um processo digital, como consequência, aquelas funcionalidades fazem perder habilitações definidas individualmente por nº de inscrição no CPF pelo responsável anterior (mas não alteram as habilitações cadastradas por equipe). Daí, é interessante o responsável habilitar a si mesmo, por meio da habilitação da equipe de que faz parte, para que possa continuar tendo acesso aos autos mesmo após a transferência da responsabilidade do processo digital para outro usuário.

Em complemento aos já listados poderes do responsável, apresentam-se as permissões conferidas ao usuário não responsável. Primeiramente, em relação à possibilidade de consultar o processo digital, basta que este usuário esteja habilitado no processo, individualmente pelo seu nº de inscrição no CPF ou por equipe, independentemente de integrar a equipe onde se encontram os autos ou de possuir o perfil específico para processo sigiloso. Já para poder movimentar com distribuição ou redistribuir o processo digital, é necessário que aquele usuário possua o perfil específico para processo sigiloso e integre a equipe onde se encontram os autos, ainda que não esteja definida para ele nenhuma habilitação de acesso, seja individualmente pelo seu nº de inscrição no CPF, seja por equipe; ou, ainda que não possua o perfil específico para processo sigiloso, que integre a equipe onde se encontram os autos e que haja definição de habilitação para acesso a esta sua equipe. Além disto, reitere-se que a movimentação com distribuição somente é autorizada pelo sistema e-Processo, em qualquer caso, quando realizada por membro da equipe onde se encontra o processo e quando a atividade de destino do processo estiver configurada com “Permissão para Distribuição na Movimentação”, razão pela qual todas as atividades por onde tramitarão os processos disciplinares deverão possuir a mencionada autorização. Já a redistribuição somente é autorizada pelo sistema e-Processo quando a atividade onde se encontra o processo estiver configurada com “Permissão para Distribuição por Qualquer Membro” (configuração no sistema a partir da funcionalidade “Associar Atividades às Equipes”) ou quando o usuário estiver cadastrado como supervisor da equipe, (configuração no sistema a partir da funcionalidade “Associar Membros às Equipes”). Além disso, repisando, enquanto não há outras exigências para o usuário responsável pelo processo realizar a movimentação ou redistribuição em comento, o usuário não responsável também terá autorização para realiza-las desde que possua o perfil “Epro-Processo Sigiloso” ou que uma das equipes do sistema e-

Processo de que faça parte esteja habilitada para acesso aos autos.

Ato contínuo, para qualquer procedimento correcional em meio digital, o Chefe do Escor deve habilitar os usuários que poderão visualizar o processo digital, além do próprio responsável atual, habilitando, então, de imediato, toda a equipe Gabin, para que todos os seus integrantes possam ter acesso ao processo digital na íntegra do seu curso (e, caso se instaure o processo disciplinar, cabe idêntica determinação para que o Chefe do Escor habilite toda a equipe Diaco). É importante que estas habilitações sejam em nome das equipes (e não nos nº de inscrição no CPF do Chefe do Escor, do Chefe da Diaco e dos demais integrantes das duas equipes), a fim de que todos os integrantes (inclusive os futuros) possam manter o acesso ao processo digital ao longo de seu curso, pois as habilitações por CPF se perdem a cada alteração de responsável, ou seja, se perdem a cada movimentação ou redistribuição do processo digital.

Importante pontuar que os responsáveis anteriores não mantêm consigo os poderes de responsável ao longo da tramitação do processo digital. Estes poderes, acima listados, são exercidos, a cada momento, apenas pelo responsável atual. Os responsáveis anteriores não mais alteram conteúdo dos autos ou alteram marcação de sigilo ou habilitam e desabilitam usuários; apenas podem se manter habilitados caso o tenham sido por equipe e não de forma individual por seu nº de inscrição no CPF.

Esta explanação acerca de responsabilidade e de habilitação permite a assertiva de que, no processo em meio digital, o gênero usuários abrange as espécies responsável e habilitados, sendo que, nesta última, no caso específico de processo disciplinar, podem ser incluídos o Chefe do Escor, as equipes Gabin, Diaco e comissão, além do acusado ativo (e não licenciado ou afastado), e, na primeira espécie, alternam-se, a cada movimentação ou redistribuição, o Chefe do Escor e cada um dos integrantes da comissão.

Neste ponto, após enfim terem sido apresentados todos os conceitos importantes, revela-se didático e pertinente retomar de forma mais completa noções que inicialmente haviam sido apenas introduzidas acerca das principais funcionalidades para os processos digitais sigilosos, em associação dinâmica com o conceito de responsável. Primeiramente, por mero contraponto, relembre-se que, nas espécies de movimentação de processo digital não sigiloso (os processos fiscais normalmente manejados no âmbito da RFB e os processos de meros interesses pessoais de servidores), bastam as mudanças em si de equipe para equipe e/ou de atividade para atividade, por meio da já mencionada espécie de movimentação em geral, sem definição de responsável, podendo qualquer integrante da equipe de destino livremente acessar os autos movimentados.

Já no caso de processo digital de natureza disciplinar, marcado por cláusula de sigilo e por tal motivo sempre requeredor da figura de um responsável, e aqui merecedor de aprofundada atenção, convém primeiramente relembrar que a espécie de movimentação mais comum de ocorrer é que a desloca os autos de uma equipe para outra (mantendo ou não atividade, o que se torna menos relevante, diante da já comentada abrangência das atividades pré-definidas).

Para esta espécie de movimentação, amoldando-se ao já apresentado conceito de “movimentação com distribuição”, cabe ainda ao responsável na equipe de origem atribuir a um integrante da equipe de destino a qualidade de novo responsável (para isto, o sistema e-Processo automaticamente apresenta a lista de integrantes da equipe de destino). Não se movimenta o processo digital de uma equipe diretamente para o integrante de outra equipe e muito menos de um integrante de uma equipe diretamente para o integrante de outra equipe, sendo sempre necessário movimentar de equipe para equipe e, no mesmo ato, no caso de processo sigiloso, necessariamente, definir o novo responsável. Na prática, esta espécie de movimentação pode ocorrer, por exemplo, quando a equipe Gabin movimenta os autos para a

equipe da comissão logo após a instauração e quando esta retorna os autos para a equipe Gabin após encerrar o inquérito administrativo, podendo ou não manter a atividade. Tanto se pode cogitar de ambas as equipes envolvidas nos dois exemplos de movimentação estarem inicialmente trabalhando com a atividade “Preparar e Instruir Processo” e assim manterem a atividade como também se pode cogitar de a equipe da comissão atuar com esta atividade enquanto a equipe Gabin atua com uma atividade mais típica da autoridade instauradora.

Diferentemente da hipótese abordada no parágrafo acima, apresentam-se a seguir as duas hipóteses de funcionalidades que permitem que se defina o novo responsável diretamente de um usuário para outro, uma vez que ambas se limitam a uma mesma equipe.

A segunda e menos comum espécie de movimentação de processo digital de natureza disciplinar é a que muda de uma atividade para outra na mesma equipe. Esta espécie de movimentação é menos comum novamente em virtude da já comentada amplitude das atividades pré-definidas, sendo possível se prolongar a tramitação do processo dentro da abrangência elástica de uma mesma atividade. Embora o processo se mantenha na mesma equipe, a mudança de atividade em autos marcados com cláusula de sigilo também impõe a distribuição para novo responsável (nem que seja com o atual responsável atribuindo para si mesmo a continuidade desta condição). Na prática, esta espécie de movimentação pode ocorrer, por exemplo, quando a comissão, no curso da atividade “Preparar e Instruir Processo”, opta (não obrigatoriamente) em adotar a conduta formalista de alterar para a atividade “Apreciar e Assinar Documento” apenas com o objetivo de assinar digitalmente determinado documento, relembrando-se que a equipe poderia fazer a assinatura do documento ainda no curso da atividade de instrução.

E, por fim, igualmente mantendo o processo digital na mesma equipe, menciona-se a redistribuição, com que se repassa a mesma atividade em curso para outro integrante, para quem também se transfere a condição de novo responsável. Na prática, a redistribuição pode ocorrer, por exemplo, quando a comissão necessita assinar digitalmente um documento, na atividade “Apreciar e Assinar Documento” e, após o responsável assinar, redistribui para outro integrante da equipe assinar ou este outro integrante redistribui os autos para si mesmo ou para outrem (desde que este integrante não responsável possua o perfil específico para processos digitais sigilosos ou que sua equipe esteja habilitada para acesso ao processo).

Seja com o sigilo marcado já desde a unidade de origem com base na configuração nacional, seja com o sigilo definido na equipe Gabin, cabe ao Chefe do Escor movimentar o processo digital para a equipe Gridi ou para a equipe Gasse, indicando o novo responsável. Em termos mais coloquiais, cabe ao Chefe de Escor movimentar o processo digital para um servidor integrante do grupo de investigação disciplinar ou para um servidor integrante do grupo de assessoramento; caso tenha movimentado para a equipe Gridi, esta, após finalizar os trabalhos investigativos, movimenta para a equipe Gabin, a fim de o Chefe de Escor movimentar para a equipe Gasse, indicando o parecerista a figurar como novo responsável, para elaboração do parecer de admissibilidade, e daí, posteriormente, o processo é devolvido para a equipe Gabin, a fim de o Chefe de Escor emitir seu juízo de admissibilidade, decidindo pela instauração do processo disciplinar ou pelo arquivamento do feito, conforme melhor se aduzirá em **2.5.3.1**, e relembrando que, a cada movimentação, altera-se o responsável. Ao movimentar o processo digital sigiloso, automaticamente atribui-se ao servidor indicado na equipe de destino a qualidade de novo responsável, mas isto não afasta a habilitação a favor de toda equipe Gabin para acesso aos autos.

Mais que isto, para suprir tal dinâmica, os integrantes não só da equipe Gabin mas também das subequipes do Gridi e do Graco devem ter condições de movimentar e de redistribuir seus processos digitais mesmo quando não estiverem como responsáveis e, para tal, devem ter o perfil específico para processos digitais sigilosos e integrar a equipe onde se encontram os autos, ainda que não esteja definida para eles nenhuma habilitação de acesso,

seja individualmente pelos seus nº de inscrição no CPF, seja por equipe; ou, ainda que não possuam o perfil específico para processos digitais sigilosos, tão somente integrar a equipe onde se encontram os autos, desde que haja definição de habilitação para acesso a esta sua equipe. Relembre-se que, nas redistribuições, deve também a equipe estar configurada com "Permissão para Distribuição por Qualquer Membro" ou os seus membros estarem cadastrados como supervisores. Por outro lado, respeitando a natureza sigilosa dos procedimentos correcionais, em razão da qual deve-se restringir a concessão de consulta apenas para quem efetivamente se faz necessário e justificável, tão somente ao integrante da equipe Gasse incumbido da feitura de um parecer em determinado processo digital deve, obviamente, ser atribuída a condição de responsável e este parecerista não deve definir habilitações para toda equipe e nem mesmo individualmente para outro(s) pareceristas(s), a fim de preservar o acesso. Igual raciocínio deve ser observado para os integrantes do Gridi individualmente incumbidos de conduzir procedimentos investigativos. Por fim, repise-se que nas movimentações a atividade de destino deve estar invariavelmente configurada com "Permissão para Distribuição na Movimentação" para permitir o trâmite processual, resultando na configuração em verdade de todas as atividades por onde possa percorrer o processo.

2.5 - FASE E JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

2.5.1 - Definições de Fase e de Juízo de Admissibilidade e Base Legal de Sua Natureza Investigativa

Por um lado, o *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, obriga que a autoridade competente, ao ter ciência de suposta irregularidade, promova a imediata apuração, mediante sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar (PAD) - ou processo disciplinar, *lato sensu*. Mas, por outro lado, o parágrafo único do art. 144 do mesmo diploma legal indica a necessidade de análise prévia da representação ou denúncia, para instruir eventual decisão de arquivamento, em caso de falta de objeto, o que significa dizer quando não houver sequer indícios de materialidade ou de autoria (aqui compreendidos respectivamente como, em termos objetivos, a configuração de fato tido na Lei como ilícito e, em termos subjetivos, a identificação do servidor a quem se atribua o cometimento ou a ocorrência do tal fato, conforme se detalhará em **3.1** e em **3.2**), tanto em instância administrativa quanto penal.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.*
> *Art. 144.*
> *Parágrafo único. Quando o fato narrado não configura evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.*

A leitura conjunta dos dois citados dispositivos legais permite extrair que, a despeito da literalidade do *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990, no sentido da instauração imediata diante de qualquer notícia de suposta irregularidade, logo em seguida, a mesma Lei, no parágrafo único do seu art. 144, flexibiliza aquele comando *a priori* impositivo e concede à autoridade instauradora a competência para efetivamente atuar, a fim de não ser sempre inquestionavelmente obrigada a instaurar a instância disciplinar, atribuindo-lhe o poder de ponderar os elementos informativos que chegam a seu conhecimento e de emitir uma decisão se arquiva preliminarmente o feito ou se deflagra a persecução disciplinar.

Antes mesmo de se dedicar a explorar a normatização de regência, apresenta-se que a

esta decisão da autoridade competente, em que pondera todos os elementos acerca da suposta irregularidade à vista da vinculação, pertinência e viabilidade de determinar a instauração da instância disciplinar (e de se buscar a potencial responsabilização do servidor), se dá o nome de juízo (ou exame) de admissibilidade.

Mas, uma vez que o juízo de admissibilidade pode ser precedido de diversos tipos de procedimentos investigativos e de atividade de natureza analítica, é necessário reconhecer a possibilidade de dúvidas acerca de diferentes entendimentos e conteúdos que a expressão pode comportar.

Antecipando-se que o sentido correto e aqui adotado é o mais extremamente estrito que se possa imaginar, de que o juízo de admissibilidade é exclusivamente a atividade cognitiva por meio da qual a autoridade instauradora decide pelo arquivamento da ocorrência ou pela instauração do rito disciplinar, reduzindo-se tão somente a esta sua decisão em si, apenas para fins de argumentação, apresentam-se duas outras possibilidades de se compreender a expressão.

Uma primeira interpretação, ainda também em sentido estrito mas não tanto como a conceituação adotada, contemplaria na expressão “juízo de admissibilidade” tanto a análise jurídico-principiológica, em forma de parecer propositivo (a cargo do Grupo Nacional de Pareceristas - GNP) como elemento de amparo e de subsídio da decisão a ser tomada, quanto, por fim, este ato conclusivo da decisão de instaurar ou não a instância disciplinar, de cognição exclusiva da autoridade instauradora. Conforme se percebe facilmente, esta interpretação abarcaria a conceituação ora adotada.

Na segunda interpretação, em termos mais abrangentes, o juízo de admissibilidade poderia ser compreendido como toda a fase de instrução na qual se buscam, por meio de variados procedimentos investigativos (a cargo do Grupo Nacional de Investigação - GNI), todos os indícios porventura existentes da suposta irregularidade funcional representada ou denunciada, que se segue com a análise jurídico-principiológica do resultado daquela busca, em parecer de caráter propositivo do GNP, submetido à apreciação e à ponderação da autoridade instauradora, e que se conclui com o ato final cognitivo da decisão. Também como se percebe facilmente, esta interpretação abarcaria a conceituação ora adotada e a primeira interpretação.

Embora não se adote no presente texto aquelas duas interpretações acima, este encadeamento procedimental é reconhecido, por meio de referências também à “fase de admissibilidade”, com o sentido conglobante de abarcar todo o ferramental instrucional porventura utilizado até se atingir a manifestação analítica propositiva (geralmente em forma de um parecer) e a decisão cognitiva da autoridade. Assim, no presente texto, além da expressão “juízo de admissibilidade”, significando apenas a decisão cognitiva da autoridade competente, também se emprega a expressão “fase de admissibilidade” que, na maioria dos casos, pode ser composta por variados procedimentos investigativos (ou variados ritos investigativos), inaugurando a subfase investigativa, que redundam em um parecer propositivo (na subfase analítica) e, por fim, na decisão administrativa, englobando toda esta procedimentalização.

A rigor, nos termos da Lei nº 8.112, de 1990, o legislador não previu e não regulamentou de forma expressa a fase e tampouco o juízo de admissibilidade e, em consequência, muito menos estabeleceu seu rito, sua base principiológica e sua forma de externalização, tendo se restringido tão somente a discorrer sobre o processo disciplinar em si, para o qual estabeleceu, de forma inequívoca, o devido processo legal e a necessidade de se atender aos princípios da ampla defesa e do contraditório e a alguns requisitos formais essenciais. Não obstante, se, por um lado, o emprego de uma fase e de um juízo de admissibilidade não encontra expressa previsão legal, reitere-se que, por outro lado, em nada

afronta a citada Lei, uma vez que o citado parágrafo único do art. 144 excepciona o mandamento apriorístico do *caput* do seu antecedente art. 143 (de instaurar instância disciplinar), quando prevê que se analise se há ou não, no caso noticiado, elementos de materialidade e de autoria a fim de, em caso negativo, se poder proceder ao liminar arquivamento.

Na busca, então, de mais depurada normatização do tema, avança-se no ordenamento, em patamar infralegal. Nesta esfera, como norma de aplicabilidade sobre todo o Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), menciona-se a Instrução Normativa (IN) CGU n° 14, de 14 de novembro de 2018, que prevê, no *caput* e no § 2° do art. 10, que toda espécie de notícia de suposta irregularidade deve ser objeto de manifestação decisória a cargo da autoridade instauradora, cabendo arquivamento quando não possuir indícios de materialidade e de autoria, em direto reflexo do comando do parágrafo único do art. 144 da lei n° 8.112, de 1990.

> *IN CGU n° 14, de 2018 - Art. 10. As denúncias, as representações ou as informações que noticiem a ocorrência de suposta infração correcional, inclusive anônimas, deverão ser objeto de juízo de admissibilidade que avalie a existência de indícios que justifiquem a sua apuração, bem como a espécie de procedimento correcional cabível.*
> *§ 2º A denúncia ou representação que não contiver os indícios mínimos que possibilitem sua apuração será motivadamente arquivada.*

Na esteira, como norma que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Economia (ME), a Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, no § 2º do seu art. 9º, também em harmonia com o parágrafo único do art. 144 da Lei nº 8.112, de 1990, prevê que se busquem subsídios à decisão da autoridade instauradora.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 9º*
> *§ 2º Quando for genérica ou não indicar nexo de causalidade entre o fato e as atribuições do cargo do representado, a representação poderá ser devolvida ao representante para que este preste os esclarecimentos adicionais indispensáveis para subsidiar o exame e a decisão da autoridade competente quanto à instauração de procedimento correcional.*

Avançando na normatização infralegal, verifica-se, em seguida, que a Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Pasta, nos §§ 3º e 4º do seu art. 5º, reproduz os mesmos dispositivos acima da norma ministerial e do parágrafo único do art. 144 da Lei nº 8.112, de 1990, reforçando a interpretação da possibilidade de se estabelecer uma fase de admissibilidade, em amparo da decisão da autoridade instauradora de deflagrar a instância disciplinar ou de arquivar o feito.

> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 5º*
> *§ 3º Quando a representação for genérica ou não indicar nexo de causalidade entre o fato e as atribuições do cargo do representado, deverá ser devolvida ao representante para que preste os esclarecimentos adicionais indispensáveis para subsidiar o exame e a decisão da autoridade competente quanto à instauração de procedimento disciplinar.*
> *§ 4º Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a representação será arquivada por falta de objeto.*

Cabe informar que vigorou no ordenamento infralegal, como um elemento ainda mais específico de reforço e de amparo para a previsão de uma fase de admissibilidade ou, no mínimo, do juízo de admissibilidade a cargo da autoridade instauradora, a Portaria Coger-MF nº 24, de 29 de outubro de 2013, que disciplinou o tema de admissibilidade no âmbito do ME, até sua revogação pela Portaria Coger-ME nº 4.779, de 25 de maio de 2022 (esta norma revogadora passou a disciplinar o tema não mais para atividade correcional de toda a Pasta

mas sim apenas no campo de competência da Coger-ME). Aquela norma revogada, mais do que prever a realização do juízo de admissibilidade, no *caput* e no § 1º do art. 1º, determinava mesmo sua existência como pré-requisito de toda decisão a cargo da autoridade instauradora e positivava a possibilidade de se ter uma fase de admissibilidade, antes de se decidir pela instauração do rito disciplinar ou de se decidir pelo liminar arquivamento da representação ou denúncia.

Por fim, encerrando a busca da previsão legal para a realização de juízo de admissibilidade, encontra-se no ordenamento interno, mais precisamente na norma infralegal de maior relevância para a matéria correcional, qual seja, na Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, que dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), nos §§ 4º e 5º do seu art. 4º, idênticos mandamentos aos dos já mencionados parágrafo único do art. 144 da Lei nº 8.112, de 1990, do § 2º do art. 9º da Portaria MF nº 492, de 2013, e dos §§ 3º e 4º do art. 5º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013. Estes dispositivos também permitem presumir a realização de uma fase de admissibilidade ou no mínimo uma análise prévia à decisão de instaurar o rito disciplinar ou de arquivar o feito, já que determinam o arquivamento de plano em caso de ausência de materialidade e de autoria tanto de índole administrativa quanto penal.

> *Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 4º*
> *§ 4º Nos casos em que a representação for genérica ou não indicar nexo de causalidade entre o fato e as atribuições do cargo do representado, poderá ser devolvida ao representante para que este preste os esclarecimentos adicionais indispensáveis para subsidiar o exame e a decisão da autoridade competente quanto à instauração de procedimento disciplinar.*
> *§ 5º Nos casos em que o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a representação será arquivada por falta de objeto.*

Agora sim, uma vez introduzida a normatização do tema, a partir dos comandos normativos que apenas indicam instrumentalidade, pode-se acrescentar que a conceituação ora adotada para juízo de admissibilidade, restrita ao ato cognitivo da autoridade instauradora, não só se sustenta sob ótica teórico-doutrinária como também se amolda à norma mais específica, a saber, a IN CGU n° 14, de 2018,.

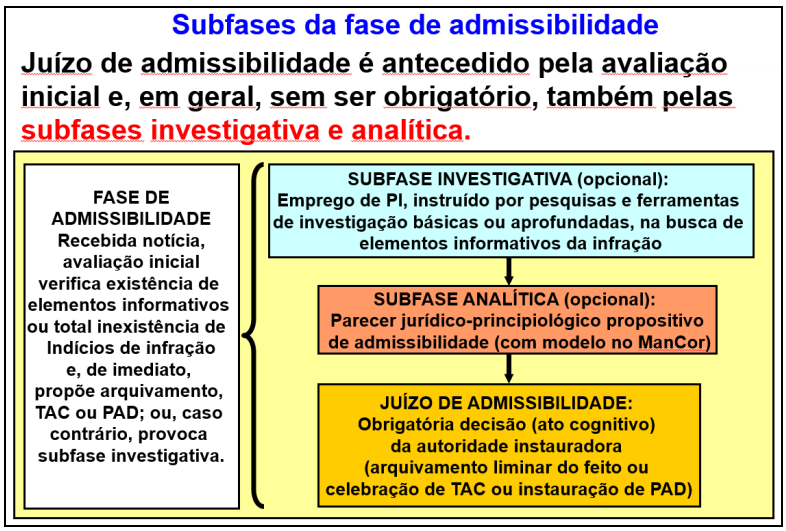
A IN CGU n° 14, de 2018, embora não seja monotemática (na verdade, regulamenta toda a atividade correcional no âmbito do SisCor, não tratando apenas de admissibilidade), dedica um de seus capítulos exclusivamente ao tema. E o faz asseverando a definição de que juízo de admissibilidade é o ato cognitivo em si da autoridade instauradora, no *caput* do seu art. 9°. Em complemento, o § 1° do art. 10 da mesma norma prevê a possibilidade de emprego de um rito instrutório a fim de coletar elementos propiciadores da decisão a ser emanada, valendo-se para tal de todos os meios de prova aceitáveis, inaugurando, assim, na apresentação adotada no presente texto, o amparo normativo para que se cogite de uma fase e não apenas de um momento decisório de admissibilidade.

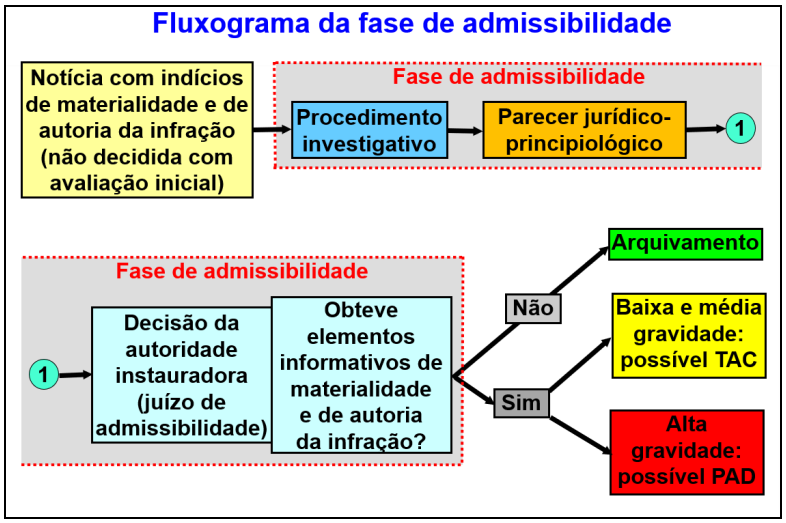
> *IN CGU n° 14, de 2018 - Art. 9º O juízo de admissibilidade é ato administrativo por meio do qual a autoridade competente decide, de forma fundamentada, pelo arquivamento ou instauração de procedimento correcional, conforme previsto nos arts. 5º e 6º desta Instrução Normativa.*
> *Art. 10.*
> *§ 1º Para subsidiar o juízo de admissibilidade, a unidade de correição ou autoridade competente poderá se valer dos meios de prova de que trata o Capítulo II, do Título II, desta Instrução Normativa.*

A rigor, nos comandos acima da mencionada IN, percebe-se que vinculada é a existência do ato de decisão cognitiva da autoridade instauradora (que, em casos especialmente simples ou já de pronto fartamente instruídos, até pode conter em única e sintética peça motivada a cargo da autoridade também a análise jurídica, desde que esta não

precise proceder a investigações, inexistindo a figura do parecer propositivo como peça em separado - isto em termos literais normativos, pois não é a praxe do sistema correcional da RFB, em que sempre há o parecer do GNP), podendo ainda estar ou não amparada por procedimentos investigativos (vez que nem sempre estes se farão indispensáveis para a emanação daquele ato decisório).

Fechado este parêntese, por ora, importa destacar que a fase de admissibilidade pode conter uma subfase investigativa (na qual, se for o caso - e nem sempre será, pois nem sempre é necessária - podem ser empregados os mencionados procedimentos investigativos, instruídos por pesquisas e ferramentas de investigação básicas ou aprofundadas, conforme se detalhará em **2.5.3.2** e em **2.5.3.3**, a cargo do GNI) e/ou pode conter uma subfase analítica para elaboração do parecer de admissibilidade (na RFB, existe este parecer do GNP, que se descreverá em **2.5.5** e que pode ou não ser precedido por algum daqueles ritos investigativos da subfase investigativa) e, por fim, sempre contém o juízo de admissibilidade em si da autoridade instauradora.





Em síntese, se faz relevante, então, ratificar que a fase de admissibilidade, em suas duas subfases, investigativa e analítica, é meramente investigativa, termo que aqui sintetiza três características cumulativas: a fase de admissibilidade permite-se ser sigilosa, discricionária e inquisitorial.

Melhor descrevendo esta natureza jurídica investigativa, depreende-se dos citados dispositivos normativos que os procedimentos investigativos que porventura se justifiquem

são conduzidos e processados internamente, sob provocação ou de ofício, mediante três características essenciais. Os procedimentos investigativos têm a faculdade de ser:

- sigilosos: não havendo exigência de publicidade em lei, podem ser acobertados por cláusula de sigilo, a favor da Administração, visando a preservar a elucidação dos fatos e a proteger o interesse público, em oposição à regra geral de atender ao princípio da publicidade que rege os atos administrativos, o que equivale a dizer que, ao menos para alguns ritos, podem ter dispensado o rigor de ter ato formal de designação de servidor ou de comissão incumbidos de realizar os trabalhos (nem todos precisam de uma portaria de pessoal inaugural e, mesmo quando o fazem, não necessariamentee precisam publicá-la, podendo ser deflagrados por mero despacho ou portaria de pessoal sem publicação); não obstante, em normatização infralegal, pode-se exigir que algum procedimento investigativo em especial seja instaurado por portaria de pessoal publicada, o que, decerto, mitiga a característica sigilosa;
- discricionários: não havendo exigência de rito em lei, podem ser realizados, conduzidos e executados pela Administração a critério unilateral seu, podendo não haver definição legal ou normativa da instrumentalização de todo o rito, do início ao fim, ato por ato, em sua sequência e forma, em oposição à regra geral de atender ao princípio do devido processo legal que rege os processos administrativos em geral e o processo disciplinar em especial; não obstante, em normatização infralegal, pode haver uma mínima definição superficial de atos instrumentais do rito de algum procedimento investigativo;
- e inquisitoriais: sem exceção, não possuem a figura de acusado a quem se obrigue fornecer a prerrogativa de exercer contraditório, em razão de não terem fim punitivo em si mesmos; e esta característica retroalimenta a primeira, do sigilo, pois, não havendo necessidade de se dar notícia ao investigado, mesmo tendo sido instaurado com portaria de pessoal publicada que não informa o nome do servidor, o procedimento investigativo pode transcorrer sigilosamente, sem nenhuma visibilidade ou acesso externo ao sistema correcional, só tendo acesso os agentes responsáveis por sua condução.

Ainda caracterizam os procedimentos investigativos os fatos de que sua instauração não tem o condão de interromper a prescrição disciplinar, nos termos estabelecidos no § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e de poderem ser procedimentalizados por servidores não estáveis. Ademais, todos se demarcam pela ausência de formalismo, podendo os atos procedimentais serem realizados sem forma rigorosa, sendo exigido, no entanto, que se concluam com relatório fático propositivo acerca da identificação ou não de indícios de materialidade e de autoria de infração e com a possibilidade de recomendarem a instauração de processo disciplinar ou o arquivamento do feito. Em outras palavras, os procedimentos investigativos possuem o condão de encerrar a subfase investigativa e remeter a ocorrência para a subfase analítica e, por fim, suscitar a emanação da decisão a cargo da autoridade instauradora, com seu juízo de admissibilidade. Não obstante, nenhum dos procedimentos investigativos possui o condão de ser pré-requisito necessário para instauração de processo disciplinar.

Apresentada a definição e a base legal da natureza investigativa da fase de admissibilidade, aborda-se a seguir a competência para realizar o ato cognitivo do juízo de admissibilidade.

2.5.2 - A Competência para Decisão do Juízo de Admissibilidade

Conforme já aduzido em **2.3.1** e em **2.3.2**, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no *caput* do seu art. 143, exige a imediata apuração das supostas irregularidades que chegam ao conhecimento da Administração e, a princípio (sem prejuízo de se contar com sistema

especializado), a prevê inserida em via hierárquica do representado ou denunciado. Todavia, a citada Lei não outorga a competência disciplinar de forma ampla e generalizada para qualquer autoridade situada nesta linha e muito menos especifica, em cada órgão público federal, a que autoridade da hierarquia deve ser remetida a representação ou denúncia, a quem incumbe o juízo de admissibilidade e, consequentemente, a quem compete o ato de instaurar a instância disciplinar ou de arquivar o feito.

Como a Lei nº 8.112, de 1990, nem sequer menciona em seu texto a expressão "juízo de admissibilidade", em geral, na Administração Pública federal, é a lei orgânica, o estatuto ou o regimento interno específico de cada órgão que trata de competência para matéria disciplinar, mas frequentemente o faz apenas identificando a autoridade competente para instaurar a instância disciplinar, nada esclarecendo sobre a competência que ora interessa, para exarar aquele ato cognitivo. Uma vez que é comum a competência instauradora atrair a competência para exarar o juízo de admissibilidade, visto este ser o ato de cognição da própria autoridade a favor da instauração da instância disciplinar ou do liminar arquivamento do feito, e, em consequência, também indicar a quem devem ser dirigidas as representações e denúncias, em geral, aquela autoridade que a lei orgânica, o estatuto ou o regimento interno em cada órgão estabelece como competente para instaurar a instância disciplinar ou para arquivar o feito é a mesma a quem devem ser encaminhadas as notícias de supostas irregularidades que dão entrada no órgão e também é a mesma a quem incumbe, previamente a algum daqueles dois atos finais, emitir a decisão cognitiva do seu juízo de admissibilidade.

A despeito da introdução generalista acima, é de se reconhecer que, na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), em virtude da elaboração que o tema em tela experimentou, há a elogiável peculiaridade de a normatização infralegal interna abordar tanto a competência para exarar juízo de admissibilidade quanto a competência instauradora. Para evitar repetição desnecessária, o presente tópico se limitará a apresentar a regra geral de competência para emissão de juízo de admissibilidade no âmbito da RFB. Em complemento, reporta-se à indispensável a leitura de **4.2.1**, onde, ao se discorrer sobre a competência instauradora, se apresentarão as situações específicas que também repercutem nas competências em fase de admissibilidade.

Ainda introdutoriamente, relembre-se que, na RFB, o seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020, refletindo os Decretos nº 2.331, de 1º de outubro de 1997 (de criação da Corregedoria), e nº 9.745, de 8 de abril de 2019 (da estrutura ministerial), e consagrando os princípios da eficiência e da impessoalidade, impõe a existência de um sistema próprio, especializado na matéria disciplinar, por meio do qual, visando à excelência no tratamento do tema, estabelece que, de forma exclusiva, a apreciação das notícias de supostas irregularidades bem como a tramitação das apurações em si se concretizem em unidade de correição apartada da unidade de lotação (ou de exercício) do representado ou denunciado e do local de ocorrência dos fatos.

Esta especialização também é defendida pela Controladoria-Geral da União (CGU), na Instrução Normativa (IN) CGU n° 14, de 14 de novembro de 2018, em seu art. 3°, destacadamente no inciso I, visando à celeridade e qualidade técnica dos trabalhos e à isenção e imparcialidade dos agentes condutores.

> *IN CGU n° 14, de 2018 - Art. 3º A atividade correcional deve ser desenvolvida preferencialmente por unidade constituída para este fim, a qual possua atribuição para:*
> *I - realizar juízo de admissibilidade;*
> *II - instaurar, acompanhar e supervisionar procedimentos correcionais;*
> *III - analisar relatórios finais para subsídio técnico da autoridade julgadora, quando couber;*
> *IV - realizar interlocução com órgãos de controle e investigação;*
> *V - gerir informações correcionais;*

> *VI - capacitar e orientar tecnicamente os membros de comissão; e*
> *VII - apoiar a identificação de riscos e vulnerabilidades à integridade.*
> *§ 1º A unidade de que trata o caput deve estar preferencialmente vinculada à autoridade ou instância máxima do órgão ou entidade.*
> *§ 2º A designação dos titulares das unidades de que trata o caput deve observar o disposto no art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005.*

Antes de prosseguir, cabe aqui uma complexa apreciação de ressalva. Mesmo muito antes da edição desta IN do órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), a RFB, desde a criação da sua corregedoria, pelo Decreto n° 2.331, de 1997, primou pelo respeito destas posturas axiomáticas de um isento e qualificado sistema orgânico para tratar, com exclusividade, da atividade correcional. Todavia, específica e delimitadamente no contexto orgânico institucional estabelecido pelo já revogado Regimento Interno aprovado pela Portaria MF n° 430, de 9 de outubro de 2017, operou-se uma surpreendente mitigação da exclusividade da competência correcional, concedendo-se parte do poder, concorrentemente, para titulares de unidades estranhas ao sistema correcional. Houve uma forte ruptura do paradigma que funcionou por exatos vinte anos, quando os incisos IV a VI do art. 341 do Anexo I daquele Regimento Interno da RFB concederam, grosso modo, a alguns titulares de unidades fiscais, uma parcela concorrente de competência correcional para decidir pelo arquivamento do feito ou pela instauração da instância disciplinar, nos casos de infrações de menor potencial ofensivo, puníveis com advertência, e para efetivamente aplicar tal pena ou pena de suspensão de até trinta dias nos casos de reincidência de fato punível com advertência. Todavia, esta ruptura vigorou por pouco tempo, por menos de três anos, exatamente só no período daquele contexto regimental, dentro do qual esta parcela de competência concorrente praticamente não foi exercitada pelas autoridades fiscais. Diante do desinteresse destas próprias autoridades, o Regimento Interno da RFB subsequente, aprovado pela Portaria ME nº 284, de 2020, retomou a exclusividade da competência correcional da corregedoria.

Voltando ao contexto em vigor, na RFB, nem as duas normas de lavra ministerial de aplicação no órgão e tampouco norma regulamentadora no âmbito da Pasta positivam de forma explícita e inequívoca a questão da competência para emissão de juízo de admissibilidade.

De um lado, a Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Economia (ME), e a Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Pasta, sequer abordam este tema da competência na RFB.

Por sua vez, o Regimento Interno da RFB, nas contraposições do inciso I do parágrafo único do art. 16 e do inciso III e do parágrafo único do art. 354, com o art. 21 e o inciso I do art. 356, ambos do seu Anexo I, apenas especifica a competência instauradora do Corregedor, delimitada a determinados agentes, ao passo que atribui esta mesma competência em âmbito nacional a cada um dos Chefes de Escor. Esta atribuição de competência nacional foi uma inovação introduzida por esta ordem regimental, pois, até 27/07/20, as competências dos Chefes de Escor se restringiam às suas respectivas Regiões Fiscais (RFs). Ou seja, a rigor, na sua estrita literalidade, o Regimento Interno da RFB também não deixa claro, de forma expressa, se a competência para recepcionar e analisar representações e denúncias é concorrente entre o Corregedor e os Chefes de Escor ou se a cada um destes agentes cabem parcelas específicas desta competência, similares aos seus poderes instauradores. Embora seja certo que se pode interpretar que a competência para emissão de juízo de admissibilidade seja atribuída de mesma forma como se atribuiu a competência instauradora ao Corregedor (restrita a alguns agentes) e aos Chefes de Escor (como regra geral de todos os demais casos ordinários), este comando não está expresso no Regimento Interno da RFB, devendo ser verificado na normatização interna infraregimental.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 16. À Corregedoria (Coger) compete gerenciar e executar as atividades relativas à disciplina e correição dos servidores da RFB e à responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei.*
> *Parágrafo único. No exercício de suas competências, caberá à Coger:*
> *I - analisar as representações e as denúncias que lhe forem encaminhadas;*
> *Art. 21. Ao Escritório de Corregedoria (Escor) compete executar, em todo território nacional, as atividades atribuídas à Coger.*
> *Art. 354. Ao Corregedor incumbe:*
> *III - instaurar ou avocar a instauração de procedimentos disciplinares, nos termos da lei;*
> *Parágrafo único. As atribuições previstas no inciso III do caput não abrangem os atos e fatos praticados pelo Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, pelo Secretário Especial Adjunto, pelo Subsecretário-Geral, pelos Subsecretários, pelo Corregedor, pelo Corregedor-Adjunto e pelos servidores que praticaram atos passíveis de apuração disciplinar nestas qualidades.*
> *Art. 356. Aos Chefes dos Escritórios de Corregedoria (Escor) incumbe, no âmbito de todo o território nacional:*
> *I - instaurar ou avocar a instauração de procedimentos disciplinares, nos termos da lei;*

Nesta esfera interna, a Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da RFB, nos incisos II e III do *caput* do art. 2º e no *caput* e nos §§ 1º e 2º do art. 4º, deixa claro que as competências para emissão de juízo de admissibilidade são as mesmas para instauração de instância disciplinar.

Primeiramente, o inciso II do *caput* do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, extingue então com qualquer resquício de insegurança que poderia haver de que ao Corregedor incumbe exarar aquele ato cognitivo, residualmente, em face de apenas um grupo seleto de representados ou denunciados.

> *Portaria RFB n° 4.505, de 2020 - Art. 2º A celebração do termo de ajustamento de conduta (TAC) de que trata a Instrução Normativa CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, e a instauração de sindicância disciplinar ou de PAD e o arquivamento destes em fase de admissibilidade competem:*
> *I - ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil;*
> *II - ao Corregedor, face a irregularidade praticada por servidor que ocupe cargos de Superintendente ou de Superintendente Adjunto da Receita Federal do Brasil, ou, no âmbito das Unidades Centrais da RFB, que ocupe função ou cargo de direção ou assessoramento superior ao do chefe de Escritório de Corregedoria (Escor), tanto à época dos fatos quanto à época da decisão, ou que tenha atuado em tais qualidades; e*
> *III - aos chefes de Escor, em todo território nacional, mediante critérios definidos em ato do Corregedor.*
> *Art. 4º O servidor que tiver ciência de irregularidade no serviço público deverá imediatamente representá-la, por escrito e pela via hierárquica, ao titular de sua unidade, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.*
> *§ 1º Caso o representado lhe seja hierarquicamente superior, o servidor deverá encaminhar a representação à autoridade imediatamente acima, ou diretamente ao Corregedor ou ao chefe do Escor da respectiva região fiscal, caso o representado seja o próprio titular da unidade.*
> *§ 2º O titular da unidade deve encaminhar a representação recebida ou, caso tenha sido quem primeiramente tomou conhecimento da irregularidade, representar diretamente ao Escor, no âmbito da respectiva região fiscal.*

O comando normativo acima mencionado indica que a competência do Corregedor é restrita e exaustiva, limitando-se apenas aos casos em que o representado ou denunciado tiver ocupado à época do fato ou ocupe à época da decisão, dentre outros cargos de maior

hierarquia, o cargo de titular de unidade regional, qual seja, de Superintendente ou de Superintendente Adjunto da Receita Federal do Brasil, ou, nas unidades centrais, quaisquer cargos em comissão ou função de confiança superior à dos Chefes de Escor (a saber função de confiança Função Comissionada do Poder Executivo código FCPE-101.2), ou ainda os casos em que tenha cometido o fato no exercício interino destas funções, na condição de substituto eventual (o instituto da substituição eventual está previsto no art. 38 da Lei nº 8.112, de 1990). Esta regra inclui os cargos de Chefe de Gabinete (ocupante de cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - código DAS-101.4), Chefes de Assessorias (ocupantes de cargos em comissão código DAS-101.4), Assessores (ocupantes de cargos em comissão código DAS-102.4), Corregedor (ocupante de cargo em comissão código DAS-101.4), Corregedor Adjunto (ocupante de cargo em comissão código DAS-101.3), Coordenador Disciplinar (ocupante de cargo em comissão código DAS-101.3), Assessores Técnicos (ocupantes de cargos em comissão código DAS-102.3), Ouvidor (ocupante de cargo em comissão código DAS-101.3), Coordenadores-Gerais (ocupantes de cargos em comissão código DAS-101.4), Chefe do Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros - Cetad (ocupante de cargo em comissão código DAS-101.4), Coordenadores Especiais (ocupantes de cargos em comissão código DAS-101.3) e Coordenadores (ocupantes de cargos em comissão código DAS-101.3 ou de funções de confiança código FCPE-101.3).

Antes de prosseguir, cabem duas ressalvas acerca do texto regimental. Primeiramente, o parágrafo único do art. 356 do Anexo I Regimento Interno da RFB excepciona da competência disciplinar instauradora dos Chefes de Escor, além de todos os cargos que extrapolam a competência até do Corregedor, apenas os Coordenadores-Gerais, os Coordenadores Especiais, o Corregedor, o Corregedor Adjunto, o Coordenador Disciplinar, o Chefe de Gabinete, os Chefes de Assessorias, o Chefe do Cetad, os Superintendentes e os Superintendetes Adjuntos. Mas, para harmonizar com o comando mais abrangente do inciso II do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, acima descrito, devem ser aí considerados os Assessores (ocupantes de cargos em comissão código DAS-102.4), os Assessores Técnicos, o Ouvidor e os Coordenadores. Ademais, outro detalhe a destacar é que o mesmo parágrafo único do art. 356 do Anexo I Regimento Interno da RFB menciona Coordenador Disciplinar e Coordenadores Especiais e os itens 1.2.3.1, 2.3.2 e 2.4.2 do inciso I do art. 2º deste mesmo Anexo I, respectivamente, lista a Coordenação Disciplinar (Codis) da Coger e duas Coordenações Especiais (Coordenação Especial de Maiores Contribuintes - Comac e Coordenação Especial de Gestão de Riscos Aduaneiros - Corad), enquanto o Anexo II, ao tabelar os cargos em comissão, menciona apenas Coordenadores, inclusive na posição em que seriam aquele Coordenador Disciplinar e estes dois Coordenadores Especiais, sendo de se subentender correto e mais preciso o detalhamento do parágrafo único do art. 356 do Anexo I.

Mas, no que tange à regra geral da competência para exarar juízo de admissibilidade, qual seja, a cargo dos Chefes de Escor, especificamente no que diz respeito ao disciplinamento desta competência atribuída em âmbito nacional igualmente para as dez autoridades regionais, o inciso III do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, não define em seu próprio texto os critérios, reportando tal descrição a outro ato da lavra do Corregedor. Este ato do Corregedor consubstanciou-se, por fim, no art. 4º da Portaria Coger nº 128, de 16 de outubro de 2020. Este comando normativo estabeleceu que, fora os agentes da competência exclusiva do Corregedor, nos casos ordinários, a competência para exarar juízo de admissibilidade no âmbito da RFB recai sobre o Chefe do Escor da RF da jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor representado ou denunciado, no momento desta decisão. Reconhece-se que, ao menos neste momento inicial, logo subsequente à inovação permitida pelo atual Regimento Interno da RFB, concedendo competência nacional aos Chefes de Escor, optou-se por um disciplinamento cauteloso e conservador, mantendo-se a mesma linha de competência regional até então vigente.

Portaria Coger nº 128, de 2020 - Art. 4º A competência para celebração de

termo de ajustamento de conduta (TAC), para instauração de sindicância disciplinar e de PAD e para arquivamento em fase de admissibilidade, prevista no inciso III do caput do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, cabe ao Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor) que jurisdicione a unidade de lotação ou de exercício do servidor no momento da decisão.

O fato é que, com o comando do art. 4º da Portaria Coger nº 128, de 2020, eliminou-se, enfim, a dúvida acerca de a qual dentre os dez Chefes de Escor, todos com igual competência regimental em âmbito nacional, incumbe o juízo de admissibilidade face um servidor de determinada RF, inclusive da 1ª RF e fora da alçada residual do Corregedor, contra quem se representa ou denuncia por fatos supostamente irregulares. Se, em primeira leitura do inciso I do art. 356 do Anexo I do Regimento Interno da RFB e do inciso III do *caput* do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, pode parecer que todos os Chefes de Escor seriam competentes em face deste servidor representado ou denunciado, uma vez que todos possuem competência nacional, é o art. 4º da Portaria Coger nº 128, de 2020, que soluciona o aparente impasse de superposição de competências, mantendo a vinculação da competência exaradora do juízo de admissibilidade à RF de lotação ou de exercício do agente público.

Excetuando a parcela residual de competência do Corregedor, que é de natureza subjetiva (ou seja, vincula-se ao agente envolvido), para tudo mais que chegar ao conhecimento do sistema correcional, a regra geral é de que a exaração de juízo de admissibilidade compete ao Chefe do Escor que jurisdiciona a unidade de lotação do representado ou denunciado (ou da unidade em que este tem exercício, caso seja diferente da unidade de lotação), seja unidade descentralizada (inclusive os titulares de unidades locais, tais como Chefes de Postos de Atendimento, Agentes, Inspetores e Delegados da Receita Federal do Brasil, bem como seus Adjuntos e seus substitutos eventuais), seja unidade central.

Ademais, mesmo em casos que envolvam servidores lotados (ou em exercício) em diferentes RFs, opera a competência ordinária, a cargo de um ou de todos os respectivos Chefes dos Escor, não sendo caso de subir a alçada para o Corregedor. Se o caso comportar desmembramento, cabe ao Chefe de cada Escor a parcela referente à sua RF; e se o caso não comportar desmembramento, caberá a um dos Chefes de Escor a íntegra da decisão, no exercício de sua competência em âmbito nacional.

Além das competências específicas do Corregedor e dos Chefes de Escor, acrescente-se que, por óbvia construção de Direito Administrativo, o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, por ser o titular do órgão, possui poder correcional, a qualquer tempo, não só para procedimentalizar e decidir qualquer fase de admissibilidade como também para avocar para si qualquer caso, ainda que não houvesse os comandos expressos do inciso I do *caput* ou do § 1º do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020.

Na mesma linha, a qualquer tempo, o Corregedor também possui competência avocatória sobre qualquer caso de competência originária de Chefe de Escor, à luz do inciso I do § 2º do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020.

Ademais, nos termos o inciso II do § 2º do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, no aspecto que aqui mais pode interessar, o Corregedor pode, mediante critérios definidos e atualizados em norma de sua própria lavra, transferir competências entre Escor e atribuições entre os respectivos Chefes. Com isto, a competência para instruir a fase de admissibilidade, já desde seu início ou até mesmo após ter sido iniciada em um Escor, pode ser transferida para outro, bem como a competência para exarar o juízo de admissibilidade.

Portaria RFB n° 4.505, de 2020 - Art. 2º
§ 1º O Secretário Especial da Receita Federal do Brasil poderá, a qualquer tempo, avocar a instauração ou a tramitação de sindicância disciplinar ou de PAD, sem que isso implique revogação parcial ou total desta Portaria.
§ 2º O Corregedor poderá, a qualquer tempo:

> *I - avocar a instauração ou a tramitação de sindicância disciplinar ou de PAD, sem que isso implique revogação parcial ou total da competência das autoridades a que se refere o inciso III do caput; e*
> *II - transferir competências entre unidades e subunidades e atribuições entre dirigentes, mediante critérios definidos em ato próprio.*

O comando acima mencionado alcança processos em diferentes estágios de elaboração. O processo a ser transferido pode estar com trabalho investigativo sequer iniciado ou já iniciado ou até mesmo já tido como concluído. Ainda assim, caso a competência para instruir a fase de admissibilidade deste processo seja transferida para outro Escor, cabe a este segundo Chefe de Escor reavaliar todos os elementos até então constantes dos autos, seja acatando os trabalhos porventura existentes, seja provocando sua complementação no Grupo Nacional de Investigação (GNI) e/ou no Grupo Nacional de Pareceristas (GNP), para, ao final, ter a instrução que considera completa e suficiente a fim de decidir. A instrumentalidade desta transferência se dá por meio de portaria de pessoal específica do Corregedor, atribuindo, para o processo ou para o grupo de processos a que se referir, tal competência de um determinado Escor que seria aprioristicamente o competente para outro Escor.

Conforme já introduzido, como a competência instauradora traz associada a si mesma a competência para emissão de juízo de admissibilidade, em **4.2.1**, a cuja leitura se remete, não só se aprofunda a compreensão conceitual deste tema mas também e sobretudo se complementa a lista de situações específicas que refogem da competência apriorística do Chefe do Escor, discorrendo-se sobre as hipóteses em que, em função do cargo ocupado pelo representado ou denunciado, a competência migra para o Corregedor e, de forma ainda mais residual, para o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, para o Corregedor do ME e para o Ministro de Estado da Economia, destacadamente com atenção à síntese tabelada de todos os desdobramentos de tais competências. Também se abordará em detalhes a questão da competência *a priori* a cargo do Chefe de Escor em face de eventuais representações ou denúncias contra servidores lotados no Escor ou na Coger e contra servidores estranhos ao sistema correcional e que excepcionalmente sejam convocados pelo Chefe de Escor ou, de forma ainda mais residual, pelo Corregedor para comporem comissão (embora esta hipótese seja praticamente inexistente no atual estágio do sistema correcional).

Ressalte-se que, ao longo deste texto, ao se mencionar a competência para proceder ao juízo de admissibilidade (que se associa à competência para instaurar o processo disciplinar, se for o caso, ou para arquivar o feito) decorrente do cumprimento do dever legal de representar internamente, se tomará como regra geral, por ser a configuração mais frequente, que coincidam as unidades de lotação e de exercício do representado e de ocorrência do fato. Em outras palavras, a presunção é de que o servidor tenha lotação e exercício na mesma unidade e que, nesta sua própria unidade de lotação e exercício, tenha cometido a suposta irregularidade. Assim, em princípio, o *caput* e os §§ 1º e 2º do art. 4º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, determinam que a representação seja encaminhada na via hierárquica do representante, até o titular da sua unidade ou ao Chefe do Escor da sua RF, presumindo também ser esta a RF de lotação e de exercício do servidor ao tempo da tomada de decisão de instaurar o rito disciplinar ou de arquivar o feito (já que a remessa ao Corregedor vincula-se apenas à sua alçada residual).

Não obstante, se faz relevante destacar que, diferentemente desta configuração comum e esperada, podem ocorrer situações atípicas, como, por exemplo, o representado ter lotação e exercício em unidades situadas em diferentes RFs ou ainda o agente, ao tempo da emanação do juízo de admissibilidade, estar lotado (ou em exercício, se diferentes os locais) em RF distinta daquela em que cometeu o fato - inclusive em decorrência de investidura em outro cargo, na própria RFB ou em outro órgão público federal - ou já nem mais ser servidor. Em situações peculiares deste tipo, à vista das interpretações teleológica e sistemática que se extraem da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, mesmo com o processo digital, com suporte

documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), e com a adoção do programa de gestão na modalidade teletrabalho, é inequívoco que, no âmbito da RFB, quer-se privilegiar que o processo disciplinar, caso venha a ser instaurado, transcorra o mais próximo possível do local onde fisicamente o servidor desempenha as atribuições legais de seu cargo, como forma de facilitar seu pleno exercício de defesa. Assim, em tais casos, tratando-se de representação formulada no âmbito da unidade de lotação do representante (ou de exercício, se diferente), o respectivo titular deve encaminhar a peça ao Escor que jurisdiciona a unidade de lotação do representado (ou de exercício, se diferente) ao tempo da formulação daquela provocação ou, no caso de inativo ou de ex-servidor, ao Escor que jurisdiciona a última unidade em que foi lotado (ou em que teve exercício), que se presume ser a localidade em que preserva seu domicílio.

Os desdobramentos e as peculiaridades que podem acontecer no âmbito do sistema correcional, uma vez recebida a representação, no processamento da fase de admissibilidade, em decorrência de a ilicitude ter sido cometida em unidade e/ou em jurisdição distinta(s) daquela de lotação (ou de exercício) ou de a situação funcional do servidor já ter se alterado, serão melhor abordados em **3.2.2.1** e em **3.2.2.2**.

É de se lembrar que, além da representação, cuja formulação se consubstancia em dever funcional e que, como tal, tem o rito acima estabelecido em norma, a notícia de suposta irregularidade também pode chegar ao conhecimento da Administração por meio de denúncia de origem externa, sobretudo da lavra de particular que não se submete ao regramento interno e de quem não se presume conhecimento da procedimentalização administrativa. Assim, no que for cabível, além de se atender aos comandos da Portaria ME/SE nº 21.527, de 29 de setembro de 2020, já expostos em **2.4.2**, tudo o que acima foi exposto acerca da competência decisória e da instrumentalidade para fazer a representação chegar ao competente Chefe de Escor (ou, residualmente, ao Corregedor) à época da emissão do juízo de admissibilidade, com os devidos ajustes sobre a forma de entrada, também se aplica, similarmente, ao procedimento a ser dado às denúncias, inclusive as comunicações anônimas de irregularidade.

Tem-se que, à vista da máxima da independência das instâncias (que se abordará em **4.14.3**) e, sobretudo, da constitucional separação dos Poderes, eixo fundamental do Estado Democrático de Direito, preservando a competência da autoridade administrativa, é de se destacar que nem mesmo o Poder Judiciário ou o Ministério Público Federal (MPF), não obstante todas as prerrogativas e competências constitucionais e legais, possuem poder de determinar à Administração a instauração de processo disciplinar. A decisão de instauração decorre unicamente da convicção da autoridade administrativa, mediante juízo de admissibilidade. Neste rumo, respectivamente, apontam o texto da Lei Complementar (LC) nº 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), conforme ressalva do inciso III do art. 7º, e a manifestação da jurisprudência.

> *LC nº 75, de 1993 - Art. 7º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais:*
> *III - requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas.*
>
> *TRF da 5ª Região, Mandado de Segurança nº 2003.81.00.14169-8, Agravo de Instrumento: "(...) ao magistrado não é dado, em hipótese alguma, invadir as atribuições de outro Poder a ponto de determinar aos seus integrantes providências de ordem disciplinar, de seu exclusivo âmbito interno; isso afronta, sem dúvida, o princípio da separação dos Poderes, eixo fundamental do Estado Democrático de Direito."*

Demarcado que a competência para emitir o juízo de admissibilidade, na RFB como regra, recai sobre o Chefe do Escor que jurisdiciona a unidade de lotação (ou de exercício, se

diferente) do servidor envolvido à época de tal decisão e ressalvadas hipóteses atípicas de competência, é necessário relembrar, conforme já abordado em **2.5.1** e voltará a se abordar com profundidade **2.5.3.2** e em **2.5.5**, que, na configuração mais comum, a fase de admissibilidade se desdobra em procedimentos investigativos e/ou em parecer propositivo de admissibilidade, que antecedem o ato decisório em si e que chamam a participação de outros agentes. Daí, é relevante abordar a questão de impedimento e de suspeição de todos os possíveis protagonistas, desde os servidores comuns até Coordenadores do GNI e do GNP e os Chefes dos Escor e Corregedor, quando excepcionalmente este for a autoridade instauradora.

Introdutoriamente, de forma geral, no que diz respeito tanto à realização dos procedimentos investigativos e à elaboração de parecer propositivo em fase de admissibilidade quanto à simples determinação superior para que assim se proceda, é de se dizer que se aplicam aos servidores executantes, aos Coordenadores e à autoridade instauradora os mesmos critérios de análise dos incidentes de impedimento e de suspeição aplicáveis aos agentes intervenientes na instrução e à autoridade julgadora, que serão elencados em **4.4.2** e **4.10.3.3** (a cujas leituras se remete), vez que a configuração de vinculações pessoais pode viciar a participação de qualquer servidor ou autoridade.

Não obstante a segmentação das atividades obtida com a criação do GNI, do GNP e também do Grupo Nacional de Comissões (GNC), com que praticamente se afasta a hipótese de um servidor que tenha atuado na fase de admissibilidade (em um dos dois primeiros Grupos) venha a compor comissão disciplinar no terceiro Grupo, por ser uma questão importante, cabe aqui um destaque acerca de algumas possibilidades, uma vez que, ao longo do tempo, os servidores podem migrar de um posto dentro da corregedoria para outro.

Primeiramente, é de se ressalvar que, na hipótese de os trabalhos em qualquer procedimento investigativo culminarem no entendimento, ainda que preliminar, de suposto cometimento de irregularidade disciplinar, o servidor ou a comissão condutora exarará tal conclusão, de forma propositiva, em seu relatório, propondo instauração de procedimento disciplinar. Desta maneira, não é recomendável que este(s) servidor(es), que, de certa forma, se equipara(m) a representante(s), e tendo exarado em seu relatório convicção formada unilateralmente, sem participação contraditória do servidor, atue(m) no consecutivo rito contraditório (seja como integrante(s) da comissão disciplinar, seja como autoridade instauradora, que determina a instauração e/ou que apenas atue nas prorrogações de prazo e nas designações de novas comissões), conforme também pontuam a jurisprudência e a doutrina, inclusive da CGU. Caso, por exemplo, um membro do GNI tenha atuado no procedimento investigativo e posteriormente seja nomeado Chefe de Escor (ou Corregedor) que jurisdiciona o processo disciplinar decorrente ou posteriormente migre para o GNC, não razoável que este servidor atue como autoridade instauradora e responsável pelo impulso da marcha processual (prorrogando prazos e designando novas comissões) e muito menos como integrante da respectiva comissão disciplinar, visto poder se considerar configurada a cláusula de impedimento elencada no inciso II do art. 18 da Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

A hipótese de o servidor ter atuado no procedimento investigativo, como membro do GNI e, em seguida, passar a figurar como membro do GNP e vir a elaborar o consequente parecer de admissibilidade não chega a configurar o mesmo impedimento acima, já que o parecer sequer possui previsão legal e não é peça decisória mas sim meramente propositiva. Não obstante, esta possibilidade, além de remota, poria a perder a qualidade que se quis obter com a fragmentação das atividades, desperdiçando-se a riqueza de um agente isento ao procedimento investigativo analisa-lo juridicamente. Desta feita, a não recomendação desta dupla atuação não chega a ser por motivos jurídicos mas sim apenas técnico-estratégicos.

Antes de se avançar na apresentação das hipóteses, convém ressalvar que pode um procedimento investigativo redundar na instauração de outro de mesma natureza (por

exemplo, uma análise preliminar pode redundar em uma sindicância investigativa ou em uma sindicância patrimonial e uma sindicância investigativa pode redundar em uma sindicância patrimonial). Esta consecução de procedimentos investigativos tanto pode decorrer de proposta apresentada pelo servidor ou pela comissão responsável pela condução do primeiro rito, em seu relatório, para que a autoridade o converta em outro, quanto também pode decorrer de decisão gerencial da autoridade, vislumbrando ser necessário o aprofundamento dos trabalhos em um segundo rito. Não há impedimento em o servidor ou a comissão condutora do primeiro procedimento ser aproveitada para atuar no segundo. Também não há impedimento se membro do GNI lavrar representação correcional, estando ou não na condução de procedimento investigativo, e vir a ser designado para atuar no rito investigativo decorrente de sua peça. Isto porque todas estas hipóteses se circunscrevem no mesmo contexto de procedimentos investigativos, sem aqui se cogitar de atuação consecutiva em processo disciplinar.

Já a hipótese de o servidor ter atuado como membro do GNP, elaborando o parecer de admissibilidade, e posteriormente ser nomeado Chefe de Escor (ou Corregedor) que jurisdiciona o processo disciplinar decorrente ou posteriormente migrar para o GNC, ainda que sua posição não se confunda - nem por equiparação - com a de um representante, tendo manifestado opinião favorável à instauração, por cautela e conservadorismo, não convém que atue como autoridade instauradora e responsável pelo impulso da marcha processual (prorrogando prazos e designando novas comissões) ou como integrante da respectiva comissão disciplinar, a fim de evitar qualquer alegação de incursão no impedimento baseado no inciso II do art. 18 da Lei n° 9.784, de 1999.

> *STJ, Mandado de Segurança n° 14.135: "Ementa: 2 - Dispõe o art. 150 da Lei nº 8.112/1990 que o acusado tem o direito de ser processado por uma comissão disciplinar imparcial e isenta. 3 - Não se verifica tal imparcialidade se o servidor integrante da comissão disciplinar atuou também na sindicância, ali emitindo parecer pela instauração do respectivo processo disciplinar, pois já formou juízo de valor antes mesmo da produção probatória. 4 - O próprio Manual da Controladoria Geral da União de 2010, obtido na página eletrônica daquele órgão, afirma não ser recomendada a participação de membro sindicante no posterior rito contraditório."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança n° 15.107: "Ementa: 1. A teor do art. 150 da Lei 8.112/90, a imparcialidade, o sigilo e a independência devem nortear os trabalhos da comissão que dirige o procedimento administrativo, assegurando ao investigado a materialização dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 2. O servidor que realizou as investigações em sindicância prévia e exarou juízo preliminar acerca da possível responsabilidade disciplinar do acusado, considerando presentes a autoria e materialidade de infração administrativa, está impedido de determinar, posteriormente, a instauração de processo administrativo disciplinar e de aprovar o relatório final."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança n° 19.290: "Ementa: 4. A prática de atos de mero impulso processual, sem nenhum conteúdo decisório, por servidores que participaram da fase de investigação, não é causa de nulidade do processo administrativo disciplinar, desde que nenhum deles tenha participado como membro da comissão processante."*
>
> *"Tema ainda relevante dentro dos trabalhos realizados a título de procedimentos investigativos, quer tenham sido feitos sob a forma de Investigação Preliminar, Sindicância Investigativa ou Sindicância Patrimonial, é a recomendação no sentido de que os servidores que atuaram nesses feitos não integrem as eventuais comissões de processos punitivos instaurados para apurar os mesmos fatos, quais sejam, Sindicância Contraditória ou Processo*

> *Administrativo Disciplinar,especialmente naqueles casos em que o relatório da comissão prévia tenha sido categórico em especificar as condutas tidas como irregulares.*
> *Tal recomendação estende-se, inclusive, aos servidores que tenham atuado em auditorias e congêneres, posto que todos esses agentes já possuem sua convicção praticamente definida sobre a materialidade e autoria, convicção essa que foi formada sem o contraditório e a ampla defesa. Tudo isso com vistas a evitar futuras alegações de prejulgamento por parte dos membros das comissões disciplinares.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 68 e 69, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/ Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

> *"A sindicância própria, de caráter investigatório, pode ser conduzida por um único sindicante ou por uma comissão constituída por funcionários, estáveis ou não (...). Resultando o apuratório em processo administrativo, de qualquer formato, não poderá nele atuar quem praticou atos ou diligências na fase investigatória." Léo da Silva Alves, "Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas", pg. 27, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005*

Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

> *Orientação Coger nº 12*
> *Servidor que tenha atuado na sede investigativa não pode instaurar o procedimento disciplinar subsequente, prorrogar o prazo ou designar ou reconduzir nova comissão processante e integrar a comissão*

Mas não há impedimento em uma mesma autoridade ter atuado apenas no cumprimento de seu poder-dever de tão somente ter instaurado o procedimento investigativo (sem dele participar como membro investigador) e venha posteriormente a atuar como autoridade instauradora no consequente processo disciplinar, apenas como responsável pela deflagração e por prorrogações de prazo ou por designações de novas comissões.

Em qualquer das possibilidades acima, se o próprio servidor (seja o membro do GNI realizador dos procedimentos investigativos, seja o posterior membro do GNP elaborador do parecer de admissibilidade) ou o próprio Coordenador ou a própria autoridade instauradora, por qualquer motivo, espontaneamente, na regra geral de o investigado sequer ter ciência da fase de admissibilidade em curso e, portanto, não se cogitar de arguir impedimento ou suspeição, demonstra, de forma objetiva, ser impedido ou impedida ou se manifesta suspeito ou suspeita em face do representado, denunciado ou acusado, basta que se repasse a tarefa para outro servidor ou que os atos que competem àquela autoridade sejam realizados por seu substituto eventual, em perfeita analogia com o art. 97 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP).

> *CPP - Art. 97. O juiz que espontaneamente afirmar suspeição deverá fazê-lo por escrito, declarando o motivo legal, e remeterá imediatamente o processo ao seu substituto, intimadas as partes.*

Se, excepcionalmente, o tema vem à tona por provocação do investigado, não se prescinde da manifestação do excepto, ou seja do alvo da alegação, o servidor membro de Grupo ou o Coordenador ou a autoridade instauradora; e aí cabem duas possibilidades. Por um lado, se o servidor ou o Coordenador ou a autoridade instauradora acata a tese de ser impedido ou impedida ou suspeito ou suspeita, novamente, mediante a prova irrefutável do impedimento ou a alegação pertinente da suspeição, basta o repasse da tarefa para outro servidor ou que os atos que competem àquela autoridade sejam realizados por seu substituto eventual, em perfeita analogia com os arts. 98 e 99 do CPP. Mas, por outro lado, se o servidor ou o Coordenador ou a autoridade instauradora não acata a tese de ser impedido ou impedida

ou suspeito ou suspeita, deve o incidente ser protocolizado em autos apartados, a ser instruído com a peça inicial do investigado e com a manifestação do excepto. Em seguida, estes autos apartados devem ser remetidos para decisão da autoridade superior, em perfeita analogia com o *caput* do art. 100 do CPP, ou seja, seguem para o Coordenador que designou o membro para tarefa ou para as autoridade hierarquicamente superiores ao Coordenador (seguem para o Corregedor) e à autoridade instauradora (sendo o Chefe de Escor, seguem para o Corregedor; e sendo o Corregedor, seguem para o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil).

> *CPP - Art. 98. Quando qualquer das partes pretender recusar o juiz, deverá fazê-lo em petição assinada por ela própria ou por procurador com poderes especiais, aduzindo as suas razões acompanhadas de prova documental ou do rol de testemunhas.*
> *Art. 99. Se reconhecer a suspeição, o juiz sustará a marcha do processo, mandará juntar aos autos a petição do recusante com os documentos que a instruam, e por despacho se declarará suspeito, ordenando a remessa dos autos ao substituto.*
> *Art. 100. Não aceitando a suspeição, o juiz mandará autuar em apartado a petição, dará sua resposta dentro em três dias, podendo instruí-la e oferecer testemunhas, e, em seguida, determinará sejam os autos da exceção remetidos, dentro em vinte e quatro horas, ao juiz ou tribunal a quem competir o julgamento.*

Em qualquer hipótese de alegação de impedimento ou de suspeição, seja espontaneamente pelo próprio servidor membro de Grupo, pelo Coordenador, pela própria autoridade instauradora, seja pelo investigado, deve o incidente ser levado à decisão da autoridade hierarquicamente superior, coletando-se manifestação circunstanciada daquele cuja isenção se questiona. À luz dos arts. 111 e 112 do CPP, os questionamentos de impedimento e de suspeição são incidentais e não suspendem o andamento do procedimento principal enquanto são analisados (a despeito de o inciso III do art. 313 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) prever a suspensão, elege-se como primeira fonte de integração a processualística penal, em razão da maior afinidade). Mas, por outro lado, uma vez decidido pela ocorrência de impedimento ou de suspeição do servidor ou do Coordenador ou da autoridade instauradora, os atos por ela cometidos são declarados nulos e devem ser refeitos, conforme o art. 101 do CPP.

> *CPP - Art. 101. Julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal, pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável; rejeitada, evidenciando-se a malícia do excipiente, a este será imposta a multa de duzentos mil-réis a dois contos de réis*
> *Art. 111. As exceções serão processadas em autos apartados e não suspenderão, em regra, o andamento da ação penal.*
> *Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser argüido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.*

Caso o incidente decorra de alegação do servidor investigado, na excepcional hipótese de este ter ciência da fase de admissibilidade, deve ser protocolizado em autos apartados do processo principal, com a manifestação circunstanciada do excepto, e ser levado à decisão da autoridade instauradora ou da autoridade correcional hierarquicamente superior, dependendo se o excepto é um servidor membro de Grupo ou um Coordenador ou a autoridade instauradora, sem efeito suspensivo do transcurso do rito principal enquanto a exceção é analisada.

Por fim, acrescente-se neste tema que, da mesma forma como na investigação criminal

uma mesma autoridade policial pode conduzir mais de um inquérito em relação ao mesmo investigado, tem-se que, em fase pré-processual administrativa, ao amparo do princípio do formalismo moderado, não incorre em impedimento ou suspeição um mesmo servidor (ou uma mesma comissão) que atue em diferentes procedimentos investigativos em face de um mesmo investigado na busca de fatos diversos. Isto porque tais procedimentos investigativos são marcados pela simples busca inquisitorial de elementos fáticos (uma vez que a garantia de contraditório somente vem à tona no rito disciplinar) e pela ausência do caráter punitivo, não sendo produzida nenhuma decisão que possa ser crítica em desfavor do investigado. Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

> *Orientação Coger nº 34*
> *Não há impedimento ou suspeição em um mesmo servidor, individualmente ou em equipe ou em comissão, atuar em mais de um procedimento investigativo em face de um mesmo investigado.*

Segundo a manifestação da CGU, por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 16, de 11 de setembro de 2017, sequer se cogita de impedimento ou de suspeição em razão de um servidor atuar em procedimento investigativo envolvendo um mesmo investigado em face do qual já tenha composto ou ainda componha comissão disciplinar em razão de fato distinto.

> *Enunciado CGU/CCC nº 16, de 2017: "Imparcialidade de membro de comissão de procedimento correcional. A atuação de membro da comissão em outro procedimento correcional, em curso ou encerrado, a respeito de fato distinto envolvendo o mesmo acusado ou investigado, por si só, não compromete sua imparcialidade."*

2.5.3 - A Abordagem Inicial, o Fluxo de Rotinas e a Instrução Necessários à Decisão da Autoridade Instauradora

Desde o primeiro momento em que se cogita de incidência do poder punitivo estatal, o aplicador do Direito jamais deve perder de vista que, por sua própria natureza, a instância disciplinar importa em severos ônus, tanto materiais quanto imateriais. Já a partir da fase de admissibilidade, mesmo antes de se ter o rito disciplinar instaurado, trata-se de uma instância materialmente dispendiosa, visto requerer bem equipada estrutura operacional e qualificados recursos humanos para uma atividade-meio no órgão cuja finalidade é a atividade fiscal e é imaterialmente muito custosa porque lida com bens jurídicos de valor intangível, que são a honra, a imagem e a reputação de pessoas.

Partindo desta visão axiomática e lembrando que a fase de admissibilidade pode vir a ser o nascedouro daquela onerosa relação jurídica, se faz mais ajustado e adequado admitir que o juízo de admissibilidade não se restringe a uma decisão de viés estritamente jurídico quanto a arquivar o feito ou a instaurar o rito disciplinar em decorrência da notícia de suposta irregularidade. Mais que isto, é aceitável a percepção de que o juízo de admissibilidade enceta um julgamento avaliativo de contornos muito mais abrangentes, acerca de determinada situação do mundo real que chega ao conhecimento da Administração, além do sentido estrito de ilicitude. Tomando-se o termo "situação" como um demarcador muito mais próximo da realidade para o escopo do trabalho de juízo de admissibilidade, é certo que o desempenho e o objetivo desta tarefa não devem se conformar, se satisfazer, se limitar ou se confundir com a suposta irregularidade noticiada e tampouco com o meio que veicula a notícia, qual seja, a representação ou a denúncia e nem mesmo com o processo administrativo, como mero dossiê eletrônico de atos encadeados, que a instrumentaliza. Deve sim tal tarefa ser permeada pela conscientização de que a situação noticiada, como uma denotação mais ampla do que chegou ao conhecimento da Administração, pode ser influenciada por fenômenos concretos mais

complexos que a mera leitura literal da norma hipotética, inclusive aqueles inerentes à natureza humana e ao relacionamento entre pessoas, não podendo ser vista de forma artificialmente estanque e dissociada do mundo real em que se insere.

Como é impossível à Administração ter o controle sobre a iniciativa das pessoas em representar ou denunciar (e nem mesmo deve inibir tais atitudes) e sobre o que as leva a fazê-lo, é justamente na análise realizada na fase de admissibilidade que, logo de imediato, deve se deixar influenciar pelo contexto concreto extrajurídico que cerca o caso em análise, atentando-se para valores que vão além da positivação do regramento disciplinar. Caso a ponderação por estas condicionantes externas ao fato em si não seja suficiente para afastar a possibilidade de configuração de ilicitude, ainda na fase de admissibilidade deve-se dar o passo adiante, em que se levam em conta os delimitadores de emprego da instância disciplinar, agora já no campo técnico jurídico, tanto em termos objetivos de materialidade (irregularidades estatutárias, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990) quanto subjetivos de autoria (cometidas por servidor ou por ele propiciadas), conforme melhor se abordará em **3.1** e **3.2**, a cujas leituras se remete, pois os institutos lá abordados complementam o que ora se expõe e são perfeitamente cabíveis no exame que instrui a decisão de instaurar ou não a persecução correcional.

Primeiramente, acerca dos aspectos concretos que podem extrapolar a circunscrição do regime disciplinar, deve o aplicador do Direito se sentir seguro e encorajado para avaliar parâmetros que trazem um certo grau de subjetividade, tais como as análises jurídicas de eficiência, de razoabilidade e de proporcionalidade, a praxe administrativa, os bens tutelados, as diretrizes institucionais, a atividade desenvolvida, as peculiaridades pessoais e do corpo funcional, dentre outros. Ou seja, estes parâmetros, independentemente de possuírem ou não expressa previsão legal, informam a fase e o juízo de admissibilidade, pois se refletem diferentemente em cada órgão e em cada unidade de determinado órgão e até mesmo em cada atividade desempenhada em determinada unidade de um órgão, à vista das particularidades, inclusive individuais. Assim, a respectiva autoridade competente tem de manter-se atenta aos valores que, com maior relevância, se precisa e se quer proteger e tutelar em cada órgão, unidade ou atividade (se comportamento ou se retidão moral, dentre outros), como reflexo da natureza da instituição, de sua atividade-fim, de sua história, de sua cultura, de seu planejamento e de sua gestão de pessoal.

Em outras palavras, à vista da natureza punitiva da instância disciplinar, a decisão de instauração de processo disciplinar deve ser encarada sempre como residual e restritiva, justificável apenas quando o emprego de demais ferramentas administrativas gerenciais não se mostra suficiente ou adequado para restabelecer a ordem interna.

Superado este primeiro grau de refração, faz-se absolutamente indispensável ainda se convencer da existência dos requisitos de natureza essencialmente jurídica, acerca de materialidade e de autoria. Somente se cogita de juízo de admissibilidade positivo diante da existência de indícios de materialidade e de autoria; não havendo tais indícios, deve-se proceder ao arquivamento da representação ou da denúncia, por ausência de conectivos lógicos que justifiquem a onerosa instauração da instância disciplinar, com concordância doutrinária.

> *"Para que o processo disciplinar seja instaurado com legitimidade não basta tão somente que seja a autoridade hierárquica competente para tanto, havendo, de rigor jurídico, a necessidade de um mínimo legal que, traduzindo possibilidade de condenação ('fumus boni juris'), se estribe em elementos concretos indicadores de tal viabilidade. Não é jurídico nem democrático que o servidor público venha, sem mais nem menos, responder a processo disciplinar. A garantia constitucional do devido processo legal não somente contenta-se em que o processo recepcione a ampla defesa e o contraditório, como também exige, para sua legítima inauguração, que haja, no mínimo, um princípio de*

> *prova. Sem esse princípio de prova (‘fumus boni juris’), sinalizador da plausibilidade da pretensão punitiva da Administração, não poderá haver processo disciplinar.*
> *Tais elementos, embora não seja exigível que já possam, no limiar do processo, traduzir um juízo seguro ou razoável de certeza, devem, contudo, apresentar, pelo menos, um juízo de possibilidade condenatória em desfavor do servidor imputado. Consistindo em qualquer detalhe lícito produtor de convicção definível como princípio de prova, esses elementos constituem os conectivos processuais ensejadores da abertura de tal empreitada apuratória de possíveis transgressões disciplinares. Sem tais conectivos, não é lícita a abertura de tais procedimentos.*
> *O Direito Processual Disciplinar exige a presença desses conectivos (princípios da prova) como forma de evitar que venha o servidor público sofrer os incômodos e os aborrecimentos oriundos de um processo disciplinar precipitadamente instaurado, além de, com tal cuidado, proporcionar resguardo à dignidade do cargo ocupado pelo acusado, o que reverte-se, por fim, em benefício da normalidade e regularidade do serviço público, escopo inarredável a que deve preordenar-se toda repressão disciplinar.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 220, Editora Forense, 6ª edição, 2010*

> *Constitui-se em instrumento inquisitivo, independente de existência de servidor acusado (aliás não se conciliam a sindicância investigativa e a existência de servidor acusado em seu bojo), daí decorrer a classificação de “inquisitorial”, quando não constar na notícia de infração a indicação de autores da suposta materialidade, servindo destarte para o início de uma apuração, em face da comunicação de fatos ainda não completamente definidos, no que se refere à autoria e ou o delineamento da materialidade. Nesse procedimento, por não haver acusado, não há que se falar em contraditório e ampla defesa. Há certa semelhança com o inquérito policial, instrumento a dar subsídio à denúncia pelo Ministério Público. A Lei 8.112/90 não previu textualmente o instituto da sindicância investigativa, sendo obtida da interpretação sistemática dos artigos 143 a 146 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Processual”, Vol. III, pgs. 61 e 62, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Tendo em conta o caráter restrito e excepcional com que se emprega a instância disciplinar, a análise em fase de admissibilidade deve ser aprofundada, detalhada e segura e suficientemente instruída, para que se evite a instauração de processos disciplinares em inequívocas situações de falta de objeto e de flagrante improcedência da representação ou denúncia, em razão de ausência de indícios de materialidade ou de autoria, seja porque o fato em si ou seu autor não se submetem à seara correcional, seja porque o fato é passível de imediato e liminar esclarecimento.

Deve-se então buscar os indícios necessários e suficientes para, de forma robusta, instruir a onerosa decisão de instaurar a instância disciplinar ou, de outro lado, para, de forma segura, instruir a sempre passível de questionamentos decisão de arquivar o feito. Somente se cogita de parecer de admissibilidade positivo (ou seja, com proposta de instauração da instância disciplinar) e de consequente decisão instauradora após o emprego de satisfatória rotina de trabalho que redunde, cumulativamente, em se ter nos autos dois elementos informativos. Há de se ter não só o esgotamento das pesquisas e ferramentas de investigação possíveis, disponíveis e ao mesmo tempo necessárias e suficientes para formar convicção mas também é igualmente indispensável se vislumbrar a viabilidade operacional de efetivamente se poder apurar a ilicitude administrativa. E jamais deve se perder de vista que esta suposta infração deve ser exclusivamente compreendida como ato praticado no exercício do cargo ou ao menos indiretamente relacionado com suas atribuições legais, em afronta à lista exaustiva

de ilícitos dos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112, de 1990 (materialidade), e que possua relação causal entre a ocorrência objetiva do fato e a conduta omissiva ou comissiva, marcada por dolo ou por culpa, por parte de servidor estatutário (autoria).

Mas como é de se esperar de tão amplo espectro de possibilidades de origens, pode-se mencionar a possibilidade de três diferentes graus de refinamento e de plausibilidade das provocações que chegam à Administração. Primeiramente, em um extremo, pode-se chegar ao conhecimento de suposta irregularidade por meio de notícia bem detalhada e elaborada, já indicando de forma precisa indícios da materialidade e da autoria, o que a tornará merecedora de parecer e de decisão liminar de instauração de processo disciplinar. Mas também se pode, no extremo oposto, receber notícia vaga, imprecisa, não dispondo de indícios nem do fato em si e nem da sua autoria ou de quem foi responsável por sua ocorrência e sem sequer possibilidade e viabilidade de obtê-los, o que a tornará sem interesse disciplinar e merecedora de parecer e de decisão liminar de arquivamento. E, sobretudo, conforme é mais comum na realidade, pode-se receber notícia de suposta irregularidade nos mais diversos graus de refinamento intermediários aos dois extremos apontados, que nem é descartável de plano por absoluta falta de plausibilidade e nem é satisfatoriamente instruída para a imediata elaboração do juízo de admissibilidade, o que a tornará merecedora de aprofundamento em subfase investigativa, por meio de procedimentos investigativos enriquecidos por pesquisas e ferramentas de investigação.

Diante destes diferentes graus de detalhamento e de precisão, é pertinente se propor uma sintética metodologia, para o primeiro e superficial início da abordagem na fase de admissibilidade de notícia de suposta irregularidade que chega ao conhecimento da Administração, sobretudo para a última das três configurações acima.

Primeiramente, deve-se identificar se a notícia claramente indica suposta conduta humana ilícita, ou seja, se há resposta positiva ao questionamento se há na peça inicial ou nos elementos informativos de que um servidor tenha cometido suposto fato passível de crítica em determinado tempo ou período e em determinado local. Diante de notícias evasivas, amplas, genéricas, inespecíficas que sequer permitem o delineamento do fato noticiado, o princípio da eficiência informa a inviabilidade de se mover a Administração para realizar varreduras ilimitadas em termos objetivos e subjetivos, devendo merecer tal caso liminar arquivamento, sob amparo do entendimento doutrinário da Controladoria-Geral da União (CGU).

> *"Como já asseverado, a notícia de irregularidade deverá estar revestida de plausibilidade, ou seja, conter o mínimo de elementos indicadores da ocorrência concreta de um ilícito (materialidade) e se possível os indícios de autoria, de modo que notícias vagas podem ensejar o arquivamento sumário da denúncia, eis que não se afigura razoável movimentar a máquina estatal, por demais dispendiosa, para apurar notícia abstrata e genérica, em cujo teor não se encontra requisitos mínimos de plausibilidade.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 59, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Importante reiterar esta necessária percepção da viabilidade apuratória e probatória, já que, em atenção aos ônus inerentes à instância disciplinar, quando se vislumbra de antemão a ínfima ou nenhuma possibilidade de se obter prova do fato criticável ou da conduta humana, não se cogita de sua instauração tão somente para proceder a investigações genéricas e difusas. O processo disciplinar não é foro justificável, razoável e proporcional para o mero possível e intempestivo levantamento de indícios de irregularidade não obtidos até a fase de admissibilidade e de desfecho presumivelmente infrutífero.

Nesta linha, é forçoso reconhecer que, em leitura dinâmica e conglobante de todos os princípios simultaneamente informadores do Direito Administrativo Disciplinar, na hipótese

de a provocação do dever funcional de instaurar a apuração em vista de notícia de suposta irregularidade já nascer fragilizada pela relevante probabilidade de insucesso na busca de prova, com inequívoca repercussão na inviabilidade da aplicação do resultado punitivo em face do suposto infrator, deve a autoridade instauradora, em fase de admissibilidade, ponderar os ônus de se empregarem os escassos recursos humanos e materiais de que se sabe dispor a Administração, além do desgaste inerente à condução do processo em si. Pode-se defender que, quando não se vislumbra a possibilidade de se obter as inequívocas materialidade e autoria (por exemplo, em função da natureza dos atos funcionais em questão ou em função do longo tempo decorrido), mesmo que se esgotem todos os esforços instrucionais possíveis - e com todos os ônus a eles inerentes - é viável, como exceção nesta fase, se antecipar a eleição da máxima do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência para arquivar o feito liminarmente.

Mas, estando presentes na notícia os elementos indicativos mínimos da ocorrência criticável em razão da ação humana que permitam a compreensão e a delimitação fática, é de se prosseguir na análise, verificando, na sequência, se aquela situação noticiada enseja ilicitude ou não. Não figurando aquele fato na previsão hipotética normativa como ilícito - como, por exemplo, meros atos exclusivamente de vida privada (conforme se definirá em **3.2.3.1**) ou atos de gerência administrativa de pessoal ou de pequenos aspectos comportamentais (conforme se definirá em **3.2.3.3)** -, o caso merece, ainda que por razão distinta, o mesmo fim acima defendido, qual seja, o liminar arquivamento. Por outro lado, se o fato delineado apresenta contornos de ilicitude, a análise avança, no sentido da identificação do ramo do Direito afrontado.

Caso o fato delineado até apresente contornos de ilicitudes, mas de naturezas distintas da disciplinar - seja pela matéria em si à margem do regramento estatutário, seja pela qualidade do autor não regido pela Lei nº 8.112, de 1990 -, deve o caso ser encaminhado à respectiva autoridade ou foro competente, abstraindo-se de persecução disciplinar. A Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, no parágrafo único do seu art. 9º, indica a provocação de outras instâncias jurídicas, quando pertinente.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 9º*
> *Parágrafo único. Caso sejam identificados indícios de irregularidade com repercussão não correcional, a matéria deverá ser encaminhada à autoridade competente para a respectiva apuração, independentemente da decisão adotada no juízo de admissibilidade.*

Isto porque a instância disciplinar não deve ser chamada a agir e muito menos se sentir efetivamente provocada diante, por exemplo, de mera transgressão ética (conforme já exposto em **2.2.2.2.1**), de crimes comuns (conforme se definirá em **3.2.1.1**), de atos de naturezas jurídicas diversas (tais como fiscal, contábil, trabalhista, dentre outros), de atos incipientemente associados a dano ou desaparecimento de bens (conforme se definirá em **3.2.3.5.2**) ou ainda de atos cometidos por não servidor (conforme se definirá em **3.2.4.1**).

Ademais, recomenda-se que também se atente, desde a fase de admissibilidade, com a devida cautela, para os princípios da intervenção mínima e da insignificância e para os conceitos de erro escusável e de ausência de ilicitude material, como motivações de arquivamento, conforme se abordará, respectivamente, em **4.6.1.1**, em **4.6.3.3**, em **4.6.3.4** e em **4.6.3.5**, ao se tratar de indiciação e de enquadramentos.

Por outro lado, somente se o caso apresenta contornos de ilicitude disciplinar, ou seja, mediante indícios de materialidade e de autoria de infração estatutária, deve-se aprofundar a análise acerca da qualidade da notícia formulada, verificando se já se operou a prescrição.

Neste rumo, merece destaque a manifestação da CGU, por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 4, de 4 de

maio de 2011, nos termos que se exporão em **4.13.1.3**, acerca da flexibilização do poder-dever em princípio imposto à autoridade competente para instaurar o processo disciplinar quando já se verifica, em fase preliminar, a prescrição da punibilidade, concedendo-lhe a prerrogativa de ponderar as peculiaridades do caso concreto. Caso tenha operado e não haja justificativas para a excepcional persecução disciplinar de punibilidade prescrita (por exemplo, a possibilidade de repercussão em outras instâncias - como ressarcimento ao erário ou representação penal), recomenda-se o arquivamento do feito.

> *Enunciado CGU/CCC nº 4, de 2011: "Prescrição. Instauração. A Administração Pública pode, motivadamente, deixar de deflagrar procedimento disciplinar, caso verifique a ocorrência de prescrição antes da sua instauração, devendo ponderar a utilidade e a importância de se decidir pela instauração em cada caso."*

E novamente mencione-se a IN CGU nº 14, de 2018, que, no § 3º do seu art. 10 positivou o entendimento que a CGU/CCC já adotava no seu Enunciado acima.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 10.*
> *§ 3º A autoridade competente pode, motivadamente, deixar de deflagrar procedimento correcional, caso verifique a ocorrência de prescrição antes da sua instauração.*

Ainda na mesma linha de argumentação, deve-se avaliar se há outras hipóteses de extinção da punibilidade, mencionadas em **4.13.5.2**, tais como a morte do servidor ou a retroatividade benigna da lei. Pode também ser considerado como desestimulador da instauração de segundo procedimento o fato de o servidor já ter sido demitido em outro processo administrativo disciplinar (PAD) anterior, conforme mencionará em **3.2.2.2.2.c**.

Por outro lado, não se tendo concretizado nenhuma destas hipóteses, duas possibilidades se desdobram. Se os indícios de materialidade e de autoria são suficientes para de imediato se identificar e se delinear a conduta ilícita e o servidor por ela responsável, deve-se propor a instauração do rito disciplinar. Mas, se os indícios de materialidade e de autoria, embora presentes, ainda careçam de maior robustez, confiabilidade e segurança a fim de instruir a futura decisão de arquivamento ou de instauração, deve-se proceder aos procedimentos investigativos, buscando as mais variadas fontes de informação, tanto internas ao sistema correcional e à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), quanto até externas, para o devido e necessário esgotamento da instrução processual, novamente com amparo doutrinário da CGU.

> *"Nesse diapasão, ponto importante a ser considerado é se os procedimentos investigativos aqui tratados suprem a determinação de apuração imediata prevista no art. 143 da Lei nº 8.112/90, posto que o mencionado dispositivo afirma que tal apuração deve ser realizada mediante Sindicância Contraditória ou Punitiva ou Processo Administrativo Disciplinar.*
> *Embora a norma não tenha se referido a outra forma de apuração que não a Sindicância Contraditória ou Processo Administrativo Disciplinar, não se cogita, sob pena de afrontar os princípios da eficiência e economicidade, dentre outros, que toda investigação para apurar qualquer notícia de irregularidade que chegue ao conhecimento da Administração seja realizada exclusiva e diretamente através de Sindicância Contraditória ou Processo Administrativo Disciplinar, com todos os ônus que lhes são inerentes - financeiros e administrativos - mesmo porque os Procedimentos Disciplinares Investigativos, quando necessários para o deslinde do caso, podem ser vistos como elementos informativos prévios e, de certa forma, integrantes da futura Sindicância Contraditória ou Processo Administrativo Disciplinar, uma vez que se constituirão nas primeiras informações constantes de tais instrumentos disciplinares, devendo, quando necessário, ser refeitos a posteriori sob o manto do contraditório e da ampla defesa.", Controladoria-Geral da União, "Manual*

> *de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 67, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Para tal, busca-se, adiante, padronizar e otimizar as rotinas empregadas na fase de admissibilidade, modelando-se um fluxograma ideal, e, em seguida, descrevem-se os já mencionados procedimentos investigativos - tanto aqueles previstos nas normas gerais quanto aqueles específicos do sistema correcional da RFB (conforme se abordará em **2.5.3.2) -** e as pesquisas e ferramentas de investigação que se empregam em seus ritos (conforme se abordará em **2.5.3.3**).

2.5.3.1 - O Fluxo Procedimental da Fase de Admissibilidade

Todas as representações e denúncias sobre supostas irregularidades que chegam ao conhecimento do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) são submetidas a uma mesma procedimentalização positivada, a merecer a elaboração de um fluxo para o seu tratamento. Até pode ocorrer com determinado caso mais simples a supressão de alguma etapa, mas, considerando-se que a imensa maioria das notícias que chegam contém algum grau de relevância não autorizador do liminar arquivamento, porém sem possuir instrução suficiente para a imediata e segura decisão de instaurar ou não o rito disciplinar, faz-se necessário apresentar o fluxo mais completo para a instrumentalização a ser dada em tais casos.

De imediato, conforme já antecipado em **2.4.3**, toda representação ou denúncia acerca de suposta irregularidade que dá entrada no sistema correcional deve ser encaminhada para a Coordenação do Grupo Nacional de Investigação (GNI). Este comando não comporta exceção, independentemente da forma e do meio de origem da peça noticiadora de suposta irregularidade.

Assim, os trabalhos investigativos internos realizados de ofício no âmbito do próprio GNI (não oriundos de representações externas ou de denúncias), comumente consubstanciados em auditorias correcionais, ao amparo da Portaria Coger nº 227, de 20 de novembro de 2019, que redundam em identificação de indícios de materialidade e de autoria de ilicitude, têm não só todo o processo, com seu relatório ao final, como também a representação lavrada pelo servidor ou pela comissão responsável por sua condução encaminhados à Coordenação. O mesmo ocorre quando, no curso ou ao final de um procedimento investigativo, o servidor ou a comissão condutora identifica indícios de materialidade e de autoria de outra infração diferente daquela que havia originado a deflagração e cumpre seu dever funcional de representar.

E a regra vale não apenas para as peças formuladas internamente no âmbito do próprio GNI. Mesmo se uma representação é apresentada ou formulada pelo representante ou se alguma denúncia é apresentada pelo denunciante em alguma das unidades do sistema correcional (Corregedoria - Coger ou Escritório de Corregedoria - Escor) ou em alguma de suas subunidades (Divisões ou Serviço), devem internamente ser encaminhadas ao GNI. Relembre-se, nos termos já expostos em **2.4.1**, que, na procedimentalização imposta pelo *caput* e pelos §§ 1º e 2º do art. 4º da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, as representações formuladas internamente na RFB devem tramitar até o titular da unidade do representante e daí serem remetidas ao Chefe do Escor que jurisdiciona a Região Fiscal (RF) da unidade de lotação ou de exercício do representado. E, nos termos já expostos em **2.4.2**, na procedimentalização imposta pelo *caput* do art. 3º e pelo § 2º do art. 6º, ambos da Portaria ME/SE nº 21.527, de 29 de setembro de 2020, as denúncias (em que se incluem as comunicações anônimas de irregularidades) devem dar entrada na RFB por intermédio de sua Ouvidoria (Ouvid) e, caso excepcionalmente sejam apresentadas pelo denunciante

diretamente ao sistema correcional, devem ser primeiramente remetidas, em sua íntegra (salvo se houver dados protegidos por sigilo legal ou por decisão judicial), pelo Grupo de Atividades Auxiliares (Gataux) do GNI à Ouvid, onde passam por uma análise prévia para enfim serem devolvidas, com pseudonimização (sendo que o § 3º do art. 15 da mesma norma permite que se solicite, quando indispensável, a identificação do denunciante). Este comando é ratificado internamente pelo art. 1º-A da Ordem de Serviço (OS) Coger nº 1, de 27 de junho de 2019.

> *OS Coger nº 1, de 2019 - Art. 1º-A As denúncias recebidas pela Corregedoria da RFB alusivas a fatos irregulares praticados por servidores públicos ou a atos lesivos à Administração Pública federal de responsabilidade de pessoa jurídica, nos termos da Lei nº 12.846, de 2013, deverão ser encaminhadas à Ouvidoria da RFB. (Incluído pela Portaria Coger nº 3, de 27 de setembro de 2021)*

Antes de prosseguir com o fluxo procedimental, convém abrir rápido parêntese e desde já descrever a acima citada auditoria correcional. A rigor, a auditoria correcional não deve ser confundida com um procedimento investigativo em sentido estrito, pois, conforme o art. 3º da Portaria Coger nº 227, de 2019, resume-se apenas ao exame sigiloso, objetivo e impessoal de atividades funcionais, sistemas informatizados, banco de dados, procedimentos e processos de trabalho, para levantar indícios de ilicitude, podendo ter desde abrangência nacional, passando por espectro regional, ou se concentrar uma unidade e até mesmo em uma subunidade. Diferentemente dos procedimentos investigativos, caracterizados por desaguarem em um relatório propositivo (em geral, acerca de arquivamento do feito ou de instauração de processo disciplinar), a auditoria correcional se limita a um mero exame que não comporta nenhuma construção cognitiva. A auditoria correcional, nos termos do art. 2º da Portaria Coger nº 227, de 2019, pode se originar de provocação de Coordenador do GNI ou de outra autoridade ao Corregedor e, uma vez contando com a aprovação desta autoridade superior, aquela Coordenação instaura; ou ainda a sua instauração pode decorrer de direta determinação do Corregedor à Coordenação do GNI. Em ambas hipóteses, mediante autorização ou determina do Coregedor (sem portaria de pessoal para este fim), a Coordenação do GNI instaura a auditoria correcional, designando um servidor ou uma comissão responsável pela condução, por meio de mero despacho (também dispensa-se formalidade de deflagração por portaria de pessoal). Apesar de a norma de regência não vedar a designação de apenas um servidor, a praxe é de se designar comissão, com dois ou três membros, dependendo da gravidade e da complexidade do caso.

> *Portaria Coger nº 227, de 2019 - Art. 2º Compete ao Grupo Nacional de Investigação (GNI), após aprovação ou determinação do Corregedor, a realização de auditoria correcional, de caráter sigiloso.*
> *Art. 3º A auditoria correcional é o exame objetivo e impessoal de atividades, sistemas, banco de dados, procedimentos e processos de trabalho no âmbito da RFB com o propósito de identificar indícios de ilícitos correcionais.*
> *Parágrafo único. As auditorias correcionais poderão ser realizadas nacionalmente ou por região fiscal, unidade ou subunidade.*

De certa forma, pode-se admitir, figurativamente que a investigação patrimonial, prevista no art. 8º da Portaria MF nº 492, de de 23 de setembro de 2013, na Portaria Coger-MF nº 26, de 30 de outubro de 2013, no § 2º do art. 1º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, e na Portaria Coger nº 32, de 26 de abril de 2016, como o periódico e sistemático acompanhamento patrimonial de todo o quadro de servidores, com base em um conjunto técnico e impessoal de parâmetros *a priori* indicadores de descompasso patrimonial, e a ser detalhada em **2.5.3.2.4**, é uma espécie bastante específica de auditoria correcional, com objetivo exclusivamente patrimonial

Ao final da auditoria correcional, caso sejam levantados indícios de irregularidades, o servidor ou a comissão condutora deve encaminhar ao Coordenador do GNI representação

correcional (ou representações correcionais, caso haja mais de um servidor envolvido e se queira dar um tratamento separado e individualizado para as condutas), sem prejuízo da elaboração de seu relatório (meramente descritivo, impessoal, não individualizado e não propositivo), em que se descreve toda a procedimentalização que levou à identificação ou não dos indícios. É de se reiterar que a auditoria correcional se sintetiza como uma avaliação fria e técnica sem espaço para construções cognitivas. Importante ressalvar que esta representação correcional decorrente de auditoria correcional até pode ser de plano não acatada pelo Coordenador do GNI, caso este discorde de seus fundamentos e não considere evidenciados os indícios de materialidade e de autoria e ser arquivada; ou, como é mais comum, caso o Coordenador do GNI concorde com os fundamentos da representação, passa a se submeter ao mesmo fluxo procedimental da fase de admissibilidade, redundando na instauração de procedimento investigativo (e este prosseguimento é obrigatório, por força do art. 4º da Portaria Coger nº 227, de 2019, mesmo quando aquela autoridade considere a auditoria correcional exaustiva).

> *Portaria Coger nº 227, de 2019 - Art. 4º Quando evidenciados indícios de fatos irregulares praticados por servidores públicos ou de atos lesivos à Administração Pública federal de responsabilidade de pessoa jurídica, nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a auditoria correcional resultará na formalização, por meio de representação, de análise preliminar (ANPRE) ou dos procedimentos correcionais investigativos previstos no art. 5º da Instrução Normativa CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018.*

Importante reiterar: embora a auditoria correcional possua um ato deflagrador (o despacho do Coordenador do GNI) e se encerre com relatório fático, não se inclui no gênero dos procedimentos investigativos em sentido estrito (não há possibilidade de concluir com proposta de instauração de processo disciplinar), sendo apenas um elemento antecedente à decisão de se instaurar um procedimento investigativo.

A auditoria correcional pode ser empregada para se examinar qualquer tipo de procedimento voltado indistintamente para uma determinada atividade, praxe ou conduta que possa ser praticada por um extenso e *a priori* não delimitado universo de agentes, e, como tal, dissociada de qualquer critério movido pela prévia individualização de algum ou de alguns servidores, associando-se a um gerenciamento de risco potencial (baseado em vulnerabilidades normativas ou ambientais ou em casos de desvio já conhecido para se constatar se se repetem em outras RFs, unidades ou subunidades) de cometimento de determinada(s) ilicitude(s), sem prévia delimitação objetiva ou subjetiva. Em outras palavras, a auditoria correcional costuma ser deflagrada sem uma precisa demarcação das condutas e dos agentes a serem examinados. Como tal, a auditoria correcional pode decorrer tão somente da espontânea e de ofício percepção da Coordenação do GNI de que determinada situação, à margem de individualização de autores, possa envolver risco infracional, sem qualquer notícia inicial; ou pode também decorrer de uma notícia genérica de suposta prática infracional sem apontar autores; ou pode ainda decorrer de uma notícia focada sobre determinado(s) servidor(es) ou conduta(s) mas que, ao final, resta extrapolada pela diligência da Administração, por esta perceber um risco além da individualização inicial, descartando-se aquela provocação inicial para se buscar um alcance objetivo ou subjetivo maior que o noticiado.

Assim, de toda forma (sequer havendo notícia inicial ou, se havendo, sendo ela genérica ou tendo sido descartada), tem-se que a auditoria correcional marca-se pelos fatos da inespecificidade objetiva e subjetiva e de que a identificação de indícios de suposta irregularidade advém do exame objetivo e impessoal realizado internamente no próprio sistema correcional, abstraindo-se de construções cognitivas (a exemplo de avaliações e ponderações acerca de situações individuais que mitiguem essência impessoal), sendo certo que, ao tempo de seu início, não se dispõe de elementos que justifiquem a instauração sequer

de um procedimento investigativo e muito menos a instauração da instância disciplinar. Importa reiterar que, independente de seus focos objetivo e subjetivo, sempre decorrendo de alguma percepção de risco de irregularidade disciplinar, a auditoria correcional é totalmente desvinculada das atividades e planejamentos da Coordenação-Geral de Auditoria Interna e Gestão de Riscos (Audit).

Retomando a descrição do fluxo procedimental, já no âmbito do GNI, a cargo do Gataux, cada representação ou denúncia deve receber uma numeração interna de ocorrência, cronológica e anual, sem prejuízo de determinada notícia, em razão da multiplicidade objetiva e/ou subjetiva de seu conteúdo, poder ser desmembrada em mais de uma ocorrência, para investigações apartadas. O encaminhamento das representações e das denúncias ao GNI deve se dar por processo administrativo sigiloso e formalizado em meio digital no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), no qual deve ser registrada, para controle, a numeração da respectiva ocorrência.

A rotina acima descrita se encontra normatizada nos arts. 1º e 2º da OS Coger nº 1, de de 2019, e também no art. 1º-A, já mencionado reproduzido acima.

> *OS Coger nº 1, de 2019 - Art. 1º As representações recebidas pela Corregedoria da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) alusivas a fatos irregulares praticados por servidores públicos ou a atos lesivos à Administração Pública federal de responsabilidade de pessoa jurídica, nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão ser encaminhadas aos Coordenadores do Grupo Nacional de Investigação (GNI). (Redação dada pela Portaria Coger nº 3, de 2021)*
> *Parágrafo único. O encaminhamento mencionado no caput deverá ser realizado por meio de processo administrativo sigiloso formalizado no sistema e-Processo.*
> *Art. 2º O GNI registrará ocorrências para os possíveis fatos irregulares praticados por servidores públicos ou lesivos à Administração Pública federal de responsabilidade de pessoa jurídica, nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.*
> *§ 1º A ocorrência receberá numeração cronológica anual e será registrada no processo a que se refere, para fins de controle da atividade correcional.*
> *§ 2º A denúncia ou representação poderá ser desmembrada em variadas ocorrências em razão de decisão por apurações segregadas.*
> *§ 3º Na hipótese do desmembramento previsto no § 2º, será formalizado processo administrativo específico no sistema e-Processo para cada ocorrência.*

Antes de avançar na procedimentalização, cabe relembrar parte do que já foi aduzido em **2.2.2.2.2**, acerca da criação do já mencionado GNI e do Grupo Nacional de Pareceristas (GNP). Como se observará adiante, há uma quase perfeita simetria nas respectivas normas instituidoras, já que a criação destes dois Grupos Nacionais se deu quase simultaneamente, no bojo de um mesmo conjunto de intenções da Coger em centralizar a atuação correcional em instâncias temáticas suprarregionais.

O GNI foi criado pela Portaria Coger nº 168, de 10 de junho de 2019, a fim de centralizar a instauração e a condução de todos os procedimentos investigativos no âmbito da corregedoria, empregando pessoal com perfil técnico adequado, independentemente de lotação na Coger ou nos Escor. A criação do GNI estabeleceu uma forte ruptura evolutiva na forma de se realizar a subfase investigativa da fase de admissibilidade, rompendo com o engessamento regional até então vigente. Ao mesmo tempo em que propiciou aos dois Coordenadores do GNI a visão macro-sistêmica de toda atividade investigativa da Coger, também desafogou os Chefes de Escor, sobretudo daqueles mais assoberbados, e seu pessoal, pois havia uma demanda desproporcional nacionalmente. Com a concentração do poder decisório nos dois Coordenadores, de alçada nacional, obteve-se também inéditas

uniformização de entendimentos e padronização procedimental, eliminando-se a natural porém indesejada parcela de heterogeneidade regional antes existente.

Embora o GNI não seja uma unidade regimental - e, como tal, não possua lotação própria -, o Corregedor, em sua Portaria Coger nº 168, de 2019, dotou seus dois Coordenadores com poderes para compor o Grupo, designando Supervisores e membros, e para distribuir-lhes carga de trabalho, nos termos dos §§ 1º a 3º do art. 1º. As competências dos dois Coordenadores do GNI são absolutamente concorrentes, sem nenhuma distinção, nos termos do art. 10 da OS Coger nº 1, de 2019, e sempre que neste texto se fizer referência, no plural, a "Coordenadores do GNI" ou a "Coordenação do GNI", não significa que seja ato que exija atuação ou manifestação de ambos, como decisão colegiada, mas sim que pode ser realizado indistintamente por qualquer um deles. Na prática, todas as competências e atuações atribuídas aos Coordenadores são exercidas apenas por um, cabendo a ambos o acerto interno informal de divisão de tarefas.

> *Portaria Coger nº 168, de 2019 - Art. 1º Instituir o Grupo Nacional de Investigação (GNI), a ser composto pelos servidores da Corregedoria da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) relacionados no Anexo I.*
> *§ 1º Os Coordenadores do GNI são os servidores indicados no Anexo I.*
> *§ 2º A inclusão e exclusão de membros e a designação de Supervisores do GNI serão promovidas, por meio de portaria, por seus Coordenadores.*
> *§ 3º A carga de trabalho dos membros do GNI será distribuída com exclusividade por seus Coordenadores a partir de 1º de janeiro de 2020.*
>
> *OS Coger nº 1, de 2019 - Art. 10 São concorrentes as competências dos Coordenadores do GNI estabelecidas pela Portaria Coger nº 168, de 10 de junho de 2019, bem como as competências dos Coordenadores do GNP estabelecidas pela Portaria Coger nº 171, de 17 de junho de 2019.*

Além da já mencionada competência para realizar auditorias correcionais previstas na Portaria Coger nº 227, de 2019, no art. 2º, no *caput* do art. 3º e no art. 4º, todos da Portaria Coger nº 168, de 2019, o Corregedor também delegou aos seus Coordenadores do GNI a competência para instauração de procedimentos investigativos e determinou sua execução no âmbito do Grupo. Reiterando o que já foi introduzido acima, esta competência para instaurar e procedimentalizar a subfase investigativa da fase de admissibilidade passou a ser exclusiva do GNI, eliminando a manutenção de grupos de investigação e a instauração de procedimentos investigativos no âmbito dos Escor e também da Divisão de Investigação Disciplinar (Divid).

> *Portaria Coger nº 168, de 2019 - Art. 2º Fica delegada para os Coordenadores do GNI a competência para a instauração dos procedimentos correcionais investigativos previstos no art. 5º da Instrução Normativa CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018.*
> *Art. 3º Compete aos Coordenadores do GNI determinar a realização de análise preliminar (ANPRE) e diligência investigativa (DINVE), sem prejuízo do disposto no art. 5º.*
> *Art. 4º O GNI executará, no âmbito da Corregedoria da RFB, a DINVE, a ANPRE e os procedimentos correcionais investigativos previstos no art. 5º da Instrução Normativa CGU nº 14, de 2018, sem prejuízo da competência prevista no inciso IV do art. 341 do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017, e do disposto no art. 5º.*
> *Parágrafo único. Compete ao GNI o atendimento de demandas correcionais internas e externas, bem como a realização de atividades de ofício no interesse da investigação correcional. (Incluído pela Portaria Coger nº 221, de 24 de outubro de 2019)*

Ainda acerca de competências, segundo os arts. 2º-A e 3º-A da Portaria Coger nº 168, de 2019, cabe expor que o Corregedor também delegou aos Coordenadores do GNI a

necessária competência para emissão de termo de procedimento fiscal na modalidade diligência (TDPF-D) e para dirigir comunicações (em geral, na forma de ofícios) com os fins de atender requisições judiciais ou do Ministério Público da União (MPU) ou solicitações de autoridades administrativas ou para comunicar crimes ou quando houver necessidade de autorização judicial para a prática de atos de instrução, em construção similar àquela em que o § 1º do art. 16 da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, atribui a autoridades instauradoras no curso de processo disciplinar. Também compete ao GNI atender demandas internas do próprio sistema correcional ou de autoridades superiores da RFB e demandas de órgãos externos acerca de procedimentos investigativos, no já reproduzido parágrafo único do art. 4º da Portaria Coger nº 168, de 2019.

> *Portaria Coger nº 168, de 2019 - Art. 2º-A Fica delegada para os Coordenadores do GNI a competência para a emissão de Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal de Diligência (TDPF-D). (Incluído pela Portaria Coger nº 221, de 2019)*
> *Art. 3º-A Compete aos Coordenadores do GNI dirigir comunicações a órgãos externos quando: (Incluído pela Portaria Coger nº 221, de 2019)*
> *I - houver requisição de autoridade judiciária, no interesse da justiça; (Incluído pela Portaria Coger nº 221, de 2019)*
> *II - houver requisição do Ministério Público da União, nos termos da legislação pertinente; (Incluído pela Portaria Coger nº 221, de 2019)*
> *III - forem verificados indícios de prática de crime cuja iniciativa da ação penal seja do Ministério Público; (Incluído pela Portaria Coger nº 221, de 2019)*
> *IV - decorrente de solicitação de outras autoridades administrativas, legalmente fundamentada; e (Incluído pela Portaria Coger nº 221, de 2019)*
> *V - houver necessidade da prática de atos instrutórios que dependam de autorização judicial. (Incluído pela Portaria Coger nº 221, de 2019)*

Em sua estruturação interna, de livre escolha a cargo dos dois Coordenadores e sem positivação em norma, o GNI possui, além do já mecionado Gataux, cinco Supervisões. Destas cinco Supervisões, três fortemente se associam a espécies de procedimentos investigativos específicos, o que obriga a antecipar sua enumeração (os procedimentos investigativos serão individualmente detalhados em **2.5.3.2**, aqui apenas antecipando de forma muito superficial que são procedimentos instaurados a partir de um ato inicial - despacho ou portaria de pessoal - da lavra de Coordenador do GNI, instruídos com pesquisas e ferramentas de investigação e concluídos em relatório fático propositivo com a possibilidade de propor instauração de processo disciplinar ou arquivamento do feito, caso logrem ou não comprovar indícios de materialidade e de autoria de infração). Trata-se das Supervisões para a investigação de ilícitos de natureza patrimonial (em face de ilícitos de servidores exclusivamente de natureza patrimonial, investigados nos ritos de análise preliminar patrimonial ou de sindicância patrimonial), para a investigação de ilícitoi de natureza funcional (em face de ilícitos de servidores de natureza funcional, ou seja, não patrimonial, investigados nos ritos de análise preliminar funcional ou de sindicância investigativa) e para a investigação de ilícitos cometidos por pessoas jurídicas (em face de atos lesivos de pessoas jurídicas contra a Administração Pública, previstos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, investigados nos ritos de análise preliminar jurídica ou de investigação preliminar), que contam com dois Supervisores cada. Somam-se ainda as Supervisões de tecnologia e para capacitação, que contam com um Supervisor cada. Compete aos Supervisores acompanhar as atividades de sua área e apreciar representações correcionais e relatórios formulados pelas comissões investigativas e não há vedação normativa para que Supervisores conduzam, individualmente ou em comissão, procedimentos investigativos.

Quanto ao GNP, conforme introduzido acima, de imediato reconhece-se haver muito paralelismo em relação ao que foi exposto para o GNI. O GNP foi criado pela Portaria Coger

nº 171, de 17 de junho de 2019, a fim de centralizar a elaboração de pareceres e de informações de assessoramento jurídico no âmbito da corregedoria, empregando pessoal com perfil técnico adequado, independentemente de lotação na Coger ou nos Escor. Da mesma forma como o GNI repercutiu, a criação do GNP estabeleceu uma forte ruptura evolutiva na forma de se realizar a subfase analítica da fase de admissibilidade, rompendo com o engessamento regional até então vigente, ao propiciar aos seus dois Coordenadores a visão macro-sistêmica de toda atividade de assessoramento jurídico da Coger, com inéditas uniformização de entendimentos e padronização procedimental, e - embora com menor impacto que o obtido com a centralização da subfase investigativa - ao ter desafogado os Chefes de Escor, sobretudo daqueles mais assoberbados, e seu pessoal, pois havia uma certa desproporção nacional.

Exatamente da mesma forma como ocorre no GNI, embora o GNP não seja uma unidade regimental - e, como tal, não possua lotação própria -, o Corregedor, em sua Portaria Coger nº 171, de 2019, dotou seus dois Coordenadores com poderes para compor o Grupo, designando Supervisores e membros, e para distribuir-lhes carga de trabalho, nos termos do art. 1º. E também as competências dos dois Coordenadores do GNP são absolutamente concorrentes, sem nenhuma distinção, nos termos já reproduzidos do art. 10 da OS Coger nº 1, de 2019, e sempre que neste texto se fizer referência, no plural, a "Coordenadores do GNP" ou a "Coordenação do GNP", não significa que seja ato que exija atuação ou manifestação de ambos, como decisão colegiada, mas sim que pode ser realizado indistintamente por qualquer um deles. Na prática, todas as competências e atuações atribuídas aos Coordenadores são exercidas apenas por um, cabendo a ambos o acerto interno informal de divisão de tarefas.

> *Portaria Coger nº 171, de 2019 - Art. 1º Instituir o Grupo Nacional de Pareceristas (GNP), a ser composto pelos servidores da Corregedoria da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) relacionados no Anexo I.*
> *§ 1º Os Coordenadores do GNP são os servidores indicados no Anexo I.*
> *§ 2º A inclusão e exclusão de membros e a designação de Supervisores do GNP serão promovidas, por meio de portaria, por seus Coordenadores.*
> *§ 3º A carga de trabalho dos membros do GNP será distribuída com exclusividade por seus Coordenadores a partir de 1º de janeiro de 2020.*

O Corregedor atribuiu ao GNP a competência para elaboração da imensa maioria dos pareceres e das informações exarados no âmbito da corregedoria com o fim de subsidiar a atuação de suas unidades, subunidades e Grupos Nacionais, incluindo os pareceres sobre existência ou não de conflito de interesses, os pareceres em processos de consulta acerca da matéria correcional e as informações emitidas em razão de petições formuladas por servidores ou particulares fundamentadas na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, nos termos do art. 2º da Portaria Coger nº 171, de 2019. Todos os processos que necessitem de pareceres e de informações da alçada do GNP devem ser encaminhados aos seus Coordenadores, formalizados em meio digital no sistema e-Processo, conforme o *caput* do art. 3º da Portaria Coger nº 171, de 2019. Com a migração exclusiva da subfase analítica da fase de admissibilidade para o GNP, eliminou-se a manutenção de grupos de pareceristas e a elaboração de pareceres e de informações no âmbito dos Escor.

> *Portaria Coger nº 171, de 2019 - Art. 2º Compete ao GNP emitir pareceres e informações correcionais para subsidiar a atuação das unidades, subunidades e grupos da Corregedoria da RFB, incluindo os pareceres sobre existência de conflito de interesses, os pareceres em processos de consulta em matéria correcional e as informações decorrentes de pedido de acesso à informação, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. (Redação dada pela Portaria Coger nº 4, de 15 de outubro de 2021)*
> *Art. 3º Os processos que necessitem da elaboração de parecer ou informação correcional deverão ser encaminhados aos Coordenadores do GNP,*

formalizados em meio digital, a partir da data de início de encaminhamento constante do Anexo II, sem prejuízo do disposto na Portaria Coger-MF nº 24, de 29 de outubro de 2013, e no art. 4º do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.

À luz do comando do art. 2º da Portaria Coger nº 171, de 2019, cabe diferenciar as peças denominadas parecer e informação, bem como esclarecer as situações que a segunda espécie é lavrada no âmbito do GNP ou da Divisão de Análise Correcional (Diaco).

Primeiramente, de mais relevante e cotidiano, menciona-se que as peças de análise jurídico-principiológicas de amparo e de assessoramento da autoridade instauradora para fim de exaração de seu juízo de admissibilidade e para análise final de processo disciplinar são pareceres a cargo do GNP. Também aí se incluem as peças que auxiliam a tomada de decisão em face de pedidos de reconsideração, de recursos hierárquicos e de revisões processuais.

Também são pareceres a cargo do GNP as peças empregadas para responder consultas acerca da matéria correcional e consultas acerca de conflito de interesses no Sistema Eletrônico de Conflito de Interesses (SeCI).

As informações a cargo do GNP referem-se a peças de conteúdo jurídico-principiológico voltadas a prestar subsídios e a responder demandas internas (de servidores ou de comissões condutoras de procedimento investigativo ou de comissões disciplinares, da Coordenação do GNI, de autoridades instauradoras e julgadoras, de autoridades da RFB fora do sistema correcional) ou externas (da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, do Poder Judiciário, do Ministério Público Federal - MPF, da Polícia Federal - PF, da Advocacia-Geral da União - AGU, da Controladoria-Geral da União - CGU, dentre outros) e ainda pedidos de acesso à informação baseados na Lei nº 12.527, de 2011, no sistema Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC).

As informações exaradas pela Diaco em geral se referem a meros expedientes de encaminhamento para providências indicadas pela PGFN após decisões a cargo do Ministro de Estado da Economia ou para cumprimento de decisões judiciais.

Informe-se também que, por mero resíduo, se nomeia como informação disciplinar a resposta promovida pela Diaco, com natureza jurídica de uma certidão, à demanda se determinado servidor possui registro de natureza correcional em seu assentamento funcional, mencionada em **4.3.7.1**.

Em sua estruturação interna, de livre escolha a cargo dos dois Coordenadores e sem positivação em norma, o GNI possui uma Supervisão, que não se relaciona com o tema ora em apreço, da subfase analítica da fase de admissibilidade, mas sim atua na análise processual ao final de cada processo disciplinar a fim de instruir o julgamento, abordada em **4.10.3.2**.

Feita esta indispensável introdução orgânica, retoma-se a descrição da procedimentalização, estabelecida pela já mencionada OS Coger nº 1, de 2019.

Tendo recebido o processo, compete aos Coordenadores do GNI avaliar se há necessidade de instauração de procedimento investigativo ou não. Por ora, apenas repita-se que os procedimentos investigativos são os ritos deflagrados por ato inaugural, instruídos com pesquisas e ferramentas de investigação e concluídos com relatório fático propositivo com o condão de poderem propor instauração de processo disciplinar ou arquivamento do feito, dependendo se identificam ou não indícios de materialidade e de autoria de infração e podem ser análise preliminar (em face de servidor por ilícito de natureza funcional ou de natureza patrimonial ou em face de pessoa jurídica, recebendo as nomenclaturas de análise preliminar funcional, análise preliminar patrimonial e análise preliminar jurídica), que, nos termos permitidos pelo parágrafo único do art. 5º da Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, é uma construção interna do sistema correcional da RFB; e sindicância

investigativa (em face de servidor), sindicância patrimonial (em face de servidor) e investigação preliminar (em face de pessoa jurídica), que são os procedimentos investigativos expressamente listados nos incisos I a III do *caput* do mesmo art. 5º. Todavia, conforme já exposto em **2.2.2.2.4**, como o presente texto não tem objetivo discorrer sobre o processo administrativo de responsabilização (PAR) de pessoas jurídicas em razão de atos lesivos contra a Administração Pública, os esforços aqui se concentrarão, em termos de procedimentos investigativos, sobre a análise preliminar funcional, a análise preliminar patrimonial, a sindicância investigativa e a sindicância patrimonial. Não obstante, a procedimentalização que ora se apresenta tem aplicação, com devidos ajustes, na respectiva fase de admissibilidade, no que diz respeitonão só à análise preliminar jurídica mas também à investigação preliminar, regulamentada pelo art. 4º do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, mencionada nos arts. 15 a 18 da IN CGU nº 14, de 2018, e internamente disciplinada no art. 5º da Portaria Coger nº 4, de 9 de janeiro de 2020.

Neste ponto, excepcionalmente, pode o Coordenador do GNI avaliar que a ocorrência dispensa a instauração de procedimento investigativo, por ser um caso simples que pede solução à vista apenas de construções jurídico-principiológicas, dispensando-se a subfase investigativa e passando-se diretamente para a subfase analítica da fase de admissibilidade. Esta possibilidade se mostra bastante factível, por exemplo, para denúncias (em que se incluem as comunicações anônimas de irregularidades) advindas da Ouvidoria da RFB (Ouvid), nos termos do inciso I do art. 10 da Portaria ME/SE nº 21.527, de 29 de setembro de 2020, pois é comum tais peças serem superficiais e pouco providas de indícios relevantes de materialidade e de autoria de infração. A Coordenação do GNI pode se valer desta possibilidade normatizada para dar andamento de forma mais célere a ocorrências que desde o início se demonstram irrelevantes ou de improvável comprovação, poupando seu próprio quadro de trabalhos improdutivos. Nestes casos, cabe ao Coordenador do GNI encaminhar o processo à Coordenação do GNP, conforme a parte inicial do *caput* do art. 3º da OS Coger nº 1, de 2019.

Do contrário, na hipótese mais comum, pode o Coordenador do GNI avaliar que o caso requer a instauração de procedimento investigativo e, ato contínuo, inaugurando a subfase investigativa da fase de admissibilidade, designa um servidor ou uma comissão, sempre com membros do próprio Grupo, por mero despacho ou por portaria de pessoal (estas definições dependem da espécie de procedimento cabível, conforme se exporá em **2.5.3.2**), conforme a parte final do *caput* do art. 3º da OS Coger nº 1, de 2019. Prosseguindo nesta hipótese, a seguir se sintetizará em linhas gerais a condução do procedimento investigativo, apenas com o fim de enriquecer a descrição do fluxo procedimental, sem adentrar em detalhes específicos de cada rito, a serem apresentados no tópico acima mencionado.

> *OS Coger nº 1, de 2019 - Art. 3º Após o registro da ocorrência, o processo será encaminhado para os Coordenadores do Grupo Nacional de Pareceristas (GNP) ou distribuído entre os servidores componentes do GNI, para fins de execução da análise preliminar (ANPRE) ou dos procedimentos correcionais investigativos previstos no art. 5º da Instrução Normativa CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018.*

Uma vez designado, o servidor ou a comissão conduz o procedimento investigativo, sob acompanhamento do respectivo Supervisor, conforme o art. 6º da Portaria Coger nº 4, de 2020. Antecipe-se, em tema a ser detalhado em **2.5.6**, que não há obrigatoriedade - e nem mesmo recomendação - de se promover a imediata autuação de todos os elementos obtidos com as pesquisas e ferramentas de investigação, visto que somente ao final o servidor ou a comissão condutora terá condições de avaliar, discricionária e inquisitorialmente, aquilo que se demonstra relevante como peça de instrução de seu relatório fático propositivo e da decisão da autoridade instauradora e aquilo que, por ser irrelevante, deve ser descartado, bem como também não convém que sejam de imediato autuadas peças acerca de diligências ou vias

investigativas ainda incompletas ou em curso, cujo eventual conhecimento prévio pelo investigado pode pôr a perder a continuidade dos trabalhos.

> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 6º Compete aos Supervisores do GNI acompanhar as atividades de suas respectivas áreas de atuação e apreciar representações e relatórios.*
> *§ 1º Quando o procedimento correcional investigativo envolver mais de uma área sob supervisão, os Coordenadores determinarão qual Supervisor será responsável pelo acompanhamento das atividades.*
> *§ 2º O disposto no caput não se aplica na hipótese de o Supervisor ser o servidor responsável ou compor a comissão da auditoria correcional ou do procedimento correcional investigativo.*

Na esteira, caso se mostrem relevantes, pode o servidor ou a comissão responsável pela condução do procedimento investigativo autuar demonstrativos, gráficos, tabelas, quadros, fluxogramas, grafos de relacionamentos, fotos e outros elementos gráficos, bastando, quando for o caso, seguir as regras vigentes de citação e de reprodução (numeração, título, fontes e data de consulta, conforme padrões da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT).

No curso de qualquer procedimento investigativo, o servidor ou a comissão responsável por sua condução pode solicitar à Coordenação do GNI a realização de diligência investigativa, nos termos do § 1º do art. 3º da OS Coger nº 1, de 2019. A diligência investigativa, conforme definem o *caput* e os §§ 2º e 3º do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019, não é um procedimento investigativo mas sim uma dentre tantas ferramentas de investigação e trata-se de uma ação, de objetivo específico, realizada por outro ou por outros membros do GNI diferentes de quem conduz a análise preliminar ou a sindicância investigativa ou a sindicância patrimonial de onde se originou o pedido, com o fim de subsidiar a identificação de indícios de materialidade e de autoria de suposta infração cometida por servidor.

> *OS Coger nº 1, de 2019 - Art. 3º*
> *§ 1º No transcurso dos procedimentos correcionais de investigação, os responsáveis por sua execução poderão solicitar aos Coordenadores do GNI a realização de Diligência Investigativa (DINVE).*
>
> *Portaria Coger nº 168, de 2019 - Art. 3º Compete aos Coordenadores do GNI determinar a realização de análise preliminar (ANPRE) e diligência investigativa (DINVE), sem prejuízo do disposto no art. 5º.*
> *§ 2º Considera-se DINVE a ação, com objetivos específicos, realizada durante o transcurso da ANPRE ou dos procedimentos correcionais investigativos previstos no art. 5º da Instrução Normativa CGU nº 14, de 2018, com vistas a subsidiar a identificação de indícios de materialidade e de autoria de fatos irregulares praticados por servidores públicos ou de atos lesivos à Administração Pública federal de responsabilidade de pessoa jurídica, nos termos da Lei nº 12.846, de 2013.*
> *§ 3º A DINVE, realizada por servidores diversos daqueles responsáveis pelo procedimento correcional investigativo, será autorizada por Coordenador do GNI, observado o modelo constante do Anexo III. (Incluído pela Portaria Coger nº 221, de 2019)*

Nos termos do citado Anexo III da Portaria Coger nº 168, de 2019, compete aos solicitantes descreverem a diligência investigativa necessária, indicarem, se for o caso, o período em que deve ser realizada, apontarem aspectos já conhecidos do suposto ilícito cujo conhecimento se busca enriquecer e alertarem à Coordenação do GNI quais os recursos que se farão necessários para sua realização. Caso aprove a realização, o Coordenador designa um um membro ou uma comissão de membros do GNI, por meio de mero despacho (dispensando-se formalidade de deflagração por portaria de pessoal) para realizar a diligência

investigativa, que, ao seu final, se manifesta por meio de relatório meramente fático, como peça a instruir o procedimento investigativo de que se originou a solicitação, sem adentrar no mérito se os resultados da ação permitem ou não concluir pela existência de indícios de materialidade e de autoria de ilicitude - esta apreciação cabe aos agentes solicitantes.

A exemplo do que se fez linhas acima para a auditoria correcional, novamente é importante reiterar: embora a diligência investigativa possua um ato deflagrador (o despacho do Coordenador do GNI) e se encerre com relatório fático, não se inclui no gênero dos procedimentos investigativos em sentido estrito (não há espaço para construções cognitivas de avaliação e de apreciação e também não há possibilidade de concluir com proposta de instauração de processo disciplinar), sendo apenas um elemento de instrução de um procedimento investigativo em que é solicitada.

Ainda no curso de qualquer procedimento investigativo ou ao seu final, o servidor ou a comissão responsável por sua condução pode fazer representação correcional, ao Coordenador do GNI, acerca de outra irregularidade disciplinar (funcional ou patrimonial) diferente daquela que originou a instauração, conforme já apontado acima, ou representação fiscal acerca de irregularidade desta natureza porventura detectada ou ainda propor àquela mesma autoridade o desmembramento do processo, conforme prevê o § 3º do art. 7º da Portaria Coger nº 4, de 2020.

> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 7º*
> *§ 3º Poderá ser formalizada representação fiscal, representação correcional e proposta de desmembramento do processo para apuração específica no curso ou na conclusão do procedimento correcional investigativo. (Redação dada pela Portaria Coger nº 36, de 20 de abril de 2020)*

Somente depois de ter exaurido todas as pesquisas e ferramentas de investigação que se demonstraram necessárias e de ter avaliado seus resultados, não mais vislumbrando novos atos de instrução, o servidor ou a comissão responsável pela condução do procedimento investigativo pode, enfim, carrear para os autos os elementos que se mostraram relevantes para suas convicções e que completam linhas investigativas, estando autorizado a descartar os documentos que por acaso tenham pesquisado, requisitado, colecionado, impresso ou obtido de qualquer forma, referentes às demais ramificações infrutíferas de investigação (desde que jamais tenham sido autuados, pois aqui não se cogita de elaboração de termo de desentranhamento). Acrescente-se que esta liberdade discricionária de selecionar apenas os elementos relevates a serem, ao final, autuados não se confunde com perda de organização de parte do agente condutor. Uma vez selecionados os elementos a serem autuados, devem sê-lo ordenadamente, em sequência coerente que demonstra a cronologia de emprego das pesquisas e ferramentas de investigação.

Ao final do procedimento investigativo, o servidor ou a comissão responsável por sua condução deve elaborar relatório fático propositivo, descrevendo o resultado das investigações, de forma conclusiva acerca da existência ou não de indícios de infração, podendo propor ao Coordenador do GNI, por intermédio do respectivo Supervisor, a instauração de outro procedimento investigativo (se for o caso) ou o encaminhamento para a Coordenação do GNP, a fim de se analisar proposta de arquivamento do feito ou de instauração de processo disciplinar, a cargo da autoridade instauradora, nos termos do § 2º do art. 3º da OS Coger nº 1, de 2019, e do *caput* e dos §§ 1º e 2º do art. 7º da Portaria Coger nº 4, de 2020 (antecipe-se que este é um diferencial dos procedimentos investigativos em comparação com pesquisas e ferramentas de investigação encetadas no âmbito de diligência investigativa, de auditoria correcional ou de investigação patrimonial, que não possuem o condão de concluir propondo instauração de processo disciplinar). Na conclusão do relatório, basta que o servidor ou a comissão condutora tão somente apresente sua proposta, sendo dispensável aprofundar-se em apreciações e ponderações jurídico-principiológicas mais afetas

ao parecer a ser elaborado no âmbito do GNP. Conforme autoriza o art. 8º da Portaria Coger nº 4, de 2020, o procedimento investigativo pode ainda redundar, em seu final, em recomendações preventivas, tais como medidas administrativas a serem adotadas pelo órgão como um todo ou pela unidade de ocorrência, para inibir a repetição de novos fatos ilícitos, a serem apresentadas em dossiê apartado no sistema e-Processo.

> *OS Coger nº 1, de 2019 - Art. 3º*
> *§ 2º Concluído o procedimento correcional de investigação, o processo será remetido aos Coordenadores do GNI, que decidirão pelo seu encaminhamento ao GNP ou pela realização de novos procedimentos correcionais de investigação.*
>
> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 7º Encerrado o procedimento correcional investigativo, o processo será remetido com o relatório final a Coordenador do GNI.*
> *§ 1º A remessa mencionada no caput será realizada por intermédio de Supervisor do GNI, a partir de equipe própria do sistema e-Processo.*
> *§ 2º Após o recebimento do processo, o Coordenador do GNI o encaminhará ao Grupo Nacional de Pareceristas (GNP) ou determinará a realização de novo procedimento correcional investigativo.*
> *Art. 8º Na conclusão de procedimento correcional investigativo constará, quando couber, recomendação para a adoção de medidas destinadas à prevenção de ocorrência de irregularidades.*
> *Parágrafo único. A recomendação mencionada no caput deverá ser formalizada em processo dossiê do sistema e-Processo.*

Neste ponto, impõe-se à Coordenação do GNI apreciar os resultados obtidos no procedimento investigativo e o teor da proposta de seu relatório. Em sua primeira cognição, cabe ao Coordenador do GNI avaliar se a investigação se mostra exauriente, ou seja, se o servidor ou a comissão condutora instruiu o procedimento investigativo com todos os elementos informadores disponíveis, possíveis de se obter e que se mostravam relevantes para a buscada identificação de indícios de infração. Caso o Coordenador do GNI avalie que a instrução não foi completa, compete-lhe determinar a reinstauração do procedimento e, a seu critério de conveniência e oportunidade, devolvendo os autos para o mesmo servidor ou para a mesma comissão condutora ou designando novo responsável para a ultimação dos trabalhos, permanecendo a fase de admissibilidade em sua sua subfase investigativa. Caso o Coordenador do GNI avalie que a instrução está completa, pode avançar para o segundo passo de sua cognição, a fim de averiguar se concorda com o teor da proposta do relatório.

Nos casos de análise preliminar funcional, de análise preliminar patrimonial e de sindicância investigativa, sem se confundir com a hipótese de instrução incompleta abordada acima, é possível que seu relatório conclua pela necessidade de prosseguimento de trabalhos de investigação ainda no âmbito do GNI, com a instauração de novo procedimento investigativo. Este fato pode ser comum na análise preliminar funcional e na análise preliminar patrimonial, pois este rito tem prazo fatal de 180 dias, conforme impõe o § 5º do art. 2º da Portaria Coger nº 4, de 2020, ao fim do qual obriga-se a conversão em outro procedimento investigativo (em sindicância investigativa ou em sindicância patrimonial, dependendo da natureza do ilícito investigado). Por seu turno, não tanto por questão de prazo mas sim por aprofundamento na materialidade especificamente patrimonial, a sindicância investigativa pode concluir em seu relatório pela necessidade de ser convertida em sindicância patrimonial. Assim, nestas hipóteses, caso concorde com a proposta, o Coordenador do GNI pode, a seu critério de conveniência e oportunidade, atentando para o perfil profissional dos membros, designar novo servidor ou nova comissão ou designar os mesmos para a condução do procedimento investigativo subsequente, novamente permanecendo a fase de admissibilidade em sua sua subfase investigativa.

Por fim, em qualquer procedimento investigativo, já avaliada que a instrução foi exaustiva, constando do seu relatório proposta conclusiva de instauração de processo disciplinar ou de arquivamento do feito, à vista de terem sido encontrados ou não indícios de suposta infração, compete ao Coordenador do GNI encaminhar o processo para a Coordenação do GNP, para que a fase de admissibilidade prossiga, agora em sua subfase analítica, nos termos dos já reproduzidos art. 2º e *caput* do art. 3º, ambos da Portaria Coger nº 171, de 2019. Aqui neste ponto se encontram o prosseguimento em comento e a possibilidade aventada no início da descrição do fluxo, quando o Coordenador do GNI não vislumbra necessidade de instauração de procedimento investigativo e, à luz da parte inicial do *caput* do art. 3º da OS Coger nº 1, de 2019, remete o processo diretamente para a Coordenação do GNP.

Ainda no âmbito da Coordenação do GNI, é possível que seus Coordenadores solicitem excepcional auxílio ao GNP, provocando a elaboração de análise jurídico-principiológica por meio de parecer, conforme prevê o *caput* do art. 5º da OS Coger nº 1, de 2019.

> *OS Coger nº 1, de 2019 - Art. 5º Os Coordenadores do GNI e as autoridades competentes para a instauração de processo administrativo disciplinar e de responsabilização de pessoa jurídica poderão solicitar ao GNP a realização de parecer e informação de assessoramento.*

Uma vez o processo no GNP, a regra é que um de seus Coordenadores o distribua para um membro, a fim de ser realizado o parecer de admissibilidade, que instruirá o juízo de admissibilidade a ser exarado pela autoridade instauradora. Mas, a rigor, cabe aqui uma cognição a cargo do Coordenador do GNP: esta autoridade deve apreciar se, excepcionalmente, o parecer pode ser dispensado, na hipótese de o relatório fático e propositivo do procedimento investigativo ser tão rico, detalhado e aprofundado a ponto de suprir as análises jurídico-principiológicas que *a priori* caberiam na peça do GNP, em sua proposta de arquivamento do feito ou de instauração de processo disciplinar. Caso, em hipótese rara, o relatório supra o parecer, conforme autoriza o parágrafo único do art. 4º da OS Coger nº 1, de 2019, o Coordenador do GNP pode encaminhar os autos diretamente para a apreciação da autoridade instauradora, a quem compete avaliar se acata ou não a proposta do relatório acerca de arquivamento ou de instauração e também se acata aquela decisão de suprimir o parecer. A autoridade instauradora não se vincula à decisão do Coordenador do GNP e, caso se sinta insegura para emitir seu juízo de admissibilidade, o acima já reproduzido *caput* do art. 5º da OS Coger nº 1, de 2019, permite-lhe que devolva o caso para análise jurídico-principiológica no GNP.

> *OS Coger nº 1, de 2019 - Art. 4º*
> *Parágrafo único. Os Coordenadores do GNP poderão encaminhar os processos recebidos do GNI diretamente para as autoridades competentes para realização de juízo de admissibilidade, na hipótese de os procedimentos correcionais investigativos já suprirem a necessidade de parecer de assessoramento.*

Não obstante a exceção acima apontada, a regra geral e o fluxo recomendado é de o processo receber parecer jurídico-principiológico a cargo do GNP, atendendo ao comando do *caput* do art. 4º da OS Coger nº 1, de 2019, a fim de suprir maiores elementos para amparo da decisão da autoridade instauradora de instaurar processo disciplinar ou de arquivar o feito.

> *OS Coger nº 1, de 2019 - Art. 4º Após a remessa do processo pelo GNI, os Coordenadores do GNP o distribuirá entre os membros do GNP para fins de elaboração de parecer com vistas a subsidiar a decisão da autoridade competente para realização de juízo de admissibilidade, nos termos do art. 1º da Portaria Coger-MF nº 24, de 29 de outubro de 2013, e do art. 4º do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.*

É de fato salutar que assim se proceda ao fluxo procedimental. A segmentação de tarefas na fase antecedente à decisão em juízo de admissibilidade, sedimentada com a criação dos Grupos Nacionais, se justifica pois labora a favor da qualidade, fomentando especialização dos respectivos membros. O GNI e o GNP são compostos por membros de diferentes perfis profissionais. Os membros do GNI possuem a expertise no uso das pesquisas e ferramentas de investigação a fim de melhor instruírem o procedimento investigativo e a conclusão acerca da identificação ou não de indícios de irregularidade (não obstante a normatização vigente exigir que se manifestem propositivamente até sobre a pertinência de instauração de processo disciplinar ou de arquivamento do feito). Já os membros do GNP são mais afetos ao aprofundamento das discussões jurídico-principiológicas e às técnicas redacionais, que os capacita a, por exemplo, diante de uma proposta fática de instauração de processo disciplinar à vista da existência de algum indício infracional, construírem uma tese calcada em erro escusável ou em ausência de ilicitude material ou em insignificância para defenderem o arquivamento. Acrescente-se ainda que esta divisão não impõe um retrabalho, pois ratifica-se que não é necessário que o relatório do procedimento investigativo adentre em análises jurídico-principiológicas (a despeito de concluir pela proposta de instauração ou de arquivamento) e tampouco exige-se que o parecer analítico repita todos os aspectos técnicos e fáticos levantados pelo relatório, podendo o membro do GNP se concentrar apenas nas questões jurídicas de presença ou não de indícios de materialidade e de autoria, irrigando-as com a análise dinâmica dos princípios atuantes.

Em geral, no momento de elaboração do parecer propositivo de admissibilidade, o membro do GNP já dispõe dos elementos de instrução necessários para amparar sua convicção. Sejam elementos que, de forma incomum, já tenham vindo originária e satisfatoriamente na representação ou na denúncia a ponto de dispensarem a subfase investigativa, sejam elementos obtidos no curso do procedimento investigativo realizado no âmbito do GNI, o certo é que, neste estágio do processo, os autos já se encontram devidamente organizados e instruídos apenas com as peças que se selecionaram como formadoras de convicção e esclarecedoras do fato sob investigação. Relembre-se que os trabalhos de investigação podem ter a autuação de seus resultados postergada, a fim de não expor linhas investigativas em andamento, mas esta postergação se encerra ainda na subfase investigativa da fase de admissibilidade, fornecendo-se o processo devidamente autuado para a subfase analítica.

Conforme se detalhará em **2.5.5**, o membro do GNP avalia se o procedimento investigativo exauriu as linhas possíveis e necessárias de investigação e analisa juridicamente a proposta de instauração de processo disciplinar ou de arquivamento do feito, podendo discordar do relatório elaborado pelo servidor ou pela comissão do GNI. Na etapa de elaboração, todo o trabalho do membro do GNP é realizado em dinâmico contato e ajuste com o Coordenador do GNP e deste com a autoridade instauradora - que é, afinal, quem vai emitir a decisão ao amparo do parecer. A praxe interna é de que estas discussões entre membro e Coordenador do GNP e autoridade instauradora se esgotem e cheguem a um consenso ainda no curso da elaboração da peça, de forma que o parecer, em sua versão final, reflita o entendimento consentâneo ou ajustado entre os três participantes.

À margem deste aspecto prático, formalmente, elaborado o parecer pelo membro do GNP, a peça é submetida à apreciação do Coordenador do GNP e da autoridade instauradora, com sucessivos encaminhamentos dos autos. Aqui neste ponto se encontram o prosseguimento em comento e a possibilidade aventada acima, quando o Coordenador do GNP vislumbra que o relatório fático propositivo do procedimento investigativo supre a necessidade de parecer e, à luz do parágrafo único do art. 4º da OS Coger nº 1, de 2019, remete o processo diretamente para a autoridade instauradora.

Caso a autoridade instauradora e o Coordenador do GNP entendam que a instrução do

procedimento investigativo foi insuficiente, o parecer deve provocar a Coordenação do GNI a instaurar novo procedimento investigativo e os autos devem ser remetidos a este Grupo, conforme autoriza o art. 6º da OS Coger nº 1, de 2019.

> *OS Coger nº 1, de 2019 - Art. 6º Os Coordenadores do GNP e as autoridades competentes para a instauração de processo administrativo disciplinar e de responsabilização de pessoa jurídica poderão solicitar ao GNI a realização de procedimentos correcionais investigativos para a tomada de decisão.*

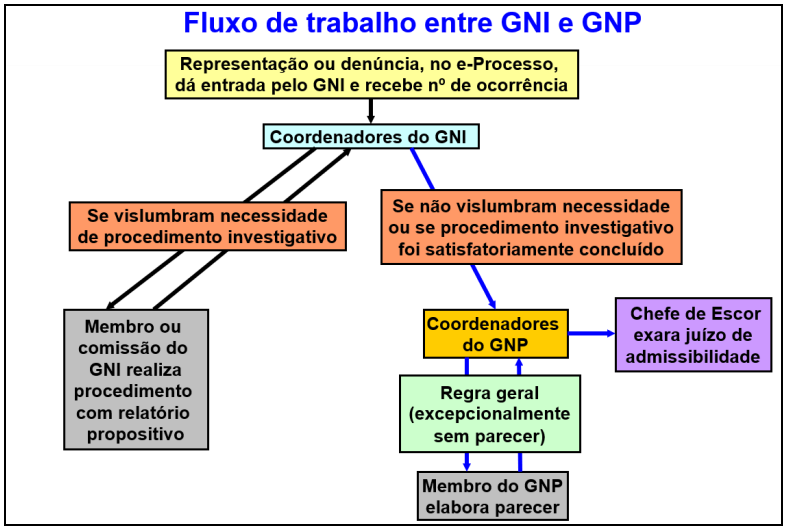
Não estando as autoridades destinatárias do relatório do procedimento investigativo satisfeitas com a instrução processual, restando dúvida que as deixe inseguras quanto à decisão a tomar, podem determinar a realização de novos procedimentos investigativos, até que disponha de elementos suficientes para determinar o devido prosseguimento. E se destaca de forma mais enfática esta possibilidade a favor da autoridade instauradora, a quem incumbe emitir seu juízo de admissibilidade: caso se sinta não satisfeita ou não conformada com o resultado apresentado ao final de determinado procedimento investigativo, pode determinar a realização de outros procedimentos.

A despeito da praxe de já haver um entendimento prévio entre membro e Coordenador do GNP e autoridade instauradora, se o processo chegar a esta autoridade satisfatoriamente instruído em termos de elementos indiciários mas autuado com parecer com o qual não concorde, cabe-lhe devolver os autos para aquela Coordenação, a fim de ser redistribuído com vista à elaboração de nova peça analítica. Por fim, na regra geral de o processo chegar à autoridade instauradora satisfatoriamente instruído em termos de elementos indiciários e autuado com parecer com o qual concorde, cabe-lhe emitir seu juízo de admissibilidade, decidindo pela instauração de processo disciplinar ou pelo arquivamento do feito, nos termos do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020.

Importante ressalvar que toda normatização estabelecida pela OS Coger nº 1, de 2019, e pelas Portaria Coger nº 168, de 2019, nº 171, de 2019, e nº 4, de 2020, não exclui ou sequer prejudica a interlocução a cargo dos titulares de unidades e de subunidades, nos respectivos âmbitos de jurisdição, com demais autoridades, sejam internas da RFB, sejam externas, de órgãos a exemplo de Poder Judiciário, MPF, PF, AGU, CGU, dentre outros, conforme assegura o art. 9º daquela OS. A despeito da criação dos Grupos Nacionais e da designação de seus Coordenadores, os Chefes de Escor e os Chefes Divisão da Coger permanecem como legítimos representantes da corregedoria, em consonância com o comando do parágrafo único do art. 21 do Anexo I do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020.

> *OS Coger nº 1, de 2019 - Art. 9º O disposto nesta Ordem de Serviço não afasta a possibilidade de interlocução por parte dos titulares de unidades e subunidades da Corregedoria da RFB no âmbito de sua jurisdição, inclusive perante as demais unidades da RFB, Advocacia-Geral da União, Ministério Público Federal e Departamento de Polícia Federal.*
>
> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 21. Parágrafo único. O Escor representará a Coger na região fiscal em que estiver localizado.*

A síntese esquematizada desta procedimentalização pode ser vista na gravura abaixo e, de forma mais detalhada, nos fluxogramas do **Anexo VI**.



2.5.3.2 - Os Procedimentos Investigativos Possíveis de Serem Empregados na Fase de Admissibilidade

Em complemento às definições muito superficialmente introduzidas em **2.2.2.2.2** e em **2.5.1**, faz-se agora conveniente, na apresentação da subfase investigativa da fase de admissibilidade, aprofundar a conceituação dos diferentes procedimentos investigativos que podem ser utilizados neste âmbito, por serem previstos tanto em normas de natureza mais geral, emitidas por autoridades que, no Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), figuram hierarquicamente acima da Corregedoria (Coger) e de consequente aplicabilidade que vai além da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), quanto em normas específicas de seu sistema correcional.

Por introdução do tema, de imediato, relembre-se que, conforme já aduzido no primeiro tópico supracitado, praticamente desde sua instituição, o sistema correcional da RFB possui competências regimentais para proceder a investigações na sua área de atuação, quais sejam, investigações disciplinares (aqui, compreendem-se, grosso modo, a adjetivação "disciplinar" como o emprego daquele tipo de procedimento já com vista à possível identificação de infração disciplinar cometida por servidor e à sua possível decorrente punição) e também investigação para responsabilização de pessoas jurídicas. Então, pode-se dizer que o Regimento Interno da Secretaria da RFB, aprovado pela Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020, destacadamente no inciso I do parágrafo único do art. 16, nos art. 18 e 21, nos incisos III, IV e VII do art. 354 e nos incisos I, II e V do art. 356, todos do seu Anexo I, concede, de forma genérica, competência para a Coger (e aí se destaca a Divisão de Investigação Disciplinar - Divid) e para os Escritórios de Corregedoria (Escor) realizarem investigação disciplinar, sem, todavia, especificar tal gênero procedimental.

Não obstante estas previsões materiais regimentais, que concentrariam as competências na Coger, na Divid e nos Escor, conforme já detalhado em **2.5.3.1**, o sistema correcional da RFB operou uma forte mudança no paradigma de sua atução com a edição da Portaria Coger nº 168, de 10 de junho de 2019, que criou o Grupo Nacional de Investigação (GNI). A partir deste marco normativo, a atividade genérica de investigação disciplinar ganhou a elaboração de ter suas coordenação, supervisão e execução centralizadas neste Grupo Nacional e não mais naquelas unidades e subunidades originalmente contempladas no Regimento Interno da RFB.

> *Portaria Coger nº 168, de 2019 - Art. 2º Fica delegada para os Coordenadores do GNI a competência para a instauração dos procedimentos correcionais investigativos previstos no art. 5º da Instrução Normativa CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018.*

Ademais, no aspecto instrumental, na dinâmica do ordenamento jurídico, eis que outras normas, de diversas origens e abrangências, vêm esclarecer e regulamentar o que são, enfim, as genéricas investigações disciplinares.

Neste escopo, primeiramente e apenas por fim didático, seria de se mencionar a já revogada Portaria CGU nº 335, de 30 de maio de 2006, que figurou como a primeira norma geral e orientadora emanada pela Controladoria-Geral da União (CGU), na especial condição de órgão central do SisCor. Esta Portaria, já revogada pela Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, dentre outros temas, apresentava três espécies de procedimentos investigativos que podiam ser empregados na processualística disciplinar ao tempo de sua vigência, a saber: investigação preliminar, sindicância investigativa e sindicância patrimonial.

Em harmonia com aquela norma que vinculava todo o SisCor, mas já focando-se mais de perto no contexto de interesse do presente texto, a Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça normas gerais para a atuação disciplinar no âmbito do Ministério da Economia (ME) e que, portanto, é aplicada por todo o sistema correcional da Pasta (a saber e destacadamente, pela Corregedoria do ME - Coger-ME e pela Coger), também adotou, nos incisos I, II e V do art. 3º e nos arts. 5º e 6º, exatamente a mesma definição destes três procedimentos investigativos.

Na esteira, o art. 2º da Portaria Coger-MF nº 24, de 29 de outubro de 2013, já sob o foco específico da atuação correcional da Coger-ME e da Coger, quando disciplinava o tema de admissibilidade no âmbito do ME, também mencionava estes três procedimentos investigativos para declará-los passíveis de emprego na subfase investigativa da fase de admissibilidade. Informe-se que a Portaria Coger-MF nº 24, de 2013, foi revogada pela Portaria Coger-ME nº 4.779, de 25 de maio de 2022 (esta norma revogadora passou a disciplinar o tema não mais para atividade correcional de toda a Pasta mas sim apenas no campo de competência da Coger-ME).

Todavia, a CGU editou nova norma regulamentadora da atividade correcional no âmbito do SisCor, a já mencionada IN CGU nº 14, de 2018. Esta norma trouxe relevantes inovações no ordenamento administrativo em comparação com o contexto sistematizado pela revogada Portaria CGU nº 335, de 2006. Dentre tais alterações, assume relevância a lista de espécies de procedimentos investigativos e acusatórios, agora refletindo também a existência do processo administrativo de responsabilização de pessoas jurídicas (PAR), que não existia à época da citada Portaria CGU.

Partindo do mais abrangente conceito, a IN CGU n° 14, de 2018, no inciso III do parágrafo único do art. 1°, estabelece o gênero dos procedimentos correcionais e, nos antecedentes incisos I e II, os subdivide nos subgêneros subjetivos dos procedimentos disciplinares em face de agentes públicos (pessoas físicas) e dos procedimentos de responsabilização de entes privados (pessoas jurídicas).

> *IN CGU n° 14, de 2018 - Art. 1º*
> *Parágrafo único. Para os fins desta Instrução Normativa, entende-se por:*
> *I - procedimento disciplinar: processo ou procedimento administrativo destinado a apurar irregularidades disciplinares praticadas por servidores ou empregados públicos;*
> *II - procedimento de responsabilização de entes privados: processo ou procedimento administrativo destinado a apurar atos lesivos praticados por pessoa jurídica contra a administração pública, nacional ou estrangeira, nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013; e*
> *III - procedimento correcional: procedimento disciplinar ou procedimento de responsabilização de entes privados.*

Além desta subdivisão subjetiva, em razão de quem pode ser o polo passivo do

procedimento correcional, a IN CGU n° 14, de 2018, no art. 4°, apresenta uma outra subdivisão do gênero procedimentos correcionais, em função de sua natureza, e os subdivide nos subgêneros dos procedimentos correcionais investigativos e dos procedimentos correcionais acusatórios (ou contraditórios).

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 4º Os procedimentos correcionais podem ter natureza investigativa ou acusatória.*

No que aqui mais interessa, os incisos do art. 5º da IN CGU nº 14, de 2018, estabelecem que o subgênero de procedimentos correcionais investigativos se ramificam em investigação preliminar, sindicância investigativa e sindicância patrimonial. E a lista dos procedimentos contraditórios (acusatórios), que por ora não vem ao caso, se apresenta no art. 6°.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 5º São procedimentos correcionais investigativos:*
> *I - a investigação preliminar (IP);*
> *II - a sindicância investigativa (SINVE); e*
> *III - a sindicância patrimonial (SINPA).*

Cruzando estas duas formas de subdivisão, pode-se afirmar que o subgênero dos procedimentos correcionais de responsabilização de pessoas jurídicas englobam apenas os respectivos ritos investigativo (investigação preliminar) e contraditório (PAR). Tudo o mais faz parte do subgênero dos procedimentos correcionais disciplinares, sejam de espécies de procedimentos correcionais investigativos de condutas funcionais irregulares, sejam de espécies de procedimentos correcionais contraditórios (acusatórios) com fim punitivo sobre servidor e empregado público.

Procedimentos correcionais, segundo a IN CGU n° 14, de 2018		
Quanto à natureza	**Espécie**	**Quanto ao sujeito**
Investigativos	Investigação preliminar	De responsabilização de PJ
	Sindicância investigativa	Disciplinares de servidor
	Sindicância patrimonial	
Contraditórios (acusatórios)	Sindicância disciplinar	
	PAD (ordinário e sumário)	
	Outros (fora do escopo da Coger)	Disciplinares de agentes temporários e celetistas
	PAR	De responsabilização de PJ

Especificamente no que diz respeito aos procedimentos correcionais investigativos, ao contrário do que uma leitura apressada da lista acima poderia indicar, houve aqui uma alteração nas espécies ora normatizadas em comparação com as espécies que a revogada Portaria CGU previa.

Para se ter tal compreensão, é necessário avançar na leitura da IN CGU nº 14, de 2018, para perceber que, em seus arts. 15 a 18, o instituto da investigação preliminar, respeitando comandos do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, regulamentando a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, reservou aquela expressão exclusiva e especificamente para a fase de admissibilidade que antecede a instauração do PAR, ferramenta que nem sequer era prevista no ordenamento ao tempo da Portaria CGU nº 335, de 2006.

Portanto, a fase de admissibilidade especificamente para a processualística disciplinar, a que se dedica este texto (à margem do tópico específico em que se concentrou em se apresentar em sucintas linhas o PAR, em **2.2.2.2.4**), passou a ser contemplada, de forma positivada na IN do órgão central do SisCor, com apenas dois ritos, a saber, a sindicância investigativa e a sindicância patrimonial.

Certo que, no período em que vigorou a Portaria CGU nº 335, de 206, a expressão "investigação disciplinar" era empregada para nomear um dos ritos investigativos de foco disciplinar, justamente o mais elástico e genérico dentre os empregados na fase de admissibilidade de processo disciplinar, em face de servidor, e não em face de pessoa jurídica no âmbito de PAR.

É de se reconhecer, então, que a partir de 16/11/18, data da entrada em vigor da IN CGU nº 14, de 2018, a Portaria MF nº 492, de 2013, está em desarmonia com aquela norma sistêmico-estruturante atual da CGU, ao menos no que diz respeito aos procedimentos correcionais de natureza investigativa. O inciso I do art. 3° e o art. 5°, ambos da Portaria MF n° 492, de 2013, podem ser então considerados revogados tacitamente pela IN CGU n° 14, de 2018. A Portaria MF n° 492, de 2013, em seu todo restante, continua em vigor, carecendo sua aplicação apenas de uma harmonização quando mencionam a investigação disciplinar.

Além desta ressalva, não é de se ter uma interpretação restritiva ou extremamente literal dos comandos normativos até agora mencionados, como se ali pairasse uma lista terminologicamente exaustiva.

Na análise dinâmica que a hermenêutica impõe para esclarecer possíveis dúvidas ou incertezas acerca do ordenamento jurídico, resta hialino que a IN CGU nº 14, de 2018, nos incisos do seu art. 5º, não estabelece uma restritiva lista de procedimentos investigativos excludentemente legítimos no âmbito do SisCor. Ao contrário, a qualificada e aprofundada visão que se extrai dos intrincados relacionamentos e superposições de normas que convivem com simultaneidade leva à convicção de que, além daqueles três procedimentos investigativos (dois antecedentes de processo disciplinar e um antecedente de PAR), outros pode haver e serem empregados pelos sistemas correcionais dos diversos órgãos, dentre os quais a RFB.

A própria IN CGU nº 14, de 2018, no parágrafo único do seu art. 5º, ressalva e respeita as peculiaridades normativas de cada unidade setorial de correição, ao prever que os órgãos possam normatizar internamente seus procedimentos investigativos, o que respalda a convicção de que os institutos empregados na norma geral podem ser harmonizados com aqueles empregados não só nas normas da lavra da Coger-ME como também nas normas específicas do sistema correcional da RFB, sobretudo de envergadura regimental.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 5º*
> *Parágrafo único. Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal poderão normatizar internamente procedimentos disciplinares de natureza investigativa, observada a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e demais normas aplicáveis.*

E tanto é verdade que a lista constante dos três incisos do art. 5º da IN CGU nº 14, de 2018, não é exaustiva que, no âmbito da própria CGU, a Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG), introduziu no ordenamento um quarto procedimento investigativo, a saber, a investigação preliminar sumária, por meio da IN CGU/CRG nº 8, de 19 de março de 2020.

> *IN CGU/CRG nº 8, de 2020 - Art. 1º Os órgãos do Poder Executivo Federal, pertencentes à Administração Pública direta, as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, compreendidas na Administração Pública indireta, ainda que se trate de empresa estatal que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, poderão realizar apurações de irregularidades por meio de Investigação Preliminar Sumária (IPS) quando a complexidade ou os indícios de autoria e materialidade não justificarem a imediata instauração do processo correcional.*

Na esteira, mesmo antes desta inovação trazida pela IN CGU/CRG nº 8, de 2020, com o fim de manter a previsão de um rito mais genérico e abrangente ao estilo do que era a antiga investigação preliminar e com o nome atualizado - já que aquela expressão passou a ser

exclusiva como antecedente do PAR -, o sistema correcional da RFB, no § 1º do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019, baseado no parágrafo único do art. 5º da IN CGU nº 14, de 2018, já havia criado internamente um rito próprio, denominado análise preliminar. Antecipe-se, antes do detalhamento em **2.5.3.2.1**, que a análise preliminar, no âmbito interno, pode anteceder tanto ao processo disciplinar quanto ao PAR e supre a investigação preliminar sumária introduzida pela CGU/CRG, de forma que este procedimento investigativo, com este nome, sem nenhum prejuízo, não é empregado na RFB.

Harmonizando-se a lista de procedimentos investigativos prevista nos incisos do art. 5º da IN CGU nº 14, de 2018, nos incisos do art. 3º da Portaria MF nº 492, de 2013, com a especificidade do § 1º do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019, e com as competências regimentais da Coger e dos Escor, eis que o art. 1º da Portaria Coger nº 4, de 9 de janeiro de 2020, consolida a lista de espécies de procedimentos investigativos para a instância disciplinar, com a análise preliminar, a sindicância investigativa e a sindicância patrimonial (desconsiderando-se aqui a investigação preliminar, por se referir exclusivamente à responsabilização de pessoas jurídicas).

> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 1º Constituem procedimentos correcionais investigativos à disposição da Corregedoria da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) a análise preliminar (ANPRE), a sindicância investigativa (SINVE), a sindicância patrimonial (SINPA) e a investigação preliminar (INPRE).*

Antes de se apresentar, em **2.5.3.2**, a descrição detalhada de cada procedimento investigativo, antecipem-se características que lhes são comuns, tanto em termos de sua natureza jurídica quanto em termos de formalização de seus desfechos.

Conforme já introduzido em **2.5.1**, todos estes procedimentos investigativos - aqui no sentido mais estrito de análise preliminar, sindicância investigativa e sindicância patrimonial - se consubstanciam em ritos inseridos na subfase investigativa da fase de admissibilidade, que podem ser sigilosos e também discricionários (ou seja, sem publicidade e rito exigidos em lei) e que sempre são inquisitoriais (ou seja, sem acusação contraditória e sem caráter punitivo). Primeiramente, dependendo do rito adotado, nem sempre é necessária a formal instauração por meio de portaria de pessoal publicada, podendo ser deflagrados por mero despacho e sua instauração não tem o condão de interromper a prescrição disciplinar, nos termos estabelecidos no § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Tampouco se tem a exigência de o servidor individualmente responsável pelo trabalho investigativo ou integrante de comissão ser estável, conforme se exige para processo disciplinar. Em consequência da natureza investigativa, todos se demarcam pela ausência de formalismo, podendo os atos procedimentais serem realizados sem forma rigorosa (arrisca-se a afirmar que o apego a desnecessárias formalidades nesta subfase investigativa só faz aumentar o risco de plantarem-se teses de nulidades). Não se cogita da elaboração de atas de deliberação e de grande parte de termos processuais exigidos no rito contraditório do processo disciplinar, destacadamente de notificação inicial ao servidor de sua condição de investigado e de notificações para acompanhar atos de intrução e de espontaneamente fornecer acesso, vista, cópia ou informação dos documentos coletados. Esta característica de serem inquisitoriais em razão da ausência de a quem se forneçam obrigatoriamente garantias de ampla defesa e de contraditório reforça a característica de serem sigilosos, ainda que instaurados por portaria de pessoal publicada (o que mitigaria o sigilo), já que somente são acessíveis pelos agentes responsáveis por sua condução. Mas se exige que se concluam com relatório fático propositivo acerca da identificação ou não de indícios de materialidade e de autoria de infração. Obriga-se a mencionar a extremamente rara e residual possibilidade de se determinar o afastamento cautelar do servidor investigado no curso de procedimento investigativo, quando se cogita de que sua presença pode obstruir ou prejudicar de qualquer forma a normalidade dos trabalhos. Sendo certo que é excepcional o emprego do instituto do

afastamento preventivo calcado no art. 147 da Lei nº 8.112, de 1990, no curso de processo disciplinar, com muito mais ênfase se reforça que a aplicação desta medida cautelar no curso da fase de admissibilidade deve ser avaliada com extrema cautela e quase relutância, nao obstante haver base legal para tal, a saber, o art. 45 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Ainda pode-se extrair outros pontos comuns dos procedimentos investigativos. Primeiramente, sendo instaurados a partir de um ato determinado (que até pode ser mero despacho não publicado ou pode ser portaria de pessoal formalmente publicada), sempre se tem identificada a sua deflagração, por meio da qual, no caso da RFB, a Coordenação do GNI designa um servidor ou uma comissão, dependendo da espécie, para conduzir o feito (apesar de a normatização permitir, para algumas espécies de procedimentos investigativos, a designação de apenas um servidor para conduzir, a praxe é de se designar comissão, com dois ou três membros, dependendo da gravidade e da complexidade do caso). Na sequência, se identifica que os procedimentos investigativos exigem elementos de instrução, empregando pesquisas e ferramentas de investigação, com a diversidade de provas admitidas no Direito, a fim de cumprirem seu objetivo primordial, que é identificar se há ou não na ocorrência procedimentalizada indícios de materialidade e de autoria de infração, de natureza funcional ou de natureza patrimonial. Por fim, associado a este segundo ponto comum, o último traço de gênero - e justamente o que de fato melhor o define, pois os dois outros pontos até podem ser encontrados em ferramentas de investigação ou em outras espécies de procedimentos empregados na investigação disciplinar - reside no fato de que os procedimentos investigativos se encerram em relatório fático propositivo com a possibilidade de, cognitivamente, mediante apreciações, ponderações e valorações acerca da situação individual do investigado, recomendarem a instauração de processo disciplinar ou o arquivamento do feito. Em outras palavras, os procedimentos investigativos possuem o condão de encerrar a subfase investigativa e remeter a ocorrência para a subfase analítica e, por fim, suscitar a emanação da decisão a cargo da autoridade instauradora, com seu juízo de admissibilidade. Não obstante, nenhum dos procedimentos investigativos possui o condão de ser pré-requisito necessário para instauração de processo disciplinar.

Dito isto, acrescente-se, indo além do conceito estrito do gênero dos procedimentos investigativos, que o art. 8º da Portaria MF nº 492, de 2013, prevê o periódico e sistemático acompanhamento patrimonial do quadro de servidores, regulamentado no âmbito ministerial pela Portaria Coger-MF nº 26, de 3 de outubro de 2013, e ainda, internamente, pela Portaria Coger nº 32, de 26 de abril de 2016, que o nomeia de investigação patrimonial, com reiteração no § 2º do art. 1º da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020.

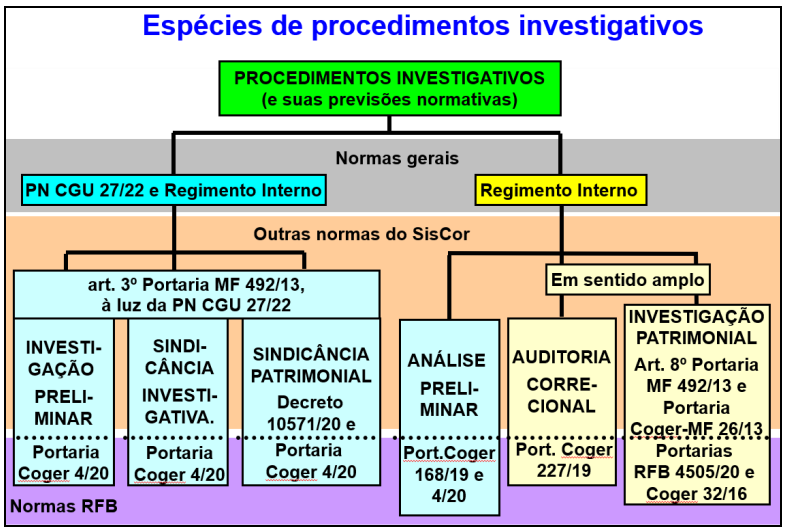
Conforme já introduzido em **2.5.3.1**, a diligência investigativa, prevista nos §§ 2º e 3º do art. 3º Portaria Coger nº 168, de 2019, e no § 1º da Ordem de Serviço Coger nº 1, de 27 de junho de 2019, a auditoria correcional, prevista na Portaria Coger nº 227, de 20 de novembro de 2019, e a investigação patrimonial, a ser detalhada em **2.5.3.2.4**, não são consideradas procedimentos investigativos no rigor da expressão.

A diligência investigativa é apenas uma ferramenta de investigação a ser empregada no curso de um procedimento investigativo. A auditoria correcional é um procedimento que no máximo, se for o caso, pode antecer a instauração de um procedimento investigativo. Ainda que possuam ato instaurador (simples despacho do Coordenador do GNI, dispensando-se portaria de pessoal - com o detalhe a mais que a investigação patrimonial requer antes da deflagração a determinação ou a autorização do Corregedor), sejam instruídos por elementos informadores e se encerrem com relatório fático conclusivo, não opinam por instauração de processo disciplinar. Por fim, a investigação patrimonial, como uma espécie bastante específica de auditoria correcional, de foco exclusivamente patrimonial, é também apenas um ato antecedente e preparatório de eventuais análises preliminares patrimoniais e de sindicâncias patrimoniais. Como traço relevante diferenciador dos procedimentos

investigativos em sentido estrito, a diligência investigativa, a auditoria correcional em gênero e a investigação patrimonial em espécie se mantêm impessoais, não comportando análises cognitivas individualizadas sobre a situação do investigado.

À vista do exposto, a tipologia e a terminologia empregadas pela IN CGU nº 14, de 2018, harmonizam-se sem conflito com os procedimentos investigativos previstos nas normas especificamente voltadas à RFB, tais como seu Regimento Interno, Portarias RFB e Portarias Coger. O emprego de outros procedimentos investigativos e até mesmo a eventual futura criação de novos, além daqueles três expressos na norma reguladora da CGU, desdobrados em diferentes tipologias e terminologias exclusivas da Coger, não é ilegal ou desprovido de amparo. Isto porque, nas peculiaridades da RFB, seu sistema correcional atua também, à luz de suas competências regimentais, ao amparo de previsões normativas de outros procedimentos investigativos próprios, que melhor refletem suas especificidades orgânicas e que nada conflitam com aquelas normas mais gerais.

A gravura abaixo busca mostrar esquematicamente a ramificação do gênero procedimentos investigativos nas três espécies que antecedem o processo disciplinar e a investigação preliminar (que antecede o PAR), além de mencionar, de forma extensiva, a auditoria correcional e a investigação patrimonial (mesmo não sendo, a rigor, procedimentos investigativos), junto às suas respectivas bases normativas.



Passa-se agora à sucinta descrição de cada um dos três procedimentos investigativos *stricto sensu* (análise preliminar, sindicância investigativa e sindicância patrimonial), além da investigação patrimonial.

2.5.3.2.1 - Análise Preliminar

De imediato, reconhece-se que, de 31/05/06 a 16/11/18, o Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) empregou a expressão "investigação preliminar" para se referir ao procedimento investigativo de caráter mais genérico precedente do processo disciplinar, embora desde 19/03/15 o Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, já a empregasse para rito antecedente de processo administrativo de responsabilização de pessoas jurídicas (PAR).

Com a edição da Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, atribuindo este conceito à fase de admissibilidade antecedente do PAR, abriu-se de fato um vácuo normativo, já que a fase de admissibilidade antecedente do processo disciplinar restou sem a definição normativa de um procedimento mais versátil e sentiu-se a necessidade, no âmbito do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), de

se integrar esta lacuna, primeiramente com uma construção doutrinária interna, passível de ser tida como legal, à vista do parágrafo único do art. 5º daquela norma.

Uma vez que a própria IN CGU, no comando acima mencionado, permite que as unidades setoriais de correição normatizem acerca de seus procedimentos investigativos, estendendo-se tal inteligência descentralizadora, manteve-se no rol de ritos de possível emprego na RFB a mesma espécie abrangente que antes se denominava investigação preliminar e que, para não confrontar com esta expressão agora exclusiva da fase de admissibilidade antecedente do PAR, passou doutrinariamente a se chamar de análise preliminar, conforme já introduzido em **2.5.3.2**, em primeiro momento sem previsão em norma. Advindo do comando permissivo do parágrafo único do art. 5º da IN CGU nº 14, de 2018, a despeito de não ser positivada nesta norma sistêmica, a análise preliminar, já desde então, era e ainda é um procedimento correcional investigativo, à margem de competência regimental de qualquer autoridade administrativa do órgão e disponível exclusivamente para autoridade com competência correcional.

Tendo se amadurecido e sedimentado com o emprego na prática o nome e a procedimentalização da análise preliminar, no passo seguinte, cuidou-se de positivá-la. A Portaria Coger nº 168, de 10 de junho de 2019, ao criar o Grupo Nacional de Investigação (GNI) e delegar a seus Coordenadores a competência para instaurar procedimentos investigativos, aproveitou o ensejo para definir a análise preliminar e para incluí-la no rol permitido, à luz do § 1º do seu art. 3º.

> *Portaria Coger nº 168, de 2019 - Art. 3º Compete aos Coordenadores do GNI determinar a realização de análise preliminar (ANPRE) e diligência investigativa (DINVE), sem prejuízo do disposto no art. 5º.*
> *§ 1º Considera-se ANPRE o procedimento correcional investigativo, iniciado de ofício ou à vista de representação ou denúncia, com o objetivo de identificar indícios de materialidade e de autoria de fatos irregulares praticados por servidores públicos ou de atos lesivos à Administração Pública federal de responsabilidade de pessoa jurídica, nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que justifiquem a instauração dos procedimentos correcionais investigativos previstos no art. 5º ou dos procedimentos correcionais acusatórios previstos nos incisos I, II, III e VII do art. 6º, ambos da Instrução Normativa CGU nº 14, de 2018.*

Na sequência, na norma disciplinadora dos procedimentos investigativos internos, a Coger ratificou a inclusão da análise preliminar nesta lista e a detalhou, conforme o art. 2º da Portaria Coger nº 4, de 9 de janeiro de 2020, originalmente estruturado em seu *caput* e em seus §§ 1º a 4º.

O *caput* do art. 2º da Portaria Coger nº 4, de 2020, literalmente reproduz o § 1º do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019, definindo a análise preliminar como o procedimento investigativo que pode ser iniciado de ofício ou em decorrência de representação ou de denúncia com o fim de identificar indícios de materialidade e de autoria tanto de ilícito funcional quanto de ato lesivo contra a Administração Pública causado por pessoa jurídica. Ademais, já desde esta definição normativa, fica claro que a análise preliminar, uma vez identificando os indícios em razão dos quais foi instaurada, pode ter prosseguimento em outro procedimento investigativo mais adequado ao caso (antecipe-se, tratando-se aqui apenas de interesse disciplinar, em sindicância investigativa ou em sindicância patrimonial, dependendo se o suposto ilícito possui natureza funcional ou patrimonial) ou em processo disciplinar. A análise preliminar, por ser um procedimento investigativo mais abrangente e elástico, pode ser empregada como uma iniciativa liminar quando ainda não se tem de forma segura a possibilidade de se verem configurados aqueles indícios. Daí poder ter prosseguimento em outro procedimento investigativo mais aprofundado e concentrado, não se limitando suas possibilidades em excludentemente propor arquivamento do feito ou instauração de processo

disciplinar.

> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 2º A ANPRE é o procedimento correcional investigativo, iniciado de ofício ou à vista de representação ou denúncia, com o objetivo de identificar indícios de materialidade e de autoria de fatos irregulares praticados por servidores públicos ou de atos lesivos à Administração Pública federal de responsabilidade de pessoa jurídica, nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que justifiquem a instauração dos procedimentos correcionais investigativos previstos no art. 5º ou dos procedimentos correcionais acusatórios previstos nos incisos I, II, III e VII do art. 6º, ambos da Instrução Normativa CGU nº 14, de 2018.*

Neste aspecto, na sequência da deflagração do procedimento de investigação patrimonial (definido na Portaria Coger nº 32, de 26 de abril de 2016, e a ser descrito em **2.5.3.2.4**), que, como uma espécie do gênero de auditoria correcional (definida na Portaria Coger nº 227, de 30 de novembro de 2019), não comporta construções cognitivas individualizadas, a comissão responsável pelo procedimento deve encaminhar, à Coordenação do GNI, representações correcionais individualizadas em face de cada um dos servidores inicialmente selecionados, de que constem descrição detalhada dos motivos por que se incluíram na seleção. Caso acate estas representações, o Coordenador deve instaurar análises preliminares patrimoniais também individualizadas, a fim de se prestarem ao primeiro espaço onde possam ser feitas valiações, apreciações e valorações da situação patrimonial de cada investigado. De um lado, estas análises preliminares patrimoniais podem, por exemplo, concluírem que os indicativos de suposto enriquecimento ilícito levantados no procedimento impessoal da investigação patrimonial se revelam disciplinarmente irrelevantes por se referirem a meras ilicitudes fiscais, redundando em representação fiscal. De outro lado, podem avançar e aprofundar no viés disciplinar da situação patrimonial do investigado e, ordinariamente como qualquer análise preliminar patrimonial, concluírem com proposta de conversão em sindicância patrimonial ou com proposta de arquivamento do feito ou de instauração de processo disciplinar.

Detalhando a sua instauração, os §§ 1º e 2º do art. 2º da Portaria Coger nº 4, de 2020, estabelecem que a análise preliminar deve ser instaurada por meio de despacho, dispensando-se a formalidade de edição e de publicação de portaria de pessoal. Agregando a competência delegada no *caput* do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019, tal despacho, da lavra de um Coordenador do GNI, pode designar apenas um servidor ou uma comissão composta de dois ou mais integrantes (e, neste caso, indica o seu presidente) para conduzir a análise preliminar. Apesar da permissão normativa para designar apenas um servidor, a praxe é de se designar comissão, com dois ou três membros, dependendo da gravidade e da complexidade do caso. Como de regra em todos procedimentos investigativos, estes servidores não necessariamente precisam ser estáveis. Acrescente-se que a instauração da sindicância investigativa não tem o condão de interromper a prescrição disciplinar, nos termos estabelecidos no § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990.

> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 2º*
> *§ 1º A ANPRE poderá ser conduzida por um único servidor ou por comissão composta por dois ou mais servidores.*
> *§ 2º A ANPRE será instaurada por meio de despacho nos autos do respectivo processo, que, quando for o caso, indicará, dentre os membros da comissão, aquele que exercerá a função de presidente.*

Quanto à sua instrumentalidade, conforme estabelece o § 3º do art. 2º da Portaria Coger nº 4, de 2020, no curso da análise preliminar, o servidor ou a comissão responsável por sua condução pode realizar diligências próprias ou solicitar à Coordenação do GNI a realização de diligência investigativa, definida no § 2º do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019, e já descrita em **2.5.3.1**; pode coletar provas orais ou manifestações escritas do

investigado ou de terceiros, realizar suas próprias pesquisas e ferramentas de investigação e juntar provas documentais delas decorrentes ou solicitadas interna ou externamente, inclusive como provas emprestadas de outros processos. De se perceber que a norma não prevê a hipótese de a análise preliminar redundar em afastamento de sigilos, pois, para se cogitar de tal espécie de prova sensível, com certeza se está diante de indícios de razoável gravidade a justificar a conversão da análise preliminar em outro procedimento investigativo mais adequado e específico (sindicância investigativa ou sindicância patrimonial).

Ao seu fim, segundo o § 4º do art. 2º da Portaria Coger nº 4, de 2020, o relatório da análise preliminar, assim como de todos os demais procedimentos investigativos, deve ser fático e propositivo. De acordo com as possibilidades de decorrência de uma análise preliminar, seu relatório, além de descrever faticamente as investigações realizadas, deve propor ou o prosseguimento dos trabalhos ainda no âmbito do GNI, em outro procedimento investigativo, ou o arquivamento do feito ou a instauração de processo disciplinar, em decisão a cargo da autoridade instauradora, em seu juízo de admissibilidade. Mas, ressalte-se que, para atender tais comandos normativos, basta que o sindicante exponha sua proposta conclusiva, não sendo necessário adentrar em construções jurídico-principiológicas típicas do parecer de admissibilidade, a cargo do Grupo Nacional de Pareceristas (GNP).

> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 2º*
> *§ 3º Para a instrução da ANPRE, o servidor responsável ou a comissão poderá:*
> *I - efetuar diligências ou demandar a sua realização nos termos do § 2ª do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019;*
> *II - solicitar manifestação oral ou escrita do servidor investigado e de terceiros; e*
> *III - carrear para os autos quaisquer meios probatórios admitidos em lei, tais como prova documental, inclusive emprestada, manifestação técnica, tomada de depoimentos e diligências necessárias à elucidação dos fatos.*
> *§ 4º O relatório final da ANPRE que não justificar a instauração dos procedimentos correcionais investigativos previstos no art. 5º da Instrução Normativa CGU nº 14, de 2018, deverá ser conclusivo quanto à existência ou não de indícios de autoria e materialidade de infração disciplinar ou de atos lesivos contra a Administração Pública, devendo recomendar a instauração do procedimento correcional acusatório cabível ou o arquivamento, conforme o caso.*

Na vigência da redação original da Portaria Coger nº 4, de 2020, a Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da sua Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG), também percebeu a necessidade de integrar o vácuo normativo deixado após a reserva da expressão "investigação preliminar" para o rito antecedente do PAR e criou a investigação preliminar sumária, com a edição da IN CGU/CRG nº 8, de 19 de março de 2020. Também motivou esta iniciativa da CGU/CRG o dispositivo do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, que exclui da configuração de ato de abuso de autoridade a instauração de procedimento investigativo, das espécies "sindicância ou investigação preliminar sumária", desde que justificada (o que significa que existam ao menos mínimos de indícios de materialidade e de autoria a serem investigados, não se permitindo a falta de qualquer elemento neste sentido mas tampouco se exigindo que já sejam robustos). Certamente do comando legal adveio o nome adotado pela CGU/CRG, de investigação preliminar sumária, como forma de afastar a imputação daquele crime de abuso de autoridade.

> *Lei nº 13.869, de 2019 - Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:*
> *Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*
> *Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação*

preliminar sumária, devidamente justificada.

A investigação preliminar sumária, instituída pelo órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), é definida, no *caput* do art. 2º daquela IN, como o procedimento investigativo, de aplicação facultativa, "que objetiva a coleta de elementos de informação para análise acerca da existência dos elementos de autoria e materialidade relevantes para a instauração" de processo disciplinar ou de PAR. Percebe-se a integral convergência conceitual entre a investigação preliminar sumária da CGU/CRG e a análise preliminar da Coger.

> *IN CGU/CRG nº 8, de 2020 - Art. 2º A IPS constitui procedimento administrativo de caráter preparatório, informal e de acesso restrito, que objetiva a coleta de elementos de informação para a análise acerca da existência dos elementos de autoria e materialidade relevantes para a instauração de processo administrativo disciplinar acusatório, processo administrativo sancionador ou processo administrativo de responsabilização.*

Um detalhe bastante interessante e simplificador da IPS é que o *caput* do art. 4ºda IN CGU nº 8, de 2020, introduziu e inovou é que a condução da IPS não está vinculada a determinado(s) servidor(es), mas sim à própria unidade de correição (e mesmo que esta não exista, regimental e orgânicamente, no órgão ou entidade, a IPS passa a incumbir à unidade responsável pela atividade correcional. Assim, não há necessidade de ato formal definidor de substituição do agente responsável pela condução dos trabalhos. Como facilitador instrumental, os atos da IPS não requerem sua feitura a cargo de determinado servidor ou de comissão, mas sim, institucionalmente em nome da unidade de correição.

Ademais, o inciso III do art. 4º e o art. 6º, ambos da IN CGU/CRG nº 8, de 2020, estabelecem que a investigação preliminar sumária deve se encerrar com relatório conclusivo do servidor ou da comissão responsável por sua condução, com proposta de arquivamento do feito nos casos de ausência de indícios de irregularidade ou de necessidade de aguardar informações ou diligências ainda em curso, ou com proposta de instauração de processo disciplinar nos casos de existência daqueles indícios.

> *IN CGU/CRG nº 8, de 2020 - Art. 4º A IPS será processada diretamente pela unidade de correição ou, na inexistência desta, pela unidade diretamente responsável pela atividade de correição, devendo ser adotados atos de instrução que compreendam:*
> *I - exame inicial das informações e provas existentes no momento da ciência dos fatos pela autoridade instauradora;*
> *II - realização de diligências, oitivas, e produção de informações necessárias para averiguar a procedência da notícia; e*
> *III - manifestação conclusiva e fundamentada, indicando a necessidade de instauração do processo correcional acusatório ou o arquivamento da notícia.*
> *Art. 5º O prazo para a conclusão da IPS será de até 180 (cento e oitenta) dias.*
> *Art. 6º Ao final da IPS o responsável pela condução deverá recomendar:*
> *I - o arquivamento, caso ausentes indícios de autoria e prova da materializada da infração, não sejam aplicáveis penalidades administrativas ou quando houver necessidade de aguardar a obtenção de informações ou realização de diligências necessárias ao desfecho da apuração;*
> *II - a instauração de processo correcional acusatório cabível, caso conclua pela existência de indícios de autoria, prova de materialidade e viabilidade da aplicação de penalidades administrativas; ou*
> *III - a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta*

Considerando que o art. 5º da IN CGU/CRG nº 8, de 2020, trouxe um único comando inexistente na redação original do art. 4º da Portaria Coger nº 4, de 2020, qual seja, a estipulação de prazo 180 dias, a leitura conjunta deste dispositivo com o inciso I do art. 6º da mesma norma permite interpretar que a hipótese de ainda ser necessário aguardar informações

ou diligências não concretizadas dentro daquele limite temporal fatal acarreta o arquivamento da investigação preliminar sumária e, obviamente - a menos que absurdamente se cogitasse de a IN CGU/CRG desatender os princípios da indisponibilidade do interesse público e da oficialidade para sobrevalorizar o princípio do formalismo moderado -, não veda a continuidade dos necessários trabalhos investigativos em curso, só que em novo procedimento investigativo. Não faria nenhum sentido o órgão central do SisCor normatizar a possibilidade de a investigação preliminar sumária atingir seu prazo fatal ainda carente de instrução e prever seu arquivamento fazendo interpretar que o interesse público restaria desatendido, sem continuidade dos trabalhos de investigação em outro procedimento investigativo apenas em razão do aspecto formal de prazo. A única interpretação que a visão sistemática do ordenamento contempla é que o arquivamento da investigação preliminar sumária acarreta a instauração de outro procedimento investigativo subsequente.

Em razão então deste único comando da IN CGU/CRG nº 8, de 2020, faltante na redação original do art. 2º da Portaria Coger nº 4, de 2020, este dispositivo da norma interna foi em seguida alterado, tendo sido acrescentado o seu § 5º, estabelecendo para a análise preliminar o prazo também fatal de 180 dias, após o qual, caso não tenham sido concluídos os trabalhos, deve ser instaurado novo procedimento investigativo (sindicância investigativa ou sindicância patrimonial).

> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 2º*
> *§ 5º O prazo para conclusão da ANPRE não excederá 180 dias. (Incluído pela Portaria Coger nº 36, de 20 de abril de 2020)*

Com isto, no sistema correcional da RFB, pode-se dispensar a instauração do procedimento investigativo denominado investigação preliminar sumária, previsto na IN CGU/CRG nº 8, de 2020, sem nenhum prejuízo ou ilegalidade, mantendo-se o emprego da já pré-existente análise preliminar, com rito, objetivo e alcance absolutamente similares. Também se pode defender com tranquilidade, à vista da similaridade das normas regentes, que a análise preliminar, uma vez devidamente justificada, afasta a imputação de crime de abuso de autoridade, conforme o parágrafo único do art. 27 da Lei nº 13.869, de 2019.

A rigor, a análise preliminar se volta a identificar indícios tanto de irregularidades funcionais ou mesmo patrimoniais praticadas por servidor quanto de atos lesivos à Administração Pública praticados por pessoas jurídicas. Conforme já exposto em **2.5.3.1**, na praxe interna do GNI, há três subespecificações de análise preliminar, sob distintas Supervisões, para identificar indícios de irregularidades de diferentes naturezas ou agentes, a saber: a análise preliminar funcional, para ilícitos de servidores de natureza funcional em geral, ou seja, não patrimonial; a análise preliminar patrimonial, para ilícitos de servidores de natureza exclusivamente patrimonial; e a análise preliminar jurídica, para atos lesivos à Administração Pública praticados por pessoa jurídica. Como este terceiro e último emprego teve sua apresentação no presente texto encerrada em **2.2.2.2.4**, de um lado, aqui não apresentará a análise preliminar com este fim, concentrando-se unicamente na análise preliminar instaurada em face de servidores, para fins funcionais ou patrimoniais; de outro lado, tudo o que aqui for exposto também é aplicável, com os devidos ajustes, à subfase investigativa da fase de admissibilidade que antecede o PAR.

Assim, com a denominação exclusiva do sistema correcional RFB, a análise preliminar é o procedimento investigativo iniciado de ofício (como decorrência, por exemplo, de auditoria correcional em gênero ou de investigação patrimonial em espécie) ou à vista de representação ou denúncia (incluindo comunicação anônima de irregularidade), com base no parágrafo único do art. 5º da IN CGU nº 14, de 2018, no § 3º do art. 1º da Portaria Coger nº 168, de 2019, e no § 2º do art. 2º da Portaria Coger nº 4, de 2020, passível de ser empregado para identificação de mínimos indícios de materialidade e de autoria de fatos irregulares de qualquer natureza.

Por sua característica de ser o procedimento investigativo mais informal, flexível, versátil e abrangente, a análise preliminar pode ser considerada como o padrão procedimental de início dos trabalhos de investigação no GNI. Salvo ocorrências que, desde seu início, seja por motivos técnico-materiais da natureza do objeto a ser investigado, necessitem de um rito mais específico, seja por razões estratégicas, necessitem de um rito mais formalizado (como a sindicância investigativa para ilícitos de natureza funcional ou a sindicância patrimonial para ilícitos de natureza patrimonial e até se cite também a investigação preliminar para atos lesivos de pessoas jurídicas), a análise preliminar se amolda bem ao papel de ser uma espécie de *default* de deflagração de trabalhos de investigação, pois é adequada e hábil para dar início ao enfrentamento de representações ou denúncias de certa forma incipientes, superficiais e genéricas - mas não a ponto de serem de pronto descartadas e remetidas à Coordenação do GNP. Comparada com a análise preliminar funcional e com a análise preliminar patrimonial, a sindicância investigativa e a sindicância patrimonial são procedimentos investigativos mais formalizados, que exigem publicidade de suas portarias de pessoal de instauração e das portarias de pessoal subsequentes. Assim, a opção apriorística pela análise preliminar também se coaduna com a necessária cautela com que deve se mover o sistema correcional, tanto em termos de seus esforços dispendidos quanto em termos de incisividade contra o investigado. A análise preliminar pode até ser compreendida como o procedimento investigativo capaz de realizar uma triagem qualificada das notícias de suposto interesse correcional que chegam ao conhecimento do GNI.

Mas é de se atentar que a deflagração da análise preliminar é facultativa, podendo o Coordenador do GNI, de imediato, caso tenha diante de si razões técnico-materiais (indícios mais fortes) ou estratégicas (necessidade de publicidade do ato deflagrador), já decidir pela instauração de sindicância investigativa ou de sindicância patrimonial. A análise preliminar jamais deve ser compreendida como um pré-requisito necessário antes dos demais procedimentos investigativos e menos ainda dos contraditórios.

A análise preliminar permite extensa potencialidade de alcance material. Isto porque o seu amplo conceito, de ser um procedimento investigativo deflagrado tão somente à vista da necessidade de se "identificar indícios de materialidade e de autoria de fatos irregulares praticados por servidores", comporta as básicas ou aprofundadas pesquisas e ferramentas de investigação em qualquer processo de trabalho da RFB (tais como de controle aduaneiro, de fiscalização, de atendimento, de arrecadação, de gestão do crédito tributário, dentre outros) ou sobre condutas funcionais, sejam de natureza técnica em alguma área de atuação fiscal ou administrativa, sejam até mesmo de mera postura comportamental, sempre em casos em que não há a necessidade estratégica de se ter ato instaurador publicado como na sindicância investigativa; e, por fim, até pode ser empregado mesmo para apreciação prévia de interesse patrimonial em um estágio ainda incipiente que não justifique de imediato o emprego de sindicância patrimonial, como é o caso do prosseguimento à deflagração do procedimento de investigação patrimonial.

Esta útima hipótese merece ser justificada: a investigação patrimonial, sem nenhuma cognição, apenas lista os servidores selecionados segundo os critérios gerais e objetivos e os parâmetros técnicos e impessoais indicadores de enriquecimento ilícito. É necessário, ato contínuo, se realizar uma triagem desta lista friamente gerada pela rotina informatizada. Então, instauram-se análises preliminares patrimoniais para cada servidor selecionado na qual o primeiro ato de cognição humana pode, por exemplo, compreender que os indícios não possuem relevância disciplinar mas sim apenas fiscal e daí seu relatório propor arquivamento; ou pode também valorar que a questão é sim de interesse disciplinar e, como qualquer outra análise preliminar patrimonial (conforme adiante se detalhará), aprofundar a investigação, a ponto de, ao final, haver elementos robustos para propor instauração de processo disciplinar (ou, ao contrário, propor arquivamento do feito) ou propor a consecução dos trabalhos em sindicância patrimonial.

De forma ampla, pode-se lançar mão de análise preliminar quando se quer identificar indícios de materialidade e de autoria em suposta(s) ilicitude(s) cometida(s) por um ou mais de um determinado(s) agente(s), deflagrando-se a partir de uma notícia inicial possuidora de algum grau de delimitação objetiva ou subjetiva, ainda que abarcando um foco abrangente de condutas ou de agentes. Assim, como o trabalho de investigação foca-se no esclarecimento de uma notícia inicial acerca de determinado(s) agente(s) e de determinada(s) conduta(s), pode-se dizer que, decerto, o conhecimento da suposta irregularidade em tela advém de notícia de fato conhecido, independentemente de esta notícia indicar única conduta de único agente ou demarcar extenso conjunto de condutas de inúmeros agentes identificados. Não obstante a característica flexível e versátil da análise preliminar, esta sua aplicação não deve ser confundida com as razões ainda muito mais imprecisas de se deflagrar auditoria correcional, que é mero exame de atividades, sistemas, banco de dados, procedimentos e processos de trabalho, nos termos da Portaria Coger nº 227, de 2019, e que pode ser instaurada sem nem haver notícia de suposta ilicitude e que sequer é considerada um procedimento investigativo, conforme já exposto em **2.5.3.1**.

Deflagrada *a priori* com o fim de coletar elementos para verificar o cabimento da instauração de rito disciplinar, a análise preliminar pode, de um lado, propor este prosseguimento ou o arquivamento do feito ou, de outro lado, pode demandar o aprofundamento dos trabalhos investigativos em outro rito mais formalizado (como sindicância investigativa ou sindicância patrimonial).

Cabe melhor detalhar as possibilidades de desfecho da análise preliminar, de acordo com o fluxo procedimental apresentado em **2.5.3.1**.

Primeiramente, na hipótese de encerramento da análise preliminar tempestivamente no prazo único de 180 dias, cabem quatro possibilidades. Pode o servidor ou a comissão responsável pela condução lograr identificar a existência ou a inexistência de indícios de materialidade e de autoria de infração disciplinar ou não lograr nenhuma conclusão neste sentido, não obstante entenda esgotadas todas as pesquisas e ferramentas de investigação possíveis de se empregar, e, em atenção aos comandos dos já reproduzidos § 1º do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019, e § 4º do art. 2º e também do § 1º do art. 7º, ambos da Portaria Coger nº 4, de 2020, e do *caput* do art. 4º da Ordem de Serviço (OS) Coger nº 1, de 27 de junho de 2019, encaminhar o processo ao Coordenador do GNI, por intermédio do Supervisor, recomendando a instauração de processo disciplinar na primeira hipótese ou o arquivamento do feito nas duas últimas - proposta que, caso acatada, acarreta o encaminhamento do processo para a Coordenação do GNP, a fim de subsidiar o juízo de admissibilidade da autoridade instauradora. Pode ainda o agente condutor avançar até determinado ponto nas pesquisas e ferramentas de investigação, perceber que é mais pertinente encerrar tempestivamente a análise preliminar e ter a investigação continuada em outro procedimento investigativo ainda no âmbito do GNI e, nos termos do § 1º do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019, do § 1º do art. 7º da Portaria Coger nº 4, de 2020, e da parte final do § 2º do art. 3º da OS Coger nº 1, de 2019, propor ao Coordenador, por intermédio do Supervisor, o aprofundamento dos trabalhos investigativos, com a instauração de sindicância investigativa ou de sindicância patrimonial.

> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 7º Encerrado o procedimento correcional investigativo, o processo será remetido com o relatório final a Coordenador do GNI.*
> *§ 1º A remessa mencionada no caput será realizada por intermédio de Supervisor do GNI, a partir de equipe própria do sistema e-Processo.*
>
> *OS Coger nº 1, de 2019 - Art. 3º*
> *§ 2º Concluído o procedimento correcional de investigação, o processo será remetido aos Coordenadores do GNI, que decidirão pelo seu encaminhamento ao GNP ou pela realização de novos procedimentos correcionais de*

> *investigação.*
> *Art. 4º Após a remessa do processo pelo GNI, os Coordenadores do GNP o distribuirá entre os membros do GNP para fins de elaboração de parecer com vistas a subsidiar a decisão da autoridade competente para realização de juízo de admissibilidade, nos termos do art. 1º da Portaria Coger-MF nº 24, de 29 de outubro de 2013, e do art. 4º do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.*

Conforme já introduzido linhas acima, um ponto específico que se pode citar - dentre outros - para que o servidor ou a comissão responsável pela condução da análise preliminar antecipe seu relatório, dentro do prazo de 180 dias, com proposta de encerramento e de instauração de outro procedimento investigativo (sindicância investigativa ou sindicância patrimonial) é o surgimento da necessidade de afastamento de alguma espécie de sigilo legal (a exemplos não exaustivos de sigilo bancário ou de sigilo telefônico). O § 3º do art. 2º da Portaria Coger nº 4, de 2020, lista atos de instrução cabíveis em análise preliminar. Ainda que não se tenha esta lista como absolutamente exaustiva, podendo se aceitar a feitura de algum ato porventura não contemplado -, a leitura sistemática da norma deixa certo que afastamento de sigilos, sendo uma espécie de prova mais sensível, não se coaduna com este procedimento investigativo mais genérico e abrangente, uma vez que o Corregedor expressou tal possibilidade apenas no curso de sindicância investigativa e de sindicância patrimonial, respectivamente no inciso IV do § 5º do art. 3º e no inciso IV do § 6º do art. 4º, ambos da mesma Portaria Coger.

Por fim, na hipótese de o servidor ou a comissão responsável pela condução não lograr concluir seus trabalhos tempestivamente no prazo fatal de 180 dias previsto no § 5º do art. 2º da Portaria Coger nº 4, de 2020, cabe-lhe apenas descrever até que ponto chegou nas pesquisas e ferramentas de investigação e, nos termos do § 1º do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019, do § 1º do art. 7º daquela mesma Portaria Coger nº 4, de 2020, e da parte final do § 2º do art. 3º da OS Coger nº 1, de 2019, propor ao Coordenador, por intermédio do Supervisor, a continuidade dos trabalhos de investigação em outro procedimento investigativo ainda no âmbito do GNI, com a instauração de sindicância investigativa ou de sindicância patrimonial. Importante destacar que a normatização de regência não prevê a prorrogação do prazo da análise preliminar, devendo os trabalhos investigativos obrigatoriamente prosseguirem em outro rito, a depender da natureza do ilícito cujos indícios se busca levantar (patrimonial ou não).

Nos casos em que a análise preliminar redunda na instauração de outro procedimento investigativo ainda no âmbito do GNI, cabe à Coordenação e às respectivas Supervisões decidirem, a seu critério, a manutenção ou não do mesmo servidor ou da mesma comissão responsável pela condução, atentando para eventuais perfis de especialização dos membros do Grupo.

Concluída a subfase investigativa, inicia-se a subfase analítica da fase de admissibilidade, conforme os arts. 2º e 3º da Portaria Coger nº 171, de 17 de junho de 2019, o § 2º do art. 3º e o *caput* do art. 4º, ambos da OC Coger nº 1, de 2019, e o § 2º art. 7º da Portaria Coger nº 4, de 2020. Neste ponto, após a entrega do relatório do servidor ou da comissão, cabe reiterar que a Coordenação do GNI ou a Coordenação do GNP ou a autoridade instauradora podem não acatar o trabalho, considerando-o não satisfativo e exaustivo, e provocarem a instauração de nova análise preliminar ou de sindicância investigativa ou de sindicância patrimonial (sem prejuízo da possibilidade já aventada de o próprio relatório da análise preliminar propor prosseguimento da subfase investigativa em outro procedimento investigativo).

> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 7º*
> *§ 2º Após o recebimento do processo, o Coordenador do GNI o encaminhará ao Grupo Nacional de Pareceristas (GNP) ou determinará a realização de novo procedimento correcional investigativo.*

2.5.3.2.2 - Sindicância Investigativa

De início, é de se esclarecer que, historicamente, na doutrina do Direito Administrativo, à margem de definição legal, o termo "sindicância" sempre foi empregado para se referir a qualquer iniciativa procedimentalizada, a mando de qualquer autoridade administrativa no âmbito de sua jurisdição no órgão, no sentido de esclarecer ou de identificar algum fato anômalo supostamente ocorrido, acerca de qualquer matéria de que trate a Administração Pública - não exatamente direcionada a investigar irregularidade disciplinar cometida por servidor -, de que se teve conhecimento de forma difusa, conforme também reconhece a doutrina.

> *"A sindicância também é o meio adequado para esclarecer quaisquer outras circunstâncias que comprometam a regularidade do serviço público, incluindo-se, aqui, questões relacionadas a empregados de empresas que prestam serviço terceirizado, contratos administrativos, vulnerabilidade de normas e procedimentos e interferência de terceiros nas ações administrativas. Do relatório, serão articuladas as providências, que podem incluir, por exemplo, rescisão de contrato administrativo, adoção de medidas gerenciais de prevenção ou correção, modificação de normas, tomada de contas especial e ciência ao Ministério Público." Léo da Silva Alves, "Sindicância Investigatória", pg 23, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005*

Esta sindicância genérica, voltada para qualquer fato ou circunstância anômala que comprometa ou ameace a regularidade do serviço público pode, ao seu final, a mero título de exemplos figurativos do amplo espectro, orientar a autoridade sobre falhas e lacunas normativas ou operacionais, a fim de promover alteração do ordenamento ou criação e aperfeiçoamento de rotinas e de sistemas internos de controle; propor alteração ou rescisão de contratos de terceirizados e de prestadores de serviços em geral; recomendar medidas de gestão de pessoal ou de gerência administrativa, dentre outras possibilidades.

Este procedimento administrativo, asseguradamente discricionário (sem rito previsto em norma, à margem do devido processo legal) e inquisitorial (sem a figura de acusado a quem se conceder ampla defesa e contraditório) e podendo ou não ter publicidade, em geral não interessa à autoridade com competência correcional no órgão, mas sim faz parte do rol de ferramentas administrativas ao dispor do gestor local. No caso específico da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), qualquer titular de unidade, com base no inciso I do art. 358 ou no inciso I do art. 364 ou no inciso II do art. 366, todos do Anexo I do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020, nas suas respectivas competências de gerenciar as ações de sua unidade ou as atividades de sua subunidade, pode instaurar esta genérica sindicância.

Avançando na terminologia e aproximando-se do tema correcional, já sob o foco mais específico do Direito Administrativo Disciplinar, o que aqui interessa abordar é a espécie da sindicância investigativa (também chamada de preparatória ou inquisitorial), que se trata de procedimento investigativo como espécie do gênero dos procedimentos correcionais, ao dispor já não mais de qualquer autoridade administrativa do órgão, mas sim exclusivamente de autoridade com competência correcional. Este procedimento investigativo, que também pode ser, dependendo da instância e da esfera de Poder, discricionário e sigiloso e com certeza é inquisitorial, é empregado e instaurado em subfase investigativa da fase de admissibilidade já no âmbito das estruturas correcionais, com o fim de investigar fatos e coletar elementos indiciários preliminares de conduta funcional irregular, conforme doutrina, inclusive da lavra da Controladoria-Geral da União (CGU).

> *"Dessa forma, tem-se que não há um rito próprio e preestabelecido em todos os detalhes para a Sindicância Investigativa, resultando daí que tanto a*

> *autoridade instauradora quanto o(s) sindicante(s) (servidor(es) designado(s) para a condução dos trabalhos) estão dispensados de seguirem uma rígida rotina no desempenho de seus misteres, observando-se a mesma orientação disposta no tópico da Investigação Preliminar, qual seja, a indispensável manutenção de suas características essenciais: a) sigilo; b) caráter investigativo; e c) prescindibilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 73, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*
>
> *"A sindicância de natureza investigatória está para o processo disciplinar como o inquérito policial está para o processo penal. Deve, por consequência, ser desenvolvida com meios eficientes e legítimos de apuração, a fim de oferecer à autoridade administrativa, se for o caso, os elementos que representem materialidade e autoria, indispensáveis à instauração de processo disciplinar." Léo da Silva Alves, "Sindicância Investigatória", pg. 18, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005*

No âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), a sindicância investigativa ganhou definição no art. 19 da Instrução Normativa (IN) CGU n° 14, de 14 de novembro de 2018, como procedimento investigativo hábil para investigar, com dispensa de contraditório e de ampla defesa e ainda sem fim punitivo, possível ilicitude disciplinar nos casos em que a complexidade da matéria noticiada ou a qualidade dos indicíos de materialidade e de autoria ainda não justificam a instauração de processo disciplinar. Importante ressaltar que a norma do órgão central do SisCor, obviamente, vincula e instrumentaliza apenas as unidades de correição, cabendo então reiterar que o procedimento investigativo denominado sindicância investigativa não se confunde com o gênero "sindicância" e não se disponibiliza para qualquer autoridade administrativa.

> *IN CGU n° 14, de 2018 - Art. 19. A SINVE constitui procedimento de caráter preparatório, destinado a investigar falta disciplinar praticada por servidor ou empregado público federal, quando a complexidade ou os indícios de autoria ou materialidade não justificarem a instauração imediata de procedimento disciplinar acusatório.*
> *Parágrafo único. Da SINVE não poderá resultar aplicação de penalidade, sendo prescindível a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.*

Na atividade correcional do Ministério da Economia (ME), a sindicância investigativa tem definição ainda válida no inciso II do art. 3º da Portaria MF nº 492, de 29 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito da Pasta.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 3º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidos os seguintes procedimentos correcionais no âmbito do Ministério da Fazenda:*
> *II - sindicância investigativa ou preparatória: procedimento preliminar de caráter sigiloso e inquisitorial, instaurado com o fim de investigar irregularidades de natureza disciplinar, que precede a sindicância disciplinar ou o processo administrativo disciplinar;*

Mas é fundamental esclarecer, com amparo em pacífico entendimento jurisprudencial: ao mesmo tempo em que a espécie sindicância investigativa não se confunde com o gênero "sindicância", apesar de recair na competência da autoridade correcional do órgão, não é mencionada na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e, como tal, também não se confunde com a espécie sindicância disciplinar (ou contraditória ou punitiva ou autônoma ou acusatória ou apuratória), prevista no *caput* do art. 143 e no art. 145, ambos daquele diploma legal. A sindicância disciplinar, como espécie do gênero processo disciplinar, a despeito da

confusão terminológica criada pelo legislador na Lei nº 8.112, de 1990, não guarda nenhuma relação com a sindicância investigativa de aqui se trata, no rol dos procedimentos investigativos. A sindicância disciplinar é um processo administrativo regido pelos princípios da publicidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, pois encerra a figura de acusado e tem fim punitivo.

> *STF, Mandado de Segurança nº 22.791: "Ementa: A estrita reverência aos princípios do contraditório e da ampla defesa só é exigida, como requisito essencial de validez, assim no processo administrativo disciplinar, como na sindicância especial que lhe faz às vezes como procedimento ordenado à aplicação daquelas duas penas mais brandas, que são a advertência e a suspensão por prazo não superior a trinta dias. Nunca, na sindicância que funcione apenas como investigação preliminar tendente a coligir, de maneira inquisitorial, elementos bastantes à imputação de falta ao servidor, em processo disciplinar subsequente."*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 22.888: Voto: "(...) No caso concreto, (...) teve-se a sindicância, que chamei de 'procedimento unilateral inquisitivo'.*
> *(...) o art. 143, ao prever a sindicância, fala em ampla defesa.*
> *Mas, a meu ver, o sistema - se é que se pode chamar de sistema esse aglomerado de dispositivos da Lei 8.112 - leva-nos a interpretar cum grano salis essa alusão à ampla defesa. Ela frequentemente não pode ser facultada desde o início, porque a sindicância pode ter por objeto buscar, já não digo a prova, mas indícios, elementos informativos sobre a existência da irregularidade de que se teve vaga notícia e de quem possa ser o seu autor, para que, aí sim, resultar, se a falta é grave, na instauração do processo, com a imprescindível notificação inicial para que o acusado acompanhe toda a instrução, esta, iniludivelmente contraditória. Nesse caso, não faria efetivamente sentido - que a essa sindicância - que se destina unicamente a concretizar uma imputação, a ser objeto de uma instrução contraditória futura - que já se exigisse fosse ela contraditória. (...)"*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.983: "Ementa: 1. A sindicância que vise apurar a ocorrência de infrações administrativa, sem estar dirigida, desde logo, à aplicação de sanção, prescinde da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por se tratar de procedimento inquisitorial, prévio à acusação e anterior ao processo administrativo disciplinar."*
> *Idem: STJ, Mandados de Segurança nº 10.827, 10.828 e 12.880*

No caso específico da RFB, em termos regimentais, a sindicância investigativa somente poderia ser instaurada pelo Corregedor e pelos Chefes de Escritório de Corregedoria (Escor), conforme o inciso III do art. 354 e o inciso I do art. 356, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB. Todavia, o Corregedor delegou aos Coordenadores do GNI a competência para instauração de procedimentos investigativos, no art. 2º da Portaria Coger nº 168, de 10 de junho de 2019, cabendo então, na prática, a esta Coordenação a instauração de sindicâncias investigativas na RFB.

> *Portaria Coger nº 168, de 2019 - Art. 2º Fica delegada para os Coordenadores do GNI a competência para a instauração dos procedimentos correcionais investigativos previstos no art. 5º da Instrução Normativa CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018.*

Diferentemente da análise preliminar, que, ao tempo de sua criação pela Coger, não possuía previsão normativa na CGU (relembre-se que só porteriormente foi instituída a investigação preliminar sumária), a sindicância investigativa tem disciplinamento tanto no âmbito do SisCor, pela já mencionada IN CGU nº 14, de 2018, em seus arts. 19 a 22, quanto internamente, no art. 3º da Portaria Coger nº 4, de 9 de janeiro de 2020. Obviamente, a norma interna segue os disciplinamentos da norma sistêmica e aqui se fará uma apresentação

simultânea dos comandos similares de ambas.

Assim, em termos conceituais, o *caput* do art. 3º da Portaria Coger nº 4, de 2020, define a sindicância investigativa nos mesmos moldes já adotados pela IN CGU nº 14, no *caput* do seu art. 19. A única diferença é que, no âmbito da RFB, diferentemente de todo SisCor, não há preocupação com investigação de supostas ilicitudes praticadas por empregados públicos. Internamente, a sindicância investigativa é o procedimento investigativo iniciado de ofício (como decorrência de auditoria correcional, por exemplo, definida na Portaria Coger nº 227, de 20 de novembro de 2019) ou à vista de representação ou denúncia (inclusive comunicação anônima de irregularidade) e vocacionado para investigar indícios de irregularidade funcional, visando a aprofundar sua caracterização a ponto de poder ensejar a proposta de prosseguimento já em processo disciplinar, proposta esta que não se faz pertinente no estágio inicial daqueles elementos informadores.

> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 3º A SINVE é o procedimento correcional investigativo destinado a investigar falta disciplinar praticada por servidor público federal, quando a complexidade ou os indícios de autoria ou materialidade não justificarem a instauração imediata de procedimento disciplinar acusatório.*

Importante pontuar que, desde que devidamente justificada (o que significa que existam ao menos mínimos de indícios de materialidade e de autoria a serem investigados, não se permitindo a falta de qualquer elemento neste sentido mas tampouco se exigindo que já sejam robustos), a instauração de sindicância investigativa não configura ato de abuso de autoridade, conforme estabelece o parágrafo único do art. 27 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, que, ao empregar o termo genérico "sindicância", obviamente contempla a espécie em tela.

> *Lei nº 13.869, de 2019 - Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:*
> *Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*
> *Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.*

Não obstante o § 1º do art. 20 da IN CGU nº 14, de 2018, permitir a não publicação do ato instaurador de sindicância investigativa, no âmbito interno, o § 2º do art. 3º da Portaria Coger nº 4, de 2020, exige a formalidade de a sindicância investigativa ser instaurada mediante portaria de pessoal e que este ato seja formalmente publicado no Boletim de Serviço da RFB (BS RFB). Agregando a já mencionada competência delegada no *caput* do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019, tal portaria de pessoal, da lavra de um Coordenador do GNI, pode designar apenas um servidor ou uma comissão composta de dois ou mais integrantes (e, neste caso, indica o seu presidente) para conduzir a sindicância investigativa, conforme comandos similares do *caput* do art. 20 da IN CGU nº 14, de 2018, e do § 1º do art. 3º da Portaria Coger nº 4, de 2020. Apesar da permissão normativa para designar apenas um servidor, a praxe é de se designar comissão, com dois ou três membros, dependendo da gravidade e da complexidade do caso. Como de regra em todos procedimentos investigativos, estes servidores sindicantes não necessariamente precisam ser estáveis, à luz do § 2º do art. 20 da IN CGU nº 14, de 2018. Acrescente-se que a instauração da sindicância investigativa não tem o condão de interromper a prescrição disciplinar, nos termos estabelecidos no § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990.

> *IN CGU nº 14, de 2020 - Art. 20. A SINVE poderá ser conduzida por um único servidor efetivo ou por comissão composta por dois ou mais servidores efetivos, atribuindo-se a presidência a um de seus membros no ato instaurador.*

> *§ 2º Não se exige o requisito da estabilidade para o sindicante ou para os membros da comissão de SINVE.*
>
> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 3º*
> *§ 1º A SINVE poderá ser conduzida por um único servidor ou por comissão composta por dois ou mais servidores.*
> *§ 2º A SINVE será instaurada por meio de portaria, publicada no Boletim de Serviço da RFB (BS RFB), que, quando for o caso, indicará, dentre os membros da comissão, aquele que exercerá a função de presidente.*

Uma vez que a sindicância investigativa, diferentemente da análise preliminar, possui portaria de pessoal de instauração, este ato inaugural formal, a cargo da Coordenação do GNI, deve indicar o prazo de conclusão dos trabalhos. Novamente em contraposição à análise preliminar, que possui prazo único e fatal de 180 dias, tanto o art. 21 da IN CGU nº 14, de 2018, quanto os §§ 3º e 4º do art. 3º da Portaria Coger nº 4, de 2020, estabelecem para a sindicância investigativa o prazo originário de 60 dias, com possibilidade de prorrogação por igual período, e pacificam a legalidade da designação do mesmo servidor ou de outro ou da mesma comissão ou de outra, a critério do Coordenador do GNI, para ultimação dos trabalhos após o prazo prorrogado. Embora as duas normas não positivem, subentende-se que tanto as necessárias prorrogações quanto as necessárias designações de novos sindicantes se dão por portarias de pessoal da Coordenação do GNI e, uma vez que não estabelecem limites na quantidade de reconduções (no caso específico de designação dos mesmos condutores) ou de nova designação (no caso de se alterarem os agentes condutores), o instituto pode ser utilizado por quantas vezes se justificar até a conclusão do procedimento investigativo.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 21. O prazo para a conclusão da SINVE não excederá 60 (sessenta) dias e poderá ser prorrogado por igual período.*
> *Parágrafo único. A comissão de SINVE poderá ser reconduzida após o encerramento de seu prazo de prorrogação, quando necessário à conclusão dos trabalhos.*
>
> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 3º*
> *§ 3º O prazo para conclusão da SINVE não excederá sessenta dias e poderá ser prorrogado por igual período, quando necessário à conclusão dos trabalhos.*
> *§ 4º A comissão de SINVE poderá ser reconduzida após o encerramento de seu prazo de prorrogação, quando necessário à conclusão dos trabalhos.*

E, quanto à sua instrumentalidade, conforme estabelece o § 5º do art. 3º da Portaria Coger nº 4, de 2020, no curso da sindicância investigativa, o servidor ou a comissão responsável por sua condução pode realizar diligências próprias ou solicitar à Coordenação do GNI a realização de diligência investigativa, definida no § 2º do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019, e já descrita em **2.5.3.1**; pode coletar provas orais ou manifestações escritas do investigado ou de terceiros, realizar suas próprias pesquisas e ferramentas de investigação e juntar provas documentais delas decorrentes ou solicitadas interna ou externamente, inclusive como provas emprestadas de outros processos; e, diferentemente da análise preliminar, pode solicitar afastamento de sigilos e integrar força-tarefa com outros órgãos (a exemplo de operações conjuntas com a Polícia Federal - PF e com o Ministério Público Federal - MPF). Sempre convém que o servidor ou a comissão condutora primeiramente solicite a espontânea renúncia do sigilo e, caso seja negado, na sequência, conforme preceitua o § 6º do art. 3º da Portaria Coger nº 4, de 2020, cabe encaminhar, por intermédio do Coordenador do GNI, o pedido devidamente instruído a ser dirigido à Advocacia-Geral da União (AGU). Uma vez que existe a sindicância patrimonial, como procedimento investigativo mais específico para a avaliação patrimonial de servidor, é mais comum que, no curso de sindicância investigativa se cogite, quando necessário, de afastamento de sigilos de outra natureza, como de comunicações telefônicas ou telemáticas, por exemplo.

> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 3º*

> *§ 5º Para a instrução da SINVE, a comissão poderá:*
> *I - efetuar diligências ou demandar a sua realização nos termos do § 2ª do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019;*
> *II - solicitar manifestação oral ou escrita do servidor investigado e de terceiros;*
> *III - carrear para os autos quaisquer meios probatórios admitidos em lei, tais como prova documental, inclusive emprestada, manifestação técnica, tomada de depoimentos e diligências necessárias à elucidação dos fatos;*
> *IV - solicitar o afastamento de sigilos; e*
> *V - participar de força-tarefa com outros órgãos.*
> *§ 6º Quando se fizer necessário, a solicitação de afastamento judicial de sigilos deverá ser dirigida ao órgão competente da Advocacia-Geral da União (AGU) por intermédio de Coordenador do GNI, com as informações e documentos necessários ao exame de seu cabimento.*

Ao seu fim, segundo o § 7º do art. 3º da Portaria Coger nº 4, de 2020, em harmonia com o art. 22 da IN CGU nº 14, de 2018, o relatório da sindicância investigativa, assim como de todos os demais procedimentos investigativos, deve ser fático e propositivo. De acordo com as possibilidades de decorrência de uma sindicância investigativa, seu relatório, além de descrever faticamente as investigações realizadas, deve propor ou o prosseguimento dos trabalhos ainda no âmbito do GNI, em outro procedimento investigativo, ou o arquivamento do feito ou a instauração de processo disciplinar, em decisão a cargo da autoridade instauradora, em seu juízo de admissibilidade. Mas, ressalte-se que, para atender tais comandos normativos, basta que o sindicante exponha sua proposta conclusiva, não sendo necessário adentrar em construções jurídico-principiológicas típicas do parecer de admissibilidade, a cargo do Grupo Nacional de Pareceristas (GNP).

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 22. O relatório final da SINVE deverá ser conclusivo quanto à existência ou não de indícios de autoria e materialidade de infração disciplinar, devendo recomendar a instauração do procedimento disciplinar cabível ou o arquivamento, conforme o caso.*

> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 3º*
> *§ 7º O relatório final da SINVE que não justificar a instauração dos procedimentos correcionais investigativos previstos no art. 5º da Instrução Normativa CGU nº 14, de 2018, deverá ser conclusivo quanto à existência ou não de indícios de autoria e materialidade de infração disciplinar, devendo recomendar a instauração do procedimento acusatório disciplinar cabível ou o arquivamento, conforme o caso.*

Sob critério técnico, a sindicância investigativa pode ser compreendida como um procedimento investigativo *a priori* também versátil, de amplo espectro material de emprego, a exemplo da análise preliminar, no sentido de poder ser instaurada para básicas ou aprofundadas pesquisas e ferramentas de investigação em qualquer processo de trabalho da RFB (tais como de controle aduaneiro, de fiscalização, de atendimento, de arrecadação, de gestão do crédito tributário, dentre outros) ou sobre condutas funcionais, sejam de natureza técnica em alguma área de atuação fiscal ou administrativa, sejam até mesmo de mera postura comportamental. Mas cabe reiterar uma diferença formal fundamental: enquanto a análise preliminar se caracteriza pela informalidade, a ponto de poder ser instaurada por mero despacho da Coordenação do GNI, sem ato inaugural publicado, a sindicância investigativa requer a formalidade da publicação da portaria de pessoal instauradora e das portarias de pessoal subsequentes.

Este diferencial concede uma qualidade estratégica à sindicância investigativa que a análise preliminar não possui, que é de dispor ao servidor ou à comissão responsável por sua condução o poder de se apresentar como sindicante formalmente designado por autoridade competente. A simples existência dos atos formais de portarias de pessoal permite ao servidor

ou à comissão condutora se portar diante dos demais agentes, unidades, órgãos ou entidades internos ou externos à RFB e à Administração não mais como responsável por um procedimento investigativo informalmente deflagrado por mero despacho, mas sim como o detentor de uma espécie de mandado (a portaria de pessoal designadora e as demais subsequentes) exarado pela autoridade designadora. Este poder tem o significado de agregar um maior respaldo às diligências e petições do sindicante, sobretudo em caso de ter de se reportar a outras autoridades, especialmente externas à RFB. Na mesma linha, também pode ser o caso de tal formalidade ser estrategicamente importante institucionalmente para a própria corregedoria, sobretudo em casos de repercussão em mídia ou de clamor social ou de alguma forma de viés político, em que há necessidade de uma satisfação social ou de uma resposta proativa mais formal de parte da Administração.

De certa forma, pode-se dizer que a sindicância investigativa difere da análise preliminar porque nesta, *a priori* com notícias ainda mais esparsas e superficiais da suposta ilicitude, permite-se a quase total ausência de formalidades, ao passo que naquela, diante de notícia em geral mais aprofundada, empregam-se algumas formalidades, sobretudo de conceder ao servidor ou à comissão responsável pela condução e à Administração o respaldo de atos formais de designação e de prosseguimento.

À vista desta qualidade estratégica e daquela quase total versatilidade técnico-material - em que se restringe apenas a ausência de vocação inicial para ilícito de natureza patrimonial, pois não faz sentido instaurar procedimento investigativo formalizado como sindicância investigativa se há outro, de similar formalidade e mais específico para o tema patrimonial, que é a sindicância patrimonial -, a sindicância investigativa pode ser empregada, residualmente, como procedimento investigativo para inaugurar uma nova fase de admissibilidade em situações que extrapolam o amplo espectro de aplicação apriorística da análise preliminar funcional ou para dar prosseguimento aos trabalhos iniciados nesta espécie não patrimonial de análise preliminar com proposta tempestiva em seu prazo de 180 dias de ser convertida em sindicância investigativa, quando, respectivamente, desde o início da subfase investigativa ou já no seu curso, se percebe que a matéria em tela requer maior formalidade para o servidor ou para a comissão responsável por sua condução ou até mesmo para a Administração. Também pode a sindicância investigativa suceder a análise preliminar funcional pelo simples fato de este primeiro procedimento investigativo ter esgotado seu prazo único e fatal de 180 dias sem ter logrado concluir seus trabalhos a ponto de poder propor arquivamento do feito ou instauração de processo disciplinar.

Da leitura dinâmica destes dois parâmetros (técnico-material e estratégico), consegue-se visualizar que, na verdade, a sindicância investigativa possui um raio delimitado e residual de aplicação inicial. Na imensa gama das investigações disciplinares em face de servidor, *a priori* o procedimento investigativo mais versátil e abrangente, como exposto em **2.5.3.2.1**, é a análise preliminar (que, a rigor, não exclui nem mesmo o tema patrimonial, quando a notícia é incipiente). A percepção prática de quando se instaurar de início sindicância investigativa é por exclusão: se o caso não requer a qualidade estratégica de ter ato inaugural formalizado em portaria de pessoal publicada, o *default* é de ser instrumentalizado em análise preliminar; e se o caso versa sobre indícios já razoáveis de suposto enriquecimento ilícito, o *default* é de ser instrumentalizado em sindicância patrimonial, a ser descrita em **2.5.3.2.3**. Restam então para a hipótese de originária instauração de sindicância investigativa apenas os casos que de imediato requerem a formalidade estratégica de ato inaugural publicado e que não versam sobre indícios razoáveis de enriquecimento ilícito.

Deflagrada *a priori* com o fim de melhor aprofundar indícios de materialidade e de autoria de irregularidade disciplinar ainda incipientes para justificar a instauração de processo disciplinar, a sindicância investigativa pode, de um lado, propor este prosseguimento ou o arquivamento do feito ou, de outro lado, pode demandar o aprofundamento dos trabalhos

investigativos em outro rito mais formalizado (e, neste aspecto, a única possibilidade que se demonstra viável é a sindicância patrimonial, quando se tratar de ilícito de natureza patrimonial).

Cabe melhor detalhar as possibilidades de desfecho da sindicância investigativa, de acordo com o fluxo procedimental apresentado em **2.5.3.1**.

Primeiramente, pode o servidor ou a comissão responsável pela condução da sindicância investigativa lograr identificar a existência ou a inexistência de indícios de materialidade e de autoria de infração disciplinar ou não lograr nenhuma conclusão neste sentido, não obstante entenda esgotadas todas as pesquisas e ferramentas de investigação possíveis de se empregar, e, em atenção aos comandos dos já reproduzidos art. 22 da IN CGU nº 14, de 2018, e § 7º do art. 3º e também do § 1º do art. 7º, ambos da Portaria Coger nº 4, de 2020, e do *caput* do art. 4º da Ordem de Serviço (OS) Coger nº 1, de 27 de junho de 2019, encaminhar o processo ao Coordenador do GNI, por intermédio do Supervisor, recomendando a instauração de processo disciplinar na primeira hipótese ou o arquivamento do feito nas duas últimas - proposta que, caso acatada, acarreta o encaminhamento do processo para a Coordenação do GNP, a fim de subsidiar o juízo de admissibilidade da autoridade instauradora. Pode ainda o agente condutor avançar até determinado ponto nas pesquisas e ferramentas de investigação, perceber que é mais pertinente encerrar a sindicância investigativa e ter a investigação continuada em outro procedimento investigativo ainda no âmbito do GNI e, nos termos do § 1º do art. 7º da Portaria Coger nº 4, de 2020, e da parte final do § 2º do art. 3º da OS Coger nº 1, de 2019, propor ao Coordenador, por intermédio do Supervisor, o aprofundamento dos trabalhos investigativos, com a instauração de sindicância patrimonial (que, a rigor, é o único que se vislumbra factível na sequência de sindicância investigativa, pois não faria sentido se cogitar de análise preliminar).

> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 7º Encerrado o procedimento correcional investigativo, o processo será remetido com o relatório final a Coordenador do GNI.*
> *§ 1º A remessa mencionada no caput será realizada por intermédio de Supervisor do GNI, a partir de equipe própria do sistema e-Processo.*
>
> *OS Coger nº 1, de 2019 - Art. 3º*
> *§ 2º Concluído o procedimento correcional de investigação, o processo será remetido aos Coordenadores do GNI, que decidirão pelo seu encaminhamento ao GNP ou pela realização de novos procedimentos correcionais de investigação.*
> *Art. 4º Após a remessa do processo pelo GNI, os Coordenadores do GNP o distribuirá entre os membros do GNP para fins de elaboração de parecer com vistas a subsidiar a decisão da autoridade competente para realização de juízo de admissibilidade, nos termos do art. 1º da Portaria Coger-MF nº 24, de 29 de outubro de 2013, e do art. 4º do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.*

Nos casos em que a sindicância investigativa redunda na instauração de outro procedimento investigativo ainda no âmbito do GNI, cabe à Coordenação e às respectivas Supervisões decidirem, a seu critério, a manutenção ou não do mesmo servidor ou da mesma comissão responsável pela condução, atentando para eventuais perfis de especialização dos membros do Grupo.

Concluída a subfase investigativa, inicia-se a subfase analítica da fase de admissibilidade, conforme os arts. 2º e 3º da Portaria Coger nº 171, de 17 de junho de 2019, o § 2º do art. 3º e o *caput* do art. 4º, ambos da OC Coger nº 1, de 2019, e o § 2º art. 7º da Portaria Coger nº 4, de 2020. Neste ponto, após a entrega do relatório do sindicante ou da comissão, cabe reiterar que a Coordenação do GNI ou a Coordenação do GNP ou a autoridade instauradora podem não acatar o trabalho, considerando-o não satisfativo e exaustivo, e provocarem a instauração de nova sindicância investigativa ou de sindicância patrimonial

(sem prejuízo da possibilidade já aventada de o próprio relatório da sindicância investigativa propor prosseguimento da subfase investigativa em outro procedimento investigativo).

> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 7º*
> *§ 2º Após o recebimento do processo, o Coordenador do GNI o encaminhará ao Grupo Nacional de Pareceristas (GNP) ou determinará a realização de novo procedimento correcional investigativo.*

2.5.3.2.3 - Sindicância Patrimonial

Tomando-se como ponto de partida para a apresentação da sindicância patrimonial a introdução formulada em **2.5.3.2.2**, em que se diferenciou a espécie sindicância investigativa do gênero doutrinário "sindicância", a sindicância patrimonial, a exemplo da sindicância investigativa, também é um procedimento investigativo disponível exclusivamente para autoridade com competência correcional no órgão. Não obstante esta similaridade com a sindicância investigativa, a sindicância patrimonial pode ser compreendida como um aprimoramento daquela primeira espécie, por possuir aplicação e fim exclusivos, quais sejam, para investigar indícios de materialidade e de autoria de enriquecimento ilícito por parte de servidor.

Pode mesmo se dizer que a sindicância patrimonial é um procedimento investigativo mais peculiar que a análise preliminar e que a sindicância investigativa. Por tratar exclusivamente de um tema sempre sensível, que é a incisiva e invasiva apreciação da situação patrimonial de servidor, a sindicância patrimonial já exige para sua deflagração a existência de mínimos indícios de suposto enriquecimento ilícito (do contrário, para situações mais incipientes, pode-se iniciar a investigação com análise preliminar) e possui bases legal e normativa de maior envergadura e solenidade.

De mediato, cabe extrair do art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e do art. 1º da Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993, que obrigam a entrega de declaração de bens por parte do servidor na posse e anualmente, que a sindicância patrimonial é uma - e não a única - ferramenta ao dispor da Administração para atuar em atenção à probidade administrativa, no que tange à regularidade patrimonial dos agentes públicos. Destes dois comandos legais adveio toda a normatização infralegal acerca do controle e do monitoramento a serem exercidos sobre a situação patrimonial dos quadros funcionais.

A partir desta base legal genérica, a sindicância patrimonial possui previsão normativa mais específica estabilizada nos arts. 13 e 14 do Decreto nº 10.571, de 9 de dezembro de 2020, impossíveis, obviamente, de serem alterados no âmbito de portarias administrativas. Mas, de antemão, se destaque que o art. 13 deste Decreto deixa claro que a sindicância patrimonial não é pré-requisito necessário antes de se instaurar processo disciplinar com vista a apurar suposto enriquecimento ilícito: se porventura - embora seja pouco comum - chegar ao conhecimento da autoridade instauradora notícia de robustos indícios do descompasso patrimonial, pode-se instaurar de imediato a instância disciplinar, dispensando-se a subfase investigativa da fase de admissibilidade.

> *Decreto nº 10.571, de 2020 - Art. 13. A análise das declarações poderá ensejar, após o procedimento disposto no art. 11 e no inciso I do caput do art. 12, a instauração de sindicância patrimonial ou, conforme o caso, de processo administrativo disciplinar, caso haja fundado indício de evolução patrimonial incompatível com os rendimentos auferidos de modo legítimo e comprovado.*
> *Art. 14. A sindicância patrimonial consiste em procedimento administrativo, sigiloso e não punitivo, destinado a investigar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agentes públicos federais, inclusive evolução patrimonial incompatível com os seus recursos e disponibilidades por eles informados na sua declaração patrimonial.*

> *§ 1º O prazo para conclusão da sindicância patrimonial é de trinta dias, contado da data de sua instauração.*
> *§ 2º O prazo de que trata o § 1º poderá ser prorrogado pela autoridade instauradora.*
> *§ 3º Após a conclusão da apuração no âmbito da sindicância patrimonial, será elaborado relatório conclusivo sobre os fatos apurados, que deverá conter recomendação à autoridade instauradora:*
> *I - pelo arquivamento dos autos; ou*
> *II - pela instauração de processo administrativo disciplinar, caso tenham sido identificados indícios de autoria e de materialidade de enriquecimento ilícito por parte do agente público federal investigado.*

Interessante registrar que, embora a praxe de emprego deste procedimento se concentre basicamente na investigação da espécie de enriquecimento ilícito que decorre de descompasso patrimonial do servidor (mais especificamente, previsto no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992), de acordo com a redação do *caput* do art. 14 do Decreto nº 10.571, de 2020, não há vedação de emprego da sindicância disciplinar na subfase investigativa referente a qualquer das demais espécies de enriquecimento ilícito (ou seja, enquadradas nos demais incisos ou mesmo no caput do citado art. 9º). A remissão quase imediata da sindicância patrimonial àquele enquadramento em especial certamente decorre de que a imensa maioria dos casos de investigação de enriquecimento ilícito se concentra na espécie definida no inciso VII do art. 9º da lei nº 8.429, de 1992.

Antes de adentrar na especificação normativa da sindicância patrimonial, convém abrir um parêntese acerca de competência e de legalidade. Não devem ser tomados sob leitura restritiva os fatos de o revogado Decreto nº 5.483, de 30 de junho de 2005 - norma inaugural e inovadora naquele contexto da época ainda incipiente nas iniciativas oficiais de promover o acompanhamento patrimonial de servidores -, apenas ter mencionado, em seus arts. 7º e 8º, que, ao tempo de sua vigência, a Controladoria-Geral da União (CGU) podia analisar a situação patrimonial de agente público e que, em caso de indícios de incompatibilidade, devia instaurar sindicância patrimonial ou determinar sua instauração no órgão de origem e de o Decreto nº 10.571, de 2020, em seu art. 11, manter a mesma atribuição e, em seu art. 12, apenas prever a possibilidade de instauração de sindicância patrimonial. Nem mesmo naquele momento e muito menos nos dias atuais jamais se cogitou e se cogita de os citados comandos normativos significarem que o único procedimento à disposição da Administração para proceder à análise patrimonial de seus agentes era ou é a sindicância patrimonial e que esta somente poderia ou somente pode decorrer da atuação direta ou da provocação do órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor).

Os mencionados Decretos, de forma respectiva, jamais impôs e impõe o entendimento de que a sindicância patrimonial seria, de forma excludente e exclusiva, o único rito juridicamente válido no ordenamento pátrio para o acompanhamento investigativo da situação patrimonial dos agentes públicos e muito menos jamais condicionou e condiciona que sua instauração sempre deveria ocorrer no âmbito da CGU ou deveria ser por ela demandada aos demais órgãos.

A já citada base legal e a base principiológica informadora da instância administrativa disciplinar indicam que a sindicância patrimonial a cargo direta ou indiretamente da CGU é uma iniciativa exemplificada e não exaustiva de a Administração controlar e monitorar a situação patrimonial do quadro funcional. Tanto é assim que o Decreto nº 10.571, de 2020, em seus arts. 13 e 14, apenas descreve a sindicância patrimonial como decorrente da análise patrimonial, mas sem atribuir competência ou iniciativa exclusivas à CGU. E a Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, já desde seu art. 1º, deixa claro que a sindicância patrimonial é um procedimento investigativo ao dispor de todas as unidades setoriais de correição do SisCor.

Diante da expressa relevância dada no atual texto constitucional ao princípio da moralidade administrativa, que deve se refletir na conduta proba dos agentes públicos - inclusive em seus desdobramentos patrimoniais -, consagrada em seguida, no patamar legislativo ordinário, nas duas mencionadas Leis de nítida intenção controladora das incompatibilidades patrimoniais, divorcia-se do bom senso pragmático e da razoabilidade como princípio jurídico cogitar de que unidades setoriais de correição, como, por exemplo, o sistema correcional da RFB, não teriam competência, por suposta ausência de específica previsão legal, para seguir as normas sistêmicas e para adotar suas próprias instrumentalizações a favor daqueles pilares do ordenamento pátrio e para fazê-lo em atenção às suas peculiaridades e prerrogativas internas.

Ora, sendo expresso no art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, e no art. 1º da Lei nº 8.730, de 1993, que a situação patrimonial dos agentes públicos deve ser objeto de inequívoco acompanhamento oficial e, no foco aqui de específico interesse, dispondo a RFB, em razão de seu múnus, da base de dados fiscais propiciadora de tal monitoramento e, ainda, sendo o sistema correcional parte integrante do próprio órgão (conforme será exposto em **4.4.12.3**), não haveria que se exigir a formalidade de o órgão detentor da especialização técnica sobre o assunto e das informações necessárias as repassasse para a CGU, a fim de que esta procedesse às investigações acerca dos integrantes do próprio quadro do Fisco ou que esta determinasse a realização dos trabalhos, seja sob rito de sindicância patrimonial, seja sob qualquer outra instrumentalização.

Assim, sempre coube e continua cabendo ao sistema correcional da RFB, de forma autônoma em relação à CGU - desde que, obviamente, seguindo os ditames gerais de sua IN CGU nº 14, de 2018 - , não só proceder às sindicâncias patrimoniais que entenda pertinentes em relação a determinados servidores como também introduzir, adotar e regulamentar em seu ordenamento interno outras ferramentas de atenção ao que se impõe no art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, no art. 1º da Lei nº 8.730, de 1993, e ainda em termos mais genéricos, no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, podendo, em seu caso específico, à vista da moralidade administrativa, da eficiência, da razoabilidade e da oficialidade que devem nortear a atuação pública, utilizar de todo o ferramental e capacitação técnica de que já dispõe em razão de seu múnus.

Não se pode confundir a evolução trazida à época ao ordenamento pelos arts. 7º e 8º do Decreto nº 5.483, de 2005, e mantida pelos arts. 13 e 14 do Decreto nº 10.571, de 2020 - qual seja, de propiciar uma forma de agentes lotados em órgão público qualquer, não detentor da base de dados acobertada pela garantia constitucional do sigilo fiscal, poderem ser objeto da ação estatal iluminada pelo princípio constitucional da moralidade administrativa, capitaneada pela atuação do órgão central do SisCor - com um suposto engessamento da atividade de controle patrimonial, que seria totalmente contrário à base principiológica e até mesmo às normas positivadas de caráter mais geral, caso se quisesse cogitar de que toda atuação neste rumo dependesse sempre da atuação da CGU.

Da mesma forma como não se discute que é legal e lícito que a RFB e que seu sistema correcional normatizem e regulamentem internamente, à vista das peculiaridades institucionais, diversos outros comandos gerais encartados nos enquadramentos disciplinares generalistas da Lei nº 8.112, de 1990 (como é o caso do acesso imotivado, do trato do sigilo fiscal, da definição de conflito de interesses e das atividades incompatíveis, apenas para citar alguns exemplos), também não se vislumbra nenhuma ilegalidade no fato de o órgão, em atenção aos princípios basilares e norteadores do tema e em acréscimo aos dispositivos de maior hierarquia normativa, conforme permite o parágrafo único do art. 5º da IN CGU nº 14, de 2018, tenha operado, opere e ainda venha a operar um disciplinamento interno para a questão relevante e de extremado interesse público-social, como é o acompanhamento dos sinais de suposta incompatibilidade patrimonial de seu corpo funcional.

Enfim, à vista do mandamento constitucional privilegiador da tutela moral, do dispositivo genérico encartado no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, e dos dispositivos específicos estabelecidos no art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, e do art. 1º da Lei 8.730, de 1993, não cabe aduzir suposta ausência de base legal para que o sistema correcional detentor da especialização e do conhecimento técnico e da própria base de dados indispensável às investigações de natureza patrimonial regulamente suas instrumentalizações internas e as realize diretamente, de forma autônoma em relação às inequívocas competências da CGU. Neste rumo, não há que se cogitar de que a normatização interna e específica da RFB e de seu sistema correcional teria transbordado limites supostamente impostos pelo Decreto nº 5.483, de 2006, e muito menos do Decreto nº 10.571, de 2020.

Melhor sorte não mereceria a alegação de suposta quebra da impessoalidade (ou, em seu sentido mais estrito, da isonomia) a desfavor dos servidores do Fisco em comparação ao quadro funcional dos demais órgãos federais, visto que este princípio - também de esfera constitucional - tanto se revela no tratamento igual àqueles sob idênticas condições quanto no tratamento diferenciado àqueles que se encontram em condições desiguais. Daí, resta absolutamente consentâneo não só com o ordenamento positivado mas também com a base principiológica que os servidores lotados no órgão detentor da base de dados fiscais possam ter o controle patrimonial normatizado internamente e realizado no âmbito deste próprio órgão especializado no tema técnico.

Fechado este parêntese afirmativo da competência e da legalidade para a instrumentalização em tela, retoma-se a apresentação da sindicância patrimonial afirmando que os comandos dos arts. 13 e 14 do Decreto nº 10.571, de 2020, obviamente, receberam disciplinamentos mais detalhados nas normas do âmbito do SisCor, em especial nos art. 23 a 29 da IN CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, além de normas internas, e que serão expostos adiante. Não por acaso, aquela norma sistêmica apresenta para a sindicância patrimonial, em uma mais extensa quantidade de dispositivos, um detalhamento maior que o estabelecido para os demais procedimentos investigativos, conferindo-lhe um grau maior de formalidade.

Antecipe-se, acerca da sua natureza investigativa, que a sindicância patrimonial é um procedimento investigativo com menor grau de discricionariedade, pois tem regramento em norma de maior *status* e que já vincula alguns condicionantes (tais como prazo e conclusividade de seu relatório). Ademais, embora o *caput* do art. 14 do Decreto afirme que se trata de procedimento investigativo sigiloso, conforme se verá adiante, a sindicância patrimonial é instaurada por portaria de pessoal de necessária publicação, restando então mitigada esta característica sigilosa. Por fim, a sindicância patrimonial é de fato procedimento investigativo inquisitorial, sem a figura de acusado a quem se conceder garantias de ampla defesa e de contraditório, pois não possui fim punitivo.

No âmbito do SisCor, a sindicância patrimonial ganhou definição no art. 23 da IN CGU n° 14, de 2018, como procedimento investigativo hábil para investigar indícios de enriquecimento ilícito, com o comando reiterado, que advém desde o art. 14 do Decreto nº 10.571, de 2020, que esta investigação pode incluir a averiguação de eventual descompasso entre origens e aplicações por parte do servidor. Importante ressaltar que este dispositivo do citado Decreto e a IN CGU nº 14, de 2018, obviamente, vinculam e instrumentalizam apenas as unidades de correição, sendo óbvio que o procedimento investigativo denominado sindicância patrimonial não se confunde com o gênero “sindicância” e não se disponibiliza para qualquer autoridade administrativa.

> *IN CGU n° 14, de 2018 - Art. 23. A SINPA constitui procedimento investigativo para apurar indícios de enriquecimento ilícito, inclusive evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do servidor ou empregado público federal.*

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

Na atividade correcional do Ministério da Economia (ME), a sindicância patrimonial tem definição ainda válida no inciso V do art. 3º e no art. 6º, ambos da Portaria MF nº 492, de 29 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito da Pasta, e teve regulamentação no âmbito ministerial na Portaria Coger-MF nº 25, de 29 de outubro de 2013, com definição em seus arts. 1º e 2º. Esta Portaria Coger-MF nº 25, de 2013, foi revogada pela Portaria Coger-ME nº 4.779, de 25 de maio de 2022 (esta norma revogadora passou a disciplinar o tema não mais para atividade correcional de toda a Pasta mas sim apenas no campo de competência da Coger-ME).

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 3º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidos os seguintes procedimentos correcionais no âmbito do Ministério da Fazenda:*
> *V - sindicância patrimonial: procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agente público federal, à vista da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades.*
> *Art. 6º A sindicância patrimonial será iniciada mediante determinação do Ministro de Estado da Fazenda, do Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda, do Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil ou das demais autoridades instauradoras de processos administrativos disciplinares, conforme previsto nos respectivos regimentos internos.*

Na linha apresentada quando se detalhou a sindicância investigativa, é fundamental esclarecer que, ao mesmo tempo em que a espécie sindicância patrimonial não se confunde com o gênero "sindicância", apesar de recair na competência da autoridade correcional do órgão, não é mencionada na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e, como tal, também não se confunde com a espécie sindicância disciplinar (ou contraditória ou punitiva ou autônoma ou acusatória ou apuratória), prevista no *caput* do art. 143 e no art. 145, ambos daquele diploma legal. A sindicância disciplinar, como espécie do gênero processo disciplinar, a despeito da confusão terminológica criada pelo legislador na Lei nº 8.112, de 1990, não guarda nenhuma relação com a sindicância patrimonial de aqui se trata, no rol dos procedimentos investigativos. A sindicância disciplinar é um processo administrativo regido pelos princípios da publicidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, pois encerra a figura de acusado e tem fim punitivo.

No caso específico da RFB, em termos regimentais, a sindicância patrimonial somente poderia ser instaurada pelo Corregedor e pelos Chefes de Escritório de Corregedoria (Escor), conforme o inciso III do art. 354 e o inciso I do art. 356, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB. Todavia, o Corregedor delegou aos Coordenadores do Grupo Nacional de Investigadores (GNI) a competência para instauração de procedimentos investigativos, no art. 2º da Portaria Coger nº 168, de 10 de junho de 2019, cabendo então, na prática, a esta Coordenação a instauração de sindicâncias patrimoniais na RFB.

> *Portaria Coger nº 168, de 2019 - Art. 2º Fica delegada para os Coordenadores do GNI a competência para a instauração dos procedimentos correcionais investigativos previstos no art. 5º da Instrução Normativa CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018.*

Similarmente à sindicância investigativa, a sindicância patrimonial tem disciplinamento tanto no âmbito do SisCor, pela já mencionada IN CGU nº 14, de 2018, em seus arts. 23 a 29, quanto internamente, no art. 4º da Portaria Coger nº 4, de 9 de janeiro de 2020. Obviamente, as duas normas internas seguem os disciplinamentos da norma sistêmica e aqui se fará uma apresentação simultânea dos seus comandos similares.

Assim, em termos conceituais, o *caput* do art. 4º da Portaria Coger nº 4, de 2020, define a sindicância patrimonial nos mesmos moldes já adotados pela IN CGU nº 14, no *caput* do seu art. 23. A única diferença é que, no âmbito da RFB, diferentemente de todo SisCor, não há preocupação com investigação de supostas ilicitudes praticadas por empregados públicos.

Internamente, a sindicância patrimonial é o procedimento investigativo iniciado de ofício (por exemplo, como decorrência de investigação patrimonial, prevista no art. 8º da Portaria MF nº 492, de 2013, na Portaria Coger-MF nº 26, de 30 de outubro de 2013, no § 2º do art. 1º da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, e na Portaria Coger nº 32, de 26 de abril de 2016, que é o periódico e sistemático acompanhamento patrimonial de todo o quadro de servidores, com base em um conjunto técnico e impessoal de parâmetros *a priori* indicadores de descompasso patrimonial, e a ser detalhada em **2.5.3.2.4**) ou à vista de representação ou denúncia (inclusive comunicação anônima de irregularidade) e voltado exclusivamente para investigar indícios de enriquecimento ilícito de determinado servidor. Em outras palavras, não são apenas representações ou denúncias formuladas isoladas e pontualmente em face de um único servidor que podem deflagrar uma sindicância patrimonial: do procedimento abrangente de investigação patrimonial pode redundar diversas sindicâncias patrimoniais, uma para cada servidor que venha a ser selecionado ao final daquele primeiro procedimento geral e impessoal (neste caso, conforme se detalhará em **2.5.3.2.4**, após o procedimento não individualizado de investigação patrimonial, antes de serem submetidos à sindicância patrimonial - se for o caso -, os servidores inicialmente selecionados têm sua situação patrimonial primeiramente avaliada no âmbito de análise preliminar patrimonial, em que podem ser excluídos, por exemplo, casos de mera repercussão fiscal).

> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 4º A SINPA é procedimento correcional investigativo para apurar indícios de enriquecimento ilícito, inclusive evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do servidor público federal.*

Deixe-se cristalino que a competência para o Coordenador do GNI instaurar sindicância patrimonial, seja à vista de provocação externa à sua própria cognição (como em virtude do recebimento de qualquer espécie de notícia individualizada de enriquecimento ilícito de determinado servidor), seja de ofício por iniciativa própria decorrente de percepção ou construção cognitivo-intelectual sua (obviamente, desde que motivada, para que se afastem as hipóteses de pessoalidade ou perseguição), independe e se preserva da eventual alteração do ordenamento infralegal que dispõe sobre o acompanhamento patrimonial do quadro, já que esta sindicância específica se rege antes e acima por norma de maior envergadura, qual seja, decreto presidencial.

Importante pontuar que, desde que devidamente justificada (o que significa que existam ao menos mínimos de indícios de materialidade e de autoria de enriquecimento ilícito a serem investigados, não se permitindo a falta de qualquer elemento neste sentido mas tampouco se exigindo que já sejam robustos), a instauração de sindicância patrimonial não configura ato de abuso de autoridade, conforme estabelece o parágrafo único do art. 27 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, que, ao empregar o termo genérico “sindicância”, obviamente contempla a espécie em tela.

> *Lei nº 13.869, de 2019 - Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:*
> *Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*
> *Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.*

De se destacar que, se porventura, no curso de sindicância patrimonial, forem detectados indícios de infrações de outras naturezas funcionais ou comportamentais, devem ser objeto de representação correcional à parte para a autoridade instauradora, bem como indícios de ilícitos de seara tributária devem ser remetidos, por representação fiscal, para a autoridade fiscal competente e somente se cogita de coinvestigados nas hipóteses de dois servidores comporem união conjugal ou união estável.

Esclarecendo internamente a lacuna deixada pelo art. 24 da IN CGU nº 14, de 2018, o § 3º do art. 4º da Portaria Coger nº 4, de 2020, exige a formalidade de a sindicância patrimonial ser instaurada mediante portaria de pessoal e que este ato seja formalmente publicado no Boletim de Serviço da RFB (BS RFB). Agregando a já mencionada competência delegada no *caput* do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019, tal portaria de pessoal, da lavra de um Coordenador do GNI, deve designar uma comissão composta de dois ou mais integrantes e indicar o seu presidente (diferentemente da análise preliminar e da sindicância investigativa, não se cogita aqui de apenas um servidor responsável) para conduzir a sindicância patrimonial, conforme comandos similares do § 1º do art. 24 da IN CGU nº 14, de 2018, e do § 2º do art. 4º da Portaria Coger nº 4, de 2020. Como de regra em todos procedimentos investigativos, estes servidores sindicantes não necessariamente precisam ser estáveis, à luz do § 2º do art. 24 da IN CGU nº 14, de 2018. Acrescente-se que a instauração da sindicância patrimonial não tem o condão de interromper a prescrição disciplinar, nos termos estabelecidos no § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 24.*
> *§ 1º A comissão de SINPA será composta por, no mínimo, dois servidores efetivos, designados pela autoridade competente, que indicará, dentre eles, o seu presidente.*
> *§ 2º Não se exige o requisito da estabilidade para qualquer dos membros da comissão de SINPA.*
>
> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 3º*
> *§ 2º A SINPA será conduzida por comissão composta por dois ou mais servidores.*
> *§ 3º A SINPA será instaurada por meio de portaria, publicada no BS RFB, que indicará, dentre os membros da comissão, aquele que exercerá a função de presidente.*

Uma vez que a sindicância patrimonial, diferentemente da análise preliminar e da mesma forma que a sindicância investigativa, possui portaria de pessoal de instauração, este ato inaugural formal, a cargo da Coordenação do GNI, deve indicar o prazo de conclusão dos trabalhos. Novamente em contraposição à análise preliminar, que possui prazo único e fatal de 180 dias, tanto o art. 25 da IN CGU nº 14, de 2018, quanto os §§ 4º e 5º do art. 4º da Portaria Coger nº 4, de 2020, estabelecem para a sindicância patrimonial o prazo originário de 30 dias, com possibilidade de prorrogação por igual período, e o primeiro e o último dispositivos acima pacificam a legalidade da designação da mesma comissão ou de outra, a critério do Coordenador do GNI, para ultimação dos trabalhos após o prazo prorrogado. Embora as normas não positivem, subentende-se que tanto as necessárias prorrogações quanto as necessárias designações de novas comissões se dão por portarias de pessoal da Coordenação do GNI e, uma vez que não estabelecem limites na quantidade de reconduções (no caso específico de designação da mesma comissão) ou de nova designação (no caso de se alterarem os agentes condutores), o instituto pode ser utilizado por quantas vezes se justificar até a conclusão do procedimento investigativo.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 25. O prazo para a conclusão da SINPA não excederá 30 (trinta) dias e poderá ser prorrogado por igual período.*

> *Parágrafo único. A comissão de SINPA poderá ser reconduzida após o encerramento de seu prazo de prorrogação, quando necessário à conclusão dos trabalhos.*
>
> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 4º*
> *§ 4º O prazo para conclusão da SINPA não excederá trinta dias e poderá ser prorrogado por igual período, quando necessário à conclusão dos trabalhos.*
> *§ 5º A comissão de SINPA poderá ser reconduzida após o encerramento de seu prazo de prorrogação, quando necessário à conclusão dos trabalhos.*

E, quanto à sua instrumentalidade, conforme estabelece o § 6º do art. 4º da Portaria Coger nº 4, de 2020, no curso da sindicância patrimonial, a comissão responsável por sua condução pode realizar diligências próprias ou solicitar à Coordenação do GNI a realização de diligência investigativa, definida no § 2º do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019, e já descrita em **2.5.3.1**; pode coletar provas orais ou manifestações escritas do investigado ou de terceiros, realizar suas próprias pesquisas e ferramentas de investigação e juntar provas documentais delas decorrentes ou solicitadas interna ou externamente, inclusive como provas emprestadas de outros processos; e, diferentemente da análise preliminar, pode solicitar afastamento de sigilos. Especificamente quanto à prerrogativa de solicitar afastamento de sigilos, os arts. 26 e 27 da IN CGU nº 14, de 2018, asseveram que a comissão sindicante, no curso de seus trabalhos, pode solicitar dados de toda natureza e espécie, inclusive dados protegidos por cláusula de sigilo bancário, a pessoas físicas ou jurídicas, inclusive ao próprio investigado, a seus familiares, a terceiros e a instituições financeiras. Sempre convém que a comissão condutora primeiramente solicite a espontânea renúncia do sigilo e, caso seja negado, na sequência, conforme preceitua o § 7º do art. 4º da Portaria Coger nº 4, de 2020, cabe encaminhar, por intermédio do Coordenador do GNI, o pedido devidamente instruído a ser dirigido à Advocacia-Geral da União (AGU). Sendo a sindicância patrimonial o procedimento investigativo mais específico para a avaliação patrimonial de servidor, é mais comum que, no seu curso, se cogite, quando necessário, de afastamento de sigilo bancário, sem prejuízo de também se fazê-lo para sigilos de outra natureza, como de comunicações telefônicas ou telemáticas, por exemplo.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 26. A comissão de SINPA poderá solicitar a quaisquer órgãos e entidades detentoras de dados, tais como cartórios, departamentos estaduais de trânsito e juntas comerciais, informações relativas ao patrimônio do servidor ou empregado sob investigação, e de outras pessoas físicas e jurídicas que possam guardar relação com o fato sob apuração.*
> *Art. 27. A apresentação de informações e documentos fiscais ou bancários pelo sindicado ou pelas demais pessoas que possam guardar relação com o fato sob apuração, independentemente de solicitação da comissão, implicará renúncia dos sigilos fiscal e bancário das informações apresentadas para fins da apuração disciplinar.*
>
> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 4º*
> *§ 6º Para a instrução da SINPA, a comissão poderá:*
> *I - efetuar diligências ou demandar a sua realização nos termos do § 2ª do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 2019;*
> *II - solicitar manifestação oral ou escrita do servidor investigado e de terceiros;*
> *III - carrear para os autos quaisquer meios probatórios admitidos em lei, tais como prova documental, inclusive emprestada, manifestação técnica, tomada de depoimentos e diligências necessárias à elucidação dos fatos; e*
> *IV - solicitar o afastamento de sigilos.*
> *§ 7º Quando se fizer necessário, a solicitação de afastamento judicial de sigilos deverá ser dirigida ao órgão competente da AGU por intermédio de Coordenador do GNI, com as informações e documentos necessários ao exame de seu cabimento.*

Ao seu fim, segundo o § 8º do art. 4º da Portaria Coger nº 4, de 2020, em harmonia com o art. 28 da IN CGU nº 14, de 2018, o relatório da sindicância patrimonial, assim como de todos os demais procedimentos investigativos, deve ser fático e propositivo.

Convém que a comissão condutora, em seu relatório, além de destacar todas as provas documentais que tenham sido valoradas para comprovação das origens e das aplicações de recursos e em que se baseia sua convicção, com a relação de bens ou direitos e de dívidas detalhada, evidenciando as alterações ocorridas no período sob apreciação, também apresente memórias de cálculo ou notas quando houver ajustes dos valores coletados de sistemas informatizados ou obtidos de documentos autuados. Se se demonstrar indispensável (não sendo o caso de se comprovar o enriquecimento de forma imediata por aquisição de bem sem rendimento que ampare ou por depósito de origem não comprovada), é recomendável que elabore demonstrativo discriminando origens e aplicações de recursos e o enriquecimento ilícito resultante, após todos ajustes e justificativas aceitas, demonstrando os critérios porventura adotados para cortes de valores e para aceitação de justificativas e a proporção destes valores em relação ao valor total (não basta laconicamente apenas invocar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para justificar cortes promovidos nos valores). Como conclusão, o colegiado deve apontar a regularidade patrimonial ou o enriquecimento ilícito resultante (que deve ser relevante, seja em razão de os totais de origens conhecidas não terem sido suficientes para suprir os totais de aplicações, seja em razão direta de aquisições de bens e/ou de realizações de despesas não lastreadas em origem identificada e/ou de depósitos de origem não comprovada).

De acordo com as possibilidades de decorrência de uma sindicância patrimonial, seu relatório, além de descrever faticamente as investigações realizadas, deve propor ou o arquivamento do feito ou a instauração de processo disciplinar, em decisão a cargo da autoridade instauradora, em seu juízo de admissibilidade. Em complemento, o art. 29 daquela IN CGU determina ainda que, na hipótese de confirmação dos indícios de enriquecimento ilícito, o relatório deve também provocar a autoridade instauradora para que comunique a órgãos de controle (o que, na prática, pode ser diferido para o momento da efetiva instauração do processo disciplinar, na luz do art. 15 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Mas, ressalte-se que, para atender tais comandos normativos, basta que o sindicante exponha sua proposta conclusiva, não sendo necessário adentrar em construções jurídico-principiológicas típicas do parecer de admissibilidade, a cargo do Grupo Nacional de Pareceristas (GNP).

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 28. O relatório final da SINPA deverá ser conclusivo quanto à existência ou não de indícios de enriquecimento ilícito, devendo recomendar a instauração do procedimento disciplinar cabível ou o arquivamento, conforme o caso.*
> *Art. 29. Confirmados os indícios de enriquecimento ilícito, a autoridade julgadora dará imediato conhecimento do fato ao Ministério Público Federal, ao Tribunal de Contas da União, ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, à Secretaria da Receita Federal do Brasil, ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras e à Advocacia-Geral da União.*
>
> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 4º*
> *§ 8º O relatório final da SINPA deverá ser conclusivo quanto à existência ou não de indícios de enriquecimento ilícito, devendo recomendar a instauração do procedimento acusatório disciplinar cabível ou o arquivamento, conforme o caso.*

À vista do exposto, então, deflagrada com o fim exclusivo de investigar indícios de enriquecimento ilícito de determinado servidor, a sindicância patrimonial, diferentemente da análise preliminar e da sindicância investigativa, pode apenas propor este prosseguimento ou o arquivamento do feito, não havendo possibilidade de demandar o aprofundamento dos

trabalhos investigativos em outro rito.

Cabe melhor detalhar as possibilidades de desfecho da sindicância patrimonial, de acordo com o fluxo procedimental apresentado em **2.5.3.1**.

Pode a comissão responsável pela condução da sindicância patrimonial lograr identificar a existência ou a inexistência de indícios de enriquecimento ilícito ou não lograr nenhuma conclusão neste sentido, não obstante entenda esgotadas todas as pesquisas e ferramentas de investigação possíveis de se empregar, e, em atenção aos comandos dos já reproduzidos § 3º do art. 14 do Decreto nº 10.571, de 2020, art. 28 da IN CGU nº 14, de 2018, e § 8º do art. 4º e também do § 1º do art. 7º, ambos da Portaria Coger nº 4, de 2020, e do *caput* do art. 4º da Ordem de Serviço (OS) Coger nº 1, de 27 de junho de 2019, encaminhar o processo ao Coordenador do GNI, por intermédio do Supervisor, recomendando a instauração de processo disciplinar na primeira hipótese ou o arquivamento do feito nas duas últimas - proposta que, caso acatada, acarreta o encaminhamento do processo para a Coordenação do GNP, a fim de subsidiar o juízo de admissibilidade da autoridade instauradora.

> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 7º Encerrado o procedimento correcional investigativo, o processo será remetido com o relatório final a Coordenador do GNI.*
> *§ 1º A remessa mencionada no caput será realizada por intermédio de Supervisor do GNI, a partir de equipe própria do sistema e-Processo.*
>
> *OS Coger nº 1, de 2019 - Art. 4º Após a remessa do processo pelo GNI, os Coordenadores do GNP o distribuirá entre os membros do GNP para fins de elaboração de parecer com vistas a subsidiar a decisão da autoridade competente para realização de juízo de admissibilidade, nos termos do art. 1º da Portaria Coger-MF nº 24, de 29 de outubro de 2013, e do art. 4º do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.*

Concluída a subfase investigativa, inicia-se a subfase analítica da fase de admissibilidade, conforme os arts. 2º e 3º da Portaria Coger nº 171, de 17 de junho de 2019, o § 2º do art. 3º e o *caput* do art. 4º, ambos da OC Coger nº 1, de 2019, e o § 2º art. 7º da Portaria Coger nº 4, de 2020. Neste ponto, após a entrega do relatório da comissão, cabe reiterar que a Coordenação do GNI ou a Coordenação do GNP ou a autoridade instauradora podem não acatar o trabalho, considerando-o não satisfativo e exaustivo, e provocarem a instauração de nova sindicância patrimonial (o que não se confunde com a ausência de previsão normativa para o relatório da sindicância patrimonial propor prosseguimento da subfase investigativa em outro procedimento investigativo).

> *Portaria Coger nº 4, de 2020 - Art. 7º*
> *§ 2º Após o recebimento do processo, o Coordenador do GNI o encaminhará ao Grupo Nacional de Pareceristas (GNP) ou determinará a realização de novo procedimento correcional investigativo.*

2.5.3.2.4 - Investigação Patrimonial

Tomando-se como ponto de partida para a apresentação da investigação patrimonial a introdução formulada em **2.5.3.2.3**, em que se iniciou apresentando a base legal genérica da sindicância patrimonial, aqui também pode-se extrair do art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e do art. 1º da Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993, que obrigam a entrega de declaração de bens por parte do servidor na posse e anualmente, que a investigação patrimonial é mais uma ferramenta ao dispor da Administração para atuar em atenção à probidade administrativa, no que tange à regularidade patrimonial dos agentes públicos. Destes dois comandos legais adveio toda a normatização infralegal acerca do controle e do monitoramento a serem exercidos sobre a situação patrimonial dos quadros funcionais.

A partir desta base legal genérica, na normatização infralegal, a investigação patrimonial é prevista, sem este nome jurídico, no art. 8º da Portaria MF nº 492, de 29 de setembro de 2013, e regulamentada pela Portaria Coger-MF nº 26, de 30 de outubro de 2013, destacadamente em seu art. 1º, como um procedimento de investigação para acompanhamento periódico e sistemático da evolução patrimonial de todo o quadro de servidores do Ministério da Economia (ME) e da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 8º A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e a Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil efetuarão periódico e sistemático acompanhamento e investigação da evolução patrimonial dos servidores em exercício no âmbito deste Ministério, na forma do art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.*
>
> *Portaria Coger-MF nº 26, de 2013 - Art. 1º A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e a Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil efetuarão periódico e sistemático acompanhamento da evolução patrimonial dos servidores do Ministério da Fazenda e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, a fim de verificar indícios de enriquecimento ilícito.*
> *Parágrafo único. A análise da evolução patrimonial, de caráter investigativo e sigiloso, será realizada com base em critérios gerais e objetivos e em parâmetros técnicos e impessoais definidos pelo Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda e pelo Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil, a serem aplicados aos servidores do Ministério da Fazenda e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, respectivamente.*

Especificamente no âmbito da RFB, a investigação patrimonial também é prevista no § 2º do art. 1º da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, e disciplinada pela Portaria Coger nº 32, de 26 de abril de 2016, destacadamente em seu art. 1º e no *caput* de seu art. 2º. A expressão que a nomeia, "investigação patrimonial", é, portanto, uma construção doutrinária e normatizada especificamente da Corregedoria (Coger), nos termos permitidos pelo parágrafo único do art. 5º da Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018. Trata-se de procedimento sigiloso, de natureza investigativa, baseado em um conjunto de critérios gerais e objetivos e de parâmetros técnicos e impessoais, similares a uma "malha fiscal" (mas sob foco disciplinar), definidos pelo Corregedor, com o fim de indicar, dentre todo quadro funcional, servidores que despontem com mais fortes indícios de enriquecimento ilícito. De se perceber que, não por acaso, a norma interna e mais recente, a Portaria RFB nº 4.505, de 2020, passou a definir a investigação patrimonial sem fazer referência ao "acompanhamento da evolução patrimonial" mas sim tão somente ao "acompanhamento patrimonial", para refletir o entendimento de que não necessariamente é indispensável se fazer o detalhamento pormenorizado da situação patrimonial, podendo-se focar em determinado item patrimonial destoante da regularidade.

> *Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 1º*
> *§ 2º A Corregedoria (Coger) efetuará periódico e sistemático acompanhamento patrimonial dos servidores da RFB, a fim de verificar indícios de enriquecimento ilícito.*
>
> *Portaria Coger nº 32, de 2016 - Art. 1º A Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil efetuará periódico e sistemático acompanhamento da evolução patrimonial dos servidores em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a fim de verificar indícios de enriquecimento ilícito.*
> *Art. 2º O acompanhamento da evolução patrimonial, de caráter investigativo e sigiloso, será realizado com base em critérios gerais e objetivos e em parâmetros técnicos e impessoais, fixados pelo Corregedor da RFB, a serem aplicados aos servidores da RFB.*
> *Parágrafo único. A Divisão de Investigação Disciplinar será responsável pela seleção e indicará, em termo individualizado, os servidores que apresentarem*

> *indícios de enriquecimento ilícito.*
> *Art. 3º Os servidores referidos no parágrafo único do artigo anterior serão objeto da sindicância patrimonial prevista na Portaria Coger nº 013, de 30 de janeiro de 2014, a ser instaurada pelo Corregedor da RFB.*

Conforme já antecipado em **2.5.3.1**, a investigação patrimonial não é, no sentido estrito da expressão, um procedimento investigativo, pois, a seu final, não se tem a dicção cognitiva, em forma de proposta em relatório, para arquivamento do feito ou para instauração de processo disciplinar em face individualmente de determinado servidor ou nem mesmo de um grupo selecionado de servidores. A investigação patrimonial se resume a uma rotina informatizada para cruzamento de diversos critérios e parâmetros indicativos de suposto enriquecimento ilícito e que, uma vez alimentada com a base de dados fiscais de todo corpo funcional, existente nos sistemas internos da RFB, gera uma fria, impessoal e objetiva lista ordenada dos servidores que despontem, decrescentemente, como ostentadores de maiores indícios de enriquecimento ilícito. Importante se compreender que, uma vez previamente definidos pelo Corregedor os critérios e parâmetros, a execução em si do procedimento da investigação patrimonial, que é a imediata submissão indistinta de todo o quadro funcional àquele conjunto de balizamentos, não comporta obra, ação, inteligência, interpretação, valoração, ponderação e apreciação humana que permita qualquer grau de análise individualizada. É apenas a submissão de uma base de dados a uma rotina programada de forma objetiva, não contemplando sequer mínima interferência subjetiva que mitigue a absoluta impessoalidade do procedimento.

A rigor, a investigação patrimonial, como um procedimento generalista, objetivo, técnico e impessoal, é uma espécie do gênero auditoria correcional, definida na Portaria Coger nº 227, de 30 de novembro de 2020. A investigação patrimonial se amolda à definição constante do *caput* do art. 3º desta Portaria Coger, como o exame objetivo e impessoal de sistemas e de banco de dados no âmbito da RFB, com o propósito de identificar indícios de ilícito correcional, no caso, especificamente, indícios de enriquecimento ilícito. O espectro alcançável pela auditoria correcional não se limita a exame de atividades, procedimentos e processos de trabalho encetados em condutas funcionais, estando, portanto, albergado o monitoramento patrimonial.

> *Portaria Coger nº 227, de 2020 - Art. 3º A auditoria correcional é o exame objetivo e impessoal de atividades, sistemas, banco de dados, procedimentos e processos de trabalho no âmbito da RFB com o propósito de identificar indícios de ilícitos correcionais*

Como tal, após provocação da Coordenação do Grupo Nacional de Investigação (GNI) aprovada pelo Corregedor ou por determinação direta deste, compete à comissão integrada por membros do próprio Grupo executar a investigação patrimonial, *a priori* e como regra em âmbito nacional - mas sem prejuízo de se poder fazê-lo sob determinado foco espacial, qual seja, apenas por Região(ões) Fiscal(is) (RF) ou apenas por unidades(s) ou até por subunidade(s), conforme o art. 2º e o parágrafo único do art. 3º, ambos da Portaria Coger nº 227, de 2020. Importante destacar que a Portaria Coger nº 227, de 2020, não exige formalidades de o ato deflagrador do procedimento, da lavra do Corregedor, e de o ato designador da comissão, da lavra do Coordenador do GNI, serem portarias de pessoal, podendo a aprovação ou a determinação da investigação patrimonial e a designação do respectivo colegiado condutor se darem por meros despachos das respectivas autoridades.

> *Portaria Coger nº 227, de 2020 - Art. 2º Compete ao Grupo Nacional de Investigação (GNI), após aprovação ou determinação do Corregedor, a realização de auditoria correcional, de caráter sigiloso.*
> *Art. 3º*
> *Parágrafo único. As auditorias correcionais poderão ser realizadas nacionalmente ou por região fiscal, unidade ou subunidade.*

Ainda à luz da Portaria Coger nº 227, de 2020, em seu art. 4º, coerente com o fato de a investigação patrimonial não ter um fim em si mesma (diferentemente dos procedimentos investigativos, que se concluem com proposta de arquivamento do feito ou de instauração de processo disciplinar), após a sua execução redundar na lista ordenada decrescentemente dos servidores selecionados com indícios mais robustos de enriquecimento ilícito, a comissão de investigação patrimonial deve dirigir à Coordenação do GNI representações correcionais individualizadas em face dos servidores apontados como detentores de indícios de enriquecimento ilícito e concluir seus trabalhos em um único relatório meramente descritivo de todos os dados levantados (sem construção cognitiva). Ato contínuo, caso acate, incumbe à Coordenação instaurar análises preliminares patrimoniais individuais para cada servidor representado, na qual se possa, em primeiro ato depuratório de cognição humana, se fazer triagem dos casos de efetivos indícios de enriquecimento ilícito dos casos de apenas suposta infração fiscal ou até mesmo de meros desajustes e confusões fiscais. E, neste caso, deve ser provocada a autoridade fiscal à vista de irregularidades de exclusivo interesse tributário, por meio de representação fiscal.

> *Portaria RFB nº 227, de 2020 - Art. 4º Quando evidenciados indícios de fatos irregulares praticados por servidores públicos ou de atos lesivos à Administração Pública federal de responsabilidade de pessoa jurídica, nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a auditoria correcional resultará na formalização, por meio de representação, de análise preliminar (ANPRE) ou dos procedimentos correcionais investigativos previstos no art. 5º da Instrução Normativa CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018.*

Tendo em vista a importância que o tema do controle patrimonial dos servidores assumiu na RFB, em razão das peculiaridades de acesso à base de dados fiscais e das pesquisas e ferramentas investigativas disponíveis para o sistema correcional (a propósito, aproveita-se aqui, a favor da investigação patrimonial, integralmente o que se defendeu em **2.5.3.2.3** acerca da competência e da legalidade para a instauração e condução de sindicância patrimonial), antes de se descrever a instrumentalização ora vigente da investigação patrimonial, convém apresentar um histórico de sua evolução interna, que, em postura proativa, sempre esteve além dos ditames não só do Decreto nº 5.483, de 30 de junho de 2005, mas também do Decreto nº 10.571, de 9 de dezembro de 2020 (normas original e atual estabelecedoras da sindicância patrimonial).

Neste rumo, inicia-se introduzindo que o tema ganhou definitiva relevância interna com a edição da Portaria SRF nº 73, de 10 de janeiro de 2006, que foi regulamentada pela Portaria Coger/Cofis nº 1, de 10 de março de 2006, estabelecendo o procedimento à época intitulado como auditoria patrimonial. Estas duas normas definiam a auditoria patrimonial como um rito de natureza meramente investigativa, realizado sistemática e periodicamente nas declarações de rendimentos e demais informações fiscais disponíveis do quadro funcional da RFB, de acordo com critérios gerais e objetivos e com parâmetros técnicos e impessoais, que eram internamente definidos pela Coger e pela Coordenação-Geral de Fiscalização (Cofis). A seleção dos servidores a serem investigados, com base naqueles parâmetros, concentrava-se na Coger e a designação de equipe para realizar a auditoria patrimonial incumbia à autoridade competente para instauração do eventual processo disciplinar (conforme se exporá em **4.2.1**, dependendo do investigado, a competência para decisão do juízo de admissibilidade recaía, como regra, sobre o Chefe do Escritório de Corregedoria - Escor da respectiva jurisdição da unidade de lotação - ou de exercício, se diferente - do servidor ou, excepcionalmente, sobre o Corregedor).

Quando o resultado da análise da equipe de auditoria patrimonial instaurada contra determinado servidor apontava apenas infrações fiscais, devia se encaminhar representação fiscal em face do investigado, por intermédio da autoridade instauradora, à unidade de sua jurisdição fiscal. Por outro lado, se o resultado da análise da equipe de auditoria patrimonial

apontasse indícios de incompatibilidade patrimonial, cabia ao Corregedor (seja por ter recebido relatório encaminhado pelo Chefe de Escor, seja por iniciativa própria, dependendo da competência instauradora descrita no parágrafo acima) requisitar, respectivamente, à Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil (SRRF) do domicílio fiscal do servidor ou à Cofis, a instauração de procedimento fiscal, a fim de que a unidade fiscal confirmasse ou não a desproporção do patrimônio com a renda ou a existência de sinais exteriores de riqueza ou a movimentação financeira incompatível.

Se a unidade fiscal competente decidisse por não instaurar o procedimento fiscal, tal fato devia ser comunicado em noventa dias à Coger ou ao Escor - mas isto não prejudicava a competência para instauração da sindicância patrimonial, podendo, por este segundo caminho, o aspecto correcional merecer definitivo arquivamento ou redundar em instauração de processo disciplinar.

Por outro lado, uma vez instaurado o procedimento fiscal, ambos os resultados possíveis (auto de infração ou relatório propondo encerramento sem resultado) deviam ser comunicados à Coger. Por fim, se o procedimento fiscal confirmasse os indícios de infração disciplinar, o Corregedor determinava a realização de juízo de admissibilidade (em geral, a cargo do Escor ou, excepcionalmente, na própria Coger), para análise da relevância da desproporção patrimonial, podendo, ainda no âmbito da subfase investigativa da fase de admissibilidade, se incluir a realização de sindicância patrimonial

Quase dois anos depois, a normatização interna sobre o tema sofreu alteração com a edição da Portaria RFB nº 11.311, de 27 de novembro de 2007, que expressamente revogou a Portaria SRF nº 73, de 2006, extinguindo a auditoria patrimonial e estabelecendo em seu lugar a procedimentalização que passou a ser chamada de investigação patrimonial. Este novo procedimento, embora de natureza similar à extinta auditoria patrimonial, apresentou algumas diferenças de rito, promovendo ajustes e evolução na metodologia. De mais relevante, destaque-se que, melhor atendendo ao princípio da autonomia das instâncias disciplinar e fiscal, deixou de prever o trabalho conjunto com a Cofis na definição dos parâmetros e o envio do resultado dos primeiros trabalhos investigativos à SRRF ou à Cofis.

A investigação patrimonial era definida pela Portaria Coger nº 11, de 21 de fevereiro de 2008, ao lado da sindicância patrimonial, como os dois procedimentos formais então à disposição do sistema correcional para analisar a situação patrimonial do quadro de servidores.

O rito da investigação patrimonial foi originalmente traçado em linhas gerais na Portaria RFB nº 11.311, de 2007, e inicialmente regulamentado pela Portaria Coger nº 124, de 29 de novembro de 2007, revogada pela Portaria Coger nº 52, de 19 de agosto de 2010, que implantou algumas mudanças procedimentais. Informalmente, estes dois contextos jurídicos diferentes da investigação patrimonial passaram a ser conhecidos como “1º ciclo” e “2º ciclo”. Em conjunto, estas normas definiram a investigação patrimonial como um procedimento não contraditório a ser aplicado de forma periódica e sistemática, indistintamente, em todos os servidores da RFB, com base em critérios gerais e objetivos e em parâmetros técnicos e impessoais definidos pelo Corregedor e empregados primeiramente com o fim de identificar indícios de enriquecimento ilícito à vista da evolução patrimonial de todo o quadro funcional e, englobando ainda, nos casos em que se justificasse, a posterior investigação propriamente dita individualizada sobre os servidores selecionados.

Então, a investigação patrimonial, nestes seus dois primeiros ciclos, abarcava em um único procedimento e, por conseguinte, sob aquela única denominação, tanto o trabalho geral e impessoal de submeter todo o quadro funcional de servidores aos critérios e parâmetros reveladores de suposto enriquecimento ilícito quanto o trabalho posterior de individualmente aprofundar a investigação especificamente sobre os servidores selecionados.

Da mesma forma que na auditoria patrimonial, à época da implantação deste instituto e nos termos da Portaria Coger nº 124, de 2007, no 1º ciclo, enquanto a seleção dos servidores a serem investigados, com base naqueles critérios e parâmetros, concentrou-se na Coger, a designação de equipes de servidores para realizarem a segunda parte (individualizada) das investigações patrimoniais sobre os servidores selecionados inicialmente incumbia à autoridade que era competente para instauração do possível processo disciplinar (ou seja, como já mencionado acima, em geral o respectivo Chefe de Escor ou excepcionalmente o Corregedor, dependendo do investigado). Posteriormente, com a edição da Portaria Coger nº 52, de 2010, no 2º ciclo, passou a ser incumbência do Corregedor designar Equipe Nacional de Investigação Patrimonial, formada por servidores indicados pelos Chefes de Escor, para auxiliar na seleção e para executar, em duplas e sob coordenação da Divisão de Investigação Disciplinar (Divid), as investigações individualizadas sobre os servidores selecionados. Este segundo molde de regramento da investigação patrimonial, com a Equipe Nacional de Investigação Patrimonial, em comparação com a normatização original em sua implantação, centralizou as decisões iniciais e operou a evolução de buscar padronização dos trabalhos, diminuindo as diferenciações regionais, já que deixaram de importar as RFs de lotação tanto da dupla de integrantes quanto do investigado

À época da normatização original da investigação patrimonial, no 1º ciclo, ao final do trabalho investigativo individualizado sobre determinado servidor, a respectiva equipe deveria encaminhar o resultado da investigação à autoridade instauradora. Esta peça, *a priori*, deveria conter elementos suficientes para subsidiar o juízo de admissibilidade, com proposta de arquivamento do feito, em caso de inequívoca não confirmação dos indícios iniciais de enriquecimento ilícito, ou de instauração de processo disciplinar, diante de configuração de relevante desproporção patrimonial. Mas poderia haver ainda uma terceira hipótese intermediária, caso o resultado da investigação patrimonial não apresentasse elementos suficientes para concluir nem pela comprovação e nem tampouco pela inexistência dos indícios de enriquecimento ilícito, na qual cabia propor a extensão da subfase investigativa, com a realização de sindicância patrimonial.

No ordenamento vigente a partir do 2º ciclo, a sistemática praticamente se manteve, apenas se harmonizando com a centralização então operada, que fazia com que os integrantes da Equipe Nacional de Investigação Patrimonial encaminhassem o resultado da investigação individualizada sobre determinado servidor ao Corregedor, que repassava, em geral, ao respectivo Chefe de Escor da jurisdição ou, excepcionalmente, para a Divisão de Análise Correcional (Diaco), caso a decisão do juízo de admissibilidade recaísse nas suas hipóteses residuais de competência.

Como se percebe da descrição até então formulada, a investigação patrimonial, em seus 1º e 2º ciclos, guardava pontos comuns com a sindicância patrimonial definida para toda Administração Pública federal, sobretudo em termos de natureza investigativa e sigilosa do rito e em termos de poderes de instrução processual para investigação exclusivamente de indícios de suposto enriquecimento ilícito. Mas estes dois procedimentos diferiam diametralmente na forma de origem: enquanto a investigação patrimonial decorria de atuação sistemática e periódica sobre todo o quadro funcional da RFB e em sequência englobava o trabalho investigativo individualizado sobre os servidores selecionados, a sindicância patrimonial decorria de representação, denúncia ou notícia especificamente acerca de suposto descompasso patrimonial incompatível de determinado servidor. Assim, até o modelo empregado no 2º ciclo da investigação patrimonial, se poderia compreender que a investigação patrimonial e a sindicância patrimonial eram dois instrumentos estanques de que dispunha o sistema correcional da RFB, apenas de forma mutuamente complementar, sem relação de consecução, para apreciação patrimonial de seus servidores.

Posteriormente, com a criação da Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda

(Coger-MF), atual Corregedoria do Ministério da Economia (Coger-ME), mencionada em **2.1.2**, e com a edição da Portaria MF nº 492, de 2013, cujo art. 23 determinou a revogação de normas internas da RFB que versavam sobre matéria correcional, com a consequente supressão da competência normativa do então Secretário da Receita Federal do Brasil sobre o tema, conforme exposto em **2.2.2.1**, veio à tona todo um novo ordenamento acerca do controle patrimonial dos servidores não só da Pasta como do órgão específico, sendo que, no âmbito da Coger, ainda tramitavam procedimentos do 2º ciclo da investigação patrimonial, regulamentados à época pela Portaria Coger nº 52, de 2010.

Primeiramente, foi emitida a Portaria Coger-MF nº 26, de 2013, que, de relevante para o presente, concedeu à Coger, no seu art. 3º, competência para editar seus próprios atos regulamentadores do rito e das situações de transição que estavam em curso.

> *Portaria Coger-MF nº 26, de 2013 - Art. 3º A Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil no âmbito de sua competência, poderá editar atos normativos necessários ao cumprimento do disposto nesta Portaria, bem como dispor sobre as situações de transição decorrentes da revogação de atos normativos que tratam da matéria.*

Na sequência, com a revogação tácita da Portaria RFB nº 11.311, de 2007 (que instituiu a investigação patrimonial), à vista da competência normativa interna acima mencionada, a Coger editou a Portaria Coger nº 3, de 16 de janeiro de 2014, que passou a disciplinar a forma de conclusão dos procedimentos de investigação patrimonial que se encontravam em andamento na RFB à data da publicação desta Portaria Coger. Na prática, a Portaria Coger nº 3, de 2014, não operou grande inovação em relação à procedimentalização anterior, reportando que a equipe Nacional de Investigação Patrimonial tinha seus trabalhos coordenados pela Divid e seus integrantes designados pelo Chefe desta Divisão. Em termos de rito destas situações transientes do 2º ciclo, a Portaria Coger nº 3, de 2014, manteve a mesma procedimentalização que vinha vigendo desde a edição da Portaria Coger nº 52, de 2010.

As Portarias Coger nº 52, de 2010, e nº 3, de 2014, foram revogadas pela Portaria Coger nº 62, de 10 de outubro de 2014. Na prática, novamente, tratou-se de mais uma norma de regra transiente, disciplinando o andamento do 2º ciclo das investigações patrimoniais ainda não concluídas à data de edição desta Portaria Coger. Esta norma dissolveu a Equipe Nacional de Investigação Patrimonial, descentralizando as análises, ao remetê-las para o Escor competente para a sede admissibilidade.

Ao fim dos trabalhos investigativos encartados no 2º ciclo da investigação patrimonial, foi editada a já mencionada Portaria Coger nº 32, de 2016, estabelecendo uma nova instrumentalidade do procedimento de periódico e sistemático acompanhamento da evolução patrimonial do quadro de servidores para verificar indícios de enriquecimento ilícito. Regulamentando a previsão disposta no art. 1º da Portaria Coger-MF nº 26, de 2013, de que cabe ao sistema correcional proceder ao mencionado acompanhamento da evolução patrimonial, a Portaria Coger nº 32, de 2016, no parágrafo único do art. 2º e no art. 3º, inovou na instrumentalidade ao dispor que, após a submissão de todo o quadro funcional ao conjunto de critérios gerais e objetivos e de parâmetros técnicos e impessoais fixados pelo Corregedor, cabia à Divid selecionar os servidores com indícios de enriquecimento ilícito e que seriam submetidos à individual sindicância patrimonial, instaurada por aquela autoridade máxima do sistema. Informalmente, esta nova procedimentalização passou a ser chamada de 3º ciclo da investigação patrimonial.

Compreenda-se, portanto, que este ordenamento passou a limitar o conceito de investigação patrimonial ao procedimento de aplicação dos critérios e parâmetros sobre o quadro de servidores, à primeira e imediata triagem a cargo da Divid para afastar da incidência investigativa aqueles servidores flagrados com meras inconsistências de natureza

fiscal e à consequente seleção dos servidores com indícios de enriquecimento ilícito, objeto de informação disciplinar individualizada para o Corregedor, propondo exclusivamente para estes agentes o prosseguimento dos trabalhos. A partir deste marco temporal, o procedimento individualizado passou a ser encartado em rito de sindicância patrimonial subsequente, um para cada agente selecionado. Desta feita, no escopo jurídico e procedimental estabelecido pela Portaria Coger nº 32, de 2016, é correto afirmar que a investigação patrimonial, voltada de forma genérica e impessoal a todo quadro, redundava na instauração de algumas sindicâncias patrimoniais consecutivas, apenas para os servidores selecionados com indícios de enriquecimento ilícito.

Pode-se dizer, então, que, a partir do 3º ciclo, a investigação patrimonial promoveu a sindicância patrimonial a uma dupla possibilidade de emprego. Enquanto antes eram dois instrumentos que poderiam ser utilizados de forma simultânea e estanque para diferentes investigados, passaram a também poder ser empregados em consecução, sendo a sindicância patrimonial o aprofundamento individualizado da investigação após o procedimento genérico e impessoal voltado a todo quadro de servidores.

Ressalte-se também que o fato de a normatização introduzida pela Portaria Coger nº 32, de 2016, acerca do procedimento geral e impessoal da investigação patrimonial, ter atribuído ao Corregedor a instauração das sindicâncias patrimoniais propostas pela Divid em face dos servidores selecionados com indícios de enriquecimento ilícito, não tinha o condão de suprimir a competência que era concorrente dos Chefes de Escor para também instaurarem sindicâncias patrimoniais outras, em relação a outros servidores que porventura viessem ser objeto de denúncia, representação ou qualquer notícia pontual e individualizada de suposto enriquecimento ilícito ou ainda por iniciativa de ofício. E de outra forma não poderia ter sido, pois o parágrafo único do art. 2º da Portaria Coger-MF nº 25, de 29 de outubro de 2013, e o art. 2º da Portaria Coger nº 13, de 30 de janeiro de 2014 (ambas já revogadas), estabeleciam a competência concorrente, no âmbito de suas alçadas na RFB, para o Corregedor e para os Chefes de Escor instaurarem sindicância patrimonial de ofício ou diante de espécie de notícia de suposto enriquecimento ilícito.

A partir do marco temporal da criação do GNI, pela Portaria Coger nº 168, de 10 de junho de 2019, e da instituição da auditoria correcional, pela Portaria Coger nº 227, de 2019, alguns aspectos que caracterizavam o 3º ciclo da investigação patrimonial sofreram obrigatória alteração. Primeiramente, conforme já afirmado, sendo a investigação patrimonial uma espécie de auditoria correcional, sua execução teve de se amoldar aos comandos desta última norma, não sendo possível comportar nenhuma forma de apreciação individualizada. Ademais, nos termos da primeira norma, o Corregedor delegou aos Coordenadores do GNI a instauração de procedimentos investigativos, que passaram a ser executados exclusivamente por membros do Grupo, não sendo mais o procedimento investigativo sucessivo da investigação patrimonial instaurado por aquele titular do sistema correcional, mediante provocação da Divid. Aliás, pode-se dizer que o GNI praticamente encampou as competências da Divid, concentrando a execução de toda atividade de investigação disciplinar *lato sensu*, em que se incluem a análise preliminar patrimonial, a sindicância patrimonial e a investigação patrimonial.

O início do 4º ciclo de investigação patrimonial se deu por provocação da Coordenação do GNI ao Corregedor, para que autorizasse a elaboração do respectivo plano de trabalho (estudo dos critérios gerais e objetivos e dos parâmetros técnicos e impessoais a serem adotados e testagem da rotina informatizada), suprindo-se o comando do art. 2º da Portaria Coger nº 227, de 2019. Com a autorização do Corregedor, por despacho, o Coordenador do GNI designou, igualmente por despacho, comissão de investigação patrimonial, formada por membros do Grupo, para dar início aos estudos e testes de atualização e de aferição daqueles balizamentos indicadores de enriquecimento ilícito e da

automatização da consequente geração da lista de servidores selecionados.

Concluído o plano de trabalho deste ciclo, a comissão de investigação patrimonial o submeteu à Coordenação do GNI e à aprovação pelo Corregedor, atendendo ao comando do parágrafo único do art. 2º da Portaria Coger nº 32, de 2016. Uma vez aprovado o plano de trabalho, com os critérios e parâmetros exigidos, a comissão submeteu a base de dados fiscais do quadro funcional da RFB à rotina informatizada, obtendo então a lista ordenada decrescentemente dos servidores com maiores indícios detectados.

Reitere-se que, até este ponto, o que se tem é uma mera lista nominal gerada de forma automatizada pela rotina informatizada balizada por critérios e parâmetros marcados por absoluta impessoalidade. Mas é necessário reconhecer que nem mesmo a mais qualificada escolha de critérios e de parâmetros de emprego automatizável seria capaz de discernir, caso a caso, os descompassos patrimoniais decorrentes de supostas ilicitudes disciplinares daqueles que refletem desajustes ou confusões meramente fiscais. Diante da sensibilidade do tema - em que, uma vez deflagrada a atuação correcional sobre determinado servidor, há sempre uma forte parcela de invasividade e de mitigação de valores constitucionais como intimidade e privacidade -, é de se defender o emprego de algum crivo humano, em forma de triagem técnica, antes de se instaurar um procedimento investigativo capaz de posteriormente redundar em processo disciplinar.

No modelo que vigorou até o 3º ciclo, quando inexistia a definição legal de auditoria correcional dada pela Portaria Coger nº 227, de 2019, era possível, ato contínuo à submissão da base de dados fiscais do quadro funcional à rotina informatizada, ainda no escopo extenso do que se denominava investigação patrimonial à época, se fazer uma primeira avaliação cognitiva diferenciadora de ilícitos funcionais e de ilícitos fiscais. Mas, nos moldes assumidos a partir do 4º ciclo, sob égide da Portaria Coger nº 227, de 2019, não cabe nenhuma apreciação, valoração, ponderação ou análise humana no curso do que se chama investigação patrimonial que vise a diferenciar individualmente as situações de servidores selecionados. Isto não significa, de modo algum, que tal cognição não possa ser feita - deve sim ser feita; mas sim já no curso de um procedimento investigativo consecutivo.

Destaca-se pertinente, então, que, logo após a fria geração da lista ordenada de servidores ostentadores de indícios de enriquecimento ilícito pela rotina informatizada da investigação patrimonial, a comissão responsável por estes trabalhos automatizados elabore representações correcionais individualizadas em face de cada agente público selecionado e elabore também, por fim, relatório meramente descritivo, impessoal, não individualizado e não propositivo, apenas descrevendo faticamente como se deu a investigação patrimonial, todos dirigidos à Coordenação do GNI. Estas representações individualizadas devem descrever de forma detalhada os motivos pelos quais cada servidor foi selecionado na rotina informatizada, a fim de se prestarem como a primeira notícia acerca da investigação patrimonial a poder ser, adiante, disponibilizada para o investigado e, se for o caso, posteriormente acusado (com isto, dispensa-se qualquer necessidade de acesso das defesas a informações gerais e impessoais, de interesse apenas institucional e gerencial e não individual, até o momento de submissão da base de dados de todo corpo funcional aos critérios e parâmetros da “malha” objetiva e impessoal, preservando-se sua inteligência estratégica). À vista da definição bastante genérica, flexível, elástica e versátil apresentada para a análise preliminar em **2.5.3.2.1**, ato contínuo, o Coordenador deve apreciar o relatório e as representações correcionais e, caso concorde com seus teores (até é possível que o Coordenador de plano não concorde com uma representação e a arquive de imediato; mas esta não é a praxe), instaure uma análise preliminar patrimonial individualizada para cada servidor selecionado, designando servidor ou comissão (que pode ou não coincidir com membro(s) que participou(aram) da comissão original responsável pela execução da investigação patrimonial, a livre critério da Coordenação, sem gerar nulidade caso aproveite aqueles nomes).

Estas análises preliminares patrimoniais instauradas para cada servidor selecionado servem como o primeiro foro para exercício de cognição humana, em que se executa a necessária triagem, com técnica e com razoabilidade, daqueles dados frios e brutos saídos da rotina informatizada. Já superado o procedimento de investigação patrimonial (ou seja, de espécie de auditoria correcional definida na Portaria Coger nº 227, de 2019), agora sim, pode o sistema correcional se dedicar a análises individualizadas e a valorar de forma diferente o conjunto de informações da listagem advinda da "malha" eletrônica patrimonial, contemplando peculiaridade de cada caso, da forma como somente a inteligência humana é capaz de dinamizar. No âmbito de uma análise preliminar patrimonial em face de determinado agente selecionado, é perfeitamente aceitável que o servidor ou a comissão responsável pela condução entenda que os dados extraídos naquele ciclo da investigação patrimonial realmente indicam indícios de ilicitude disciplinar, sem prejuízo de, em outro procedimento investigativo de mesma natureza em face de outro agente selecionado, o mesmo servidor ou a mesma comissão porventura também responsável ou outro servidor ou outra comissão responsável pela condução entenda que os dados extraídos da investigação patrimonial indicam tão somente irregularidades de natureza fiscal. Esta triagem é absolutamente indispensável e se amolda às características e às potencialidades de análise preliminar, sem nenhuma ilegalidade. No âmbito das análises preliminares patrimoniais decorrentes da investigação patrimonial já não há vedação para a realização de cognições diferenciadas, em forma de triagem, para servidores em distintas situações patrimoniais.

Uma vez instauradas análises preliminares patrimoniais em decorrência do resultado frio da investigação patrimonial, aqueles procedimentos investigativos seguem seu rito ordinário. Em outras palavras, cada uma daquelas análises preliminares patrimoniais segue tudo o que se descreveu em **2.5.3.2.1** e, ao seu final, o servidor ou a comissão responsável por sua condução deve elaborar relatório fático, dirigido à Coordenação do GNI, propondo, caso tenha logrado esgotar as pesquisas e ferramentas de investigação necessárias e formar convicção no prazo de 180 dias, o arquivamento do feito ou a instauração de processo disciplinar; ou, caso não tenha logrado esgotar as pesquisas e ferramentas de investigação necessárias e formar convicção, seja por entender necessária a conversão em rito mais específico, seja por mero transcurso do prazo de 180 dias, propondo a conversão em sindicância patrimonial. Acrescente-se ainda a possibilidade de o servidor ou da comissão responsável pelas análises preliminares patrimoniais, caso detectem indícios de ilicitudes disciplinares de natureza funcional ou de ilicitudes fiscais, elaborar representações correcional ou fiscal à Coordenação do GNI, para, respectivamente, ser inaugurada nova fase de admissibilidade no âmbito do Grupo ou ser remetida à competente autoridade fiscal.

Por fim, antecipe-se que não cabe eventual alegação de servidor em razão de ser patrimonialmente investigado em anos-calendários anteriores à edição do respectivo ordenamento infralegal ou interno de regência da procedimentalização.

Não há de se ter dúvida que, sob ótica do Direito material, já vige no ordenamento pátrio a imposição para que a Administração acompanhe a situação patrimonial de seus servidores desde, no mínimo, a edição da Lei nº 8.429, de 1992. A rigor, no mínimo, desde esta época, compete à Administração verificar e processar eventuais desproporções patrimoniais. Qualquer normativo aqui mencionado, bem como quaisquer outras normas infralegais que já tenham vigido ou que ainda venham a viger, tão somente traçam o rito instrumental de como o dispositivo da Lei material deve ser procedimentalizado. Por óbvio, a procedimentalização somente pode ser feita, de acordo com o rito estabelecido, a partir da vigência da edição da norma que a instituiu; mas isto em nada se confunde com o espectro material sobre o qual pode se projetar, preteritamente no tempo, aquela forma de se procedimentalizar as investigações.

Em outras palavras, há inequívoco amparo legal (materialmente, no art. 13 da Lei nº

8.429, de 1992) para que, após o ano de 2005, por meio de sindicância patrimonial, se analise o patrimônio de um servidor em anos anteriores ou posteriores àquele de edição do Decreto nº 5.483, de 2005 e para que, após o ano de 2020, por meio de análise preliminar patrimonial ou de sindicância patrimonial, se analise o patrimônio de um servidor em anos anteriores ou posteriores àquele de edição do Decreto nº 10.571, de 2020; analogamente, o mesmo se aplica para que, após o ano de 2016, por meio de análise preliminar patrimonial ou de sindicância patrimonial, se acompanhe o patrimônio de servidor em anos anteriores ou posteriores àquele da edição da Portaria Coger nº 32, de 2016.

2.5.3.2.5 - Especificidades da Investigação de Enriquecimento Ilícito e Seus Métodos de Detecção

Em razão das fortes peculiaridades materiais do enquadramento de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito por descompasso patrimonial, expresso no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com a leitura que se extrai do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a procedimentalização da subfase investigativa da fase de admissibilidade para este tipo de conduta merece detalhamento à parte.

Antes, informe-se que, inserida em um longo trecho deste texto em que se apresentam os enquadramentos dos arts. 116, 117 e 132, todos da Lei nº 8.112, de 1990, no contexto da indiciação no processo disciplinar, a materialidade propriamente dita deste enquadramento tem descrição e interpretação de sua literalidade em **4.7.4.4.3**, a cuja leitura complementar se remete.

Enquanto a maioria dos enquadramentos estatutários (até mesmo dentre os demissíveis) comporta uma abrangência genérica de uma miríade de condutas humanas cabíveis em suas amplas definições, de forma a impossibilitar a elaboração de métodos prévios de aferição, para cada um, na fase de admissibilidade e de comprovação no processo disciplinar, o enquadramento específico em tela se amolda a uma fatispécie concreta bem delineada em um rol restrito e discreto de condutas e que nem sequer varia em função do cargo ocupado, do tipo de atribuição ou da atividade funcional desempenhada pelo servidor.

Assim, a detecção deste enquadramento ao mesmo tempo permite e requer um conjunto de provas de menor elasticidade em termos de seus meios (basicamente, se atém a provas documentais, ao resultado de pesquisas e à organização metódica dos dados levantados em uma espécie de modelação numérica) e que são menos dependentes de atuação humana no momento de sua coleta, como são, por exemplo, as provas orais. Esta característica do enquadramento confere uma certa previsibilidade na forma de condução dos trabalhos já desde a subfase investigativa de fase de admissibilidade no âmbito do Grupo Nacional de Investigação (GNI) e até ainda mais na sua apuração definitiva adiante, no processo disciplinar, quando os trabalhos já chegam mais aprofundados. Diferentemente da maioria dos enquadramentos, o sentido mais restrito da conduta humana em tela ajuda o aplicador do Direito a, ao menos, tentar, para facilitação de seu próprio trabalho, estabelecer uma espécie de modelação da fase inicial do enfrentamento de alguma notícia de suposto enriquecimento ilícito e, ainda melhor, na sequência do trato ainda investigativo daquela provocação, permite a elaboração de métodos de detecção do enriquecimento ilícito.

Mas, antes de se adentrar no detalhamento técnico dos métodos de detecção de enriquecimento ilícito, convém abordar primeiramente o que acima se chamou de modelação da fase inicial de trabalho. Justamente por ser inicial, é mais difícil rascunhar de forma definitiva uma roteirização dos primeiros passos frentes a uma notícia de suposto enriquecimento ilícito. Neste momento inaugural, ainda se abre um leque muito extenso de possibilidades fáticas e jurídicas e de caminhos a se trilhar na investigação. Ainda assim, é

possível tentar colaborar, nos limites da adequação dentro deste texto (que nem de perto se presta a ser um manual procedimental de investigação sobre o tema patrimonial), apresentando incipientes sugestões dos atos que podem instruir a instrumentalização, como reflexos da experiência de aprimoramento do tema no sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). Se já se reconhece que o esforço não passa de sugestão, não há que falar de nenhum feito ou sequer de intenção em impor um engessamento na condução e na instrução dos procedimentos investigativos. Reitera-se que não é vocação deste texto ser manual específico sobre instrumentalidade de análise patrimonial, de forma que o esforço descritivo a seguir se resume em apenas apresentar um possível exemplo - dentre tantos - de modelação da instrução, que em nada vincula todos os casos reais e não necessariamente os reflete.

Como regra geral, chegando ao conhecimento do sistema correcional notícia individualizada (que tanto pode ser uma denúncia apresentada por particular ou uma representação formulada por um servidor qualquer ou por uma autoridade de outro órgão de controle de qualquer esfera de Poder ou até mesmo por um servidor do próprio sistema correcional) de suposto enriquecimento ilícito envolvendo determinado servidor, o procedimento padrão para se formalizar a investigação é a análise preliminar, prevista no § 1º do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 10 de junho de 2019, e no art. 2º da Portaria Coger nº 4, de 9 de janeiro de 2020, e que, na praxe interna do GNI, possui o desdobramento específico em análise patrimonial patrimonial (em oposição à análise patrimonial funcional, para os demais ilícitos de natureza não patrimonial), conforme já abordado em **2.5.3.2.1**. De certa forma, a análise preliminar é a "porta de entrada" para qualquer notícia de suposta ilicitude de qualquer natureza, patrimonial ou não, por ser o rito mais abrangente, versátil, flexível e informal.

Sem publicidade instauradora, sem obrigatoriedade (e também sem vedação) de trazer o servidor a se manifestar e a ter ciência da investigação e sem rito prévio determinado (portanto, sendo sigilosa, inquisitorial e discricionária), mas limitada ao prazo de 180 dias (conforme o § 5º do art. 2º da Portaria Coger nº 4, de 2020), após o qual deve ser convertida em outro procedimento investigativo (sindicância patrimonial, no caso), no caso específico de provocação que chega ao sistema correcional noticiando suposto enriquecimento ilícito, a análise preliminar se mostra especialmente bastante adequada e hábil para céleres investigações decorrentes de denúncias ou representações mais superficiais e genéricas. Sendo o mais informal dos procedimentos investigativos, à vista de uma notícia inicialmente tênue mas não de pronto descartável (sob ótica investigativa, quer dizer, não de pronto remetida para o Grupo Nacional de Pareceristas - GNP sem nenhum trabalho de investigação) de suposto enriquecimento ilícito, a opção de instaurar análise preliminar patrimonial se amolda inclusive à necessária postura cautelosa e econômica com que deve se mover o sistema correcional, bilateralmente falando (tanto de seus próprios esforços a serem dispendidos quanto de incisividade contra o investigado).

Neste rumo, cabe ao servidor ou à comissão designada no âmbito do GNI para conduzir a análise preliminar patrimonial de imediato manejar os elementos trazidos na notícia e obtemperá-los com todas as informações possíveis de levantar em pesquisas e diligências de pronta realização e a seu alcance, com vistas a elaborar, a partir daí, um trabalho seu, interno, cognitivo, na busca do primeiro e mais incipiente entendimento acerca da existência, ou não, de indícios daquele enriquecimento ilícito noticiado. Trata-se aqui de uma preliminar verificação da mínima plausibilidade da notícia, ainda que em um grau apenas depurativo do conteúdo fático-material e apenas qualitativo da valoração. A mero título ilustrativo, além de se buscar aquilatar a plausibilidade dos indícios gerais noticiados de algum tipo de descompasso patrimonial, mencionem-se ainda a verificação superficial se há evolução patrimonial elevada, movimentação financeira destoante, gastos exorbitantes com cartões de crédito, aquisições de bens ou realização de despesas de relevante monta, dentre

outros.

A necessidade deste crivo inicial acerca da existência de mínimos conectivos lógicos da notícia individualizada de suposto enriquecimento ilícito é óbvia, pois, para dar prosseguimento já em um patamar mais incisivo de sua atuação, não basta à corregedoria apenas receber uma denúncia ou uma representação, independentemente da credibilidade inicial de sua origem, visto que esta notícia pode ser materialmente infundada ou juridicamente pouco relevante para mover a instância correcional, avaliações que somente se obtêm após aquela necessária cognição humana. Desde o início de toda esta abordagem, faz sentido destacar a importância seletiva, em termos patrimoniais, do parâmetro relevância, que diretamente se associa ao termo “enriquecimento”. Toda a aplicação do presente arcabouço jurídico tem como pré-requisito uma percepção, ainda que empírica e ainda que ajustável à realidade concreta caso a caso, de que a imputação de enriquecimento requer relevância de valor.

Salvo raras exceções (às quais aqui nem se dedica, de tão excepcionais) em que a notícia já chega ao sistema correcional completa, perfeita e exaustivamente instruída com todas as provas indiciárias do descompasso patrimonial, a regra é que este termo inaugural em si não é, desde já e de imediato, o elemento suscitador da convicção preliminar de ilicitude.

Podendo ser a análise preliminar patrimonial um dos procedimentos empregados no curso da subfase investigativa dentro da fase de admissibilidade diante de uma notícia individualizada de suposto enriquecimento ilícito, não é de se perder de vista as peculiaridades procedimentais e estratégicas exclusivas desta fase inquisitorial, discricionária e sigilosa. Para este momento processual (com natureza quase antagônica à do processo disciplinar), quando aqui se menciona necessidade de se ter uma cognição de parte do servidor ou da comissão responsável pelo procedimento acerca de se confirmar, ou não, a existência de indícios de descompasso patrimonial, não se confunda com obrigatoriedade de estes elementos incipientes de rascunho de formação de convicção terem de estar, desde o início, organizados, concatenados e formalmente autuados. Não faz parte da praxe estratégica da fase de admissibilidade (sobretudo da sua subfase investigativa e ainda mais na análise preliminar), muito marcada pela ausência de formalismo, a obrigatória concatenação - natural no consequente processo disciplinar - de externar motivação, produzir elementos e de imediato autuá-los no processo. No sentido fortemente estrito do termo “cognição”, nesta subfase, a construção intelectual humana - embora amparada em elementos documentados de pesquisas e provas produzidas mas em geral mantidos à margem do processo - pode estar preservada ainda em um estágio abstrato e interno (não externalizado em termo processual) da inteligência de quem conduz o procedimento.

Em um extremo, caso a primeira depuração qualitativa do servidor ou da comissão condutora da análise preliminar patrimonial prontamente indique, dentro do prazo limite de 180 dias, a inexistência de indícios de materialidade (como, a mero título de exemplo, nem sequer há bens, despesas ou depósitos a suscitarem suspeitas) ou de autoria (também a mero título de exemplo, nem sequer existe o denunciado ou o representado ou ele nem é servidor) ou não verifique incompatibilidade patrimonial (ainda exemplificando, em rápida apreciação, logo se afasta a plausibilidade de descompasso patrimonial), obviamente sua perfeita cognição será de, após seletivamente autuar somente o que for relevante, motivadamente, relatar para a autoridade designante propondo o encaminhamento do feito com vistas ao seu arquivamento, encerrando-se a subfase investigativa.

Mas, caso esta incipiente apreciação não afaste de forma imediata a possibilidade dos indícios de materialidade e de autoria do suposto enriquecimento ilícito, a análise preliminar patrimonial deve avançar, com o aprofundamento das diligências *lato sensu* e pesquisas ao alcance do servidor ou da comissão responsável. Ao final deste trabalho mais depurado, em síntese, duas possibilidades se apresentam.

No outro extremo em relação àquela imediata conclusão pelo arquivamento do feito, se a livre convicção, obtida dentro do prazo limite de 180 dias, é no sentido contrário, identificando robustos indícios de materialidade e de autoria de incompatibilidade patrimonial, coerentemente com esta sua cognição interna e com os elementos que a amparam, o servidor ou a comissão designada para conduzir a análise preliminar patrimonial não terá outro caminho a não ser, após autuar os elementos relevantes, motivadamente, relatar para a autoridade designante, propondo o encaminhamento do feito com vistas à instauração de processo disciplinar, encerrando-se a subfase investigativa. Os indícios levantados, por sua robustez, são capazes de provocar o poder-dever da autoridade instauradora a deflagrar o processo disciplinar.

E, em uma configuração intermediária, se o servidor ou a comissão responsável pela análise preliminar patrimonial entende presentes razoáveis indícios de materialidade e de autoria de enriquecimento ilícito (e a adjetivação de "razoáveis" serve para diferenciar estes indícios de meras ilações superficiais e levianas, seja da parte de quem denunciou ou representou, seja da parte de quem conduz o rito) mas não tão inequívocos e impactantes a ponto de já propor a instauração de processo disciplinar, cabe-lhe, após autuar os elementos relevantes, relatar à autoridade designante do GNI, propondo a conversão daquele primeiro procedimento em sindicância patrimonial, para que se aprofundem as investigações de viés patrimonial. E exige-se a mesma providência quando o servidor ou a comissão responsável pela análise preliminar patrimonial não logra concluir seu trabalho dentro do prazo limite de 180 dias. A sindicância patrimonial tem previsão específica e exclusiva para o tema patrimonial nos arts. 13 e 14 do Decreto nº 10.571, de 9 de dezembro de 2020, nos arts. 23 a 29 da Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, e no inciso V do art. 3º da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, e é regulamentado pelo art. 4º da Portaria Coger nº 4, de 2020.

Na verdade, neste mesmo ponto, de instauração do procedimento de sindicância patrimonial dentro da subfase investigativa da fase de admissibilidade, situa-se não só a hipótese acima traçada, de conversão de análise preliminar patrimonial, mas ainda também convergem duas outras hipóteses (em que uma não passa por aquele prévio procedimento investigativo e a outra passa).

Pode-se cogitar de imediata e autônoma deflagração, pelo GNI, de sindicância patrimonial quando se tem notícia individualizada de suposto enriquecimento ilícito já bem instruída por indícios razoáveis, podendo-se dispensar o rito prévio da análise preliminar. Diante da maior plausibilidade da denúncia ou da representação, já se pode ter como de plano superada a parcela salutar de cautela que justificaria a deflagração deste procedimento mais informal e genérico, cujos atos inaugurais se limitariam àquele crivo bastante incipiente do teor noticiado, agora totalmente dispensáveis, avançando-se diretamente para a sindicância patrimonial.

E igualmente também pode se cogitar de instauração de sindicância patrimonial quando o conhecimento do fato advém do procedimento denominado investigação patrimonial, de periódico e sistemático acompanhamento da evolução do patrimônio do quadro de servidores da RFB, nos termos do § 2º do art. 1º da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, que dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da RFB, e da Portaria Coger nº 32, de 26 de abril de 2016, e do art. 1º da Portaria Coger-MF nº 26, de 30 de outubro de 2013, que regulamentam a prerrogativa concedida no art. 8º da Portaria MF nº 492, de 2013.

Neste caso, conforme já exposto em **2.5.3.2.4**, a notícia inicial é o primeiro resultado advindo da submissão de toda base de dados fiscais do corpo funcional, constante dos sistemas internos da RFB, a critérios gerais e objetivos e a parâmetros técnicos e impessoais indicadores de suposto enriquecimento ilícito. De imediato, a rotina eletrônica é programada

para apresentar como resultado uma lista discreta com os nomes de alguns servidores cujos indícios de suposto enriquecimento ilícito despontam à vista do procedimento rodado indistintamente para todo quadro funcional. Em simetria com o que se descreveu quando a ocorrência já se inicia em análise preliminar patrimonial, aqui também se faz necessário um primeiro crivo desta listagem advinda da "malha" eletrônica patrimonial, pois não basta ter o frio rol de nomes decorrente da mera submissão dos dados patrimoniais de todo corpo funcional a critérios e parâmetros, pois, por melhor que tenham sido elaborados, estes balizamentos podem, em primeiro momento, não possuir a capacidade que só a cognição humana consegue para diferenciar o que seja patrimonialmente relevante de meras confusões fiscais. É indispensável uma primeira intervenção humana cognitiva, a fim de, apreciando e valorando cada situação individual, depurar a aquela lista para que restem tão somente aqueles servidores selecionados em razão de efetivamente apresentarem indícios de enriquecimento ilícito. Só que esta cognição humana individualizada não se harmoniza com a natureza impessoal da investigação patrimonial (espécie que é do gênero auditoria correcional, definido na Portaria Coger nº 227, de 30 de novembro de 2019). Daí porque a comissão responsável pela execução da investigação patrimonial deve elaborar representações correcionais em face de cada servidor selecionado, a fim que a Coordenação do GNI instaure análises preliminares patrimoniais individuais, como foro inicial para a primeira cognição humana já fora do escopo do procedimento de auditoria correcional em gênero. Estas representações individualizadas devem descrever de forma detalhada os motivos pelos quais cada servidor foi selecionado na rotina informatizada, a fim de se prestarem como a primeira notícia acerca da investigação patrimonial a poder ser, adiante, disponibilizada para o investigado e, se for o caso, posteriormente acusado. Aqui, o relato circularmente volta ao que se descreveu acima, quando se reportou à análise preliminar patrimonial ordinariamente surgida de uma notícia individualizada. A análise preliminar patrimonial decorrente de investigação patrimonial, além de poder propor arquivamento em virtude de detecção de meras irregularidades fiscais, também pode prosseguir até propor a instauração de processo disciplinar ou o arquivamento do feito ou propor a conversão em sindicância patrimonial.

Do relato acima exposto para a análise preliminar patrimonial, reproduzem-se para a sindicância patrimonial a natureza investigativa do rito, ou seja, as características sigilosa, inquisitorial e discricionária, e o fato de ser marcada pelo formalismo moderado, que também lhe permite a dispensa de motivação dos atos e a autuação postergada e seletiva dos elementos relevantes na formação da cognição da comissão sindicante. Também guardam similaridades as únicas duas conclusões possíveis ao fim da sindicância patrimonial, após terem sido seletivamente autuados apenas os elementos relevantes, em relatórios da comissão sindicante, motivadamente propondo o cabível encaminhamento do feito. Caso não se concretizem os indícios de materialidade e de autoria que foram suficientes para deflagrar a instauração do procedimento, deverá o colegiado relatar para a autoridade designante a favor do arquivamento do feito. No outro extremo, caso os indícios inaugurais restem robustos ao final do rito, assumem o condão de provocar o poder-dever da autoridade instauradora, devendo o colegiado relatar a favor da instauração de processo disciplinar, onde, diante de comissão de inquérito, se discutirá juridicamente, em rito contraditório, a configuração ou não do enriquecimento ilícito. Como diferença instrumental, enquanto a análise preliminar patrimonial tem prazo limite de 180 dias, a sindicância patrimonial comporta sucessivas prorrogações e designações de novas comissões, por quantas vezes forem necessárias.

Mas, ainda que também seja um procedimento investigativo, é certo que a sindicância patrimonial é um rito mais formalizado que a análise preliminar patrimonial, até porque se trata de instrumentalidade especializada para uma materialidade de forte impacto social e que, caso posteriormente comprovada, faz merecer pena expulsiva sob a onerosa mácula da improbidade administrativa e, certamente por isto mesmo, possui previsão em norma de maior relevância, como o Decreto nº 10.571, de 2020. A normatização que disciplina a sindicância

patrimonial, refletindo esta maior gravidade do tema, se não chega ao ponto de lhe impor um restrito devido processo legal, ao menos prevê alguns atos instrucionais. Neste rumo, quando o servidor ou a comissão designada para conduzir uma análise preliminar patrimonial cogita de intimar o investigado a se manifestar e/ou a apresentar documentos, embora não seja vedado fazê-lo neste rito mais simples (para as análises preliminares em geral, sejam funcionais, sejam patrimoniais, o inciso II do § 3º do art. 2º da Portaria Coger nº 4, de 2020, a solicitação de manifestação oral ou escrita do investigado), a recomendação de ordem prática no âmbito do sistema correcional da RFB é que relate à autoridade designante, propondo-lhe a conversão em sindicância patrimonial. De forma similar, mas agora não como recomendação mas sim com base normativa, se o agente condutor de análise preliminar patrimonial necessita intimar o investigado a autorizar o acesso a seus dados protegidos por sigilo bancário e/ou, talvez em consequência, se necessita provocar a postulação neste sentido da Advocacia-Geral da União (AGU), deve relatar à autoridade designante, propondo-lhe a conversão em sindicância patrimonial, pois este tipo de prova sensível, em que se afasta garantia constitucional fundamental individual de seu direito à preservação da intimidade, não se coaduna com aquele rito mais genérico. Neste ponto, o já citado § 3º do art. 2º da Portaria Coger nº 4, de 2020, não prevê afastamento de sigilos no curso de análise preliminar, enquanto o inciso IV do § 6º do seu art. 4º o prevê para sindicância patrimonial.

Na descrição da instrumentalidade da subfase investigativa da fase de admissibilidade de um caso patrimonial, chega-se então a um ponto relevante, que é a possibilidade de ser necessário o agente condutor do procedimento intimar o investigado, seja para se manifestar, de alguma forma, sobre a evolução de seu patrimônio, seja para abrir mão de seu sigilo bancário. E este é um momento sensível na condução do procedimento investigativo, pois, a partir daí, provavelmente, o trabalho que vinha sendo executado de forma inquisitorial passará a ter a participação do investigado. Na primeira hipótese, conforme afirmado acima, embora não haja vedação para fazê-lo no âmbito de análise preliminar (ao contrário, o inciso II do § 3º do art. 2º da Portaria Coger nº 4, de 2020, prevê esta tomada de manifestação oral ou escrita do servidor; só que deve se ressaltar que, não obstante a possibilidade acima defendida de emprego do rito para casos patrimoniais, é inegável que a instituição da análise preliminar aprioristicamente vocaciona-se mais para os ilícitos de natureza meramente funcional, não tendo sido a teleologia precípua daquele comando normativo instruir este procedimento mais simples para a especificidade patrimonial), convém e é de fato mais provável que aqui esteja se tratando de sindicância patrimonial. E, mais especificamente, se for o caso de necessidade de afastamento da cláusula de sigilo bancário, o ordenamento impõe mesmo que se trate de sindicância patrimonial, à vista do inciso IV do § 6º e do § 7º do art. 4º da Portaria Coger nº 4, de 2020.

Por qualquer dos três motivos em síntese de instauração de sindicância patrimonial (conversão de análise preliminar patrimonial deflagrada por notícia individualizada ou provocação já de imediato por notícia individualizada calcada em razoáveis indícios de materialidade e de autoria ou conversão de análise preliminar patrimonial deflagrada para primeira cognição após seleção do investigado em procedimento de investigação preliminar), eis que a comissão sindicante entende necessário intimar o servidor a se manifestar (e, possivelmente, a apresentar documentos e a autorizar o afastamento do seu sigilo bancário). Ou ainda, excepcionalmente, o agente condutor da análise preliminar patrimonial entende necessário intimar o servidor a se manifestar (e possivelmente, a apresentar documentos).

Não se perca de vista jamais: aqui se está em procedimento investigativo, na subfase investigativa da fase de admissibilidade, em rito inquisitorial, onde não cabe afirmar a cabal comprovação da materialidade e da autoria do enriquecimento ilícito (estágio processual a que se chegará, se for o caso, somente muito mais adiante, ao fim da fase de instrução probatória no processo disciplinar, sob manto contraditório, quando - e se - a comissão de inquérito formalizar acusação em face do servidor, por meio da indiciação). Até por mera lógica

temporal, não se fala ainda de acusação, formulada pela comissão sindicante, de existência de descompasso patrimonial, sustentada em prova submetida ao rito contraditório próprio do processo disciplinar, e, consequentemente, de autorização para formulação de presunção relativa, afastável e *juris tantum* de parte da Administração de que o investigado é ímprobo no exercício de seu cargo a fim de enriquecer ilicitamente e muito menos de inexistente inversão de ônus probante. Todo este debate terá cabimento no momento oportuno em que se afirmar - se for o caso - a comprovação de enriquecimento ilícito decorrente de um de seus métodos de demonstração, no curso do processo disciplinar, na dialética processual mantida com garantia de contraditório, conforme se abordará em **4.7.4.4.3**.

Por ora, a Administração dispõe apenas de razoáveis indícios de enriquecimento ilícito. Estes indícios razoáveis, se, por um lado, são necessários, por outro lado são desde já suficientes sim - reitere-se: mesmo não sendo ainda provas cabais - para autorizarem o Estado, como guardião dos interesses público-sociais em jogo, a impor ao agente sua obrigação de sempre prontamente ter condições de apresentar e justificar a licitude sua situação patrimonial.

O tema transita em área de absoluta segurança jurídica para o servidor ou para a comissão responsável pelo procedimento investigativo. Não se trata de, de forma discricionária, pessoal ou desarrazoada, retirar o investigado de sua zona de conforto e, do nada, aleatória, imotivada e injustificadamente, admoestá-lo a se explicar patrimonialmente. Como regra geral, salvo exceção abaixo mencionada, o motivo para a deflagração da provocação ao servidor não costuma ser precipitadamente apenas a notícia de suposto descompasso patrimonial que chega ao sistema correcional (independentemente se o conhecimento do fato adveio de denúncia ou de representação ou ainda do procedimento de periódico e sistemático de acompanhamento patrimonial do quadro de servidores), mas sim o reflexo de um trabalho cognitivo da Administração que transforme aquela notícia em indícios razoáveis de desproporção patrimonial de relevante valor.

Cabe relembrar que tal qualificação como razoáveis confere a estes indícios o respaldo de já terem superado, pelo menos, aquele primeiro crivo inicial e incipiente acerca de mínimos conectivos lógicos da notícia (da simples verificação fático-material do seu teor e da valoração ao menos qualitativa do seu montante), independente da origem interna ou externa e da natureza individual ou decorrente de malha ampla desta notícia. Ou seja, ao se chegar neste ponto de cogitar de intimar o investigado, em regra, já se fez o crivo da notícia individualizada ou já se fez o crivo da listagem eletronicamente gerada pela aplicação de parâmetros e critérios, já se tendo, em ambos os casos, uma primeira construção cognitiva humana por parte de quem conduz o procedimento. O elemento deflagrador do poder-dever estatal de intimar o servidor a justificar a licitude de sua situação patrimonial são os indícios razoáveis de descompasso compreendidos pela Administração, em consecução, após os crivos mínimos de plausibilidade aplicados sobre o teor inicial da notícia.

Cabe aqui um rápido parêntese: obviamente, se está buscando apresentar segurança para o integrante do sistema correcional provocar o servidor diante da possibilidade de o procedimento investigativo em curso lhe ser desfavorável, hipótese em que certamente o investigado buscará guerrear com todos argumentos possíveis, inclusive alegando invalidade de ser intimado a, apenas supostamente, fazer prova contra si mesmo e sob ônus probante invertido. Sequer vale gastar esforço aqui com a possibilidade de intimação em procedimento investigativo com presumida tendência favorável à proposta de arquivamento, em que muito provavelmente o próprio investigado assumirá postura colaborativa e não beligerante (nesta hipótese bem delineada, chega a ser possível até mesmo a incomum imediata intimação ao representado ou denunciado à vista tão somente da notícia, para que este já apresente o quanto antes as informações que se fazem presumir capazes de amparar a mais célere proposta do arquivamento).

Aliás, relembre-se: estando em curso procedimento investigativo, em que não há praxe (ou ao menos obrigação) de se autuar imediatamente todo e qualquer elemento produzido, ainda que a princípio - apenas - pareça ser antijurídico, muito provavelmente a decisão de intimar o investigado não está associada à prévia manifestação expressa nos autos de sua motivação. Não obstante, é certo que o livre entendimento de quem conduz o rito não é leviano ou arbitrário, pois se escora nos elementos até então verificados, só que não necessariamente autuados.

Fechado este curto parêntese de exceção, voltando ao curso comum, a simples existência de indícios razoáveis de materialidade e de autoria de suposto enriquecimento ilícito por parte de servidor é o justo motivo para que a Administração (aqui, como regra, pela comissão sindicante), sem qualquer supressão ou sequer mitigação de direito ou garantia fundamental individual de molde constitucional, se mova, quebre a salutar inércia em que repousa o tema, saia da situação de equilíbrio estático e venha a provocar aquele investigado ("provocar" tanto no sentido jurídico de intimar mas também no sentido coloquial de incomodar) a se manifestar. Aliás, visão não estreita ou míope sobre o tema compreende que a intimação possui a dupla face de também ofertar ao servidor, já desde o início, a possibilidade de justificar, contestar e esclarecer sua regularidade patrimonial - possibilidade esta, em forma de direito, que ao mesmo tempo em muito se mistura com o encargo e com a responsabilidade inerentes à sua qualidade de ser agente público.

Sempre pertine relembrar e destacar, à exaustão, que, desde a investidura no cargo, de um lado, não por acaso na mesma linha etimológica, o servidor é investido de prerrogativas e poderes para poder executar seu múnus público de forma impessoal e, de outro lado, em contrapartida, assume obrigações, deveres e responsabilidades estatutárias e se submete a um regime especial e diferenciado de controles e monitoramentos - éticos, morais, sociais e funcionais. A relação estatutária não é uma simples relação laboral, mas sim se insere em um rol de compromissos e de comprometimentos exclusivos, a que o agente, antes privado e agora público, espontânea e irretratavelmente se submeteu desde o momento em que assinou seu termo de posse, até que dê causa à vacância do cargo. Indubitavelmente, a assunção da relação laboral estatutária decorre da voluntária adesão por parte do agente, que, antes de fazê-lo, ponderou o conjunto de vantagens e de obrigações, e, diante da investidura efetiva mediante disputa em concurso público, pode-se inferir inclusive que se trata da eleição de um projeto de vida, pelo menos no que pertine a aspecto profissional. Não há, portanto, surpresas e menos sequer insegurança jurídica e menos ainda invasão de direitos e de garantias fundamentais individuais de molde constitucional ao vir a ser questionado sobre sua conduta funcional e sobre sua evolução patrimonial, a qualquer tempo, mesmo por fatos ocorridos e/ou já declarados há mais de cinco anos. A função pública é ininterruptamente condicionada a valores e princípios fortes como legalidade, hierarquia e moralidade. Dentre este rol, se destaca fortemente o clamor social pela regularidade patrimonial do agente público. Diferentemente da iniciativa privada, que premia a liberdade de ação, a aceitação voluntária da função pública impõe como natural ao servidor a consciência de poder ter seus atos e condutas sempre subjugados aos deveres e proibições estatutários, de sempre poder ser objeto de questionamentos, verificações, investigações ou apurações não só acerca de seu comprometimento, da sua produtividade e da qualidade de seu trabalho mas também acerca da sua idoneidade e da sua probidade, onde se inclui o controle patrimonial.

Acrescente-se que a leitura do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, deixa claro que o servidor, já desde a investidura no cargo, assume este comprometimento com a Administração, qual seja, não só de cuidar probamente da regularidade de sua situação patrimonial, como também prontamente responder, informar e instruir requisições oficiais neste sentido.

Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam

> *condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no Serviço de Pessoal competente.*
> *§ 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizados no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.*
> *§ 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.*
> *§ 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.*

Na esteira, de um lado, à Administração se confere o poder-dever de, a qualquer momento, já a partir da subfase investigativa da fase de admissibilidade, desde que motivadamente amparada em indícios razoáveis, trazer à tona o dever funcional especial e diferenciado de qualquer agente investido em função pública e o intime a se justificar patrimonialmente e, de outro lado, em complemento, recai sobre este a obrigação de dispor da comprovação da licitude de sua evolução patrimonial e sobretudo de ofertá-la. Dentro da esperada recíproca lealdade processual, não cabe, nem de um lado e nem do outro, meras ilações vazias. De se destacar que a doutrina, reiteradamente, ratifica este comprometimento especial que recai sobre o servidor, de ter de ser sempre responsável por prontamente justificar sua situação patrimonial.

> *"Trata-se de norma residual, pois sua finalidade é a punição do agente ímprobo contra o qual não se consiga apontar o ato ilícito original. Todavia, se o enriquecimento do servidor é lícito, para este não haverá dificuldade alguma para provar sua legitimidade, basta demonstrar de onde vieram os recursos financeiros usados na aquisição dos bens ou valores. Portanto, o ônus de provar a licitude, aqui cogitado, não acarreta prejuízo algum ao servidor probo e honesto." Marco Aurélio Oliveira Barbosa, "O Controle da Legitimidade do Enriquecimento dos Agentes Públicos", Escola de Administração Fazendária, 2009, disponível em: http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/CGU/4_concurso_monografia_2009/monografia_2_Lugar_Marco_Aurelio__Oliveira_Barbosa.pdf, acesso em 03/11/10*

> *"É razoável que sobre os agentes públicos pese esse encargo de comprovar a origem lícita de seu patrimônio. (...)*
> *Sendo assim, deve o servidor saber, desde o momento em que ingressa no serviço público (momento em que fará sua primeira declaração de bens), que a relevância e a responsabilidade de suas funções dele exigirão comportamento exemplar, assim como o ônus de, ao longo de sua vida funcional, demonstrar a licitude da eventual evolução de seu patrimônio. Deve ele saber que se presumirá obtido por meios ilícitos qualquer acréscimo patrimonial que não possa justificar de modo transparente. É o mínimo que se pode exigir de quem está investido numa função pública, zelando pelo interesse social e lidando com o patrimônio de toda a coletividade. Se todas as pessoas devem, em respeito à lei, formar seu patrimônio de forma lícita, com maior razão ainda o funcionário público, que além disso deverá estar sempre apto a demonstrar a regularidade da aquisição de seus bens. Se os acréscimos forem efetivamente lícitos, nenhuma dificuldade enfrentará o funcionário em fazê-lo" Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Antônio Herman de V. Benjamin, "A Inversão do Ônus da Prova na Lei de Improbidade Administrativa - Lei nº 8.429/92", tese aprovada no X Congresso Nacional do Ministério Público, contida em "Cadernos - Temas institucionais", pgs. 37 e 38, Editora APMP,*

1995

As construções doutrinárias acima foram propositalmente inseridas para suscitar duas percepções. A primeira percepção - óbvia, pois do contrário aqui não figurariam - é de que são ensinamentos doutrinários válidos, pertinentes e que reforçam, até onde cabível na citação apenas de trechos das obras, a linha de atuação da atividade correcional na RFB no tema patrimonial. Já a segunda percepção é de realçar um debate indispensável. Sobretudo o segundo texto parece dizer que incumbiria ao servidor, unilateralmente, o ônus da comprovação da licitude sua situação patrimonial e, uma vez incapaz de fazê-lo, já se aperfeiçoariam os pré-requisitos jurídicos necessários e suficientes para a Administração considerar ter em mãos indícios robustos do suposto enriquecimento ilícito a ponto de provocar a instauração de processo disciplinar.

É de se ter refração a esta apressada construção e, claro, não é que o consta do ensinamento doutrinário e muito menos é o que pratica o sistema correcional na RFB. A peça acima apenas se debruçou sobre a possibilidade de o investigado comprovar, ou não, a sua licitude patrimonial, não tendo se interessado, ao menos no trecho reproduzido, em adentrar nas inafastáveis e inescusáveis tarefas a cargo do servidor ou da comissão designada para conduzir o procedimento investigativo.

A ideia de que cabe ao investigado provar a origem lícita de seu patrimônio se amolda perfeitamente aos comandos do supracitado art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992. Todavia, em nada se confunde com precipitada e injustificada conclusão de que a insuficiência ou até mesmo a ausência de comprovação, por si só, autorizaria e significaria que o servidor ou comissão responsável queimasse etapas, se desonerasse de suas incumbências de ofício, nada mais fizesse ou buscasse esclarecer e já passasse a tratar os indícios até então apenas razoáveis de enriquecimento ilícito com elevado patamar de robustez a ponto de proceder a seu relatório propositivo de instauração de processo disciplinar.

É preciso então conciliar o que se afirmou acima como um dever estatutário com a possibilidade plausível de vir a ser descumprido pelo agente público, ou seja, de este frustrar a intimação e se quedar negligente ou até mesmo inerte com a pretendida resposta, fazendo-a de forma insatisfatória ou sequer a fazendo e ainda assim não sofrer inequivocamente um gravame em sua situação, e também, ao mesmo tempo, harmonizar com as obrigações que recaem sobre a Administração neste momento procedimental. Em síntese: impõe-se ao agente estatutário um dever, que até pode vir a ser descumprido, sem que isto lhe imponha um ônus imediato, líquido e certo apenas por esta omissão, e tampouco sem que isto desonere a Administração de suas incumbências de ofício.

Pode-se aqui estar sim em um terreno complexo, mas não contraditório. Não raro, o Direito elabora deveres mas, pelas mais diversas razões e construções, não impõe sanção a seu descumprimento.

Aqui, de um lado, há o poder-dever estatal de intimar seu agente a fazer algo (prestar informações e trazer documentos hábeis a elucidar sua situação patrimonial). Coerentemente, se se trata de intimação, é porque é um dever que o Estado tem competência para impor e que seu agente tem apriorística obrigação de cumprir. Todavia, o investigado pode não ter mesmo os documentos requisitados ou até tê-los e estrategicamente eleger mais conveniente para si total ou parcialmente não entregá-los. Tão somente de assim expor já se trazem à tona dois preceitos constitucionais, erigidos ao patamar de direitos e garantias fundamentais individuais, de que ninguém é obrigado a fazer prova que considere ser contrária a si mesmo e a seus interesses e de se autoincriminará e de que até mesmo o silêncio se amolda como válido na livre amplitude de defesa, nos termos decorrentes dos incisos LV e LXIII do art. 5º da Constituição Federal (CF).

Ademais, cabe também empregar preceitos do Direito Penal. Sabe-se que há condutas

humanas que, embora objetivamente previstas na lei penal como crime e que tenham sido subjetivamente cometidas com dolo, sendo, portanto típicas, ainda assim podem não alcançar o patamar da repugnância social ao crime por não terem o componente da antijuridicidade, se tiverem sido cometidas sob alguma das quatro excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), que são estado de necessidade, legítima defesa, cumprimento de dever legal e exercício regular de direito, mencionados em **4.6.2.2**. A conduta humana possui tipicidade, ou seja, perfaz o primeiro requisito da definição criminal, mas não aperfeiçoa o aspecto material da ilicitude porque lhe falta o segundo componente, que é o caráter antijurídico, de afrontar o Direito.

> *CP - Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*
> *I - em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *II - em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *IIII - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Aqui interessa apenas a excludente de ilicitude prevista na parte final do inciso III do art. 23 do CP, qual seja, o exercício regular de um direito. O ordenamento, em sua visão macro e sistemática, comporta coerência. Pode haver um determinado dever ou uma determinada proibição cujo descumprimento ou infringência, em específica situação, se dá sob o pálio do exercício regular de algum direito. Ora, se o ordenamento prosseguisse com a imputação daquele dever ou daquela proibição e previsse sanção a seu descumprimento ou a sua infringência, cairia em incoerência, uma vez que exercer regularmente um direito não se amolda com ser conduta recriminável.

Assim, se de um lado, cabe indubitavelmente ao servidor ou à comissão responsável pelo procedimento investigativo intimar o investigado, impondo-lhe o dever de suprir informações que esclareçam sua situação patrimonial; de outro lado, é igualmente indubitável que este tem a seu favor garantias constitucionais e previsão penal de excludente de ilicitude quando elege o direito *lato sensu* de se calar e responder somente até os limites de sua conveniência estratégica ou sequer nada responder, no seu amplo exercício de defesa. Trata-se, portanto, de um dever legal anômalo, para cujo descumprimento a lei não permite sanção.

Como se não bastassem as instâncias constitucional e penal, a própria processualística administrativa em geral também possui construção nesta linha. A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, impõe deveres ao administrado no seu art. 4º, inclusive de agir com lealdade processual e de prestar, com fidedignidade e colaboração, as informações que for de seu conhecimento. Na coerência sistemática do ordenamento, certamente por atenção aos dois preceitos constitucionais e ao comando penal acima mencionados, esta Lei trata aqueles comandos como deveres legais e, no entanto, não prevê sanções para eventual descumprimento por parte do administrado que mantém relação processual com a Administração.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:*
> *I - expor os fatos conforme a verdade;*
> *II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;*
> *III - não agir de modo temerário;*
> *IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.*

Jamais se afasta que a condução do procedimento investigativo deve, *ex officio*, intimar o investigado, com força de lei, a cumprir sua obrigação estatutária de estar a postos para comprovar sua regularidade patrimonial, não cabendo eufemicamente solicitar. Na inobservância parcial ou total deste dever funcional, pode o servidor ou a comissão responsável compreender - apenas formalmente, enfatize-se - configurada uma nova ilicitude

disciplinar, independente do suposto enriquecimento ilícito que ora se investiga. No caso, em tese, se poderia cogitar, por exemplo, de uma quebra do dever de manter lealdade processual ou, dependendo do teor de eventual resposta do investigado, de uma quebra do dever de manter conduta compatível com a moralidade administrativa. Mas não cabe a comissão assim se manifestar nos autos e muito menos se demonstra pertinente expressar este entendimento precário abarcando como conexo este novo fato ou representando-o à autoridade instauradora a fim de se inaugurar uma vã e independente nova fase de admissibilidade. Isto porque, tomando os cabíveis ensinamentos da instância penal, de fato, aqui até se poderia cogitar da conduta administrativamente enquadrável de descumprimento do dever legal de atender à intimação que lhe foi dirigida com exclusivo interesse público; todavia, a conduta não avança na sua intolerância interna administrativa pois lhe falta o segundo componente, exigido em extensão em todo Direito Público punitivo, que é o seu caráter antijurídico, justamente por se escorar na excludente de ilicitude de o agente público se manter *lato sensu* calado frente à intimação por entender que o silêncio cabe na amplitude de defesa e não quer e não deve fazer prova contra si mesmo e se autoincriminar, o que é um regular direito seu.

Na instância correcional, o que se tem no quadro acima é que, tão somente, o investigado, na total liberdade de manejar toda a amplitude dos meios de prova (em que se inclui o silêncio), não exercitou o direito disponível de dialogar juridicamente com a Administração, não quis contribuir com a instrução processual, não assegurou sua participação neste momento processual de forma comissiva (talvez, a seu próprio ver, em sua livre estratégia, tenha sim exercitado de forma omissiva, ao ter descumprido a intimação). Obviamente, pelos princípios da comunhão da prova e da livre apreciação da prova, tudo que é autuado (inclusive a insuficiência ou a ausência de resposta à intimação) pode posteriormente fazer parte, como um dentre tantos elementos constituintes, do conjunto probatório informador da decisão ao fim do procedimento. O dever apriorístico, sob ótica da Administração, de atender integralmente o teor do que foi intimado se harmoniza com amplitude de defesa e com não autoincriminação, porque na percepção conglobante e multifacetada do ordenamento, agora, sob outra ótica, do ponto de vista do investigado, estes dois princípios constitucionais lhe fornecem um ângulo oposto de visão: aquele apriorístico dever de descumprimento enquadrável na Lei nº 8.112, de 1990, pode ser desatendido elegendo outro comando igualmente legal, que é o inciso III do art. 23 do CP, que lhe concede a excludente de ilicitude, não havendo que se cogitar de configuração de segunda infração conexa a ser abarcada ou independente a ser representada.

Mas é preciso deixar claro que, se por um lado, o servidor dispõe das supracitadas garantias fundamentais individuais estampadas nos incisos LV e LXIII do art. 5º da CF, por outro lado também é certo que, na regra de distribuição estática do ônus probante, apresentada em **4.4.1.1.6.b**, a hipótese de a defesa se manter inerte, se não lhe gera um ônus, ao menos pode lhe conduzir a uma situação processual desfavorável em termos de formação de convencimento do julgador.

Feita esta longa digressão, retornando ao segundo enxerto doutrinário, é de ser lido com temperança. Ali, os autores se concentraram em afirmar apenas, e com razão, que responder à intimação e elucidar sua situação patrimonial se trata de um dever funcional. Não expressaram a sequência do tema não necessariamente porque comungaram com tese oposta (de que haveria outra infração no desatendimento da intimação) mas sim apenas porque simplesmente não se estenderam até este ponto.

E ainda mais importante: menos ainda aqueles trechos doutrinários e muito menos a prática correcional da RFB confundem o fato de o servidor não atender a intimação com restar suprida a obrigação da Administração na investigação em tela, qual seja, de ser capaz de enrobustecer os indícios inicialmente razoáveis em indícios fortes da materialidade e da autoria do suposto enriquecimento ilícito a ponto de ser legitimamente autorizada a proposta a

ser relatada de instauração de processo disciplinar.

Não obstante a lacuna na autodefesa possa se fazer sentir e repercutir como um elemento a mais na formação de entendimento do final do procedimento investigativo, é preciso deixar claro que, por mais que se tenha enfatizado, linhas acima, o poder estatal de intimar o investigado, impondo-lhe o dever estatutário de justificar eventuais discrepâncias em sua situação patrimonial, a insuficiência ou a ausência de informações esclarecedoras não supre e não afasta o ônus que incumbe à Administração de enrubostecer os indícios iniciais de enriquecimento ilícito. É necessário que o servidor ou a comissão responsável pelo procedimento investigativo logre instruir os autos com elementos de fato indicadores do suposto enriquecimento antes de chegar ao seu relatório com proposta de deflagração de instância disciplinar, não sendo aceitável calcar sua proposta tão somente na falta de esclarecimentos por parte do investigado.

Em outras palavras, como em toda processualística disciplinar, não cabe aqui a postura oficial de que a ausência de contra-argumentação convincente ou até mesmo o absoluto silêncio do polo passivo autoriza a presunção de veracidade de qualquer imputação que se lhe faça. Jamais se afasta, até mesmo desde este momento procedimental em tela, não obstante a máxima aqui operante do *in dubio pro societate*, os princípios da oficialidade e da busca da verdade material como inafastáveis impulsionadores e cobradores da qualidade e da exaustão do trabalho técnico-investigativo de parte do servidor ou da comissão responsável. A máxima do *in dubio pro societate* autoriza que, na dúvida entre arquivar ou prosseguir com um trabalho, havendo elementos que indiquem para ambos os lados, se caminhe no sentido da continuidade aprofundadora do trabalho; mas não autoriza que se caminhe sobre o silêncio e sobre o vazio em termos de indícios robustos de enriquecimento ilícito que justifiquem a proposta de instauração de processo disciplinar.

Relembrando que toda a presente abordagem se iniciou com a menção das peculiaridades da materialidade do enquadramento em tela, propiciadoras de modelação e de metodização, fechada a apresentação do que, nas primeiras linhas, se chamou de modelação da fase inicial de trabalho, para o que se fez necessário mencionar características dos dois procedimentos investigativos plausíveis de serem empregados em temas patrimoniais (a análise preliminar patrimonial e precipuamente a sindicância patrimonial) e dedicar especial atenção ao poder-dever de intimar o investigado, cabe agora concluir os objetivos deste tópico, apresentando, enfim, o detalhamento técnico dos métodos de detecção de enriquecimento ilícito.

E é necessário reconhecer que, a rigor, a separação supostamente concatenada e sequencial de modelação e de metodização foi aqui realizada apenas como uma ficção facilitadora do entendimento didático do tema. Na verdade, os métodos de detecção de enriquecimento ilícito não se dissociam da modelação apresentada para os procedimentos investigativos; ao contrário, os métodos são empregados no curso dos procedimentos e podem (não necessariamente serão, à vista das peculiaridades de cada caso concreto) ser conduzidos e instruídos da forma como se modelou. Não há então uma ideia de consecução, mas sim de simultaneidade entre os ritos da análise preliminar patrimonial e da sindicância patrimonial (e a modelação que se tentou sugerir para instruí-los) e os métodos de detecção de enriquecimento ilícito. Acrescente-se ainda que um elemento procedimental a que se deu bastante destaque na primeira parte deste tópico, qual seja, a intimação ao investigado, como regra geral, se insere como um ato de instrução possível de se usar em qualquer dos procedimentos e ilumina as convicções extraíveis em quaisquer dos métodos, fazendo parte, de certa forma, de todos, transversalmente. Os procedimentos são instaurados e instruídos sempre que possível da forma modelada com o fim de esclarecer a existência, ou não, de descompasso patrimonial, e, para a concretização de tal objetivo, há diferentes métodos que foram desenvolvidos no âmbito de atuação do sistema correcional da RFB e de que a

comissão investigativa pode lançar mão (dependendo do tipo de informações de que se dispõe e que se cogita possível ainda obter).

Em outras palavras, os relatos que até aqui se apresentaram sobre os ritos da análise preliminar patrimonial e da sindicância patrimonial e a modelação sugerida para sua instrução (inclusive no que diz respeito à sustentação para o servidor ou a comissão designada intimar o investigado) não se dissociam das descrições que se seguirão dos métodos de detecção de enriquecimento ilícito. Ao contrário, até se superpõem, se integram e se associam uns aos outros. Antecipe-se que quaisquer dos métodos que a seguir se descrevem podem ser empregados indistintamente em rito de análise preliminar ou em rito de sindicância patrimonial, tentando, tanto em um quanto em outro, seguir ao máximo a modelação sugerida (sem nenhuma intenção de engessamento) de instrução.

Ainda antes de se apresentarem os métodos de detecção do descompasso patrimonial, cabe um parêntese de antecipação. O conceito material inserido no enquadramento do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, combinado com o inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, atravessa tanto a fase de admissibilidade quanto o processo disciplinar. Então, os métodos elaborados para detecção de enriquecimento ilícito, como meras instrumentalidades para se chegar àquela materialidade, são igualmente aplicáveis e intercambiáveis em ambas as fases da atuação correcional. Embora, por liberalidade didática, vá se apresentar os métodos de detecção de enriquecimento ilícito em meio à explanação da subfase investigativa da fase de admissibilidade, antecipe-se que estes mesmos métodos também podem, ou não, ser empregados por comissão de inquérito no curso de processo disciplinar (e, livremente, na liberdade de valoração do colegiado processante, esta dinâmica pode se dar tanto como aprofundamento do mesmo método empregado na fase preliminar quanto elegendo outro método diferente na fase contraditória; ou ainda, não utilizando nenhum método, caso apenas reitere integralmente todo o trabalho anterior). Basicamente, a diferença da aplicação de qualquer método de detecção de enriquecimento ilícito entre as duas fases da atuação correcional reside, respectivamente, na faculdade da comissão investigativa em intimar, no momento que for pertinente (e se o for), o investigado a se manifestar (se refletindo em liberalidade sua na simultânea concessão de antecipadamente oferecer ao menos uma parcela de contraditório) face à sua cognição prévia calcada ainda em indícios razoáveis e na obrigação da comissão de inquérito em assegurar, desde logo e de forma integral, tal direito ao acusado no processo disciplinar, onde o fim é esclarecer se há, de fato, ou não, a infração disciplinar.

Agora, enfim, quanto aos métodos em si, faz-se interessante apresentar uma descrição conceitual, e, ao mesmo tempo, cronológico-evolutiva, sobre métodos empregados no sistema correcional da RFB para aferição do descompasso patrimonial. Grosso modo, conforme se discorrerá adiante, cabe menção a três metodologias. A rigor, não se afirma que estas três formas de procedimentalização na busca do mesmo objetivo (esclarecimento da possível existência de irregularidades patrimoniais) sejam distantes, díspares ou antagônicas, já que repousam sobre a mesma base conceitual, mas sim se atesta que refletem uma linha de evolução; daí, as suas diferenças decorrem apenas do aprimoramento de uma em relação a outra.

Dito isto, é de se reconhecer que, nesta matéria de busca da comprovação do enriquecimento ilícito, nos primeiros anos subsequentes ao início efetivo da aplicação da Lei nº 8.429, de 1992, a subinstância administrativa disciplinar emulou a expertise da substância administrativa fiscal. Assim, historicamente, a primeira metodologia empregada correcionalmente para aferição de irregularidades patrimoniais do servidor consistiu em pormenorizado e detalhado planilhamento contábil, a fim de verificar se, em determinado mês ou ano de aferição (ou em qualquer outro período de aferição), as aplicações superam os valores de todas as origens conhecidas e justificadas.

Em outras palavras, de forma exaustiva, aquele método inicial encampa uma varredura em todos os dados declarados e encontráveis em sistemas informatizados internos e em demais informações possíveis de serem obtidas por meio de circularizações de fontes externas, contrapondo, de um lado, aquisições ou despesas em geral (tais como compras de bens ou direitos, dinheiro em espécie, depósitos e aplicações financeiras e saldos bancários no final do período e dispêndios necessários com educação, saúde, moradia e lazer, pagamentos efetuados a terceiros, quitação de dívidas, gastos com cartões de créditos, tributos suportados, doações e empréstimos concedidos, tudo referente a si mesmo, ao cônjuge ou companheiro - independentemente da opção tributária de declaração em conjunto ou separadas e do regime de bens escolhido conforme a lei civil - e aos dependentes) e, de outro lado, o conjunto total de rendimentos líquidos de qualquer natureza recebidos (tributáveis ou isentos, decorrentes do trabalho ou da alienação de bens ou direitos), de recebimentos de dividendos ou de empréstimos ou de doações, de resgates de aplicações financeiras e de saldos bancários no início do período, também referentes a si mesmo, ao cônjuge ou companheiro e aos dependentes. Importante destacar que, por sua característica de buscar, de forma completa e global, dados constantes de sistemas internos e informações obtíveis em fontes externas, esta procedimentalização não necessariamente requer a entrega de extratos bancários por parte do servidor ou decretação judicial da quebra do seu sigilo bancário (obviamente, sem prejuízo de, por vezes, ter a espontânea oferta pelo servidor ou se obter o provimento judicial).

Uma vez que é impossível que o servidor suporte aplicações além de seu total de origens, tal hipótese faz pressupor a variação patrimonial a descoberto (VPD), a despeito de estes bens, direitos ou dispêndios em descompasso já poderem ter, de alguma forma, se materializado, figurando no patrimônio do agente como bens móveis, imóveis, moeda, empréstimos, dentre outras formas.

No sentido histórico, esta instrumentalidade pode aqui ser chamada de método tradicional de aferição de enriquecimento ilícito. E, conceitualmente, este método é tido como indireto para se chegar àquele resultado pretendido, pois, uma vez que as origens e as aplicações são computadas de forma global, sem uma conexão diretamente associativa entre estas e aquelas, quando eventualmente se conclui por VPD, a forma de cálculo não consegue apontar exatamente a causa do descompasso patrimonial. Justamente por sua qualidade de ser tão minudente, ao final de sua procedimentalização, o método tem a capacidade de demonstrar, como em uma visão macro da vida contábil, fiscal e financeira do servidor e de seu núcleo familiar, que, dentro do período de aferição, as aplicações superam o total de origens, ou seja, que o conjunto global de todas origens conhecidas ou declaradas não são suficientes para cobrir o conjunto global de todas as aplicações identificadas, apontando, de forma indireta, o enriquecimento ilícito; só que o faz de forma diluída e abrangente. Como o método não vincula, de forma individualizada, para cada aplicação, qual a origem que a justificou, no eventual resultado positivo de VPD, não se identifica qual aplicação específica acarretou a desproporção patrimonial por não possuir origem que a suporte. Não obstante, não se perca de vista que, em alguns casos, possa se ter uma percepção genérica da causa do descompasso em razão de ajustes relevantes realizados no cálculo pela comissão processante.

Didaticamente, é interessante abrir aqui um parêntese conceitual, que, ao ser contraposto quando se discorrer sobre a linha evolutiva dos métodos, vai facilitar a compreensão comparativa. Os termos “origem” ou “origens”, na concepção globalista do método tradicional, podem ser compreendidos em seu sentido estático e imediato de “por onde o servidor recebe recursos, de qual fonte pagadora, de qual entrada vêm esses recursos”, tais como a remuneração de seu cargo ou a remuneração de algum outro vínculo de trabalho compatível (como magistério) ou o recebimento de alugueis ou a contraprestação financeira a qualquer serviço prestado ou o recebimento de dividendos ou de um empréstimo ou de uma doação ou a alienação de um bem, aqui em exemplos meramente figurativos e não exaustivos.

É de se reconhecer que o método tradicional se sujeita a algumas críticas pertinentes. Além de ser demorado e de poder apresentar, em determinados casos, sobretudo quando a defesa não contribui, certa ineficiência na ponderação entre precisão e prazo de execução, quando detecta VPD, o faz de forma indireta. Ao não se focar e não se restringir pontualmente em apenas um ou em poucos eventos discretos e relevantes, que, de forma direta e mais célere já exporiam a ilicitude, o método tradicional abarca uma extensa análise temporal ramificada e capilarizada, que indiretamente aponta a VPD, ao se permitir concluir apenas que o montante das origens não suporta as aplicações do período analisado, pelo resultado negativo da subtração do total daquelas pelo total destas, mas sem indicar de forma direta onde reside a causa da desproporção patrimonial (que aquisição ou que despesa relevante para a qual não se identifica origem justificadora).

Ademais, ao mesmo tempo em que este método tradicional tem a seu favor o fato de buscar de forma exaustiva todos os lançamentos contábeis e fiscais e todos os eventos financeiros da vida do servidor em determinado período de aferição, justamente aí reside sua lacuna, visto jamais ser possível reproduzir e resgatar a exata totalidade de todas as aquisições e despesas, sobretudo em longo período de aferição e que se projeta a anos já mais afastados. Esta procedimentalização sempre traz consigo a imprecisão da necessária adoção, ao final, de uma margem de segurança conservadora a favor do servidor, mitigando-se gastos que o senso comum sabe que inevitavelmente são suportados, mas que, por não se ter seu expresso detalhamento, acabam desconsiderados do cômputo das aplicações.

Vale complementar que a outra consequência desta lacuna é que, por este método tradicional, o resultado patrimonial demonstra valores positivos, maiores que zero, em muitos dos períodos de aferição, justamente por não ser possível resgatar a totalidade de aplicações de recursos de cada período. Isso significa que parte das origens de cada período ficam, apenas ficticiamente, “soltas”, “desvinculadas”, disponíveis, devido às limitações do método. Em uma visão superficial, este resultado positivo do total de origens subtraído do total de aplicações poderia, equivocadamente, ser entendido como uma suposta “sobra de recursos” ou “sobra líquida”, computada indevidamente a favor do servidor. Contudo, este valor precisa ser interpretado com senso crítico, pois tais sobras são fictícias e geradas apenas em razão da lacuna citada anteriormente, haja vista a impossibilidade de detecção de todas as aplicações de recursos em cada um dos períodos. Neste sentido, é importante destacar que origens de recursos não desaparecem de forma ilógica, inexplicável e imponderável e, assim, aquelas tais sobras indicam apenas eventual parcela de alocação de recursos ou das aquisições de bens ou realizações de despesas que não foram computadas no cálculo patrimonial, em virtude da simples impossibilidade de, por este método, identificar a integralidade das aplicações, pois nem mesmo uma varredura completa de sistemas e circularizações externas são suficientes para identificar a integralidade dos gastos do servidor.

Além do aspecto histórico, aqui, também por razão didática, se decidiu de início investir em uma rica explanação acerca do método tradicional, que indica o enriquecimento ilícito de forma apenas indireta, pois a partir daí se torna mais fácil, apenas destacando as diferenças procedimentais, avançar na apresentação dos métodos subsequentes.

Diante das críticas acima apontadas ao método tradicional, a aferição do enriquecimento ilícito evoluiu daquele cotejo global e indireto intermediariamente para uma procedimentalização que, mesmo mantendo a rotina de exaurir os cálculos, obtém a vantagem e o avanço procedimental finalístico de, organizadamente, conectar todas as origens e aplicações, não em blocos ao fim subtraíveis, mas sim umas às outras: cada origem conhecida é associada a uma determinada aplicação. Com isto, eliminando aquelas eventuais e fictícias sobras que distorcem o resultado, consegue-se demonstrar diretamente a causa do enriquecimento ilícito.

Neste cenário, cumpre tecer breve esclarecimento que a utilização do termo

“diretamente” no contexto do presente texto se refere apenas ao fato de o procedimento ser capaz de demonstrar “em linha reta” a causa do descompasso patrimonial, ou seja, demonstrar com precisão o(s) item(ns) registrado(s) em planilha(s) que foi(ram) pontualmente responsável(is) pelo valor negativo (a descoberto) identificado. Este é o sentido da adjetivação “direta” aqui empregada.

Na contrapartida da natural e até por vezes salutar inércia, todo e qualquer processo evolutivo de que se tem conhecimento na inteligência humana decorre de uma necessidade a ser superada. No caso em concreto, a sobredita evolução procedimental no cálculo patrimonial decorreu da necessidade de se demonstrar com inequívoca clareza que não existem as tais sobras de recursos que por vezes distorcem o resultado no método tradicional. A evolução que aqui tanto se menciona, no sentido mais rico do termo, reside exatamente na passagem do rito cujo resultado não só não individualiza a exata causa do enriquecimento ilícito como, ainda por cima, por vezes, nem sequer chega a este resultado patrimonial negativo a que se deveria chegar, à custa das tais incorretas sobras, para o rito aprimorado que, ao expurgar aquela ficção, tanto quantifica a desproporção patrimonial quanto identifica a sua causa de maneira exata e precisa.

Não obstante a já comentada virtude da pormenorização do método tradicional (e ressalte-se que aqui jamais se nega a preservação da sua correta aplicabilidade, dependendo dos contornos do caso), a imperfeição inerente às limitações de suas pesquisas, circularizações e omissões e ocultações por parte do servidor diante de intimações para apresentar documentos e provas pode permitir as supostas sobras ao final do período de aferição e esta ficção contábil dá azo a que o investigado possa alegar, infundadamente, uma justificativa para acobertar a sua sabida desproporção patrimonial.

E não só as evoluções costumam decorrer de necessidade a ser superada como também não raro a superação advém de uma constatação que, uma vez descortinada, parece óbvia e surpreendente de não ter sido aventada antes. No caso em tela, a elaboração da nova procedimentalização decorreu da percepção de que jamais há sobras de recursos no balanço patrimonial de quem quer que seja: toda origem é, de alguma forma, aplicada e, se o método tradicional parece permitir que há as supostas sobras, uma metodologia mais eficaz é de ser capaz de responder à inquietação acerca do destino dado àquelas origens imprecisamente contabilizadas como sobras. O avanço metodológico nasceu da simples constatação de que o mais factível, como reflexo fidedigno da realidade, é alocar cada origem a uma aplicação e o resultado contábil (que aqui é melhor denominado resultado patrimonial) zerar, pois as origens e as aplicações se equivalem, o que, por consequência, demonstra também a inexistência das tais sobras líquidas.

Esta metodologia, aqui sintetizada apenas em sua primeira etapa, por ora, como gênero, pode ser denominada de rastreio patrimonial: a própria terminologia já elucida a sua intenção e a sua vocação, quais sejam, de rastrear onde exatamente é aplicada cada origem conhecida de recursos. Antecipando, informe-se que adiante este gênero do rastreio patrimonial evoluirá ainda mais, desdobrando-se em duas espécies.

A relevante mudança de paradigma na metodologia é, ao superar a deficiência do método tradicional, impedir que o servidor tente mascarar um descompasso patrimonial por ele sabido, mantendo, no cômputo de origens, fictícias sobras sem a devida aplicação correlata e que, ato contínuo, ficam disponíveis para encobrir a real ausência de origem comprovada para uma aplicação. Ou, em outras palavras, aquelas sobras, embora realmente inexistentes, se tornam hábeis para acobertar uma aplicação que, se analisada sob a ótica do rastreio patrimonial, não tem respaldo nas origens comprovadas. A simples e óbvia percepção de que sobras jamais existem afasta a possibilidade de emprego do artifício contábil com o fim de distorcer o cálculo patrimonial realizado pelo método tradicional e impõe ao servidor o dever de efetivamente demonstrar a efetiva origem de recurso que respalda uma determinada

aplicação, não apenas alegações vagas e desconectadas da efetiva aquisição que, em uma segunda fase, no momento procedimental posterior, aparece *a priori* desvinculada, também se associa a uma origem comprovada.

Antes, porém, de se adentrar na procedimentalização do método do rastreio patrimonial em gênero, após se ter superada a apresentação do método tradicional (no qual a presente discussão apenas se iniciou), cabe exatamente aqui abrir um novo parêntese conceitual mais aprofundado e relevante, acerca do mais rico significado que agora passa-se a emprestar aos termos "origem" ou "origens". Estes termos, na metodologia de rastreio patrimonial, quando colocados em contraposição antecedente às aplicações, a partir de agora devem ser compreendidos não em seu sentido estático e falsamente imediato de "por onde o servidor recebe recursos, de qual fonte pagadora, de qual entrada vêm esses recursos", tais como a remuneração de seu cargo ou a remuneração de algum outro vínculo de trabalho compatível (como magistério) ou o recebimento de alugueis ou a contraprestação financeira a qualquer serviço prestado ou o recebimento de dividendos ou de um empréstimo ou de uma doação ou a alienação de um bem, aqui em exemplos meramente figurativos e não exaustivos. Diferentemente de como se permitiu no enfoque globalista do método tradicional, devem ser considerados já em seu sentido dinâmico (e, de fato, há o dinamismo de se darem em momentos posteriores àquelas entradas) e mais realista de "de onde saíram os recursos para determinada aplicação" (aquisição de um bem ou realização de uma despesa).

Obviamente, sobretudo nos casos em que se justifica a análise patrimonial, é comum que o servidor tenha mais de uma fonte pagadora por meio da qual, em diferentes datas (mensais, por exemplo, como são os casos da remuneração do cargo ou de outro vínculo empregatício e do recebimento de alugueis; ou pontuais ou sem frequência predefinida ou até mesmo únicos, como são os casos de recebimentos de dividendos ou de empréstimo ou de doação ou de prestação de um determinado serviço ou alienações de bens), recebe recursos, conforme acima se exemplificou. No mundo real, estes diferentes recursos não são armazenados em separado de forma estanque, não ficam marcados, "carimbados" em função de de onde vieram; em geral, como regra - fora situações extravagantes (como, por exemplo, pagamentos feitos diretamente por terceiros), que para simplificar, aqui não se considerarão -, se somam e se misturam, diluidamente, no sistema bancário *lato sensu*, na forma de saldos de contas correntes ou de contas de poupança ou de diversas outras espécies de aplicações financeiras.

É preciso ter em mente desde já que nenhuma aplicação (aquisição de um bem ou realização de uma despesa) decorre exata e diretamente daquela primeira visão de origem ou de origens, que seria no sentido de "por onde, de que fonte pagadora, de que entrada, vêm os recursos". Mas sim, ao contrário, entre esta visão estática de fonte concreta do recurso e a aplicação final em si, via de regra há uma operação de intermediação por meio da tramitação em uma instituição financeira ("via de regra", pois, por simplificação, acima se convencionou desconsiderar hipóteses menos comuns e que possam envolver trânsito de dinheiro em espécie à margem do sistema bancário o que, por si só, também já abarcaria outro nível de cuidados por parte do servidor a fim de se resguardar em caso de necessidade de comprovar a legitimidade de sua evolução patrimonial, se vier a ser questionado). Deste modo, a origem ou as origens de que aqui se fala são os diferentes saldos bancários ou financeiros, de onde, na mesma data ou em data posterior das entradas, saem saques em moeda, cheques, transferências bancárias, compras via cartões de crédito e diversas outras espécies de operações financeiras a ampararem efetivamente as aquisições de bens e as realizações de despesas. Sintetizando de forma muito simplista mas figurativamente elucidativa: não se fala das portas de entrada que permitem acúmulo de recursos, mas sim das posteriores portas de saída destes recursos para as aquisições ou despesas. É neste sentido que a metodologia direta de detecção de enriquecimento ilícito menciona os termos "origem" ou "origens" como antecedente necessário das aplicações.

Ou seja, sob a ótica do método do rastreio patrimonial, quando se efetua análise da aquisição de bens ou da realização de despesas, a questão da origem que dá suporte a estes fatos não é simplesmente a fonte pagadora (sejam remunerações do trabalho, de alugueis, de dividendos, de empréstimos, de doações, de alienações de bens, por exemplo). A procedimentalização que, a partir daqui se apresenta, avança na busca de verificar o caminho percorrido por este recurso, desde sua entrada da fonte pagadora até sua saída para efetivas aquisição de bens ou realização de despesas.

É de se perceber a correção da terminologia empregada. Não por acaso se denominou o gênero de método do rastreio patrimonial. O servidor pode ter mais de uma fonte pagadora, recebidas em datas diferentes, e sabe-se que seus recursos se misturarão. Quando se rastreia seu patrimônio, não se está interessado em identificar se determinada aplicação consumiu os recursos advindos de uma fonte pagadora ou de outra, mas importa averiguar (literalmente, rastrear) se, na data da aquisição de bem ou da realização de despesa, os recursos resultantes disponíveis dão lastro àquele pagamento.

Fechado o parêntese introdutório, voltando ao relato da procedimentalização, é certo que este método intermediário, como a primeira espécie desdobrada do gênero dos métodos de rastreio patrimonial e que doutrinariamente pode ser denominado de rastreio patrimonial completo, também coleta todos os lançamentos contábeis e fiscais e todos os eventos financeiros da vida do servidor (e também de seu cônjuge ou companheiro e de seus dependentes, se for o caso) mas, diferentemente do método tradicional, de posse deste conjunto, consiste em um cálculo integrado das origens e das aplicações de recursos, par a par, de forma que, na situação de regularidade patrimonial, ou seja, de não existência de descompasso patrimonial, cada aquisição ou despesa é associada a uma determinada origem de igual valor e vice-versa. Enquanto no método tradicional, ao se cotejar o conjunto global de origens e o conjunto global de aplicações, apenas se consegue concluir que aquele não é suficiente para cobrir este e a VPD é indicada de forma indireta, aqui, no método do rastreio patrimonial completo, após a exaustiva coleta e organização dos dados de origem e aplicação, o cotejamento par a par e exaustivo de origens e aplicações permite individualizar que o enriquecimento ilícito encontrado decorreu de determinada aplicação sem origem correspondente (ou seja, decorreu de determinada aquisição ou de determinada despesa não lastreada em origens que a justifiquem) ou decorreu de determinada origem não identificada (um depósito bancário, para citar um exemplo mais comum) e que, ao ser excluída do cálculo, afeta negativamente o resultado patrimonial.

Então, quando se afirma que o método do rastreio patrimonial completo processa o cotejamento par a par de origens e aplicações, não se quer dizer que se associa cada entrada, cada fonte pagadora, cada aporte de recursos do servidor (recebimentos de remunerações do trabalho, de alugueis, de dividendos, de empréstimos, de doações, de alienações de bens, por exemplo), de forma imediata, às posteriores aplicações, conforme explicado acima. O que aqui se quer asseverar é que o método contempla, sim, a vinculação de cada uma destas diversas origens a cada aplicação, já em seu momento posterior, após a intermediação de transitarem (como regra geral, excluindo do arrazoado situações atípicas) pelo sistema bancário em sentido amplo, como saldos de contas correntes ou contas de poupança ou de diversas outras espécies de aplicações financeiras. O método identifica qual saída efetiva de recursos já assim intermediados, vinculando de qual saque em moeda, de qual cheque, de qual transferência bancária, de qual compra via cartão de crédito ou de qual outra operação financeira decorreu determinada aplicação. As entradas de recursos do servidor se transformam em saldos, dos quais, na mesma data ou em data posterior, saem efetivamente os recursos para as aplicações. Como uma espécie simples de método de partidas dobradas, há sim aqui a noção de par a par entre origens e aplicações, a restarem em equilíbrio zerado na situação de regularidade patrimonial.

E, assim, de forma direta, o método aponta exatamente a causa do enriquecimento ilícito, se for o caso, uma vez que, seja pelo lado das origens (ao retirar do cálculo depósitos de origem não identificada, por exemplo), seja pelo lado das aplicações (ao se acrescentar ao cálculo aquisições ou despesas para as quais não se logrou demonstrar origens que as justificassem), o cotejamento de cada origem conhecida ou declarada com cada uma das aplicações identificadas não apenas resulta em valor negativo como se sabe exatamente que item lhe deu causa. Como regra, esta procedimentalização requer a entrega espontânea de extratos bancários por parte do servidor ou a decretação judicial da quebra do seu sigilo bancário - uma vez que o tema evoluirá a seguir, apenas para evitar desnecessária repetição, cabem já desde aqui as ressalvas que se apresentarão na metodologia evolutiva a seguir, acerca dos limites para emprego de dados protegidos por sigilo bancário.

A importância deste método do rastreio patrimonial completo na evolução dos procedimentos de cálculo do enriquecimento ilícito é justamente demonstrar que toda origem de recurso tem sua correspondente aplicação, seja na aquisição de bens e direitos, seja em gastos de lazer ou consumo em geral ou ainda em poupança ou em investimento, o que tem por consequência um resultado patrimonial nulo em situações de regularidade. Em outras palavras, o cálculo padrão básico utilizado para se identificar a existência de enriquecimento ilícito, qual seja, origens menos aplicações, tem como ponto de partida um valor nulo, zero, em situação de regularidade patrimonial, e, a partir deste ponto, após realizado todo mapeamento da vida financeira do servidor em determinado período de aferição (na primeira etapa do método), é que se torna mais fácil visualizar exatamente a causa do descompasso patrimonial caso o equilíbrio de origens e aplicações seja desbalanceado pelo acréscimo de aplicações sem lastro em origens conhecidas ou, por outro lado, pelo expurgo de depósitos de origem desconhecida (na segunda etapa do método em ambas as possibilidades), tendo em vista que o cálculo patrimonial em sede correcional apenas abarca como origens os valores efetivamente identificados.

Neste cenário, da mesma forma como se evoluiu procedimentalmente do método tradicional, o método do rastreio patrimonial completo, embora indique de forma direta o enriquecimento ilícito, por também se valer de exaustivo cálculo pormenorizado de todos os lançamentos contábeis e fiscais e de todos os eventos financeiros da vida do servidor (e, se for, o caso, de seu núcleo familiar) em determinado período, tem o seu emprego mitigado em prol da simplificação. A experiência acumulada demonstrou que se pode chegar ao mesmo resultado direto da causa do descompasso patrimonial sem todo cálculo exaustivo, bastando, em síntese, se apontar de forma ainda mais imediata a(s) aplicação(ões) e/ou a(s) origem(ns) que destacadamente causa(m) o enriquecimento ilícito.

Isto porque, na verdade, analisando detidamente o que se expôs acima, se percebe que o método do rastreio patrimonial completo se desdobra em dois caminhos pelos quais se pode chegar à configuração do enriquecimento ilícito: por meio das aplicações e/ou por meio das origens, dependendo de em qual (ou se em ambos) conjuntos se situa(m) o(s) elemento(s) patrimonial(is) que destoa(m). Ora, se no método do rastreio patrimonial completo todo o cálculo exaustivo associa cada aplicação a uma (ou, por vezes, a mais de uma) origem comprovada e este cotejamento fecha perfeitamente quando se tem a situação de regularidade patrimonial e justamente não se tem este equilíbrio quando se detecta aplicação(ões) sem que haja origens que a justifiquem e/ou quando há depósito(s) de origem não justificada, é intuitivo avançar e se afirmar que é(são) justamente este(s) elemento(s) patrimonial(is) destoante(s) que causa(m) e que ao mesmo tempo quantifica(m) o enriquecimento ilícito, sem a necessidade da elaboração completa do cálculo que se presta apenas a, na primeira etapa da análise, chegar ao patamar de resultado patrimonial nulo, para só a partir daí evidenciar os elementos que alterem este equilíbrio

Esta percepção fortemente simplificadora - de que, ao final, tudo pode se reduzir e se

concentrar no(s) elemento(s) patrimonial(is) que altera(m) a situação de regularidade - conduz ao método do rastreio patrimonial restrito. Em outras palavras, de certa forma, o método do rastreio patrimonial restrito sintetiza a procedimentalização do método do rastreio patrimonial completo, já se iniciando naquela que é a segunda etapa deste método.

Nesta procedimentalização enxuta, o enriquecimento ilícito pode ser detectado pela ótica das aplicações (diante de aquisição de bens ou de realização de despesas não lastreada em origens identificadas) e/ou pode ser detectada pela ótica das origens (diante de depósitos de origem não justificada), dispensando-se assim o planilhamento de uma série de informações que não possuem efetiva relevância, pois refletem apenas as movimentações de recursos que possuem lastro e/ou se justificam entre si.

A sua premissa é que, se o método do rastreio patrimonial completo já oferece como resultado final o enriquecimento ilícito, que é justamente o(s) valor(es) da(s) aplicação(ões) e/ou da(s) origem(ns) relevantemente destoante(s), é mais simples, eficiente, célere e, sobretudo, igualmente preciso e seguro já apontar o descompasso patrimonial e quantificá-lo exatamente no montante daquele(s) elemento(s) patrimonial(is) que afasta(m) a situação de regularidade. Com tal simplificação, sem jamais perder segurança jurídica do trabalho realizado e do resultado a se apontar, o método do rastreio patrimonial restrito se concentra apenas no(s) elemento(s) que altera(m) a regularidade patrimonial, tido(s) como elemento(s) não permutativo(s), pois não possui(em) a contrapartida par a par, e possibilita que se descarte o lançamento de todos os demais inúmeros dados meramente permutativos que são registrados no método do rastreio patrimonial completo apenas para fim de organização do conjunto global de dados mas que em nada influenciam no resultado patrimonial, visto que se equilibram.

Obviamente, trata-se de um método direto de aferição de enriquecimento ilícito, visto que decorre exatamente da imediata identificação da(s) aplicação(ões) e/ou da(s) origem(ns) que a causa(m). Esta procedimentalização pode se dar pela ótica das aplicações (ou seja, por aquisição de bens ou por realização de despesas não lastreadas em origens que as justifiquem) e que não necessariamente requer a entrega de extratos bancários por parte do servidor ou decretação judicial da quebra do seu sigilo bancário (obviamente, sem prejuízo de, por vezes, ter a espontânea oferta pelo servidor ou se obter o provimento judicial); bem como se dar pela ótica das origens (ou seja, por depósitos de origem não identificada) e que necessariamente precisa da espontânea oferta do servidor ou da decretação judicial acerca do seu sigilo bancário; ou ainda pode se dar por ambas óticas somadas.

A síntese do método do rastreio patrimonial restrito é que a detecção de uma aquisição ou de uma despesa ou de uma origem que afasta a situação de regularidade patrimonial (ou, se não exatamente de uma, que seja no máximo de apenas algumas discretas aquisições ou despesas ou origens) já indica e quantifica o próprio enriquecimento ilícito em si, exatamente no mesmo montante a que se chegaria caso se fizesse todo cálculo exaustivo pelo método do rastreio patrimonial completo.

Mas é de se reconhecer que esta introdutória apresentação do método do rastreio patrimonial restrito, limitada ao grau de detalhamento pertinente para este texto generalista e não especializado no tema patrimonial, está se deixando levar por sua própria característica principal, que é a síntese, e aqui está se descrevendo de uma forma que, em alguns casos, pode parecer reducionista. Melhor esclarecendo: expressar que o método do rastreio patrimonial restrito se concentra apenas na identificação da aquisição de um ou de alguns poucos bens ou na identificação da realização de uma ou de algumas poucas despesas em ambos os casos não respaldadas por origens conhecidas ou na identificação de um ou de apenas alguns depósitos sem origem que os justifique não necessariamente é uma verdade única e excludente. Nada impede que, a seu livre e exclusivo critério, o servidor ou a comissão designada para conduzir o procedimento investigativo entenda pertinente,

necessário, justificável ou mais seguro rastrear todas as aplicações ou todos os depósitos de destacada relevância e suscitadores de suspeita de causarem descompasso patrimonial.

A definição do método do rastreio patrimonial como restrito não necessariamente requer a eleição quantitativamente sumária de escopo sobre apenas um, ou de dois ou de poucos bens, despesas ou depósitos como objetos de aprofundamento. Mesmo se o agente condutor do procedimento, à luz das peculiaridades do caso concreto, decidir rastrear todos os bens, despesas e depósitos relevantes na composição patrimonial do servidor, a metodologia empregada continua sendo de rastreio patrimonial restrito porque continua dispensando o planilhamento exaustivo que caracteriza os métodos tradicional e do rastreio patrimonial completo (a mero título ilustrativo de exemplos, pode-se mencionar que não se dedica atenção a todas as operações do extrato bancário porventura disponível, tais como saldos, saques, transferências, emissões de cheques, tarifas bancárias, dentre outros). Reconheça-se, inclusive, que o processo evolutivo a partir do método do rastreio patrimonial completo passou primeiramente pelo estágio do método do rastreio patrimonial restrito dirigido a todos os bens, despesas e depósitos e, por fim, naturalmente, atingiu a otimização do binômio eficiência e segurança jurídica sob a forma mais sucinta e concentrada, com um filtro maior sobre as aplicações e/ou origens que de fato interessam para a detecção de enriquecimento ilícito.

A rigor, não há nenhum tipo de modelação ou sequer de recomendação apriorística acerca destas duas formas de operacionalizar o emprego do método do rastreio patrimonial restrito e menos ainda se cogita de valoração ou de qualificação de uma em relação a outra. Embora se eleja a forma mais sucinta de aplicação como uma evolução a mais na busca da eficiência (e sem abrir mão da segurança jurídica), com escolha de foco mais apurado apenas nos elementos patrimoniais mais relevantes, ambas as formas são igualmente válidas. Pode-se apenas arriscar uma inferência de que, no emprego deste método na subfase investigativa da fase de admissibilidade, sob pálio do princípio do *in dubio pro societate*, o agente condutor do procedimento se conceda mais facilmente a opção pela concentração em apenas um ou dois ou poucos itens de destaque destoante da regularidade patrimonial para provocar o poder-dever de instaurar processo disciplinar, enquanto a comissão de inquérito, já no curso do rito contraditório e punitivo, à vista da gravidade de vir a indiciar pela indubitável comprovação do ato de enriquecimento ilícito decorrente de incompatibilidade patrimonial detectada sob este método, possa optar por sua versão de emprego com maior detalhamento. Sabendo-se desde já da possibilidade de emprego destas duas formas do método, doravante, apenas por uma questão de simplificação de grafia, em geral se mencionará a forma ainda mais evoluída e concentrada de aplicá-lo, sobre um ou dois ou apenas alguns itens patrimoniais destacadamente vultosos, mas, sem prejuízo de o aplicador livremente optar pela outra forma.

O método do rastreio patrimonial restrito dispensa a praxe de se planilharem todos os dados de aplicações e de origens ao longo do período aferido. Neste método é possível condensar estas restritas informações em uma única tabela, que registra o(s) valor(es) não permutativo(s) negativo(s) que indicam o enriquecimento ilícito apurado.

Para deixar bem claro e inequívoco que este método tão somente é uma elaboração evolutiva na linha de simplificação de todo histórico procedimental aqui descrito e que seu resultado final nada mais que o próprio enriquecimento ilícito, inclusive no mesmo valor do patrimônio a descoberto que resultaria do cotejamento completo (caso o rastreio restrito tenha computado todos os elementos não permutativos), de valor negativo decorrente da contraposição feita desde a edição da Lei nº 8.429, de 1992 (a busca da detecção se as origens suportam as aplicações, subtraindo este total daquele) é possível (embora não necessário) condensar estas restritas informações em uma única tabela, que registra o(s) valor(es) não permutativo(s) negativo(s) do enriquecimento ilícito justamente no período da realização daquela(s) aplicação(ões) e/ou origem(ns) ao lado de valores zerados nos demais períodos em

que se tem apenas valores permutativos de regularidade patrimonial.

Reforça-se ainda mais a validade jurídica e procedimental deste método com um argumento satisfatoriamente concreto. É sabido que os agentes que atuam no sistema correcional da RFB advêm das diversas áreas-fim do órgão e, portanto, reconhecidamente, trazem em sua formação funcional a inerente afinidade com o tema do monitoramento patrimonial da base de contribuintes, aptidão esta que, natural e obviamente, é carreada para sua expertise quando passam a atuar na subinstância correcional. Esta qualificação profissional se reflete não só no conhecimento técnico mas também no acesso a sistemas internos, que facilitam o entendimento, a elaboração e o manuseio de exaustivas planilhas de origens e aplicações, características do método tradicional. É fácil imaginar que a mesma familiaridade com o tema concreto não se verifica nas estruturas correcionais dos demais órgãos federais (nem mesmo da Controladoria-Geral da União - CGU), tão obrigados ao controle patrimonial de seus quadros funcionais quanto o é a RFB. Caso se impusesse que todos os sistemas correcionais dos demais órgãos detivessem a mesma expertise para que, somente à vista da procedimentalização exaustiva, tradicional e indireta, lograssem indicar VPD de seus pares, em muito se obstaculizaria a vontade impessoal tanto da Lei nº 8.429, de 1992, quanto do Decreto nº 10.571, de 2020, que dispõe sobre o controle patrimonial no âmbito do Poder Executivo federal. A elaboração e o emprego do método do rastreio patrimonial restrito atuam em favor da linha dos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, ambos de envergadura constitucional, seja no âmbito específico do sistema correcional da RFB, seja no âmbito geral da atuação correcional em todo Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SisCor).

Detalhando primeiramente a procedimentalização do método do rastreio patrimonial restrito sob a ótica das origens, a identificação de depósitos bancários de origem não comprovada decorre precipuamente do acesso aos dados do servidor protegidos por sigilo bancário (quais sejam, os extratos detalhados de movimentação individualizada de suas contas bancárias e de suas aplicações financeiras). E este acesso pode-se dar mediante concessão espontânea pelo agente público ou mediante autorização judicial. De posse destes dados reveladores das movimentações bancárias, caso se identifique(m) depósito(s) na(s) conta(s) do servidor que não tenha(m) origem comprovada que o(s) justifique(m), intima-se o agente público para que apresente a comprovação da(s) respectiva(s) origem(ns) e, na ausência de tal comprovação, configura-se de imediato o enriquecimento ilícito no exato valor do(s) depósito(s) bancário(s) de origem não comprovada. De se ressaltar que merecem relevância apenas depósitos de valores significativos, tanto em relação à remuneração do servidor quanto à vista da percepção do homem médio e da vida social comum acerca de quantias que possam merecer relevância, não fazendo nenhum sentido prático ou jurídico exigir comprovação de valores diminutos e ordinários. Trata-se aqui de depósito(s) para o(s) qual(is) não se tem origem comprovada e que, por si só(s), é(são) bastante(s) e suficiente(s) para afastar a situação de regularidade patrimonial, dispensando exaustivo planilhamento de origens e aplicações. Conforme já afirmado acima, esta ótica de emprego do método do rastreio patrimonial restrito, sobre as origens, possui forte sentido prático, pontual e imediato, pois pode se concentrar apenas em um ou alguns depósitos, e procedimentalizar de forma direta a detecção do enriquecimento ilícito, já que claramente identifica os elementos patrimoniais que o causam e o quantificam.

Vale aqui relembrar a ressalva já apontada em **4.4.12.5**, de que, na ausência de espontânea disponibilização de acesso por parte do servidor, é indispensável a autorização judicial para que o sistema correcional utilize seus dados protegidos por sigilo bancário. Para fim disciplinar, não cabe imediata extensão ou compartilhamento interno da prerrogativa exclusiva da administração tributária de, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10/01/01, e pela Portaria RFB nº 2.047, de 26 de novembro de 2014, poder intimar as instituições financeiras, por

intermédio de Requisição de Informações sobre a Movimentação Financeira (RMF), a repassarem ao Fisco aqueles dados sigilosos, à margem de autorização judicial ou do próprio sujeito passivo. Mesmo que uma unidade da RFB possua os dados protegidos por sigilo bancário que também interessam ao sistema correcional, este necessariamente tem de intimar o servidor a manifestar se permite a extensão de emprego daqueles dados para fim disciplinar e, na recusa, pedir em juízo, mediante postulação da Advocacia-Geral da União (AGU), a expressa autorização de compartilhamento.

Já a procedimentalização do método do rastreio patrimonial restrito sob a ótica das aplicações, de forma ainda mais direta e imediata, se escora na compreensão de que o inciso VII do art. 9° da Lei n° 8.429, de 1992, estabelece o enquadramento disciplinar em tela já desde tão somente a aquisição de bem ou a realização de despesa, de valor vultoso e sem origem comprovada (seja em renda auferida, seja em variação de patrimônio). Neste rumo, não se deve perder de vista que, independentemente dos objetivos e tutelas específicos da subinstância fiscal, para que reste atendida a vontade da Lei n° 8.429, de 1992, expressa no comando acima, já basta que, pontualmente ou de forma isolada, se verifique a aquisição de bem(ns) de relevante monta ou a realização de vultosa(s) despesa(s), por parte de servidor, sem que este tenha uma origem de recursos que justifique. De forma diferente da procedimentalização do método do rastreio patrimonial restrito sob a ótica das origens, ao focar-se na ótica das aplicações, é fácil de se inferir que aqui pode-se dispensar acesso a dados protegidos por sigilo bancário. Embora, cumpre salientar que, sem o extrato, a administração deve buscar demonstrar a incompatibilidade patrimonial com base em outros elementos de prova.

De outro giro, agora guardando similaridade procedimental com a ótica das origens, nesta procedimentalização sob a ótica de emprego do método do rastreio patrimonial restrito sobre as aplicações, o simples rastreio restrito do descompasso patrimonial é capaz de identificar, pelo mero senso do homem comum, a aquisição de bem(ns) relevante(s) ou a realização de despesa(s) vultosa(s) desprovido(s) da correspondente comprovação da origem dos recursos que lhe(s) deem lastro e por si só(s) bastante(s) e suficiente(s) para afastar a situação de regularidade patrimonial, dispensando exaustivo planilhamento de origens e aplicações. Ainda guardando similaridade metodológica, também possui forte sentido prático, pontual e imediato, pois pode se concentrar apenas em uma ou em algumas aquisições ou despesas destoantes, e procedimentalizar de forma direta a detecção do enriquecimento ilícito, já que claramente identifica os elementos patrimoniais que a causam e a quantificam.

Percebe-se, da visão como um todo do método do rastreio patrimonial restrito, que, para a aferição do enriquecimento ilícito, dispensa-se a apreciação detalhada e pormenorizada de toda evolução do patrimônio do servidor, em exaustivo planilhamento contábil item a item, e também, embora inequivocamente facilitem e enriqueçam os trabalhos quando ambas ocorrem, sobretudo na subfase investigativa da fase de admissibilidade, à vista das características das duas óticas acima expostas (das origens ou das aplicações), não é absolutamente indispensável sempre postular em juízo para ter acesso aos dados do servidor protegidos por sigilo bancário e também intimá-lo para se justificar patrimonialmente. Dependendo da ótica aplicada, uma providência ou outra será indispensável, mas não necessariamente sempre ambas - sem prejuízo de se reconhecer que o emprego de ambas aprimora a qualidade do trabalho. Para que este método possa ser procedimentalizado com qualidade técnica e ao mesmo tempo com segurança jurídica, de um lado, o servidor ou a comissão responsável pelo procedimento investigativo pode lançar mão de intimar o servidor a esclarecer aspectos de sua situação patrimonial e, sobre tais questões e respostas, proceder às vinculações entre origens e aplicações; ou, de outro lado, estando o agente responsável pelo procedimento de posse dos extratos bancários, até pode dispensar a tentativa de obter colaboração de parte do servidor para realizar aquelas vinculações (sem prejuízo, de mesmo assim, ainda necessitar de algum esclarecimento de parte do investigado).

Pode-se então sintetizar toda esta longa explanação acerca de métodos empregados na subinstância disciplinar para detectar o enriquecimento ilícito e, consequentemente, configurar a improbidade administrativa. Os três métodos podem ser assim compreendidos, tanto em consecução histórica quanto em crescente grau de amadurecimento de emprego e de simplificação procedimental:

- Apenas um método indireto de detecção do enriquecimento ilícito:
  - Método tradicional, que emprega o cálculo global de origens e aplicações, não necessariamente dispondo de dados protegidos por sigilo bancário;
- Dois métodos diretos de detecção do enriquecimento ilícito:
  - Método do rastreio patrimonial completo, que emprega o cálculo integrado de origens e aplicações, par a par, de forma que, na situação de regularidade patrimonial, cada aplicação corresponda a uma (ou, por vezes, a mais de uma) origem comprovada e o enriquecimento ilícito decorre de uma aplicação sem correspondente origem que a justifique ou decorre de uma origem não identificada;
  - Método do rastreio patrimonial restrito, que se concentra apenas na(s) aplicação(ões) ou na(s) origem(ns) destoante(s) que afasta(m) a situação de regularidade patrimonial, podendo detectar o enriquecimento ilícito:
    - pela ótica das aplicações, diante de aquisição de bem(ns) ou de realização de despesa(s) não lastreada(s) em origens identificadas, não necessariamente dispondo de dados protegidos por sigilo bancário; e/ou.
    - pela ótica das origens, diante de depósitos(s) de origem não identificada, necessariamente dispondo de dados protegidos por sigilo bancário.

Importante destacar que a apresentação, por fins didáticos, seguindo de certa forma a cronologia como cada método de aferição do enriquecimento, foi empregado, desde a importação do método tradicional da subinstância fiscal até o aprimoramento simplificador do método do rastreio patrimonial restrito com a experiência da aplicação própria pelo sistema correcional, em nada se confunde com uma rígida e inflexível valoração de que determinado método é melhor que outro e que sua elaboração superou definitivamente a aplicação dos demais. Obviamente, se se trata de uma linha evolutiva, é intuitivo que o método do rastreio patrimonial restrito (sobretudo em sua forma mais concentrada de focar um ou dois ou poucos elementos patrimoniais) reflete a elaboração da experiência acumulada, mas não se nega que, em determinados casos, diante de peculiaridades concretas, outros métodos podem se demonstrar mais adequados e produtivos. Deixe-se claro que nem a presente explanação concatenada de cunho meramente teórico, conceitual e didático e muito menos situações porventura configuradas em processos reais em que pode ocorrer migração de um método para outros (seja na mesma fase, seja na passagem da fase de admissibilidade para o processo disciplinar) têm o condão de valorar de forma rígida um método em comparação a outro e muito menos de significar superada, inválida ou tecnicamente desqualificada a adoção de determinada metodização e nem mesmo a migração de uma para outra no curso de um mesmo caso concreto.

Após se discorrer sobre os três métodos de detecção do enriquecimento ilícito, é fundamental deixar registrado que a inteligência que ampara a construção teórica e o emprego concreto do método de rastreio patrimonial restrito em nada subverte ou prejudica a inteligência teleológica por trás do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, e tampouco suprime ou mitiga direito ou garantia fundamental individual de molde constitucional na sua aplicação já desde a subfase investigativa da fase de admissibilidade. Mesmo que se eleja como necessária e suficiente a identificação, sob indícios razoáveis, pelo servidor ou pela comissão responsável pelo procedimento investigativo, de determinada(s) aquisição(ões) de

bem(ns) ou realização(ões) de despesa(s) não respaldada(s) por origens conhecidas ou de determinado(s) depósito(s) sem origem que o(s) justifique, todos de relevante monta, para que este evento já indique, por si só, o enriquecimento ilícito, não há nenhuma ilegalidade ou quebra da segurança jurídica ou imposição de indevido ônus ou abuso de poder em intimar o investigado a comprovar a licitude de sua situação patrimonial, impondo-lhe sim esta responsabilidade que é inerentemente sua, como agente público; em, quando necessário, buscar o afastamento espontâneo ou mediante provimento judicial do seu sigilo bancário e até de outras pessoas com quem guarde relação de proximidade; e, consequentemente, em vir a entender, no final do procedimento, presentes robustos indícios de materialidade e de autoria de enriquecimento ilícito e propor a instauração de processo disciplinar, a fim de que o suposto descompasso patrimonial possa ser efetivamente comprovado, sob discussão jurídica contraditória.

Na verdade, se empregou acima a espécie de argumentação *a fortiori*. Ou seja, se já se convenceu da legalidade do agir da Administração até mesmo para o mais arrojado e evoluído dos métodos até então empregados para detecção do enriquecimento ilícito pelo sistema correcional da RFB, com mais absoluta segurança se aferem também a legalidade, a validade e a regularidade de, com a aplicação do método do rastreio patrimonial completo (ou até mesmo de qualquer outra procedimentalização aqui não prevista que não siga a tradicional metodologia exaustiva e ao final indireta e meramente subtrativa de origens e aplicações) ou do método tradicional no curso de procedimento investigativo, se intimar o investigado a se manifestar e a apresentar documentação; se necessário, buscar o afastamento do sigilo bancário; se for o caso, ao final, entender robustamente configurados os indícios da desproporção patrimonial e propor a instauração de processo disciplinar.

Em suma, não cabe insegurança, de parte do agente do sistema correcional, em aplicar qualquer método acima exposto; e tampouco é de se dar azo a eventuais críticas de parte do servidor instado a justificar sua regularidade patrimonial, sobretudo e mesmo quando se adota o método do rastreio patrimonial restrito. O detalhado planilhamento de exaustivo cálculo de VPD, na forma de demonstrativos item a item de aplicações e de recursos em todo um período de aferição, nem é necessário e nem é a única metodologia válida e suficiente para detecção de enriquecimento ilícito.

Até porque não é de confundir o conceito material de enriquecimento ilícito com um dos métodos procedimentais empregados para sua primeira indicação indiciária. O conceito é estanque em si mesmo, materialmente falando; a escolha do método, seja tradicional indireto, sejam completo ou restrito diretos, é mera instrumentalidade para ao conceito se chegar. Como é sabido de toda instância ou subinstância processual, a procedimentalização, a ritualística, enfim, a instrumentalidade não sobrevive por si só; a metodologia somente existe como fim de se atingir a dicção material.

Ora, seja por detalhado planilhamento patrimonial, seja porque determinada(s) aplicação(ões) ou origem(ns) destoa(m) do senso comum e mediano como comportável(is) na realidade patrimonial do servidor, de forma absolutamente igual, à vista de tais indícios razoáveis de suposto enriquecimento ilícito, aí está o necessário requisito para que o Estado, em esperada - e até mesmo socialmente cobrada - postura proativa e comissiva, questione seu agente sobre a regularidade daquela surpreendente ostentação patrimonial. Conforme já explanado no início deste tópico, quando da exposição da modelação instrutória, com qualificado apoio doutrinário, se tem certo que a voluntária adesão ao regime estatutário faz o servidor se submeter a um rol especial e diferenciado de controles e monitoramentos. Então, como consequência tão somente da sua condição de agente público, passa a incumbir ao investigado a convincente contra-argumentação capaz de afastar aqueles razoáveis indícios, até mesmo como oportunidade de antecipadamente aclarar sua situação patrimonial e evitar a instauração de processo disciplinar. Independentemente se a intimação se dá no curso de toda

metodologia que indiretamente a seu fim indicará a VPD ou se o tema se dá no estágio avançado de já se ter de forma direta os razoáveis indícios da mesma desproporção patrimonial, qualquer que seja o método, é perfeitamente lícito que a Administração possa admoestar seu servidor a se explicar patrimonialmente, diante do descalabro visível de sua situação patrimonial e, se for, o caso, buscar o afastamento do seu sigilo bancário e de terceiros próximos.

Mais que isto, é certo dizer que, independentemente do método adotado, desde que a investigação se faça à luz de critérios razoáveis e adequados, se pode chegar a um resultado hígido do trabalho. E, neste rumo, é de se resgatar que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), na condição de órgão de assessoramento jurídico do Ministro de Estado da Fazenda nos processos disciplinares com proposta de aplicação de pena expulsiva, vislumbra uma salutar preservação, ao longo do tempo, dos critérios de aferição do enriquecimento ilícito em decorrência de desproporção patrimonial. Para embasar tal assertiva, é necessário mencionar o emblemático, histórico e até hoje pertinente Parecer PGFN/CDI nº 1.986/2006 (o primeiro a ser emitido sobre o tema pelo órgão), que, além da qualidade de seu ineditismo, alcançou a perenidade ao servir como paradigma orientador dos critérios diferenciadores desta espécie de ato ímprobo de casos de mera desorganização fiscal ou contábil, a fim de evitar demissões injustas ou temerárias. Esta perenidade é atestada em Pareceres da mesma espécie emitidos quase duas décadas depois, refletindo aqueles mesmos critérios e mencionando de forma expressa o Parecer PGFN/CDI nº 1.986/2006, como é o caso, a título de exemplo ilustrativo, do Parecer PGFN/Coged nº 16.803/2022/ME

> *PGFN/Coged nº 16.803/2022/ME: "27. Em relação ao art. 9º, inciso VII, e seu caráter doloso, é mister consignar que sempre se exigiu, na esfera administrativo-disciplinar, a demonstração de um incremento patrimonial substancialmente desproporcional à evolução do patrimônio e renda do agente público no período considerado, exatamente como forma de se evitar a responsabilização injusta ou temerária, decorrente de ato de mera desorganização fiscal ou contábil, por exemplo, exatamente para se ter como nítida e irrefutável a configuração do dolo na conduta do agente. Confira-se, a propósito, o entendimento desta Procuradoria- Geral da Fazenda Nacional desde, pelo menos, o longínquo ano de 2006, entendimento este consagrado a partir do Parecer PGFN/CDI/Nº 1986/2006, paradigma a orientar casos de enriquecimento ilícito desde então:*
> *'(...) 14. Embora a incompatibilidade entre renda auferida e patrimônio deva partir de cálculos aritméticos, a caracterização da infração em questão não pode prescindir de um juízo de proporcionalidade sobre essa discrepância.*
> *15. Com efeito, não se pode admitir incluídos no dispositivo legal condutas que, por sua inexpressividade, estejam a indicar meras desorganizações fiscais, simples questões compreendidas na relação entre fisco e contribuinte.*
> *16. A própria Lei Federal n° 8.429, de 1992, diploma no qual a Administração tem buscado os conceitos que complementam o art. 132, inciso IV, do seu Estatuto Disciplinar, ao tipificar como ato de improbidade a evolução patrimonial incompatível com a renda, agrupa-a entre aqueles atos que 'importam enriquecimento ilícito' (art. 9º).*
> *17. Assim, se esse ato de improbidade importa enriquecimento ilícito do servidor, percebe-se que não é qualquer incompatibilidade que está compreendida no conceito, mas somente aquela que se apresenta significativa, realmente desproporcional.*
> *22. Conclui-se o seguinte:*
> *- tratando-se de uma incompatibilidade significativa entre a renda auferida e o patrimônio do servidor, caso este não comprove a aquisição lícita, fica aperfeiçoada a infração disciplinar de ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 132, inciso IV, da Lei nº 8.112, de 1990, combinado com o art. 9°, inciso VII, da Lei Federal n° 8.429, de 1992;*

- tratando-se, diferentemente, de uma incompatibilidade irrelevante, menor, indicativa de mera desorganização fiscal do servidor, ou de outra circunstância que elida a desonestidade própria dos atos de improbidade, resolve-se a questão, para fins disciplinares da Lei nº 8.112, de 1990, na atipicidade material da conduta'."

Ao manter nos Pareceres atuais os mesmos critérios materiais lançados desde o Parecer PGFN/CDI nº 1.986/2006, a PGFN, de forma indireta, mesmo sem fazer menção expreesa, avaliza que, seja ao tempo em que majoritariamente se empregava o tradicional método indireto do planilhamento exaustivo, seja ao tempo mais recente em que se utilizam os métodos do rastreamento patrimonial completo ou reduzido, a Administração sempre está atenta à necessidade de não se confundir a relevante desproporção patrimonial com simpes confusão fiscal ou contábil ou com qualquer outra possibilidade que afaste a conduta dolosa do agente em amealhar patrimônio incompatível e de ocultá-lo. Em outras palavras, o aprimoramento metodológico, migrando desde o tradicional planilhamento exaustivo até a concentração de esforços apenas em determinadas operações patrimoniais destoantes, não traz perda de qualidade na formação do convencimento do agente condutor do trabalho e menos ainda mitiga garantias de defesa.

Reitera-se o já exposto: para o momento procedimental em que se encontra a presente discussão, qual seja, apenas e tão somente de detecção de indícios razoáveis de suposto descompasso patrimonial, em que nada se afirma de presunção legal relativa de cometimento de ilicitude, muito menos de ônus nem sequer supostamente invertido contra o investigado e muito menos ainda de comprovação cabal e de formal acusação com vistas à responsabilização disciplinar, aqueles indícios razoáveis sustentam sim a postura proativa e comissiva da Administração em questionar o servidor, de quem se espera o dever de lealdade de contribuir e de esclarecer a licitude de sua situação patrimonial, e, quando for o caso, buscar o afastamento do sigilo bancário, sob pena de se ter de eleger o rito contraditório do processo disciplinar para o aprofundamento da dialética processual.

Cabe ainda mencionar que dois conceitos advindos da subinstância fiscal também interessam na busca da comprovação de enriquecimento ilícito, que são a movimentação financeira incompatível e os sinais exteriores de riqueza. Diferentemente dos métodos acima descritos, que indicam, direta ou indiretamente o enriquecimento ilícito, a movimentação financeira incompatível e os sinais exteriores de riqueza não possuem tal condão, figurando incialmente apenas indiciariamente como meros critérios de seleção provocadores do aprofundamento dos trabalhos, que, ao final, podem ou não levar à detecção de descompasso patrimonial.

Caso se identifique que transitam pela conta bancária do servidor valores incompatíveis com seus rendimentos declarados (por exemplo, na imediata apreciação de dados consolidados de movimentação financeira), surgem indícios de que possa haver ocultação de origens de recursos. Importante destacar a relevância maior atribuída à expressão aqui utilizada, "ocultação de origens de recursos", conscientemente diferente da expressão "omissão de rendimentos", consagrada na subinstância fiscal. Para a subinstância disciplinar, não interessa se um rendimento foi declarado ou omitido: o rendimento até pode ter sido oferecido à tributação, ou seja, não foi ocultado (omitido), mas pode ser que sua real origem esteja sendo dolosamente ocultada pelo servidor e é este fato que interessa à atuação correcional. Contudo, a movimentação financeira incompatível traduz-se apenas em indício daquela suposta ocultação ilícita e requer, para fim de comprovação, que se acessem os dados protegidos por sigilo bancário a fim de se verificar se aquela tramitação de valores pela conta bancária decorre de depósitos bancários de origem não comprovada e que façam presumir a ocultação de origens. O acesso aos extratos bancários é indispensável, na forma aduzida em **4.4.12.5**, pois, de um lado, pode um mesmo montante circular várias vezes pela conta bancária, apontando movimentação financeira aparentemente incompatível, mas sem efetiva

repercussão ilícita de recursos provenientes de fontes desconhecidas. De outro lado, se a movimentação financeira a princípio incompatível pode ser justificada pelo servidor sob alegação de aportes financeiros que afastem a presunção daquela incompatibilidade, pode também expor uma desproporção entre aplicações de recursos e origens declaradas.

E, caso se detecte que o servidor ostenta sinais exteriores de riqueza (por exemplo, na imediata identificação de dispêndio com impostos sobre propriedade de imóveis ou de veículos, condomínios residenciais e de dados consolidados de operações com cartões de crédito, alicerçada também na identificação de elevado patamar de consumo e de estilo de vida ou de vultosos gastos necessários para manter e conservar o alto padrão do patrimônio), também surgem indícios de que possa haver ocultação de origens de recursos. A exemplo da movimentação financeira incompatível, os sinais exteriores de riqueza traduzem-se apenas em indício daquela suposta ocultação ilícita e requer, para fim de comprovação, que se apure o enriquecimento ilícito por algum dos métodos apropriados.

Neste ponto, torna-se, enfim, possível demonstrar a indissociável relação entre o procedimento investigativo instaurado, a modelagem para a instrução de seu rito e o emprego de um dos métodos de detecção do enriquecimento ilícito. Apenas por uma liberalidade didática, estas variáveis foram apresentadas separadamente e em consecução neste texto, mas, na prática, se superpõem em uma costura inseparável e simultânea.

Uma vez chegada ao conhecimento do sistema correcional uma notícia de suposto enriquecimento ilícito (seja uma notícia individualizada, seja uma notícia advinda do procedimento sistemático e periódico de malha patrimonial), instaura-se um procedimento investigativo: se for notícia individualizada ainda tênue, pode-se optar por análise preliminar patrimonial; se for notícia individualizada já portadora de razoáveis indícios, pode-se optar por sindicância patrimonial; e se for notícia proveniente da malha, decerto primeiramente instaura-se análise preliminar para se realizar triagem e, se for o caso, pode-se converter em sindicância patrimonial.

Em qualquer caso, já se tendo superado o crivo incipiente e muito básico de checagem fático-material do teor e de valoração da notícia, confirmando sua plausibilidade, já se estando então diante de indícios no mínimo razoáveis de materialidade e de autoria de suposto enriquecimento ilícito (o que pressupõe montante relevante), o trabalho investigativo propriamente dito se aprofunda, com a seleção, a livre critério do servidor ou da comissão responsável pelo procedimento, do método pelo qual se buscará a detecção, ou não, de enriquecimento ilícito, instruindo-o com o resultado de tantas intimações ao investigado quanto forem necessárias e com pesquisas e diligências sigilosas e de ofício, em que, de relevância estratégica, pode incluir, dependendo do caso, o afastamento espontâneo ou mediante provimento judicial do sigilo bancário do servidor e por vezes também de demais terceiros próximos. Há uma espécie de retroalimentação recíproca destes dois meios de instrução (unilaterais ou com participação do investigado): as pesquisas e diligências de ofício justificam intimações ao investigado e as informações e documentações por este fornecidas (ou negadas) alimentam novos estudos unilaterais, que podem ser grandemente enriquecidos com a posse de extratos bancários *lato sensu*. Ao final, após tantos ciclos de pesquisas e diligências unilaterais e de intimações se fizerem necessários, empregados mediante as técnicas específicas do método escolhido, o agente responsável pelo procedimento amadurece uma convicção. Caso entenda que a instrução processual não confirma aqueles indícios que de início pareciam razoáveis, o procedimento se encerra com relatório propondo arquivamento do feito; do contrário, caso entenda que confirma aqueles indícios, tendo-os agora como robustos, a proposta é de instauração de processo disciplinar, onde, sob manto contraditório, em novo exercício de livre valoração probatória, a comissão de inquérito pode simplesmente referendar todo trabalho investigativo ou pode aprofundá-lo dentro do mesmo método ou, ainda, empregando um outro método de detecção do enriquecimento ilícito, em todo caso

submetendo ao crivo do contraditório a favor do acusado.

2.5.3.3 - Ferramentas Investigativas Válidas e Atos de Instrução Recomendáveis na Fase de Admissibilidade

Na hipótese de a peça inicial se mostrar inconclusa e insuficiente para embasar a decisão da autoridade instauradora de arquivar liminarmente o feito ou de instaurar o rito disciplinar, a fase de admissibilidade deve se concretizar e ser devidamente instruída com todas as diligências, averiguações ou qualquer outro tipo de procedimento realizado no curso da sua subfase investigativa, a fim de amparar, com o máximo possível de informações internas e externas, aquela relevante cognição da autoridade.

Por um lado, em admissibilidade negativa, no caso de se deparar com ausência de indícios de materialidade ou de autoria, os esforços despendidos na subfase investigativa não são em vão, visto que fornecem o devido respaldo para que a autoridade instauradora - de certa forma contrária ao que lhe imporia o *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 - proceda ao liminar arquivamento da representação ou da denúncia, sem instaurar o rito contraditório, à margem de eventuais questionamentos futuros. É preciso admitir que, em fase de admissibilidade, propor o arquivamento do feito, de certa forma é como descumprir a postura apriorística da Lei, que, em harmonia com o primado do *in dubio pro societate* ora atuante, tem como regra geral a instauração do rito disciplinar. Daí, à vista da possibilidade de futuramente a autoridade instauradora se deparar com questionamentos acerca da motivação de ter procedido a arquivamento de determinada notícia (questionamento por parte do Ministério Público Federal - MPF, por exemplo), faz-se indispensável autuar a mais rica instrução amparadora possível.

Por outro lado, em admissibilidade positiva, pode-se afirmar que o ideal de se empregarem procedimentos de investigação na subfase investigativa (embora nem sempre seja possível atingi-lo) é que se consiga atingir o esclarecimento acerca da ocorrência do fato ilícito. Em outras palavras, neste caso, a decisão de instaurar a instância disciplinar já segue instruída com indícios robustecidos da materialidade e da autoria da irregularidade, de forma que, no processo disciplinar propriamente dito, a comissão processante possa se concentrar tão somente na tentativa de elucidar as condicionantes do cometimento daquele fato (tais como as justificativas de sua ocorrência e o ânimo subjetivo do autor - se culpa ou dolo).

É necessário aduzir que nem mesmo a sindicância disciplinar e muito menos o processo administrativo disciplinar (PAD), uma vez instaurados - e com todos os ônus daí decorrentes - devem ser equivocadamente entendidos como o foro para investigações. Os ritos disciplinares devem ser instaurados tão somente depois de esgotadas as investigações elucidadoras de indícios de materialidade e de autoria. O esgotamento de tais investigações deve ser buscado na fase de admissibilidade, a fim de poupar tanto a Administração quanto o servidor dos ônus decorrentes da precipitada instauração.

Atingindo tal grau de refinamento na fase de admissibilidade, sem dúvida haverá duas repercussões positivas: a primeira, de evitar instaurações inócuas (em que os primeiros atos do oneroso inquérito administrativo já seriam suficientes para o deslinde), com o imediato arquivamento da representação ou denúncia; e a segunda, de, no caso de se instaurar, a comissão já ter, como ponto de partida, um rumo apuratório a prosseguir e antecipada parte de seus trabalhos.

Portanto, se, independentemente da origem, a notícia chegou à autoridade de forma vaga e imprecisa acerca da materialidade ou da autoria, mas não é de todo descartável, busca-se seu refinamento por meio dos procedimentos de investigação já listados em **2.5.3.2** e a serem instruídos pelas ferramentas de pesquisa que a seguir se apresentação, o que, se bem

sucedido, pode vir recomendar a formal instauração da instância disciplinar ou o arquivamento liminar da peça inicial.

Em princípio, sem ser uma regra fixa, pode se supor que as tais pesquisas se façam mais necessárias em fase de admissibilidade decorrentes de denúncias de particulares, de denúncias anônimas ou divulgadas pela mídia do que nos casos em que decorrem de representações funcionais ou de representações encaminhadas por autoridades de outros órgãos públicos, nas quais se pode presumir que seu subscritor, como agente público, naturalmente detenha maior habilidade e intimidade no manejo de ferramentas investigativas (tais como telas de sistemas informatizados) e na elaboração de peça descritiva. Mas a regra é que, independentemente da origem da peça inicial, se realizem procedimentos de investigação, nem que sejam no sentido mais residual de investigações preliminares, instruídas com pesquisas de maior ou menor extensão e profundidade, dependendo da qualidade da provocação - com o fim de se propiciar amparo à decisão da autoridade instauradora.

Mas não é possível pré-estabelecer uma lista de atos de instrução a se realizar em fase de admissibilidade, pois cada caso em concreto pode ter diferentes análises e suscitar diferentes linhas de pesquisa. Este procedimento prévio tanto pode se reduzir a algumas trocas de documentos e informações ou instantâneas pesquisas em sistemas informatizados internos de uso cotidiano, quanto pode abarcar aprofundadas pesquisas em sistemas informatizados mais complexos, restritos e externos e até se estender, procedimentalmente, na forma dos ritos investigativos acima citados. Em princípio, pode-se apresentar como única regra geral acerca do alcance probatório da fase de admissibilidade a possibilidade de serem realizados quaisquer atos instrucionais que, por sua própria natureza, não necessitem suprir imediato contraditório, já que não há que se cogitar de oferta de tal garantia constitucional a quem quer que seja nesta fase.

Ademais, conforme melhor se aduzirá em **2.5.6.1**, estas pesquisas realizadas na fase de admissibilidade equivalem, de certa forma (há peculiaridades em razão dos distintos bens jurídicos tutelados), ao inquérito policial no processo penal. Como peças de instrução da fase de admissibilidade, são processadas internamente, de ofício e de forma inquisitorial e unilateral, sem acusação contraditória e caráter punitivo, de forma discricionária (sem rito legal). E ainda, a fase de admissibilidade é sigilosa, operando-se em grau reservado, de forma que, como regra geral, não se obriga a Administração a espontaneamente fornecer acesso, vista, cópia ou informação dos documentos ou elementos deste rito a quem quer que seja.

2.5.3.3.1 - Pesquisas ou Ferramentas Básicas, Provas de Realização Recomendável (Pré-Constituídas) ou Não (Contraditórias) e Tratamento a Ser Dispensado a Representante ou Denunciante e a Representado ou Denunciado em Fase de Admissibilidade

Conforme introdutoriamente já mencionado em **2.5.3.1**, quando se apresentaram os possíveis fluxos de tratamento em fase de admissibilidade, sobretudo ao alcance do grupo de assessoramento, apontam-se ferramentas de instrução cujo acesso e emprego não apresentam complexidade e não requerem conhecimentos técnicos e experiência profissional aprofundados em investigação.

Por exemplo, podem ser citados, em lista não exaustiva, a coleta de manifestação, preferencialmente por escrito, do representado ou denunciado; a solicitação de documentos ou outras informações, também preferencialmente por escrito, ao representante ou denunciante, a colegas, chefia ou outras autoridades da unidade do representado ou denunciado ou a outras unidades da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) ou a órgãos públicos ou entidades privadas; a formulação de consultas ou assistências técnicas à área técnica especializada, sobre aspectos procedimentais; o estudo de legislação de regência; as pesquisas

simples em sistemas informatizados internos de uso cotidiano, tais como, a título de exemplos não exaustivos, o Sistema Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), o Sistema Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), o Sistema de Apoio às Atividades Administrativas (SA3), Sistema Integrado de Informações Econômico-Fiscais-Recursos Humanos (SIEFRH), o Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), o Sistema Integrado de Atendimento ao Contribuinte (Siscac) e o Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD) e a impressão dos respectivos extratos, inclusive de natureza fiscal; pesquisas na *intranet* institucional, em sítios eletrônicos da *internet*, a exemplo de *sites* de busca, como Google, de veículos de mídia, do Poder Judiciário (como Seções Judiciárias da Justiça Federal de Primeira Instância, Tribunais Regionais Federais - TRFs, Superior Tribunal de Justiça - STJ, Supremo Tribunal Federal - STF e Conselho Nacional de Justiça - CNJ), do Tribunal de Contas da União (TCU), do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal (SisOuv), do Portal da Transparência e a juntada do resultado destes atos anteriores ou de quaisquer outros documentos ou meios lícitos de prova. Merece especial destaque a possibilidade de juntada de elementos informativos ou provas compartilhadas, solicitadas a outras autoridades ou órgãos públicos, advindas de outros procedimentos ou processos, administrativos ou judiciais (a exemplo de provas orais ou periciais realizados no bojo de inquéritos policiais ou ações penais, para as quais a corregedoria obtém, judicialmente, o compartilhamento), ainda que referentes a atos de instrução originalmente de natureza não contraditória e aqui reduzidos a provas documentais.

Em síntese, a lista acima se resume a tomada de manifestações e informações de quem quer que seja por via escrita, não se recomendando empregar, *a priori*, a dinâmica contraditória da prova oral; a solicitação e a juntada de informações e documentos recebidos em resposta de agentes, unidades, órgãos e entidades; e pesquisas realizadas em sistemas informatizados pelo próprio agente condutor dos trabalhos investigativos. Especificamente no que diz respeito a acessos a sistemas e documentos fiscais, convém antecipar o que será exposto detidamente em **4.4.12.3**: não há que se opor sigilo fiscal a servidores da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB) lotados na Corregedoria (Coger) e nos Escritórios de Corregedoria (Escor), sejam no grupo de assessoramento, sejam no grupo de investigação disciplinar, ou integrantes do grupo de atividades correcionais e a quaisquer servidores no desempenho individual e monocrático das competências regimentais do sistema correcional, no que se inclui a instrução da fase de admissibilidade. Neste rumo, adiante-se que é perfeitamente aceito na fase de admissibilidade o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal de Diligência (TDPF-D), de que trata a Portaria RFB nº 6.478, de 29 de dezembro de 2017, conforme se abordará em **4.4.6.1**. Mas é de se ressalvar que esta informação é válida sobretudo para as pesquisas e ferramentas aprofundadas que se descreverão em **2.5.3.3.2**, pois, a rigor, as pesquisas e ferramentas que ora se descrevem como básicas dispensam emissão de TDPF-D.

A leitura atenta da lista acima de atos de instrução aceitos e até recomendáveis em fase de admissibilidade reflete que, a rigor, aceitam-se provas juridicamente lícitas que se resumem, de certa forma, a juntadas documentais, sem nenhuma ou com mínima parcela participativa do servidor do grupo de assessoramento ou do grupo de investigação disciplinar no ato de elaboração das provas. Em regra, são provas de natureza pré-constituída, preconcebidas antes de sua juntada aos autos, não confeccionadas pelo servidor condutor do trabalho investigativo e/ou analítico que as juntará e as analisará e, portanto, imunes, no momento de sua feitura, à pessoalidade deste agente. Em síntese, são objetos de pesquisa que, ao elaborador e condutor dos trabalhos em fase de admissibilidade, cabe apenas receber ou imprimir e agrupar, não comportando, em princípio, contraditório por parte do investigado no que diz respeito à sua confecção. Mesmo atos de natureza originalmente contraditória e trazidos como provas emprestadas aqui recebem o tratamento de provas documentais, autuadas sem a participação do servidor que conduz os trabalhos.

Por outro lado, em regra, pode-se apontar que não convém, ao servidor ou comissão responsável pela condução dos trabalhos investigativos realizar atos que podem requerer imediato contraditório já desde o momento de sua feitura, tais como provas orais em geral (oitivas, interrogatórios ou acareações), diligências, perícias e assessorias técnicas. Ressalte-se que a afirmação anterior reflete uma recomendação generalista e, desta forma, é passível de ser excepcionada em casos específicos, em que se demonstre cabível e indispensável a realização de tais atos de instrução, sem, por isto, acarretar nulidade processual. À luz desta ressalva, uma vez realizadas no curso da fase de admissibilidade (o que, novamente reitera-se, não se confunde com prova trazida como emprestada de outro feito), presumivelmente sem oferta de contraditório - até porque ainda nem se tem acusado a quem se garantir o direito - devem ser refeitas de ofício, ainda que sem provocação da defesa, no processo disciplinar subsequente. Do contrário, se estaria ofendendo de forma grave o indispensável respeito ao princípio do contraditório e se estaria reduzindo o apriorístico valor de uma prova de natureza contraditória e dinâmica a uma prova de natureza documental e estática.

Uma vez que aqui está-se abordando um dilema que permeia duas distintas fases da persecução disciplinar (a subfase investigativa da fase de admissibilidade, de que aqui se cuida, e também a se contraditória encetada no processo disciplinar), a mesma argumentação que segue abaixo, inexoravelmente, precisará ser reapresentada em **4.4.1.4**.

A simples oferta, já no curso do processo disciplinar, de poder questionar e contestar por escrito o conteúdo estático do termo já autuado da prova que originalmente possuía natureza contraditória significa reduzi-la à condição de prova documental e suprimir do acusado o direito à plenitude do contraditório (a plenitude de poder contraditar um ato probatório reside na possibilidade de presença, participação e contestação no real momento de sua feitura e coleta, depreendendo a natureza e a dinâmica intrínseca do ato, antes de sua fria e estática redução a termo). Portanto, sem tal oferta plena, estes atos de natureza contraditória feitos na fase de admissibilidade serão nulos e carrearão nulidade à formação de convicção contrária a esta defesa, se forem considerados na eventual indiciação, conforme também entende a jurisprudência.

> *TRF da 3ª Região, Apelação Criminal nº 2.300: "Ementa: As provas realizadas na fase inquisitorial, incluída a confissão extrajudicial, só são aptas a embasar um decreto condenatório quando confirmadas em juízo, de forma a restarem em harmonia com os demais elementos probatórios coletados aos autos, observando-se, assim o devido processo legal em sua totalidade, dado que no inquérito policial o contraditório não se faz presente."*

Nesta linha, é de se aprofundar a explanação, trazendo ao debate o comando insculpido no *caput* do art. 155 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), que veda que o juiz decida com base apenas em elementos informativos coletados na fase pré-processual, não contraditória, como é o caso do inquérito policial em relação à ação penal. Antes, informe-se que esta redação do *caput* do art. 155 decorreu da minirreforma da parte processual penal instituída pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, que alterou os arts. 155 a 157 do CPP.

> *CPP - Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei n° 11.690, de 2008)*

Por um lado, a leitura da literalidade do texto legal, amparada pela jurisprudência, deixa claro que o que aqui se veda é a condenação calcada exclusivamente nos elementos informativos advindos do inquérito policial ou de qualquer rito administrativo similar que o dispense ou que o substitua, com as ressalvas a favor das provas cautelares, não repetíveis e

antecipadas. Por outro lado, não há proibição em a condenação também se valer destes elementos informativos, desde que sucedidos e corroborados por provas coletadas na fase contraditória. Em outras palavras, a decisão condenatória não pode se calcar unicamente nos elementos informativos coletados de forma inquisitorial e discricionária mas pode sim, perfeitamente, utilizá-los, em reforço e em acréscimo a provas obtidas no curso da ação penal, sob manto contraditório.

> *STF, Primeira Turma, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, Habeas Corpus nº 104.669/SP, DJe 18/11/2010, Ementa: "I - Os elementos colhidos no inquérito policial podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementados por outros indícios e provas obtidos na instrução judicial. Precedentes.*
> *II - A análise da suficiência ou não dos elementos de prova para a condenação é questão que exige revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, providência incabível na via do habeas corpus."*
>
> *STJ, Quinta Turma, Ministro Relator Jorge Mussi, Habeas Corpus nº 118.296/SP, DJe 14/02/2011, Ementa: "1. Em respeito à garantia constitucional do devido processo legal, a legitimidade do poder-dever do Estado aplicar a sanção prevista em lei ao acusado da prática de determinada infração penal deve ser exercida por meio da ação penal, no seio da qual ser-lhe-á assegurada a ampla defesa e o contraditório.*
> *2. Visando afastar eventuais arbitrariedades, a doutrina e a jurisprudência pátrias já repudiavam a condenação baseada exclusivamente em elementos de prova colhidos no inquérito policial.*
> *3. Tal vedação foi abarcada pelo legislador ordinário com a alteração da redação do artigo 155 do Código de Processo Penal, por meio da Lei n. 11.690/2008, o qual prevê a proibição da condenação fundada exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação.*
> *4. Constatado que o Tribunal de origem utilizou-se unicamente de elementos informativos colhidos no inquérito policial para embasar o édito condenatório em desfavor da paciente, imperioso o reconhecimento da ofensa à garantia constitucional ao devido processo legal."*

A convicção contrária à defesa pode se valer de elementos informativos coletados na fase pré-processual e não contraditória, mas não exclusivamente, requerendo-se que se o faça tomando-os como reforço para provas produzidas sob todo manto dos direitos e das garantias fundamentais individuais de molde constitucional. E antes de se avançar na busca do reflexo no processo disciplinar, convém ainda expor que, no sentido oposto, embora pouco provável de ocorrer na prática, é possível se empregarem apenas elementos informativos carreados na fase pré-processual não contraditória para se decidir favoravelmente à defesa, com absolvição.

Caso se fizesse refletir integralmente o comando do *caput* do art. 155 do CPP na processualística disciplinar, não caberia a comissão disciplinar indiciar e concluir relatório propositivo de responsabilização e a autoridade julgadora apenar o servidor com base apenas em elementos informativos coletados no curso de procedimento investigativo conduzido na subfase investigativa da fase de admissibilidade. E, para atender de forma bastante conservadora o *caput* do art. 155 do CPP, sequer realizar apenas o interrogatório ao final do inquérito administrativo supriria, visto a prova oral do acusado ser considerada prova de defesa.

Por um lado, é verdade que, no atual estágio de evolução do desempenho da atividade correcional na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), busca-se estimular que a fase de admissibilidade, na sua subfase investigativa, seja eficiente na busca dos elementos informativos necessários e suficientes a darem a justa causa para a instauração do processo disciplinar, tentando ao máximo levantar os aspectos e os contornos objetivos do conjunto fático, a fim de reservar para o processo disciplinar subsequente e para o trabalho da comissão

processante condutora apenas a apuração do ânimo subjetivo do autor (se agiu com culpa ou com dolo) e as condicionantes da feitura da infração.

Mas, por outro lado, ainda que sem jamais se querer delimitar ou podar a iniciativa, a criatividade e o "*feeling*" do servidor ou da comissão responsável pela condução dos trabalhos investigativos, é de se ter cautela pois há que se atentar que aquela recomendação vale integralmente no que tange aos elementos informativos de natureza pré-constituída, ou seja, aqueles elementos essencialmente documentais (que podem ser sintetizadas como pesquisas em dossiês e em sistemas informatizados internos em geral, remessa de atos de comunicação e de circularizações e respectivas juntadas de documentos e informações recebidos em resposta, inclusive provas de natureza originalmente contraditória a trazidas emprestadas de outros processos e procedimentos). Por serem elementos informativos preconcebidos, obtidos sem a participação efetiva do servidor condutor da investigação no momento da sua feitura, não há afronta ao princípio do contraditório quando sua coleta se dá em fase de admissibilidade, podendo ser diretamente carreados para os autos do processo disciplinar subsequente, bastando apenas que a defesa passe a ter vista e possa contraditar os seus conteúdos de natureza documental *lato sensu*. Para estes elementos informativos, em razão de sua específica natureza, que se amolda na exceção que o *caput* do art. 155 denomina de provas antecipadas, pode-se dizer que a garantia do contraditório é diferida, o que em nada se confunde com ser cerceada. Estes elementos informativos porventura realizados e autuados em fase de admissibilidade não demandam obrigatório refazimento pela comissão no curso do processo disciplinar e se transmutam em provas em sentido estrito quando a defesa passa a ter ciência de sua juntada aos autos e, consequentemente, passa a ter capacidade de contestá-los.

Ao se ter estabelecido como um parâmetro razoável de limite de extensão e de avanço dos trabalhos instrutórios investigativos não ir além dos elementos informativos de natureza pré-constituída, reservando - como regra - as provas de natureza contraditória para a comissão condutora do processo disciplinar subsequente, obtêm-se dois ganhos simultâneos: evita-se crítica de desatenção à inteligência insculpida no *caput* do art. 155 do CPP, respeitadora do princípio do contraditório, ao estendê-la para a processualística disciplinar; e poupa-se o refazimento de uma mesma prova já realizada na fase de admissibilidade posteriormente no processo disciplinar, cumprindo o princípio da economia processual.

Do contrário, caso se tenha demonstrado indispensável se realizar determinado ato de instrução probatória de natureza contraditória na fase de admissibilidade, pode-se ter levado adiante esta feitura, sem risco de nulidade de per si, mas deve-se atentar para necessidade de seu refazimento de ofício, pela comissão processante, no processo disciplinar decorrente, mesmo que a defesa não peticione, para que tal ato possa licitamente integrar a convicção final deste colegiado. A obrigação de refazimento no curso do processo disciplinar se aplica a todo ato de instrução que se materializa com a juntada de elemento informativo não pré-constituído, como condição inafastável para poder ser legalmente empregado na formação da convicção da comissão, sob pena de subtração inaceitável da prerrogativa da defesa de exercer o contraditório dinamicamente no momento de sua feitura. Acrescente-se neste rol de elementos informativos a serem refeitos sob manto contraditório as tomadas de manifestações por escrito de pessoas em fase de admissibilidade: para auferirem maior valor probante, convém que seja refeitas, agora com natureza de prova oral dinamizada, no curso do inquérito administrativo.

De se esclarecer que fez-se necessário introduzir esta análise acerca de autuação de elemento informativo de natureza pré-constituída e de elemento informativo de natureza contraditória e da necessária atenção ao *caput* do art. 155 do CPP ao se mencionarem as pesquisas e ferramentas dadas como básicas porque, mais do que no escopo das pesquisas e ferramentas aprofundadas (em geral atinentes a buscas de informações em sistemas informatizados ou por meios de ofícios e circularizações, de natureza precipuamente pré-

constituída), é neste contexto de feitura mais simples que se inserem provas orais, diligências e provas periciais *lato sensu*.

Não obstante, pertine aqui aprofundar um pouco mais a análise, ainda que se avance para uma materialidade em geral solucionável somente à luz de pesquisas e de ferramentas avançadas. Em razão da inteligência do *caput* do art. 155 do CPP, que, em aplicação extensiva à processualística disciplinar, visa a preservar o devido foro contraditório para a feitura das provas com tal dinâmica e natureza (provas orais, diligências e provas periciais *lato sensu*, que também se denominam como provas constituendas, conforme se abordará em **4.4.1.1.3.a**), não convém a subfase investigativa avançar, esgotando também os atos de instrução de natureza contraditória, a ponto de nada restar para ser feito no curso do inquérito administrativo - relembrando que nem mesmo a coleta do interrogatório do acusado pela comissão afasta tal crítica sobre a Administração, visto ser prova de defesa. Convém reservar o foro contraditório para a feitura de provas desta natureza.

Ou seja, de forma geral, não é salutar que a fase de admissibilidade suprima completamente o necessário diálogo jurídico que a Lei n° 8.112, de 1990, previu que aconteça nos moldes mais formalizados do processo disciplinar em rito ordinário. Em outras palavras, excluídos os casos amparados mediante rito sumário (por expressa vontade do legislador) e a ressalva material abaixo descrita, não é principiologicamente recomendável que a fase de admissibilidade exagere e invada o foro contraditório, antecipando-o, e deixando a cargo da comissão apenas as providências inaugurais de praxe, a notificação inicial da condição de acusado e em seguida seu interrogatório, indiciação e coleta de defesa e fim de seus trabalhos lacunosa e precocemente com a entrega do relatório. Não seria de boa técnica jurídico-principiológica esta “sumarização” da rica fase contraditória da instrução processual.

Mas, é de se atentar que cabe uma ressalva à afirmação acima. Em casos de avaliação patrimonial, que em geral se baseiam precipuamente em análise de elementos informativos documentais (a exemplo de pesquisas em dossiês e em sistemas informatizados internos em geral, remessa de atos de comunicação e de circularizações e respectiva juntada de documentos e informações recebidos em resposta), pode ocorrer de a fase de admissibilidade ser de fato exaustiva e exauriente e não restar à comissão nada além de interrogar o acusado. Neste caso, é possível compreender que a necessária busca da verdade processual suficiente apenas para ter feito deflagrar o poder-dever de a autoridade competente determinar a instauração de processo disciplinar em seu juízo de admissibilidade praticamente se superpõe à mesma verdade processual que a partir de agora pode vir a justificar a indiciação do acusado e a sua apenação, de forma a nada restar mesmo para a comissão instruir o processo, a não ser dar a sua própria leitura às planilhas, às tabelas e aos cálculos comprovadores do enriquecimento ilícito advindos da subfase investigativa, ofertar à defesa o contraditório acerca dessa sua leitura e interrogar o acusado. Ainda neste caso, o fato de o servidor ou a a comissão responsável pela condução dos trabalhos investigativos de apreciação da situação patrimonial do investigado, ao final de seu trabalho, ter elaborado planilhas ou tabelas e cálculos não se confunde com feitura de elemento informativo de natureza contraditória em momento inadequado, pois elaborar planilhas e tabelas dados numéricos não é fazer prova em si, mas sim aplicar sua livre cognição sobre os elementos informativos documentais de natureza pré-constituída que ampararam e instruíram as planilhas, tabelas e cálculos.

Em regra, em casos de ilícitos funcionais em geral (que comumente requerem provas de natureza contraditável não pré-constituída para comprovação) e em casos de avaliação patrimonial que excepcionalmente requeiram prova de natureza contraditável não pré-constituída para comprovação, não convém que este tipo de prova tenha sido realizada na fase de admissibilidade, mas sim no curso do processo disciplinar, a fim de se harmonizar com a inteligência estendida do *caput* do art. 155 do CPP. E, caso tenha sido excepcionalmente realizada na fase de admissibilidade, deve ser refeita de ofício pela comissão no inquérito

administrativo, mesmo se a defesa não peticionar.

Mas há uma segunda ressalva muito importante a ser feita aqui. Muito já se enfatizou a cautela de se evitar realizar, na fase de admissibilidade, ato de coleta de elemento informativo de natureza contraditória, sob pena de ter de refazê-lo posteriormente, no processo disciplinar subsequente, e também já se reiterou tal desnecessidade para os elementos informativos de natureza pré-constituída. O que se busca com tal posicionamento é refletir a convicção de que o elemento informativo de natureza contraditória antecipadamente coletado pode e certamente será ainda melhor coletado no seu refazimento no curso do processo disciplinar, sob a riqueza do manto do contraditório, e este é um aprimoramento processual factível, já que o próprio ente administrativo (em síntese, o sistema correcional) que o realizou originalmente, em geral, possui todas as condições, em suas próprias mãos, para refazê-lo. O mesmo não ocorre com provas realizadas originalmente em outros processos ou procedimentos, por outros entes, coletadas sob manto contraditório e trazidas como prova documental emprestada. Esta é uma situação comum na realidade da atividade correcional na RFB, em que muitos casos caminham em paralelo com inquéritos policiais ou com ações penais, de onde se tem o compartilhamento judicialmente autorizado. Para estas provas, realizadas alhures por agentes estranhos, aqui prevalece o seu valor estático documental de prova emprestada e não cabe a certeza de viabilidade de seu refazimento aprimorado no curso do processo disciplinar pela comissão processante. Embora originalmente tenha sido coletada sob natureza contraditória, estando aqui como prova documental, a este elemento probante não se aplica a obrigatoriedade do refazimento de ofício independente de pedido da defesa para ser licitamente empregada na formação da convicção. Seu refazimento no processo disciplinar, seja por iniciativa da comissão, seja a pedido da defesa, condiciona-se a uma análise de pertinência e de viabilidade, por parte da comissão processante.

Retornando à lista de atos de instrução recomendáveis ou não em fase de admissibilidade, é de se reiterar que, em princípio, não há expressa previsão legal para representado ou denunciado e para representante ou denunciante se manifestarem na fase de admissibilidade, nem mesmo por escrito. Não obstante, a manifestação por escrito destas pessoas é uma prova indubitavelmente válida, não carreando nenhuma nulidade ao procedimento proceder a tais atos e tê-los autuados. Isto porque pode se demonstrar útil, diante de representação ou denúncia insuficientemente instruída, provocar, por escrito, o representante ou denunciante a refiná-la. Além disto, quando operacional e estrategicamente se justificar (quando a quebra da reserva e a perda do fator surpresa não impuserem riscos de destruição de provas, por exemplo), pode-se ter até a oportunização ao representado ou denunciado para se manifestar por escrito e agregar alegações ou provas que possam esclarecer a seu favor o teor da representação ou denúncia sob apreciação, sendo de se inferir que, uma vez provocado a se manifestar na fase de admissibilidade, ou seja, passando a saber da existência de pesquisas ou procedimentos de investigação contra si, muito provavelmente o servidor peticionará acesso aos autos.

Além disto, excepcionalmente, pode ser necessário ouvir, em prova oral, o representante ou o denunciante ou mesmo outras pessoas em fase de admissibilidade. Nestes casos residuais, nada impede de se tomar o comprometimento de verdade do depoente e de configurá-lo como testemunha, caso atenda as condições para tal, conforme se abordará em **4.4.4.4.2** e **4.4.4.4.3**, a fim de agregar maior valor jurídico ao ato (em analogia ao inquérito no processo penal, em que a autoridade policial pode tomar testemunho). Além de este chamamento preliminar ser excepcional, deve ser visto com extremada cautela e reserva, pois pode se estar antecipando, sem o devido contraditório, uma prova oral relevante no posterior rito contraditório. Por óbvio, caso venha a ser instaurada a instância disciplinar e esta prova oral seja relevante para formação de convicção, para que possa ser empregada e valorada pela comissão, deve ser refeita de ofício, independentemente de pedido de refazimento pela defesa, sob manto do contraditório (notificando o acusado para acompanhar e contraditar, se desejar),

ainda que tenha sido tomada como testemunho na fase de admissibilidade.

A prova oral preliminar do representado ou denunciado na fase de admissibilidade deve ser vista de forma ainda mais residual e excepcional, porque, de um lado, ele ainda nem sequer foi formalmente acusado mas, por outro lado, já pode se ver obrigado a alegar a cláusula de não autoincriminação, o que pode lhe causar situação embaraçosa no processo. Caso muito excepcionalmente seja realizada, deve o servidor ser informado do seu direito constitucional de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo e de poder optar pelo silêncio, conforme se aduzirá em **4.4.15.5.1**.

Atente-se que caso o servidor representado ou denunciado seja excepcionalmente intimado a prestar prova oral em fase de admissibilidade, o inciso XXI do art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (o Estatuto da ordem dos Advogados do Brasil - OAB), confere-lhe o direito de se fazer acompanhar e assistir por seu advogado, bem como no decorrer do restante dos trabalhos investigativos.

> *Lei nº 8.906, de 1994 - Art. 7º São direitos do advogado:*
> *XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016)*
> *a) apresentar razões e quesitos; (Incluída pela Lei nº 13.245, de 2016)*

Não obstante as excepcionais possibilidades acima expostas de chamar o representado ou denunciado aos autos, nem mesmo a este servidor é conferida prerrogativa de, *ex officio*, ser notificado da existência e do andamento dos trabalhos investigativos e de ser contemplado com acesso, vista, cópia ou informação dos elementos instrucionais coletados e muito menos de atuar, participar, interferir e contraditar a condução unilateral deste rito, a cargo da Administração - obviamente, caso seja chamado ao procedimento, a partir de então, descabe lhe negar o acesso que presumivelmente pedirá. E também como se aduzirá em **2.5.6.2.3**, na esteira, em regra, o representante ou denunciante, na figura de uma pessoa física (ou seja, aqui dissociando-se da hipótese de ser um membro do Ministério Público Federal - MPF ou do Poder Judiciário), não tem direito de acesso às investigações ou de acompanhá-las e de ser informado passo a passo sobre o tratamento dado à sua representação ou denúncia.

Tampouco, depois de apresentada a peça inicial, é dado ao representante ou denunciante o direito de dela desistir, de retirar a acusação a fim de extinguir o processo. Por um lado, o servidor que representa contra irregularidade de que tem conhecimento nada mais faz senão cumprir dever funcional, conforme os incisos VI e XII do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Por outro lado, o particular que denuncia em razão de irregularidade tão somente mantém um comprometimento de ordem moral e ética com a Administração que, nos termos do inciso IV do art. 4º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regulamenta a processualística no âmbito da Administração Pública federal), também atinge o patamar de dever do administrado em relação ao Poder público. Tais liames não têm o condão de elevar o representante ou o denunciante à qualidade de interessado nas investigações e muito menos a influir ou ditar seus rumos. Uma vez recepcionada a representação ou denúncia, as investigações dela decorrentes passam a ser da Administração e, portanto, os interesses que as movem são unicamente públicos e indisponíveis. A relação jurídica do representante ou denunciante com as investigações e com o processo disciplinar porventura instaurado em decorrência da provocação por eles apresentada se encerra com a entrega desta peça inicial. A fase de admissibilidade ou a instância disciplinar encerram uma atípica relação jurídica, em que os polos são ocupados, exclusivamente, de um lado, pelo Estado e, de outro, pelo servidor investigado ou posteriormente acusado, não comportando interesses outros de quem quer que

seja.

Ainda neste tema, caso o representante ou denunciante venha manifestar, após ter apresentado sua peça inicial que, ao ter provocado a Administração, não objetivava a instauração de processo disciplinar, cumpre esclarecer que qualquer servidor e até mesmo particular, ao tomar conhecimento de suposta irregularidade no âmbito da Administração Pública federal, por expresso dever legal, deve representar ou denunciar à autoridade competente, a qual, por sua vez, quando justificável, sob ótica correcional, fica obrigada a instaurar a devida apuração contraditória (conforme os incisos VI ou XII do art. 116 e o *caput* do art. 143, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, e o inciso IV do art. 4º da Lei nº 9.784, de 1999). Ou seja, não se cogita de qualquer discricionariedade, sob critérios de oportunidade e conveniência, na formulação da representação ou da denúncia e sobretudo das consequentes fase de admissibilidade e decisão de instaurar a instância disciplinar. Assim, a manifestação volitiva do representante ou do denunciante, divorciada de valor jurídico, no sentido de se arrepender e desistir de sua representação ou denúncia, não tem, por si só, o condão de interferir no poder-dever de esclarecer o fato.

Também não assiste direito ao representante ou denunciante de determinar que somente entregará outras provas, de que espontaneamente ou por intimação informou dispor, no momento em que lhes aprouver.

É de se dizer que, no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, à vista do caráter restritivo e residual da instância disciplinar, com todos os ônus que lhe são inerentes (materiais e imateriais), vigora a Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, cujo inciso II do § 3º do art. 4º, conforme já exposto em **2.4.1**, regulamentando o dever funcional dos incisos VI ou XII do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, estabeleceu os requisitos de admissibilidade de representação funcional, dispondo que esta, em princípio, deve se fazer acompanhar, dentre outros, das provas que o representante dispuser. Prossegue a norma, no § 4° do mesmo dispositivo, impondo que a representação incompleta deve ser devolvida, mediante intimação, para que o representante preste os esclarecimentos adicionais indispensáveis para subsidiar a fase de admissibilidade e para possibilitar ao representado o conhecimento preciso da notícia que lhe é contrária, de modo a garantir-lhe ampla defesa.

A fase de admissibilidade de representação, instruindo a decisão, a cargo da autoridade instauradora, de instaurar ou não processo disciplinar, deve ser conduzida ao amparo de todos os elementos disponíveis acerca do fato representado, visto que é justamente da sua integral ponderação que se extrai a conclusão de possibilidade ou não de se ter configurada a repercussão disciplinar. Desta forma, todas as provas de que o representante tenha conhecimento de possível irregularidade devem ser disponibilizadas à autoridade instauradora desde a peça inicial para a fase de admissibilidade e não após instaurado o suposto processo disciplinar ou em qualquer outro momento que, a seu exclusivo talante, considere oportuno e conveniente. A normatização da matéria, amparada nos princípios reitores, não confere tal discricionariedade ao representante, visto que, a rigor, é seu dever representar e contribuir para o esclarecimento de fatos de interesse da Administração.

Analogamente, o mesmo posicionamento se defende para o caso de denunciante, com a diferença de que este, a rigor, não se submete à normatização interna, mas prevalece a base principiológica da seara pública e o mandamento legal do inciso IV do art. 4º e do *caput* do art. 39, ambos da Lei nº 9.784, de 1999.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:*
> *IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.*
> *Art. 39. Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse*

fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.

2.5.3.3.2 - Pesquisas ou Ferramentas Aprofundadas em Fase de Admissibilidade

Em complemento dinâmico ao aduzido em **2.5.3.3.1**, listam-se no presente tópico as ferramentas de instrução cujo acesso e emprego apresentam um maior grau de complexidade e requerem conhecimentos técnicos e experiência profissional aprofundados em linhas investigativas, sendo, portanto, em princípio, de uso mais frequente dos servidores do grupo de investigação disciplinar. O caráter dinâmico deste enfoque se justifica porque, na prática, nada impede que, em fase de admissibilidade, o servidor do grupo de investigação disciplinar se utilize de alguma ferramenta apresentada no tópico acima mencionado como básica *a priori* ao alcance do grupo de assessoramento bem como que um servidor do grupo de assessoramento se sinta apto e seguro para realizar as pesquisas que a seguir se listarão e, como tal, já o faça sem provocar o grupo de investigação disciplinar. De forma alguma se propõe um engessamento no fluxograma sugerido de rotinas em fase de admissibilidade.

Importante destacar que as ferramentas que se apresentarão a seguir tanto podem ser empregadas no curso de uma investigação disciplinar *lato sensu* (uma análise preliminar sobre qualquer processo interno de trabalho, por exemplo) ou nos ritos específicos de investigação patrimonial, sindicância patrimonial ou sindicância investigativa. Em outras palavras, quaisquer que sejam os procedimentos de investigação, podem ser instruídos pelas pesquisas que se seguem.

Neste rumo, de imediato, mencionam-se as pesquisas detalhadas e ramificadas (ou seja, que não se restringem ao ponto por meio do qual se iniciaram, podendo seguir trilhas investigativas extensas) nos seguintes sistemas informatizados internos - aqui apresentados os principais, a mero título de exemplos não exaustivos:

- Referentes ao processo de trabalho de controle aduaneiro: Sistema Dataware House Corporativo Aduaneiro (DW-Aduaneiro), Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex), Sistema de Rastreamento da Atuação dos Intervenientes Aduaneiros (Radar), Sistema Grafo de Relacionamentos (Grarel) e Sistema Cadastro Aduaneiro;
- Referentes ao processo de trabalho de arrecadação: Sistema de Informação da Base Cadastro Nacional de Informações Sociais e de Arrecadação e Cobrança Previdenciária (Plenus), Sistema de Informações Gerenciais de Arrecadação (Informar), Sistema Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e de Informações à Previdência Social (GFIP Web), Sistema Divisão de Negócios Controle Financeiro (DICF.N), Sistema Integrado de Cobrança (Sincor), Sistema de Controle de Declarações (e-Sicodec) e Sistema Receitanetlog;
- Referentes ao processo de trabalho de fiscalização: Portal (ou Sistema) do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (Portal IRPF), Sistema Dataware House Corporativo Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (DW-IRPF), Portal (ou Sistema) do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), Sistema Integrado de Informações Econômico-Fiscais (Sief), Sistema Dataware House Corporativo Ação Fiscal (DW-Ação Fiscal), Sistema Ação Fiscal, Sistema ContÁgil, Sistema Público de Escrituração Digital (Sped), Dossiê Integrado e Declaração do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (Dirf);
- Referentes ao processo de trabalho de atendimento: Sistema de Apoio ao Gerenciamento do Atendimento a Contribuintes (Saga) e Sistema Visão Integrada do Atendimento (VIA);
- Referentes a bases cadastrais: Sistema Dataware House Corporativo Controle de Acesso

(DW-Controle de Acesso), Cadastro Nacional de Informações Sociais (Portal CNIS), Sistema Integrado de Administração de Pessoal (Siape), Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), Sistema Dataware House Corporativo Pessoa Física (DW-PF), Sistema Dataware House Corporativo Pessoa Jurídica (DW-PJ), Sistema Certidão Conjunta, Declaração sobre Operações Imobiliárias (DOI), Declaração de Informações sobre Atividades Imobiliárias (Dimob), Declaração de Operações com Cartão de Crédito (Decred), e-Financeira (que sucedeu a Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira - Dimof);

- Referentes a auditoria e controle: Sistema Auditoria e Controle de Sistemas Aduaneiros (DW-Arcomex) e Sistema Dataware House Corporativo Levantamento de Eventos de Log (DW-LEL).

Em acréscimo, citam-se, também a título de exemplos não exaustivos, as mais comuns pesquisas em fontes externas via internet:

- No Cadastro Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (CNJ);
- No Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS), do Banco Central do Brasil (BC);
- Sistemas do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP): Sistema Nacional de Segurança Pública (Infoseg) e Sistema Nacional de Identificação de Veículos em Movimento (Sinivem);
- Nos sítios eletrônicos de Departamentos Estaduais e Distrital de Trânsito (Detran) e no Sistema de Registro Nacional de Veículos Automotores (Renavam);
- No sítio eletrônico da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (Censec), administrado pelo Colégio Notarial do Brasil (CNB);
- Em sítios eletrônicos que localizam endereços ou lugares ou que fornecem mapas, no Brasil e no exterior (Show my Street, Google Earth, Google Maps) ou de busca de informações pessoais no exterior.

Além das possibilidades acima, também podem ser empregados como ferramentas investigativas, em lista não exaustiva, pedidos circularizados a órgãos públicos dos diversos entes federados (tais como Fiscos estaduais e municipais), concessionárias de serviços públicos (de água, energia elétrica, telefone), cartórios, registros de imóveis, instituições financeiras e empresas; apuração especial do Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro (de emprego muito eventual, conforme se abordará em **4.4.8**); operações conjuntas com MPF e Polícia Federal (PF), mediante compartilhamento de informações devidamente autorizado pelo Poder Judiciário; e diligências e pesquisas de campo.

Quanto às pesquisas de campo, convém advertir que são situações em que o servidor condutor ou participante dos trabalhos investigativos se vê obrigado a abandonar seu círculo de segurança e se expõe a contextos e cenários externos, por vezes inópsitos e adversos. Por mais que se estimule o esgotamento de atividades investigativas na busca de indícios de materialidade e de autoria das graves infrações disciplinares, é necessário advertir o servidor que ações desta natureza expõem o agente a riscos pessoais de ver sua integridade e sua segurança ameaçadas, jamais devendo ser tentadas de forma individual, sem capacitação específica e à margem de conhecimento, logística, preparo, proteção, respaldo e autorização da autoridade instauradora ou da chefia da Divisão de Investigação Disciplinar (Divid). São ações inseridas em um conjunto pré-programado de uma operação, jamais devendo decorrer da impetuosidade ou da impulsividade individual.

Relembre-se o já aduzido em **2.2.2.2.2**, acerca da competência delegada para a Divid

emitir os atos de comunicação para os demais órgãos de controle da Administração Pública federal, parceiros nas operações conjuntas, conforme dispõe a Portaria Coger nº 66, de 30 de setembro de 2016, em seu art. 1º.

> *Portaria Coger nº 66, de 2016 - Art. 1º Delegar competência ao Chefe da Divisão de Investigação Disciplinar para, no âmbito de suas competências, expedir ofícios necessários ao planejamento e execução de ações conjuntas com outros órgãos da Administração Federal.*

Seja em investigações aprofundadas de forma geral, seja sobretudo em operações de campo, não raro, pode ser necessário que o servidor envolvido na ação, diante da necessidade da busca do chamado "dado negado" pelo investigado, tenham de lançar mão de estratégias de inteligência para obter a informação procurada, tais como simular alguma relação, situação ou ocorrência, ocultando sua identidade ou até se fazendo passar por alguém que de fato ele não é. Há contextos em que se o investigador se identificar e/ou se expressar os reais motivos de seu contato, de sua diligência ou de seu interesse, o interlocutor se afastará da sua afastará da sua zona de conforto e deixará a de agir com a espontaneidade com que naturalmente sabe ou participa da prática ilícita investigada, se acautelará para não deixar vestígios e advertirá o servidor investigado.

Aqui se estabelece a frequente ponderação de direitos em conflito. De um lado, o investigado, que adiante poderá ser o acusado no processo disciplinar subsequente, pode vir alegar a ilicitude da prova obtida por meios supostamente menos convencionais. No lado oposto, o Estado contra-argumenta que de outra forma não se poderia cogitar de agir em situações em que a atuação estatal previsível e transparente poria a perder a prova essencial. Nos limites necessários e suficientes (limites estes cabíveis caso a caso), lançando mão de tais ferramentas de agir na medida exata da razoabilidade e de proporcionalidade, depara-se, não raro, com situações em que, se o agente público se expusesse, o Estado não supriria o inafastável interesse público residente na mais exaustiva investigação acerca do caso. Diante de tais contextos, não há que se cogitar de esta prova assim obtida ter o condão de contaminar por nulidade o processo e menos ainda de o servidor ter incorrido algum tipo penal associado ao falso. Sobretudo quanto a este segundo risco, causador de maior aflição ao investigador, por óbvio não há existir tamanha impetuosidade a favor do trabalho a ponto de expô-lo a risco funcional, mas não é o que aqui ocorre. Sem perder de vista jamais a advertência registrada acima, acerca da submissão a riscos de sua integridade e segurança pessoais quando o investigador se expõe de forma impetuosa e desacompanhada em ações externas, não há que se cogitar de incursão em tipo penal, associado ao falso, já que não há em sua conduta mínimo desígnio consciente de vontade de praticar um crime, mas sim tão somente elevado espírito público para atender o interesse social que move a investigação em face do desvio de conduta.

Se até mesmo as autoridades da polícia judiciária e do Ministério Público Federal, a despeito de todo arcabouço jurídico e das fortes ferramentas persecutórias que têm a seu dispor, por vezes, se veem obrigadas a lançar mão de estratégias de inteligência para instruir seus procedimentos investigativos, com muito mais razão também terá de fazê-lo, quando indispensável e necessário, o servidor integrante do sistema correcional de órgão executivo, detentor de menores poderes de coercitividade. O deslinde do conflito de direitos, da tensão residente na lacuna de lei, se resove casa a caso, com a atenta leitura da base principiológica reitora. A ponderação dinâmica de princípios da indisponibilidade do interesse público, da oficialidade, da busca da verdade material, da razoabilidade e da proporcionalidade, a favor do interesse público, por muitas vezes será o caminho para referendar tais investidas estratégicas da inteligência investigativa, mesmo que por vezes mitigando círculos de direitos sensíveis como privacidade e intimidade da pessoa.

2.5.3.4 - O Necessário Esgotamento das Investigações em Condutas Conexas,

Continuadas e Habituais

Neste ponto, em antecipação a princípios e conceitos que se apresentarão em **3.3.3**, em **4.5.3** e, mais destacadamente, em **4.6**, convém abrir um parêntese na descrição da procedimentalização da fase de admissibilidade para buscar, na instância penal (material e processual), algumas definições classificatórias de ilícitos, em função de sua natureza jurídica. É importante registrar que os objetivos em tela se satisfazem com a apresentação de superficial e incompleta conceituação, não se tendo aqui interesse de esgotar a profundidade com que a instância penal elabora inúmeras formas de classificar os ilícitos e que, mesmo para o restrito conjunto de institutos que adiante se apresentará, sua aplicação na instância disciplinar sempre será parcial e limitada, devendo ser ponderada pelas peculiaridades que marcam os dois ramos do Direito, sobretudo acerca das relevantes diferenças entre as naturezas dos ilícitos penais e administrativos e entre as respectivas sanções. Estas necessárias ressalvas informadoras de que a conceituação sobre a natureza jurídica que se apresentará não tem efeito vinculante em instância disciplinar ratificam que a condução da fase de admissibilidade e até mesmo das apurações contraditórias sob base principiológica própria e sem a fiel e integral submissão aos presentes institutos da instância penal, por si só, não contamina de nulidade os ritos administrativos. É de se enfatizar que a conceituação penal que convenientemente se apresentará neste ponto do texto, em que se aborda a fase de admissibilidade, precipuamente se emprega como referência, com o fim de auxiliar na compreensão da necessidade de a subfase investigativa ser a mais exaustiva possível, sob pena de a proposta a ser apresentada à autoridade instauradora e a sua consequente decisão se revelarem precipitadas e insuficientemente instruídas.

Antes, esclareça-se que a busca integrativa de conceitos, institutos e instrumentalidades tipicamente penais para emprego nas lacunas do ordenamento disciplinar encontra inequívoco amparo em manifestação vinculante da Advocacia-Geral da União (AGU), em seu Parecer AGU nº GMF-6.

> *Parecer AGU nº GMF-6, vinculante: "Ementa: I - As condutas que são objeto de persecução na esfera administrativa poderão, ante a omissão legislativa administrativa, por analogia e conforme avaliação do caso concreto, obedecer aos mesmos critérios do direito criminal, inclusive quanto a natureza jurídica das infrações e suas implicações quanto à contagem do prazo prescricional.*
> *12. Sem embargo, não existem dúvidas acerca da intersecção entre o direito administrativo sancionador e o direito penal e se destaca, inclusive, a possibilidade de que uma mesma conduta amolde- se às duas disciplinas o que gera, por consequência natural, a aplicação subsidiária de institutos do direito criminal no âmbito do direito disciplinar, notadamente em razão de omissão legislativa na esfera administrativa.*
> *17. Diante dessa percepção e da constatação de que os princípios e institutos de direito penal, secularmente estudados e desenvolvidos, possuem simetria com o direito administrativo disciplinar deflui-se, da própria lógica jurídica que as condutas que são objeto de persecução na esfera administrativa poderão, ante a omissão legislativa administrativa, de forma subsidiária, por analogia e conforme avaliação do caso concreto, obedecer aos mesmos critérios do direito criminal, inclusive quanto à natureza jurídica das infrações e suas implicações pertinentes à contagem do prazo prescricional, como ocorre no caso de abandono de cargo.*

O tema se faz especialmente pertinente quando se tem a notícia de uma determinada conduta isolada ou pontual ou circunscrita a uma pequena quantidade de reiterações ou a um delimitado intervalo de tempo, que, por si só, contendo indícios de materialidade e de autoria de infração, já se demonstra suficiente para provocar a instauração da instância disciplinar. Além da possibilidade de o escopo objetivo não ser alvo de acréscimo de novos fatos em nenhum momento, nem antes e nem após a instauração do processo disciplinar, em hipótese

que não instiga dúvidas ou curiosidades, duas outras hipóteses podem ocorrer, aí sim, deixando o mais atento e perspicaz aplicador do Direito provocado a se aprofundar no desnudamento das nuances delas decorrentes.

Na primeira hipótese, na subfase investigativa da fase de admissibilidade, pode-se deparar com novos indícios de materialidade e de autoria acerca de outros fatos, que tanto podem ser independentes daquele fato original quanto podem ser ligados a ele como condutas conexas, continuadas ou habituais. Na segunda hipótese, se a subfase investigativa da fase de admissibilidade precipitada, com base em pequena amostragem de conduta e sem buscar o esgotamento da atuação funcional do servidor, provocar de imediato a instauração, não é raro, posteriormente, já no curso do processo disciplinar, a comissão por conta própria, aprofundar as apurações e se deparar com novos indícios de materialidade e de autoria acerca de outros fatos, que, igualmente, podem ser independentes ou conexos, continuados ou habituais em relação ao fato original.

Neste contexto, tais fatos novos não noticiados na representação ou na denúncia e que se tornam conhecidos somente já na fase de admissibilidade ou até mesmo já na fase processual contraditória, suscitam dúvida acerca da legalidade de poderem ou não ser de imediato incluídos no escopo investigativo em curso ou, ainda com mais ênfase, em razão de não terem feito parte da provocação para a autoridade determinar a instauração, podem acarretar insegurança acerca da legalidade de poderem ou não ser posteriormente incluídos no escopo apuratório do colegiado ou se devem ser objeto de representação à parte, a fim de se submeterem a específico juízo de admissibilidade, bem como também trazem questionamento acerca da metodologia jurídica aplicável em torno da determinação do momento em que se iniciam os respectivos cômputos prescricionais.

Assim, além de saber e aqui se discutir que a violação à ordem jurídica interna da Administração pode se revelar mediante a prática de uma unidade infracional ou pode resultar da ocorrência de uma pluralidade de infrações, também vale trazer para o debate, da lei e da doutrina penais, conceitos referentes à natureza jurídica de práticas ilícitas (unas ou múltiplas) que, de diferentes formas, se prolongam ou se repetem ou se sedimentam no tempo, a fim de adequá-los, até onde aplicável, à instância disciplinar e, mais especificamente, a determinadas condutas infracionais comuns no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) e a enquadramentos estatutários cabíveis.

Inicialmente, abordando-se apenas os ilícitos decorrentes de conduta única (de um único processo de execução, seja de ação, seja de omissão), tem-se, em função da duração da afronta ao bem jurídico tutelado, de um lado, os ilícitos chamados instantâneos e, de outro lado, os ilícitos chamados permanentes. O ilícito instantâneo, como a regra geral da maioria das ilicitudes, se caracteriza por ter sua conduta concreta antijurídica e também sua completa consumação (também compreendida como a subsunção da conduta concreta à hipótese legal criminosa prevista pelo legislador na lei penal) exaurida em um só momento determinado e pontual em que o bem jurídico tutelado é afrontado, sem continuidade temporal, e esta característica em nada deve ser confundida com a possibilidade de, em muitos casos, o efeito da conduta poder se fazer sentir de forma prolongada no tempo, sem que isto afaste a natureza instantânea do ilícito. O ilícito permanente encerra uma única infração e se caracteriza por, não obstante se consumar (ou a cnduta concreta se subsumir à hipótese legal) já desde o primeiro momento em que o agente inicia a afronta ao bem jurídico tutelado, a conduta antijurídica não se exaure em um só momento determinado e pontual mas sim se prolonga no tempo até que, em geral, cesse a vontade do agente. Em qualquer caso, por completa consumação de um crime, aqui tida também como a subsunção da conduta concreta à hipótese tipificadora constante da lei penal, compreenda-se quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal, conforme o inciso I do art. 14 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP). O interesse da instância penal sobre esta classificação

de crime permanente - decorrente da doutrina, vez que não se encontra expressa na lei penal - se destaca na questão da definição da prescrição, visto que o inciso III do art. 111 do CP estabelece que o prazo somente começa a contar quando cessar a permanência da conduta ilícita (ressalvando-se que a prescrição penal, diferentemente da instância administrativa, para a regra geral do ilícito instantâneo, se computa a partir da data de sua consumação, ou seja, da subsunção da conduta concreta à hipótese legal).

> *CP - Tempo do crime*
> *Art. 4º Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*
> *Art. 14. Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*
> *Crime consumado (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *I - do dia em que o crime se consumou; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Adequando estes conceitos ao regime disciplinar, de início, se assegura que a grande maioria das condutas infracionais se amolda à definição de ilícitos de natureza instantânea, com a infração se consumando e a conduta se exaurindo no momento em que o bem jurídico tutelado é afrontado (ainda que, em alguns casos, o efeito da conduta possa se fazer sentir de forma prolongada no tempo, a conduta em si se exaure em determinado instante). Por exemplo, consumam-se as infrações com as condutas nos respectivos momentos em que o servidor age com falta de zelo com atribuições legais ou com o material ou com imoralidade ou com improbidade, é desleal com a instituição, descumpre uma norma ou uma ordem superior, revela um sigilo ou segredo, trata com desurbanidade ou ofende fisicamente alguém, se ausenta desautorizadamente do serviço, vale-se do seu cargo, intermedia interesses, recebe qualquer vantagem indevida, se insubordina, dentre outros enquadramentos previstos nos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

De outro lado, como raros exemplos de ilícitos disciplinares de natureza permanente, mencionam-se a omissão em não representar ao saber de supostas irregularidades funcionais; a infringência à proibição de manter cônjuge ou parente até o segundo grau sob subordinação em cargo ou função de confiança; a infringência à proibição de recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado; e a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, respectivamente estabelecidas nos incisos VI e XII do art. 116, nos incisos VIII e XIX do art. 117 e no inciso XII do art. 132, todos da Lei nº 8.112, de 1990. Em todos estes casos, o ilícito já se consuma desde o primeiro dia de cometimento, podendo-se a conduta prolongar indefinidamente no tempo, até que o agente queira cessar a afronta que comete ao respectivo bem jurídico tutelado.

Neste contexto, merece didático destaque de que foi objeto de expressa manifestação da AGU a natureza permanente do ilícito de abandono de cargo. Não obstante aqui se filiar ao entendimento de que a ilicitude teria natureza instantânea e se configuraria no exato e pontual trigésimo primeiro dia de ausência intencional ininterrupta, conforme se abordará em **4.7.4.2**, o já mencionado Parecer AGU nº GMF-6 manifestou, de forma vinculante, a natureza permanente do abandono de cargo. O órgão máximo do assessoramento jurídico do Poder executivo federal se baseou no fato de que o ânimo subjetivo faltoso do autor se mantém além dos 31 dias constitutivos da ilicitude, pois, por toda a extensão da conduta absenteísta, se pode

falar de intenção em faltar. Uma vez que, indubitavelmente, o dolo que permeia a conduta faltosa se prolonga desde o início das faltas, perpassa os 31 dias que definem o enquadramento e se mantém até o último dia de ausência, a AGU asseverou ser este um ilícito permanente e, como tal, com termo inicial prescricional computado somente a partir da cessação da permanência (ou seja, a partir da cessação da ausência ao serviço, no dia de retorno ao trabalho), conforme se esclarecerá com detalhes em **4.13.4**. Tanto é assim que, ainda que o servidor se prolongue ao longo do tempo em conduta absenteísta, não há que se falar de configuração de mais de um ilícito a cada 31 dias de ausência ininterrupta. Enquanto o servidor não retornar ao serviço, por ao menos um dia, configura-se um único ilícito de abandono de cargo. Caso o servidor retorne ao serviço após mais de 31 dias consecutivos de ausência, ainda que por apenas um dia, e volte depois a permanecer novamente por longo período sem comparecer, aí sim se configuram dois ilícitos de abandono de cargo.

> *Parecer AGU nº GMF-6, vinculante: "Ementa: II - A vontade do agente incide diretamente não apenas para a configuração do abandono de cargo, mas também para a situação de permanência que produz efeitos jurídicos, restando caracterizada, portanto, a prorrogação de sua base consumativa. III - A infração funcional de abandono de cargo possui caráter permanente e o prazo prescricional apenas se inicia a partir da cessação da permanência."*

Já a inassiduidade habitual, diferentemente do abandono de cargo, contém em sua materialidade, além da definição das sessenta faltas constitutivas, a imposição de um limite temporal máximo, limitador e renovador de cada nova contagem, qual seja, o período de doze meses. Assim, a inassiduidade habitual é um ilícito de natureza instantânea, que se consuma na sexagésima ausência injustificada ao serviço interpolada no período de doze meses, ainda que a conduta antijurídica e os efeitos dela provenientes se prolonguem no tempo com mais ausências injustificadas ao serviço dentro do período inicialmente balizado de doze meses. Após outros doze meses, se for o caso, pode-se falar de uma segunda configuração de inassiduidade habitual caso ali haja outras sessenta faltas injustificadas.

Por óbvio, no caso de infração única (independentemente de ser instantânea ou permanente), não há que se cogitar da existência de mais de um procedimento, seja para investigá-la em fase de admissibilidade, seja para apurá-la em processo disciplinar. E, também no que tange às repercussões sobre o instituto da prescrição, é cristalina e imediata aplicação da regra básica do cômputo prescricional disciplinar, sem exigir maiores esforços hermenêuticos, no sentido de existir uma única consumação infracional a ser conhecida pela autoridade instauradora e a exigir a instauração de apenas um procedimento, conforme melhor se detalhará em **4.13.1**.

Aprofundando no tema, agora se consideram os ilícitos ou as práticas ilícitas consistentes de mais de uma conduta (de mais de um processo de execução, comissivo ou omissivo, ou de mais de um desígnio, doloso ou culposo). Por um lado, um mesmo agente (ou diferentes agentes) pode(m) cometer diversos ilícitos, idênticos ou não e em tempos e em locais distintos ou não, e, ainda assim, fazê-lo de forma que não haja nenhuma ligação de um com os outros ou circunstância em comum que os inter-relacione a ponto de a ocorrência de um não guardar nenhum vínculo causal ou jurídico com os demais - aos quais a doutrina classifica como independentes. Se esta construção a favor da independência material é defensável para um único agente, mais fortemente ainda se cogita da possibilidade de ilícitos serem tidos como independentes se praticados, sob as mesmas condições acima, por diferentes agentes. Por outro lado, pode um mesmo agente (ou diferentes agentes) cometer(em) as duas (ou mais) condutas sob um liame, sob um nexo, sob um vínculo de relação ou de ligação, substancial ou instrumental entre os fatos, que leva os ilícitos delas decorrentes a serem classificados como conexos e aconselharem a unidade processual (o processamento em um único feito).

De um lado, na hipótese de infrações independentes, cometidas sem qualquer circunstância em comum que as inter-relacione, cada fato irregular deve ser investigado em procedimentos distintos em fase de admissibilidade e, na sequência, deve ser objeto de instauração de processos disciplinares específicos, conforme posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos, e entendimento jurisprudencial.

> *Orientação Coger nº 43*
> *O conhecimento de novas irregularidades tidas como independentes em relação aos fatos objeto da fase de admissibilidade ou do PAD em curso recomenda a formalização de procedimento distinto.*
>
> *STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 13.079: "Ementa: No exercício do poder disciplinar, pode a autoridade administrativa editar portarias diversas para apurar faltas funcionais diferentes, o que não consubstancia bis in idem. (...)"*

De outro lado, tratando de infrações conexas, cometidas sob um vínculo de ligação que as inter-relacione, independentemente de se tornarem conhecidas em mesmo momento ou em momentos distintos, pode a fase de admissibilidade ou a apuração disciplinar se desenvolverem, para todos os ilícitos, no mesmo procedimento. A unidade processual é recomendada porque propicia o melhor conhecimento dos fatos, evitando, desta forma, decisões contraditórias.

O conceito jurídico de conexão está associado à fixação de competência julgadora, na inteligência de que diversos ilícitos sejam congruentemente julgados, em um único processo, por uma única autoridade julgadora. A unidade processual oferta ao julgador uma visão conglobante de todo o conjunto probatório atinente a ilícitos que guardam um liame de correlação (permitindo uma visão mais completa do panorama probatório), a fim de prevenir a ocorrência de decisões discrepantes, propiciando economia processual (é possível que sejam aproveitadas as mesmas provas), razoável duração do processo e, sobretudo, segurança jurídica.

A conexão pode decorrer de o primeiro ilícito (ilícito-meio) ter sido cometido para facilitar ou assegurar a execução do outro ilícito (ilícito-fim), em relação de causa e efeito - chamada de conexão teleológica; ou, invertendo a sequência cronológica entre meio e fim, pode decorrer de o segundo ilícito (ilícito-meio) ter sido executado para facilitar ou assegurar a ocultação, a impunidade ou a vantagem associada ao primeiro ilícito já cometido (ilícito-fim) - chamada de conexão consequencial; ou, ainda, pode decorrer tão somente do fato de um ilícito ser cometido na mesma ocasião da prática de outro, no sentido de o segundo ilícito ser executado apenas em razão da oportunidade ocasionada pelo primeiro, sem uma vinculação de meio e fim - chamada de conexão ocasional, em que não se verifica uma forte relação de causa ou de consequência a unir consecutivamente os ilícitos. Em instância penal, a existência das duas primeiras hipóteses acima descritas de conexão importa na consideração de circunstância agravante, conforme a alínea "b" do inciso II do art. 61 do CP (chamadas conjuntamente de conexão material, em razão da previsão e das repercussões na lei penal material, ou também chamadas de conexão objetiva).

> *CP - Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *II - ter o agente cometido o crime:*
> *b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;*

Sem prejuízo da conexão ocasional decorrente de um ilícito ter ocasionado outro, o art. 76 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) reitera as duas definições extraídas da alínea "b" do inciso II do art. 61 do CP, de conexões

materiais (ou objetivas) teleológica e consequencial - circunscritas às condutas de um mesmo autor e decorrentes de um ilícito ter sido praticado para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro ilícito -, e ainda prevê definições mais abrangentes para a conexão sob ótica instrumental, com o fim de se permitir uma única ação penal abarcando as apurações de mais de um ilícito. O mesmo dispositivo da lei processual penal também considera conexos os ilícitos em que a prova do cometimento ou das circunstâncias elementares de um influem na prova do outro (chamada conexão probatória ou instrumental), bem como os ilícitos que envolvem mais de um agente, se cometidos ao mesmo tempo por várias pessoas reunidas no mesmo local (em reunião ao mero acaso) ou independentemente se cometidos em tempo e lugar diversos, por várias pessoas em concurso (em acerto prévio), ou até mesmo se cometidos reciprocamente, por umas pessoas contra as outras (em três espécies da chamada de conexão intersubjetiva). Pode-se, então, dizer que estas são as condições que, em sentido estrito, as instâncias penal e processual penal consideram a conexão de ilícitos. Não se perca de vista que o instituto da conexão obrigatoriamente faz subentender o cometimento de dois ou mais ilícitos que guardam um liame entre si e que aconselham a unidade processual (uma única ação).

> *CPP - Art. 76. A competência será determinada pela conexão:*
> *I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;*
> *II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;*
> *III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.*

No cenário administrativo, de certa forma, pode-se dizer que, em princípio, o cometimento sucessivo (ou até mesmo simultâneo) de duas ou mais condutas que se amoldem a quaisquer dois ou mais enquadramentos da Lei nº 8.112, de 1990, configura dois ilícitos independentes. Assim, seria absolutamente inesgotável a apresentação de lista de pluralidades de condutas que se amoldassem a todas as combinações de dois ou mais enquadramentos administrativos como exemplos de infrações independentes. Apenas para figurar, são independentes as condutas de um servidor ofender verbalmente um superior hierárquico e, em seguida, ainda que no mesmo local, atuar de forma irregular na concessão de determinado tratamento tributário a um contribuinte ou destruir um bem patrimoniado da repartição e ausentar-se do local de trabalho sem autorização da chefia, dentre inúmeros outros exemplos que se poderia listar. Em quaisquer casos como estes, como regra, trata-se de infrações dissociadas uma da outra, a recomendarem, em princípio, apurações em processos separados (ou ao menos a autorizarem processamentos apartados, se assim parecer conveniente em fase de admissibilidade ou já no curso do processo disciplinar).

Em contrapartida, se, em primeiro instante, se verifica que um servidor extraiu de um procedimento fiscal um laudo de análise química sobre determinada mercadoria importada por um contribuinte e, no curso da fase de admissibilidade ou do processo administrativo disciplinar instaurado por tal fato, se vem à tona que, na verdade, ele deu causa ao extravio do laudo com o fim de posteriormente atuar no desembaraço aduaneiro de forma irregular, para fazê-lo com base em classificação fiscal indevidamente favorável ao contribuinte e discrepante do que apontava aquela análise química, tem-se certo que aqui também há duas infrações distintas mas que guardam relação de conexão material (ou objetiva) teleológica entre si (a segunda foi efeito da primeira) e que recomendam apurações em um mesmo processo. Da mesma forma, se, em primeiro momento, se verifica que um servidor concedeu irregularmente uma certidão negativa de débitos a um contribuinte que não fazia jus e, no

curso da fase de admissibilidade ou do processo disciplinar instaurado por tal fato, se detecta que, posteriormente à emissão da certidão indevida, ele também acessou sistema informatizado do órgão e adulterou registros armazenados naquela base como forma de dar aparência de regularidade àquela emissão de certidão, igualmente tem-se certo que se trata de duas infrações distintas mas que guardam relação de conexão material (ou objetiva) consequencial entre si (a segunda tentou ocultar a primeira) e que recomendam apurações em um mesmo processo.

Diferentemente destes exemplos de espécies de conexão em que há relações de causa ou consequência a estabelecer uma forte ligação consecutiva entre os dois ilícitos, pode-se figurar a conexão apenas ocasional quando um servidor, com intenção de a princípio tão somente suprir a curiosidade pessoal acerca da situação fiscal de determinado contribuinte conhecido seu, comete um acesso imotivado a sistema informatizado e, sem que fizesse parte de seu desígnio inicial, ao se deparar com uma pendência fiscal, utiliza-se de sua senha para promover uma indevida regularização a favor daquele terceiro. Na mesma linha, também pode-se figurar a conexão material (ou objetiva) ocasional quando um servidor, inicialmente movido tão somente pela intenção de retardar um procedimento aduaneiro em desfavor de determinado contribuinte, retém injustificadamente o despacho e daí, com mercadoria pendente de liberação em seu poder, resolve subtrair algum exemplar do lote. Também, em ambos os casos, se justifica um único processo.

Um exemplo de conexão probatória (ou instrumental) ocorre quando, em primeiro momento, se verifica que um servidor agiu de forma irregular em determinado ato funcional e, no curso da fase de admissibilidade ou do processo disciplinar instaurado por tal fato, se detecta que, na verdade, o servidor recebeu ordem expressa e manifestamente ilegal de seu superior hierárquico para assim proceder, sendo certo que a prova do cometimento da infração por parte do subordinado, ao ter atuado de forma irregular no hipotético procedimento, requer que antes se comprove a ilegalidade da ordem emitida pelo superior (este infração é prejudicial daquela), parecendo inafastável a necessidade de apurações em um único processo.

Para ilustrar um exemplo de infrações conexas na reunião ao acaso de pessoas, pode-se mencionar a hipótese de diversos servidores, por desígnios próprios, individualizados e autônomos uns aos outros, em determinado momento, se afastarem do local de serviço comum a todos sem autorização da sua chefia imediata ou descumprirem uma ordem superior inequivocamente legal a todos dirigida. Para ilustrar um exemplo de infrações conexas em concurso de pessoas nos mesmos lugar e tempo, pode-se ter que dois servidores, no cumprimento de termo de distribuição de procedimento fiscal (TDPF) no estabelecimento de um contribuinte, mediante combinação prévia, atuem em conluio, com um deles lavrando uma autuação sabidamente a maior e com o outro ofertando a assessoria tributária para realizar a peça de impugnação fiscal. Pode-se ter como exemplos de infrações conexas em concurso de pessoas em lugar e/ou tempo distinto(s) quando um servidor admite ou encaminha favoravelmente um determinado tratamento tributário favorável a pleito de contribuinte que será concluído ou decidido posteriormente por outro servidor, em ações reciprocamente conscientes e irregulares, tais como a admissão e a conclusão em regime especial de trânsito aduaneiro ou uma minuta propondo a concessão de um benefício fiscal a ser assinada pelo superior hierárquico, em que ambos agentes reciprocamente sabem da irregularidade de suas condutas e assim agem em acerto prévio e indevido. E, para exemplificar infrações conexas reciprocamente cometidas por mais de uma pessoa, uma contra a outra, mencionam-se as hipóteses de dois servidores, dirigirem ofensas verbais um ao outro ou de se agredirem fisicamente. Em todos estes exemplos, embora se trate de duas infrações distintas, cada uma praticada por um servidor (independente de serem ou não praticadas no mesmo tempo e no mesmo lugar), guardam conexão intersubjetiva pela reunião ou pelo concurso de pessoas ou pela reciprocidade e recomendam apuração em um único processo.

Das situações hipotéticas acima, para que se possa considerar duas (ou mais) infrações como conexas, à luz do sentido estrito como o conceito se opera em instâncias penal ou processual penal, é imprescindível que os fatos irregulares cometidos por um mesmo agente ou por mais de um agente guardem relação tamanha que a elucidação do cometimento ou das circunstâncias elementares de uma passa pelo esclarecimento da outra, de forma que a apuração conjunta e simultânea de ambas em único processo seja relevante e imprescindível para formar a convicção global dos fatos, em favor da economia e da celeridade processuais e da segurança jurídica.

Relembrando-se então o art. 76 do CPP e agora talvez podendo-se melhor compreendê-lo (no sentido de que é um comando legal que define conexão para fim de definição de competência julgadora), a consideração de que dois ou mais ilícitos são conexos, a aconselhar a união apuratória em só processo, pode decorrer do vínculo existente entre estes ilícitos (conexões materiais ou objetivas) ou pode decorrer da indissociabilidade das provas destes ilícitos (conexão probatória ou instrumental) ou, por fim, pode decorrer do liame entre os agentes destes ilícitos (conexões intersubjetivas).

Pelo exposto, o surgimento do novos fatos conexos, seja ainda no transcorrer da fase de admissibilidade, seja no curso do processo disciplinar, autoriza a sua inclusão no escopo inicial investigativo ou da apuração contraditória em andamento.

A detecção de novos fatos marcados por conexão em relação ao fato representado ou denunciado autoriza que sejam abarcados não só na fase de admissibilidade em andamento mas também até mesmo no processo administrativo disciplinar em curso (caso este já tenha sido instaurado). Em outras palavras, não há ilegalidade na extensão dos escopos investigativo e apuratório quando sobrevier o conhecimento de novos fatos ligados por relação de conexão com os fatos primitivos representados ou denunciados (quando tal ciência se der na fase de admissibilidade) ou ainda com relação aos fatos originalmente ensejadores da instauração (quando tal ciência se der pela comissão no curso do processo administrativo disciplinar - PAD ou da sindicância disciplinar). Acrescente-se que, no caso de conhecimento de novos fatos conexos já no curso do processo disciplinar, sua inclusão no escopo dos trabalhos somente é válida se ocorrida antes de eventual indiciação do acusado, requerendo apenas a soberana deliberação da comissão e dispensando que a autoridade instauradora adite a portaria de pessoal, da qual já conta a referência à extensão para fatos conexos.

Estes conceitos de ilícitos independentes e de ilícitos conexos não estão expressos no CP porque a lei penal os considera inseridos em outro conceito, de relevante definição, chamado concurso material (ou real) de ilícitos, este sim previsto de forma expressa no art. 69 do CP. O concurso material de ilícitos se dá quando o agente, em mais de uma conduta (em mais de um processo de execução, comissivo ou omissivo, ou de mais de um desígnio, doloso ou culposo), sucessivamente, pratica dois ou mais ilícitos, independentemente se cometidos no mesmo tempo ou no mesmo lugar, obtendo, então, mais de um resultado delituoso. No concurso material de ilícitos, há mais de uma conduta do autor e, por conseguinte, ele incorre em mais de um ilícito, idênticos ou não, que podem ser independentes (recomendando *a priori* apuração em ações penais independentes ou ao menos autorizando que assim se o faça) ou conexos (recomendando apuração em uma mesma ação penal), conforme acima já exposto, mantendo como único elo a identidade do agente. Não se configura o concurso material de infrações se, com relação ao primeiro ilícito, já houve condenação definitiva - pois, assim, o que se pode configurar é reincidência - ou prescrição da punibilidade. Estando-se diante de autor cuja conduta merece grave reprovabilidade, a lei penal prevê o severo sancionamento, devendo ser somadas as penas de cada ilícito. Como se trata de mais de um ilícito, a prescrição é considerada para cada um isoladamente, mantendo-se a regra geral de cômputos independentes dos respectivos prazos a partir da consumação de cada ato, na leitura conjunta do art. 119 com o inciso I do art. 111, ambos do CP.

> *CP - Concurso material*
> *Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Em contrapartida ao concurso material de ilícitos, a lei penal define o concurso formal (ou ideal) de ilícitos, no art. 70 do CP, quando o agente comete uma única conduta (um único processo de execução, comissivo ou omissivo, e decorrente de um único desígnio, por meio de um único impulso volitivo, doloso ou culposo) e, simultaneamente, incorre em dois ilícitos, idênticos ou não, obtendo, então, mais de um resultado delituoso. No concurso formal de ilícitos, em geral, se tem dois ilícitos conexos, destacadamente em razão da peculiaridade de terem sido cometidos na mesma ocasião, para os quais se recomenda a apuração em uma mesma ação penal. Em tais casos, embora não deixe de ser dois ilícitos em concurso, tão somente por uma questão de política criminal, como regra, a lei penal prevê uma apenação inferior à que seria cabível em caso de concurso material, aplicando somente a pena mais grave (se distintas as penas de cada ilícito) ou somente uma delas (se iguais), mas com acréscimo, em ambos os casos de um sexto até a metade (exasperação da pena). Não obstante, como se trata de mais de um ilícito, a prescrição é considerada para cada um isoladamente, mantendo-se a regra geral de cômputos independentes dos respectivos prazos a partir da consumação de cada ato, na leitura conjunta do art. 119 com o inciso I do art. 111, ambos do CP.

> *CP - Concurso formal*
> *Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *Parágrafo único. Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Com o fim de se tentar refletir ambos os conceitos de concurso material e formal de ilícitos para a instância disciplinar (aplicação esta que, em **4.5.3**, se ratificará como relevante), de imediato, relembrando-se que já se afirmou que a maioria das pluralidades de condutas configura infrações independentes, registra-se que praticamente todas estas se inserem no conceito de concurso material de ilícitos, às quais devem ainda ser somadas também muitas das pluralidades de condutas que configuram infrações conexas. Daí, pode-se afirmar que a imensa maioria das situações que envolvem o cometimento de mais de uma infração de que se pode cogitar em instância disciplinar recai no conceito de concurso material de ilícitos, podendo ser aqui aproveitados, como exemplos, tanto a menção genérica de todas as combinações de condutas (sucessivas ou simultâneas) que se amoldem a quaisquer dois ou mais enquadramentos da Lei nº 8.112, de 1990, quanto os exemplos já enumerados acima de condutas conexas. Assim, caso se verifique, em fase de admissibilidade, a ocorrência de pluralidade de ilícitos configuradores de concurso material, em princípio, é recomendável, em decorrência, proposta de instauração de processos disciplinares autônomos (ou ao menos se justifica que assim se o faça, se as infrações são independentes) ou de um único processo disciplinar (se as infrações são conexas).

De outro lado, força-se concluir como residual e rara a possibilidade de, configurados mais de um ilícito, a conduta em instância administrativa se ajustar à definição de concurso formal de ilícitos. Como exemplo de concurso formal de ilícitos pode-se ter uma única manifestação pública de um servidor, sob um único desígnio, que, nesta condição, ao mesmo

tempo, tanto ofenda a lealdade que se exige em relação à RFB quanto se dirija de forma desurbana ou com desapreço em relação à pessoa de um superior hierárquico. Um outro exemplo que se pode citar é se um servidor, com o fim de agredir outra pessoa, atira em sua direção um equipamento público e, naquele único desígnio, tanto atinge a vítima quanto destrói o bem. Assim, caso se verifique, em fase de admissibilidade, a ocorrência de pluralidade de ilícitos configuradores de concurso formal, em princípio, é recomendável, em decorrência, proposta de instauração de um único processo disciplinar.

Antecipando-se, em sintéticas palavras, o que será abordado detalhadamente em **4.13.1.2**, no caso de ilícitos independentes em concurso, na esteira da recomendação de emprego de distintos procedimentos (investigativos ou contraditórios), também se tem que os respectivos cômputos prescricionais se dissociam um do outro, atrelando-se às condicionantes de cometimento e de conhecimento de cada infração. E no caso de ciência de novos fatos conexos, ainda na fase de admissibilidade ou já no curso do processo disciplinar, inaugura-se, para cada um destes fatos recém-conhecidos um novo marco inicial do prazo prescricional, pois o termo inicial da inicial da contagem do prazo prescricional se dá com o conhecimento parcelado de cada ilícito, autonomamente considerado. Nesta linha de entendimento, é possível concluir que a fase de admissibilidade ou a apuração disciplinar de vários fatos em concurso (material ou formal) em uma unidade processual não afeta o tratamento legal dos marcos iniciais da prescrição, que deve ser computado separadamente em relação a cada infração, autonomamente considerada (sejam elas independentes, sejam elas até mesmo conexas).

Na sequência, a lei penal, no art. 71 do CP, define o ilícito continuado (ou continuidade delitiva) como sendo resultante de mais de uma conduta em que o agente pratica dois ou mais ilícitos de mesma espécie (não necessariamente idênticos, bastando ter os mesmos elementos descritivos) e sendo o(s) subsequente(s) possível(is) de ser(em) tomado(s) como continuação do primeiro. Importante destacar que o requisito de continuidade que deve ligar o(s) ilícito(s) posterior(es) ao primeiro deve ser aferido em termos tanto de condições objetivas, tais como de tempo, de lugar, de modo de execução e outras condições semelhantes, quanto em termos de ânimo subjetivo específico de o autor, em um único impulso volitivo (um único desígnio), querer (com dolo) ou manter (com culpa) a prática ilícita continuada, aproveitando-se, para a execução dos ilícitos posteriores, das mesmas relações e oportunidades propiciadas pelo primeiro ilícito, na forma de um único contexto ou de situações que se repetem ou que se prolongam no tempo. A doutrina e a jurisprudência convencionam acatar, acerca de tempo, um intervalo de ação de até trinta dias e, acerca de lugar, uma extensão que pode abarcar até municípios vizinhos. No caso de ilícito continuado, a recomendação é de que se apurem todos os ilícitos de que já se tem conhecimento até o momento de instauração de uma só ação.

> *CP - Crime continuado*
> *Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

A rigor, o ilícito continuado nada mais é que uma espécie de concurso material, já que engloba mais de uma conduta que acarreta mais de um ilícito, refletindo apenas um tratamento conceitual mais benéfico ao se agruparem os diversos ilícitos constituintes em uma única ação. Exclusivamente para o fim de fixar a apenação, por uma questão de política criminal, foi conceitualmente concebido como uma ficção jurídica, uma vez que a lei penal prevê um sancionamento intermediário ao do concurso material (em que se somam todas as penas) e do concurso formal (uma única pena aumentada no máximo até metade). Por operar uma redução de pena em relação ao concurso material (apesar de também consistir de mais de uma conduta e mais de um ilícito), a consideração de que determinada prática constitui ilícito continuado requer aplicação mais restritiva (daí porque se exigem requisitos objetivos e subjetivos de conduta do autor), não podendo ser confundido, por exemplo, com reincidência de ilícito já punido e nem mesmo com mera habitualidade delitiva por parte do agente.

A necessidade do elemento subjetivo de querer praticar a conduta continuada aproveitando-se das condições originalmente propiciadoras, em único desígnio, é essencial para diferenciar o ilícito continuado da habitualidade delitiva (habitualidade no crime ou criminosa), a fim de que o autor que comete vários ilícitos, movido, a cada ilícito, por um desígnio autônomo de vontade de delinquir (e que podem ser apurados em ações penais distintas), não seja beneficiado pela menor punição que se prevê para o ilícito continuado. Uma vez atendidos os requisitos já enumerados, à conduta considerada como ilícito continuado, como regra, aplica-se somente a pena mais grave (se distintas as penas de cada ilícito) ou somente uma delas (se iguais), mas com acréscimo, em ambos os casos de um sexto até dois terços (exasperação da pena), sendo portanto relevante a visão conglobante que somente uma única ação pode propiciar ao julgador. Como, na verdade, se trata de mais de um ilícito, a prescrição é considerada para cada um isoladamente, mantendo-se a regra geral de cômputos independentes dos respectivos prazos a partir da consumação de cada ato, na leitura conjunta do art. 119 com o inciso III do art. 111, ambos do CP.

Acrescente-se que o ilícito continuado não se confunde com o ilícito permanente, pois aquele é composto de várias condutas ilícitas enquanto este encerra apenas uma única conduta ilícita que, embora sua consumação se aperfeiçoe já desde o primeiro momento, não se exaure neste momento mas sim se prolonga no tempo.

Também não se confundem os conceitos de ilícito continuado e de ilícitos conexos, sob a estrita ótica penal e processual penal. Os ilícitos cometidos de forma continuada são atos independentes uns dos outros. Não há correlação de conexão entre cada ilícito praticado dentro deste conceito, uma vez que cada ato praticado é estanque em si próprio, encerra-se em si mesmo e não tem sua comprovação dependente da comprovação dos atos anteriores ou posteriores. O fato de cada ilícito ser praticado sob similaridade de espécie e de condições objetivas de tempo, lugar, modo de atuação e contexto e de oportunidades não lhes confere conexão, pois, para isto, apenas exige indissociabilidade dos respectivos elementos probantes. Não há de se confundir o fato de determinada conduta ser praticada sob os parâmetros de continuidade com cada ato desta sequência ser conexo um com o outro. Em consequência, ilícitos continuados podem ter sua persecução fracionada em distintas ações com maior pertinência do que os ilícitos conexos, já que, para estes, em razão de os elementos de prova serem intrínsecos, a recomendação de um único processo se faz ainda mais forte.

Tanto é assim que uma decorrência importante do fato de ser o ilícito continuado apenas uma ficção jurídica (já que, na verdade, é uma espécie de concurso material de ilícitos) é que a coisa julgada em uma ação penal em relação a uma determinada continuidade de conduta se opera tão somente em relação aos ilícitos especificamente objeto daquela persecução. Desta forma, novos ilícitos cometidos sob os mesmos parâmetros objetivos e subjetivos não são atingidos pela coisa julgada daquela ação, ainda que sejam ligados aos ilícitos já apreciados pelos laços da continuidade, podendo novo processo ser instaurado em

razão destes novos fatos. Em outras palavras, apesar da recomendação de se operar apuração em única ação para os ilícitos já conhecidos, não há impedimento de se ter outra ação para outros ilícitos de que se tenha conhecimento posterior.

Refletindo este conceito na instância administrativa, pode-se ter a configuração de ilícitos continuados quando o servidor, em curtos intervalos de tempo, em uma mesma unidade, utilizando de mesmo *modus operandi* e valendo-se das mesmas condições de contexto propiciadoras da prática, realiza continuadamente atos infracionais de mesma espécie - em forte associação com os conhecimentos técnicos que detém, da área em que atua e dos acessos, em sentido amplo do termo, que as atribuições legais de seu cargo lhe propiciam -, tais como diversas inscrições ou alterações cadastrais de pessoa física ou de pessoa jurídica, diversos cancelamentos de débitos fiscais, diversas emissões de certidões negativas de débito, diversos registros de exportações fictícias em sistema informatizado de comércio exterior, diversos desembaraços aduaneiros de declarações de importação, sendo recomendável, em todos estes exemplos, que as apurações acerca dos fatos até então conhecidos se deem em um mesmo processo.

Interessante destacar aqui a peculiaridade em especial de um determinado ilícito disciplinar, que é o ato de improbidade por enriquecimento ilícito, previsto no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa), combinado com o inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, conforme se exporá em **4.7.4.4.3**. O enriquecimento ilícito em si não é um ato funcional e não se confunde com a conduta antijurídica em si, de ação ou de omissão, perpetrada na condição de servidor no exercício do cargo (como o são os diversos exemplos mencionados acima), mas sim o resultado que decorre do ato funcional infracional. Na esteira, embora se reconheça tratar-se de uma modelação ainda frágil e incipiente, pode-se aduzir que a sua natureza jurídica depende das circunstâncias materiais de cada caso concreto, uma vez que acompanha a natureza jurídica do ato funcional que lhe precede. Em outras palavras, se um ato ilícito único e instantâneo acarretar enriquecimento ilícito recebido de uma só vez, esta infração subsequente também pode ser tida como instantânea. Por outro lado, se qualquer uma das práticas ilícitas continuadas exemplificadas acima acarretar reiterados episódios de enriquecimento ilícito, estas infrações subsequentes poderão assumir a natureza de continuadas. Portanto, em função da natureza jurídica do ato funcional de que decorre, o enriquecimento ilícito pode ser uma infração instantânea ou continuada.

Pelo exposto, caso se tenha em fase de admissibilidade uma quantidade discreta de eventos na linha acima exemplificada (que atendam aos requisitos objetivos e subjetivos da continuidade, tais como diversas inscrições ou alterações cadastrais de pessoa física ou de pessoa jurídica, diversos cancelamentos de débitos fiscais, diversas emissões de certidões negativas de débito, diversos registros de exportações fictícias em sistema informatizado de comércio exterior, diversos desembaraços aduaneiros de declarações de importação) e, no curso do processo disciplinar, venha ao conhecimento da comissão novos episódios de conduta da mesma espécie, em princípio, na leitura restritiva que se teria dos conceitos em questão sob óticas penal e processual penal, embora, em regra os ilícitos em relação de continuidade recomendem um único processo, pode ser conveniente que se formule nova representação à autoridade instauradora, a fim de se evitar alegação de extrapolação dos poderes apuratórios atribuídos na portaria de pessoal instauradora e o enfrentamento da questão do marco inicial do prazo prescricional. Nesta linha cautelosa, repise-se que o ilícito continuado é apenas uma construção fictícia do Direito Penal, com o fim de imputar sanção menos severa que se imputaria caso se considerassem os ilícitos constituintes em concurso material, sendo certo que eventual coisa julgada em relação ao procedimento original não interfere em posterior apuração.

Entretanto, não obstante este posicionamento *a priori* conservador, é de se reconhecer

que, em instância disciplinar, em que o universo de penas possível é discreto, esta diferenciação conceitual entre ilícito continuado e concurso material de ilícitos não teria efeito, conforme adiante se abordará com mais profundidade. Na prática, o fato de um servidor cometer uma determinada quantidade de atos ilícitos com defasagem temporal menor ou maior que a referência jurisprudencial de trinta dias, na mesma unidade ou em unidade localizada em outra localidade, valendo-se ou não de mesmo *modus operandi*, sem que, de um jeito ou de outro, se configure conexão no sentido estrito das instâncias penal ou processual penal, se, por um lado, não altera as recomendações de se autuarem em um mesmo processo disciplinar todos os ilícitos de que de imediato já se tem conhecimento e de, em princípio, a comissão formular representação à parte caso levante novos ilícitos no curso do inquérito administrativo, também, por outro lado, não conduz à irretorquível declaração de nulidade caso os novos ilícitos sejam abarcados no processo já em curso.

Com efeito, caso em fase de admissibilidade, demarcada por uma quantidade discreta de eventos que atendam aos requisitos objetivos e subjetivos da continuidade, se identifiquem novos episódios de conduta da mesma espécie, não se tem dúvida da legalidade da inclusão destes novos fatos no escopo investigativo em curso.

E, analogamente ao que se defendeu para infrações conexas em concurso, ainda que de forma menos hialina, no caso de se identificarem, no curso do processo disciplinar, novos fatos que se inserem no conceito jurídico de ilícito continuado em relação aos fatos que deram origem à instauração, admite-se que a comissão processante os inclua no objeto da apuração. Acrescente-se que a inclusão destes novos fatos no escopo dos trabalhos somente é válida se ocorrida antes de eventual indiciação do acusado, requerendo apenas a soberana deliberação da comissão e dispensando que a autoridade instauradora adite a portaria de pessoal.

E novamente antecipando em síntese o que detidamente se abordará em **4.13.1.2**, também para o ilícito continuado, na linha da regra geral para o concurso material de infrações, deve-se operar o cálculo da prescrição de forma individualizada, considerando a autonomia resultante do conhecimento particularizado de cada infração, seja ainda em fase de admissibilidade, seja já no curso do processo disciplinar. Apenas advirta-se que caso o conhecimento diferido no tempo dos diversos ilícitos de natureza continuada se dê antes da instauração, ainda na fase de admissibilidade, e também se dê de forma que, em razão da data de conhecimento de algum(ns) deste(s) ilícito(s), já se tenha operado a prescrição e para outros ainda não, já de pronto deve-se desconsiderar do escopo instaurador aqueles ilícitos para os quais o tempo decorrido desde o conhecimento já faz operar a prescrição e de manter no foco apuratório somente aqueles ilícitos para os quais este efeito extintor da punibilidade ainda não se operou.

Por fim, aborda-se o conceito doutrinário de ilícito habitual. Sem contar com definição expressa na lei penal, o ilícito habitual tem a peculiaridade de ser considerado configurado somente após a reiteração de determinados atos que, se tomados isoladamente, não atingem o patamar de ilicitude. O ilícito habitual decorre da reiteração com que o agente pratica atos que, por si sós, até seriam penalmente irrelevantes, mas que auferem reprovabilidade social justamente com a habitualidade. Obviamente, tratando-se, a rigor, de um conjunto de atos praticados com habitualidade e que, no seu todo, constituem um ilícito único, recomenda-se para o ilícito habitual uma ação penal única e considera-se iniciada sua contagem prescricional na data de consumação do último ato constituinte, conforme se discorrerá mais detidamente em **4.13.1.2**.

Diferentemente do ilícito continuado (no qual, na verdade, cada ato em si já configura um ilícito e que, como já afirmado acima, trata-se de uma ficção jurídica para conter em apenas um conceito o que, na verdade, se constitui de diversos ilícitos em concurso material), o ilícito habitual é de fato um ilícito único, mas formado por diversos atos que, separadamente, são atípicos. No ilícito habitual, é a habitualidade que faz daquela prática um

estilo ou um hábito de vida reprovável do agente, sendo então, um elemento do tipo.

O ilícito habitual não se confunde nem mesmo com o conceito de habitualidade delitiva (ou habitualidade no crime ou criminosa) por parte do agente que comete vários ilícitos independentes. Enquanto no ilícito habitual a habitualidade é uma qualidade do ilícito, na habitualidade delitiva do agente o que se tem é a pluralidade de condutas ilícitas, sendo a habitualidade uma qualidade do autor. Na instância penal, esta diferenciação é relevante, a fim de que não se beneficie o agente que se move pela vontade de cometer diversos ilícitos e que, como tal, deve se sujeitar ao sancionamento cumulativo do concurso de ilícitos, com a mesma sanção a que se sujeita o autor que incorre no ilícito único de natureza habitual.

Ademais, embora ambos conceitos se insiram na recomendação da unidade processual, também não se deve confundir ilícito habitual com ilícitos conexos, no sentido estrito deste conceito. Enquanto o primeiro se refere a um ilícito único, configurado após a reiteração de determinados atos que, por si sós, não configuram ilicitude, por outro lado, a conexão se configura com dois ou mais ilícitos que guardam entre si, em algum grau, indissociabilidade apuratória.

E, embora ambos sejam ilícitos únicos, também não se confunde o ilícito habitual com o ilícito permanente, pois aquele não se consuma com um ato único e se caracteriza pela reiteração, enquanto este possui a particularidade de que já se consuma desde o primeiro momento, a despeito de a conduta antijurídica se prolongar ininterruptamente no tempo. No ilícito permanente, desde o primeiro momento da ação antijurídica, a ilicitude está configurada e mantém-se ininterruptamente configurada um dia após, uma semana após, um mês após; enfim, assim mantém-se pelo tempo em que permanece a ação, até quando o agente cessar a afronta ao bem jurídico tutelado - não obstante, ratifique-se, já estar configurado desde o nascedouro da ação. No ilícito habitual, diferentemente, além de os atos antijurídicos poderem ser interpolados e cometidos com algum espaçamento temporal, de forma não ininterrupta, os primeiros atos não possuem o condão de fazer consumada a ilicitude, que somente se aperfeiçoa, se concretiza e se sedimenta com a reiteração, e não desde o primeiro momento.

O reflexo do conceito de ilícito habitual em instância administrativa, embora deva ser fortemente ponderado por cautela, pode se fazer razoável excepcionalmente em alguns casos concretos. A Lei nº 8.112, de 1990, prevê repercussão disciplinar, por exemplo, para o servidor que deixa de ser assíduo e pontual ao serviço ou que exerce atividade incompatível com o cargo ou que proceda de forma desidiosa (conduta que também pode se amoldar, dependendo das peculiaridades de cada caso concreto, ao conceito de ilícito continuado) ou que participe da gerência ou da administração de sociedade ou que exerça o comércio. Com as ponderações necessárias diante do caráter vinculante dos enquadramentos administrativos, pode-se compreender que, em tese, a ausência ao serviço em discretas oportunidades, ou a prática de um único ato isolado e pontual em vida privada que não se harmonize com as atribuições públicas ou de desleixo, desapego ou descompromisso culposos no exercício do cargo ou de gestão em uma sociedade ou um ato de venda de determinado bem não atingem o patamar de ofender aos bens jurídicos respectivamente tutelados pelo Estatuto. Todavia, a prática ou o exercício habituais de cometer qualquer um destes atos - que, em princípio, isoladamente não fazem merecer persecução e apenação disciplinar - configuram enquadramentos previstos na Lei nº 8.112, de 1990, que podem ser tidos, então, com certa afinidade com o conceito extraído da doutrina penal de ilícitos habituais e devem todos estes atos constituintes de que se tem conhecimento em fase de admissibilidade serem apreciados de forma conglobante em um único processo. Há posicionamento institucional neste sentido.

> *Orientação Coger nº 28*
> *O enquadramento no art. 117, X, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, requer a reiteração da conduta, não se consumando com atos pontuais ou*

> *eventuais, que, se tomados isoladamente, não atingem o patamar de ilicitude, conforme a doutrina define ilícito de natureza jurídica habitual.*
> *Em contrapartida, como regra geral do regime disciplinar, o conceito de ilícito habitual não se aplica e não se faz como pré-requisito para imputar a um servidor acusação por cometimento de infrações cabíveis na maioria dos enquadramentos estatutários. A título de exemplo, a falta de zelo ou de dedicação no exercício do cargo ou a ausência do serviço sem autorização superior não são fatos por si sós desprovidos de reprovabilidade e que somente alcançam o patamar de constituírem infrações quando cometidos com habitualidade; mesmo em condutas únicas, fatos daquelas naturezas já podem merecer persecução e apenação disciplinar.*

Vencida a apresentação conceitual, quanto à questão da ciência de novos fatos sob o manto da habitualidade, independentemente do momento em que tal conhecimento se dê - se antes ou depois da instauração do processo disciplinar -, é valido que sejam abarcados no procedimento em curso. Caso se cogite em fase de admissibilidade de suposto ilícito habitual, demarcado por uma quantidade discreta de eventos e, seja ainda na subfase investigativa, seja já no curso do processo disciplinar, venha ao conhecimento novos episódios de conduta da mesma espécie, independentemente de não se confundirem com o conceito estrito de fatos conexos, é plausível a tese de que faz sentido que sejam abarcados na mesma investigação ou no mesmo apuratório, uma vez que podem ser relevantes para a caracterização da habitualidade requerida para a configuração da infração - já que o conceito de habitualidade conduz à infração única, pode-se defender que não haja fracionamento da apuração em autos distintos.

Acrescente-se que, no caso de conhecimento de novos fatos sob o conceito de habitualidade já no curso do processo disciplinar, sua inclusão no escopo dos trabalhos somente é válida se ocorrida antes de eventual indiciação do acusado, requerendo apenas a soberana deliberação da comissão e dispensando que a autoridade instauradora adite a portaria de pessoal.

E quanto à prescrição, mais uma vez sintetizando antecipação do que se analisará em **4.13.1.2**, dada a estrutura jurídica da infração habitual, que se configura mediante a prática reiterada de vários atos que integram o conjunto de condutas indesejável pelo ordenamento legal, a renovação do conhecimento relativamente a cada nova ação, que indica que o agente não cessou a habitualidade transgressora, repercute diretamente na retomada do início da contagem do prazo de prescrição, seja ainda na fase de admissibilidade, seja já no curso do processo administrativo disciplinar instaurado. Há posicionamento institucional neste sentido.

> *Orientação Coger nº 29*
> *À vista das definições doutrinárias de que ilícito habitual encerra uma única infração e de que sua prescrição começa a correr do último ato cometido, ainda que já tenham ocorrido atos enquadráveis no art. 117, X, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para os quais já se tenha fluído o prazo prescricional, o conhecimento de novos atos renova o termo inicial da contagem e possibilita a instauração de procedimento investigativo ou disciplinar.*

Por fim, diferentemente de todo o exposto a partir de quando se abordaram hipóteses de pluralidade de condutas e de pluralidade de ilícitos (concursos material ou formal de ilícitos, ilícito continuado e ilícito habitual), faz-se necessário mencionar um outro fenômeno jurídico, denominado concurso (ou conflito) aparente de normas, que se configura quando o aplicador do Direito tem diante de si uma situação de uma única conduta e de um único ilícito mas que parece se enquadrar em mais de um dispositivo legal, conforme se detalhará em **4.5.3**. Tratando-se de conduta única e de ilícito único, deve receber um único tratamento jurídico, já que é de se presumir que o ordenamento deve ser harmônico. Para este fim, devem

ser empregados os critérios de resolução do conflito - que, de fato, se demonstra apenas aparente, já que sempre haverá um critério que o solucione.

Refletindo esta diferenciação em instância administrativa, pode-se mencionar, a título de exemplo, a hipótese de um servidor que, ao desembaraçar de forma consciente e irregular uma determinada mercadoria (este é o ato único), na base de sua conduta, deixa de observar uma norma vigente que determina que aquela mercadoria seja apreendida. Não há no exemplo em questão, de uma única conduta, concurso de infrações, nem independentes tampouco conexas, menos ainda há infrações continuadas ou habituais. Há apenas uma infração final, de irregularmente liberar a mercadoria (que, a rigor, deveria ter sido apreendida), que absorve o ato inicial (de inobservar a norma que determinava a apreensão), integrante da conduta acabada, resolvendo-se o concurso apenas aparente de infrações, que parecia indicar dois enquadramentos possíveis, pelo critério da subsidiariedade.

Feita a apresentação destes conceitos oriundos da instância penal e esboçados alguns exemplos de como eles poderiam se fazer refletir na instância disciplinar, é de se ratificar o enfoque com que se introduziu o presente tema. Diante das características inerentes ao Direito Penal, no qual os ilícitos encontram rígida definição demarcada pela tipicidade e cuja sanção, além de sempre gravosa no círculo de direitos pessoais, comporta significativa elasticidade no *quantum* a ser aplicado, este conjunto de conceitos legais e doutrinários é extremamente relevante naquela instância, com o fim de ponderar com equilíbrio a aplicação da pena, sobretudo nas diferentes espécies de concurso. Com o objetivo de evitar sanções desproporcionais, na instância penal, as delimitações, fronteiras e diferenças entre os presentes conceitos são tratadas com rigor, mantendo-se, de fato, um forte grau de estanqueidade e incomunicabilidade entre os conjuntos de hipóteses que respectivamente em cada um deles se enquadram. Afinal, para a instância penal, é extremamente relevante diferenciar se o concurso importará na cumulatividade das penas ou tão somente na exasperação da pena ou ainda na pena única associada ao ilícito habitual. Daí, os conceitos de conexão e de concurso de ilícitos, ilícitos continuados e ilícitos habituais rigidamente diferem entre si, bem como as consequências que implicam em termos de unidade ou pluralidade processual e de cômputo prescricional, e, diante da severidade das sanções penais, guardam natureza inafastavelmente excludente.

Todavia, é de ratificar que a instância disciplinar, sem jamais se afastar de princípios constitucionais garantistas da defesa, dinâmica e simultaneamente também se rege por alguns princípios específicos (como da autotutela, da indisponibilidade do interesse público, do formalismo moderado, da verdade material e da oficialidade, evidenciadores de maiores liberdade e economicidade na atuação administrativa) e que, nela, os ilícitos são definidos sob a generalidade abrangente dos enquadramentos e as penas são discretas e sem a característica do casuísmo penal, conforme se demonstrará em **4.6.3.1**. À vista destas peculiaridades, é de se demarcar que os conceitos de concurso de ilícitos, ilícitos continuado e habitual e de conexão até podem ser considerados na aplicação do regime e do processo disciplinares, mas de forma menos rígida e severa e sem a rigorosa estanqueidade com que se aplicam na instância penal, inclusive na repercussão determinadora de único ou de múltiplos processos.

A superficial menção a estes conceitos de instâncias penal material e processual, sem se confundir com qualquer vinculação a eles em instância disciplinar e apenas para enriquecer o arrazoado em grau de analogia, se justifica em meio à apresentação da fase de admissibilidade porque é de se enfatizar a pertinência de se esgotarem as investigações antes da emissão do juízo de admissibilidade. Menos do que aqui estabelecer supostas hipóteses de nulidade processual caso a Administração, por seus diferentes agentes envolvidos na aplicação do regime disciplinar (autoridade ou comissão, seja em fase de admissibilidade, seja em rito contraditório do processo disciplinar), no maior grau de liberdade com que lhe é consentido atuar, mitigue as repercussões decorrentes de classificação de ilícito como

independente, conexo, continuado ou habitual, o que se quer é estimular o aprofundamento das pesquisas e das ferramentas investigativas.

O importante a se destacar por ora é que deve a fase de admissibilidade buscar esgotar todas as investigações pertinentes ao objeto da denúncia ou representação sob análise, de forma a propiciar à autoridade instauradora a mais completa visão que seja possível neste momento incipiente acerca de eventuais desdobramentos da conduta funcional. Com isto, a autoridade instauradora passa a contar com todos os subsídios para a decisão de instaurar um processo disciplinar abarcando o rol de episódios que guardam natureza conexa, continuada ou habitual que se possa identificar e, na sequência, a comissão a ser designada terá diante de si um universo delimitado de trabalho, dispensando-lhe esforços investigativos com o fim de agregar novos fatos a seu escopo apuratório; ou, por outro lado, a autoridade instauradora pode, a seu critério, instaurar diferentes processos administrativos disciplinares para a apuração de ilícitos independentes.

Mas, caso a fase de admissibilidade não tenha exaurido a identificação fática, é pacífica, não só à vista da maior liberdade de ação da instância disciplinar mas até mesmo de acordo com os dispositivos trazidos subsidiariamente do CP e do CPP, a possibilidade (que não se confunde com obrigatoriedade) de unidade processual em casos de concurso de ilícitos conexos e de novos fatos demarcadores da habitualidade em ilícito habitual, de acordo como estes conceitos estritamente são elaborados na instância penal. Assim, conforme se ratificará em **4.2.2.1.1**, é possível a comissão abarcar para seu escopo apuratório eventuais infrações conexas - seja pela inter-relação material teleológica, consequencial ou ocasional dos fatos cometidos pelo mesmo autor, seja por reunião ou concurso de pessoas ou reciprocidade ou ainda por indissociabilidade probatória de modo geral - àquelas que tenham provocado a decisão de instaurar o processo disciplinar e que, como tal, não tenham feito parte do rol motivador da decisão da autoridade instauradora, acatando o caráter propositivo do parecer de admissibilidade. Com ainda maior facilidade se defende a plausibilidade de a comissão abarcar para o apuratório em curso fatos demarcadores da habitualidade da infração única sob apuração e que porventura não tenham sido levantados na fase de admissibilidade e instruído a decisão de instaurar o processo disciplinar.

Todavia, como já se reconheceu ao abordar a continuidade delitiva, apesar dos esforços hermenêuticos ali lançados, a mesma convergência entre a linha de atuação administrativa e os conceitos mais rígidos oriundos da instância penal e, por conseguinte, a mesma facilidade conclusiva não se encontram quando se analisa a hipótese de a comissão se deparar, no curso de seus trabalhos apuratórios, com ilícitos com vínculo de continuidade em relação aos fatos que tenham provocado a instauração do processo disciplinar. Nestes casos, tomando-se pelo estrito rigor da conceituação extraída da instância penal, para se evitar possível alegação de que, em tese, se teria extrapolado os poderes expressos na portaria de pessoal de designação, poderia soar mais recomendável que a comissão encaminhasse representação à parte para a autoridade instauradora, a fim de que estes novos fatos fossem submetidos a novo juízo de admissibilidade, conforme mais detidamente se retornará a este tema em **4.2.2.1.2**.

Não obstante, à vista das peculiaridades já manifestadas do Direito Administrativo Disciplinar em face do Direito Penal, sob a informação de princípios especificamente caros da autotutela, da indisponibilidade do interesse público, da verdade material e da oficialidade, que aqui repercutem na aceitação de que o conceito de conexão estritamente compreendido nas instâncias penal e processual penal pode ser tomado de forma mais abrangente e elástica e menos delimitada e rigorosa, a teórica recomendação acima exposta, de representação à parte diante de novos episódios continuados, não aufere o condão de, a *contrario sensu*, ter como nula a extensão dos trabalhos apuratórios, por parte da comissão, para abarcar estes fatos de natureza continuada que vieram ao conhecimento somente ao tempo do inquérito

administrativo, ao amparo de doutrina da Controladoria-Geral da União (CGU).

> *"Deverão ser examinados no mesmo processo, ou seja, apuradas e julgadas num só processo disciplinar:*
> *a) os fatos ligados entre si, por pontos de conveniências, em que o conhecimento de um deles ajuda a entender outro;*
> *b) as faltas disciplinares cometidas em co-autoria (faltas cometidas por vários acusados quando houver relação acusatória entre eles).*
> *c) os fatos continuados, quando o mesmo servidor cometeu diversos atos de mesmo conteúdo, em caráter contínuo (infração continuada = série de ilícitos da mesma natureza)*
> *Os fatos novos que não tenham relação direta com os que motivaram a instauração do processo disciplinar devem ser objeto de apuração isolada, em outro procedimento.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 129 e 130, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/ Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Acrescente-se, como reforço a esta flexibilização com que se importam os conceitos em tela, da instância penal, para a instância administrativa, pode-se defender que, aqui, os termos "conexos" e "conexão", comumente expressos na portaria de pessoal de instauração, vão além do sentido estrito e exaustivo da lista de incisos do art. 76 do CPP e venham a assumir um sentido mais elástico e abrangente de qualquer forma de liame - no sentido léxico de coesão, ligação, relação a unir - que, à vista das já mencionadas peculiaridades da base principiológica estruturante da esfera disciplinar, autorizem a unidade processual.

No mesmo rumo, é de se trazer à tona o conceito processual penal da continência, mencionado nos arts. 77 a 79 do CPP. Da mesma forma como se introduziu o conceito de conexão, tem-se que o instituto da continência não se associa à ideia de mais uma forma de se classificarem ilícitos mas sim está associado à competência, na inteligência de que diversos fatos possam ser considerados, ainda que ficticiamente "contidos" em um único ilícito - como um continente - a ser congruentemente julgado, em um único processo, por uma única autoridade julgadora, a quem se oferta uma visão conglobante de todo o conjunto probatório, igualmente a fim de prevenir a ocorrência de decisões discrepantes, propiciando economia processual, razoável duração do processo e, sobretudo, segurança jurídica.

> *CPP - Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:*
> *I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;*
> *II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.*
> *Art. 79. A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo:*

As remissões do inciso II do art. 77 do CPP, se atualizadas, se reportam aos conceitos de crime continuado, de erro na execução (a chamada *aberratio ictus*) e de resultado diverso do pretendido (a chamada *aberratio criminis*), respectivamente, nos atuais arts. 71, 73 e 74 do CP. Assim, das quatro hipóteses mencionadas no art. 77 do CPP, apenas duas aqui se demonstram relevantes para também serem agregadas às possibilidades autorizadoras de unidade processual, em leitura conjunta com o *caput* do art. 79, ambos do CPP: quando dois ou mais agentes cometem um único ilícito (de se perceber que não se trata de qualquer espécie de conexão intersubjetiva, já que conexão requer multiplicidade de ilícitos e a hipótese em tela comporta apenas um ilícito) e quando se comete crime continuado.

Estas hipóteses que se agregam às possibilidades de unidade processual por continência podem ser figuradas por meio de exemplos para a instância administrativa. Pode-se ter a continência por dois agentes cometendo um mesmo ilícito, indicadora de um único processo, no caso de dois servidores, no cumprimento de TDPF no estabelecimento de um

contribuinte, mediante combinação prévia, exijam determinada vantagem com o fim de não procederem à vinculada autuação, devendo a conduta de ambos agentes ser encartada em um único ilícito continente a fim de ser processada um uma única ação. E pode-se ter a continência por ilícito continuado, também indicadora de um único processo, no caso de um servidor que, aproveitando-se das condições objetivas reinantes de tempo e de espaço de não haver vigilância em determinada repartição do fim do expediente, de forma continuada, sob mesmo *modus operandi*, invade algumas salas e furta diferentes bens públicos; tendo em vista que somente um daqueles recintos conta com câmera de segurança, apenas este encaminha representação; e, seja ainda em fase de admissibilidade, seja já no curso do processo disciplinar, vindo à tona os furtos também cometidos nas demais salas que não noticiaram, devem todos os furtos serem encartados em um único e fictício ilícito continente a fim de ser processado um uma única ação.

O exemplo acima edificado para atos continuados, cometidos praticamente em uma conduta ininterrupta, é mais fácil de se vislumbrar como ilícito de natureza continuada a inserir-se no conceito de continência a indicar um único processo. Mas também os exemplos já mencionados quando se abordou a conceituação de ilícito continuado (tais como diversas inscrições ou alterações cadastrais de pessoa física ou de pessoa jurídica, diversos cancelamentos de débitos fiscais, diversas emissões de certidões negativas de débito, diversos registros de exportações fictícias em sistema informatizado de comércio exterior, diversos desembaraços aduaneiros de declarações de importação), que são cometidos de forma interpolada no tempo, igualmente encontram a justificativa jurídica para a unidade processual - ainda que com maior esforço construtivo - no mesmo conceito da continência. Este tipo de conduta continuada - seja com todos os ilícitos detectados antes da instauração, seja com parte dos ilícitos detectados antes da instauração e parte detectada já no curso do inquérito administrativo - justifica ou ao menos autoriza, sem risco de nulidade, a inclusão em único processo disciplinar por força do conceito da continência.

Novamente, é de se destacar o maior grau de liberdade com que se move a instância disciplinar. Se, por um lado, o *caput* do art. 79 do CPP impõe a unidade processual para o caso de continência na instância penal, na processualística disciplinar se pode aduzir que a existência de continência por razão de continuidade de infrações disciplinares, se não obriga, ao menos permite a análise de conveniência e oportunidade para que fatos de natureza continuada conhecidos já após a instauração sejam abarcados no mesmo inquérito administrativo em curso.

Em síntese, em função da natureza jurídica da ilicitude que veio a lume em momento posterior, bem como da aferição se existe algum liame entre esta e o fato ilícito originalmente conhecido, são abarcadas na consideração *lato sensu* como fatos conexos - o que autoriza a unicidade processual - as noções de conexão estrita prevista no art. 76 do CPP (a que a doutrina chama de conexões teleológica, consequencial, ocasional, probatória e intersubjetiva), continência, nos termos do art. 77 do mesmo diploma, que inclui por sua vez a continuidade delitiva (com definição no art. 71 do CP), além do conceito doutrinário de ilícito habitual. Ademais, os fatos assim definidos como conexos podem integrar a fase de admissibilidade ou o processo disciplinar já em curso. No caso de processo disciplinar, a extensão dos trabalhos para fatos conexos conhecidos após a instauração é válida desde que ocorra antes da indiciação, dispensa qualquer alteração da portaria de pessoal instauradora, de que consta a expressão “fatos conexos”, e pode ser objeto de soberana e motivada deliberação da comissão, sem necessidade de se submeter à autoridade instauradora. Há posicionamentos institucionais neste sentido.

> *Orientação Coger nº 40*
> *Conexão, em matéria processual disciplinar, compreende não só as espécies estritas de ilícitos conexos elencadas no art. 76 do CPP mas também os ilícitos tidos como habituais, os ilícitos continuados definidos no art. 71 do CP e os*

ilícitos compreendidos na definição de continência, constante do art. 77 do CPP.

Orientação Coger nº 41
O conhecimento de novas irregularidades tidas no conceito amplo de conexão permite a sua inclusão no escopo de trabalho de fase de admissibilidade ou de PAD já em curso, desde que, neste último caso, se dê em momento anterior à indiciação.

Orientação Coger nº 42
A inclusão de novas irregularidades tidas no conceito amplo de conexão no escopo apuratório de PAD já em curso não impõe alteração da portaria instauradora e pode ser objeto de soberana deliberação da comissão, sem necessidade de submissão à autoridade instauradora.

Embora se guardem as diferenças intrínsecas a cada instância judicial do Direito Público e do Direito privado, destaque-se a processualística civil também reconhece os institutos da conexão e da continência como indicadores da unicidade processual, conforme os arts. 54 a 57 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

CPC - Art. 54. A competência relativa poderá modificar-se pela conexão ou pela continência, observado o disposto nesta Seção.
Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.
§ 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado.
§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.
Art. 56. Dá-se a continência entre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais.
Art. 57. Quando houver continência e a ação continente tiver sido proposta anteriormente, no processo relativo à ação contida será proferida sentença sem resolução de mérito, caso contrário, as ações serão necessariamente reunidas.

Mas, não obstante a flexibilização aceita acima, é de prevalecer a recomendação de que, em fase de admissibilidade, deve-se procurar, sempre que possível, dependendo da natureza do fato representado ou denunciado, esgotar as possibilidades de investigação. Se o fato noticiado é tal que haja possibilidade de trazer consigo demais fatos conexos e, destacadamente, demais fatos com liame de continuidade ou de habitualidade, deve o servidor incumbido das subfases investigativa e/ou analítica (seja integrante do grupo de assessoramento, seja integrante do grupo de investigação disciplinar) utilizar todas as ferramentas válidas a seu dispor, com o fim de exaurir o universo fático a ser objeto das apurações contraditórias. Não é recomendável que este servidor designado para a tarefa se satisfaça apenas com uma superficial e breve amostragem da conduta funcional para, de imediato e precipitadamente, já provocar a autoridade instauradora a estabelecer o rito disciplinar, já que, muito provavelmente, de forma inadequada, caberá à comissão ainda esgotar o universo fático no curso das apurações contraditórias.

A título de exemplo, representações ou denúncias acerca de discreta quantidade de atos por si sós ilícitos mas que também podem ser continuados na conduta funcional (sob idênticas condições objetivas e subjetivas, tais como emissão e alteração cadastral de pessoas físicas e jurídicas, baixas de débitos fiscais em sistemas informatizados, emissões de certidões negativas de débitos, elaboração e transmissão de declarações, desembaraços aduaneiros de declarações de importação ou de exportações fictícias, dentre outros) ou de atos que auferem a ilicitude tão somente em razão da habitualidade (tais como, impontualidade ou ausência ao serviço, ato incompatível com o cargo ou atuação como gerente ou administrador de

sociedade, dentre outros), devem ser, ainda em fase de admissibilidade, objeto de extensa varredura por parte do(s) servidor(es) incumbido(s) das subfases investigativa e/ou analítica, a fim de que a proposta de instaurar o rito disciplinar já venha amparada pelo universo fático delimitado sobre o qual *a priori* deve a comissão se concentrar em seus trabalhos, poupando ao colegiado o gasto de tempo e de energia com investigações. Além de propiciar economia processual e eficiência, ambos parâmetros erigidos a patamar de princípios reitores, tal postura exaustiva em fase de admissibilidade previne o incidente de a comissão ter de avaliar a necessidade ou a pertinência de representar à parte e de se instaurar mais um processo disciplinar por fatos de alguma forma vinculados àqueles que determinaram a instauração, bem como evita questionamentos acerca de prescrição em caso de extensão do escopo apuratório e ainda evita possíveis julgamentos discrepantes sobre fatos de mesma natureza, em afronta à segurança jurídica. Afinal, nas peculiaridades com que se opera o instituto da prescrição na instância disciplinar, ainda que, na hipótese de extensão das apurações a fatos conexos àqueles que determinaram a instauração ou de novos episódios de ilícito único marcado pela habitualidade ou ainda alcançados pela continência, estes novos fatos sejam brindados com nova e específica contagem prescricional medida a partir da data em que se tornaram conhecidos, conforme se aduzirá em **4.13.1.2**, este é um tema que sempre comporta discussões e que provavelmente imporá à Administração enfrentar tese de defesa a favor da unicidade prescricional.

Caso sejam identificados em meio à instrução de rito investigativo de natureza patrimonial (seja iniciado por provocação, seja iniciado de ofício), podem ser incluídos, no escopo dos trabalhos, os fatos também associados à questão patrimonial pretéritos ou posteriores aos períodos denunciados ou representados (em sindicância patrimonial) ou aos períodos abrangidos nos critérios de seleção (em investigação patrimonial) e ocorridos até a data da conclusão daquele procedimento de investigação, desde que os dados necessários estejam disponíveis (o que significa, em caso de retroação da análise, a recomendação conservadora de não retroagir demais a ponto de já não mais se obterem documentos necessários à formação da convicção) e que o ato de instauração não tenha expressado delimitação de período. Esta análise conglobante não só resta autorizada sob seus aspectos jurídicos e dogmáticos - uma vez que é defensável concentrar em um único procedimento de investigação atos infracionais de natureza jurídica continuada, como pode ser o ilícito de índole patrimonial, de que se tem conhecimento em diferentes períodos -, como também pode até se demonstrar recomendável dos pontos de vista gerencial, pragmático e operacional. Há posicionamento institucional neste sentido.

> *Orientação Coger nº 15*
> *Não obstante não alterarem o início da contagem do prazo prescricional, podem ser incluídos, no escopo dos trabalhos de quaisquer procedimentos investigativos de natureza patrimonial, fatos novos também associados à questão patrimonial ocorridos em períodos anteriores ou posteriores àqueles que deram ensejo à instauração do rito e dos quais se tem conhecimento em meio à instrução, desde que o ato de instauração não tenha delimitado o alcance temporal.*

Mas, *a priori*, conforme se exporá em **4.13.1.2**, em razão da natureza jurídica do ilícito de índole patrimonial, em postura conservadora, estes acréscimos no alcance objetivo não possuem o condão de permitir que se considerem como fatos novos a deslocarem o início da contagem do prazo prescricional, que se mantém vinculado à regra geral para cada rito - a menos que, excepcionalmente, se restrinja a investigação original aos períodos denunciados ou representados (em sindicância patrimonial) ou aos períodos abrangidos nos critérios de seleção (em investigação patrimonial) e que se represente para que seja instaurado novo procedimento de investigação para os fatos pretéritos ou posteriores ou que, não se confirmando os indícios em relação àqueles períodos denunciados ou representados ou aos

períodos abrangidos nos critérios de seleção, o relatório do rito investigativo figure como representação, hipóteses em que se pode iniciar a contagem do prazo prescricional para estes fatos novos a partir desta nova provocação.

E, quando a equipe de investigação ou comissão de sindicância, no curso de procedimentos de investigação de natureza patrimonial (sejam iniciados por provocação, sejam iniciados de ofício), identifica fatos novos que não guardam conexão ou relação de habitualidade com o fato original que provocou sua designação, estes novos fatos devem ser objeto de representação diretamente apresentada à autoridade instauradora. Obviamente, se aqui se cogita de, em meio a procedimento investigativo de natureza patrimonial, se identificar novos fatos sem relação de conexão ou habitualidade com o fato originário, é porque esta nova provocação pode ter qualquer outra natureza, que não patrimonial. E, como de outra forma não poderia mesmo ser, requerem processamentos individualizados notícias de ilicitude de natureza patrimonial e notícias de irregularidades associadas a ato funcionais, ainda que de um mesmo servidor.

O ato ilícito de improbidade administrativa causador de enriquecimento ilícito em decorrência de variação patrimonial desproporcional, definido no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, guarda uma peculiaridade em comparação com a imensa maioria dos demais enquadramentos disciplinares. Conforme já dito linhas acima, enquanto a regra é de os enquadramentos refletirem, definirem e punirem atos funcionais praticados no pleno exercício das atribuições legais do cargo ou atos que no mínimo guardam relação com o cargo ocupado, o ilícito supraespecificado não é um ato funcional em si mas sim o resultado de um ou de diversos atos. A espécie em tela de enriquecimento ilícito não se confunde com a conduta antijurídica em si, de ação ou de omissão, perpetrada na condição de servidor no exercício do cargo, mas sim é o resultado que decorre do ato funcional infracional em geral realizado à custa de uma recompensa patrimonial.

E, como se verá em **4.7.4.4.3.b**, após um histórico e denso processo hermenêutico, chegou-se à construção de que a caracterização processual desta espécie de ato de improbidade administrativo causadora de enriquecimento ilícito não requer a identificação do ato funcional de que tenha decorrido o acréscimo patrimonial. Mais que isto, o ordenamento jurídico vigente tem assentado que a comprovação do resultante enriquecimento ilícito é bastante, por si só, para justificar a persecução disciplinar e a consequente apenação (quando cabível), sem nenhuma vinculação ou dependência com comprovação de que a variação patrimonial decorreu de determinado ato funcional. À vista do longo embate hermenêutico travado nos primeiros anos subsequentes à edição da Lei nº 8.429, de 1992, após o quê a tese ora exposta enfim se demonstrou correta e passou a ser aceita e aplicada, se pratica o entendimento de que não apenas se dispensa mas sim se tem mesmo a convicção de que não se deve jamais buscar a vinculação do enriquecimento com um ato funcional antecedente. Sendo assim, justifica-se que a identificação de ilícitos cometidos no pleno exercício das atribuições legais do cargo ou com ele ao menos relacionados no curso de procedimento investigativo de natureza patrimonial deve ensejar representação, a fim de que estes novos fato sejam tratados e investigados em outro procedimento, de forma independente da apreciação patrimonial do servidor. À vista de toda a evolução hermenêutica construída sobre esta espécie ímproba, soaria até incoerente cogitar de juntar investigação de natureza patrimonial com investigação de ato funcional.

A mencionada representação deve ser formulada assim que tais fatos novos se revelem materializados, momento este que pode ser incidental, em meio à instrução do procedimento (hipótese em que não deve postergar esta provocação para o fim de seus trabalhos) ou, se for o caso, pode coincidir com as conclusões de seu relatório. Por fim, conforme se aduzirá em **4.13.1.2**, estes fatos novos têm o início da contagem do prazo prescricional desvinculado do fato original que provocou a designação, tendo seu termo inicial vinculado a seu específico

conhecimento por parte da Administração, que se dá com a mencionada representação dirigida à autoridade instauradora, e a ser verificado até a publicação da portaria de pessoal de instauração do feito disciplinar, em harmonia com a manifestação da AGU, por meio do seu Parecer AGU nº GQ-55, e também com posicionamento institucional neste mesmo sentido.

> *Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: "13. Não raro, durante a apuração das irregularidades exsurgem evidências quanto à autoria, de forma a envolver outros servidores, ou emergem infrações disciplinares conexas, ou não, com o objeto do processo disciplinar. São fatos que devem ser tidos como consentâneos com a finalidade da instauração do processo e incapazes de acarretar sua nulidade, desde que a c.i. adote as medidas procedimentais compatíveis com o contraditório e a ampla defesa, na execução dos trabalhos de apuração.*
> *14.Em casos tais, a comissão deve possuir o discernimento necessário para adotar os atos que se impuserem com vistas a garantir ao servidor faltoso o exercício do direito assegurado no art. 156, suso, mas sem descurar da agilidade processual. Assim, caso a c.i. não tenha concluído seus trabalhos, deve ser notificado o novel acusado para que, se o pretender, requeira o cumprimento de qualquer dos atos assegurados no art. 156, no respeitante à apuração já efetuada, atentando-se, destarte, para a faculdade atribuída ao presidente da comissão no § 1º do mesmo preceptivo. Já as infrações, verificadas no curso do apuratório, serão igualmente apuradas, se conexas com as faltas objeto do processo ou, se inexistente a conexidade, a investigação não compromete a razoável agilidade da conclusão dos trabalhos. Senão, deve a c.i. propor a designação de outro colegiado, sem prejuízo de suas incumbências."*

> *Orientação Coger nº 17*
> *Fatos novos dissociados da questão patrimonial que venham a ser identificados no curso de quaisquer procedimentos investigativos de natureza patrimonial devem ser objeto de representação, imediatamente após se revelarem materializados nos autos (seja incidentalmente em meio à instrução, seja no relatório) e têm o início da respectiva contagem do prazo prescricional desvinculado dos fatos originais de natureza patrimonial.*

Ainda neste longo parêntese acerca de rito investigativo de natureza patrimonial, é de se acrescentar que a aplicação extensiva, à fase de admissibilidade, do art. 18 do CPP e da Súmula nº 524 do Supremo Tribunal Federal - STF (que condicionam a reabertura de investigação criminal ou o início da ação penal, após arquivado o inquérito policial pela autoridade judiciária, ao surgimento de novas provas), autoriza que o conhecimento, por parte da Administração, de fatos novos também associados à questão patrimonial e ocorridos nos períodos que tenham sido objeto de procedimento de investigação de natureza patrimonial (seja iniciado por provocação, seja iniciado de ofício) já arquivado possa suscitar o desarquivamento do procedimento original ou a instauração de novo procedimento.

> *CPP - Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.*

> *STF, Súmula nº 524: "Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas."*

Quanto às condições necessárias para que o conhecimento deste fato novo autorize o desarquivamento do procedimento original ou a instauração de novo procedimento, esta retomada das investigações é possível mesmo que os dados ou provas referentes àquele fato novo já estejam disponíveis em sistemas informatizados da RFB. Nesta linha, basta que o fato possa ser considerado como materialmente novo, assim compreendido o fato que seja inédito no curso do procedimento original, cujos dados ou provas a ele referentes, ainda que estejam

disponíveis e potencialmente passíveis de serem conhecidos (ou seja, dos quais se pode ter conhecimento potencial), não tenham sido diligentemente trabalhados, de forma a não constarem dos autos e tampouco terem sido efetivamente empregados. Os dados ou provas referentes àquele fato novo que apenas tenham a possibilidade de serem identificados - embora o acesso a eles seja possível por meio de pesquisa em sistema interno, não tenham sido utilizados no procedimento - não impedem o desarquivamento do procedimento original ou a instauração de novo procedimento. O fato novo que impede a retomada das investigações é aquele cujos dados ou provas a ele referentes, mais do que estarem potencialmente disponíveis (por exemplo, em um sistema interno), já tenham sido efetivamente acessados e constem do procedimento original e sobre os quais a Administração queira, a destempo, fazer re-análise ou submeter-lhes a uma nova forma de apreciação ou deles extrair uma nova conclusão. E, conforme se aduzirá em **4.13.1.2**, quanto ao reflexo no início da contagem do prazo prescricional no caso de estarem satisfeitas as condições para o desarquivamento do procedimento original ou a instauração de novo procedimento, é aceitável que a contagem do prazo prescricional se reinicia na data do conhecimento deste fato novo. Há entendimento institucional neste sentido.

> *Orientação Coger nº 16*
> *O conhecimento, por parte da administração, de fatos novos também associados à questão patrimonial e ocorridos nos períodos que tenham sido objeto de quaisquer procedimentos investigativos de natureza patrimonial já arquivados, pode suscitar a retomada das investigações.*

Por fim, também é de se mencionar a possibilidade de a fase de admissibilidade abarcar uma grande quantidade de servidores envolvidos ou uma ampla diversidade de fatos a se esclarecer, seja por já terem sido apontados desde a representação ou denúncia, seja por terem surgido em decorrência do esgotamento das investigações preliminares. Em tais situações, pode a autoridade instauradora proceder ao desmembramento, de acordo com os balizamentos tanto de ordem jurídica (existência ou não de conexão) quanto de ordem operacional (inviabilidade de se instrumentalizar com eficiência e com qualidade trabalhos apuratórios com alto grau de dispersão e abrangência), conforme se exporá em **4.2.3**.

No presente tópico, se concentrou a exposição no embasamento para a proposta de instauração de processo disciplinar, mas, por óbvio, tem-se que o esgotamento das investigações em fase de admissibilidade também pode propiciar o robusto amparo para proposta de arquivamento, não se cogitando de desperdício de tempo ou de trabalho em nenhuma das duas hipóteses.

2.5.4 - O Tratamento Dado em Admissibilidade à Denúncia Anônima e à Notícia Veiculada em Mídia

Após se ter exposto toda riqueza, profundidade e grau de detalhismo com que deve se enfrentar a necessidade de exaustivamente instruir uma fase de admissibilidade de origem ordinária e conhecida (qual seja, oriunda de representação de servidor ou de denúncia de particular), é indispensável expor o grau de conservadorismo e cautela ainda maior com que se recebe uma notícia de autoria não individualizável, em razão de decorrer de denúncia anônima ou de notícia veiculada em mídia.

De imediato, neste tema, releva aduzir que soa atécnico se cogitar de “representação anônima”. Pela própria natureza do instituto da representação funcional, requer-se que a peça tenha sido elaborada por agente público, o que, desde sempre, faz subentender que se sabe de sua autoria para que se possa denominá-la como tal.

Assim, a peça apócrifa noticiadora de supostas irregularidades cometidas no âmbito da Administração recai na denominação residual de denúncia anônima, ainda que, na experiência

profissional e na percepção de quem a analisa, se depreenda que, por seu teor rebuscado e detalhado, o autor deva ser um agente público. Mesmo em tal hipótese, não se trata de representação sem autoria definida, recebendo o tratamento de denúncia anônima.

Embora em princípio, por previsão legal para a denúncia (*caput* do art. 144 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990) e por leitura extensiva de dispositivos normativos voltados à representação (a saber, o § 1º do art. 9º da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça normas gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Economia (ME); o § 2º do art. 5º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013; e o inciso I do § 2º do art. 4º da Portaria RFB nº 6.438, de 29 de dezembro de 2017, que dispõem sobre a apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos da Pasta como um todo e especificamente da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - RFB), se exija a formalidade da identificação do denunciante, tem-se que o anonimato, por si só, não é motivo para liminarmente se excluir uma denúncia sobre irregularidade cometida na Administração Pública e não impede a realização do juízo de admissibilidade e, se for o caso, a consequente instauração do rito disciplinar. Diante do poder-dever conferido no *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990, no âmbito da máxima do *in dubio pro societate*, neste caso, deve o parecer de admissibilidade verificar ainda com mais profundidade e cautela a existência de mínimos critérios de plausibilidade.

Não cabe aqui a adoção de uma leitura restritiva dos dispositivos acima que regulam a representação e a denúncia (exigindo a identificação do denunciante), como se eles delimitassem todo o universo de possibilidades de se noticiar o cometimento de irregularidades. Ao contrário, diante dos diversos meios de se levar o conhecimento de suposta infração à Administração, tem-se que aqueles dispositivos devem ser vistos apenas como formas específicas reguladas em norma, mas não as únicas licitamente aceitáveis para provocar a instância disciplinar.

Neste rumo, defende-se que, diante da forte refração que a sociedade e o ordenamento (que, em tese, reflete os valores sociais) manifestam pelas condutas infracionais, se a autoridade se mantivesse inerte, à vista de notícia bem formulada e detalhada de suposta infração disciplinar, com indicação de indícios de materialidade e de autoria, por conta unicamente do anonimato, afrontaria princípios e normas que tratam como dever apurar suposta irregularidade de que se tem conhecimento na Administração Pública federal. Tampouco a comum alegação por parte de denunciados, de inconstitucionalidade, obtém sucesso. Uma vez que a previsão constitucional da livre manifestação do pensamento (inciso IV do art. 5º da Constituição Federal - CF) em nada se confunde com o oferecimento de denúncia à Administração em virtude de se ter ciência de suposta irregularidade, a este instituto não se aplica a vedação do anonimato. Ademais, conforme se abordará em **4.4.1.1.2.b**, o interesse público deve prevalecer sobre o interesse particular. O tema recebe pacíficos amparos jurisprudencial e doutrinário.

> *STF, Habeas Corpus nº 99.490: "Ementa: (...) Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada "denúncia anônima", desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados (86.082, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 22.08.2008; 90.178, rel. min. Cezar Peluso, DJe de 26.03.2010; e HC 95.244, rel. min. Dias Toffoli, DJe de 30.04.2010)".*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 24.369: "Ementa: delação anônima. Comunicação de fatos graves que teriam sido praticados no âmbito da administração pública. Situações que se revestem, em tese, de ilicitude (procedimentos licitatórios supostamente direcionados e alegado pagamento de diárias exorbitantes). A questão da vedação constitucional do anonimato (CF, art. 5º, IV, 'in fine'), em face da necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes. Obrigação estatal, que, imposta pelo dever de*

> *observância dos postulados da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, 'caput'), torna inderrogável o encargo de apurar comportamentos eventualmente lesivos ao interesse público. Razões de interesse social em possível conflito com a exigência de proteção à incolumidade moral das pessoas (CF, art. 5º, X). O direito público subjetivo do cidadão ao fiel desempenho, pelos agentes estatais, do dever de probidade constituiria uma limitação externa aos direitos da personalidade? Liberdades em antagonismo. Situação de tensão dialética entre princípios estruturantes da ordem constitucional. Colisão de direitos que se resolve, em cada caso ocorrente, mediante ponderação dos valores e interesses em conflito. Considerações doutrinárias. Liminar indeferida."*
> *Idem: STJ, Mandados de Segurança nº 7.069, 12.385 e 13.348, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 4.435 e Recurso Especial nº 867.666*

> *"(...) Em outras palavras, o fato de a Constituição Federal vedar o anonimato não autoriza a Administração Pública a desconsiderar as situações irregulares de que tenha conhecimento, por ausência de identificação da fonte informativa." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 104, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

> *"O fato de a Constituição Federal vedar o anonimato não tem interpretação que autorize a Administração Pública a desconsiderar as situações irregulares de que tenha ciência sem a identificação da fonte. A exigência de identificação do responsável por denúncia, como posta nos estatutos funcionais, refere-se a uma das muitas formas de conhecimento de ilícitos administrativos. Desse modo, a denúncia anônima enseja a averiguação, que recolherá elementos mínimos de razoabilidade e informará a conveniência ou não de ser instaurada uma sindicância." Léo da Silva Alves, "Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas", pg. 42, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005*

Mencione-se, por fim, que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 - sendo, portanto, admitida no ordenamento nacional com força de lei - e reconhece a denúncia anônima.

> *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - Promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 2006 - Artigo 13. Participação da sociedade.*
> *2. Cada Estado-Parte adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção, e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, para a denúncia, inclusive anônima, de quaisquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção.*
> *(**Nota**: O Supremo Tribunal Federal vaticinou, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP, que tratados, acordos ou convenções internacionais que tratem de direitos humanos, após promulgados por decreto presidencial, ingressam "no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna".)*

Mas é claro que a autoridade não se precipitará a instaurar a instância disciplinar, com todos os ônus a ela inerentes, à vista tão somente de uma denúncia anônima. Se mesmo nos casos ordinários, de notícia identificada, se defende que a fase de admissibilidade deva ser conduzida com extrema cautela e enriquecida por procedimento de investigação, ainda mais se enfatiza tal recomendação em notícia originada anonimamente. Nestes casos, deve-se proceder com maior cautela antes de se decidir pela instauração do processo disciplinar, para evitar precipitada e injusta ofensa à honra do servidor (vez que o anonimato pode tentar ocultar vieses de pessoalidade e de animosidade), promovendo investigação ainda mais criteriosa, aprofundada, crítica e exigente (não contraditória, pois não há a figura de acusado),

acerca do fato constante da peça anônima.

Busca-se, neste caso, consubstanciar, por meio de investigações e pesquisas a cargo do servidor incumbido da fase de admissibilidade (seja integrante do grupo de assessoramento, seja integrante do grupo de investigação disciplinar), todo o teor fático (em termos de materialidade e de autoria) trazido na denúncia. Se, por um lado, a denúncia anônima não deve ser liminarmente descartada tão somente por este detalhe de sua origem, por outro lado, não deve, de imediato, por si só, justificar a instauração de processo disciplinar. Faz-se necessário, para evitar instauração precipitada, avaliar se todo o teor infracional da conduta denunciada é mesmo possível de ter ocorrido. E este é o entendimento pacificado no âmbito da Administração.

Primeiramente, neste sentido, mencione-se a manifestação da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 3, de 4 de maio de 2011, por fim respaldada por súmula judicial.

> *STJ, Súmula nº 611: "Desde que devidamente motivada e com amparo em investigação ou sindicância, é possível a instauração de processo administrativo disciplinar com base em denúncia anônima, em face do poder-dever de autoridade imposto à Administração."*
>
> *Enunciado CGU/CCC nº 3, de 2011: "Delação anônima. Instauração. A delação anônima é apta a deflagrar apuração preliminar no âmbito da Administração Pública, devendo ser colhidos outros elementos que a comprovem."*

E, mais que isto, o órgão central do SisCor positivou este entendimento no *caput* do art. 10 e no parágrafo único do art. 11, ambos da Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018:

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 10. As denúncias, as representações ou as informações que noticiem a ocorrência de suposta infração correcional, inclusive anônimas, deverão ser objeto de juízo de admissibilidade que avalie a existência de indícios que justifiquem a sua apuração, bem como a espécie de procedimento correcional cabível.*
> *Art. 11.*
> *Parágrafo único. A informação anônima que noticie a ocorrência de suposta infração correcional poderá deflagrar procedimento correcional acusatório, desde que sejam colhidos outros elementos que a respaldem.*

Voltando à descrição instrumental, se a investigação processada pelo servidor incumbido da fase de admissibilidade se deparar com insuperável incoerência ou ausência de plausibilidade da notícia anônima, o juízo de admissibilidade deve ser decidido pelo liminar arquivamento. Mas, por outro lado, se esta investigação confirmar ao menos a plausibilidade, ainda que por meio de indícios, do objeto da denúncia anônima, convalidando-a, ela passa a suprir a lacuna do anonimato. Daí, pode-se dizer que o parecer de admissibilidade se ordena não pela formalidade de o denunciante ter se identificado ou ter se mantido anônimo. A proposta deste parecer, para que o processo disciplinar seja instaurado, com o fim de comprovar o fato e a sua autoria, garantindo-se ao servidor a ampla defesa e o contraditório, não mais se baseia na denúncia anônima em si, mas sim no resultado do procedimento de investigação, promovido e relatado por algum servidor dotado de fé pública e que, sob ótica disciplinar, ratificou os fatos denunciados. De uma certa forma, a investigação promovida pelo servidor incumbido da fase de admissibilidade supre lacunas que se poderiam alegar como existentes na notícia inicial e alimenta o parecer propositivo, de forma que o respectivo parecerista se equipara à figura de um representante, pois será seu relatório, calcado na investigação, que levará adiante a fase contraditória.

A mesma cautela, e até com maiores requisitos para não se deixar influenciar por

pressão de opinião pública e de imprensa, deve se aplicar às denúncias que cheguem ao conhecimento da autoridade competente por meio da mídia, termo este que aqui, em harmonia com o atual estágio da sociedade, compreende não só todos os formatos da imprensa e da atividade jornalística mas também os movimentos e fóruns entabulados em redes sociais, ainda que virtuais. Não sendo esta uma forma ilícita de se trazer fatos ao processo, não resta nenhuma afronta ao ordenamento e aos princípios reitores da matéria tomar aquelas notícias como deflagradoras do poder-dever de a autoridade regimentalmente vinculada dar início às investigações. Se a autoridade competente tomou conhecimento de suposta irregularidade seja por um veículo de pequena circulação, seja de circulação nacional, seja de mera existência virtual, tem-se que o meio é lícito e ela tem amparo para determinar a investigação, tomando todas as cautelas, antes de precipitadamente se expor a honra do servidor.

Deve-se destacar, no entanto, que, para fim de demarcação do termo inicial do prazo prescricional (conforme se aduzirá em **4.13.1.2**), quando o fato supostamente irregular vem à tona por meio de veículos de comunicação de qualquer natureza, somente se pode presumir conhecido pela autoridade competente no caso de notícia veiculada em mídia de expressão, circulação ou divulgação nacional, em que prevalece a presunção de conhecimento por todos (inclusive a autoridade) na data de sua divulgação. A mesma presunção, de conhecimento por parte de todos no caso de notícia veiculada em veículos de mídia de pequena ou restrita repercussão e de redes sociais virtuais, poderia induzir ao risco de equivocadamente se deduzir que a autoridade também teve conhecimento e se manteve inerte.

Da mesma forma como no anonimato, por um lado, afirma-se que, diante da forte refração que a sociedade e o ordenamento (que, em tese, reflete os valores sociais) manifestam pelas condutas infracionais, se a autoridade se mantivesse inerte, por conta unicamente do caráter difuso da notícia, afrontaria princípios e normas que tratam como dever apurar suposta irregularidade de que se tem conhecimento na Administração Pública federal, e com amparo da doutrina.

> *"Desde que não tenham sido conseguidos por meios ilícitos, os conectivos processuais de instauração podem chegar ao conhecimento da autoridade competente de modo meramente informativo (difuso) ou de maneira postulatória (precisa).*
> *A via informativa poderá dar-se até mesmo por intermédio dos meios de comunicação social (jornal, rádio, televisão, etc), embora, nesses casos, deva a autoridade administrativa competente verificar, de pronto, se a versão veiculada constitui, pelo menos em tese, infração disciplinar, devendo, até, exigir que o responsável por tal divulgação confirme por escrito tais increpações.*
> *Somente depois desses cuidados, podem tais elementos configurar um princípio de prova autorizador da instauração do processo disciplinar." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 205, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*
>
> *"Nasce o processo disciplinar de uma denúncia, que poderá originar-se: (...)*
> *- de notícia na imprensa." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 130, Editora Forense, 2ª edição, 2006*
>
> *"O noticiário na imprensa, especialmente os textos escritos, podem servir de comunicação de indícios de irregularidades (...)." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 59, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Mas, por outro lado, repete-se que a autoridade não deve se precipitar na instauração da instância disciplinar, com todos os ônus a ela inerentes, à vista de notícias de mídia *lato sensu*. Se mesmo nos casos ordinários, de notícia de origem personificada, se defende que a

fase de admissibilidade deva ser conduzida com extrema cautela e enriquecida por procedimento de investigação, ainda mais se enfatiza tal recomendação em notícia originada pelo caráter difuso da mídia. Nestes casos, deve-se proceder com maior cautela antes de se decidir pela instauração do processo disciplinar, para evitar precipitada e injusta ofensa à honra do servidor (vez que a notícia de mídia pode ser precipitada e carecer de fundamentação, de aprofundamento e até de credibilidade), promovendo investigação ainda mais criteriosa, aprofundada, crítica e exigente (não contraditória, pois não há a figura de acusado), acerca do fato noticiado.

Igualmente ao anonimato, busca-se, neste caso, consubstanciar, por meio de investigações e pesquisas a cargo do servidor incumbido da fase de admissibilidade (seja integrante do grupo de assessoramento, seja integrante do grupo de investigação disciplinar), todo o teor fático (em termos de materialidade e de autoria) trazido na notícia. Se, por um lado, a notícia de mídia não deve ser liminarmente descartada tão somente por este detalhe de sua origem, por outro lado, não deve, de imediato, por si só, justificar a instauração de processo disciplinar. Faz-se necessário, para evitar instauração precipitada, avaliar se todo o teor infracional da conduta noticiada é mesmo possível de ter ocorrido.

Se esta investigação confirmar a plausibilidade, ainda que por meio de indícios, da notícia difusa veiculada pela mídia, convalidando-a, ela passa a aperfeiçoar sua lacuna. Daí, pode-se dizer que o parecer de admissibilidade se ordena não pela formalidade de o conhecimento da irregularidade ter se dado pessoalmente pela autoridade ou por meio difuso. A proposta deste parecer, para que o processo disciplinar seja instaurado, com o fim de comprovar o fato e a sua autoria, garantindo-se ao servidor a ampla defesa e o contraditório, não mais se baseia na peça jornalística de qualquer natureza ou na rede social virtual em si mas sim no resultado do procedimento de investigação, promovido e relatado por algum servidor dotado de fé pública e que, sob ótica disciplinar, ratificou os fatos noticiados. De uma certa forma, a investigação promovida pelo servidor incumbido da fase de admissibilidade supre lacunas que se poderiam alegar como existentes na notícia inicial e alimenta o parecer propositivo, de forma que o respectivo parecerista se equipara à figura de um representante, pois será seu relatório, calcado na investigação, que levará adiante a fase contraditória..

Assim, por um lado, jamais se recomenda a imediata (e talvez até precipitada) instauração de instância disciplinar mediante notícia anônima ou decorrente de mídia de qualquer natureza (mas aqui não se declara juridicamente nula tal decisão; apenas não se recomenda); por outro lado, afirma-se que a denúncia anônima ou veiculada em noticiários ou redes sociais (independente do grau de repercussão, alcance ou divulgação do instrumento de veiculação) é meio válido e lícito para provocar na autoridade instauradora o dever de determinar o procedimento de investigação e que a instauração da instância disciplinar decorrente destas investigações provocadas por notícia anônima ou decorrente de mídia não possui nenhum vício formal ou nulidade.

2.5.5 - O Parecer de Admissibilidade e a Atuação “*In Dubio pro Societate*”

Esgotada a apresentação da extensa e variável procedimentalização com vista a instruir a fase de admissibilidade, chega-se, enfim, ao ponto de se abordar o parecer propositivo, como a peça derradeira que antecede a decisão em si da autoridade instauradora.

Neste momento, dentre as três iniciais possibilidades de estado de instrução dos autos, já se permite partir do pressuposto de que não mais se cogita de se ter uma condição insatisfatória e imprecisa em termos de convicção (em que os elementos autuados não concediam nem a segurança favorável ao liminar arquivamento e tampouco amparavam a pertinência de instaurar o rito disciplinar). Em outras palavras, agora se abordam apenas as

duas possibilidades mais determinísticas: ou se tem nos autos notícia de fato sem nenhum interesse disciplinar (por inequívoca falta de materialidade ou de autoria de irregularidade funcional) ou se tem nos autos indícios de tais requisitos configuradores de ilicitude. E ambas possibilidades tanto podem decorrer de originalmente assim já ter chegado a representação ou denúncia ou de terem sido satisfatoriamente realizados procedimentos de investigação, descritos em **2.5.3.2**, apontando para um daqueles dois extremos.

No fluxo mais comum e frequente, não se vislumbrando mais o que se investigar, pode o servidor do grupo de assessoramento incumbido da subfase analítica da fase de admissibilidade autuar os elementos finais de pesquisa porventura ainda não autuados e que se revelem relevantes na configuração da existência ou não dos mencionados indícios e então dar início à redação de sua peça final, em forma de parecer.

Este parecer de admissibilidade assume a forma de uma análise jurídica de caráter propositivo, voltada à autoridade instauradora. Destaque-se que, a rigor, o ordenamento de regência não exige a existência de tal parecer. Mas, caso haja o parecer - como é a praxe -, convém que a peça contenha a descrição fática e a manifestação analítico-conclusiva. Mas a praxe é que exista este parecer.

Eis que não só a boa prática redacional mas também o Manual de Redação e Elaboração de Atos Administrativos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (Marea), aprovado pela Portaria RFB nº 1.086, de 18 de julho de 2018, recomendam que, em termos formais, o parecer se inicie com uma ementa, que apresente, de forma extremamente sintética, o teor conclusivo da peça, seguida do corpo de texto em si, dividido em três tópicos básicos (aceitando-se livre subdivisão caso a caso em subtópicos).

No primeiro tópico, meramente descritivo, à vista do que consta dos autos (originalmente desde a representação ou a denúncia e, se for o caso, com a instrução das diligências prévias), deve o parecerista descrever de forma breve o fato relatado na representação ou denúncia e as investigações realizadas. O segundo tópico, essencialmente analítico, deve apresentar uma avaliação conclusiva sobre a existência ou não de indícios da irregularidade (materialidade e autoria). E o terceiro e último tópico, conclusivo, por conseguinte, à vista da ausência de conectivos lógicos que justifiquem a instauração, deve propor o arquivamento ou, ao contrário, deve propor a instauração de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar (PAD) ou ainda, se for o caso de atendimento de todas as condições, deve propor a oferta de termo de ajustamento de conduta (TAC) de que trata a Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, conforme se abordará em **2.5.7**.

A propósito, em atendimento ao § 2º do art. 6º da citada IN, convém que o parecerista aduza em sua peça a proposta para que a autoridade instauradora oferte o TAC ao servidor, quando for o caso de restarem atendidas todas as condições normativas para tal celebração de acordo, ou, ao contrário, já deixe registrado, com a devida motivação, que o benefício é incabível e inaplicável, pois eventual pedido posterior do interessado pode ser liminarmente denegado pela autoridade retornando a remissão ao parecer de admissibilidade.

Sendo o parecer de admissibilidade um texto em geral de mediana extensão, composto de algumas folhas, convém dedicar atenção às convenções formais de grafia de nomes compostos e de suas siglas e de menção a normas, expostos em **4.3.11.4**. As diferenças entre sindicância disciplinar e PAD e os respectivos critérios de instauração serão abordados em **3.4.1**.

O parecer de admissibilidade deve ser inserido na base de dados do Sistema Normas - Atos Decisórios, no perfil específico da corregedoria, a que somente servidores da Coger e dos Escor têm acesso. Esta ferramenta tecnológica, que conta com recurso de pesquisa, opera no sentido da celeridade processual e da uniformização, ao dispor para o usuário a base de

dados de pareceres de admissibilidade feitos nas demais subunidades.

Na sequência, por ora, basta destacar que, tendo se logrado, ao fim da fase de admissibilidade, configurar nos autos indícios de materialidade e autoria, deve a autoridade instauradora determinar a imediata apuração, via sindicância disciplinar ou PAD, deflagrando a primeira fase do devido processo legal contraditório, a fase de instauração, cuja descrição e prosseguimento se darão em **4.2.1** - ou, do contrário, deve determinar o arquivamento dos autos ou, ainda, de forma mais residual, deve celebrar TAC com o servidor. É óbvio que não se espera neste momento inequívoca, cabal e indiscutível configuração da irregularidade, visto que esta concretização e a consequente responsabilização somente ficarão definitivamente caracterizadas após o curso das apurações contraditórias, bastando, neste momento inicial, para que se instaure a instância disciplinar, a existência de plausibilidade da ocorrência do fato e de sua autoria, através de indícios.

Informe-se-se que a IN CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, determina, no § 2° do art. 10 e no *caput* do art. 11 as duas possibilidades mais comuns, quais sejam, de arquivamento do feito ou de instauração do rito disciplinar. Em acréscimo, os §§ 4° e 5° do mesmo art. 10 supra indicam os caminhos a serem trilhados nos casos de se detectar hipóteses deflagradoras de TAC. E, em seu art. 8º, aquela IN CGU determina que a autoridade instauradora comunique ao órgão de representação judicial (a Advocacia-Geral da União) a existência de indícios de ato de improbidade administratriva suscitador de enriquecimento ilícito ou de dano ao erário, a fim de propiciar a busca da indisponibilidade dos bens do infrator.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 8º Quando identificados indícios de ato de improbidade que cause lesão ao patrimônio público ou enseje enriquecimento ilícito, a autoridade instauradora deverá comunicar ao órgão de representação judicial com vistas à adoção das medidas cabíveis para a indisponibilidade dos bens do investigado, acusado ou indiciado, sem prejuízo de outros encaminhamentos previstos em lei.*
> *Art. 10.*
> *§ 2º A denúncia ou representação que não contiver os indícios mínimos que possibilitem sua apuração será motivadamente arquivada.*
> *§ 4º No caso de dano ou extravio de bens da União que implique prejuízo de pequeno valor, deverá ser observado o disposto na Instrução Normativa CGU nº 04, de 17 de fevereiro de 2009, que regulamenta o Termo Circunstanciado Administrativo (TCA).*
> *§ 5º No caso de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, deverá ser observado o disposto na Instrução Normativa CGU nº 02, de 30 de maio de 2017, que regulamenta o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).*
> *Art. 11. Presentes indícios de autoria e materialidade, será determinada a instauração de procedimento correcional acusatório, sendo prescindível a existência de procedimento investigativo prévio.*

A rigor, este comando normativo menciona a possibilidade de, cautelarmente, a Administração impedir a intenção de o servidor, já desde sua condição de investigado, dispor de seu patrimônio. Ou seja, este comunicado à AGU até pode ser feito, a critério da autoridade instauradora, ainda na fase de admissibilidade ou no momento de exaração do respectivo juízo, mas, tratando-se de uma medida cauteler de forte efeito, pode-se adotar postura mais conservadora e garantista de somente provocar a AGU ao fim do trabalho da comissão, no momento de análise de todo o processo.

Ao amparo do que se expôs acima, para este fim, a autoridade pode se valer do já mencionado parecer de admissibilidade, de viés opinativo ou propositivo - e, em geral, é isto que ocorre, na prática administrativa. Neste rumo, são perfeitamente válidas para a fase de admissibilidade as razões expostas em **4.10.3.2**, a cuja leitura aqui se remete, em que se

aduzirá sobre a possibilidade de a autoridade competente amparar suas decisões em pareceres opinativos ou propositivos de seu grupo de assessoramento.

Nesta praxe conhecida e aceita na instância administrativa, a autoridade, regularmente ampara-se no trabalho do seu grupo de assessoramento, aprova o parecer e adota como seus os fundamentos da peça informativa e pode então emitir uma decisão cuja motivação se lê na peça antecedente e à qual se reporta, na chamada motivação *aliunde*, prevista inclusive no § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regulamenta a processualística no âmbito da Administração Pública federal). É possível e lícito que a decisão emanada pela autoridade instauradora, por si só, se sintetize em um termo conciso e enxuto e, sobretudo, que expresse apenas a aprovação do parecer, sem reproduzir sua linha de argumentação jurídica, e a adoção de seus fundamentos, fazendo subentender que adotou as razões, argumentações e análises, enfim, a motivação exposta no parecer.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 2º A Administração Pública obedecerá dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*
> *Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
> *VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;*
> *Art. 50.*
> *§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.*

Reitere-se que, a rigor, a existência deste parecer não é obrigatória. Conforme já aduzido em **2.5.3.1**, é aceita a flexibilização do fluxo de rotina proposto, podendo a própria autoridade decidir apenas à vista dos elementos probatórios autuados, sem parecer algum, ou podendo ela mesma também manifestar-se de forma analítica antes de exarar sua decisão.

Na tabela a seguir, sintetizam-se todos os diversos conceitos e termos empregados na longa descrição da fase de admissibilidade encetada neste texto, demonstrando a relação entre os diferentes ritos empregáveis e as diversas ferramentas aplicáveis nas investigações preliminares.

<table>
<tr><td rowspan="6">A fase de admissibilidade (no sentido amplo da expressão) pode empregar diferentes procedimentos de investigação e ferramentas</td><td colspan="3">Subfase analítica: sem procedimentos de investigação, com base apenas em análises jurídicas e modelos teóricos,
a cargo do grupo de assessoramento</td><td rowspan="6">E, de uma forma e/ou de outra, redunda no parecer final de análise jurídica (parecer de admissibilidade), em forma de peça de caráter propositivo, a</td></tr>
<tr><td colspan="3"></td></tr>
<tr><td colspan="3">Subfase investigativa: com procedimentos de investigação,
sob os seguintes ritos e instruídos pelas seguintes ferramentas (pesquisas):</td></tr>
<tr><td colspan="2">Ferramentas (pesquisas) investigativas:</td><td rowspan="2">Ritos:</td></tr>
<tr><td>Básicas, em geral a cargo do grupo de assessoramento:</td><td>Aprofundadas, em geral a cargo do grupo de investigação disciplinar:</td></tr>
</table>

(pesquisas) investigativas	Manifestações do representado e do representante; solicitação de documentos e informações a representado, representante, outros servidores, chefia, outras autoridades internas, outros órgãos e entidades; diligências; consultas e assistências técnicas; estudo da legislação de regência; pesquisas simples em sistemas internos, na intranet e na internet	Pesquisas aprofundadas em sistemas internos e externos; pesquisas em redes sociais, em sítios eletrônicos localizadores de endereços; pedidos circularizados; apuração especial; operações conjuntas; e diligências de campo	Investigações disciplinares: análise preliminar; sindicância patrimonial; sindicância investigativa e investigação patrimonial	cargo do grupo de assessoramento, sobre o qual a autoridade instauradora emite sua decisão cognitiva (o juízo de admissibilidade propriamente dito)

Acrescente-se que a fundamentação da decisão de instaurar ou não a instância disciplinar, por meio do juízo de admissibilidade - com parecer da lavra de outro servidor ou com arrazoado próprio -, consubstancia uma garantia para a autoridade instauradora, uma vez que o ato de externar os motivos de assim decidir, em nome da Administração, atende aos preceitos não só do já mencionado § 1º do art. 50 mas também do *caput* e do inciso VII do art. 2º, ambos da Lei nº 9.784, de 1999, e acima reproduzidos. E isto se torna ainda mais relevante na decisão liminar de arquivar a representação ou denúncia, que, conforme já aduzido em **2.5.3.3**, sempre pode expor a questionamentos. A leitura imediata do *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, indicaria que a intenção do legislador teria sido de ver instaurada a instância disciplinar a cada notícia de irregularidade. Pode-se entender que a decisão liminar de arquivamento, sem se confundir jamais com ilegal, de certa forma frustra a primeira vontade da Lei e deve então ser bem motivada e fundamentada. Isto porque, principiologicamente, é como se, neste momento preliminar, atuasse sobre a Administração a vontade ou determinação da sociedade de que o Poder Público esclarecesse todas as notícias de supostas irregularidades disciplinares; juridicamente, esta construção reflete o princípio do *in dubio pro societate*.

Tendo sido superada toda a cautela anteriormente abordada para evitar instaurações inócuas e havendo elementos indiciários indicadores de suposta irregularidade disciplinar, em analogia ao processo penal (em que princípios da oficialidade, da indisponibilidade do interesse público e da legalidade impõem que o Ministério Público Federal (MPF) promova a ação penal), neste estágio do processo administrativo também prevalece em instância administrativa aquela máxima de que, em tese, a sociedade exige a apuração, conforme doutrina da Controladoria-Geral da União (CGU).

> *"Colocada a questão da obrigatoriedade de apuração da irregularidade que chegar ao conhecimento da autoridade competente, é importante observar que tal obrigação não é absoluta, mas permite flexibilizações, já que nem todas as notícias de irregularidade, após a devida análise, levarão a aludida autoridade a concluir pela existência de infração disciplinarmente censurável. Por outro lado, impende destacar que, havendo dúvida, deverá a autoridade determinar a apuração dos fatos. Aplica-se neste caso, a máxima 'in dubio, pro societate'. Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 62, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Por um lado, não se expõe a críticas e muito menos a risco de responsabilizações o servidor do grupo de assessoramento e a autoridade instauradora que, diante dos elementos inicialmente coletados, tenham firmado convicção preliminar de existência de indícios de materialidade e de autoria e, consequentemente, provocaram a instauração da instância disciplinar e, ao final do rito contraditório, a ilicitude não restou comprovada. O fato de a fase

de admissibilidade fornecer convicção prévia de existência daqueles indícios é licitamente válido e suficiente para provocar a decisão de instauração da instância disciplinar, em nada vinculando os trabalhos da comissão a ser designada e também não expondo a autoridade a nenhum risco se, após o minucioso rito contraditório, os indícios de irregularidade não se concretizarem.

Neste momento, atua um *minus* nos requisitos de provocação para que a autoridade instauradora se sinta compelida a decidir no sentido do *in dubio pro societate*, instaurando a instância disciplinar. Ao final do processo disciplinar, no momento de se concluir pela responsabilização ou não, o salutar equilíbrio de forças jurídicas se restabelece e se satisfaz com a inversão para o princípio do *in dubio pro reo* caso restem dúvidas da efetiva configuração do ilícito. Na esteira, abstraindo das hipóteses de atuação eivada de má-fé, não há que se cogitar de danos morais, e consequentemente de direito de indenização ao servidor por ter figurado no polo passivo do processo disciplinar que tenha se encerrado com arquivamento, conforme se coleta amparo jurisprudencial.

> *STJ, Recurso Especial nº 678.240: "Ementa: 6. A simples instauração de PAD normalmente não enseja a condenação da Administração Pública em danos morais. Tendo sido constatada uma irregularidade, a Administração tem o dever de apurar a infração, nos termos do art. 143 da Lei n. 8.112/90. 7. O fato de os colegas do recorrido terem tomado conhecimento da instauração do PAD porque houve coleta de provas e oitiva de testemunhas justamente no círculo social dele (recorrido) não é suficiente para configurar ato ilícito (...)."*

E, mesmo com a adoção do TAC no ordenamento disciplinar, é muito limitado o poder concedido à autoridade para compor, perdoar ou transigir por meio de solução alternativa. Até para celebrar o TAC se faz necessário que o servidor e que a conduta, cumulativamente, atendam condições objetivas descritas na norma de regência. A rigor, tampouco esta autoridade tem a seu favor, neste momento, o princípio da oportunidade, já que, tendo chegado a seu conhecimento o suposto cometimento de irregularidade funcional, a ela, a princípio, em termos estritamente legais, não se confere o poder discricionário para examinar a conveniência e a oportunidade de dar o devido prosseguimento ao caso ou de arquivar de imediato o feito. A instauração do processo disciplinar ou a celebração de TAC decorrem de critérios analíticos, técnicos e racionais, restando, por conseguinte, a terceira hipótese viável, do arquivamento do feito, também indiretamente dependente de apreciação objetiva (no caso, indicadora de inexistência dos parâmetros determinantes ou da instauração ou da celebração).

Não obstante, relembre-se o já exposto em **2.5.3**, de que se faz necessária alguma ponderação diante de tal vinculação, não sendo razoável que a decisão da autoridade instauradora atenha-se apenas a parâmetros formais de possível ocorrência de irregularidade (materialidade) envolvendo como suposto responsável servidor público como suficientes para determinar a instauração. A decisão pela instauração da onerosa e residual instância disciplinar deve ser temperada pela consideração de parâmetros pragmáticos e concretos extrajurídicos de bom senso e viabilidade probatória.

Ademais, apesar de se buscarem maiores determinismo e robustez na fase de admissibilidade, eventualmente, em casos muito específicos e residuais, pode esta análise, após o esgotamento de todos os esforços de instrução ora possíveis ou disponíveis, não concluir nem pelo arquivamento e nem pela instauração do rito disciplinar. Nestes casos, nada impede que o parecer de admissibilidade, não vislumbrando de imediato o cometimento de irregularidade, proponha à autoridade instauradora o retorno do processo para a unidade fiscal de ocorrência do fato, para as providências de sua alçada na matéria-fim, ou que proponha outras medidas (tais como a realização de auditoria procedimental a cargo da Coordenação-Geral de Auditoria Interna e Gestão de Riscos - Audit), podendo ainda haver ou não a solicitação de retorno dos autos para o sistema correcional em caso de, posteriormente,

surgirem indícios de infração.

Por fim, independentemente das conclusões a que se chega no juízo de admissibilidade (seja pelo arquivamento, seja pela instauração do processo disciplinar, seja pela celebração de TAC nos casos limitados de emprego deste instrumento, tendo sido ou não antecedida por procedimentos de investigação), esta análise propositiva pode recomendar medidas fiscais, administrativas e gerenciais, à unidade de ocorrência do fato noticiado, com o fim de prevenir e inibir o cometimento de novos fatos.

2.5.6 - O Sigilo da Fase de Admissibilidade

Um tema que se faz relevante é a questão do direito de acesso, por parte do próprio servidor representado, denunciado ou investigado, de seu procurador (se eventualmente constituído) e de terceiros outros quaisquer (em que se destacam o representante ou o denunciante, quando existente), aos elementos da fase de admissibilidade em curso na Administração. No sentido abrangente definido em **2.5.1** e em **2.5.3.2**, a presente abordagem abarca não só a própria peça inicial (a representação, denúncia ou qualquer forma de notícia da suposta irregularidade) mas também todo o ferramental instrucional investigativo dela decorrente; quaisquer formas de procedimentos de investigação; a expressão da análise em si, em forma de parecer opinativo; e, por fim, o ato decisório de juízo de admissibilidade.

Relembre-se também, quanto aos procedimentos de investigação empregados em fase de admissibilidade, que são válidos os institutos da análise preliminar, da investigação patrimonial, da sindicância investigativa e da sindicância patrimonial. Em comum, seja a mais residual pesquisa investigativa, seja qualquer um dos procedimentos de investigação elencados, tem-se que a fase de admissibilidade possui natureza investigativa, na qual se destacam as características inquisitorial e sigilosa, não se submetendo a rito contraditório a favor de quem quer que seja e tampouco se concedendo publicidade de seu teor.

Neste rumo, o fato de a fase de admissibilidade em geral ser protocolizada em processo administrativo *lato sensu* não lhe retira o caráter inquisitorial e, daí, sigiloso. A formalização de processo administrativo se dá por mero intuito operacional de agrupar documentos que encartam diligências e linhas investigativas esgotadas (devendo se manter à margem da autuação aqueles elementos referentes a linhas investigativas ainda incipientes) e de simplificar as remissões e a organizar cronologicamente os fatos autuados. Como mera decisão gerencial, a protocolização não tem o condão de fazer inaugurar a instância contraditória e, a despeito de sua ocorrência, a fase de admissibilidade em nada se confunde com o processo disciplinar, regido especificamente pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 19/90.

Não obstante o acima exposto, reconhece-se que a matéria ainda preserva certo grau de controvérsia ao ter a análise limitada ao ordenamento legal e infralegal, sobretudo quando se enfrenta a questão de haver petição de acesso, vista, cópia ou esclarecimento de parte do servidor representado, denunciado ou investigado, ou de seu procurador porventura constituído, ou do representante ou denunciante ou ainda de um terceiro qualquer. Daí, como de outra forma não poderia ser, o enfrentamento da questão em tela mantém sempre, como contexto de fundo, o ordenamento constitucional, destacadamente os dispositivos que, em reflexo do Estado Democrático de Direito, asseguram a garantia de direitos fundamentais a quem quer que seja, e, aqui em especial, o direito de petição junto aos órgãos públicos, erigidos nos incisos XXXIII e XXXIV do art. 5º e também no § 2º do art. 216 da Constituição Federal (CF).

> *CF - Art. 5º*
> *XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no*

prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;
XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;
Art. 216.
§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

2.5.6.1 - A Analogia com o Inquérito da Polícia Judiciária e a Desobrigação de Acesso, Vista, Cópia ou Esclarecimento *Ex Officio*

Demarcada a inafastável atenção a estes ditames constitucionais (e também a outros, igualmente encartados na lista de direitos fundamentais), sem prejuízo da consagrada independência das instâncias, inicia-se o percurso na busca da elucidação do presente dilema inicialmente objetivando compreender, à luz da válida ferramenta hermenêutica da integração, como se move, em tema análogo, a rica instância penal.

Neste rumo, sabe-se que o Direito Penal é a instância jurídica eleita para a tutela dos bens de maior relevância em nome da sociedade e que sua atuação atinge da forma mais dramática o direito pessoal do infrator, a saber, na sua liberdade. Ainda assim, mesmo sabedor de que sua persecução é por demais gravosa, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), no *caput* do seu art. 20, estabelece a fase preliminar (do inquérito policial, a cargo da polícia judiciária) como discricionária, inquisitorial e sigilosa, sem garantia de contraditório e de publicidade a quem quer que seja; em outras palavras, define sua natureza investigativa, de forma também pacificada na doutrina.

CPP - Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

"Se o inquérito policial visa à investigação, à elucidação, à descoberta das infrações penais e das respectivas autorias, pouco ou quase nada valeria a ação da Polícia Judiciária, se não pudesse ser guardado o necessário sigilo durante a sua realização.", Fernando da Costa Tourinho Filho, "Processo Penal", pg. 183, Vol. 1, Editora Saraiva, 12ª edição, 1990

"O caráter inquisitivo do inquérito faz com que seja impossível dar ao investigado o direito de defesa, pois ele não está sendo acusado de nada, mas sim, sendo objeto de uma pesquisa feita pela autoridade policial.
A inquisição dá à autoridade policial a discricionariedade de iniciar as investigações da forma que melhor lhe aprouver. Por isto, o inquérito é de forma livre. (...)
O sigilo que deve ser adotado no inquérito policial é aquele necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. (...)
(...) ao estabelecer que 'aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes', [a CF] deixa claro que só há contraditório onde há acusação, e no inquérito não há." Paulo Rangel, "Direito Processual Penal", pgs. 85, 87 e 88, Editora Lúmen Júris, 6ª edição, 2002

"O inquérito policial também traz a característica de ser um procedimento sigiloso. (...)
Destarte, tratando-se o inquérito de procedimento de investigação, não prevalece quanto ao mesmo a regra da publicidade dos atos processuais.

> *Nesse sentido Tourinho Filho:*
> *'O princípio da publicidade, que domina o processo, não se harmoniza, não se afina, com o inquérito policial. Sem o necessário sigilo, diz Tornaghi, o inquérito seria uma burla, um atentado. Se até mesmo na fase judicial a lei permite ou impõe o sigilo, quanto mais em se tratando de simples investigação, de simples coleta de provas.' (...)*
> *Ora, é da própria essência do sistema penal brasileiro a bifurcação das duas fases da persecução penal - a primeira investigatória (sem as garantias processuais) e a segunda processual propriamente dita.*
> *Não importa que se trate de inquérito policial ou outra investigação criminal, já que o procedimento investigatório sempre poderá se revestir de caráter sigiloso, inexistindo, na espécie, contraditório. (...)*
> *Por outro lado, o contraditório que é assegurado constitucionalmente refere-se à fase processual, consoante se vê do art. 5º, LV: (...)*
> *Portanto, não sendo o inquérito processo, inexistindo na fase investigatória litigantes ou acusados, conforme o próprio mandamento constitucional, continua a fase de inquérito ou de investigação penal inquisitiva, não se autorizando o contraditório." Marcellus Pollastri Lima, "Curso de Processo Penal", pgs. 94 a 97, Vol. I, Editora Lúmen Júris, 3ª edição, 2006*

Antes de se avançar na análise da natureza investigativa do inquérito, convém abrir rápido parêntese para esclarecer o conceito aplicado acima, de polícia judiciária, visto que esta expressão se fará relevante não só aqui mas também em outras passagens ao longo do presente texto. Parte das atividades referentes à segurança pública associa-se à chamada polícia judiciária, expressão que se refere à atividade policial competente para a investigação de fatos previstos na lei penal como crime, conforme o *caput* do art. 4º do CPP. A Constituição Federal (CF), nos incisos I e IV do § 1º e no § 4º, ambos do seu art. 144, estabelece tal competência, a ser exercida por meio do procedimento do inquérito policial, para a Polícia Federal (PF) e para as Polícias Civis dos Estados, de ambas diferenciando as Polícias Militares estaduais, às quais incumbem as atividades ostensivas de preservação da ordem pública. O esclarecimento se determinado fato com indício de crime será investigado pela PF ou pela Polícia Civil estadual decorre da verificação de sua inserção ou não no rol de competências exclusivamente reservadas àquele primeiro órgão, restando residualmente as demais condutas para a alçada das autoridades policiais estaduais. Advirta-se que o § 1º do art. 144 da CF atribuiu à PF uma série de competências exclusivas, sobretudo acerca de fatos de amplitudes e de repercussões nacional e federal, sendo a atividade de polícia judiciária da União apenas uma espécie. No caso das condutas funcionais que possam ser objeto de interesse da matéria correcional e, consequentemente, deste texto, a regra é de o inquérito policial transcorrer no âmbito da PF, seja por iniciativa da própria autoridade policial, seja por requisição do Poder Judiciário ou do Ministério Público Federal (MPF), conforme melhor se aduzirá em **4.14.2**, ao se mencionar o rito da responsabilização penal. Residualmente, em regra fora do escopo de interesse deste texto, demais condutas tipificadas na lei penal como crime podem vir a ser objeto de inquérito policial no âmbito das Polícias Civis dos Estados, por iniciativa própria da autoridade policial ou por requisição do respectivo Poder Judiciário ou do Ministério Público estaduais.

> *CF - Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:*
> *I - polícia federal;*
> *II - polícia rodoviária federal;*
> *III - polícia ferroviária federal;*
> *IV - polícias civis;*
> *V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.*
> *§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada*

> *pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998)*
> *I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;*
> *II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;*
> *III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
> *IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.*
> *§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.*
> *§ 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.*
>
> *CPP - Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9 de maio de 1995)*

Fechado este parêntese acerca do conceito de polícia judiciária, voltando-se à analise da natureza do inquérito policial, extrai-se da própria literalidade do art. 20 do CPP e das construções doutrinárias destinadas a esclarecê-lo que a instância de Direito Público punitivo preserva o sigilo de suas diligências investigativas como forma de atentar para o inafastável princípio reitor da indisponibilidade do interesse público - princípio este de índole pública que, no presente tema, diante da dinâmica característica do arcabouço principiológico, prevalece sobre princípios garantidores de direitos individuais.

Das manifestações doutrinárias acima reproduzidas, merece destaque também o ensinamento de que a própria literalidade do inciso LV do art. 5º da CF esclarece que somente se cogita de contraditório para litigantes em processos judicial ou administrativo e para acusados em geral, condições que não contemplam o mero investigado. Na fase investigativa administrativa, assim como, analogamente, no inquérito policial, não há litigantes ou acusados da forma como estes dois termos foram empregados na CF, uma vez que nos procedimentos de investigação empregados (investigações preliminares, investigações patrimoniais, sindicâncias patrimoniais e sindicâncias investigativas) não há que se falar de litígio estabelecido em um processo *stricto sensu* ou de acusação. Melhor aduzindo, descartando-se de plano a hipótese de haver litígio em fase de admissibilidade e dedicando-se à análise da hipótese que merece maiores esforços - de existência ou não de acusação -, uma vez que aqueles procedimentos de investigação não possuem finalidade punitiva, afirma-se que neles não há acusação. Portanto, pode-se ratificar que a CF não garante o contraditório ao investigado em instância administrativa.

Daí, em reforço à normatização legal e infralegal já mencionada em **2.5.1**, tem-se que a integração por analogia com a instância penal reforça a compreensão de que, também na instância disciplinar, a fase de admissibilidade em geral e os procedimentos de investigação empregados são de natureza investigativa, a ser preservada por cláusula de sigilo e marcada pela discricionariedade e pela inquisitorialidade, não se submetendo ao princípio do contraditório, que se opera apenas, se for o caso, após a instauração do PAD ou da sindicância disciplinar, em consonância com a doutrina da Controladoria-Geral da União (CGU).

> *"Sobre a específica questão do sigilo, é possível encontrar na doutrina brasileira, ainda que de forma isolada, posicionamento no sentido de que tal*

> *característica dos procedimentos em estudo seria inconstitucional. A justificativa apresentada para essa conclusão é a de que, ao investigar notícia de irregularidade de forma sigilosa, a Administração estaria desobedecendo ao direito do devido processo legal e do acesso à informação, ainda que o faça na condição de representante do interesse público e sob os ditames que esse mesmo interesse lhe impõe, ditames esses também subsidiados por direitos constitucionais, como, por exemplo, direito à igualdade, direito à honra e à imagem e presunção de inocência ou não-culpabilidade.*
> *Para adotar esse entendimento, a doutrina em referência necessariamente esqueceu de pelo menos uma das mais importantes normas de interpretação das regras e princípios constitucionais, qual seja, a da não absolutização dos direitos. Sobre a matéria, transcreve-se o ensino de Bernardo Gonçalves Fernandes:*
> *'O entendimento contemporâneo dos direitos fundamentais, ainda mais quando tomados como valores, representa uma leitura relativista dos mesmos. Isto é, os direitos fundamentais não podem ser tomados como elementos absolutos na ordem jurídica, mas sempre compreendidos e analisados caso a caso e de modo relativo (ou limitado).'*
> *Ainda sobre o assunto, tem-se a sempre precisa e abalizada lição de Alexandre de Moraes:*
> *'Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.'*
> *Isso posto, resta impossível conceder qualquer razão à citada posição doutrinária de absolutização de direitos fundamentais, sob pena de se instalar verdadeiro caos na sociedade, haja vista que, a prevalecer tal entendimento, suas conclusões necessariamente haveriam de ser estendidas aos demais casos de conflito de direitos, gerando, a título de exemplo, as seguintes anomalias jurídicas: o direito à livre locomoção como um obstáculo à decretação de prisão e o direito de liberdade de expressão amparando a incitação ao racismo ou a apologia ao crime.*
> *Somando-se a isso tudo, e para finalizar a questão, aponte-se uma última consequência desse errôneo posicionamento: retirar-se-ia das Polícias Judiciárias (Polícias Civil e Federal), do Ministério Público (Estadual e Federal), da Receita Federal do Brasil e da própria Controladoria-Geral da União como um todo, a possibilidade de continuarem a realizar suas investigações sigilosas que já foram responsáveis por desmontar, para o bem da sociedade, inumeráveis esquemas criminosos e de desvio de recursos públicos por todo o Brasil.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 67 e 68, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/ Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

À idêntica conclusão se chega ao amparo do entendimento jurisprudencial voltado especificamente para a instância administrativa. Podendo se considerar que, por um lado, a fase de admissibilidade é um conceito amplo e abrangente, capaz de abarcar inúmeros procedimentos de investigação juridicamente válidos, no que se inclui a sindicância investigativa, em todos os casos com o fim de se levantar a existência ou não de indícios mínimos de materialidade e autoria capazes de suscitar a instauração de instância disciplinar, verificam-se nos julgados abaixo as confirmações de que o rito é inquisitorial e de que esta fase investigativa não se coaduna com a oferta de ampla defesa e de contraditório.

> *STF, Mandado de Segurança nº 22.888: Voto: "(...) No caso concreto, (...) teve-se a sindicância, que chamei de 'procedimento unilateral inquisitivo'. (...) o art.*

> *143, ao prever a sindicância, fala em ampla defesa. Mas, a meu ver, o sistema - se é que se pode chamar de sistema esse aglomerado de dispositivos da Lei 8.112 - leva-nos a interpretar cum grano salis essa alusão à ampla defesa. Ela frequentemente não pode ser facultada desde o início, porque a sindicância pode ter por objeto buscar, já não digo a prova, mas indícios, elementos informativos sobre a existência da irregularidade de que se teve vaga notícia e de quem possa ser o seu autor, para que, aí sim, resultar, se a falta é grave, na instauração do processo, com a imprescindível notificação inicial para que o acusado acompanhe toda a instrução, esta, iniludivelmente contraditória. Nesse caso, não faria efetivamente sentido - que a essa sindicância - que se destina unicamente a concretizar uma imputação, a ser objeto de uma instrução contraditória futura - que já se exigisse fosse ela contraditória. (...)"*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.983: "Ementa: 1. A sindicância que vise apurar a ocorrência de infrações administrativa, sem estar dirigida, desde logo, à aplicação de sanção, prescinde da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por se tratar de procedimento inquisitorial, prévio à acusação e anterior ao processo administrativo disciplinar."*
> *Idem: STJ, Mandados de Segurança nº 10.827, 10.828 e 12.880*

Como primeira consequência imediata da ratificação de que a fase admissibilidade não se sujeita ao princípio do contraditório é de que não se presume participação e atuação do servidor representado, denunciado ou investigado e mesmo de seu procurador (caso constituído desde já) e, portanto, não se obriga que a Administração, de ofício, ofereça qualquer forma de notícia acerca dos trabalhos sigilosos em curso, conduzidos interna e unilateralmente pelo sistema correcional. Necessário reforçar que, na fase de admissibilidade em geral e nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar), os fatos objeto de investigação estão sob análise do respectivo Escor (ou, excepcionalmente, da Coger), na busca de elementos que indiquem robustos indícios de materialidade e autoria, e, nesta fase, como regra geral, o único interessado nas apurações é a própria unidade de correição, como ente administrativo.

Na sequência do encadeamento lógico por ora construído, também se conclui que, tendo a fase de admissibilidade como um todo e especificamente os procedimentos de investigação empregados natureza investigativa (discricionária, sigilosa e inquisitorial), não está a Administração obrigada a, de ofício, fornecer acesso, vista, cópia ou esclarecimento nem mesmo ao servidor representado, denunciado ou investigado. E, ainda com mais ênfase, se assevera que muito menos estaria a Administração obrigada a conceder, de ofício, acesso, vista, cópia ou esclarecimento ao representante ou denunciante e tampouco a terceiros outros quaisquer. No mesmo rumo, as assertivas ora apresentadas são fortalecidas pelo fato também já exposto de que, como regra, a fase de admissibilidade transcorre de forma sigilosa, não contemplando qualquer ciência ou participação de quem quer que seja, o que faz presumir que, em princípio, nem o próprio servidor representado, denunciado ou investigado tem conhecimento da existência dos trabalhos e de seu andamento e muito menos o tem qualquer outro terceiro, no que se inclui o representante ou denunciante.

2.5.6.2 - A Questão do Acesso, Vista, Cópia ou Esclarecimento ao Próprio Servidor ou a Outros, Mediante Pedido

Diferentemente da cristalina resposta negativa à hipótese de obrigação de concessão *ex officio* e independente de provocação, a questão se aprofunda quando se tem o pedido, por parte do servidor representado, denunciado ou investigado ou por parte de seu procurador e ainda por parte de terceiros outros, a fim de que a Administração lhe conceda acesso, vista, cópia ou esclarecimento dos elementos coletados em fase de admissibilidade. Esclareça-se a

plausibilidade de se enfrentar pedido desta natureza, uma vez que, embora residual, pode se fazer excepcionalmente necessário intimar o próprio servidor ou quem deu a notícia ou até mesmo qualquer outra pessoa para apresentar informações adicionais, hipótese em que a própria Administração concede a este agente intimado o conhecimento da existência dos trabalhos investigativos em curso. Além disto, também não se pode afastar por completo a hipótese de, por meios próprios, o servidor representado, denunciado ou investigado ou o representante ou denunciante ou ainda qualquer outra pessoa lograr o conhecimento de que transcorrem as investigações. Enfim, independentemente da forma como se chega ao conhecimento a existência de fase de admissibilidade, pode a Administração se deparar com pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento de seus elementos.

Analisando primeiramente no que pertine à hipótese de o próprio representado, denunciado ou investigado ou ainda seu procurador porventura constituído peticionar por acesso, vista, cópia ou esclarecimento em fase de admissibilidade em geral ou nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar), resta forçoso flexibilizar a primeira leitura já apresentada, de irrestrita homenagem ao interesse público em detrimento do interesse particular, quando se asseverou a inexistência de obrigação de fornecimento de qualquer notícia de ofício por parte da Administração.

Mais uma vez homenageando o caráter dinâmico com que deve ser compreendida a rica base principiológica reitora, diante de provocação do próprio servidor objeto das investigações, é de se inverter a construção inicial e agora asseverar que deve a Administração buscar a harmonização da necessária preservação do interesse público de não inviabilizar ou esvaziar os trabalhos investigativos com o atendimento de garantia fundamental prevista na Constituição Federal (CF), asseguradora do direito de petição.

Nesta contraposição de interesses ou de direitos (de um lado, a tentativa de se manter a eficácia e o sigilo da fase de admissibilidade e, de outro, a demanda do servidor para ter conhecimento do material a seu próprio respeito que ele sabe estar de posse da Administração), deve o aplicador do Direito ponderar e harmonizar as normatizações em aparente confronto, de forma que a preservação do interesse público, capitaneado pela atividade estatal, não necessariamente signifique a absoluta eliminação do direito do administrado. Se é certo que, por um lado, a disponibilização de acesso, vista, cópia ou esclarecimento acerca do conteúdo da fase de admissibilidade em geral e dos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar) em favor do servidor representado, denunciado ou investigado pode atuar em detrimento da atividade pública (possibilitando a destruição de provas, por exemplo), por outro lado, deve a Administração buscar tanto manter seus interesses e preservar seus múnus de ofício quanto respeitar, em certa medida, sem negar por completo, o exercício da garantia fundamental assegurada ao peticionante.

Destaque-se que, nem mesmo sob amparo dos já reproduzidos incisos XXXIII ou XXXIV do art. 5º da CF, é de se franquear ao servidor representado, denunciado ou investigado conhecimento amplo e irrestrito de todos os trabalhos investigativos internos em curso. É necessário se ponderar o respeito à garantia constitucional fundamental com a preservação do interesse público da continuidade e viabilidade das investigações promovidas pela Administração com o fim de esclarecer supostas irregularidades. Se, por um lado, é verdade indiscutível que a CF, naqueles dois dispositivos, estabeleceu como garantia fundamental de qualquer cidadão o direito de petição junto a órgãos públicos atinente a matérias de seu interesse, por outro lado, a leitura sistemática do texto constitucional indica a necessária preservação do interesse público, porque, a rigor, o final do aludido inciso XXXIII excepciona o direito individual em caso em que o "*sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*". Acrescente-se ainda que, em face de pedidos de terceiros, o inciso X

do art. 5° da CF também protege bem jurídicos encartados nas informações pessoais mais sensíveis, referentes à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

> *CF - Art. 5°*
> *X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*

2.5.6.2.1 - A Preservação do Sigilo Mesmo Após a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011

Neste ponto, se faz relevante abrir um parêntese na análise em curso, acerca da natureza investigativa da fase de admissibilidade em geral e dos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar), para detalhar a regulamentação exigida pelo inciso XXXIII do art. 5º e também pelo § 2º do art. 216, ambos da Constituição Federal (CF) e que restou operada pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (a chamada Lei de Acesso à Informação), tanto em termos materiais (ao definir os dados e as informações em geral em poder da Administração sujeitas ou não à divulgação pública), quanto em termos procedimentais (ao estabelecer um processamento para os pedidos de acesso a tais dados ou informações - acesso aqui em qualquer sentido, como, por exemplo, fornecimento de vista, cópia ou esclarecimento). Isto porque nem mesmo as inovações legislativas referentes ao acesso a informações públicas, trazidas pela mencionada Lei, eliminaram a imposição de sigilo para determinados dados e informações em poder da Administração.

> *CF - Art. 216.*
> *§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.*

De antemão, é de se destacar que, materialmente, a Lei nº 12.527, de 2011, tem como base principiológica a acessibilidade pública para dados de natureza geral em poder da Administração Pública, devendo este diploma legal ser compreendido como forte ferramenta de controle social, ao propiciar a participação, o monitoramento e o controle, por parte da sociedade, na gestão pública e o fomento à cultura da transparência pública. Trata-se de lei nacional, a ser observada por qualquer ente federado, por meio de seus órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta federal, estadual, distrital e municipal, incluindo Casas legislativas e judiciais, e que regulamentou o direito de pessoas físicas e jurídicas peticionarem acesso a dados ou informações produzidos ou custodiados por aqueles entes públicos. A inteligência apriorística da Lei abarca a acessibilidade tanto a informações referentes à Administração Pública em si, podendo ser de interesse coletivo ou particular, como a informações pessoais, inclusive de terceiros diferentes do peticionante, e ainda independentemente de tais informações terem sido efetivamente produzidas no âmbito dos órgãos ou entidades públicas ou de estes apenas mantê-las sob sua custódia, sem as ter produzido.

Não obstante seus primados básicos de divulgação espontânea de informações governamentais e de transparência pública como regra no atendimento das demandas da sociedade, a Lei n° 12.527, de 2011, manteve a clara e indispensável ressalva de que existem informações que exigem a manutenção do sigilo, seja por sua natureza estratégica, seja por natureza pessoal.

Assim, além de cláusulas de sigilo previstas em leis específicas (a exemplo do sigilo de natureza instrumental do processo disciplinar e dos sigilos sobre informações de natureza fiscal, bancária ou profissional - em que se inclui a documentação referente à perícia médica -

ou extraídas de comunicações telefônicas ou ainda decorrentes de segredo de justiça), a Lei n° 12.527, de 2011, reconheceu duas outras espécies de sigilo (referentes aos dados e informações preparatórios para emanação de decisão ou ato e a informações pessoais sensivelmente associadas a garantias fundamentais), fortemente aplicáveis ao tema em apreço, e inovou ainda uma terceira espécie de sigilo, de menor interesse e aplicabilidade extremamente residual (referente à excepcional classificação de uma informação como sigilosa).

Nesta linha da exceção do sigilo, de imediato, destaca-se que a Lei n° 12.527, de 2011, abrigou a leitura, a *contrario sensu*, de que dados e informações utilizados em procedimentos preparatórios a uma tomada de decisão ou a um ato administrativo podem ter sua acessibilidade mitigada. Esta assertiva advém da interpretação claramente extraída do § 3º do seu art. 7º, cujo comando é de que, ao fim de um procedimento preparatório de uma decisão ou de um ato, tendo esta sido exarada ou este sido emitido, todo aquele rol antecedente passa a ser acessível.

> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º*
> *§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.*

E, como de outra forma não poderia ser, o Decreto n° 7.724, de 16 de maio de 2012, que regulamentou a Lei n° 12.527, de 2011, reiterou este comando no *caput* do seu art. 20.

> *Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão.*

E o interesse do presente comando legal no tema sob análise é grande. Afinal, se a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, sequer positivou a fase de admissibilidade, menos ainda previu a proteção sigilosa de seus procedimentos. Enquanto, de um lado, uma vez instaurado o processo disciplinar, o *caput* do art. 150 prevê seu sigilo instrumental, na medida exata do interesse da Administração em proteger a apuração dos fatos, conforme se descreverá em **4.3.10.2.2**, não há similar proteção expressa apriorística para a fase de admissibilidade.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.*

É relevante para o foco em tela - qual seja, da repercussão da inovação legislativa trazida a lume pela Lei nº 12.527, de 2011, a procedimentos de natureza disciplinar - que a mencionada Lei e seu Decreto regulamentador contemplam o fato de determinadas informações estarem encartadas em meio a procedimentos cujo fim é a emanação de uma decisão final. Esta ideia de procedimento ou de instrumentalização se aplica integralmente não só à fase de admissibilidade em geral e aos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar) mas também ao processo administrativo disciplinar (PAD) e à sindicância disciplinar. Tanto a fase de admissibilidade quanto os ritos contraditórios subsistem e caminham tão somente no interesse de uma manifestação decisória final (no primeiro caso, a decisão final se daria apenas no sentido do arquivamento preliminar do feito e, no segundo caso, de se julgar pelo arquivamento definitivo do feito ou pela atribuição da devida responsabilização funcional ao infrator). Os procedimentos não subsistem por si sós: são instruídos por atos ou por elementos coletados ou produzidos com o fim da dicção do direito, suportada em uma decisão. Daí, a leitura a *contrario sensu* do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, e do *caput* do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012, estabelece que os elementos coletados em fase de admissibilidade e utilizados como fundamento da consequente decisão final podem ter o acesso preservado até a edição deste ato administrativo (o juízo de

admissibilidade para arquivar ou, se a fase de admissibilidade desaguar na instauração de processo disciplinar, a cláusula do sigilo se mantém desde aqueles elementos investigativos até a decisão final do procedimento contraditório).

Dois detalhes a se pontuar sobre os dois comandos preventivos mencionados acima. Primeiramente, a leitura a *contrario sensu* aqui destacada não impõe mas tão somente permite a mitigação da regra geral da publicidade a elementos encartados em fase de admissibilidade em geral ou aos procedimentos de investigação empregados. Ao assegurar o acesso após a tomada da decisão, a ferramenta hermenêutica aqui empregada deixa claro que tal obrigação não se impõe ao longo de qualquer fase preparatória da decisão. Ou seja, em outras palavras, o acesso na fase de admissibilidade pode ser concedido, atendendo à regra geral da publicidade, mas também pode ser vedado, à vista da sensibilidade do caso concreto. E o segundo detalhe que se quer destacar esclarece justamente esta parcela de discricionariedade permitida pela Lei e pelo Decreto. A inteligência por trás dos dispositivos possui natureza estratégica. A possibilidade encartada na leitura a *contrario sensu* visa a proteger o interesse público escorado no trabalho investigativo quando se percebe que a publicidade dos meios e dos caminhos que estão sendo trilhados, como preparo necessário do ato decisório final, porá a perder, sob viés estratégico, o objeto da decisão em si. A ótica em tela é de que, caso se conceda acesso a todo *iter* de atos preparatórios da decisão, a tutela pública que este ato final visa a proteger já terá sido irremediavelmente prejudicada ou até mesmo perdida.

E esta construção legal e normativa hipotética se amolda perfeitamente ao caso da fase de admissibilidade da processualística disciplinar. Uma vez que não há uma expressa manifestação na Lei nº 8.112, de 1990, do sigilo da fase de admissibilidade, a proteção estratégica preservadora do *modus operandi* oficial estatal na procedimentalização que antecede a decisão de instaurar o processo disciplinar ou de arquivar liminarmente o feito reside na consideração, a cada caso, de que o acesso ao *iter* preparatório da decisão pode vir a tornar este ato administrativo sem efeito, sem objeto, esvaziado ou frustrado. A doutrina da Controladoria-Geral da União (CGU) também expressa este entendimento.

> *"Diferentemente dos sigilos legais, em que há uma legislação específica determinando o sigilo de determinada informação, esta restrição especial é uma hipótese prevista pela própria LAI e repisada pelo Decreto nº 7.724/2012. Documentos preparatórios, nos termos do parágrafo 3º do art. 7º da LAI, são aqueles que servem para fundamentar tomada de decisão. A LAI não proíbe a entrega de tais documentos, mas garante o seu acesso após a edição do ato relativo à tomada de decisão que os usou como fundamento. Entende-se, portanto, haver relativa discricionariedade da Administração ao conceder acesso a tais documentos antes que o processo de tomada de decisão seja concluído. No âmbito da CGU, por exemplo, processos disciplinares são mantidos sob acesso restrito até sua conclusão, de modo a não prejudicar o andamento das investigações.*
>
> *Em observância ao princípio da máxima divulgação, no entanto, uma negativa que se fundamente na natureza preparatória do documento deve observar alguns critérios a fim de ser adequadamente motivada. Ambos estão diretamente relacionados à ideia de risco: em um caso, risco ao processo; em outro, risco à sociedade.*
>
> *O primeiro critério é a finalidade do processo: quando a disponibilização de uma informação em um processo cuja decisão ainda não foi adotada possa frustrar a sua própria finalidade, é recomendável que esta informação somente seja disponibilizada quando da conclusão do procedimento.", Controladoria-Geral da União, "Aplicação da Lei de Acesso à Informação na Administração Pública Federal", pg. 67, 3ª edição, 2017, disponível em http://www.acessoainformacao.gov.br/lai-para-sic/sic-apoio-orientacoes/guias-e-orientacoes/aplicacao-lai-3a-ed-web-002.pdf, acesso em 19/03/19*

Em reforço à argumentação acima exposta, a título de informação, acrescente-se que a CGU, nas qualidades de órgão alçado ao patamar de responsável pelo monitoramento da aplicação da Lei n° 12.527, de 2011, na sede federal e de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), adotou normatização restritiva ao acesso a dados encartados em fase de admissibilidade em curso em seu próprio âmbito, conforme se depreende do art. 24 da Portaria CGU nº 1.335, de 21 de maio de 2018, que regulamenta internamente os procedimentos relativos ao acesso e ao tratamento de documentos e informações, destacadamente no inciso II do caput e nos §§ 2º, 5º e 7º. Embora tal norma tenha aplicação restrita àquele órgão, convém sua menção no presente, a título de referência.

> *Portaria CGU nº 1.335, de 2018 - Art. 24. Consideram-se informações e documentos preparatórios relativos a processos em curso no âmbito da CGU, cuja divulgação irrestrita pode trazer prejuízo a sua adequada conclusão:*
> *I - documentos que evidenciem os procedimentos e as técnicas relativas a ações de controle e de inspeção correcional, gestão de riscos ou de qualquer espécie de ação investigativa; e*
> *II - relatórios, pareceres e notas técnicas decorrentes de investigações, auditorias e fiscalizações, e outros documentos relativos às atividades de correição e de controle, bem como outras ações de competência da CGU, quando ainda não concluídos os respectivos procedimentos.*
> *§ 1º A restrição de acesso às informações previstas no inciso I do caput deste artigo se extinguirá quando o método ou o procedimento adotado nas respectivas ações de controle, de inspeção correcional, de gestão de risco ou ação investigativa não for mais utilizado, salvo quando:*
> *I - haja perspectiva de utilização; ou*
> *II - seu conteúdo componha outros documentos de acesso restrito.*
> *§ 2º A restrição de acesso às informações previstas no inciso II do caput deste artigo se extinguirá a partir da conclusão do procedimento, salvo subsistam outras restrições.*
> *§ 3º Consideram-se concluídos, no âmbito da CGU, os procedimentos relativos a:*
> *I - ação correcional:*
> *a) procedimento correcional contraditório e eventual processo de acompanhamento: com a publicação da decisão definitiva do procedimento contraditório pela autoridade competente;*
> *b) procedimento investigativo: com o arquivamento do processo ou a publicação do julgamento do procedimento disciplinar contraditório decorrente da investigação; e*
> *c) procedimento de inspeção correcional: com a aprovação final do relatório pela autoridade competente;*
> *II - ação de apuração de denúncias:*
> *a) após o encerramento da ação de controle ou do procedimento que a denúncia instruir;*
> *b) após seu expresso arquivamento; ou*
> *c) após o transcurso de 5 anos sem a adoção de providências;*
> *§ 4º As informações oriundas ou resultantes de procedimentos correcionais, denúncias ou ações de controle, que possam resultar no prosseguimento de investigação em outros órgãos da Administração Pública, administrativa ou judicialmente, terão seu acesso condicionado à prévia consulta aos órgãos parceiros na investigação quanto à sua restrição de acesso.*
> *§ 5º A restrição de acesso decorrente da natureza preparatória de documentos não será aplicada a interessados formalmente acusados em procedimentos de natureza contraditória, nem a seus representantes legais, quando necessários ao exercício do contraditório e da ampla defesa.*
> *§ 7º O denunciante, por essa única condição, não terá acesso às informações e documentos preparatórios.*

E a CGU pacificou de vez este entendimento na sua Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, desta vez voltada a todas as unidades de correição integrantes do SisCor e fazendo menção específica a informações e documentos sob controle do sistema correcional, ao declarar, no art. 65, o que são procedimentos considerados concluídos: os processos disciplinares definitivamente julgados e os procedimentos investigativos encartados em processos arquivados em fase de admissibilidade ou que antecederam processos disciplinares já definitivamente julgados. Na leitura residual a *contrario sensu*, são tidos como não concluídos os procedimentos investigativos encartados em processos com fase de admissibilidade ainda em curso e os processos disciplinares ainda em curso, incluindo os procedimentos investigativos da fase de admissibilidade que os antecedeu. Dito isto, o inciso V do *caput* art. 64 da mesma norma determina acesso restrito a informações e documentos de tais procedimentos e processos.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 64. As unidades do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal manterão, independentemente de classificação, acesso restrito às informações e aos documentos, sob seu controle, relacionados a:*
> *I - informações pessoais relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas;*
> *II - informações e documentos caracterizados em lei como de natureza sigilosa, tais como sigilo bancário, fiscal, telefônico ou patrimonial;*
> *III - processos e inquéritos sob segredo de justiça, bem como apurações correcionais a estes relacionados;*
> *IV - identificação do denunciante, observada a regulamentação específica; e*
> *V - procedimentos correcionais que ainda não estejam concluídos.*
> *§ 1º A restrição de acesso de que trata este artigo não se aplica àquele que figurar como investigado, acusado ou indiciado.*
> *§ 2º O denunciante, por essa única condição, não terá acesso às informações de que trata este artigo.*
> *§ 3º Salvo hipótese de sigilo legal, a restrição de acesso de que trata este artigo não se aplica ao Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, às unidades setoriais, às unidades seccionais e aos servidores no exercício de suas respectivas atribuições.*
> *Art. 65. Para efeitos do inciso V do art. 64, consideram-se concluídos:*
> *I - os procedimentos correcionais de natureza acusatória, com a decisão definitiva pela autoridade competente; e*
> *II - os procedimentos correcionais de natureza investigativa:*
> *a) com o encerramento do processo por meio da decisão definitiva da autoridade competente que decidir pela não instauração de respectivo procedimento correcional acusatório; e*
> *b) com a decisão definitiva do procedimento correcional acusatório decorrente da investigação.*
> *Parágrafo único. Independente da conclusão do procedimento correcional, deverá manter-se restrito o acesso às informações e documentos de que tratam os incisos I a IV do art. 64.*

Atente-se que a fase de admissibilidade pode redundar no arquivamento preliminar do feito ou na instauração do processo disciplinar. De um lado, uma vez arquivado o feito, opera-se a decisão final a que aludem o § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, e o *caput* do art. 20 do Decreto n° 7.724, de 2012, e, *a priori*, não se sustenta justificativa para mitigação do acesso, salvo hipótese de existirem dados protegidos por sigilos decorrentes de leis específicas. Mas, de outro lado, uma vez instaurado o processo disciplinar, a providência instauradora não passa de mero ato interlocutório não definitivo e não decisório e ainda preparatório do ato final em si, que será o julgamento definitivo do caso. Nesta segunda hipótese, o conjunto de elementos coletados na fase de admissibilidade permanece sob a cláusula do sigilo instrumental que acompanha o processo disciplinar em si, encartada no *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, até a sua decisão julgadora.

A rigor, a despeito da leitura mais permissiva que se obtém do § 3° do art. 7° da Lei n° 12.527, de 2011, e do *caput* do art. 20 do Decreto n° 7.724, de 2012, percebe-se nas normas da lavra da CGU (de menor *status* jurídico mas, em compensação, de maior proximidade com a aplicação real e cotidiana nas unidades de correição) uma postura mais impositiva no sentido de vedação de acesso aos elementos encartados na fase de admissibilidade da processualística disciplinar. Em linha coerente com a inteligência do art. 24 da Portaria CGU nº 1.335, de 2018, a IN CGU n° 14, de 2018, constroi comando, no *caput* de seu 64, na forma "*A CGU (ou as unidades do SisCor-PEF) manterá(ão) acesso restrito*" às informações e aos documentos relacionados a procedimentos correcionais que ainda não estejam concluídos. Ao se reportar especificamente para a aplicação concreta da Lei e do Decreto à processualística disciplinar, a CGU, de certa forma, diminuiu o espaço para construções discricionárias acima aventadas a favor da possível disponibilização de acesso à fase de admissibilidade.

Assim, diante de pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento dos elementos coletados em fase de admissibilidade em geral ou aos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar), ainda em curso, por parte de terceiros que não o servidor representado, denunciado ou investigado ou o seu procurador, pode-se declarar que o deferimento não é de ser concedido até que se tenha a decisão final que por ora se prepara.

Neste sentido, reproduz-se a manifestação da CGU, por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 14, de 31 de maio de 2016.

> *Enunciado CGU/CCC nº 14, de 2016: "Restrição de acesso dos procedimentos disciplinares. Os procedimentos disciplinares têm acesso restrito para terceiros até o julgamento, nos termos do art. 7º, parágrafo 3º, da Lei nº 12.527/2011, regulamentado pelo art. 20, caput, do Decreto nº 7.724/2012, sem prejuízo das demais hipóteses legais sobre informações sigilosas."*

De se destacar que a própria CGU, no § 1° do art. 64 da IN CGU n° 14, de 2018, autoriza que, diante de pedido de acesso do próprio servidor representado, denunciado ou investigado ou o seu procurador, para se ater apenas à fase de admissibilidade, não há que se cogitar de restrição. Mas ressalve-se que esta acessibilidade aqui defendida a favor do próprio servidor não é absoluta, devendo ser harmonizada com as condicionantes que se exporão em **2.5.6.2.2**.

Na busca da salvaguarda das informações encartadas em fase de admissibilidade em geral, independentemente do procedimento correcional empregado, além da possibilidade de consideração de tais elementos como sigilosos em razão de constituírem ato preparatório para decisão administrativa, a Lei n° 12.527, de 2011, fortalece a cláusula da inacessibilidade no comando do § 1º do seu art. 31, que protege informações de diferenciada e especial tutela de interesses pessoais, tais como aqueles referentes à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas naturais. Este dispositivo legal também tratou materialmente como exceção ao preceito apriorístico da publicidade e da disponibilização das informações em geral sob poder da Administração uma parcela mais restritiva das informações pessoais, qual seja, aquelas consideradas como intrinsecamente associadas aos bens jurídicos merecedores da garantia fundamental individual de solenidade constitucional, estampada no inciso X do art. 5º da CF, de violação proibida. Ou seja, a rigor, a Lei nº 12.527, de 2011, no § 1º do seu art. 31, nada inovou; ao contrário, ao ter positivado legalmente a regra de exceção em tela ao princípio da publicidade, tão somente demonstrou a atenção do legislador ordinário a um preceito constitucional estabelecedor de uma regra de sigilo.

Mas, antes de cuidar da espécie, convém abordar o gênero. Assim, informe-se que o inciso IV do art. 4° da Lei nº 12.527, de 2011, define, de forma geral, informação pessoal em gênero como toda aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável.

Acrescente-se que, na ausência de definição legal, considera-se a pessoa identificada quando a informação conduz, por meio de relação direta, à identificação de quem é seu titular; e considera-se pessoa identificável quando a informação permite, por meio de relação indireta (que obriga o necessário cruzamento de dados), se chegar à identificação de quem é seu titular.

> *Lei n° 12.527, de 2011 - Art. 4° Para efeitos desta Lei considera-se:*
> *III - informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado;*
> *IV - informação pessoal: aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável;*

É interessante destacar que este gênero das informações pessoais, tratado no inciso IV do art. 4º, e que é o mesmo a que refere o *caput* do art. 31, a seguir descrito, não se confunde com as informações que o art. 23, todos da Lei nº 12.527, de 2011, enumera em lista exaustiva de oito incisos como aquelas merecedoras da cláusula de sigilo (que mais adiante será apresentada), em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado. Em outras palavras, a leitura conjunta dos incisos III e IV do art. 4º, do inciso III do art. 6º, dos oito incisos do art. 23 (estes, a *contrario sensu*) e, antecipe-se, também do *caput* do art. 31, indica que as informações pessoais em gênero se submetem, com as devidas cautelas de tratamento protegido, à regra geral de publicidade, prevista no inciso I do art. 3º, sem prejuízo de eventual restrição de acesso, mas não se incluem na lista de informações sigilosas nos termos da Lei nº 12.527, de 2011. É como se pudesse, até este ponto inicial ao qual se avançou na análise, em construção sintética, mencionar três categorias de informações, ao menos no que se refere aos comandos citados da Lei nº 12.527, de 2011: as informações em geral, cuja regra é a submissão à publicidade; as informações sigilosas, que, em razão da repercussão de sua divulgação na segurança da sociedade e do Estado, recebem excepcional tratamento sigiloso, mitigando a regra geral; e, como meio termo, as informações pessoais em gênero que, a despeito de não se inserirem na lista exaustiva das informações tratadas como sigilosas, merecem um tratamento diferenciado mais protetivo, podendo ter eventual restrição de acesso.

> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:*
> *I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;*
> *Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:*
> *I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação;*
> *II - proteção da informação, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade; e*
> *III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.*

Mas a análise não para neste ponto, cabendo avançar no seu aprofundamento, na busca de um quarto estágio. A leitura atenta e sistemática da Lei nº 12.527, de 2011, permite detectar que, enquanto o inciso IV do seu art. 4° e também o *caput* do seu art. 31, respectivamente, define informações pessoais em gênero e permite que recebam tratamentos (desde que sob cautelas, conforme exige o inciso III do art. 6º), o § 1º do mesmo art. 31 estabelece, dentre este extenso conjunto, uma cláusula especial de proteção para aquelas informações que se associam diretamente a direitos fundamentais de intimidade, vida privada, honra e imagem (não por acaso, justamente aqueles elencados no inciso X do art. 5° da CF), a ponto de conceder-lhe fortíssima cláusula de sigilo, pelo prazo extremamente extenso de cem

anos, em contraposição à regra geral da Lei, que é de publicidade.

> *Lei n° 12.527, de 2011 - Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.*
> *§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:*
> *I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e*
> *II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.*
> *§ 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.*

Em outras palavras, não é toda informação pessoal que merece, no âmbito da Lei nº 12.527, de 2011, um regime robusto de proteção, como sigilosa. O § 1º do art. 31 desta Lei considera sigilosas apenas as informações pessoais que se relacionam com a intimidade, com a vida privada, com a honra ou com a imagem da pessoa e cujo acesso indevido tem potencial de violar a já citada garantia fundamental individual estampada no inciso X do art. 5º da CF afrontando o que, em síntese, se denomina direitos de personalidade.

Mas, é preciso reconhecer que o inciso X do art. 5º da CF e o § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011, jamais obtiveram regulamentação. Por este motivo, na análise da questão sob a ótica da Lei nº 12.527, de 2011, não há uma definição normatizada acerca do que são informações pessoais que se referem à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra. Apesar de o § 1º do art. 31 da citada Lei ter imposto uma cláusula especial de sigilo sobre estas informações pessoais que tocam nas tutelas do inciso X do art. 5º da CF, não é trivial, para o aplicador do Direito, avaliar se determinadas informações situadas em zona de fronteira merecem ou não o tratamento sigiloso, por nem sempre ser cristalina e imediata a percepção de que se referem, ou não, aos abstratos valores de intimidade, vida privada, honra e imagem. Daí, no âmbito da aplicação da Lei nº 12.527, de 2011, ou seja, na tutela discernidora se determinada informação pessoal deve ou não ter acesso permitido, os esforços de delineamento daqueles contornos não determinísticos se devem à fonte jurisprudencial e à doutrina.

Uma vez que aqui o tema assume relevância jurídica, importa buscar esclarecer de forma mais clara que tipo de informação pessoal se insere efetivamente neste rol mais restrito merecedor da cláusula especial de sigilo, concedido pelo § 1° do art. 31 da Lei n° 12.527, de 2011. Diante de assunto tão subjetivo, não foram poucos os esforços doutrinários, normativos em sentido amplo e até mesmo legais em sentido estrito para estabelecer tal delimitação. Para este fim, cabe um resgate histórico-cronológico da construção da definição do que sejam informações pessoais e, mais especificamente, informações pessoais relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem.

Neste rumo, primeiramente, na busca do detalhamento conteudístico e histórico, cabe reproduzir o entendimento doutrinário da CGU, reiterando sua dupla qualidade de órgão responsável pelo monitoramento da aplicação da Lei em tela e de órgão central do SisCor. A sua doutrina resgata definições externadas no importante documento conhecido como Regras de Herédia. Em julho de 2003, ministros e magistrados de Cortes Superiores de diversos países da América Latina reuniram-se na cidade de Herédia, na Costa Rica, para discutirem o tema “Sistema Judicial e *Internet*”, com o objetivo de estabelecer regras mínimas para que *sites* dos tribunais dos respectivos Poderes Judiciários publiquem suas jurisprudências na *internet*, harmonizando as necessidades de se assegurar a transparência na divulgação de informações judiciais e de ao mesmo tempo se proteger dados pessoais reveladores dos direitos de personalidade dos envolvidos.

Este trabalho de referência internacional contemplou um rol extremamente abrangente que considerou como informações pessoais em gênero, a exemplo daquelas referentes a características físicas, morais ou emocionais, à vida afetiva e familiar, ao domicílio físico e eletrônico, aos números de documentações de identificação, aos números de linhas telefônicas e até ao patrimônio. E, ainda segundo reporta a CGU, aquela fonte considerou que as informações pessoais merecedoras de proteção especial ao direito de personalidade, por afetarem a intimidade e a vida privada, são aquelas que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas ou a participação em sindicatos; que sejam relativas à saúde física ou mental ou à sexualidade; bem como outras porventura assim valorados na jurisprudência ou no ordenamento pátrio..

> *"A LAI não trouxe exemplos concretos do que seriam informações pessoais sensíveis, isto é, que se referem à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem do indivíduo. Nesse sentido, outros dispositivos podem ajudar.*
> *Em 2003, na cidade de Herédia (Costa Rica), juristas de diversas nacionalidades se reuniram no seminário "Sistema Judicial e Internet", cujas discussões centraram-se, prioritariamente, na difusão de informação judicial na internet. A partir daí, foram estabelecidas algumas diretrizes sobre transparência e proteção de dados pessoais, conhecidas como as "Regras de Herédia".*
> *Essas regras têm por objetivo nortear a divulgação de informações judiciais na América Latina, muito embora não sejam de observância obrigatória. Ao trazer exemplos de dados pessoais, as "Regras de Herédia" podem contribuir para a interpretação da legislação brasileira de acesso à informação.*
> *Segundo as Regras de Herédia, são dados pessoais aqueles concernentes a uma pessoa física ou moral, identificada ou identificável, capaz de revelar informações sobre sua personalidade, sua origem étnica ou racial, ou que se refiram às características físicas, morais ou emocionais, à sua vida afetiva e familiar, domicílio físico e eletrônico, número nacional de identificação de pessoas, número telefônico, patrimônio, ideologia e opiniões políticas, crenças ou convicções religiosas ou filosóficas, estados de saúde físicos ou mentais, preferências sexuais ou outras análogas que afetem sua intimidade ou sua autodeterminação informativa.*
> *Segundo as Regras de Herédia, ainda:*
> *• prevalecem os direitos de privacidade e intimidade quando se tratar de dados pessoais que se refiram a crianças, adolescentes (menores) ou incapazes, assuntos familiares ou que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a participação em sindicatos; assim como o tratamento dos dados relativos à saúde ou à sexualidade; ou vítimas de violência sexual ou doméstica; ou quando se trate de dados sensíveis ou de publicação restrita segundo cada legislação nacional aplicável ou que tenham sido considerados na jurisprudência emanada dos órgãos encarregados da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais;*
> *• prevalecem a transparência e o direito de acesso à informação pública quando a pessoa concernente tenha alcançado voluntariamente o caráter de pública e o processo esteja relacionado com as razões de sua notoriedade. Sem embargo, consideram-se excluídas as questões de família ou aquelas em que exista uma proteção legal específica. Nesses casos, poderão manter-se os nomes das partes na difusão da informação judicial, mas se evitarão os domicílios ou outros dados identificatórios.*
> *Outro normativo que pode auxiliar na exemplificação de dados pessoais sensíveis é a Lei do Cadastro Positivo, Lei nº 12.414/11, que caracteriza informações sensíveis como sendo aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.", Controladoria-Geral da União, "Aplicação da Lei de Acesso à Informação na Administração Pública Federal", pgs. 52 e 53, 3ª*

> *edição, 2017, disponível em http://www.acessoainformacao.gov.br/lai-para-sic/sic-apoio-orientacoes/guias-e-orientacoes/aplicacao-lai-3a-ed-web-002.pdf, acesso em 19/03/19*

E vem mesmo a calhar o apoio na doutrina da CGU exatamente neste ponto, pois, quando reproduziu, literalmente, a Regra nº 5, trouxe à tona que aquele documento de referência internacional produzido em 2003 acerca de difusão de informação judicial em *internet* já adotava a linha conceitual que posteriormente o legislador ordinário também encampou no § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011, qual seja, de referenciar a cláusula de sigilo aos valores abstratos relativos ao direito de personalidade. Só que o próprio órgão central do SisCor já deixou antever, em sua doutrina, a sutil mudança de foco que passaria a ocorrer nas esferas tanto normativa quanto legal. Percebe-se que a doutrina da CGU aqui reproduzida inicia se reportando a "*informações pessoais sensíveis*", associando esta expressão, como sinônimo, às informações que se "*referem à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem do indivíduo*".

De fato, no plano positivado, tanto normativo quanto legal, buscou-se a definição de um núcleo ainda mais reservado das informações pessoais em gênero e um pouco mais reservado até mesmo que as informações pessoais relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem, e passou-se a tratar este "núcleo duro" das informações pessoais como informações pessoais sensíveis.

Assim, quase simultaneamente à Lei nº 12.527, de 2011, o legislador já havia introduzido no ordenamento jurídico o conceito de informações sensíveis, no inciso II do § 3º do art. 3º da Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011, ao regular as relações de cadastros positivos, como aquelas informações referentes à origem social e étnica, à saúde, à genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas..

> *Lei nº 12.414, de 2011 - Art. 3º*
> *§ 3º Ficam proibidas as anotações de:*
> *II - informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas*

Na sequência, prosseguindo no resgate, vale informar que a CGU, por meio da Portaria CGU nº 1.335, de 21 de maio de 2018, que regulamenta os procedimentos relativos ao acesso e ao tratamento de documentos e informações no seu âmbito interno, positivou, em seu art. 2º, diversas definições interessantes para o tema, com destaque para a diferenciação dada nos incisos VIII e IX para informação pessoal e informação pessoal sensível. Esta norma infralegal do órgão central do SisCor, na mesma linha das fontes precedentes já citadas, também refletiu a diferenciação entre a espécie das informações pessoais sensíveis do gênero das informações pessoais tomando o caminho da íntima individualização decorrente de aspectos personalíssimos, como é o caso das convicções políticas, religiosas e filosóficas, a orientação sexual, a identidade de gênero e as informações médicas. É interessante e didático reproduzir a construção desta norma que associa a qualidade de sensível a uma informação pessoal quando a sua divulgação tem o condão de causar efeito discriminatório contra o seu titular.

> *Portaria CGU nº 1.335, de 2018 - Art. 2º Para efeitos desta Portaria, considera-se:*
> *V - informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato;*
> *VI - informação classificada em grau de sigilo: informação sigilosa em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, a qual é classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada;*

> *VII - informação de acesso irrestrito: informação sobre a qual não recaia qualquer hipótese de limitação de acesso, ou que seja de amplo conhecimento público em razão de ato de seu titular ou de terceiros;*
> *VIII - informação pessoal: informação sobre pessoa natural identificada ou identificável, relativa à intimidade, vida privada, honra e imagem, nos termos do art. 31 da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011;*
> *IX - informação pessoal sensível: informação pessoal relativa à intimidade, vida privada, honra e imagem cuja divulgação possa ensejar discriminação de seu titular, tais como convicções políticas, religiosas, orientação sexual, identidade de gênero e informações médicas;*
> *XI - necessidade de conhecer: condição segundo a qual o conhecimento da informação com restrição de acesso é indispensável para o adequado exercício de cargo, função, emprego ou atividade;*

Posteriormente, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD, que será melhor abordada em **2.5.6.2.4.a**, a cuja leitura se remete para se verificar o aprofundamento da inter-relação de conceitos desta Lei com os conceitos da Lei nº 12.527, de 2011, sem nenhuma antinomia entre ambas), que também pode aqui ser aplicada complementarmente ao tema, pois, mais especificamente, nos incisos I e II do seu art. 5º, estabeleceu a diferenciação legal para informação pessoal e para informação pessoal sensível e o fez com grande avanço nesta segunda conceituação, sedimentando e condensando todo o caminho de construções doutrinárias, normativas e legais até então. A LGPD, com a qualidade prevalente de lei específica neste tema, ratificou que, dentre o gênero das informações pessoais, a espécie das informações pessoais sensíveis toca aspectos de fortíssima individualidade, tais como a origem racial ou étnica, convicções religiosa ou política, filiação a sindicato ou organização de cunho religioso, político ou filosófico, os dados referentes à saúde e à sexualidade e os dados genéticos e biométricos. No contexto desta Lei específica sobre o tema, a afronta às garantias protetivas sobre as informações pessoais sensíveis configura uma violação ao direito de autodeterminação da pessoa acerca de sua própria intimidade, vida privada, honra ou imagem e/ou configura uma conduta que propicia que terceiros possam adotar posturas discriminatórias em face do titular, assumindo um patamar de gravidade que pode ser tido como mais elevado que a afronta ao direito de personalidade, mencionada quando se abordou o § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011.

> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:*
> *I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;*
> *II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;*

Por fim, encerrando o resgate histórico-cronológico do tema, vale mencionar, como contexto, que todo o movimento operado pelo ordenamento legal e infralegal e pela doutrina no sentido da proteção das informações pessoais desaguou na inclusão de sua tutela como direito ou garantia fundamental individual estampado no art. 5º da CF, conforme seu inciso LXXIX.

> *CF - Art. 5º*
> *LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022)*

Traçado todo este arco evolutivo, duas percepções são possíveis de serem extraídas do presente tema, após se trazido à tona a ideia abstrata não positivada de informações pessoais relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem e o conceito bem delineado de informações pessoais sensíveis sedimentado no inciso II do art. 5º da Lei nº 13.709, de 2018.

A primeira percepção é construída sob a ótica da Lei nº 12.527, de 2011, relembrando-se que a análise havia chegado a um quarto estágio, agora pode-se atingir o quinto. Há as informações em geral, submetidas à regra da publicidade; há as informações sigilosas em razão de exporem a segurança da sociedade e do Estado; há as informações pessoais em gênero, que, mesmo não sendo sigilosas, requerem um tratamento diferenciado mais protetivo; há as informações pessoais relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem, definidas apenas em jurisprudência e doutrina e protegidas por sigilo por cem anos pelo § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011, e cuja afronta viola o direito de personalidade; e pode-se interpretar que há ainda, dentro deste último conjunto, um núcleo duro, das informações pessoais sensíveis, definidas legalmente no inciso II do art. 5º da Lei nº 13.709, de 2018 e cuja afronta, mais que violar o direito de personalidade, viola o direito de autodeterminação da pessoa acerca de sua própria intimidade, vida privada, honra ou imagem e/ou pode levar à discriminação de seu titular.

E há a segunda percepção, sob a ótica da Lei nº 13.709, de 2018. Aqui já se iniciando no terceiro estágio da construção anterior, há as informações pessoais em gênero, que, mesmo não sendo sigilosas, requerem um tratamento diferenciado mais protetivo; e há as informações pessoais sensíveis, como uma parcela ainda mais restritiva que as informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem e positivadas com um alcance objetivo exaustivo, nos termos do inciso II do art. 5º da LGPD, envolvendo os dados pessoais sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou à organização de caráter religioso, político ou filosófico, bem como os dados referentes à saúde e à vida sexual, os dados genéticos e biométricos, cuja afronta cuja afronta também, mais que violar o direito de personalidade, viola o direito de autodeterminação da pessoa acerca de sua própria intimidade, vida privada, honra ou imagem e/ou pode levar à discriminação de seu titular.

Portanto, em qualquer das duas percepções, seja sob a ótica da Lei nº 12.527, de 2011, seja sob a ótica da Lei nº 13.709, de 2018, as informações pessoais sensíveis formam um subconjunto inserido no conjunto das informações pessoais relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem, todas sigilosas em razão da cláusula imposta pela primeira Lei; por sua vez, estas informações sigilosas associadas ao direito de personalidade formam um subconjunto do gênero das informações pessoais, que, como regra, não são sigilosas, merecendo apenas um tratamento diferenciado mais protetivo.

Mas, para além deste resgate histórico-cronológico e das possíveis percepções, o que de fato aqui importa destacar é o extenso alcance das informações pessoais relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem, nos termos definidos pelo § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011. Conforme já abordado acima, em razão de sua divulgação violar o direito de personalidade, esta abrangente gama de informações pessoais é automaticamente protegida por sigilo em face de terceiros, por cem anos desde a data de sua produção, tendo acesso permitido, de forma restritiva, apenas para a própria pessoa a que se referem e para agentes públicos legalmente autorizados; dentro deste período de proteção, apenas a lei ou autorização expressa da pessoa a que se referem podem conceder acesso a terceiros. E, no que tange ao círculo restrito das informações pessoais sensíveis definidas pelo inciso II do art. 5º da Lei nº 13.709, de 2018, independentemente de se adotar a interpretação de que são exatamente as mesmas de que trata o § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011, ou de que compreendem um núcleo duro inserido dentro destas, é certo que são contempladas com a mesma cláusula de sigilo de cem anos.

Mas este comando restritivo do § 1º é excepcionado no § 3° do art. 31 acima citado, destacadamente em seus incisos III e V, que afastam a autorização em lei ou de parte da pessoa a que se referem as informações pessoais quando o acesso decorrer de autorização judicial ou refletir proteção do interesse público. O subsequente § 4° estabelece que a vedação

de acesso a informações pessoais não pode ser alegada em prejuízo da apuração de irregularidades do titular das informações.

> *Lei n° 12.527, de 2011 - Art. 31.*
> *§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:*
> *III - ao cumprimento de ordem judicial;*
> *V - à proteção do interesse público e geral preponderante.*
> *§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.*

Neste ponto, é interessante pontuar que, apesar desta pluralidade de diplomas legais tangenciando o tema ora em apreço, da publicidade de informações pessoais em gênero, o comando legal com verdadeira vocação para regulá-lo é o *caput* do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011, assim como é o § 1º do mesmo comando legal que ordena a qualidade sigilosa das informações pessoais sensíveis, conforme a manifestação da CGU, estampada no Enunciado CGU nº 4, de 10 de março de 2022, sem prejuízo da harmonia com a Lei nº 13.709, de 2018.

> *Enunciado CGU nº 4, de 2022: "Nos pedidos de acesso à informação e respectivo recursos, as decisões que tratam da publicidade de dados de pessoas naturais devem ser fundamentadas nos arts. 3º e 31 da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI), vez que:*
> *A LAI, por ser mais específica, é a norma de regência processual e material a ser aplicada no processamento desta espécie de processo administrativo; e*
> *A LAI, a Lei nº 14.129/2021 (Lei de Governo Digital) e a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD) são sistematicamente compatíveis entre si e harmonizam os direitos fundamentais do acesso à informação, da intimidade e da proteção aos dados pessoais, não havendo antinomia entre seus dispositivos.*

E, novamente a CGU veio a se manifestar sobre o tema, em seu Enunciado CGU nº 12/2023, aprovado, dentre outros na Portaria Normativa CGU nº 71, de 10 de abril de 2023, que aprova doze enunciados sobre a aplicação da Lei nº 12.527, de 2011.

> *Enunciado CGU nº 12/2023 - Informação pessoal."O fundamento "informações pessoais" não pode ser utilizado de forma geral e abstrata para se negar pedidos de acesso a documentos ou processos que contenham dados pessoais, uma vez que esses podem ser tratados (tarjados, excluídos, omitidos, descaracterizados etc.) para que, devidamente protegidos, o restante dos documentos ou processos solicitados sejam fornecidos, conforme preceitua o § 2º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, assegurando-se o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo. Além disso, a proteção de dados pessoais deve ser compatibilizada com a garantia do direito de acesso à informação, podendo aquela ser flexibilizada quando, no caso concreto, a proteção do interesse público geral e preponderante se impuser, nos termos do art. 31, § 3º, inciso V da Lei n. 12.527, de 2011, e dos arts. 7º, § 3º, e 23, caput, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018."*

O Decreto n° 7.724, de 2012, reflete estes dispositivos legais no *caput* e nos incisos I e II do art. 55, no *caput* e nos incisos III e V do art. 57 e no *caput* e no inciso I do art. 58, estabelecendo ainda, no inciso III do art. 58, que a restrição de acesso a informações pessoais não se aplica quando possível, com pseudonimização, proteger as informações referentes ao direito de personalidade e, no parágrafo único do art. 60, que o pedido de acesso a informações pessoais sensíveis por terceiros deve seguir instruído da autorização expressa da

pessoa titular das informações ou de comprovante da necessidade de conhecer.

> *Decreto n° 7.724, de 2012 - Art. 55. As informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem detidas pelos órgãos e entidades:*
> *I - terão acesso restrito a agentes públicos legalmente autorizados e a pessoa a que se referirem, independentemente de classificação de sigilo, pelo prazo máximo de cem anos a contar da data de sua produção; e*
> *II - poderão ter sua divulgação ou acesso por terceiros autorizados por previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que se referirem.*
> *Art. 57. O consentimento referido no inciso II do caput do art. 55 não será exigido quando o acesso à informação pessoal for necessário:*
> *III - ao cumprimento de decisão judicial;*
> *V - à proteção do interesse público geral e preponderante.*
> *Art. 58. A restrição de acesso a informações pessoais de que trata o art. 55 não poderá ser invocada quando: (Redação dada pelo Decreto nº 11.527, de 16 de maio de 2023)*
> *I - houver o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades conduzido pelo Poder Público, em que o titular das informações seja parte ou interessado; (Redação dada pelo Decreto nº 11.527, de 2023)*
> *III - for possível o tratamento e a proteção do dado por meio da ocultação, da anonimização ou da pseudonimização das informações pessoais relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. (Incluído pelo Decreto nº 11.527, de 2023)*
> *Art. 60. O pedido de acesso a informações pessoais observará os procedimentos previstos no Capítulo IV e estará condicionado à comprovação da identidade do requerente.*
> *Parágrafo único. O pedido de acesso a informações pessoais por terceiros deverá ainda estar acompanhado de:*
> *I - comprovação do consentimento expresso de que trata o inciso II do caput do art. 55, por meio de procuração;*
> *II - comprovação das hipóteses previstas no art. 58;*
> *IV - demonstração da necessidade do acesso à informação requerida para a defesa dos direitos humanos ou para a proteção do interesse público e geral preponderante.*

E, por fim, todo este extenso trecho em que se dedicou a abordar o tema das informações pessoais aqui deságua como importante porque a inclusão de informações pessoais relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem em procedimento correcional investigativo em subfase investigativa da fase de admissibilidade e também no curso do processo disciplinar, indubitavelmente, atrai para estes ritos a cláusula de sigilo imposta pelo § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011. Afinal, é quase imediato e correto afirmar que qualquer rito correcional contém informações pessoais que revelem a intimidade ou a vida privada ou a honra ou a imagem do servidor representado, denunciado, investigado ou mesmo já acusado.

É bastante viável se defender que podem a fase de admissibilidade e o processo disciplinar, de forma quase independente da materialidade que se apura, conter elementos reveladores daquelas fortes tutelas de índole pessoal. Seja uma materialidade meramente comportamental, seja uma materialidade grave de ato de forte mácula de caráter, caso se cogite de ali haver informações pessoais que tocam o direito de personalidade do servidor representado, denunciado ou investigado ou ainda do posterior acusado, é então de se agregar, às hipóteses legais específicas de sigilo já desde sempre aplicáveis e mencionadas acima (quais sejam, o § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, e o *caput* do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012, para a fase de admissibilidade como preparatória de uma decisão; ou o *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, para o processo disciplinar), também o § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011, para se denegar o acesso, vista, cópia ou esclarecimento acerca de tal

conteúdo sigiloso.

Aqui, para a tutela de atribuição de publicidade ou de sigilo a informações pessoais em poder da Administração Pública diante de pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento por parte, pode-se fazer a interpretação acima defendida, de acréscimo de uma cláusula a mais de sigilo a acobertar tanto o procedimento correcional investigativo em subfase investigativa da fase de admissibilidade quanto o processo disciplinar, se tais ritos contiverem as informações pessoais definidas, nos termos do § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011, do servidor representado, denunciado ou investigado ou ainda do posterior acusado.

Ora, se assim se constroi para as informações pessoais relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem tratadas no § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011, ainda com maior certeza também se pode fazer o mesmo caso se queira interpretar a partir da expressão das informações pessoais sensíveis, definida no inciso II do art. 5º da Lei nº 13.709, de 2018. Seja empregando esta expressão com o mesmo sentido da expressão das informações pessoais relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem, seja empregando-a como um núcleo duro inserido naquela, com certeza também é cabível a extensão da cláusula de sigilo previsto no § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2021.

Assim, diante de pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento dos elementos coletados em fase de admissibilidade em geral, independentemente do procedimento correcional empregado, por parte de terceiros, *a priori* é de se indeferir, posto que, na imensa maioria dos casos (salvo situações excepcionais), ali residem informações pessoais relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem do servidor representado, denunciado ou investigado.

Novamente, cabe aqui aduzir que, sendo o próprio servidor representado, denunciado ou investigado ou o seu procurador a peticionar acesso, vista, cópia ou esclarecimento dos elementos coletados em fase de admissibilidade, não há que se cogitar de sigilo em relação a suas próprias informações pessoais sensíveis e, em face de informações pessoais sensíveis de terceiros, aplica-se o comando do § 1° do art. 64 da IN CGU n° 14, de 2018, de que não cabe mitigar a amplitude da defesa para priorizar a intimidade e a privacidade de outrem. Mas ressalve-se que esta acessibilidade aqui defendida a favor do próprio servidor não é absoluta, devendo ser harmonizada com as condicionantes que se exporão em **2.5.6.2.2**.

Por tudo que se expôs acima, estas duas espécies de sigilo previstas no § 3° do art. 7° e no § 1º do art. 31, ambos da Lei n° 12.527, de 2011, possuem efetiva aplicabilidade à processualística disciplinar, não só na fase de admissibilidade, mas também no curso dos processos disciplinares subsequentes de natureza contraditória e punitivo (momento em que se somam ao comando permissivo de atribuição de sigilo previsto no *caput* do art. 150 da Lei n° 8.112, de 1990). A fase de admissibilidade, diferentemente da sindicância disciplinar e do PAD (que desde sempre contam com a proteção do citado art. 150), até então, não possuía um comando legal que permitisse protegê-la com cláusula de sigilo, advindo então duas interessantes inovações com a Lei n° 12.527, de 2011.

Muitos posicionamentos acima foram respaldados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), por meio do Parecer PGFN/Cojed nº 874/2014.

> *Parecer PGFN/Cojed nº 874/2014 - "20. (…)*
> *d) Os Procedimentos Administrativos Disciplinares têm trâmite sigiloso, em atenção ao art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990;*
> *e) Em casos excepcionais, devidamente justificados, podem ser divulgadas a terceiros informações veiculadas em Processos Administrativos Disciplinares ainda em trâmite, se necessários à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais;*
> *f) Em casos tais, recomenda-se a extração de certidão com declaração do conteúdo pretendido pelo interessado, a extração de cópia de documento(s)*

> *específico(s), a manutenção de documentos sigilosos em autos apartados ou mesmo a extração de cópias com a ocultação de partes/excertos dos documentos ou atos dos Processos Administrativos Disciplinares;*
> *g) Finalizado o Procedimento Disciplinar, o dever de sigilo permanece em se verificando a existência de documentos abrangidos pelo sigilo (fiscal, bancário, interceptações telefônicas) e o terceiro interessado não detenha autorização judicial para analisá-los;*
> *h) Ainda que ausentes documentos alcançados por sigilo, informações pessoais veiculadas nos autos (de partes ou testemunhas) e demais informações que revelem estratégias de atuação do órgão não recomendam a divulgação integral a terceiros de seu conteúdo, exigindo-se uma análise pontual e casuística da possibilidade de divulgação dos documentos; e*
> *i) Em casos tais, recomenda-se a extração de certidão com declaração do conteúdo pretendido pelo interessado, a extração de cópia de documento(s) específico(s), a manutenção de documentos sigilosos em autos apartados ou mesmo a extração de cópias com a ocultação de partes/excertos dos documentos ou atos dos Processos Administrativos Disciplinares."*

Uma vez que foi superficialmente mencionada linhas acima (para dizer que não comporta as informações pessoas em gênero), cabe detalhar a terceira espécie de sigilo, atribuída a determinadas informações mediante ponderação de que merecem ser classificadas como sigilosas e que, na prática, não encontra aplicabilidade na processualística disciplinar, aqui apresentada apenas por didatismo.

Sob o foco material desta última exceção regulada, é de se compreender, então, que a Lei nº 12.527, de 2011, em seu art. 23, acrescentou ao ordenamento uma terceira definição de sigilo, bem mais generalista e dependente de ato de classificação, voltada às informações em geral em poder da Administração que estejam associadas à segurança da sociedade ou do Estado.

> *Lei n° 12.527, de 2011 - Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:*
> *I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;*
> *II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;*
> *III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;*
> *IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;*
> *V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;*
> *VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;*
> *VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou*
> *VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.*

Esta terceira espécie de sigilo trazida pela Lei n° 12.527, de 2011, é de ser somada às definições específicas de sigilo decorrentes de outras leis, tais como o sigilo de natureza instrumental do processo disciplinar e os sigilos sobre informações de natureza fiscal, bancária ou profissional (em que se inclui a documentação referente à perícia médica) ou extraídas de comunicações telefônicas ou ainda decorrentes de segredo de justiça, que

permaneceram inalteradas diante da inovação legislativa; e desta própria Lei, como todas as demais informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem e ainda aquelas encartadas em documentos preparatórios. Tanto a regra apriorística da publicidade quanto esta definição mais generalista de sigilo, previstas na Lei nº 12.527, de 2011, em nada prejudicam aquelas definições específicas de sigilo constantes em diversos diplomas legais e em outros dispositivos da mesma, conforme expressamente ressalva o art. 22 da citada Lei e reitera o inciso I do *caput* do art. 6° do Decreto n° 7.724, de 2012.

> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.*
>
> *Decreto n° 7.724, de 2012 - Art. 6º O acesso à informação disciplinado neste Decreto não se aplica:*
> *I - às hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça; e*

Sempre convém relembrar que o ordenamento pátrio, mesmo antes desta inovação legislativa, contempla diversas espécies de sigilo, individualizadas e estanques entre si, e que, diante da indivisibilidade dos relevantes bens jurídicos que respectivamente visam a proteger, não contemplam classificações ou subdivisões em graus e tampouco prazos pré-definidos para seu afastamento (o que não se confunde com que sejam absolutamente inafastáveis). Nesta senda, melhor especificando menções feitas acima, pode-se citar, a título de exemplos, os sigilos da instância disciplinar (estabelecido no *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990); fiscal (estabelecido no art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional - CTN; bancário (estabelecido na Lei Complementar - LC nº 105, de 10 de janeiro de 2001); profissional (mencionado, por exemplo, no art. 207 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal - CPP e previsto em diversas leis reguladoras de carreiras, profissões ou ofícios, em que se inclui o sigilo referente às perícias médicas); telefônico (estabelecido no inciso XII do art. 5º da CF e especificamente na Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996); o segredo de justiça (estabelecido no inciso IX do art. 93 da CF, no parágrafo único do art. 11 e no art. 189, ambos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) e no § 6º do art. 201 do CPP); além das demais espécies de proteção à intimidade, vida privada, honra e imagem (previstas no inciso X do art. 5º da CF e no § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011, e do sigilo dos documentos preparatórios (estabelecido no § 3º do art. 7º desta última Lei). Como, com exceção do segredo de justiça, todos os demais sigilos acima descritos serão oportuna e detalhadamente abordados em outras passagens deste texto, aproveita-se para reproduzir aqui a sua base legal.

> *CF - Art. 93.*
> *IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004)*
>
> *CPP - Art. 201.*
> *§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008)*

> *CPC - Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:*
> *I - em que o exija o interesse público ou social;*
> *II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;*
> *III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;*
> *IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.*
> *§ 1º O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores.*
> *§ 2º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação.*

Assim, além dos sigilos com específicas previsões legais, do sigilo de informações pessoais sensíveis e do sigilo especial para documento preparatório de decisão, a Lei nº 12.527, de 2011, em seu art. 23, preservou sob cláusula de sigilo ainda aquelas outras informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade (em aspectos associados à vida humana ou à segurança ou à saúde da população) ou do Estado (em aspectos associados à soberania nacional, às relações internacionais e, no destaque do seu inciso VIII, a determinadas atividades investigativas de interesse público). Como exceção ao preceito da publicidade apriorística das informações em poder da Administração, o legislador compreendeu que a divulgação de informações alcançadas pelas oito hipóteses elencadas nos incisos do mencionado art. 23 da citada Lei iria além do objetivo legal de propiciar o controle social, pois poria em risco a própria sociedade e o Estado.

Neste foco excepcional de materialmente fazer preponderar o interesse público de preservação da sociedade e do Estado em face de pleitos pessoais, imposto pela própria Lei nº 12.527, de 2011, até se poderia cogitar de mais proximamente interessar à matéria disciplinar esta salvaguarda estabelecida no inciso VIII de seu art. 23, da cláusula de sigilo para as informações cuja divulgação ou acesso possam comprometer atividades de inteligência, de investigação ou de fiscalização em andamento, relacionados com prevenção ou repressão de infrações. No entanto, conforme já se antecipou e ainda se detalhará, diante das duas espécies de sigilo já comentadas (do documento preparatório e das informações pessoais sensíveis) e muito mais facilmente aplicáveis, esta hipótese ora em comento, dependente de ato de classificação, não se revela de fácil e imediato emprego. A CGU também apresenta doutrina neste sentido.

> *"Isso significa que, para classificar determinada informação, a administração deve, necessariamente, enquadrar o sigilo em alguma dessas hipóteses, não havendo possibilidade de classificação com outros fundamentos. As informações protegidas por sigilos legais, informações pessoais, documentos preparatórios ou aquelas em que incidem as hipóteses do art. 13 do Decreto nº 7.724/2012 não devem ser classificadas. A restrição de acesso a esse tipo de informação sigilosa independe de classificação, pois seu sigilo tem outros fundamentos. As informações passíveis de classificação são apenas aquelas que se enquadram nas nove hipóteses previstas nos artigos 23 e 24 da LAI.", Controladoria-Geral da União, "Aplicação da Lei de Acesso à Informação na Administração Pública Federal", pg. 46, 3ª edição, 2017, disponível em http://www.acessoainformacao.gov.br/lai-para-sic/sic-apoio-orientacoes/guias-e-orientacoes/aplicacao-lai-3a-ed-web-002.pdf, acesso em 19/03/19*

Na contrapartida, a IN CGU nº 14, de 2018, no já acima mencionado e reproduzido art. 64, em seus incisos I, II e V, ratificou o entendimento de que informações e documentos referentes a hipóteses legais específicas de sigilo, incluindo as informações pessoais sensíveis

e também os documentos preparatórios, dispensam classificação e devem sempre aprioristicamente merecer acesso restrito.

Ainda assim, se dará a descrição da procedimentalização do que tange aquela terceira espécie de sigilo legal.

As informações em geral sob poder da Administração enquadradas na definição do art. 23 da Lei n° 12.527, de 2011, para obterem a vedação de acesso, devem receber, das autoridades competentes, classificação de sigilo (que pode ser atribuída à íntegra das informações ou apenas a parte delas) em três graus: ultrassecretas, secretas ou reservadas, com o fim de terem afastada a acessibilidade apriorística pelos prazos máximos de 25, 15 e 5 anos contados de sua produção, conforme o § 1º do seu art. 24. Grosso modo, segundo o *caput* e os incisos I, II e III do seu art. 27, para estas informações de natureza geral, a classificação de sigilo em grau ultrassecreto incumbe ao Presidente da República e a Ministros de Estado; no grau secreto, além das autoridades anteriores, aos titulares de autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas; e no grau reservado, além das autoridades anteriores, às que ocupam funções de direção, comando ou chefias do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - código DAS 101.5 ou superior e equivalente (o que, no caso, da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), restringe-se ao Secretário Especial, ao Secretário Especial Adjunto da Receita Federal do Brasil, aos Diretores de Programa, ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil e aos Subsecretários).

> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 24. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada.*
> *§ 1º Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a classificação prevista no caput, vigoram a partir da data de sua produção e são os seguintes:*
> *I - ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos;*
> *II - secreta: 15 (quinze) anos; e*
> *III - reservada: 5 (cinco) anos.*
> *Art. 27. A classificação do sigilo de informações no âmbito da administração pública federal é de competência:*
> *I - no grau de ultrassecreto, das seguintes autoridades:*
> *a) Presidente da República;*
> *b) Vice-Presidente da República;*
> *c) Ministros de Estado e autoridades com as mesmas prerrogativas;*
> *d) Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; e*
> *e) Chefes de Missões Diplomáticas e Consulares permanentes no exterior;*
> *II - no grau de secreto, das autoridades referidas no inciso I, dos titulares de autarquias, fundações ou empresas públicas e sociedades de economia mista; e*
> *III - no grau de reservado, das autoridades referidas nos incisos I e II e das que exerçam funções de direção, comando ou chefia, nível DAS 101.5, ou superior, do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, ou de hierarquia equivalente, de acordo com regulamentação específica de cada órgão ou entidade, observado o disposto nesta Lei.*

Até o ponto aqui abordado, a regulamentação da Lei nº 12.527, de 2011, operada pelo Decreto nº 7.724, de 2012, simplesmente fez refletir os comandos legais, inclusive com o inciso IX do seu art. 25 reproduzindo literalmente a previsão legal de sigilo excepcionalmente estabelecida no inciso VIII do art. 23 da Lei nº 12.527, de 2011, para informações cuja divulgação possa comprometer atividades de inteligência, de investigação e de fiscalização em curso, na prevenção e na repressão de infrações. De relevante em âmbito da regulamentação, ressalte-se que o mencionado Decreto, mais especificamente no inciso III e

nos §§ 1º a 4º do art. 30 e no art. 31, impôs que o ato de classificação de determinada informação geral em poder da Administração, em qualquer dos três graus de sigilo, deve ser formalizado em decisão da autoridade competente, individualizada para cada informação ou documento (por meio do chamado Termo de Classificação de Informação - TCI, adotado como Anexo ao Decreto), mencionando o seu assunto, o fundamento da classificação e o prazo do sigilo e que a competência para atribuição do grau reservado pode ser delegada, pelo dirigente máximo do órgão para autoridade que exerça função de direção, comando ou chefia, vedando a subdelegação.

> *Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 25. São passíveis de classificação as informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:*
> *IX - comprometer atividades de inteligência, de investigação ou de fiscalização em andamento, relacionadas com prevenção ou repressão de infrações.*
> *Art. 30. A classificação de informação é de competência:*
> *III - no grau reservado, das autoridades referidas nos incisos I e II do caput e das que exerçam funções de direção, comando ou chefia do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, nível DAS 101.5 ou superior, e seus equivalentes.*
> *§ 2º O dirigente máximo do órgão ou entidade poderá delegar a competência para classificação no grau reservado a agente público que exerça função de direção, comando ou chefia. (Repristinado pelo Decreto nº 9.716, de 2019)*
> *§ 3º É vedada a subdelegação da competência de que trata o § 2º. (Repristinado pelo Decreto nº 9.716, de 2019)*
> *§ 4º Os agentes públicos referidos no § 2o deverão dar ciência do ato de classificação à autoridade delegante, no prazo de noventa dias. (Repristinado pelo Decreto nº 9.716, de 2019)*
> *Art. 31. A decisão que classificar a informação em qualquer grau de sigilo deverá ser formalizada no Termo de Classificação de Informação -TCI, conforme modelo contido no Anexo, e conterá o seguinte:*
> *I - código de indexação de documento;*
> *II - grau de sigilo;*
> *III - categoria na qual se enquadra a informação;*
> *IV - tipo de documento;*
> *V - data da produção do documento;*
> *VI - indicação de dispositivo legal que fundamenta a classificação;*
> *VII - razões da classificação, observados os critérios estabelecidos no art. 27, com a justificativa para o grau de sigilo adotado; (Redação dada pelo Decreto nº 11.527, de 2023)*
> *VII-A - assunto a que se refere a informação, com a descrição de elementos mínimos que permitam a identificação do tema de que trata a classificação; (Incluído pelo Decreto nº 11.527, de 2023)VIII - indicação do prazo de sigilo, contado em anos, meses ou dias, ou do evento que defina o seu termo final, observados os limites previstos no art. 28;*
> *IX - data da classificação; e*
> *X - identificação da autoridade que classificou a informação.*
> *§ 1º O TCI seguirá anexo à informação.*
> *§ 2º As informações previstas no inciso VII do caput deverão ser mantidas no mesmo grau de sigilo que a informação classificada.*

Mas as formalidades não se encerram com a classificação por meio do TCI. Além de ter de classificar a informação a que se pretende vedar acesso com base no art. 23 da Lei n° 12.457, de 2011, ainda é necessário credenciar individualmente servidores que precisam trabalhar com estas informações, para que possam acessá-las, em rito formalizado no Decreto n° 7.845, de 14 de novembro de 2012, de dispensável reprodução no presente. Ademais, a autoridade máxima do órgão deve publicar, anualmente, em seu sítio eletrônico, o rol de

informações classificadas no último período, conforme exige o inciso II do art. 45 do Decreto n° 7.724, de 2012.

Informe-se que, no âmbito da RFB, por meio da Portaria RFB nº 1.277, de 9 de julho de 2012, o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil a quem, dentre outras autoridades, originalmente incumbe a classificação de informações sigilosas em geral em poder do órgão no grau reservado em razão de sua divulgação oferecer riscos à sociedade ou ao Estado, delegou a competência às autoridades que exerçam cargo em comissão código DAS-101.4, o que, no caso do sistema correcional, contempla apenas o Corregedor.

Daí, para mero exercício hipotético, de forma muito excepcional, para eventualmente classificar nesta parcela residual de sigilo uma informação em geral (que já não fosse protegida por regra específica, como o sigilo por ser documento preparatório de uma decisão ou por ser de natureza pessoal sensível ou o sigilo instrumental disciplinar por se encontrar nos autos de PAD ou de sindicância disciplinar em curso ou, por sua própria natureza, sigilo fiscal, bancário, profissional - e em especial médico-pericial -, telefônico, segredo de justiça, informações pessoais sensíveis ou documento preparatório), em trâmite no sistema correcional, apenas o Corregedor seria competente para decidir, empregando-se o modelo do TCI, instituído pelo Decreto nº 7.724, de 2012. Esta classificação deveria ser feita isoladamente, caso a caso, sobre cada dado ou documento, e poderia o Corregedor, por delegação, atribuir-lhes o grau reservado (por cinco anos a contar da produção da informação), com o fim excepcionalmente de afastar o acesso irrestrito, sobretudo de terceiros para documentos ou dados não acobertados por nenhuma outra espécie prévia de sigilo.

Prosseguindo na exaustão da mera hipótese, à vista do ordenamento interno da RFB, caso o Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor) entendesse que determinada informação não amparada por nenhuma daquelas cláusulas mais específicas de sigilo deveria ter cláusula de sigilo em razão do risco que sua divulgação exporia a sociedade ou o Estado - em razão de que, por exemplo, sua divulgação poderia prejudicar atividades de inteligência, de investigação ou de fiscalização em curso, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações, nos termos do inciso IX do art. 25 do Decreto nº 7.724, de 2012, ou do inciso VIII do art. 23 da Lei nº 12.527, de 2011 -, deveria provocar o Corregedor, a fim que este, nos moldes do TCI, atribuísse o grau reservado, por cinco anos desde a produção da informação. Por óbvio, para as informações em trâmite na Coger, se assim entendesse pertinente, nos mesmos moldes acima, poderia o Corregedor decidir pela atribuição de grau reservado.

Isto posto, em adição às espécies de sigilo fortemente associadas às específicas naturezas das informações protegidas e além de reiterar o sigilo associado às informações pessoais sensíveis e dispor sobre o sigilo dos documentos preparatórios, a Lei nº 12.527, de 2011, acrescentou, por meio de seu art. 23, uma nova espécie de sigilo, multiforme e voltada a delimitar a regra apriorística da ostensiva publicidade que caracteriza as informações em geral sob poder da Administração. Mesmo para estas informações em geral (não aquelas informações de naturezas específicas), a Lei estabeleceu uma espécie de sigilo de exceção ao preceito da publicidade, genericamente associada à segurança da sociedade e do Estado, e, como isto abarca diversas possibilidades de informações com variados riscos inerentes às suas divulgações, subclassificou tal espécie de sigilo em três graus e a eles associou diferentes prazos de afastamento da restrição de acesso.

Desta forma, o grande gênero da cláusula de sigilo, além do sigilo instrumental do processo disciplinar, se desdobra nas espécies de sigilo intrinsecamente associado às naturezas específicas de determinadas informações - tais como o sigilo fiscal, o sigilo bancário, o sigilo profissional (em que se inclui a documentação de perícia médica), o sigilo telefônico, o segredo de justiça, informações pessoais sensíveis e os documentos preparatórios -, sem subdivisões, dispensando iniciativa oficial de classificação e sem prazos pré-determinados de afastamento; e ainda na espécie residual de exceção ao preceito de

publicidade para as informações em geral que exponham a risco a sociedade e o Estado, esta subdividida em três graus com prazos pré-determinados de afastamento e requerendo ato classificador por parte da autoridade. A presente construção, de duas grandes espécies de sigilo, também resta refletida no inciso IV do art. 3º do Decreto nº 7.724, de 2012.

> *Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:*
> *IV - informação sigilosa - informação submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado, e aquelas abrangidas pelas demais hipóteses legais de sigilo;*

Mas, na prática, para o presente foco de interesse, qual seja, a preservação do sigilo na fase de admissibilidade na processualística disciplinar, em detrimento desta pouco aplicável hipótese residual requeredora de formal classificação, importam as imposições de sigilo em razão da consideração de serem documentos preparatórios e da consideração de serem informações pessoais relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, além de ainda poder conter dados protegidos por sigilo em lei específica, pois estas hipóteses são, certa forma, autoaplicáveis, não precisando da iniciativa de classificação.

Apresentadas então todas as espécies de sigilo que mencionadas na Lei nº 12.527, de 2011, agora, apenas por mero didatismo exaustivo, não se deixará de apresentar a instrumentalização por meio da qual qualquer administrado pode solicitar à Administração acesso, vista, cópia ou esclarecimento da informação pública em geral e como a autoridade administrativa deve tratar tal petição.

Aqui, trata-se de informações em poder da Administração e que são de acesso irrestrito, por, especificamente, não se encartarem na instrumentalidade disciplinar ou não possuírem natureza fiscal, bancária, profissional (e em especial médico-pericial), telefônica, segredo de justiça, por não serem de natureza pessoal sensível, por não serem documentos preparatórios e ainda, de forma mais geral, por não serem imprescindíveis para a segurança da sociedade ou do Estado.

Nos termos regulamentados pelo Decreto nº 7.724, de 2012, em seus arts. 9º, 10 e 11, no § 1º do art. 15 e no art. 16, cabe ao interessado apresentar o pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento desta espécie de informações no Serviço de Informações ao Cidadão (SIC), estrutura física específica para atendimento deste tipo de demanda no âmbito ministerial ou, ainda, por meio do Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC), sistema central para pedidos de informação no âmbito do Poder Executivo federal, disponibilizado pela CGU em seu sítio eletrônico, conforme determina o art. 11-A da mesma norma.

> *Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 9º Os órgãos e entidades deverão criar Serviço de Informações ao Cidadão - SIC, com o objetivo de:*
> *I - atender e orientar o público quanto ao acesso à informação;*
> *II - informar sobre a tramitação de documentos nas unidades; e*
> *III - receber e registrar pedidos de acesso à informação.*
> *Parágrafo único. Compete ao SIC:*
> *I - o recebimento do pedido de acesso e, sempre que possível, o fornecimento imediato da informação;*
> *II - o registro do pedido de acesso em sistema eletrônico específico e a entrega de número do protocolo, que conterá a data de apresentação do pedido; e*
> *III - o encaminhamento do pedido recebido e registrado à unidade responsável pelo fornecimento da informação, quando couber.*
> *Art. 10. O SIC será instalado em unidade física identificada, de fácil acesso e aberta ao público.*
> *Art. 11. Qualquer pessoa, natural ou jurídica, poderá formular pedido de acesso à informação.*
> *§ 1º O pedido será apresentado em formulário padrão, por meio de sistema*

> *eletrônico específico ou presencialmente no SIC dos órgãos e das entidades. (Redação dada pelo Decreto nº 11.527, de 2023)*
> *§ 2º O prazo de resposta será contado a partir da data de apresentação do pedido ao SIC.*
> *§ 3º É facultado aos órgãos e entidades o recebimento de pedidos de acesso à informação por qualquer outro meio legítimo, como contato telefônico, correspondência eletrônica ou física, desde que atendidos os requisitos do art. 12.*
> *§ 4º Na hipótese do § 3º, será enviada ao requerente comunicação com o número de protocolo e a data do recebimento do pedido pelo SIC, a partir da qual se inicia o prazo de resposta.*
> *Art. 11-A. A Controladoria-Geral da União manterá sistema eletrônico específico, disponível na internet, para o registro e o atendimento aos pedidos de acesso à informação, de uso obrigatório pelos órgãos e pelas entidades de que trata o art. 5º. (Incluído pelo Decreto nº 11.527, de 2023)*
> *§ 1º A obrigatoriedade de uso do sistema eletrônico de que trata o caput não exclui a possibilidade de que os órgãos e as entidades utilizem sistemas próprios para a organização dos fluxos internos de tratamento dos pedidos de acesso à informação. (Incluído pelo Decreto nº 11.527, de 2023)*
> *§ 2º Os pedidos recebidos pelos órgãos e pelas entidades na forma do disposto no § 3º do art. 11 serão registrados no sistema eletrônico específico de que trata o caput na data do seu recebimento. (Incluído pelo Decreto nº 11.527, de 2023)*
> *Art. 15. Recebido o pedido e estando a informação disponível, o acesso será imediato.*
> *§ 1º Caso não seja possível o acesso imediato, o órgão ou entidade deverá, no prazo de até vinte dias:*
> *I - enviar a informação ao endereço físico ou eletrônico informado;*
> *II - comunicar data, local e modo para realizar consulta à informação, efetuar reprodução ou obter certidão relativa à informação;*
> *III - comunicar que não possui a informação ou que não tem conhecimento de sua existência;*
> *IV - indicar, caso tenha conhecimento, o órgão ou entidade responsável pela informação ou que a detenha; ou*
> *V - indicar as razões da negativa, total ou parcial, do acesso.*
> *Art. 16. O prazo para resposta do pedido poderá ser prorrogado por dez dias, mediante justificativa encaminhada ao requerente antes do término do prazo inicial de vinte dias.*

A posição central da CGU no tema da transparência pública e também o seu encargo de manter o sistema informatizado como instrumento de concretização da transparência passiva foram reiterados nos arts. 16 e 17 do Decreto nº 11.529, de 16 de maio de 2023, que instituiu a Política de Transparência e Acesso à Informação da Administração Pública Federal.

> *Decreto nº 11.529, de 2023 - Art. 16. A transparência passiva será realizada por sistema eletrônico específico para registro e atendimento de pedidos de acesso à informação direcionados aos órgãos e às entidades da administração pública federal.*
> *Parágrafo único. Compete à Controladoria-Geral da União a gestão do sistema eletrônico específico de que trata o caput.*
> *Art. 17. Os pedidos de acesso à informação registrados no sistema eletrônico específico de que trata o art. 16 e suas respostas serão disponibilizados para consulta aberta na internet, resguardados os dados pessoais e as informações protegidas por outras hipóteses legais de sigilo.*
> *§ 1º A publicação de que trata o caput não incluirá dados do solicitante de acesso à informação.*

> *§ 2º Os órgãos e as entidades responsáveis pelo tratamento dos pedidos de informação indicarão a existência de dados pessoais ou de informações protegidas por outras hipóteses legais de sigilo que impeçam a sua disponibilização em transparência ativa.*

Cabe informar que desde 31/08/20, o sistema e-SIC foi integrado ao Sistema de Ouvidorias do Poder Executivo federal (e-Ouv) para formar a plataforma de participação social denominada Plataforma Integrada de Ouvidoria e Acesso à Informação (Fala.BR), também desenvolvida pela CGU, agregando as funcionalidades de pedidos de acesso a informações e manifestações de ouvidoria em uma única solução tecnológica.

Atendendo, enfim, à necessidade de regulamentação da parte final do inciso XXXIII do art. 5º da CF, o Decreto, refletindo o comando do art. 11 da Lei nº 12.527, de 2011, estabelece que, caso o pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento de informação geral não possa ser prontamente atendido, o SIC do órgão possui prazo de vinte dias corridos, contado da apresentação do pedido e prorrogável por mais dez dias corridos, para enviar ao solicitante a informação ou a resposta de denegação, acompanhada da motivação da decisão e de comunicado de possibilidades de pedido de recurso ou de desclassificação da informação e da autoridade competente para sua apreciação.

Mais especificamente no âmbito do ME, em atenção à Lei nº 12.527, de 2011, e ao Decreto nº 7.724, de 2012, vigora a Portaria ME nº 146, de 8 de abril de 2019, que criou a Rede de Ouvidoria do ME (RedeOuv-ME), para dar tratamento às manifestações de ouvidoria e aos pedidos de acesso à informação no âmbito da Pasta. Em sintéticas palavras, segundo a leitura conjunta do art. 1º, do *caput* do art. 2º, do *caput* do art. 3º e do inciso II do art. 5º desta Portaria ME, a Rede de Ouvidorias, coordenada pela Secretaria-Executiva do ME, compõe-se das unidades de ouvidoria dos órgãos e das entidades da Pasta, em que se inclui, obviamente, a unidade de Ouvidoria da RFB (a Gabin/Ouvid, vinculada ao Gabinete do Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil), e a recepção e o tratamento das demandas deve se dar nestas unidades, por meio dos dos sistemas de ouvidoria vigentes no ME. Por fim, o art. 8º desta Portaria ME remeteu ao Secretário-Executivo a expedição de normas e a instituição de procedimentalização para as atividades de ouvidoria e de acesso à informação.

Em atendimento, foi publicada a Portaria ME/SE nº 1.142, de 5 de setembro de 2019. No capítulo que interessa ao presente - qual seja, o tratamento de pedidos de acesso, vista, cópia ou esclarecimento com base na Lei nº 12.527, de 2011 -, a norma estabelece os meios de recebimento de pedidos e de entrega das informações solicitadas, reitera os requisitos e limites para seu atendimento já constantes das normas de maior *status* e detalha a procedimentalização dos pedidos.

De imediato, mencione-se que o art. 26 da Portaria ME/SE nº 1.142, de 2019, esclarece que tais pedidos podem ser recebidos pelo sistema e-SIC, por correspondência física dirigida à Ouvidoria do ME ou por comparecimento pessoal do interessado a esta unidade. Já o *caput* e o § 1º do art. 35 e o *caput* do art. 36, ambos da mesma norma, estabelecem entrega gratuita, via sistema e-Sic, para documentos eletrônicos até 30 megabytes e que, se tal solução não for viável, deve-se lançar mão de disponibilização em computador do SIC para cópia ou ainda de mídia eletrônica ou de cópia física, com todos os custos do suporte e do envio envio suportados pelo interessado.

> *Portaria ME/SE nº 1.142, de 2019 - Art. 26. Os pedidos de acesso à informação serão recebidos:*
> *I - por meio do Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão - e-SIC;*
> *II - por correspondência física que será dirigida à Ouvidoria do Ministério da Economia; e*
> *III - presencialmente, por meio de comparecimento do interessado às*

> *dependências da Ouvidoria do Ministério, em Brasília.*
> *Parágrafo único. O prazo de atendimento das solicitações recebidas na forma descrita no inciso II e III do caput deste artigo serão contados a partir do registro no e-SIC.*
> *Art. 35. Os documentos eletrônicos com tamanho máximo de 30 (trinta) megabytes serão enviados via sistema e-SIC sem qualquer ônus ao solicitante.*
> *§ 1º Quando o volume de informações não for suportado pelo sistema e-SIC, essas poderão ser encaminhadas por meio de mídia eletrônica, a ser custeada pelo solicitante juntamente com eventuais despesas de postagens, ou disponibilizados em computador no SIC para cópia por parte do solicitante.*
> *Art. 36. Caso seja necessário o encaminhamento de mídias eletrônicas ou de cópias físicas, o solicitante deverá efetivar o pagamento das despesas destinadas ao ressarcimento do custo da mídia ou do material gasto com a reprodução em papel, respectivamente, e de eventual postagem, por meio de Guia de Recolhimento da União - GRU.*

Além disto, em termos procedimentais, a Portaria ME/SE nº 1.142, de 2019, no resumo de seus diversos comandos entre os arts. 37 a 53, estabeleceu os seguintes agentes, passos e prazos na tramitação de pedidos de acesso, vista, cópia ou esclarecimento de informações públicas de caráter geral sob poder da Administração e exclusivamente fundamentados nos direitos estabelecidos pela Lei nº 12.527, de 2011.

No caso de pedido de informações ou esclarecimentos, o atendente SIC o recebe, por meio do sistema e-SIC e, se possível, disponibiliza de imediato o objeto solicitado. Se não for possível, em dois dias úteis, encaminha o pedido para o órgão responsável pela informação ou esclarecimento (a RFB, por exemplo), por intermédio do servidor previamente cadastrado como ponto focal (servidor da Gabin/Ouvid, no caso), a quem incumbe, em um dia útil, dirigir o pedido à autoridade respondente responsável internamente pelo assunto, que, em geral, deve ser titular de unidade de coordenação (Corregedor, no caso). Se o assunto do pedido não for de competência do órgão, o ponto focal deve restituí-lo ao SIC em um dia útil. Esta autoridade respondente deve, em cinco dias úteis (podendo ser pleiteada ao SIC prorrogação por igual período), fornecer a informação ou os documentos solicitados ou assinar resposta ou ainda apresentar a justificativa fundamentada e motivada para a negativa, dirigindo qualquer destas suas manifestações de volta ao ponto focal, que tem dois dias úteis para analisá-la e remeter ao SIC, que deve revisá-la e remetê-la o mais breve possível para o interessado. Na hipótese de o interessado apresentar recurso de primeira instância contra denegação por parte da autoridade respondente, a análise compete à autoridade hierárquica, que é imediatamente superior àquela (ou seja, o Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, no caso), reservando-se o titular do órgão (o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, no caso) para os recursos de segunda instância; e cada um destes recursos deve ser processado em quatro dias.

No caso de pedido de vista ou cópia de documento, a unidade deve emitir resposta com agendamento de data, horário e local para a disponibilização, com três dias úteis de antecedência da data agendada, sendo aceitável remarcação dentro de dez dias, em caso de impossibilidade de comparecimento, desde que requerida com até um dia útil de antecedência.

> *Portaria ME/SE nº 1.142, de 2019 - Art. 37. Para o tratamento dos pedidos de informação, no âmbito do Ministério, será utilizado o sistema de tramitação interna do SIC.*
> *Parágrafo único. O fluxo dos processos do SIC será estabelecido pela Ouvidoria, e os servidores que atuarem no tratamento das demandas serão cadastrados de acordo com os seguintes perfis:*
> *I - atendente SIC;*
> *II - ponto focal;*
> *III - respondente;*

IV - técnico;
V - autoridade hierárquica; e
VI - autoridade máxima.
Art. 38. Compete ao atendente SIC:
I - receber o pedido por meio do Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão - e-SIC e, se possível, fornecer prontamente a informação;
II - encaminhar o pedido registrado à unidade administrativa responsável pelo fornecimento da informação, quando couber;
III - receber a resposta da unidade administrativa, realizar as adequações necessárias para a linguagem cidadã e encaminhá-la ao interessado;
IV - controlar os prazos de atendimento estipulados na lei nº 12.527, de 2011, e no Decreto nº 7.724, de 2012; e
V - orientar as unidades administrativas do Ministério quanto à aplicação dos dispositivos da Lei de Acesso à Informação nas respostas oferecidas aos cidadãos.
Art. 39. Compete ao ponto focal:
I - receber os pedidos de acesso à informação pelo sistema de tramitação interna do SIC e encaminhá-los ao respondente responsável pelo assunto;
II - gerenciar os pedidos relativos à sua unidade administrativa, prezando pelo cumprimento dos prazos e pela qualidade das respostas;
III - analisar as respostas e aprová-las com o dirigente máximo da unidade, se necessário; e
IV - devolver os pedidos ao SIC, dentro dos prazos internos estipulados por esta Portaria.
Parágrafo único. O ponto focal informará à Ouvidoria os servidores que atuarão como respondentes.
Art. 40. Ao respondente compete:
I - fornecer as informações ou os documentos requeridos e, nos casos de negativa de acesso à informação, apresentar justificativa fundamentada, observando os prazos previstos nesta Portaria;
II - assinar as respostas dos pedidos de informação direcionados à sua unidade;
III - consultar, para produção das respostas, o posicionamento do dirigente máximo da unidade, quando julgar necessário;
§ 1º Respeitadas as especificidades dos órgãos, os respondentes deverão, preferencialmente, ser os titulares das unidades hierárquicas equivalentes ou superiores ao nível de Coordenação-Geral.
§ 2º Para auxiliar nas suas atividades, o respondente poderá indicar à Ouvidoria servidores para atuar com o perfil de técnico de suas unidades administrativas.
Art. 42. Compete às autoridades hierárquicas:
I - analisar, decidir e assinar os recursos de primeira instância relativos à sua unidade administrativa; e
II - fornecer informações e esclarecimentos de assuntos de competência da unidade ao Gabinete da autoridade máxima do seu órgão para produção das respostas aos recursos de segunda instância.
§ 1º O ponto focal da unidade administrativa informará a autoridade que será cadastrada no perfil de autoridade hierárquica, responsável por assinar os recursos de 1ª instância.
§ 2º Para fins do disposto nesta Portaria, considera-se autoridade hierárquica o dirigente investido na função de chefia ou direção imediatamente superior àquele responsável pela decisão negando acesso à informação ou pela recusa à solicitação de fornecimento das razões de negativa do acesso à informação.
Art. 43. O titular de cada órgão do Ministério da Economia será cadastrado no perfil de autoridade máxima e será responsável por assinar os recursos de 2ª instância.
Art. 47. Caso não seja possível a disponibilização imediata da informação, o

> *SIC tramitará o pedido para o ponto focal da unidade administrativa competente, no prazo máximo de 2 (dois) dias úteis, por meio do sistema de tramitação interna.*
> *Art. 48. Ao receber o pedido de acesso à informação, o ponto focal deverá encaminhá-lo, no prazo de 1 (um) dia útil, ao respondente competente ou devolvê-lo ao SIC, caso o assunto não seja de competência da unidade.*
> *Art. 49. O respondente terá o prazo de 5 (cinco) dias úteis para produzir a resposta do pedido e enviar ao ponto focal, tendo este mais 2 (dois) dias úteis para alinhamento e encaminhamento ao SIC.*
> *§ 1º No caso de negativa total ou parcial de acesso à informação, os respondentes deverão indicar o fundamento legal para a negativa e as razões de fato e de direito que a justifiquem.*
> *§ 2º As informações ou documentos prontamente disponíveis nas unidades deverão ser encaminhados no menor prazo possível.*
> *§ 3º Caso a unidade administrativa verifique a necessidade de mais tempo para atendimento do pedido, o ponto focal deverá solicitar ao SIC, dentro do prazo citado no caput, a prorrogação do prazo interno de resposta por mais 5 (cinco) dias úteis, devidamente justificada.*
> *Art. 50. Ao receber a resposta dos pontos focais, o SIC deverá revisar seu conteúdo e encaminhá-la ao cidadão no menor prazo possível, observado os prazos previstos na Lei nº 12.527, de 2011.*
> *Art. 51. As unidades administrativas e os órgãos do Ministério da Economia terão o prazo de 4 (quatro) dias para o trâmite interno, análises, produção de decisão, pela autoridade competente, e encaminhamento dos recursos de 1ª e 2ª instâncias ao SIC.*
> *Art. 53. Ao receber pedido de vista a documento, a unidade emitirá resposta com agendamento da data, do horário e do local em que o acesso será disponibilizado, respeitando o intervalo mínimo de 3 (três) dias úteis para que o solicitante tome conhecimento da data agendada, contados a partir da data limite informada pelo Sistema e-SIC para entrega da resposta.*
> *§ 1º Caso haja impossibilidade de comparecimento na data e no horário indicados pela unidade administrativa, o solicitante poderá, com antecedência de até 1 (um) dia, requerer nova data, a ser agendada nos 10 (dez) dias subsequentes.*
> *§ 2º Ressalvado o disposto no § 1º , caso o solicitante não compareça no horário e na data indicados pela unidade administrativa, será necessário o cadastramento de novo pedido de acesso à informação.*

Assim, qualquer pedido de terceiros para acesso, vista, cópia ou esclarecimento de informações de natureza correcional encartadas em fase de admissibilidade em geral ou nos procedimentos de investigação empregados ou ainda em instância disciplinar já arquivada, com lastro exclusivamente nos direitos estabelecidos pela Lei nº 12.527, de 2011 (ou no Decreto nº 7.724, de 2012, ou na Portaria ME/SE nº 1.142, de 2019), deve ser manejado à luz do regramento instrumental específico daquele diploma legal e de seus regulamentos infralegais (quais sejam, por intermédio do SIC e do sistema e-SIC). De idêntica forma, mesmo sendo o servidor representado, denunciado ou investigado ou o seu procurador a protocolizar pedido de informação não sobre o processo em curso e de seu interesse em si, deve a petição ser instrumentalizada naquela forma prevista na citada Lei. De outro lado, pedidos do próprio servidor ou do seu procurador sobre o processo em si de seu interesse podem ser apreciados diretamente pela autoridade correcional, dispensando-se as formalidades via SIC e sistema e-SIC.

Aplicando então a procedimentalização da Portaria ME/SE nº 1.142, de 2019, em caso de pedido protocolizado por meio do sistema e-SIC, dando entrada na RFB por meio da Gabin/Ouvid, esta unidade repassa a demanda para a unidade competente (Coger, no caso).

Na sequência, a unidade de correição deve elaborar a resposta, em cinco dias úteis,

seja esclarecendo de imediato não possuir a informação solicitada; seja fornecendo a informação solicitada ou denegando-a de forma motivada em virtude de oposição de alguma cláusula de sigilo, ou ainda solicitando prorrogação do prazo por mais cinco dias úteis; e encaminhar esta resposta, via e-processo, à Gabin/Ouvid. À Gabin/Ouvid incumbe formalizar a resposta e encaminhá-la ao SIC, para que este, enfim, a forneça ao solicitante.

A mesma procedimentalização se obriga ainda que o solicitante formule o pedido de acesso diretamente na Coger. Baseando-se o pedido exclusivamente nos direitos estabelecidos pela Lei nº 12.527, de 2011 (ou no Decreto nº 7.724, de 2012), deve o Corregedor remetê-lo ao SIC, a fim de ser registrado no sistema e-SIC e ser remetido de volta, da forma acima descrita, pela Gabin/Ouvid para a Coger. De se destacar que, nas hipóteses de o pedido ser apresentado diretamente na Coger, mesmo se o Corregedor entender que a demanda deve ser deferida, não lhe cabe imediatamente fornecer o acesso à informação, bem como não lhe cabe diretamente responder pelo indeferimento, uma vez que os pedidos baseados exclusivamente na Lei nº 12.527, de 2011 (ou no Decreto nº 7.724, de 2012, ou na Portaria ME/SE nº 1.142, de 2019) devem ser instrumentalizados da forma prevista no diploma legal e na sua regulamentação infralegal, destacadamente no inciso I do art. 26 e no *caput* do art. 37, ambos da mencionada Portaria ME/SE. Atente-se que na hipótese de o pedido ser formulado diretamente no Escor, o Chefe deve remetê-lo para a Coger, a fim de o Cooregedor dar a devida procedimentalização acima.

É de se destacar a possibilidade de o servidor representado, denunciado ou investigado ou o seu procurador protocolizar diretamente na unidade de correição pedido de acesso a informações não sobre o processo em curso e de seu interesse em si (em relação ao qual os pedidos de acesso dispensam a instrumentalidade específica da Lei nº 12.527, de 2011), lastreando seu pedido justamente nesta Lei, e a resposta ter de incluir dados pessoais, fiscais, bancários, telefônicos ou médico-periciais do próprio solicitante. Sendo certo que a resposta deve seguir o rito específico, via SIC e sistema e-SIC, com o fim de evitar que dados acobertados por aquelas espécies de sigilo associadas à natureza das informações tramitem por unidades estranhas ao sistema correcional e até por órgãos estranhos à RFB, recomenda-se a emissão de uma resposta comunicando a pertinência do pleito e que as informações solicitadas, por conterem dados sob aquelas cláusulas específicas de sigilo, não podem ser remetidas na via eletrônica e se encontram à disposição, na unidade de correição provocada, para serem retiradas pessoalmente pelo próprio solicitante ou por seu procurador constituído.

E a mesma solução se aplica também à hipótese ainda menos provável de o servidor representado, denunciado ou investigado ou o seu procurador protocolizar, com base na Lei n° 12.527, de 2011, via SIC e sistema e-SIC, pedido de acesso a informações sobre o processo em curso e de seu interesse em si (em relação ao qual os pedidos de acesso dispensam a instrumentalidade específica daquela Lei), e a resposta ter de incluir dados pessoais, fiscais, bancários, telefônicos ou médico-periciais do próprio solicitante. Cabe à unidade de correição responder no sistema a pertinência do pleito mas que as informações solicitadas, por conterem dados sob aquelas cláusulas específicas de sigilo, não podem ser remetidas na via eletrônica e se encontram à disposição, na unidade de correição provocada, para serem retiradas pessoalmente pelo próprio solicitante ou por seu procurador constituído.

Acrescente-se ainda que, em caso de pedido dirigido à Coger para acesso, vista, cópia ou esclarecimento de informações, a decisão denegatória, a cargo do Corregedor, deve indicar o Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil como autoridade competente para apreciar eventual recurso. Sendo este recurso improvido, pode o peticionante recorrer à CGU e, por fim, em última instância à Comissão Mista de Reavaliação de Informações (CMRI).

Ressalvados casos acobertados por cláusulas de sigilo específicas, para os demais tipos de pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento, o § 2° do art. 7° da Lei n° 12.527, de 2011, prevê a possibilidade de deferimento total ou parcial, e, neste último caso, apresenta

como soluções possíveis o emprego de cópia do documento com ocultação da parte sigilosa e a lavratura de certidão ou extrato. A ocultação em cópia por tarjamento negro apresenta a virtude de manter ao máximo a primariedade e a fidedignidade do conteúdo acessível do documento original, sem o emprego de redação que indiretamente descreve aquele conteúdo.

> *Lei n° 12.457, de 2011 - Art. 7°*
> *§ 2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.*

Ademais, de um lado, é de se reconhecer que não cabe a autoridade questionar ao peticionante a motivação do pedido ou se negar a atendê-lo em razão de este não ter motivado, conforme o § 3° do art. 10 da Lei n° 12.527, de 2011.

> *Lei n° 12.527, de 2011 - Art. 10.*
> *§ 3º São vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público.*

Mas, de outro lado, é de ratificar que, obviamente, a Lei nº 12.527, de 2011, contempla a possibilidade a Administração ter diante de si pedido impossível de ser atendido, por inexistir a informação solicitada, devendo tal condição ser informada ao solicitante, nos termos dos incisos II e III (em sua parte inicial) do § 1º do seu art. 11. Esta hipótese de inexistência da informação não se confunde com ilegal negativa de acesso, mas sim se trata de uma resposta satisfativa prestada pela Administração.

> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 11.*
> *§ 1º Não sendo possível conceder o acesso imediato, na forma disposta no caput, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, em prazo não superior a 20 (vinte) dias:*
> *II - indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido; ou*
> *III - comunicar que não possui a informação, indicar, se for do seu conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém, ou, ainda, remeter o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa de seu pedido de informação.*

Além desta hipótese, ressalve-se que não se impõe à Administração o dever de prestar informações diante de pedidos genéricos, contrariando a regra geral do *caput* do art. 11 da Lei nº 12.527, de 2011, que é da acessibilidade, assim compreendidos aqueles que não especificam, de forma clara e precisa, a informação requerida e não delimitam o objeto a que se quer acesso, impossibilitando sua compreensão e, por conseguinte, seu atendimento, em descompasso com o inciso III do art. 12 do Decreto nº 7.704, de 2012. A resposta negativa, calcada no inciso I do *caput* do art. 13 subsequente, pode provocar o solicitante para que este refine seu pedido.

À luz do inciso II do *caput* do art. 13 do Decreto nº 7.704, de 2012, igualmente dispensam atendimento os pedidos desarrazoados que, à margem de amparo na própria Lei nº 12.527, de 2011, e nas garantias fundamentais constitucionais e do princípio da razoabilidade, se divorciam, sob aspecto qualitativo, dos interesses públicos tutelados pela Administração neste tema, quais sejam, de preservar a segurança pública e de propiciar celeridade e economicidade; e também os pedidos desproporcionais de acesso à informação, assim considerados aqueles que, para que fossem atendidos, inviabilizariam a manutenção da rotina da unidade, em claro dano à sociedade, cabendo resposta de que, mesmo sendo os dados solicitados *a priori* acessíveis, seu fornecimento resta inviabilizado, sob aspecto quantitativo, pela dificuldade operacional que embutem. Ainda neste ponto, acrescente-se as duas máculas não são excludentes, ou seja, pode um mesmo pedido ser qualitativamente desarrazoado e quantitativamente desproporcional.

Ademais, o inciso III do *caput* do art. 13 do Decreto nº 7.704, de 2012, também permite o não atendimento de pedidos de informação que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados, bem como de pedidos que exijam serviços de produção ou de tratamento de dados que extrapolem a competência do órgão, devendo, em ambos os casos, a Administração informar ao solicitante onde se encontram os dados passíveis de análise, interpretação, consolidação ou tratamento.

> *Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 12. O pedido de acesso à informação deverá conter:*
> *III - especificação, de forma clara e precisa, da informação requerida; e*
> *Art. 13. Não serão atendidos pedidos de acesso à informação:*
> *I - genéricos;*
> *II - desproporcionais ou desarrazoados; ou*
> *III - que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, ou serviço de produção ou tratamento de dados que não seja de competência do órgão ou entidade.*
> *Parágrafo único. Na hipótese do inciso III do caput, o órgão ou entidade deverá, caso tenha conhecimento, indicar o local onde se encontram as informações a partir das quais o requerente poderá realizar a interpretação, consolidação ou tratamento de dados.*

Com maior grau de detalhamento, o art. 28 da Portaria ME/SE nº 1.142, de 2019, desdobra as hipóteses de desnecessidade de atendimento por parte da Administração de pedidos de acesso à informação. Se seus incisos I a III nada inovam em relação aos incisos I e II do art. 13 do Decreto acima, os demais incisos do mencionado comando normativo apresentam situações que interessam comentar.

As alíneas “a”, “b” e “c” do inciso IV do art. 28 da Portaria ME/SE nº 1.142, de 2019, detalham o que sejam situações que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados ou informações, tais como pedido de orientação sobre aplicação ou sobre interpretação de legislação, pedido de pesquisa estruturada que demande produção ou consolidação de dados e pedido de esclarecimento ou requerimento formulado por servidor relativos à sua própria situação funcional. O pedido de orientação, que por vezes se traveste de uma consulta sobre determinada situação específica e peculiar, não se enquadra na vinculação da Lei nº 12.527, de 2011, quando, para seu atendimento, a Administração teria de se dedicar a produzir todo um trabalho de estudo e de análise sobre uma hipótese até então não abordada em documentos pretéritos. Caso a hipótese consultada já tenha sido objeto de anterior enfrentamento por parte da Administração, o resultado deste trabalho analítico (em geral, em forma de um parecer ou texto de formato similar) pode ser considerado como informação a ser concedida; mas, não havendo este prévio enfrentamento do tema, a Administração não resta obrigada a atender o pedido, ao menos no que tange à Lei nº 12.527, de 2011. O pedido de pesquisa que demande produção ou consolidação de dados, a exemplo de solicitação de dados existentes no próprio órgão mas em formatos ou meios distintos da pretensão, também não é de ser acatado. O pedido de informação sobre a própria situação funcional merece especial atenção, pois, não raro, acusados em processo disciplinar invocam o direito estabelecido na Lei nº 12.527, de 2011, para peticionarem sobre sua situação funcional, direito estatutário este a ser exercido diretamente face à sua unidade de gestão de pessoas, conforme esclarece de forma óbvia o § 1º do mesmo comando normativo. À luz dos incisos V, VI, VII, VIII e IX, também não se confundem com o exercício do direito legal em comento pedidos que extrapolem as competências orgânicas (como, por exemplo, peticionar ao sistema correcional da RFB a realização de apuração especial); petições sobre os serviços prestados pelo ME já atendidos por canais específicos ou que embutam solicitações de providências administrativas ou que exijam a manifestação de um posicionamento institucional de órgão ou de unidade; reclamações de parte de administrado, por meio da qual este apresenta alguma crítica ou manifesta alguma insatisfação em relação ao serviço público

organicamente, que são temas de interesse de ouvidoria; e representações ou denúncias, por meio das quais servidor ou particular, em cumprimento de respectivos deveres estatutário ou legal, simplesmente levam ao conhecimento da Administração notícias acerca do cometimento de supostas irregularidades, nem sequer se confundindo com qualquer espécie de solicitação.

> *Portaria ME/SE nº 1.142, de 2019 - Art. 28. Não serão atendidos pedidos de acesso à informação, nas seguintes situações:*
> *I - genéricos: pedidos inespecíficos que não descrevam de forma delimitada o objeto da solicitação;*
> *II - desproporcionais: pedidos que comprometam significativamente a realização das atividades regulares das unidades do Ministério da Economia, acarretando prejuízo injustificado aos direitos de outros solicitantes;*
> *III - desarrazoados: pedidos não amparados pela Lei nº 12.527, de 2011, ou pelas garantias fundamentais previstas na Constituição Federal ou ainda contrários aos interesses públicos, como a segurança pública, a celeridade e a economicidade da Administração Pública;*
> *IV - que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações tais como:*
> *a) orientação sobre a aplicação de legislações ou sobre a interpretação de determinado dispositivo legal;*
> *b) pesquisas estruturadas que demandem a produção ou a consolidação de informações; ou*
> *c) esclarecimentos ou requerimentos formulados pelo servidor público da Administração Pública federal relativos à sua situação funcional.*
> *V - que não se relacionem às competências do Ministério da Economia;*
> *VI - que consistam na prestação de serviços do Ministério da Economia, quando houver canal específico;*
> *VII - que solicitem providências administrativas;*
> *VIII - que demandem posicionamento ou manifestação das unidades do Ministério da Economia; e*
> *IX - que se caracterizem como reclamações, denúncias e sugestões.*
> *§ 1º Os pedidos mencionados na alínea "c" do inciso IV deste artigo deverão ser solicitados à unidade de gestão de pessoas a que o interessado esteja vinculado, a qual cabe prestar o atendimento.*
> *§ 2º As manifestações mencionadas no inciso IX deste artigo serão encaminhadas ao Sistema de Ouvidoria para tratamento.*

De forma bastante didática, a CGU se manifestou em seu Enunciado CGU nº 11/2023, aprovado, dentre outros na Portaria Normativa CGU nº 71, de 2023, que aprova doze enunciados sobre a aplicação da Lei nº 12.527, de 2011.

> *Enunciado CGU nº 11/2023 - Restrições de acesso em virtude da desarrazoabilidade ou desproporcionalidade do pedido. "Pedidos de acesso à informação somente podem ser negados sob o fundamento da "desarrazoabilidade" se o órgão ou entidade pública demonstrar haver risco concreto associado à divulgação da informação ou se a contextualização do pedido de acesso não for real ou quando os fatos que consubstanciarem o pedido não estiverem expostos conforme a verdade; e, por sua vez, somente podem ser negados sob o fundamento da "desproporcionalidade" se o órgão evidenciar não possuir recursos, humanos ou tecnológicos, para atender o pedido. Para as duas situações, não podem tais argumentos serem utilizados como fundamento geral e abstrato para a negativa de acesso. Além disso, quando restar configurada a desproporcionalidade do pedido, o órgão ou entidade deve disponibilizar os meios para que o cidadão realize a consulta in loco, para efetuar a reprodução ou obter os documentos desejados, em conformidade com o disposto no art. 11, § 1º, I, da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011."*

Pelas razões acima expostas, desobriga-se prestação por parte da Administração mediante pedidos que objetivamente sequer se enquadram no escopo da Lei nº 12.527, de 2001, qual seja, de garantir acesso a informações. Em outras palavras, não cabem no tema em apreço provocações diversas protocolizadas junto ao órgão que nem sequer se qualificam como genuínos e legítimos pedidos de informações. Estes entendimentos encontram apoio na doutrina da CGU.

> *"Os servidores responsáveis por processar os pedidos de acesso à informação muitas vezes se deparam com manifestações que não têm por objetivo o acesso à informação propriamente dito. No sistema e-SIC, não há limitação naquilo que o cidadão pode escrever em sua solicitação. Assim, é relativamente comum que sejam protocoladas manifestações de ouvidoria alheias ao acesso à informação, como denúncias, reclamações, solicitações de providências administrativas e consultas jurídicas. (...)*
> *Caso o servidor responsável pelo SIC verifique, no pedido de acesso, elementos de denúncia ou reclamação, deve orientar o cidadão a realizá-la na instância correta ou reencaminhar o pedido para a ouvidoria do órgão ou entidade. (...)*
> *As consultas tratam de situações muito específicas, não necessariamente já avaliadas pela Administração, em que por vezes estão em conflito legislações concomitantes. Atualmente, consultas não são aceitas como pedidos de acesso à informação quando o órgão não tenha realizado a análise de um caso semelhante e sobre ele produzido um documento, por exemplo, um parecer. Nesse caso, pode-se solicitar acesso ao documento, o que não configura consulta, mas, sim, verdadeiro pedido de acesso.", Controladoria-Geral da União, "Aplicação da Lei de Acesso à Informação na Administração Pública Federal", pgs. 21 e 22, 3ª edição, 2017, disponível em http://www.acessoainformacao.gov.br/lai-para-sic/sic-apoio-orientacoes/guias-e-orientacoes/aplicacao-lai-3a-ed-web-002.pdf, acesso em 19/03/19*

Ademais, ainda que sem expressa previsão legal, também é possível considerar eventuais pedidos como abusivos, sobretudo da parte de demandantes contumazes ou repetitivos, quando, cumulativamente, se valem de desvio de finalidade (quando o demandante provoca a Administração mas seu objetivo não é exatamente acessar aquela informação solicitada), agindo de má-fé, em pedidos que trazem potencial dano a terceiros, conforme também asseverou a doutrina da CGU.

> *"Em 19 de agosto de 2016, a CGU emitiu o parecer nº 3.102, em que foi analisada a possibilidade desse tipo de ocorrência no âmbito da Lei de Acesso à Informação. Naquela decisão, argumentou-se que, para a caracterização desse tipo de situação, devem estar presentes, cumulativamente, três requisitos:*
> *• desvio de finalidade;*
> *• potencial dano a terceiros; e*
> *• má-fé do cidadão.", Controladoria-Geral da União, "Aplicação da Lei de Acesso à Informação na Administração Pública Federal", pg. 46, 3ª edição, 2017, disponível em http://www.acessoainformacao.gov.br/lai-para-sic/sic-apoio-orientacoes/guias-e-orientacoes/aplicacao-lai-3a-ed-web-002.pdf, acesso em 19/03/19*

O citado Parecer CGU nº 3.102, de 19 de agosto de 2016, de fato, abordou com profundidade o tema o abuso do direito de acesso à informação e ponderou que, dentre as hipóteses previstas no art. 13 do Decreto nº 7.724, de 2012, esta conduta se amolda apenas àquelas positivadas no inciso II. Um pedido abusivo, além de sempre ser eivado de má fé, de carrear o risco de potencial de acarretar prejuízo a terceiro e de caracterizar desvio de finalidade, no mais das vezes, é também desarrazoado e desproporcional, embora o oposto não se imponha (um pedido desarrazoado ou desproporcional não necessariamente é abusivo). O citado Parecer enfatiza fortemente a indispensabilidade do componente anímico da má-fé para configurar a conduta abusiva em instância administrativa, como diferencial do conceito

civil de abuso de direito, que é de configuração meramente objetiva, não exigindo a comprovação do ânimo subjetivo culposo ou dolo do autor para lesar terceiro, nos termos do art. 187 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC). A manifestação opinativa também aduz que, muito provavelmente, pedidos reiterados e repetitivos, da lavra de um mesmo solicitante, satisfazem os três critérios elementares para serem considerados abusivos.

> *CC - Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*
>
> *Parecer CGU nº 3.102, de 2018: "24. Como a boa-fé do cidadão que se relaciona com o Estado para requerer-lhe o acesso a bens, serviços ou informações é presumida, apenas à exceção e considerado o ônus probatório por parte do Estado é que se deve dar a restrição ao direito pleiteado. Portanto, propõe-se que na alegação do abuso de direito de acesso à informação deva, necessariamente, ser demonstrada a má-fé por parte do cidadão.*
> *25. Dessa forma, numa concepção garantista, a própria caracterização do abuso de direito na esfera administrativa exigiria a má-fé do agente consubstanciada na vontade direta em praticar uma ilicitude.*
> *26. Há, portanto, três requisitos que devem ser entendidos como essenciais à caracterização do abuso de direito:*
> *a) o desvio de finalidade no exercício do direito, quando confrontado com os limites impostos por sua finalidade social ou econômica;*
> *b) a possibilidade de dano a terceiros;*
> *c) a má-fé."*

Ao amparo de clamores de falsa subsunção à Lei n° 12.527, de 2011, submeter a Administração à indevida obrigação de ter de prejudicar o regular andamento de suas atividades públicas, a fim de atender pedidos genéricos, desarrazoados, desproporcionais, trabalhosos e onerosos e sobretudo em que o peticionante se vale daquela Lei para requerer e exigir, de forma travestida e dissimulada, consultas ou provocações abusivas eivadas de desvio de finalidade, seria subverter não só a inteligência daquele relevante diploma legal mas também toda base principiológica reitora da prestação pública. Se, de um lado, é certo que os órgãos e entidades estão obrigados a, como regra, pautarem suas atuações pela transparência e pela publicidade, de outro lado também é inequívoco que não reside na teleologia da inovação legislativa trazida à luz com aquele importante diploma de controle social tornar a Administração refém e escrava de pedidos, calcados em inexistente direito legal, que corrompem deveres de lealdade do administrado frente ao Estado.

Reitera-se o já afirmado acima: em todas as hipóteses apresentadas de exceção à regra geral da Lei nº 12.527, de 2011, ou seja, de não fornecer a informação solicitada, a Administração deve motivar o indeferimento ou o deferimento parcial do pedido, conforme determina o já reproduzido inciso II do § 1º do art. 11 da citada Lei.

Não obstante, o pedido apresentado por servidor com o fim de ser informado se houve ou se há, contra ele, algum procedimento investigativo concluído ou em curso no sistema correcional deve ser solucionado à luz do disciplinamento e do rito, garantista, do direito à informação, impostos pela Lei nº 12.527, de 2011, qual seja, via SIC e com registro no sistema e-SIC, independentemente da unidade em que foi apresentado. Não podendo ser considerado como genérico, desproporcional, desarrazoado ou inviável, visto a possibilidade de a Administração obter a resposta, na hipótese de não ter havido e de não haver procedimento em face do peticionante (em que se inclui a hipótese de ter havido e de ter sido concluído pelo arquivamento), basta fornecer tal resposta; e, na hipótese de haver um procedimento de investigação em curso ou já concluído com proposta de instauração, tal

resposta *a priori* é de ser fornecida, conforme o § 1° do art. 64 da IN CGU n° 64, de 2018, mas podendo não sê-lo, de acordo com as condicionantes expostas em **2.5.6.2.2**.

De acordo com o art. 11 da Lei nº 12.527, de 2011, e com os arts. 15 e 16 do Decreto nº 7.724, de 2012, o prazo de resposta ao pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento de informações gerais é de até vinte dias corridos, contado da data de inclusão do pedido no sistema e-SIC, com possibilidade de prorrogação de dez dias, enquanto a Portaria ME/SE nº 1.142, de 2019, fragmenta este prazo em diversos passos procedimentais, que somam quinze dias úteis originários, mesmo com prorrogação do prazo de resposta.

Concluindo este longo parêntese no que ora importa da inovação legislativa trazida pela Lei nº 12.527, de 2011, no que isto se reflete na análise específica na fase de admissibilidade em geral e nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar), verifica-se que, além de cláusulas de sigilo em leis específicas, os disciplinamentos impostos pelo § 3° do art. 7° ou pelo § 1º do art. 31, ambos do referido diploma legal, permitem afirmar que a exceção contida na parte final do inciso XXXIII do art. 5º da CF pode ser cogitada quando se manuseia a fase de admissibilidade, vez que foram contempladas as possibilidades de tratar como documentos preparatórios para emanação de decisão ou de ato administrativo ou de considerar como informações pessoais sensíveis, destacadamente quando apresentado por terceiros. A imposição, quando cabível, de alguma destas cláusulas de sigilo surte muito melhor, imediato e fácil efeito prático do que cogitar de classificar a informação como sigilosa com grau reservado em virtude de considerar que sua divulgação possa comprometer atividades de inteligência, de fiscalização ou de investigação em curso referentes à prevenção ou à repressão de infrações, com base no inciso VIII do art. 23 da Lei n° 12.527, de 2011.

O exercício da garantia fundamental é de ser visto em conjunto e em dinâmica harmonia com a também necessária preservação da atividade pública, não sendo desejável que a satisfação do direito individual venha a tornar explícitas, conhecidas, previsíveis e contornáveis as formas de atuar do ente estatal, sob risco de afastar todo o poder inibidor que a atuação administrativa pode exercer sobre o potencial ou futuro infrator, não só do caso concreto em tela como também sobre qualquer outro possível agente.

Conforme reconhecido no início no presente tópico, o tema em questão não se resume em análise apressada e superficial, pois nele residem aspectos controversos demandadores de aprofundada ponderação. Aqui reside inegável colisão de interesses e de direitos, pois, de um lado, clama-se pela garantia constitucional que permite ao administrado acesso, vista, cópia ou esclarecimento das informações de seu interesse que ele próprio sabe estarem em poder da Administração, enquanto, de outro lado, é de se atentar para o fato de que uma irrestrita flexibilização do requerido sigilo pode prejudicar o interesse público, não só em determinado caso concreto mas também em qualquer iniciativa de persecução administrativa, caso venha a se expor as estratégias de atuação do ente público em fase investigativa. A indevida exposição ou disponibilização do *modus operandi* da Administração na busca da configuração de indícios de conduta infracional suscitadores da instauração do rito punitivo e contraditório pode expor a sociedade e o interesse maior ao risco de se verem frustradas quaisquer tentativas de persecução disciplinar, conforme manifesta a jurisprudência.

> *TRF da 4ª Região, Apelação Cível nº 0015302-57.2009.404.7000: "Ementa: 1. O Habeas Data tem por objetivo a proteção contra eventual informação abusiva, inexata ou prejudicial às pessoas, por meio do acesso a bancos de dados, tanto públicos como privados, possibilitando ao interessado promover sua atualização, retificação ou anulação. 2. É evidente que o impetrante tem assegurado o direito aos dados que fundamentam a autuação, mas não ao próprio procedimento de investigação e seus critérios. Estes últimos são sigilosos e compõem a atividade interna dos órgãos de inteligência que dão suporte ao trabalho do Fisco. 3. O interesse em fiscalizar um dado contribuinte*

surge do cruzamento de dados com declarações de outros contribuintes, e esse tipo de fato, por óbvio, não pode ser revelado, sob pena de expor as linhas estratégicas que norteiam a atividade fiscal. 4. Por fim, deve ser destacado que não há relevância jurídica no fato do impetrante ser ocupante do cargo de auditor fiscal. Afinal, a autuação ocorreu no âmbito de um procedimento fiscal, a que todos estão sujeitos."

2.5.6.2.2 - A Necessária Ponderação em Pedido de Acesso, Vista, Cópia ou Esclarecimento pelo Próprio Servidor

Apresentadas as regras gerais para acesso a informação estabelecidas pela Lei n° 12.527, de 18 de novembro de 2011, é de harmonizar com as providências a serem tomadas concretamente quando o pedido advém do próprio servidor representado, denunciado ou investigado ou de seu procurador. O necessário balizamento instrumental para se solucionar este conflito reside, mais uma vez, no emprego da ferramenta hermenêutica da integração, fazendo se refletir, na instância administrativa, os ensinamentos que a instância penal adquire com a edição da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal (STF), que ratifica a a regra geral do direito de acesso, mas a condiciona aos elementos informativos já autuados.

STF, Súmula Vinculante nº 14: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa"

Resgatando-se no sítio eletrônico do STF a ata com todos os debates que ensejaram a aprovação da mencionada Súmula Vinculante, verifica-se que o Plenário ateve-se a precedentes na Casa que demonstravam a preocupação com o conflito de direitos, ambos de origem constitucional, na questão de acesso do defensor às investigações conduzidas pela autoridade policial no curso do inquérito.

STF, Habeas Corpus nº 82.354: "Ementa: II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial. 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar

> *inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. Habeas corpus deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição."*

De imediato, se extrai deste julgado que a Súmula Vinculante nº 14 do STF em si não teve o condão de anular as manifestações doutrinárias até aqui adotadas como apoio (reproduzidas em **2.5.6.1**), visto que a Corte também entende que inquérito não é processo e que não se destina a decidir litígio, não sendo, daí, submetido à essência e à integralidade do contraditório.

A partir daí, os debates e votos discorreram consentaneamente acerca da convicção de que, por um lado, embora não contraditório, o inquérito não tem afastadas garantias fundamentais básicas do investigado, como o direito de se assistir por advogado, de não se autoincriminar, de manter-se em silêncio e, destacadamente para o tema, de conhecer as provas já definitivamente documentadas (como reflexo, inclusive, do princípio da comunhão da prova, que se abordará em **3.3.3.7**), mas, por outro lado, devem ser mantidas a capacidade e a possibilidade de a autoridade policial conduzir as diligências sem que o conhecimento dos autos por parte do defensor prejudique, comprometa ou esvazie a eficácia das investigações. Neste sentido, destacam-se passagens bastante didáticas de dois votos em especial.

> *STF, Proposta de Súmula Vinculante nº 1 (que aprovou a Súmula Vinculante nº 14), Voto: "(...) de fato, a Constituição contrabalança a lista dos direitos individuais, neles embutido o tema da ampla defesa e do contraditório, com o dever do Estado de investigar criminalmente na perspectiva de detectar infrações penais e identificar os respectivos autores. (...)*
> *Se, de um lado, temos direitos e garantias individuais em matéria penal, de lastro constitucional, também de lastro constitucional temos a consagração do princípio da justiça penal eficaz.*
> *Nesse ponto, parece-me que são dois princípios que nos remetem, necessariamente, para Dworkin e Alexy, quando falam da aplicabilidade dos princípios como servientes, obedientes, ao necessário juízo de otimização. Ou seja, os princípios que colidem, no caso concreto, terão que ser aplicados mediante um juízo de otimização ou de ponderação. Daí essa definição dos princípios como 'mandados de otimização'*
> *Penso, portanto, que a redação da súmula deve encerrar, encarnar um mandado de otimização. Ela deve ter a virtude de consubstanciar um verdadeiro mandado de otimização ou de conciliação entre esses princípios igualmente constitucionais. De uma parte, falemos de princípio da ampla defesa; de outra parte, o princípio da justiça penal eficaz. (...) eu faço uma distinção - não sei se procedente para o caso - entre autos do inquérito policial e diligências concretizadoras da investigação. A investigação policial como um todo, uma espécie de continente; e as diligências como meios de operacionalizar a investigação. A investigação se dá por meio de sucessivas diligências.*
> *Eu me perguntaria: nós deveríamos consagrar na súmula o direito irrestrito dos advogados de acesso aos autos da investigação, ou das diligências, de cada diligência já concluída? Claro que estou falando de um receio que é justo, de que o conhecimento prévio de uma diligência comprometa toda a linha da investigação. E, comprometendo toda a linha da investigação, o princípio da justiça penal eficaz resultaria vulnerado. É uma distinção que eu apenas pondero, levo à consideração dos eminentes Ministros. (...)*
> *Ora, 'em processo judicial ou administrativo'. Nós sabemos que o inquérito policial nem é processo administrativo nem processo nem processo judicial, é pré-processo, um 'tertium genus'. É uma terceira figura, uma terceira via de direito. Daí chamarmos muito até - eu nem gosto dessa expressão - de fase*

> *inquisitorial da investigação criminal.*
> *Será que essa consideração de não ser o inquérito policial um processo administrativo nem judicial, e, portanto, não comportar essa defesa com toda amplitude, não nos levaria também a fazer a distinção entre investigação e diligências investigatórias?"*
>
> *STF, Proposta de Súmula Vinculante nº 1 (que aprovou a Súmula Vinculante nº 14), Voto: "(...) duas coisas devem ser distinguidas nos inquéritos policiais: uma coisa são os elementos de provas já documentados. Quanto a estes elementos de prova já documentados, não encontro modo de restringir o direito dos advogados em defesa dos interesses do cliente envolvido nas investigações. Outra coisa são todos os demais movimentos, atos, ações e diligências da autoridade policial que também compõem o inquérito. A autoridade policial pode, por exemplo, proferir despacho que determine certas diligências cujo conhecimento pode frustrá-las; a esses despachos, o advogado não tem direito de acesso prévio, porque seria concorrer com a autoridade policial na investigação e, evidentemente, inviabilizá-la. (...). Por isso, tal ementa, a meu ver, resguarda os interesses da investigação criminal, não apenas das diligências em andamento, mas ainda das diligências que estão em fase de deliberação. A autoridade policial fica autorizada a não dar ciência prévia desses dados ao advogado, a qual poderia comprometer o resultado final da investigação. O que não se quer é retirar dos advogados, na defesa dos clientes envolvidos nas investigações, o acesso aos elementos de prova que já tenham sido documentados. (...)*
> *(...) há certos elementos que, embora já concluídos, indicam a necessidade de realização de outros.*
> *Não é fácil. É questão grave. Há certas diligências cuja realização não se exaure em si mesma, mas aponta para outras. (...)*
> *Isto é, as autoridades policiais continuarão autorizadas a estabelecer seu programa de investigação sem que os advogados lhe tenham acesso. O que não poderão evitar é apenas isso, e que me parece fundamental na súmula: os elementos de prova já coligidos, mas que não apontem para outras diligências, que não impliquem conhecimento do programa de investigação da autoridade policial, enfim que não cerceiem de nenhum modo o Estado no procedimento de investigação, esses não podem ser subtraídos do advogado. Então, ele terá acesso, mas evidentemente a autoridade policial estará autorizada a separar os elementos de inquérito. (...)*
> *É nesses termos, Senhor Presidente, que voto. (...) não é aos autos do inquérito, é acesso aos elementos já documentados. Apenas isso."*

Resgatando este histórico da edição da Súmula Vinculante nº 14 do STF, tem-se cristalino que a Corte Suprema jamais cogitou - sequer na sua atenção para a gravosa instância penal - de garantir irrestrito acesso ao defensor do investigado, sobretudo na programação, nas conjecturas, na síntese elaborativa das provas a serem perseguidas ou ainda em persecução. A leitura dos votos demonstra que a Corte compreende que assiste ao investigado em inquérito um conjunto de direitos essenciais da pessoa, mas, ao mesmo tempo, observa que o inquérito não comporta toda a amplitude da defesa e ratifica a preocupação em manter a eficácia da Justiça penal, preservando o poder de o Estado promover as investigações criminais de proteção do bem social.

Com isto, a Corte especificou claramente a não autorização de acesso a diligências (no sentido amplo do termo) não só em andamento ou ainda em fase de deliberação mas também até diligências que embora já concluídas possam indicar a necessidade de realização de outras, deixando, neste aspecto, a autorização residual de acesso a elementos de prova já operacionalizados, documentados e autuados e que se exaurem em si mesmos, que não apontem para a realização de outras diligências ou que não impliquem conhecimento da estratégia de investigação.

A parte final reproduzida no segundo voto acima é cristalina ao esclarecer mais do que a literalidade da Súmula Vinculante nº 14 do STF a princípio pode induzir em uma leitura apressada e equivocada: a Corte Suprema não autorizou, sequer para a gravosa instância penal, nenhum acesso ou esclarecimento acerca de documento, dado ou prova de interesse da defesa, ainda que autuado, que possa cercear de qualquer modo o Estado no procedimento de investigação, pois não houve autorização de acesso irrestrito aos autos.

> *STF, Reclamação nº 10.110: "Ementa: II - A decisão ora questionada está em perfeita consonância com o texto da Súmula Vinculante 14 desta Suprema Corte, que, como visto, autorizou o acesso dos advogados aos autos do inquérito, apenas resguardando as diligências ainda não concluídas.*
> *Voto: (...) Não vislumbro, entretanto, qualquer afronta a enunciado sumular mencionado pelo reclamante.*
> *Tem-se, nos autos, que, em 8/4/2010, o juízo processante indeferiu o pedido de acesso irrestrito a todos os elementos de provas, inclusive às interceptações telefônicas, pelos seguintes fundamentos:*
> *'(...) Pois bem. Por tais razões, parece óbvio que para não prejudicar as investigações em andamento, o próprio legislador - já sob a égide da Constituição de 1988 - previu que as partes apenas terão acesso aos autos respectivos quando apensos ao inquérito policial, ou, durante o processo, para fins de alegações finais. Destarte, e sem perder de norte o princípio do devido processo legal e seus derivados contraditório e ampla defesa, não parece razoável interpretar-se o referido princípio, por mais que preceitos que encerrem garantias devam ser lidos de forma extensiva, de modo a permitir o acesso irrestrito das partes aos autos de interceptação, tanto mais quando os trabalhos investigativos ainda não foram concluídos e podem ser prejudicados pelo deferimento desse tipo de pretensão.*
> *Saliento, ademais, e em reforço a esse posicionamento, que o próprio enunciado da Súmula Vinculante n. 14 do STF autoriza que se ressalvem as diligências em andamento do conteúdo das peças de inquérito policial que devem ser disponibilizadas às partes e seus procuradores (...).*
> *Porém, não se pode retirar das partes, nos exatos termos da mencionada Súmula, o direito de terem acesso a todos os elementos já colhidos no inquérito policial ressalvando-se, como já dito, as diligências ainda em andamento, cujo acesso pode implicar em obstáculo à efetividade da atividade investigatória. (...)'*
> *(...) Tenho, contudo, que a decisão ora questionada está em perfeita consonância com o texto da súmula vinculante tida como violada, que, como visto, autorizou o acesso dos advogados aos autos do inquérito, apenas resguardando as diligências ainda não concluídas, nos exatos termos do enunciado sumular."*

Por óbvio que - ainda que se reconheça que a Súmula Vinculante nº 14 do STF teve sua edição dirigida à instância criminal, que prevalece o princípio da independência das instâncias e que a persecução penal atinge bem jurídico indisponível da pessoa, que é sua liberdade, sabidamente mais relevante que o vínculo jurídico-estatutário firmado entre servidores e o Estado - o entendimento em tela também deve repercutir na instância disciplinar, com as devidas adequações.

Em outras palavras, havendo pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento, em fase de admissibilidade em geral ou nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar), por parte do servidor representado, denunciado ou investigado, seja pessoalmente, seja por intermédio de procurador, deve o pleito ser deferido exclusivamente no que pertine aos elementos já devidamente autuados - como determina, inclusive, o já mencionado princípio da comunhão da prova - e cuja linha investigativa exaure-se em si mesmos ou ainda que não apontem para a

realização de outras diligências. Mas se ressalte que aqui não se defende a irrestrita concessão a favor do peticionante, podendo, se for o caso, o exercício do direito constitucionalmente assegurado ser efetivado e satisfeito parcialmente, se houver linhas investigativas ainda incipientes, para as quais a dinâmica ponderação de princípios em confronto autoriza que a Administração, à luz dos entendimentos externados pela interpretação histórica da edição da Súmula Vinculante nº 14 do STF, obstrua o conhecimento do interessado.

O aplicador do Direito deve harmonizar os direitos estampados na Lei n° 12.527, de 2011, e refletidos no Decreto n° 7.724, de 16 de maio de 2012, e na Instrução Normativa (IN) CGU n° 14, de 14 de novembro de 2018, com o exato teor da Súmula Vinculante n° 14 do STF. É certo que ao próprio representado, denunciado ou investigado ou ao seu procurador mitigam-se as cláusulas de sigilo previstas no § 3° do art. 7° (documento ou informação utilizada no curso de fase de admissibilidade ainda em andamento, preparatório para decisão de instaurar ou de arquivar), no § 1º do art. 31 (informações pessoais relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas) e no inciso VIII do art. 23 (mesmo pouco aplicáveis, mencionem-se as informações cujo sigilo é imprescindível para a segurança da sociedade e do Estado), todos daquela Lei acima. Mas também é certo que tais garantias se limitam àqueles dados já autuados e que não ponham a perder o interesse público da investigação.

De forma geral, pedidos de acesso, vista, cópia ou esclarecimento por parte do servidor representado, denunciado ou investigado ou de seu procurador acerca da fase de admissibilidade em curso e de seu interesse podem ser diretamente respondidos (deferindo ou indeferindo) pela autoridade correcional, dispensando-se a instrumentalidade específica introduzida pela Lei n° 12.527, de 2001, via Serviço de Informações ao Cidadão (SIC) ou sistema e-SIC. Tratando-se do próprio servidor, apenas pedidos que extrapolem o círculo de interesse associado ao procedimento em curso e no qual ele mesmo figura como interessado devem se submeter àquela específica procedimentalização.

Em reforço ao acima exposto, embora trate a rigor de outra hipótese, também aponta no sentido da preservação do interesse público da investigação, a preponderar sobre a total abertura de acesso a informações, a positivação operada pela CGU na IN CGU nº 14, de 2018, em que o inciso III do art. 68 permite a ocultação da reprodução da fonte, quando esta reside em documentos sigilosos. Em outras palavras, a CGU atesta que a unidade de correição pode utilizar e trabalhar informação sigilosa em suas próprias construções, até citando-a, mas não sendo obrigada a reproduzi-la.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 66. A organização dos autos dos procedimentos correcionais observará as seguintes recomendações:*
> *III - os relatórios e os termos produzidos no curso da investigação farão apenas referência aos documentos que possuam natureza sigilosa ou restrita, sem a reprodução da informação de acesso restrito, a fim de resguardar a informação.*

No mesmo rumo, sintonizado com a manifestação vinculante da Corte Suprema, caminhou o ordenamento legal, com a alteração promovida no art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB), que elenca os direitos do advogado. De um lado, a Lei assegura ao advogado o direito de acesso a autos de investigação de qualquer natureza, em qualquer instituição (não somente repartição policial) e ainda que em andamento - o que, por óbvio, inclui o curso da fase de admissibilidade em instância administrativa. Mas o legislador não desatendeu de resguardar do conhecimento da defesa os elementos de prova relacionados a linhas investigativas em andamento e que, por este motivo, corretamente ainda não tenham sido autuados, tendo em vista o risco de pôr a perder a efetividade dos trabalhos em curso, na contrapartida de não ter tolerado o uso de má-fé ao conceder acesso delimitado aos autos ou de subtrair elementos já autuados. É o que se lê

no conjunto do inciso XIV e dos §§ 10 a 12 do mencionado art. 7º. Portanto, é de se destacar que nem mesmo o Estatuto da OAB, sabidamente um diploma legal assegurador das prerrogativas do advogado, tem em seu texto a garantia de acesso irrestrito aos autos investigativos em curso, tendo a Lei se harmonizado na linha de equilíbrio entre a concessão da proteção constitucional e a preservação do múnus estatal e da efetividade dos trabalhos de investigação.

> *Lei nº 8.906, de 1994 - Art. 7º São direitos do advogado:*
> *XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (Redação dada pela Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016)*
> *§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)*
> *§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)*
> *§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)*

Ainda neste tema, de se ressalvar que, se, de início, o inciso XIV do art. 7º da Lei nº 8.906, de 1994, concedeu acesso a autos investigativos a advogado mesmo desprovido de procuração, por outro lado, o § 10 do mesmo dispositivo excepcionou tal prerrogativa no caso de os autos serem sigilosos, como pode ser, mediante declaração específica, a fase de admissibilidade.

Na mesma linha, acrescente-se que até mesmo a incisiva e extremamente defensivista Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, que define os crimes de abuso de autoridade, em seu art. 32, salvaguardou a restrição de acesso integral aos autos pela defesa no que tange a diligências em curso ou que indiquem a estratégia investigativa ainda a ser concretizada que se necessite preservar sob pena de perda do objeto, com respaldo jurisprudencial.

> *Lei nº 13.869, de 2019 - Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível:*
> *Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*
>
> *STF, Primeira Turma, Ministro Relator Roberto Barroso, Agravo Interno na Petição nº 9.052/DF, DJe 14/12/2020, Ementa: "Direito penal. Agravo interno em petição. Notícia crime. Ausência de justa causa e evidente atipicidade da conduta. Arquivamento monocraticamente pelo relator. Erro material reconhecido, sem efeitos modificativos na decisão agravada.*
> *1. Da descrição das condutas já se extrai a falta de justa causa e a evidente atipicidade da conduta.*
> *2. Não existe lastro probatório mínimo na acusação de que o noticiado teria negado injustificadamente acesso aos autos das referidas investigações.*

> *3. É evidente a atipicidade da conduta, também, considerando-se o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei nº 13.869/2019"*
> *Relatório: "1. Trata-se de agravo interno contra decisão monocrática que arquivou notícia-crime apresentada contra o Ministro Alexandre de Moraes, deste Supremo Tribunal Federal. A decisão agravada restou assim ementada: '1. A atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa autorizam o arquivamento de notícia-crime pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.*
> *2. Se a negativa de acesso a autos de procedimento investigatório se basear na existência de diligências em curso ou futuras, cujo sigilo seja imprescindível, não se cogita de prática criminosa.*
> *3. Não há crime de abuso de autoridade se o agente público não atua com a finalidade específica (i) de prejudicar outrem ou (ii) de beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, (iii) por mero capricho ou satisfação pessoal'."*

Na esteira da interpretação de como a Súmula Vinculante nº 14 do STF pode se refletir na instância administrativa, esclarece-se aqui o que vem sendo defendido linhas acima, acerca da necessidade - e também da possibilidade e da capacidade - de a Administração simultaneamente preservar o interesse público da efetiva investigação sem negar de forma absoluta o direito fundamental do administrado.

Na prática, a instrumentalização desta ponderação dinâmica se opera com o poder que recai nas mãos do órgão público condutor dos trabalhos de delimitar o conhecimento do peticionante aos documentos já autuados, reservando para si a prerrogativa de manter à margem da autuação os documentos atinentes a diligências e a linhas investigativas ainda em curso e que ainda não se esgotaram, cujo conhecimento prévio por parte do representado, denunciado ou investigado possa efetivamente frustrar os objetivos da investigação, esvaziar planejamentos e programações e, por fim, comprometer o ideal de justiça eficaz.

No caso de se verificar, nos termos dos critérios analíticos acima, a necessidade de se conceder acesso, vista, cópia ou esclarecimento em fase de admissibilidade em geral ou nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar), em favor do servidor representado, denunciado ou investigado, seja pessoalmente, seja por intermédio de procurador, cabe à própria autoridade responsável pela instauração do feito conceder o direito, sendo aqui superada a necessidade de se instrumentalizar na forma prevista na Lei nº 12.527, de 2011, e regulamentada pelo Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Em outras palavras, na hipótese de se atestar a existência dos pré-requisitos, não há necessidade de se instrumentalizar a concessão via SIC ou sistema e-SIC, cabendo à própria autoridade correcional concretizar o acesso, vista, cópia ou esclarecimento.

Uma outra cautela que também pode ser adotada caso o conjunto de informações disponibilizáveis contenha dados protegidos por cláusulas específicas de sigilo referentes a outras pessoas (fiscal, bancário, profissional de forma geral e em especial médico-pericial, de comunicações, telefônico, segredo de justiça ou de qualquer forma relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem, por exemplo) e cujo conhecimento, com toda certeza, não importa de forma alguma para a defesa de interesses do servidor representado, denunciado ou investigado é autuá-los em anexos individualizados ou ocultar (por exemplo, com uso de tarjas negras), no material fornecido, aquelas informações protegidas por cláusulas específicas de sigilo e de desnecessário repasse ou até mesmo descrever o conteúdo acessível em certidão ou extrato, conforme autoriza o § 2º do art. 7º em conjunto com o art. 22, ambos da já mencionada Lei nº 12.527, de 2011, regulamentadora do tema em tela. Esta linha norteou a edição da IN CGU nº 14, de 2018, em que a CGU positivou, no inciso I do *caput* do seu art. 66, que o material sigiloso deve ser autuado apartado dos autos principais.

Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º

> *§ 2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.*
> *Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.*

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 66. A organização dos autos dos procedimentos correcionais observará as seguintes recomendações:*
> *I - as informações e documentos recebidos no curso do procedimento que estejam resguardadas por sigilo legal comporão autos apartados, que serão apensados aos principais;*

Na mesma toada, é importante destacar a necessária harmonização que deve haver no exercício e na limitação de direitos. Se, de um lado, aqui se acata a necessidade de o peticionante ter deferido o acesso, vista, cópia ou esclarecimento de elemento contido em fase de admissibilidade, por outro lado, não se eliminam aquelas e outras cláusulas específicas de sigilo, conforme já exposto em **2.5.6.2.1**, se se tem certo que tal acesso em nada se perfaz com a sempre inafastável amplitude de defesa, devendo as eventuais divergências de entendimento e de vontades, neste caso peculiar, serem dirimidas com a imprescindível solicitação, por parte do interessado, de autorização ao Poder Judiciário.

Em reforço a esta posição apriorística, antecipe-se que, conforme o § 3º do mesmo art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, adiante reproduzido, nem mesmo a decisão ou julgamento exarados ao fim do procedimento, acarretando o arquivamento do feito e a consequente perda da qualidade de sigiloso, afastam sigilos legais específicos. Ainda que a decisão ou o julgamento autorizem que a sociedade possa ter satisfeito seu interesse de acesso, continuam não sendo acessíveis dados protegidos por normas constitucionais ou legais específicas, em demonstração de que é forte esta cláusula de proteção.

Por outro lado, caso se demonstre imprescindível para o efetivo exercício da garantia fundamental o fornecimento, ao servidor representado, denunciado ou investigado ou ao seu procurador, de dados protegidos por cláusulas específicas de sigilo a favor de outras pessoas e não figurando tal repasse como prejudicial às investigações em tela nos termos acima discutidos, prepondera para esta fase de admissibilidade a mesma ponderação que se apresentará em **4.4.12.3**, no sentido de que, diante deste conflito de direitos, se autorize (seja pela própria autoridade administrativa, seja apenas em via judicial, dependendo da natureza do dado) a maior homenagem ao direito de defesa do peticionante, em detrimento da privacidade do terceiro, recaindo, por óbvio, o comprometimento de utilizar as informações para o fim estrito solicitado e de preservar o sigilo, conforme determina o § 2º do art. 25 da Lei nº 12.527, de 2011.

> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 25.*
> *§ 2º O acesso à informação classificada como sigilosa cria a obrigação para aquele que a obteve de resguardar o sigilo.*

A CGU reforçou tal entendimento, positivando-o no § 1º do art. 64 da IN CGU nº 14, de 2018. Enquanto a regra geral do dispositivo normativo, no *caput* e nos seus incisos, é da restrição de acesso a informações com cláusulas legais de sigilo, o § 1º excepciona para o servidor investigado (bem como, para momentos processuais posteriores, acusado e indiciado).

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 64. As unidades do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal manterão, independentemente de classificação, acesso restrito às informações e aos documentos, sob seu controle, relacionados a:*
> *I - informações pessoais relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas;*

> *II - informações e documentos caracterizados em lei como de natureza sigilosa, tais como sigilo bancário, fiscal, telefônico ou patrimonial;*
> *III - processos e inquéritos sob segredo de justiça, bem como apurações correcionais a estes relacionados;*
> *IV - identificação do denunciante, observada a regulamentação específica; e*
> *V - procedimentos correcionais que ainda não estejam concluídos.*
> *§ 1º A restrição de acesso de que trata este artigo não se aplica àquele que figurar como investigado, acusado ou indiciado.*

Este acesso, vista, cópia ou esclarecimento irrestrito ao conjunto autuado se aplica também se for o caso de múltiplos representados, denunciados e investigados. Não há como se mitigar tal abertura a dados, ainda que sigilosos, dos demais coparticipantes do polo passivo do procedimento investigativo - nas condicionantes de se ter de dar o excepcional acesso, cópia ou vista - se a conexão fática conduziu à unicidade processual. Se se decidiu pela unicidade processual, é de se supor, com lógica, que os fatos guardam conexão e os dados de interesse de uma defesa também irrigam os interesses das demais defesas, igual e reciprocamente. Dentro desta lógica, é menos provável que dados de outros representados, denunciados ou investigados no bojo do mesmo procedimento e que possuam natureza sigilosa, já autuados, caso se tenha de dar fornecimento, não interessem, em virtude presumível conexão das condutas, à amplitude de defesas alheias. Ao amparo da sempre inafastável amplitude de defesa, se for o caso excepcional de se dar acesso, cópia, vista ou esclarecimento, não há que se limitar tal fornecimento em razão tão somente da natureza sigilosa dos dados autuados dos demais coparticipantes do polo investigado.

Este entendimento é o cristalino reflexo do principio da comunhão da prova, mencionado em **3.3.3.7**, e restou sedimentado com a manifestação da CGU, por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 19, de 10 de outubro de 2017, que, apesar de expressar “acusados”, pode ser perfeitamente estendido para fase de admissibilidade, a favor de investigados..

> *Enunciado CGU/CCC nº 19, de 2017: “Direito de acesso integral ao procedimento correcional por todos os acusados. Havendo conexão a justificar a instauração de procedimento correcional com mais de um acusado, a todos eles será garantido o acesso integral aos documentos autuados.”*

Ao se possibilitar o conhecimento dos elementos já autuados (que se subentende aqueles que se exaurem em si mesmos e que encerram determinada linha investigativa) e ao se preservar o poder de a Administração reservar parte das diligências ou caminhos de persecução ainda incompletos, inconclusos ou em curso, logra-se, à luz do bom Direito, compatibilizarem-se os interesses do servidor representado, denunciado ou investigado e a eficácia do múnus público investigativo em instância disciplinar. Não obstante, não é demais reforçar que a concessão de informações quanto ao conteúdo e ao andamento dos trabalhos internamente conduzidos pela Administração não retira o caráter sigiloso, inquisitorial e unilateral desta atividade; ou seja, o respeito à garantia fundamental de ter conhecimento acerca do objeto da investigação não se confunde com permitir a participação e a atuação do servidor na fase de admissibilidade (questionando provas ou peticionando pela realização de atos instrucionais), visto não se afastar a conclusão de que a esta fase não comporta o direito ao contraditório.

Também é de se ressaltar a ressalva já apresentada em **2.5.6.2.1**, no sentido de que a fase de admissibilidade em geral ou os procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar) devem ser compreendidos como procedimentos administrativos instrumentalizados e manejados não por conterem um fim em si mesmos, mas sim para, ao seu final, permitirem à autoridade competente o devido embasamento para proferir uma decisão (qual seja, de arquivar preliminarmente o feito ou de instaurar a instância disciplinar).

Daí, à luz da leitura a *contrario sensu* do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, e do *caput* do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012, até a emanação de tal decisão, sobre todo o conteúdo documental encartado em tal fase de admissibilidade, em tese, recairia a cláusula de sigilo imposta pelo art. 23 da citada Lei, mas que, pelas razões acima expostas, no caso de provocação por parte do próprio investigado, deve ser flexibilizada.

> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º*
> *§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.*
>
> *Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão.*

O mesmo se depreende também da leitura a *contrario sensu* da manifestação da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 14, de 31 de maio de 2016.

> *Enunciado CGU/CCC nº 14, de 2016: "Restrição de acesso dos procedimentos disciplinares Os procedimentos disciplinares têm acesso restrito para terceiros até o julgamento, nos termos do art. 7º, parágrafo 3º, da Lei nº 12.527/2011, regulamentado pelo art. 20, caput, do Decreto nº 7.724/2012, sem prejuízo das demais hipóteses legais sobre informações sigilosas."*

E a CGU pacificou de vez este entendimento na sua IN CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, ao declarar, no art. 65, o que são procedimentos considerados concluídos: os processos disciplinares definitivamente julgados e os procedimentos investigativos encartados em processos arquivados em fase de admissibilidade ou que antecederam processos disciplinares já definitivamente julgados. Na leitura residual a *contrario sensu*, são tidos como não concluídos os procedimentos investigativos encartados em processos com fase de admissibilidade ainda em curso e os processos disciplinares ainda em curso, incluindo os procedimentos investigativos da fase de admissibilidade que os antecedeu. Dito isto, o inciso V do *caput* art. 64 da mesma norma determina acesso restrito a informações e documentos de tais procedimentos e processos.

> *IN CGU n° 14, de 2018 - Art. 65. Para efeitos do inciso V do art. 64, consideram-se concluídos:*
> *I - os procedimentos correcionais de natureza acusatória, com a decisão definitiva pela autoridade competente; e*
> *II - os procedimentos correcionais de natureza investigativa:*
> *a) com o encerramento do processo por meio da decisão definitiva da autoridade competente que decidir pela não instauração de respectivo procedimento correcional acusatório; e*
> *b) com a decisão definitiva do procedimento correcional acusatório decorrente da investigação.*

Havendo a decisão final na fase de admissibilidade no sentido de se arquivar o feito, após a edição de tal ato decisório e o consequente arquivamento, afasta-se a cláusula do sigilo imposto pelo § 3° do art. 7° da Lei nº 12.527, de 2011, mitigando-se, ainda com mais clareza e dispensando-se esforços hermenêuticos despendidos linhas acima para pedidos formulados no curso do procedimento, a argumentação para se inibir o acesso, vista, cópia ou esclarecimento ao servidor representado, denunciado ou investigado ou a seu procurador. Todavia, sendo a decisão em sentido contrário, ou seja, a favor da instauração do consequente e consecutivo PAD ou sindicância disciplinar, toda a fase de admissibilidade (inclusive seu ato decisório) deve ser compreendida como preparatória da instância contraditória, cabendo ainda a manutenção da refração a se conceder irrestrito acesso. Na medida do possível, ainda que diante de provocação do próprio representado, denunciado ou investigado (ou seu

procurador acaso constituído, ainda que advogado), ainda antes da efetiva instauração da instância disciplinar, defende-se que o procedimento preparatório precisa ser mantido resguardado.

Desta forma, à vista da exaustão de todos os argumentos expostos (normativos, principiológicos, doutrinários e jurisprudenciais), em relação ao próprio servidor representado, denunciado ou investigado ou ao seu procurador (ainda que advogado), sintetiza-se a questão de acesso, vista, cópia ou esclarecimento de fase de admissibilidade em geral ou dos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar):

- Não havendo provocação do investigado: de ofício, a Administração não deve conceder acesso, vista, cópia ou esclarecimento de fase de admissibilidade em geral ou dos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar), seja em curso, seja concluído.
- Tendo havido provocação do servidor ou do seu procurador:
  - Caso a fase de admissibilidade em geral ou os procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar) não estejam finalizados, deve a Administração, por meio da própria autoridade correcional, diretamente, conceder mínimas informações quanto ao conteúdo e ao andamento dos trabalhos investigativos internos, de acordo com o que houver sido pleiteado e com os temperamentos que porventura se façam necessários, no caso a caso, na concessão do direito, a fim de harmonizar a garantia constitucional com a eficácia da investigação.
  - Caso a fase de admissibilidade em geral ou procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar) tenham sido finalizados pelo arquivamento (tendo este arquivamento já se efetivado), deve a Administração, de imediato, por meio da própria autoridade correcional, diretamente, informar apenas que, na análise realizada, não foram encontrados indícios de materialidade e de autoria de infração disciplinar que ensejassem instauração de rito disciplinar. Decerto, tendo sido pleiteado acesso, vista, cópia ou esclarecimento, a Administração poderá, a princípio, tentar limitar-se a conceder cópia da decisão e do parecer propositivo, mas não terá como negar o conhecimento dos autos investigativos, se assim reforçar o interessado.
  - Caso a fase de admissibilidade em geral ou os procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar) tenham sido finalizados pela instauração da instância disciplinar (mas esta ainda não tenha sido de fato instaurada), em decorrência da presença de indícios de materialidade e de autoria, obrigatoriamente se estabelecerá relação contraditória entre a Administração e o servidor envolvido com o fato em apuração, a partir do chamamento deste aos autos, por meio da notificação inicial para acompanhar o processo como acusado, e, nesta relação, o servidor terá acesso integral ao processo. Assim, deve a Administração, de imediato, por meio da própria autoridade correcional, diretamente, informar apenas que, oportunamente, será instaurado processo disciplinar onde serão preservadas todas as garantias de contraditório e ampla defesa, postergando-se a satisfação da garantia constitucional para o momento em que se estabelecer a fase contraditória, mediante a notificação inicial da condição de acusado. Decerto, tendo sido pleiteado acesso, vista, cópia ou esclarecimento, a Administração poderá, a princípio, tentar limitar-se a conceder cópia da decisão e do parecer propositivo, mas não terá como negar o

conhecimento dos autos investigativos, se assim reforçar o interessado.

O tema foi tratado na Nota Técnica Coger nº 2021/15.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/15: "8. Logo a Coger não precisa notificar o servidor investigado da abertura de procedimento dessa natureza e espontaneamente lhe conceder acesso aos autos, tampouco o comunicar do andamento dos trabalhos ou intimá-lo para a realização de diligências e para a elaboração de defesa.*
> *9. Entretanto, caso esse agente público ou o seu procurador solicitem acesso aos autos, tal pedido não deve ser negado, por força do disposto no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal (CF), o qual garante que 'todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular', sob pena, inclusive, de cometimento de crime de abuso de autoridade, tipificado na Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019:*
> *10. Tal dispositivo ressalva apenas os documentos alusivos a diligências ainda em andamento ou que apontem para a realização de pesquisas futuras, cujo conhecimento prévio pelo investigado ou pelo mandatário possa comprometer a investigação. Desse modo, convém que o servidor ou a comissão encarregada dos trabalhos investigativos autue essas peças somente após concluídas as ações decorrentes, de forma evitar tanto o comprometimento das investigações em curso quanto uma conclusão precipitada e incompleta a respeito do trabalho ou de pessoas arroladas nos documentos ou diligências.*
> *15. Independentemente de a solicitação de acesso a procedimento correcional na fase de admissibilidade ser feita pelo servidor investigado, pelo seu procurador ou por terceiro, é necessário maior cautela quanto a dados sigilosos, que exigem autorização judicial para serem consultados (salvo, obviamente, se referentes ao próprio solicitante). Nessa situação, o acesso deve ser permitido apenas em relação àqueles elementos não abrangidos por cláusulas de sigilo, conforme dispõe o § 2º do art. 7º da Lei nº 12. 527, de 18 de novembro de 2011:*
> *16. Por fim, reitera-se que a presente Nota Técnica aplica-se indistintamente aos procedimentos correcionais na fase de admissibilidade em trâmite tanto no GNI quanto no GNP (...)."*

2.5.6.2.3 - A Excepcional Concessão de Acesso, Cópia, Vista ou Esclarecimento a Representante, Denunciante e Terceiros Outros

Iniciando a abordagem para pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento, por parte do representante ou do denunciante ou de outras pessoas quaisquer, servidores ou não, à fase de admissibilidade ainda em curso, diferentemente da hipótese de pedido formulado por representado, denunciado ou investigado ou seu procurador, que se ampara em garantia constitucional a se harmonizar com o interesse público de preservação do sigilo, como regra geral, em princípio, não se pode conceder qualquer direito em favor de tais agentes que em nenhum momento fazem parte da relação jurídica na condição formal de interessado.

A exceção em favor de todos estes terceiros, para fase de admissibilidade em curso, somente se opera quando, de forma muito bem motivada, logram comprovar a existência de interesse jurídico legítimo e justificável (tais como a necessidade de uso em defesa de direitos, em cumprimento de deveres legais, para esclarecimento de situações de fato acerca da pessoa do peticionante ou para o pleno exercício de atos de cidadania, cuja definição pode ser extraída do art. 1º, sobretudo nos incisos III e V, da Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996), nos termos delimitados pelos dispositivos legais e normativos regulamentadores dos direitos encartados nos incisos XXXIII e XXXIV do art. 5° da Constituição Federal (CF), tais como o art. 2º da Lei nº 9.051, de 18 de maio de 1995, e toda a base principiológica encartada na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (destacadamente em seus arts. 10, 22 e 25), e no

Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012 (destacadamente em seus arts. 13 e 42).

Caso se comprove a existência de interesse jurídico legítimo e justificável de terceiro em relação a determinada informação constante da fase de admissibilidade em andamento, esta condição supera a consideração dos elementos como sigilosos em razão de serem atos preparatórios para decisão administrativa, nos termos do § 3° do art. 7° da Lei nº 12.527, de 2011. Por óbvio, além deste requisito de se comprovar a existência de interesse jurídico legítimo que justifique a excepcional disponibilização de conhecimento dos elementos investigativos em curso a terceiro, não se afasta a vedação de qualquer fornecimento apenas em via administrativa em caso de haver dados protegidos por qualquer cláusula específica de sigilo, tais como sigilos da instrumentalidade disciplinar, fiscal, bancário, profissional - como médico-pericial -, de comunicações telefônicas, segredo de justiça ou informações pessoais associadas à intimidade, vida privada, honra e imagem, a título de exemplo, cujo repasse a terceiros somente se dá mediante expressa autorização judicial.

> *Lei nº 9.051, de 1995 - Art. 1º As certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão ser expedidas no prazo improrrogável de quinze dias, contado do registro do pedido no órgão expedidor.*
> *Art. 2º Nos requerimentos que objetivam a obtenção das certidões a que se refere esta lei, deverão os interessados fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido.*
>
> *Lei nº 9.265, de 1996 - Art. 1º São gratuitos os atos necessários ao exercício da cidadania, assim considerados:*
> *III - os pedidos de informações ao poder público, em todos os seus âmbitos, objetivando a instrução de defesa ou a denúncia de irregularidades administrativas na órbita pública;*
> *V - quaisquer requerimentos ou petições que visem às garantias individuais e a defesa do interesse público.*
>
> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.*
> *§ 1º Para o acesso a informações de interesse público, a identificação do requerente não pode conter exigências que inviabilizem a solicitação.*
> *§ 3º São vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público.*
> *Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.*
> *Art. 25. É dever do Estado controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas produzidas por seus órgãos e entidades, assegurando a sua proteção.*
> *§ 1º O acesso, a divulgação e o tratamento de informação classificada como sigilosa ficarão restritos a pessoas que tenham necessidade de conhecê-la e que sejam devidamente credenciadas na forma do regulamento, sem prejuízo das atribuições dos agentes públicos autorizados por lei.*
> *§ 2º O acesso à informação classificada como sigilosa cria a obrigação para aquele que a obteve de resguardar o sigilo.*
>
> *Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 13. Não serão atendidos pedidos de acesso à informação:*
> *I - genéricos;*
> *II - desproporcionais ou desarrazoados; ou*

> *III - que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, ou serviço de produção ou tratamento de dados que não seja de competência do órgão ou entidade.*
> *Art. 42. Não poderá ser negado acesso às informações necessárias à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.*
> *Parágrafo único. O requerente deverá apresentar razões que demonstrem a existência de nexo entre as informações requeridas e o direito que se pretende proteger.*

Compete à autoridade instauradora, motivadamente, aferir a satisfação dos requisitos acima elencados (existência de interesse jurídico legítimo e justificável e inexistência de dados protegidos por cláusulas específicas de sigilo) e é certo que, mesmo na hipótese excepcional de se ter o pedido como irrecusável e apto a receber deferimento, a concessão do conhecimento dos elementos investigativos em curso deve se limitar estritamente aos dados e informações especificamente pertinentes ao pedido e ao interesse jurídico em questão. Para isto, o § 2º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, confere à Administração o poder de ocultar (por exemplo, com uso de tarjas negras), no material fornecido, aquelas informações protegidas ou de desnecessário repasse ou ainda de descrever o conteúdo acessível em certidão ou extrato, a fim de conceder exclusiva e pontualmente aqueles elementos avaliados como suficientes e necessários à satisfação do direito pleiteado pelo peticionante.

> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º*
> *§ 2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.*

Prosseguindo nesta hipótese excepcional de a mencionada análise da autoridade instauradora detectar que o pedido do terceiro atende a todos os requisitos de admissão - ou seja, havendo de fato relevante interesse jurídico legítimo e justificável da parte do solicitante e não havendo cláusula específica de sigilo de outra natureza -, é de se atentar que a efetiva disponibilização de elementos contidos em fase de admissibilidade em geral ou nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar) em curso pode se dar de imediato, não sendo necessário aguardar o término dos trabalhos investigativos (em caso de ainda não haver decisão pela instauração ou não de rito disciplinar) ou tampouco aguardar o final do processo administrativo disciplinar (PAD) ou da sindicância disciplinar (porventura instaurado em decorrência da fase inquisitorial).

Por outro lado, caso a análise procedida pela autoridade instauradora aponte pela inexistência do interesse jurídico que justifique a excepcional concessão de conhecimento dos autos investigativos em curso a terceiro, ainda assim, em extremado respeito a este peticionante, pode ser emitida simples resposta, apenas informando o estágio ainda inconcluso em que se encontra o trabalho.

O caráter restrito ora defendido para acesso de terceiros à fase de admissibilidade ainda em andamento não é invalidado nem mesmo caso se queira trazer à colação a aplicação subsidiária da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regulamenta a processualística no âmbito da Administração Pública federal), e mais especificamente no inciso II do seu art. 3º, no inciso I do seu art. 9º e no seu art. 46. O *caput* e o inciso II, ambos do art. 3º daquela Lei, estabelecem de forma inequívoca que a condição de interessado é situação especial ou específica do gênero administrado. As figuras de administrado e de interessado não se confundem. Ao contrário, apenas sob determinadas condições é que o administrado se configura um interessado, para quem se garantiriam acesso, vista, cópia ou esclarecimento ao procedimento em curso. E tais condições são estabelecidas no art. 9º da mesma Lei, conforme pontua a doutrina.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:*
> *II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;*
> *Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:*
> *I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;*
> *Art. 46. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.*

> *"(...) a lei federal (n. 9.784, de 1999) agrupou-os em dois segmentos: de um lado, a Administração; do outro, os administrados, ora assim denominados, ora tratados sob o rótulo 'interessados' (...). Parece nítido, dos preceitos do referido diploma legal, que o nome 'interessados' está reservado para o administrado quando ele se torna sujeito da relação processual administrativa.", Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, "Processo Administrativo", pg. 125, Malheiros Editores, 1ª edição, 2001*

Nesta linha, não se deve interpretar equivocadamente que o inciso I do art. 9º da Lei nº 9.784, de 1999, estabeleça uma relação de interessado nem mesmo para, quando é o caso, quem dá causa ao início das investigações como representante (no sentido de denunciante). É necessário destacar o enfoque que, sistematicamente, esta Lei n° 9.784, de 1999, que não tem como vocação a matéria disciplinar e punitiva) dá aos termos "representação" ou "representante". Nesta Lei, aqueles termos são empregados no sentido de atuar como procurador, em favor de alguém, em sentido oposto ao da matéria disciplinar. Tanto que o enfoque do dispositivo acima é de exercício de direito, enquanto o tema aqui em tela trata de cumprimento de dever funcional.

O fato é que, em regra, mesmo quando existente, o representante ou denunciante não tem, apenas em razão desta qualidade, direito de acesso, vista, cópia ou esclarecimento sobre o tratamento em curso concedido à sua representação ou denúncia. O servidor que representa em razão de conhecimento de irregularidade tão somente cumpre o dever funcional estabelecido nos incisos VI e XII do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, enquanto o particular que denuncia também em razão de conhecimento de irregularidade nada mais faz que manter um compromisso de ordem moral e ética com a Administração. Tais situações não têm o condão de elevar o representante ou o denunciante à qualidade de interessado na relação jurídica. A relação destes agentes com o processo administrativo a ser eventualmente protocolizado se esgota com a entrega da representação ou da denúncia, não se estabelecendo uma relação de interesse de quem quer que seja pessoalmente a impulsionar as investigações; ao contrário, as investigações e os interesses por sua condução são públicos e indisponíveis e passam a ser exclusivos da Administração, a menos que o peticionante comprove a existência de interesse jurídico legítimo e justificável. A Controladoria-Geral da União (CGU) positivou o tema, no § 2º do art. 64 da Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, estabelecendo a regra de vedação de acesso ao representante ou denunciante.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 64. As unidades do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal manterão, independentemente de classificação, acesso restrito às informações e aos documentos, sob seu controle, relacionados a:*
> *§ 2º O denunciante, por essa única condição, não terá acesso às informações de que trata este artigo.*

E mesmo que porventura o processo disciplinar venha a ser instaurado em decorrência daquela representação ou denúncia ofertada pelo peticionante, o seu rito encerra uma atípica

relação jurídica, em que os polos são ocupados, de um lado, pelo Estado e, de outro, pelo servidor acusado. No curso do PAD ou da sindicância disciplinar, com mais força ainda, passa a operar a imposição do sigilo específico do *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, de forma que não se tem franqueado o acesso a representante, denunciante e muito menos a qualquer outro peticionante. A exceção para acesso, vista, cópia ou esclarecimento da instância disciplinar, nos mesmos moldes acima concedidos para a fase de admissibilidade, somente se opera se este agente logra comprovar à autoridade competente a pertinência de seu pedido, demonstrando a existência de interesse jurídico legítimo e justificável e a inexistência de cláusula específica de sigilo de outra natureza.

Ora, do exposto acima, se nem para o representante ou denunciante, quando é o caso, tão somente em virtude desta condição de ter dado causa ao início das investigações, se vislumbra direito a acesso, vista, cópia ou esclarecimento de fase de admissibilidade em geral ou dos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar) ainda em curso, menos ainda se cogita de tal direito a terceiro qualquer que não tenha comprovado nenhuma forma de relação pessoal de interesse jurídico legítimo e justificável com o caso concreto em andamento.

Neste rumo, para assentar em definitivo o tema do pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento a elementos investigativos ainda em curso por parte de terceiros, novamente ratifica-se a ressalva já apresentada em **2.5.6.2.1**, no sentido de que a fase de admissibilidade em geral e os procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar) devem ser compreendidos como procedimentos administrativos instrumentalizados e manejados não por conterem um fim em si mesmos, mas sim para, ao seu final, permitirem à autoridade competente o devido embasamento para proferir uma decisão (qual seja, de arquivar preliminarmente o feito ou de instaurar a instância disciplinar). Daí, à luz da leitura a *contrario sensu* do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, e do *caput* do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012, até a emanação de tal decisão, conforme acima exposto, sobre todo o conteúdo documental encartado em tal fase de admissibilidade recai a cláusula de sigilo imposta pelo art. 23 da citada Lei.

> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º*
> *§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.*
>
> *Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão.*

Neste sentido, reproduz-se a manifestação da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 14, de 31 de maio de 2016.

> *Enunciado CGU/CCC nº 14, de 2016: "Restrição de acesso dos procedimentos disciplinares. Os procedimentos disciplinares têm acesso restrito para terceiros até o julgamento, nos termos do art. 7º, parágrafo 3º, da Lei nº 12.527/2011, regulamentado pelo art. 20, caput, do Decreto nº 7.724/2012, sem prejuízo das demais hipóteses legais sobre informações sigilosas."*

Entretanto, pela própria leitura direta dos dois dispositivos normativos acima, a análise toma rumo distinto quando se cogita de o pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento, por parte do representante ou denunciante ou de quem quer que seja, a elementos investigativos ser apresentado já ao final desta fase de admissibilidade.

Por um lado, havendo a decisão final em fase de admissibilidade no sentido de se

arquivar o feito, após a edição de tal ato decisório e o consequente arquivamento, a rigor, não mais subsiste a cláusula do sigilo imposto pelo § 3° do art. 7° da Lei nº 12.527, de 2011, e pelo *caput* do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012, recaindo o tema na regra geral da publicidade e mitigando-se a argumentação condicionadora da existência de interesse jurídico legítimo e justificável, acima formulada para pedidos de acesso, vista, cópia ou esclarecimento apresentados por terceiros no curso do procedimento, mantendo-se apenas a avaliação da existência ou não de dados acobertados por outras cláusulas específicas de sigilo.

Por outro lado, sendo a decisão em sentido contrário, ou seja, a favor da instauração do consequente e consecutivo PAD ou sindicância disciplinar, toda a fase de admissibilidade (inclusive seu ato decisório) deve ser compreendida como preparatória da instância contraditória, cabendo ainda a manutenção da cláusula de sigilo, conforme autoriza, extensivamente, a leitura a *contrario sensu* do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, e do *caput* do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012, e conforme ratifica o Enunciado CGU/CCC acima, sendo de se reafirmar que o procedimento preparatório precisa ser mantido resguardado até o julgamento do processo disciplinar. A exceção ao sigilo somente se aplica, nos termos já aduzidos acima, se a análise a cargo da autoridade instauradora aquiescer com o fato de o terceiro ter logrado comprovar a existência de interesse jurídico legítimo e justificável no acesso, vista, cópia ou esclarecimento, hipótese em que o conhecimento restrito dos elementos investigativos que lhe supram o interesse pode lhe ser concedido de imediato, sem necessidade de aguardar a conclusão do PAD ou da sindicância disciplinar. Não havendo tal interesse jurídico legítimo comprovado que justifique a excepcional concessão, a terceiros, de conhecimento dos autos investigativos já concluídos, ainda assim, em extremado respeito a este peticionante, pode ser emitida simples resposta, apenas informando o resultado a que se chegou neste trabalho, de futura instauração de rito disciplinar.

Assim, diante de pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento acerca de elementos de fase de admissibilidade em geral ou dos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar), dependendo do andamento da fase investigativa: estando o trabalho ainda em andamento ou tendo sido encerrado com proposta de instauração de PAD ou de sindicância disciplinar em virtude de terem sido encontrados indícios de materialidade e autoria, prevalece a cláusula de sigilo do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, excepcionalmente afastável tão somente na presença de interesse jurídico legítimo e justificável, quando se concede conhecimento restrito que satisfaça o eventual interesse comprovado ou, na ausência de comprovação deste interesse, informa-se apenas que o procedimento ainda está inconcluso ou de que foi concluído com indicação de posterior instauração de instância disciplinar; e, estando o trabalho encerrado com proposta de arquivamento em virtude de não terem sido encontrados indícios de materialidade e autoria, pode-se considerar afastada aquela cláusula de sigilo, e que os elementos investigativos recaem na regra geral da publicidade, independentemente da existência de interesse jurídico legítimo e justificável, preservando-se apenas as cláusulas específicas de sigilos de outras naturezas.

Destaque se que, em qualquer hipótese de se deferir o conhecimento a terceiros dos autos em fase de admissibilidade - seja por comprovado interesse jurídico legítimo e justificável nas hipóteses de tal fase em andamento ou com conclusão por instauração de PAD ou de sindicância disciplinar, seja porque o resultado da fase investigativa é de arquivamento - , a procedimentalização da concessão do acesso, vista, cópia ou esclarecimento não se dá diretamente pela autoridade correcional (conforme se permite para concessão a favor do próprio representado, denunciado ou investigado), mas sim deve obedecer a instrumentalização estabelecida pela Lei nº 12.527, de 2011, e regulamentada pelo Decreto nº 7.724, de 2012, para o processamento de pedidos de tais natureza concernentes a informações em geral em poder da Administração, e internamente normatizada pela Portaria ME/SE nº 1.142, de 5 de setembro de 2019, qual seja, por meio do Serviço de Informações ao Cidadão

(SIC) ou pelo Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC), já exposta em **2.5.6.2.1**.

Ademais, em todos estes casos excepcionais de concessão de conhecimento dos autos em fase de admissibilidade a representante, denunciante ou a quem quer que seja, o acesso, vista, cópia ou conhecimento delimita-se pela existência de informações protegidas por cláusulas específicas de sigilos de outras naturezas, afastáveis a favor de terceiros apenas com autorização judicial, tais como informações encartadas em processo disciplinar ou de natureza fiscal, bancária ou profissional (em que se inclui a documentação referente à perícia médica) ou extraídas de comunicação telefônica, segredo de justiça, bem como todas as demais informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem.

Nestes casos, o conhecimento pode se dar de forma parcial, conforme prevê o § 2º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, ocultando-se (por exemplo, com uso de tarjas negras), no material fornecido, aquelas informações protegidas por cláusulas específicas de sigilo e de desnecessário repasse ou até mesmo descrevendo o conteúdo acessível em certidão ou extrato, conforme autoriza o § 2º do art. 7º em conjunto com o art. 22, ambos da já mencionada Lei nº 12.527, de 2011. De outro lado, se a íntegra do procedimento contiver, de forma indissociável, informações resguardadas por cláusulas específicas de sigilo, há de se impor a vedação de acesso a todo o procedimento, sob pena de se permitir obtenção indevida de informação protegida. Ademais, em todos estes casos de concessão de acesso, vista, cópia ou esclarecimento a terceiros, deve o ato de deferimento explicitar ao peticionante a transmissão do compromisso legal de manter o sigilo, conforme previsão do já reproduzido § 2º do art. 25 da Lei nº 12.527, de 2011.

> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º*
> *§ 2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.*
> *Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público*
> *Art. 25.*
> *§ 2º O acesso à informação classificada como sigilosa cria a obrigação para aquele que a obteve de resguardar o sigilo.*

Desta forma, em relação ao representante ou denunciante ou outros peticionantes quaisquer, servidores ou não, sintetiza-se a questão de acesso, vista, cópia ou esclarecimento de fase de admissibilidade em geral ou dos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar):

- Não havendo provocação do representante ou denunciante ou de quem quer que seja: de ofício, a Administração não deve conceder acesso, vista, cópia ou esclarecimento de fase de admissibilidade em geral ou dos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar), seja em curso, seja concluída.
- Tendo havido provocação do representante ou denunciante ou de quem quer que seja:
  - Caso a fase de admissibilidade em geral ou os procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar) não tenham sido finalizados: demonstrando-se a existência de interesse jurídico legítimo e justificável, deve a Administração conceder, de imediato, via SIC ou sistema e-SIC, cópia ou certidão apenas dos elementos pertinentes à satisfação do pedido; não se demonstrando a existência de tal

interesse, deve a Administração apenas informar que a análise ainda está em andamento.

- Caso a fase de admissibilidade em geral ou os procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar) tenham sido finalizados pelo arquivamento (tendo este arquivamento se efetivado ou não), deve a Administração, de imediato, por meio da própria autoridade correcional, informar apenas que, na análise realizada, não foram encontrados indícios de materialidade e de autoria de infração disciplinar que ensejassem instauração de rito disciplinar. Decerto, tendo sido pleiteado acesso, vista, cópia ou esclarecimento, a Administração poderá, a princípio, tentar limitar-se a conceder cópia da decisão e do parecer propositivo, mas, conforme o § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, e o *caput* do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012, e o Enunciado CGU/CCC nº 14, de 2016, independentemente de comprovação de interesse jurídico legítimo e justificável, não terá como, via SIC ou sistema e-SIC, negar o conhecimento dos autos investigativos, se assim reforçar o peticionante.
- Caso a fase de admissibilidade em geral ou os procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar) tenham sido finalizados pela instauração da instância disciplinar (mas esta ainda não tenha sido de fato instaurada): demonstrando-se a existência de interesse jurídico legítimo e justificável, deve a Administração conceder, de imediato, via SIC ou sistema e-SIC, cópia ou certidão apenas dos elementos pertinentes à satisfação do pedido; não se demonstrando a existência de tal interesse, deve a Administração apenas informar que a análise concluiu pela posterior instauração do rito disciplinar.

O tema foi tratado na Nota Técnica Coger nº 2021/15.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/15: "Portanto a autoridade instauradora só deve permitir que um terceiro tenha acesso a procedimento correcional nessa fase se esse comprovar, de maneira fundamentada, direito ou interesse legítimo, limitando o acesso àquilo que for absolutamente necessário ao exercício desse direito ou à satisfação de tal interesse.*
> *Mesmo se esse terceiro for o representante ou o denunciante, tal condição não lhe garante acesso irrestrito aos autos do procedimento, cabendo apenas lhe comunicar as providências adotadas, em linha extensiva do que determina a Portaria ME/SE nº 21.527, de 29 de setembro de 2020:*
> *15. Independentemente de a solicitação de acesso a procedimento correcional na fase de admissibilidade ser feita pelo servidor investigado, pelo seu procurador ou por terceiro, é necessário maior cautela quanto a dados sigilosos, que exigem autorização judicial para serem consultados (salvo, obviamente, se referentes ao próprio solicitante). Nessa situação, o acesso deve ser permitido apenas em relação àqueles elementos não abrangidos por cláusulas de sigilo, conforme dispõe o § 2º do art. 7º da Lei nº 12. 527, de 18 de novembro de 2011:*
> *16. Por fim, reitera-se que a presente Nota Técnica aplica-se indistintamente aos procedimentos correcionais na fase de admissibilidade em trâmite tanto no GNI quanto no GNP (...)."*

Por óbvio, caso a representação tenha sido formulada pelo Ministério Público Federal (MPF) ou pelo Poder Judiciário, estes representantes institucionais possuem poderes e prerrogativas que lhes asseguram informações ou cópia dos procedimentos adotados para previamente investigar os fatos, bem como do processo disciplinar após concluído. Na verdade, a praxe é de estes órgãos já serem espontaneamente comunicados das investigações e conclusões, independentemente de requisição, sobretudo após a instauração da instância

disciplinar e após o julgamento. Não se trata de acesso ao curso do processo disciplinar e, sim, à fase de admissibilidade e ao processo concluído, conforme se verá em **4.10.6.5** e **4.14.2**.

Ainda acerca do tema do sigilo que se aplica à fase de admissibilidade e aos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar), é de se ressaltar a necessidade de manutenção da inviolabilidade de informações e documentos autuados, arquivados ou remetidos - ou seja, de qualquer forma empregados - em fase de admissibilidade. Aplicam-se as cautelas concernentes à confidencialidade destes dados, uma vez que refletem intimidade da pessoa, nos termos que se relatarão em **4.3.11.9**.

2.5.6.2.4 - A Proteção dos Dados Pessoais

2.5.6.2.4.a - Os Principais Comandos da Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018

A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), disciplinou o tratamento a ser dispensado aos dados pessoais de titulares pessoas físicas, inclusive, no que interessa de forma específica neste texto, pelas pessoas jurídicas de direito público. Embora se perceba na Lei uma grande preocupação, quase priorizadora, com o tratamento de dados pessoais por pessoas físicas e por pessoas jurídicas de direito privado, estes agentes não interessam para o escopo do presente texto e não serão considerados, de forma que toda explanação se concentrará apenas no que aqui importa, sob o foco da Administração Pública, que é a atividade correcional.

Uma vez que a Lei nº 13.709, de 2018, emprega tanto a expressão “Poder Público” quanto a expressão “Administração Pública”, faz-se necessário relembrar a diferenciação exposta em 1, na linha que a primeira é mais abrangente que a segunda. Enquanto o Poder Público abarca toda a atividade estatal (executiva, legislativa e judicial), a Administração Pública se refere de forma mais estrita à atividade administrativa exercida por qualquer Poder. Para os objetivos deste texto, importa a atuação da Adminsitração Pública no exercício de sua atividade correcional. Assim, quando a LGPD estabelece prerrogativas e controles maiores para o Poder Público tratar dados pessoais, de forma lógica também o faz para a Administração Pública, de forma que, na prática, no que interessa a este texto, pode-se adotar a liberalidade de considerar que o emprego de uma ou de outra expressão é indiferente para a aplicabilidade do respectivo comando legal para fins correcionais. Dispensa-se, portanto, no delimitado escopo do texto, o esforço de diferenciar, a cada comando legal, o alcance de cada uma destas duas expressões empregada.

O tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, ao mesmo tempo em que se revela indispensável, também se mostra complexo, pois necessita harmonizar o interesse público que demarca a atuação de ofício do Estado com todo rol de garantias protetivas, de princípios e de regras específicas estabelecidas na Lei nº 13.709, de 2018. Aqui, na prática, permite-se a liberalidade simplificadora de considerar o termo “dado”, empregado pela LGPD, como sinônimo do termo “informação”, que vinha sendo empregado em todo o tópico **2.5.6.2**, à luz da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, a chamada Lei de Acesso à Informação. A rigor, a Lei nº 12.527, de 2011, no inciso I do seu art. 4º, define informação como dados, processados ou não, e pode-se compreender a migração do foco da informação para o foco no dado como o reflexo da evolução de como o tema vem sendo tratado na sociedade e no ordenamento (desde a informação analógica, passando pelo dado processado, até o banco de dados informatizado).

Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

> *I - informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato;*

Neste rumo, a Lei nº 13.709, de 2018, nos incisos I e II do seu art. 5º, trouxe a definição legal de dados pessoais e de dados pessoais sensíveis, consolidando todo um movimento legal, normativo e doutrinário, já detalhado em **2.5.6.2.1** (a cuja leitura se remete), que buscava tal diferenciação. Por estes dois comandos legais, cabe mencionar que a expressão "dados pessoais" compreende o gênero dos dados relacionados a uma pessoa física identificada ou identificável e comporta, como espécie, a expressão "dados pessoais sensíveis", que engloba aspectos de fortíssima individualidade, tais como a origem racial ou étnica, convicções religiosa ou política, filiação a sindicato ou organização de cunho religioso, político ou filosófico, os dados referentes à saúde e à sexualidade e os dados genéticos e biométricos. Neste texto, qualquer referência sem ressalva apenas a dados pessoais deve ser compreendida em sentido amplo, abarcando também a espécie dos dados pessoais sensíveis. Não faz parte da proteção da LGPD os dados referentes a pessoas jurídicas.

> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:*
> *I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;*
> *II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;*

Deve-se reconhecer que, em primeira leitura mais superficial, os dados pessoais tidos como sensíveis no inciso II do art. 5º da Lei nº 13.709, de 2018, poderiam ser considerados tanto como equivalentes às informações pessoais relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem, protegidos - sem definição legal - no § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011, quanto como um núcleo duro ainda mais restrito (mas de igual proteção, de imposição de sigilo por cem anos) dentro destas informações. Trata-se de uma dúvida pertinente em uma abordagem apressada do tema.

A dúvida começa a se dissipar - a favor da correta interpretação de que as duas expressões não são sinônimas e, consequentemente não comportam o mesmo conteúdo - já desde quando se percebe que, no contexto da Lei nº 13.709, de 2018, aqui como Lei específica sobre o tema, a afronta às garantias protetivas sobre as informações pessoais sensíveis configura uma violação ao direito de autodeterminação da pessoa acerca de sua própria intimidade, vida privada, honra ou imagem e/ou configura uma conduta que propicia que terceiros possam adotar posturas discriminatórias em face do titular, assumindo um patamar de gravidade que pode ser tido como mais elevado que a afronta ao direito de personalidade, associada à violação da proteção erigida no § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011. E este entendimento se sedimenta de vez quando quando se busca diferenciar o que são dados pessoais em gênero e dados pessoais sensíveis, permitindo-se concluir que estes são sim um núcleo duro mais restrito das informações associadas ao direito de personalidade.

Primeiramente, impõe-se esclarecer que, para um dado ser pessoal, já desde o seu sentido amplo, ou seja, ser referente a uma pessoa natural, a um indivíduo humano, deve atender a pelo menos um dentre três critérios que o relacionam ao titular. Assim, este dado deve se relacionar a algum conteúdo daquela pessoa natural; ou deve ter por fim avaliar este indivíduo ou avaliar seu comportamento; ou ainda deve ter algum tipo de impacto sobre interesses ou direitos daquela pessoa.

Na linha que já havia sido apenas rascunhada em **2.5.6.2.1** - e que se quer agora detalhar -, o gênero dos dados pessoais é bastante extenso, de difícil confecção de lista exaustiva (tanto que a Lei nº 13.709, de 2018, não o fez), podendo figurar como exemplos: as

informações de identificação e de detalhes pessoais (nome, data e local de nascimento, filiação, naturalidade, nacionalidade, estado civil, endereço residencial, endereços eletrônicos institucional e pessoal, números de linhas de telefonia fixa residencial e de telefonia móvel); as informações de identificação atribuídas por instituições governamentais (números de carteira de identidade de registro geral, de Cadastro de Pessoas Físicas - CPF, de título de eleitor, de passaporte, de registro em conselho de classe, do Programa de Integração Social - PIS, do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - Pasep, de Carteira Nacional de Habilitação - CNH, de placas de veículos); os dados escolares e acadêmicos (grau de escolaridade, histórico escolar, formação acadêmica, diplomas, certificados, registros de gastos financeiros com educação e treinamentos); as composições familiares, anteriores e atual (data e regime do casamento e dados do cônjuge ou companheiro, dados dos filhos); os dados residenciais (natureza e classificação da residência, propriedade ou contrato de aluguel, tempo de residência); as identificações e localizações eletrônicas (endereços eletrônicos de equipamentos - o chamado *internet protocol* ou endereço IP -, dados de sistema de localização global por sinais eletromagnéticos via satélite ou por sinais de telefonia móvel via estações rádio-base a exemplo de *global positioning system* - GPS, dados de rastreamento e localização fornecidos por instituição financeira ou administradoras de cartões de crédito, que monitoram em tempo real acessos à rede informática bancária); os dados de identificação financeira (instituições financeiras, números de agências, de contas bancárias e de cartões de crédito ou débito); a situação financeira e patrimonial (rendas, patrimônio, investimentos, despesas, dívidas, empréstimos, hipotecas); as assistências financeiras, os seguros e os planos de pensão (dados de benefícios e bonificações, de apólices de seguros e de planos de pensão contratados); as atividades profissionais e os empregos, anteriores e atuais (interesses profissionais, informações sobre o recrutamento, empregador, cargo, função, especialização, certificações, qualificações, habilidades, endereço e local de trabalho, tipo de empresa, natureza das atividades executadas, tempo de serviço, avaliações de desempenho, informações sobre medidas disciplinares, informações sobre rescisão, relações comerciais); as associações não profissionais, sindicais, religiosas e políticas (participação em associações filantrópicas, clubes, organizações); os hábitos pessoais e as características psicológicas (descrição psicológica de personalidade e caráter, hábitos alimentares, vícios lícitos, estilo de vida, deslocamentos, viagens, contatos sociais extrafamiliares, uso de mídias e de meios de comunicação, atividades de lazer e esportivas); os antecedentes administrativos e judiciais (envolvimento em acidentes, incidentes ou denúncias, danos causados, suspeitas, registros em boletins de ocorrência, inquéritos, ações judiciais, condenações judiciais e administrativas, interdição); e, por fim, os registros e as gravações de vídeo, imagem e voz (arquivos de vídeo ou de imagem, fotografias, captações de câmeras de segurança ou vigilância, gravações ou arquivos digitais de voz).

Por sua vez, restam como exemplos de dados pessoais sensíveis a literalidade exaustiva do inciso II do art. 5º da Lei nº 13.709, de 2018: dados reveladores de origem racial ou étnica, dados reveladores de convicção religiosa, dados reveladores de opinião política, dados reveladores de filiação a sindicato, a organização de caráter relogioso ou de caráter filosófico ou de caráter politico; dados referentes à saúde, à vida sexual; dados genéticos (características hereditárias da pessoa natural, obtidas pela análise de ácidos nucleicos ou por outras análises científicas, trazendo a definição do inciso IV do art. 2º do Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019); e dados biométricos (características biológicas e comportamentais mensuráveis da pessoa natural que podem ser coletadas para reconhecimento automatizado, tais como palma da mão, digitais dos dedos, retina ou íris dos olhos, formato da face, voz e maneira de andar, trazendo a definição do inciso II do art. 2º do Decreto nº 10.046, de 2019).

Esta detalhada classificação está disponível, no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), na página eletrônica referente à LGPD (mais especificamente, na aba Dados Pessoais - Orientações Gerais, do *link* “Perguntão LGPD”, na

forma de tabela de exemplos de dados pessoais e dados pessoais sensíveis), de responsabilidade da Ouvidoria (Ouvid), situada na *intranet* institucional, acessível apenas no ambiente informatizado interno. Esta tabela disponibilizada internamente decorreu de trabalho de adaptação realizado pela Ouvid sobre tabela constante do Guia de Elaboração de Inventário de Dados Pessoais, da Secretaria de Governo Digital, da Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (ME/SEDGG/SDG), disponível em https://www.gov.br/governodigital/pt-br/seguranca-e-protecao-de-dados/guias/guia_inventario_dados_pessoais.pdf, acessado em 25/03/22.

Percebe-se desta extensa enumeração que o gênero de dados pessoais constitui uma construção imensamente residual: enquanto um dado pessoal, para ser considerado como sensível, precisa se enquadrar em uma das subespécies elencadas na lista exaustiva no inciso II do art. 5º da Lei nº 13.709, de 2018, todo o restante dos dados associados a uma pessoa natural identificada ou identificável compõe o grande e extenso gênero dos dados pessoais.

Agora, então, é possível ratificar a diferenciação entre dados pessoais sensíveis e informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, imagem e honra, concluindo-se serem aqueles uma espécie de núcleo duro ainda mais restritivo destas. Para este fim, cabe aqui resgatar a diferenciação já feita em **2.5.6.2.1** acerca de dados pessoais definidos no inciso I do art. 5º da Lei nº 13.709, de 2018, informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, imagem e honra definidos no § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011, e dados pessoais sensíveis definidos no inciso II do art. 5º da primeira Lei.

Cabe lançar mão de uma imagem simbólica e representativa de três círculos concêntricos de diâmetros descendentes. Assim, se teria como círculo maior e envolvente aquele que contém todos os dados pessoais, não necessariamente sigilosos. Inserido neste círculo, viria o círculo intermediário, contendo todas as informações associadas ao direito de personalidade, marcadas por cláusula de sigilo. E, por fim, com um diâmetro um pouco menor que o do círculo intermediário, restariam os dados pessoais sensíveis, como um subconjunto ainda mais restritivo que o subconjunto intermediário, logicamente também sigilosos.

Diante dos esforços doutrinários e jurisprudenciais para se identificar os contornos da expressão prevista no inciso X do art. 5º da CF, informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, imagem e honra, consagradas com cláusula de sigilo no § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011, e à vista da definição exaustiva do que são dados pessoais sensíveis, no inciso II do art. 5º da Lei nº 13.809, de 2018, basta se apontar uma informação do primeiro subgrupo que não esteja inserida no segundo para se ter a certeza de que as duas expressões não são sinônimas e que seus conteúdos não são idêntcos. E supre-se este desafio lembrando que as informações acobertadas por cláusulas de sigilo fiscal e de sigilo bancário refletem, como exemplos concretos, a proteção constitucional da intimidade e da vida privada inserindo-se, portanto, no § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2018, e, não obstante, nem sequer de longe tangenciam a definição exaustiva dada pelo inciso II do art. 5º da Lei nº 13.709, de 2018, para dados pessoais sensíveis, uma vez que não se confundem com dados reveladores de origem racial ou étnica, dados reveladores de convicção religiosa, dados reveladores de opinião política, dados reveladores de filiação a sindicato, a organização de caráter relogioso ou de caráter filosófico ou de caráter politico; dados referentes à saúde e à vida sexual; dados genéticos; e dados biométricos.

Reitere-se que, da mesma forma como fez a Lei nº 12.527, de 2011, a Lei nº 13.709, de 2018, também menciona, sem definir, pessoa natural identificada ou identificável. Assim, na ausência de definição legal, considera-se a pessoa identificada quando o dado pessoal conduz, por meio de relação direta, à identificação de quem é seu titular; e considera-se pessoa identificável quando o dado pessoal permite, por meio de relação indireta (que obriga o necessário cruzamento de informações), se chegar à identificação de quem é seu titular.

Ainda conceitualmente, em termos subjetivos, a Lei nº 13.709, de 2018, no inciso V do art. 5º, define como titular a pessoa física a quem se referem os dados pessoais sob tratamento e, já no foco específico de interesse deste texto, qual seja, voltado exclusivamente ao Poder Público, nos subsequentes incisos VI, VII e IX, define como agentes de tratamento o controlador e o operador, respectivamente considerados como as pessoas jurídicas de direito público competente para as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais e competente para sua efetiva realização. Mas é preciso reconhecer que, na construção teórica da LGPD, estes dois conceitos não são de trivial identificação, devendo ser avaliados no plano fático das relações e obrigações caso a caso.

Na inteligência da Lei nº 13.709, de 2018, no que tange ao tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, estes dois agentes são definidos sob ótica institucional e não pessoal. Em outras palavras, as condições de controlador e de operador recaem sobre os órgãos ou entidades, respectivamente como quem de fato estabelece as regras de decisão e como quem de fato se organiza para cumpri-las, no tratamento dos dados pessoais. Os seus gestores e seus corpos funcionais, que simplesmente atuam sob subordinações hierárquicas, não se confundem com as pessoas jurídicas de direito público desempenhadoras dos dois papeis legais, que assumem a responsabilidade objetiva por atos cometidos por seus agentes. E ainda que haja normas ou determinações internas de distribuição de competências e de responsabilidades, obviamente, estes simples atos administrativos jamais poderão mitigar o comando legal que atribui obrigações específicas às pessoas jurídicas de direito público. Ademais, o operador, que tão somente atua de acordo com os interesses e finalidades definidos pelo controlador e nos limites por este impostos, também deve ser uma instituição dele distinta, não fazendo parte de seu organograma e muito menos de seu corpo funcional, mas sim em geral deve ser uma outra pessoa jurídica contratada para realizar os tratamentos de dados pessoais. Enquanto o controlador possui autonomia decisória quanto aos fins e aos meios de tratamento dos dados pessoais na instituição, o operador atua de forma restritivamente executória, submetido ao poder de decisão e às instruções daquele. Assim, no contexto que aqui interessa, o controlador é a RFB e não seus gestores e servidores ou comissões e equipes de trabalho; e os possíveis operadores podem ser, quando cabível, o Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro) ou a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência (Dataprev).

> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:*
> *V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;*
> *VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;*
> *VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;*
> *IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador;*

Prosseguindo na conceituação legal, objetivamente, outra importantíssima definição extraída do inciso X do art. 3º da Lei nº 13.709, de 2018, é a ideia ampla de tratamento, como toda operação realizada pelos operadores e decidida pelos controladores envolvendo dados pessoais, albergando, dentre outros passos, a sua coleta, o seu armazenamento, a sua classificação, a sua utilização, o seu acesso, a sua transmissão, a sua distribuição, o seu processamento, e a sua eliminação. Importante destacar que não há diferença relevante entre os tratamentos dispensados a dados pessoais e a dados pessoais sensíveis. E, especificamente, uma operação mereceu atenção destacada do legislador, que foi o compartilhamento de dados pessoais, conforme o inciso XVI do mesmo art. 5º da LGPD, compreendido como a permissão de acesso ou a transferência daqueles dados entre órgãos ou entidades públicos, no cumprimento de suas competências legais, mediante decisão da autoridade competente e devida e formalmente registrado em sua cadeia de custódia. É comum haver

compartilhamento de dados pessoais, não só entre diferentes processos disciplinares em curso no próprio sistema correcional e entre diferentes linhas de sua atuação (por exemplo, para processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica - PAR) e para outros processos de trabalho da RFB, como, por exemplo, entre seu sistema correcional e suas subinstâncias internas de fiscalização ou de controle aduaneiro ou de gestão de pessoas, mas também entre a instância administrativa e outras esferas de controle, como, por exemplo, entre o sistema correcional e a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), a Polícia Federal (PF), o Ministério Público Federal (MPF), o Poder Judiciário e o Tribunal de Contas da União (TCU).

> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:*
> *X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;*
> *XVI - uso compartilhado de dados: comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados;*

É possível reorganizar, de forma concatenada, como um verdadeiro ciclo de vida, as diversas espécies de operações com os dados pessoais que o legislador simplesmente listou, sem muita coerência, nos incisos X e XVI do art. 5º da Lei nº 13.709, de 2018. Com isto, pode-se obter um esboço de todo o procedimento instrumental envolvendo as mais comuns operações de tratamento de dados pessoais. O primeiro passo deste rito é a coleta ou obtenção, em que pode-se ter as mais variadas espécies de produção, recepção ou acesso de dados pessoais. Após a coleta, segue-se a retenção, como o segundo passo instrumental, por meio do arquivamento ou do armazenamento de dados pessoais. Na sequência, como terceiro passo do rito, dá-se a operação de processamento propriamente dito de interesse do agente, que pode se dar por meio de qualquer espécie de classificação, utilização, reprodução, avaliação, controle, modificação ou extração de dados pessoais. Após o agente ter dado o processamento de seu interesse, pode ser o caso de se suceder, como quarto passo procedimental, o compartilhamento, que comporta as operações de transmissão, distribuição, comunicação, transferência, difusão ou interconexão de dados pessoais. Por fim, o quinto e derradeiro passo nesta sequência concatenada do tratamento é a eliminação, com que se apagam ou se eliminam dados pessoais.

É importante diferenciar que o objetivo primordial da Lei nº 13.709, de 2018, não se confunde com atribuição de sigilo ou de concessão de publicidade aos dados pessoais (e nem poderia ser diferente, visto que, se assim fosse, se superporia à tutela da já existente Lei nº 12.527, de 2011). Diferentemente, a LGPD, conforme se depreende já desde o *caput* de seu art. 1º, dos incisos I e IV do seu art. 2º e também do seu art. 17, visa a proteger os dados pessoais da pessoa física, a fim de assegurar as garantias fundamentais individuais da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, estampadas no inciso X do art. 5º da Constituição Federal (CF), coibindo e punindo condutas e práticas executadas pelo agentes de tratamento que, ao violarem as regras de segurança ou de boas práticas e governança, acarretem dano patrimonial ou moral ao titular. Empregando as próprias expressões legais, o bem jurídico tutelado pela LGPD é a garantia do direito, das pessoas naturais, de autodeterminação informativa, ou seja, o direito de cada um estabelecer, por si próprio, até que ponto, como, onde e para quem está disposto a disponibilizar seus dados pessoais, a fim de proteger o livre desenvolvimento da sua personalidade.

> *CF - Art. 5º*
> *X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*
>
> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.*
> *Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:*
> *I - o respeito à privacidade;*
> *IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;*
> *Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.*

A Lei nº 13.709, de 2018, não atribui nem publicidade e nem tampouco sigilo aos dados pessoais, pois estas cláusulas já residem no *caput* e no § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011; a LGPD apenas disciplina e detalha como se deve tratá-los. Sob outra ótica, pode-se compreender que, de um lado, os comandos citados da Lei nº 12.527, de 2011, respectivamente, impõem a regra geral de que os dados pessoais merecem tratamento protetivo amoldado à garantia estabelecida no inciso X do art. 5º da CF e que os dados pessoais sensíveis (ou, de acordo com sua literalidade, as informações pessoais relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem) são objeto de regra de sigilo de cem anos, enquanto, de outro lado, a LGPD estende e complementa aquelas regras gerais, dando-lhes regulamentação detalhada (a exemplo disto, o inciso X do seu art. 5º enumera vinte espécies exemplificativas e não exaustivas de tratamentos permitidos). E, em mais uma forma de enxergar a inter-relação das duas Leis, enquanto a LGDP estabelece, por exemplo, a favor do titular, em seu art. 18, os direitos a confirmação de existência de tratamento e de acesso, correção, anonimização e eliminação de seus dados pessoais (este último mitigado diante do Poder Pùblico), a Lei nº 12.527, de 2011, em harmonia, fornece as ferramentas instrumentais para o manejo de tais direitos. Não há, portanto, antinomia entre as duas Leis. Por fim, em síntese, enquanto a Lei nº 12.527, de 2011, traz comandos de natureza material sobre publicidade e sigilo, a Lei nº 13.709, de 2018, tem natureza procedimental, estabelecendo como deve ser feito o tratamento de dados pessoais, sem vedar que sejam tratados, uma vez que protegê-los não significa não tratá-los.

> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.*
> *§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:*
> *I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e*
> *II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.*

Tanto é relevante este tema que a proteção dos dados pessoais desaguou na inclusão de sua tutela como direito ou garantia fundamental individual estampado no art. 5º da CF, conforme seu inciso LXXIX.

> *CF - Art. 5º*
> *LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022)*

No mesmo sentido diferenciador de tutelas indica a manifestação da Controladoria-Geral da União (CGU), estampada no Enunciado CGU nº 4, de 10 de março de 2022, que deixa claro que o tema da publicidade (e, em contrapartida, do sigilo) de dados pessoais se regulamenta pelos dispositivos da Lei nº 12.527, de 2011, sem prejuízo de a Lei nº 13.709, de 2018, com esta se harmonizar.

> *Enunciado CGU nº 4, de 2022: "Nos pedidos de acesso à informação e respectivo recursos, as decisões que tratam da publicidade de dados de pessoas naturais devem ser fundamentadas nos arts. 3º e 31 da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI), vez que:*
> *A LAI, por ser mais específica, é a norma de regência processual e material a ser aplicada no processamento desta espécie de processo administrativo; e*
> *A LAI, a Lei nº 14.129/2021 (Lei de Governo Digital) e a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD) são sistematicamente compatíveis entre si e harmonizam os direitos fundamentais do acesso à informação, da intimidade e da proteção aos dados pessoais, não havendo antinomia entre seus dispositivos.*

Cabe ressalvar que os direitos protetivos elencados pela Lei nº 13.708, de 2018, incidem sobre todos os dados pessoais, sensíveis ou não, diferentemente da forma como a Lei nº 12.527, de 2011, especifica a cláusula de sigilo apenas para as informações que, à luz da sua literalidade, se compreendem como sensíveis (ou relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem), conforme o § 1º do seu art. 31.

Ademais, o alcance dos comandos protetivos da Lei nº 13.709, de 2018, é bastante extenso, podendo-se sintetizar, nos termos do seu art. 3º, que, *a priori*, abrange todo tipo objetivo e subjetivo de incidência no território nacional, tanto em termos de local de ocorrência de qualquer operação de tratamento de dados pessoais ou de sua coleta, quanto em termos de localização do titular e também com pluralidade de meios empregados (seja dado isolado ou inserido em banco de dados; seja em suporte físico, em suporte eletrônico ou em sistema de informações). A frase acima só não é completamente absoluta porque o art. 4º subsequente elenca poucas hipóteses excepcionais em que a LGPD não incide, dentre as quais merece menção aquela disposta na alínea "d" do seu inciso III, qual seja, nos casos de atividades de investigação e de repressão de crimes, aqui destacada para demonstrar, a *contrario sensu*, que a processualística disciplinar não foi contemplada com esta regra de exceção.

> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:*
> *I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;*
> *II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019)*
> *III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.*
> *§ 1º Consideram-se coletados no território nacional os dados pessoais cujo titular nele se encontre no momento da coleta.*
> *§ 2º Excetua-se do disposto no inciso I deste artigo o tratamento de dados previsto no inciso IV do caput do art. 4º desta Lei.*
> *Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:*
> *III - realizado para fins exclusivos de:*
> *d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou*
> *§ 1º O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente*

> *necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.*

Feita esta apresentação introdutória da Lei nº 13.709, de 2018, cabe abordar seus comandos de aplicação mais prática e com probabilidade de incidência sobre a atividade correcional. O fim que aqui se busca é saber se, diante de determinada necessidade de o sistema correcional ter de realizar qualquer operação envolvendo dados pessoais, o tratamento aplicado é o legalmente adequado. Para isto, deve a Administração Pública, primeiramente, checar se há base legal que, em construção hipotética, autorize o tal tratamento e, em seguida, caso haja a autorização legal, deve atentar para que o tratamento seja realizado de acordo com a base principiológica reitora do tema dos dados pessoais e em atenção às regras que o diploma legal estabelece de forma específica para o tratamento realizado pelo Poder Público. Em outras palavras, acima se afirma que o sistema correcional deve, antes, verificar se o tratamento necessário tem previsão nas hipóteses legais do art. 7º, para dados pessoais *lato sensu* (ou seja, dados pessoais mais genéricos, que não comportam a espécie dos dados pessoais sensíveis), ou nas hipóteses legais do art. 11, especificamente para dados pessoais sensíveis; se sua operacionalização atende aos princípios do art. 6º; e, por fim, se obedece as regras estabelecidas em comandos dos arts. 23, 26 e 27, todos da LGPD.

O art. 7º da LGPD lista dez hipóteses em que é possível o agente tratar de dados pessoais *lato sensu* (ou seja, dados pessoais mais genéricos, não sensíveis). Desta lista exaustiva de dez hipóteses com autorização legal para que se dê qualquer operação com dados pessoais, uma é de relevada importância no contexto da Administração Pública e especificamente do sistema correcional. O inciso II do citado art. 7º prevê que pode ser realizado tratamento de dados pessoais em virtude da necessidade de ofício de fazê-lo, em cumprimento de obrigação legal ou regulatória do controlador. Ora, esta é uma hipótese bastante afeita à atuação pública, em que o agir institucional ou funcional não se dá por mera liberalidade do órgão ou entidade e do agente mas sim por vinculado exercício de suas competências ou de suas atribuições. Cotidianamente, o sistema correcional é obrigado a lidar (ou, em termos da Lei, é obrigado a dar tratamento, por meio de diversas operações) com dados pessoais do servidor envolvido no caso sob investigação ou sob apuração (o investigado ou o acusado) ou ainda de terceiros, agentes públicos ou não, que venham atuar na instrução probatória do procedimento correcional investigativo ou do processo disciplinar. Sem esta possibilidade de tratamento de ofício de dados pessoais de tais titulares, simplesmente se inviabilizaria a indispensável atuação de controle interno e reside, então no inciso II do art. 7º da LGPD, a base legal mais comum e frequentemente autorizadora para que a Administração Pública realize operações com dados pessoais, destacadamente para fim disciplinar. Acrescente-se, ainda que não muito empregável na atividade correcional, a hipótese que o antecedente inciso I contempla, qual seja, de o tratamento dos dados pessoais se dar em razão de consentimento livre, informado e inequívoco, de parte de seu titular. O consentimento não é mesmo comum no tratamento de dados pessoais pela Administração Pública, cuja atuação se demarca por múnus de ofício, que se impõe sobre os titulares com desigualdade de forças, impondo-lhes a delimitação do seu direito de dispor com exclusividade de seus dados pessoais

> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:*
> *I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;*
> *II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;*

Em complemento, o art. 11 da Lei nº 13.709, de 2018, lista oito hipóteses em que é possível o agente tratar especificamente de dados pessoais sensíveis. Desta lista exaustiva de oito hipóteses de autorização legal para que se dê qualquer operação com dados pessoais sensíveis, novamente se destaca como de relevada importância no contexto da Administração

Pública e especificamente do sistema correcional o tratamento em virtude da necessidade de ofício de fazê-lo, em cumprimento de obrigação legal ou regulatória do controlador. Reiterando-se o que foi exposto acima para o gênero dos dados pessoais, reside, então na alínea "a" do inciso II do art. 11 da LGPD, a base legal mais comum e frequentemente autorizadora para que a Administração Pública realize operações com dados pessoais sensíveis, que dispensa consentimento do titular. Também a exemplo do que se aduziu acima, embora pouco empregável, de acordo com o antecedente inciso I, é possível o tratamento de dados pessoais sensíveis na hipótese de consentimento, de forma específica e destacada, por parte do titular ou do seu representante legal.

> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:*
> *I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;*
> *II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:*
> *a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;*
> *§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo a qualquer tratamento de dados pessoais que revele dados pessoais sensíveis e que possa causar dano ao titular, ressalvado o disposto em legislação específica.*
> *§ 2º Nos casos de aplicação do disposto nas alíneas "a" e "b" do inciso II do caput deste artigo pelos órgãos e pelas entidades públicas, será dada publicidade à referida dispensa de consentimento, nos termos do inciso I do caput do art. 23 desta Lei.*

Tendo apresentado as duas bases legais mais comuns do tratamento de dados pessoais *lato sensu* não sensíveis e dos dados pessoais sensíveis, cabe neste ponto voltar a uma especificidade do último passo da procedimentalização do seu tratamento, qual seja, da eliminação. Segundo o inciso I do art. 16 da Lei nº 13.709, de 2018, como regra, ao final de seu tratamento, os dados pessoais devem ser eliminados, com a ressalva de que, quando a Administração Pública agir sob a base legal do cumprimento de obrigação legal ou regulatória, é permitida a sua conservação. Esta hipótese se aplica à necessidade de o sistema correcional ter de manejar dados pessoais, sendo autorizada a sua manutenção nos autos ou em qualquer outro meio de custódia, desde que, claro, sejam atendidos todos os comandos protetivos existentes na LGPD, refletidos nos seus princípios reitores, a seguir mencionados.

> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades:*
> *I - cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;*

Não basta que a Administração Pública se valha da hipótese autorizativa para proceder a tratamento de dados pessoais *lato sensu* não sensíveis ou de dados pessoais sensíveis, respectivamente previstas no inciso II do art. 7º ou na alínea "a" do inciso II do art. 11, ambos da Lei nº 13.709, de 2018, para que a operação seja legalmente adequada, pois ainda é necessário verificar, no caso concreto, que é realizada com atenção à base principiológica. O art. 6º da LGPD lista dez princípios que devem ordenar o tratamento de dados pessoais. Dentre estes princípios, sob foco da atuação correcional, destacam-se, nos incisos I, II, III, VI, VII e VIII, o da finalidade e o da transparência (o tratamento não só deve ter um propósito legítimo, específico, explícito e informado ao titular como também a este devem ser garantidas informações precisas sobre a operação e sobre os agentes); o da adequação e o da necessidade (o tratamento deve ser compatível com a finalidade e limitado ao mínimo suficiente, sem excesso, para atendê-la, o que repercute em que o sistema correcional somente deve solicitar ou requisitar dados pessoais que sejam absolutamente indispensáveis); o da segurança e o da prevenção (a Administração deve dispor de medidas preventivas e protetivas para evitar vazamentos e adulterações dos dados pessoais e consequentes danos ao titular).

> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:*
> *I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;*
> *II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;*
> *III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;*
> *VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;*
> *VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;*
> *VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;*

Havendo base legal para o tratamento e estando sua realização em harmonia com os princípios reitores, ainda cabe verificar se a operação segue regras que a Lei nº 13.709, de 2018, estabelece em seu Título IV, exclusivamente dedicado às atividades do Poder Público com dados pessoais, com o fim de auxiliar a interpretação e a aplicação prática das bases legais neste âmbito específico.

Neste rumo, no primeiro bloco de regras que merece menção, o *caput* e o inciso I do seu art. 23 da Lei nº 13.709, de 2018, reiteram comandos e princípios generalistas já anteriormente positivados, ao acrescentarem condições ao tratamento de dados pessoais exclusivamente por pessoa jurídica de direito público. Nos termos do citado *caput*, o tratamento deve estar sempre vinculado ao múnus do órgão ou entidade, ou seja, à finalidade e ao interesse públicos com que exerce suas competências e atribuições legais, o que não deixa de ser um reforço generalista às duas bases legais acima destacadas, do inciso II do art. 7º e da alínea "a" do inciso II do art. 11 da LGPD. E, nos termos do citado inciso I, o tratamento deve sempre ser acompanhado de clara e atualizada informação ao titular dos dados, como exemplo de aplicação do princípio da transparência, previsto no inciso VI do art. 6º da mesma Lei.

> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que:*
> *I - sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos;*

E, no segundo bloco de regras que também merece menção, voltado especificamente à operação de compartilhamento de dados pessoais por parte de órgão ou entidade, reitera-se, para o foco de interesse deste texto, a permissão de sua realização para o cumprimento de competências e de atribuições legais. Para tanto, o ato administrativo formal e registrado de compartilhamento deve especificar a base legal (o inciso II do art. 7º ou a alínea "a" do art. 11, ambos da Lei nº 13.709, de 2018) em que se ampara e deve atender a base principiológica reitora (em especial aos princípios da finalidade e da transparência). Neste contexto, impera a

regra geral de vedação de compartilhamento de dados pessoais com pessoas jurídicas de direito privado, mas com ressalva permissiva para a hipótese de a operação objetivar exclusivamente a prevenção de fraudes ou de irregularidades, o que pode - muito excepcionalmente - se fazer necessário na atividade correcional, cabendo apenas a informação da transferência ao titular, sem necessidade de seu consentimento, conforme se depreende da leitura conjunta do *caput* e do inciso V do § 1º do art. 26 e do *caput* e do inciso III do art. 27, ambos da LGPD.

> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 26. O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei.*
> *§ 1º É vedado ao Poder Público transferir a entidades privadas dados pessoais constantes de bases de dados a que tenha acesso, exceto:*
> *V - na hipótese de a transferência dos dados objetivar exclusivamente a prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteger e resguardar a segurança e a integridade do titular dos dados, desde que vedado o tratamento para outras finalidades. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)*
> *Art. 27. A comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais de pessoa jurídica de direito público a pessoa de direito privado será informado à autoridade nacional e dependerá de consentimento do titular, exceto:*
> *III - nas exceções constantes do § 1º do art. 26 desta Lei.*

Uma vez que a Lei nº 13.709, de 2018, conforme exposto acima, visa a proteger os dados pessoais - e não a impedir de forma absoluta que tais dados venham a receber tratamentos legalmente autorizados -, obviamente, toda sua teleologia se ordena no sentido de exigir não só dos agentes controladores e operadores mas também de qualquer outro interveniente a adoção de medidas de segurança e de boas práticas e de governança a fim de evitar acessos, compartilhamentos, alterações ou destruições indevidas, nos termos do *caput* do art. 46 e do art. 47. Reitera-se que a LGPD não veda o acesso (posto que esta tutela reside na Lei nº 12.527, de 2011, no § 1º do seu art. 31); apenas estabelece um arcabouço jurídico protetivo do direito de autodeterminação da pessoa acerca de sua própria intimidade, vida privada, honra ou imagem e/ou de que condutas de terceiros possam adotar posturas discriminatórias em face do titular, estabelecendo lista exaustiva das bases legais a funcionarem como requisitos para o tratamento de dados pessoais. No contexto da Lei nº 13.709, de 2018, aqui como Lei específica sobre o tema, a afronta a tais garantias protetivas sobre as informações pessoais sensíveis configura uma violação que assume um patamar de gravidade que pode ser tido como mais elevado que a afronta ao direito de personalidade, associada à violação da proteção erigida no § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011

> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.*
> *Art. 47. Os agentes de tratamento ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento obriga-se a garantir a segurança da informação prevista nesta Lei em relação aos dados pessoais, mesmo após o seu término.*

Como não poderia ser de outra forma, a sua natureza regulatória se impõe por meio da cominação de obrigações e de sanções aplicáveis em decorrência do descumprimento de seus ditames. Neste sentido, o § 3º do art. 52 da Lei nº 13.709, de 2018, define, em leitura conjunta com os incisos I, IV, V, VI, X, XI e XII do *caput* do mesmo dispositivo, que, no âmbito de interesse, qual seja da Administração Pública, as infrações aos comandos da LGPD são apuradas em processo administrativo próprio e as decorrentes sanções cabíveis podem ser de advertência, publicização da infração, bloqueio ou eliminação dos dados pessoais atingidos

pela ilicitude, suspensão temporária do banco de dados e suspensão temporária ou proibição total ou parcial da atividade de tratamento. E a aplicação das sanções em tela, nos termos do inciso IV do seu art. 55-J, compete à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), criada no *caput* do seu art. 55-A, como o órgão integrante da Presidência da República, competente para a aplicação, interpretação e regulamentação da LGPD. Relembrando o conceito de agentes de tratamento e, mais especificamente, de controlador e de operador, tais infrações e as consequentes responsabilizações são imputadas à pessoa jurídica de direito público, ou seja, ao órgão ou entidade, e não a seu corpo funcional. Obviamente, este processo e esta responsabilização administrativa à luz da Lei nº 13.709, de 2018, voltados à instituição, em nada não suprem e não impedem o processo disciplinar porventura cabível em face do agente público que viole a LGPD, conforme ressalva o supracitado § 3º do seu art. 52 (de se deixar inequívoco que o servidor que viola os ditames protetivos de dados pessoais é passível de responsabilização disciplinar da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990).

> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:*
> *I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;*
> *IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;*
> *V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;*
> *VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;*
> *X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)*
> *XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)*
> *XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)*
> *§ 3º O disposto nos incisos I, IV, V, VI, X, XI e XII do caput deste artigo poderá ser aplicado às entidades e aos órgãos públicos, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.*
> *Art. 55-A. Fica criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD, autarquia de natureza especial, dotada de autonomia técnica e decisória, com patrimônio próprio e com sede e foro no Distrito Federal. (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.124, de 13 de junho de 2022)*
> *Art. 55-J. Compete à ANPD: (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)*
> *IV - fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)*

2.5.6.2.4.b - Repercussões da Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018, na Atividade Correcional

Tendo sido apresentados no tópico anterior os principais dispositivos da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), no que tange ao tratamento de dados pessoais por órgãos e entidades públicos, na sequência, cabe identificar, de forma mais específica, as preocupações que os integrantes do sistema correcional devem ter com as obrigações impostas pelo diploma legal, conforme determina o § 2º do art. 106 da Portaria Normativa (PN) CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022.

PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 106.
§ 2º A utilização de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o registro audiovisual e o seu armazenamento devem observar os princípios e diretrizes relacionados à segurança da informação para o tratamento de dados.

Primeiramente, é de se ter em mente que os dispositivos da Lei nº 13.709, de 2018, se aplicam em face tanto do servidor investigado ou acusado quanto de terceiros, sejam servidores ou não, intervenientes na instrução processual do procedimento correcional investigativo ou do processo disciplinar, tais como, em exemplos mais frequentes e não exaustivos, testemunhas e declarantes. Ademais, esta aplicação se desdobra em duas possibilidades para cada destinatário: se faz tanto no sentido de informar a garantia de ter seus dados pessoais protegidos quando o destinatário da incidência legal é seu titular, quanto no sentido de alertar sobre a obrigação de garantir a segurança dos dados pessoais de outrem quando o destinatário da incidência não é seu titular.

Assim, com relação ao servidor investigado, caso este venha a ter acesso aos autos do procedimento correcional investigativo (o que não é regra), convém que o servidor ou a comissão responsável pela condução (ou, excepcionalmente o Coordenador ou o Supervidor do Grupo Nacional de Investigação - GNI, se for o caso) registre nos autos, desde o primeiro contato (que pode ser no corpo de uma intimação inaugural, por exemplo), duas informações, acerca de dados pessoais seus eventualmente autuados. A primeira informação é de que, em razão do agir da unidade de correição em cumprimento de obrigação legal, amparada no inciso II do art. 7º, combinado com os incisos I e XVI do art. 5º - ou amparada na alínea “a” do inciso II do art. 11, combinada com os incisos II e XVI do art. 5º, se for o caso de se tratar de dados pessoais sensíveis -, e no *caput* do art. 26, todos da Lei nº 13.709, de 2018, para o que se dispensa consentimento de parte do titular, não só o tratamento de dados pessoais, com as devidas proteções legais, é autorizado como também há possibilidade de compartilhamento dos autos com outros processos disciplinares, com processos administrativos de responsabilização de pessoal jurídica (PAR) no âmbito da própria Corregedoria ou com outras subinstâncias internas da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB, tais como de fiscalização ou de controle aduaneiro ou de gestão de pessoas) ou com instâncias externas administrativas (como, por exemplo, a Controladoria-Geral da União - CGU ou a Advocacia-Geral da União - AGU) ou judiciais (penal e civil, por exemplo). A segunda informação é de que, nos termos do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e do *caput* do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, a cláusula do sigilo que acoberta os documentos preparatórios utilizados como fundamento de tomada de decisão (como são os documentos da fase de admissibilidade) é retirada com a edição do ato decisório respectivo (ou a decisão de arquivamento do procedimento ao fim da fase de admissibilidade ou a decisão final do consequente processo disciplinar, se for o caso). E também se faz necessário que se registre o alerta, com relação a dados pessoais de outrem porventura autuados, que o irrestrito acesso aos autos é concedido ao investigado em atenção à garantia da máxima concretização dos direitos à ampla defesa e ao contraditório e que o tratamento irregular daqueles dados ou a utilização indevida de documentos ou de arquivos de imagem ou de áudio e vídeo de terceiros, sem prejuízo de independente repercussão disciplinar, pode sujeitar o servidor ou até mesmo seu procurador ao procedimento específico de responsabilização de que trata o art. 52, em conjunto com o art. 47, ambos da LGPD.

Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º
§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.

Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou

de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão.

Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:
I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;
XVI - uso compartilhado de dados: comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados;
Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:
II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:
II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:
a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
Art. 26. O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei.
Art. 47. Os agentes de tratamento ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento obriga-se a garantir a segurança da informação prevista nesta Lei em relação aos dados pessoais, mesmo após o seu término.

Com relação ao servidor acusado no processo disciplinar - para quem, diferentemente do servidor investigado em fase de admissibilidade, é inequivocamente assegurado o acesso aos autos desde o início da fase de inquérito administrativo -, deve a notificação inicial, que lhe dá a notícia desta condição processual, conter as mesmas informações e o mesmo alerta acima expostos.

Tanto para o investigado quanto para o acusado, a imediata emissão das informações e do alerta acima descritos é estrategicamente interessante porque a cautela passa a se refletir e a se aproveitar para todo o procedimento correcional investigativo ou para todo o processo disciplinar, dispensando sua repetição ato a ato.

Ademais, caso haja a coleta de qualquer ato instrucional que requeira a participação de terceiros que não o investigado ou o acusado, sejam servidores ou não (como é comum nas provas orais), convém que o servidor ou a comissão responsável pela condução registre nos autos (verbalizando em sua gravação ou por escrito no termo, dependendo da forma de realização) as duas informações acima expostas, acerca da base legal dispensadora de consentimento para possibilidade de compartilhamento dos termos, imagens, áudios e vídeos do ato com outras subinstâncias internas ou com outras instâncias administrativas ou judiciais e do afastamento do sigilo ao fim do procedimento ou do processo. Também convém que o agente condutor acrescente em sua dicção inicial, caso seja ato gravado em arquivo de áudio e vídeo (novamente como é comum nas provas orais), que, com base no art. 2º e no *caput* do art. 7º, ambos da Instrução Normativa (IN) CGU/CRG, de 1º de novembro de 2011, sua realização ocorrerá "*por meio de teletransmissão de sons e imagens ao vivo e em tempo real*" e será armazenado (ou seja, custodiado) pela unidade de correição nos autos do processo em curso. Diferentemente das informações registradas apenas uma vez, no primeiro ato de contato, para o servidor investigado ou acusado, no caso de outros agentes intervenientes na

instrução processual, esta informação deve ser feita ato a ato, apenas naqueles em que se vislumbre a autuação de dados pessoais seus, tanto no procedimento correcional investigativo quanto no processo disciplinar. E caso este agente interveniente (a testemunha ou o depoente, nos casos mais comuns) solicite cópia de termo ou a íntegra do arquivo de áudio e vídeo, a concessão deve se fazer acompanhar da ciência de possibilidade de responsabilização pelo tratamento inadequado ou irregular dos dados pessoais ou sigilosos de qualquer natureza.

> *IN CGU/CRG nº 12, de 2011 - Art. 2º Poderão ser realizadas audiências e reuniões por meio de teletransmissão de sons e imagens ao vivo e em tempo real, destinadas a garantir a adequada produção da prova, sem prejuízo de seu caráter reservado, nos procedimentos de natureza disciplinar ou investigativa.*
> *Art. 7º O registro audiovisual gerado em audiência deverá ser juntado aos autos, sem necessidade de transcrição em ata, sendo disponibilizado à defesa o acesso ao seu conteúdo ou à respectiva cópia. (Redação dada pela Instrução Normativa CGU/CRG nº 5, de 21 de fevereiro de 2020)*

No caso de efetivamente haver compartilhamento de dados pessoais, seja no âmbito do próprio sistema correcional, seja com outras subinstâncias da RFB, seja com outros órgãos, entidades ou Poderes responsáveis por demais atividades de persecução administrativa, civil ou penal, convém que o servidor ou comissão responsável pela condução do procedimento correcional investigativo ou pelo processo disciplinar encaminhe para a autoridade instauradora, a fim que esta autorize e decida a permissão de acesso ou a transferência daqueles dados, nos termos disciplinados pelo § 1º e pelos incisos I e II do *caput* do art. 16 da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020. No ato que efetiva o compartilhamento, que pode ser um ofício, por exemplo, convém que a autoridade informe ao destinatário sobre a preservação da cláusula de sigilo que acoberta todos os documentos preparatórios utilizados como fundamento de tomada de decisão no procedimento ou no processo, conforme os já reproduzidos § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, e *caput* do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012. Como a regra geral é de o compartilhamento se dar apenas para pessoa jurídica de direito público, no mesmo termo, convém também que a autoridade alerte que qualquer tratamento a ser efetivado com os dados pessoais compartilhados deve se limitar ao atendimento da finalidade e do interesse públicos e ao cumprimento das competências ou atribuições legais e que o destinatário deve adotar medidas de segurança, a fim de proteger os dados recebidos de acessos, compartilhamentos, alterações ou destruições indevidas, nos termos dos já reproduzidos inciso XVI do art. 5º, *caput* do art. 26 e art. 47, além do *caput* do art. 23 e do *caput* do art. 46, todos da Lei nº 13.709, de 2018.

> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que:*
> *Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.*
>
> *Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 16. O envio de informações e documentos referentes a atividades desenvolvidas no âmbito da Coger e dos Escor será efetuado com observância do sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da Administração, nos termos do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, para:*
> *I - outras unidades da RFB, caso necessário ao desempenho das funções que lhes são próprias;*

> *II - órgãos externos, em caso de:*
> *a) requisição de autoridade judiciária, no interesse da Justiça;*
> *b) requisição do Ministério Público da União (MPU), nos termos da legislação pertinente;*
> *c) indícios de prática de crime cuja iniciativa da ação penal seja do Ministério Público;*
> *d) solicitação legalmente fundamentada de outras autoridades administrativas;*
> *e) necessidade da prática de atos instrutórios que dependam de autorização judicial; e*
> *f) processo administrativo instaurado para apurar improbidade administrativa, nos termos do art. 15 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.*
> *§ 1º Nas hipóteses previstas nas alíneas "a" a "e" do inciso II do caput, o envio será efetuado obrigatoriamente pela autoridade instauradora.*

Interessante reiterar que estas hipóteses exemplificadas de repercussão da Lei nº 13.709, de 2018, em razão de tratamento de dados pessoais de investigados, acusados ou terceiros na atividade correcional, não requerem pedido de consentimento ao titular, mas sim apenas que se prestem as informações acima ao servidor envolvido no polo passivo acusado ou ao agente interveniente, conforme se extrai da leitura conjunta do inciso II do art. 7º, da alínea “a” do inciso II do art. 11 e do inciso I do art. 23, todos da citada Lei.

Por fim, cabe reconhecer que, caso se quisesse levar à exaustão todos os regramentos impostos pela Lei nº 13.709, de 2018, ao tratamento de dados pessoais de quem quer que seja no curso de procedimentos e de processos disciplinares, muito provavelmente ainda se faria necessário agregar mais algumas rotinas protetivas à atuação correcional. Mas, ainda que o rol de cautelas ora exposto possa ser tido como insuficiente para atender a minuciosa e detalhada íntegra da LGPD, quando vista como regra geral voltada indistintamente a qualquer atuação estatal que necessite tratar de dados pessoais, é inequivocamente interessante que seja adotado pela Corregedoria e esta adoção não causa impacto inviabilizador paralisante na sua atuação correcional.

Isto porque, em análise pragmática de eficiência, é bastante razoável defender que os ajustes de praxe administrativa acima elencados suprem de forma bastante razoável e proporcional a teleologia da Lei nº 13.709, de 2018, aplicada à atividade correcional, que, por conta de suas peculiaridades e especificidades próprias, também possui bens jurídicos tutelados e instrumentalidades exclusivos. Com a implementação tão somente de tais ajustes pontuais, na salutar harmonia que deve reger a visão sistêmica do ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que se agrega segurança jurídica à atuação correcional, também se noticia às pessoas envolvidas na persecução disciplinar e à sociedade como um todo que este ramo da atuação da Administração Pública atende, de forma necessária e também suficiente, até onde cabível diante da priorização de seus próprios ritos e tutelas específicos, os comandos generalistas da LGPD acerca de proteção de dados pessoais.

2.5.7 - Termo de Ajustamento de Conduta

Antes de se abordar os detalhes materiais e instrumentais do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), convém relembrar que o preâmbulo da Constituição Federal (CF) consagra que a sociedade brasileira é comprometida com a solução pacífica das controvérsias. Podendo se conceituar o TAC como um procedimento vocacionado à resolução consensual de conflitos, dispensando e evitando o embate entre acusação e defesa que demarca o processo disciplinar, é certo que se diga que sua mais inquestionável base jurídica de existência e de aplicação reside, nada mais, nada menos, já desde o mais preambular comando constitucional, posto ser um instrumento que possibilita a almejada solução negocial e pactuada de controvérsias.

> *CF - Preâmbulo. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.*

Cabe aqui uma digressão histórica. Com o advento do novo e atual contexto constitucional, consagrador do Estado Democrático de Direito após um regime ditatorial, era presumível que o ordenamento legal necessitasse de amplos esforços de readequação à CF reasseguradora, em seu art. 5º, de direitos e de garantias fundamentais individuais. Na absoluta incongruência da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (o então Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - EF), impossível de ser recepcionada pela nova CF, teve o legislador ordinário de inovar o ordenamento, com um novo estatuto que refletisse a adoção do regime democrático. Assim, veio à luz a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

No entanto, no que tange a seus Títulos IV e V, sobre o regime e o processo disciplinares, pode-se dizer que a Lei nº 8.112, de 1990, embora seja a fonte primária da atuação correcional, foi silente e omissa em relação ao comando do preâmbulo da CF, exigidor de solução pacífica de controvérsias. Daí, uma questão se coloca de imediato é se, não tendo a Lei previsto o TAC ou qualquer outro instrumento de resolução consensual de conflitos, poderia a Administração normatizar infralegalmente o tema. Obviamente, a resposta é afirmativa, bastando aqui antecipar, de forma sintética o que se exporá detidamente em **3.3**, que o ordenamento jurídico, formado pelas normas vigentes, não se compõe apenas das regras positivadas mas sim também e com ênfase pelos princípios informadores e reitores. Além de previsão preambular constitucional, é certo que, na ponderação dinâmica a ser feita entre, de um lado, o princípio da legalidade, que aqui indicaria a ausência de previsão legal para o TAC, e, de outro lado, a percepção irrigada pelos princípios da eficiência, da razoabilidade, da proporcionalidade e da indisponibilidade do interesse público, apontando ser extremamente pertinente e justificável dispor as estruturas correcionais de uma ferramenta simplificadora, ágil, de simples manejo e que busque reestabelecer a ordem interna afetada pela má conduta do servidor e reeducá-lo sem os ônus litigiosos do processo disciplinar, deve preponderar esta segunda construção conglobante.

Pode-se até acrescentar que antes mesmo da mudança de contexto constitucional, ainda no antigo regime, já vigorava e permanece vigente o comando do art. 14 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro, atinente a controle, que desde então já demonstrava preocupação quando o custo de determinada medida puder ser mais elevado que o custo decorrente do fato que se quer inibir, como é o caso do custo do processo disciplinar em face do custo de condutas funcionais de menor lesividade. Em tais situações, o comando legal já exigia a racionalização mediante a adoção de procedimento simplificado, como é o caso do TAC.

> *Decreto-Lei nº 200, de 1967 - Art. 14. O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de contrôles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco.*

Na progressão evolutiva do ordenamento pátrico, eis que a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), nos §§ 2º e 3º do art. 3º, expressou e positivou de forma inequívoca a plausibilidade do emprego da solução consensual de conflitos na instância processual.

> *CPC - Art. 3º*
> *§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.*

> *§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.*

Prosseguindo na percepção histórica, a despeito da plausibilidade da construção principiológica autorizadora da implantação do TAC, é de se reconhecer que, diante das inúmeras imperfeições da Lei nº 8.112, de 1990 (a qual, ao regular toda a vida funcional dos servidores, desde a investidura até a inatividade, tem o regime e o processo disciplinar apenas como dois dentre tantos Títulos e não possui vocação para ser um código material e processual disciplinar), coube aos aplicadores do Direito Disciplinar naqueles primeiros momentos ainda incipientes (sem amparo em jurisprudência e doutrina especificamente aprofundadas para o tema correcional) buscar integrar as lacunas estatutárias com as mais ricas e elaboradas fontes das instâncias material penal e processual penal.

Atualmente, já após o afastamento crítico obtido pela passagem de algumas décadas daquela época pioneira, pode-se considerar que houve um equívoco na exagerada importação dos institutos das sedes judiciais para o Direito Disciplinar, em todos os pontos em que havia lacuna na Lei nº 8.112, de 1990. Esta linha integradora impregnou a aplicação do regime e do processo disciplinares de desnecessários formalismo, defensivismo, conservadorismo e sobretudo estrita legalidade. Como reflexo desta tendência inicial, ao longo do tempo, é possível, por vezes, ver as instâncias judiciais adotarem posturas mais arrojadas que a praxe correcional, inclusive as esferas penal e processual penal, apesar de tutelarem alguns bens jurídicos mais relevantes que a relação laboral estatutária. Neste rumo, já desde 1995, podem ser citadas a suspensão condicional do processo e a transação penal, estabelecidas nos arts. 76 e 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais; o acordo de não persecução penal (ANPP), incluído no art. 28-A do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, e os métodos de solução consensual de conflitos estabelecidos nos §§ 1º a 3º do art. 3º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), a saber, a mediação, a conciliação e a arbitragem. E, com especial destaque, cite-se a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe não só sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias como também sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, podendo-se admitir que este diploma serviu de forte inspiração para a implantação do TAC em instância administrativa.

Neste contexto histórico, a Controladoria-Geral da União (CGU) instituiu o TAC na processualística disciplinar federal por meio da sua Instrução Normativa (IN) CGU nº 2, de 30 de maio de 2017, inovando, então, de forma relevante, a atuação correcional. A formal adoção do TAC no ordenamento de regência da instância correcional supriu uma lacuna que sempre foi objeto de reclames dos operadores do Direito Disciplinar, pois, até então, de acordo com as ferramentas acima exemplificadas, em contrapartida à evolução e à flexibilidade já experimentadas até pela esfera penal com o emprego da celebração de acordos entre membros do Ministério Público e autores confessos de delitos de menor grau de repulsividade social para poupar a onerosa persecução criminal, a Administração ainda se via inflexível e indistintamente vinculada a processar servidor que cometesse qualquer ilícito disciplinar, sem nenhuma diferenciação ou ponderação desta vinculação, a despeito do grande espectro de variação de gravidade das condutas enquadráveis como infracionais. Em outras palavras, até então falecia poder ou capacidade para o sistema correcional promover algum tipo de tratamento diferenciado, no sentido de uma instrumentalidade mais enxuta e econômica, mesmo diante das infrações previstas na Lei n° 8.112, de 1990, possuidoras de baixa lesividade à ordem interna (sobretudo os deveres e proibições estatutárias de natureza comportamental).

O instrumento do TAC passou por contínuo processo de aprimoramento desde a sua

versão inicial, instituída pela IN CGU nº 2, de 2017, até os dias atuais. Cabe sintetizar este processo evolutivo em poucas palavras, apenas a fim de deixar registrada a crescente relevância que a Administração passou a dar ao emprego do TAC. Os comandos abaixo sintetizados em mera ordem cronológica serão objeto de mais detalhada descrição adiante.

A IN CGU nº 2, de 2017, havia previsto o TAC como ferramenta de emprego facultativo diante do cometimento de infrações de menor potencial ofensivo, então definidas como aquelas que comportavam somente sanção de advertência. O emprego do procedimento se condicionava a que o servidor não só se comprometesse a ajustar sua conduta como também reconhecesse sua responsabilidade e era vedado em casos com prejuízo ao erário (que era então procedimentalizado por meio do Termo Circunstanciado Administrativo - TCA), com possibilidade de agravamento para aplicação de pena de suspensão, tipificados como crime, enquadrados como improbidade administrativa, ou em que o servidor já havia celebrado outro TAC há menos de dois anos ou ainda em que houvesse registro de penalidade ainda válido. O TAC podia ser provocado de ofício ou a pedido do servidor (nesta hipótese, no prazo máximo de até cinco dias da sua notificação inicial da sua condição de acusado no processo disciplinar) e deveria ser celebrado pela autoridade instauradora, homologado pela autoridade julgadora competente para aplicar a pena de advertência e registrado, por até dois anos, nos assentamentos funcionais do agente. O termo em si deveria conter a qualificação do servidor, a descrição fática de sua conduta infracional, as obrigações impostas pela autoridade, o prazo de cumprimento de tais obrigações (limitado ao máximo de dois anos) e a forma de sua chefia imediata fiscalizar o cumprimento. Por fim, a norma obrigava, por um lado, o arquivamento da ocorrência em caso de cumprimento das obrigações impostas e, por outro lado, quando a chefia relatasse o descumprimento dos termos acordados, a instauração de processo disciplinar não só em razão do fato ilícito originador do TAC mas também pelo inadimplemento em si.

Dois anos mais tarde, esta norma inaugural sofreu pontuais alterações, por meio da IN CGU/CRG nº 8, de 16 de maio de 2019, já da lavra da Corregedoria-Geral da União, da CGU (CGU/CRG), passando-se a dispensar homologação do TAC quando a autoridade instauradora era a mesma autoridade julgadora para aplicação de pena de advertência. De mais relevante, passou-se a exigir que as obrigações impostas fossem de fato proporcionais e adequadas à conduta infracional e, para tanto, a norma trouxe uma lista exemplificativa de imposições que poderiam ser feitas ao servidor. Surgiu também neste momento a obrigação de que a celebração do TAC deveria ser publicada em boletim, em forma de extrato, com algumas informações identificadoras.

Poucos meses depois, a IN CGU/CRG nº 17, de 20 de dezembro de 2019, revogou a normatização anterior e adotou, pela primeira vez, a definição de que o TAC se tratava de um procedimento de resolução consensual de conflitos e estendeu a aplicabilidade para infrações puníveis com suspensão de até trinta dias para servidores efetivos (tendo mantido o alcance somente até advertência para servidores comissionados). Esta segunda normatização operou relevantes simplificações no instrumento, tendo eliminado a imposição de que o servidor reconhecesse sua responsabilidade, a formalidade de se ter de homologar o TAC e as vedações em casos com prejuízo ao erário (o acordo nestes casos restou condicionado ao prévio ou comprometido ressarcimento ao erário e ao limite de valor com que se dispensava licitação, tendo sido revogado o emprego do TCA), com possibilidade de agravamento para aplicação de pena de suspensão, tipificados como crime e enquadrados como improbidade administrativa. Esta norma estendeu as possibilidades de emprego da ferramenta, permitindo a oferta não só da autoridade instauradora mas também da comissão processante e o pedido do acusado, nestes dois últimos casos até o prazo de dez dias da entrega da notificação inicial. Também foi eliminada a limitação por dois anos do registro nos assentamentos. E, por fim, estabeleceu-se que a celebração do TAC suspendia a contagem prescricional e que o descumprimento configuraria a infração de desobedecer o dever funcional de ser leal à

instituição a que serve.

Logo em seguida, a IN CGU/CRG nº 2, de 21 de janeiro de 2020, operou apenas a pontual alteração de prever o TAC para empregados públicos de forma limitada a infrações puníveis com pena de advertência.

Novamente um mês depois, a normatização foi consolidada na IN CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, revogando a anterior e que, de relevante, alterou apenas a exclusão, em caso de dano, do limite de valor de dispensa de licitação.

Por fim, com a edição da Portaria Normativa (PN) CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022, como nova norma estruturante da atuação correcional no Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) e que consolidou diversas normas esparsas sobre vários temas, revogando a IN CGU/CRG anterior, o TAC ganhou mais um impulso no seu emprego. Primeiramente, como inovação, esta quarta normatização tratou a oferta do TAC como obrigatória e não mais facultativa quando os requisitos de aplicabilidade restarem atendidos, visando à eficiência, à efetividade e à racionalização dos recursos públicos. Ademais, em razão da possibilidade de distintos graus de organização das unidades setoriais de correição, a norma permitiu que a celebração do TAC seja feita preferencialmente pela autoridade titular da unidade de correição ou secundariamente pela autoridade com competência instauradora, caso sejam diferentes. Acerca da vedação para servidor que já tenha celebrado outro TAC há menos de dois anos, operou-se maior permissividade, mantendo aquela proibição somente no caso de a nova infração ter sido cometida já após a primeira celebração. Aumentou-se também a permissividade com a extensão do prazo para que a comissão processante possa propor o TAC até antes do seu relatório. E, por fim, a norma atual alterou o enquadramento do descumprimento do TAC, passando a indicar que este ato configura descumprimento do dever de observar normas legais e regulamentares.

Feita esta rápida síntese de fim apenas cronológico para se mostrar o quanto a normatização do TAC evoluiu ao longo do tempo, passa-se a descrever com mais detalhes a sua atual regulamentação.

Antes, cabe acrescentar mais um pormenor para realçar a importância crescentemente adquirida pelo TAC na processualística disciplinar. Com o advento da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, a chamada lei de abuso de autoridade, exige-se da autoridade instauradora maior cautela antes de deflagrar processo disciplinar, sendo necessário, nos termos do seu art. 30, que haja nos autos, advinda da fase de admissibilidade, a justa causa para esta onerosa decisão. Compreende-se que esta justa causa sejam os elementos informativos de materialidade e de autoria da infração disciplinar. De certa forma, pode-se dizer que o citado dispositivo legal torna superado o comando do *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990, que, de forma anacrônica, ainda determina a imediata instauração de processo disciplinar tão somente à vista do recebimento de notícia do suposto cometimento de irregularidade. Neste contexto, a celebração de TAC em lugar da instauração de processo disciplinar também se harmoniza com a necessidade de se adotar postura mais conservadora ao final da fase de admissibilidade.

Ademais, é pertinente reconhecer que o TAC também supre uma lacuna na ausência de capacidade de parte da Administração de tratar adequadamente todas as provocações que lhe chegam, o que fomenta uma indevida percepção interna e social de inércia, omissão ou desinteresse. Quando o particular denuncia ou quando um agente público (sobretudo um gestor) representa um servidor em razão de um deslize comportamental dissociado de conduta grave demarcada por mácula de caráter, o sistema correcional, em especial da RFB, sempre afeto a concentrar sua escassa força de trabalho nas condutas de maior grau de intolerância, em geral passíveis de pena de demissão, sempre teve uma certa dificuldade para trabalhar aqueles casos de pequena ou média gravidade. Não raro, diante da eleição de prioridades,

sempre vinculadas à maior gravidade cada ocorrência, estes casos envolvendo ilicitudes não expulsivas acabavam sendo deixados em escala de menor relevância e, sendo continuamente transpassados na fila de instauração por ocorrências mais recentes mas de maior gravidade e, inevitavelmente, desaguavam na prescrição de sua punibilidade. Esta extremada seletividade (entre deixar prescrever ou instaurar processo disciplinar), sem uma postura intermediária, acarretava um descrédito do sistema correcional diante de gestores e de contribuintes que vinham à tona noticiar irregularidades e que posteriormente não viam uma iniciativa da Administração.

A séria adoção do TAC como uma importante e vinculada ferramenta oficial acaba por propiciar à Administração a boa percepção interna e social de não ter se mantido inerte e omissa diante de uma provocação recebida. Ainda que não seja com a instauração de processo disciplinar, o representante ou o denunciante e sobretudo toda a sociedade percebem que a notícia trazida acerca de possível cometimento de irregularidade ao menos recebeu um tratamento administrativo normatizado, não tendo sido renegada à prescrição pelo simples decurso do prazo. A celebração de TAC é uma resposta interna e social da Administração a quem teve a iniciativa de noticiar a ilicitude e também a toda sociedade. Há uma espécie de satisfação prestada a quem se expôs e diligenciou para noticiar o fato irregular. Não há em quem provocou a ocorrência uma sensação de desencanto e de decepção a levar ao desestímulo para, de outra vez, sequer provocar o sistema correcional.

Conforme define o art. 61 da PN CGU nº 27, de 2022, o TAC é um instrumento fortemente harmonizado com os ideais de eficiência e de economia processual, vocacionado à resolução consensual de conflitos e que, uma vez atendidos os requisitos de sua aplicação, deve ser ofertado pela Administração ao servidor, em caso de infração considerada de menor potencial ofensivo. De se perceber que, até antes desta quarta norma de regência do tema, a oferta do TAC era facultada à Administração. Desta forma, o atual comando, que obriga que ao menos se busque empregar a ferramenta como solução prioritária, é uma mudança que demonstra a relevância que a resolução negocial e pactuada de conflitos adquiriu, figurando mesmo como uma verdadeira reestruturação da ordem punitiva interna.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 61. O Termo de Ajustamento de Conduta - TAC consiste em procedimento administrativo voltado à resolução consensual de conflitos em casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo.*
> *Parágrafo único. Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal deverão optar pela celebração do TAC, visando à eficiência, à efetividade e à racionalização de recursos públicos, desde que atendidos os requisitos previstos nesta Portaria Normativa.*

Assim, quando, à vista tão somente dos fatos trazidos ao conhecimento da autoridade instauradora e consubstanciados nos elementos informativos constantes dos autos e apreciados ao final da fase de admissibilidade, a infração, seja culposa, seja dolosa, possa ser considerada, em tese, de menor potencial ofensivo, é de se buscar a celebração do TAC. E a definição do que seja infração de menor potencial ofensivo reside no *caput* do art. 62 da PN CGU nº 27 de 2022, qual seja, aquela punível com pena advertência ou no máximo com pena de suspensão de até trinta dias, até onde se consegue prever naquele contexto apriorístico e naquele momento preliminar e incipiente em termos de elementos informativos. Pode-se dizer que a norma administrativa igualou o significado jurídico de infração de menor potencial ofensivo ao alcance punitivo da sindicância disciplinar, nos termos do inciso II do art. 145 da Lei nº 8.112, de 1990.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 62. Considera-se infração disciplinar de menor potencial ofensivo a conduta punível com advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias, nos termos do inciso II do art. 145 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou com penalidade similar, prevista em lei ou regulamento interno.*

> *Parágrafo único. No caso de servidor público não ocupante de cargo efetivo e de empregado público, o TAC somente poderá ser celebrado nas infrações puníveis com a penalidade de advertência.*

Em outras palavras, é certo inferir a intenção do órgão central do SisCor de, de certa forma, desde que atendidas algumas condicionantes essenciais, buscar um rito simplificado e menos oneroso como um substitutivo em alternativa à sindicância disciplinar, de instrumentalidade muito mais rigorosa, pois deve obedecer à Lei nº 8.112, de 1990, e aos princípios reitores da processualística disciplinar. Com a concordância da doutrina, é possível afirmar que, desde sua implementação, em 2017, mediante ato administrativo, crescentemente o TAC ocupa o espaço que o legislador havia atribuído à sindicância disciplinar, um rito excessivamente burocrático e cada vez mais ultrapassado, superado e em franco desuso.

> *"Passados alguns anos a sindicância ficou ultrapassada e passou a ser considerada excessivamente burocrática, criando-se o TAC como alternativa mais dinâmica em 2017, diante da carência de mecanismos cada vez mais céleres e menos formais de solução de conflitos, embora a possibilidade de se chegar à justiça por outras caminhos não seja nada nova.", Luciano Rosa Vicente, "O Impacto dos Instrumentos Desburocratizantes na Celeridade Processual da Corregedoria da Receita Federal do Brasil", Dissertação de Mestrado em Direito no Centro Universitário de Brasília, pg. 73, 2021*

Obviamente, não se perde de vista que aqui, quando se menciona infração punível com pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias, deve-se ter a cautela de relembrar que tal percepção advém tão somente do que foi autuado até o fim da fase de admissibilidade e submetidos à apreciação da autoridade instauradora. Portanto, não se tem a cabal e cristalina convicção de cometimento de ilicitude de fato e exatamente punível dentro daquele limite de pena, mas sim os elementos informativos de tal possibilidade - até porque este tipo de conduta pode acarretar aplicação de pena de suspensão superior a trinta dias, à vista dos parâmetros de dosimetria, estabelecidos no *caput* do art. 128 da Lei n° 8.112, de 1990, e no art. 16 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. Em outras palavras, é de se reconhecer que a consideração de que a ilicitude em tela é de menor potencial ofensivo ainda é precária e não definitiva.

O TAC é um instrumento gerencial de ajuste administrativo de conduta e de adesão voluntária, já que visa à resolução consensual, pactuada e negocial do que poderia ser oneroso e conflituoso para a Administração e para o servidor. Ainda que manejado por autoridade com competência correcional, em nada se confunde com ferramenta de natureza punitiva. Uma vez celebrado, o TAC significa uma espécie de perdão condicionado a fim de ver poupada a instauração do processo disciplinar que seria cabível. Neste contexto, a celebração do TAC pode ser benéfica para ambos os polos envolvidos: a Administração economiza os recursos materiais despendidos na condução e na conclusão de um processo disciplinar e o servidor se preserva da ação estatal incidente sobre relevante círculo de direitos seus.

Na contrapartida do benefício concedido de não se ver objeto de processo disciplinar, por meio deste acordo, o servidor se compromete a ajustar sua conduta, cumprindo, mediante adesão voluntária, determinada obrigação que lhe for imposta - ou até mesmo mais de uma obrigação, inclusive de natureza distinta - por prazo certo (delimitado, no máximo, a dois anos, podendo se impor prazos diferentes e haver mas de uma obrigação), nos termos do art. 64 e do § 2º do art. 68, ambos da PN CGU nº 27, de 2022. Na normatização original do tema, era exigido que o servidor reconhecesse o cometimento da infração; sem prejuízo, obviamente, se assim quiser fazer, mas não mais existe este pré-requisito para a celebração.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 64. Por meio do TAC o agente público interessado se compromete a ajustar sua conduta e observar os deveres e proibições previstos na legislação vigente, bem como cumprir eventuais outros compromissos propostos pelo órgão ou entidade e com os quais o agente*

> *público voluntariamente tenha concordado.*
> *Art. 68.*
> *§ 2º O prazo de cumprimento das obrigações previstas no TAC não poderá ser superior a 2 (dois) anos.*

A menção à obrigação traz à tona mais uma questão interessante. Além da necessária percepção sobre o caráter incipiente da inferência de que a pena cabível em determinado processo disciplinar porventura instaurado seria de advertência ou de suspensão de até trinta dias, também não se perde de vista que a prescrição é um instituto jurídico que, uma vez configurado, atua em favor da defesa de forma a inibir a imposição, pelo Estado, de qualquer gravame ou qualquer efeito jurídico que lhe seja contrário a seus interesses. Sendo assim, uma vez prescrita a punibilidade, fulminando-se a aplicabilidade de pena de suspensão de até trinta dias e consequentemente fulminando também a aplicabilidade da pena de advertência, não mais cabe celebrar TAC, uma vez que a assinatura do acordo imporia ao servidor ter de cumprir obrigações estabelecidas.

É importante deixar registrado que, apesar da aplicabilidade do TAC estar vinculada à possibilidade de aplicação de pena de advertência ou de pena de suspensão de até trinta dias, o acordo em nada se confunde com uma espécie inadmitida de antecipação de julgamento punitivo de cometimento de infração que seria punida com alguma destas penalidades. A celebração do acordo, cuja natureza é resolução consensual de conflitos, dispensando instrução processual e julgamento, não equivale à dicção do Direito material, por parte da Administração, de que o servidor teria cometido a infração punível com pena de advertência ou com pena de suspensão de até trinta dias. O termo consensual não tem o condão e nem mesmo o interesse de consignar de forma cabal - inclusive com aquiescência do servidor - o cometimento da infração e o cabimento da pena. Tampouco menos ainda se cogita de o TAC ser uma espécie de pactuação da aplicação da pena de advertência ou da pena de suspensão de até trinta dias sem o servidor sofrer o processo disciplinar. Sendo o TAC um instrumento de resolução consensual de conflitos, sem índole punitiva, não cabe de forma alguma se considerar, sem o devido processo legal, o servidor julgado como faltoso e punido por alguma das duas penas em apreço. Ademais, como a multa é uma forma de execução, mediante conversão, da pena de suspensão, também o acordo não pode negociar o pagamento antecipado da multa pelo servidor, a fim de ser poupado de responder a processo disciplinar.

A celebração de TAC incumbe precipuamente ao titular da unidade setorial de correição, o que, no caso da RFB, são os Chefes de Escritório de Corregedoria (Escor) e o Corregedor. Mas, uma vez que a PN CGU nº 27, de 2022, se volta para todo o SisCor, com todo tipo e estrutura de unidades setoriais de correição e com toda forma de exercício da atividade correcional, o seu art. 65 contempla também a possibilidade de sequer existirem esta unidade e este titular, atribuindo então, secundariamente, a competência para celebrar TAC à autoridade competente para instaurar processo disciplinar em razão daquela infração de menor poder ofensivo cometida pelo servidor e que seria punível, em tese, com pena advertência ou com pena suspensão de até trinta dias. No caso do sistema correcional da RFB, como ambos atributos (titularidade e competência) recaem sobre as mesmas autoridades, este desdobramento não faz relevância e, doravante, neste tópico, ao se mencionar autoridade, embora a norma sempre construa seus dispositivos com o desdobramento acima indicado, aqui somente vai se fazer menção à autoridade instauradora.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 65. A celebração do TAC será realizada preferencialmente pelo titular da unidade setorial de correição ou, na inexistência deste, pela autoridade competente para instauração do respectivo processo correcional de responsabilização de agentes públicos.*

Não obstante, a questão da competência interna merece mais dedicação neste ponto. A leitura sistemática do ordenamento infralegal, desde o Regimento Interno da RFB, aprovado

pela Portaria ME n° 284, de 27 de julho de 2020, no inciso III e no parágrafo único do art. 354 e no inciso II e no parágrafo único do art. 356, ambos do seu Anexo I, passando pelos incisos I a III do *caput* do art. 2° da Portaria RFB n° 4.505, de 6 de outubro de 2020, e pelo art. 4º da Portaria Coger nº 128, de 16 de outubro de 2020, indica que, figurando como autoridade instauradora de processo disciplinar não só o Corregedor e os Chefes de Escor mas também o Secretário Especial, além do Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil (este último apenas em razão da incidência do princípio da hierarquia, consagrado no art. 15 da Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999), todas estas autoridades se legitimam como competentes para celebrar o TAC.

> *Portaria ME nº 248, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 354. Ao Corregedor incumbe:*
> *III - instaurar ou avocar a instauração de procedimentos disciplinares, nos termos da lei;*
> *Parágrafo único. As atribuições previstas no inciso III do caput não abrangem os atos e fatos praticados pelo Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, pelo Secretário Especial Adjunto, pelo Subsecretário-Geral, pelos Subsecretários, pelo Corregedor, pelo Corregedor-Adjunto e pelos servidores que praticaram atos passíveis de apuração disciplinar nestas qualidades.*
> *Art. 356. Aos Chefes dos Escritórios de Corregedoria (Escor) incumbe, no âmbito de todo o território nacional:*
> *II - instaurar ou avocar a instauração de procedimentos de responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei;*
> *III - julgar e aplicar a penalidade aos servidores lotados ou em exercício na RFB, em sindicâncias disciplinares ou processos administrativos disciplinares, nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias;*
> *IV - declarar a nulidade parcial ou total de procedimentos disciplinares relativos a atos e fatos praticados por servidores lotados ou em exercício na RFB e de procedimentos de responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei, quando verificada a existência de vícios insanáveis;*
> *V - convocar servidor para integrar comissões de sindicância ou de inquérito, ou para integrar equipes de investigação disciplinar; e*
> *VI - determinar diligências, requisitar informações, processos e quaisquer documentos necessários às atividades de sua competência e determinar a realização de ação fiscal ou propor sua revisão, sempre que o exame de denúncias, representações, procedimentos disciplinares e de responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei, ou outros expedientes relativos às suas atividades assim o recomendar.*
> *Parágrafo único. As atribuições previstas no inciso I do caput não abrangem os atos e fatos praticados pelo Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, Secretário Especial Adjunto, Subsecretário-Geral, Subsecretários, Coordenadores-Gerais e Especiais, Corregedor, Corregedor-Adjunto, Coordenador Disciplinar, Chefe de Gabinete, Chefes de Assessorias, Chefe de Centro de Estudos, Superintendentes e Superintendentes-Adjuntos da RFB, e pelos servidores que praticaram atos passíveis de apuração disciplinar nestas qualidades.*
>
> *Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 2º A celebração do termo de ajustamento de conduta (TAC) de que trata a Instrução Normativa CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, e a instauração de sindicância disciplinar ou de PAD e o arquivamento destes em fase de admissibilidade competem:*
> *I - ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil;*
> *II - ao Corregedor, face a irregularidade praticada por servidor que ocupe cargos de Superintendente ou de Superintendente Adjunto da Receita Federal do Brasil, ou, no âmbito das Unidades Centrais da RFB, que ocupe função ou cargo de direção ou assessoramento superior ao do chefe de Escritório de Corregedoria (Escor), tanto à época dos fatos quanto à época da decisão, ou*

> *que tenha atuado em tais qualidades; e*
> *III - aos chefes de Escor, em todo território nacional, mediante critérios definidos em ato do Corregedor.*
>
> *Portaria Coger nº 128, de 2020 - Art. 4º A competência para celebração de termo de ajustamento de conduta (TAC), para instauração de sindicância disciplinar e de PAD e para arquivamento em fase de admissibilidade, prevista no inciso III do caput do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, cabe ao Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor) que jurisdicione a unidade de lotação ou de exercício do servidor no momento da decisão.*

Ainda sobre a questão da competência, importa ressaltar que a instituição do TAC não inovou nenhuma iniciativa a cargo de demais titulares de unidades fiscais e em nada alterou seus deveres funcionais de representar e/ou de encaminhar representações à autoridade com competência correcional, cabendo apenas a quem de fato figura regimentalmente como autoridade instauradora, *a priori* na fase de admissibilidade, decidir se cabe ou não o TAC. E de outra forma não poderia ser, pois se o TAC é um instrumento de razoável e eficiente economia e dispensa de processo disciplinar para casos delimitadamente passíveis de punição com pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias, somente pode caber sua celebração àquela autoridade capaz para instaurar o respectivo feito, pois, do contrário, se teria o absurdo de uma autoridade inibir ato que seria da competência de outra.

Na hipótese de emprego do instituto na RFB, ao concluir os trabalhos encetados na fase de admissibilidade, quando da elaboração do respectivo parecer, se o membro do Grupo Nacional de Pareceristas (GNP) vislumbrar a existência de indícios de materialidade e de autoria de cometimento de infração - seja culposa, seja dolosa -, *a priori* punível com a pena de advertência ou no máximo de suspensão de até trinta dias, deve propor em sua peça que a autoridade instauradora oferte ao servidor a celebração de TAC.

À luz dos incisos I a III do *caput* do art. 66 da PN CGU nº 27, de 2022, não necessariamente o TAC decorre de iniciativa de ofício da autoridade instauradora, podendo ainda advir de pedido do servidor e até de sugestão da comissão processante. Estas duas últimas hipóteses não negam a competência decisória da autoridade instauradora, pois lhe conferem a possibilidade de motivadamente indeferir o pedido do servidor e a sugestão da comissão, conforme o § 3º do mesmo comando normativo. Nos termos do inciso III do *caput* e do § 1° do dispositivo normativo acima, o pedido de parte o servidor pode ser feito não apenas no curso da fase de admissibilidade mas também já com o processo disciplinar instaurado, em até dez dias contados do recebimento da notificação inicial de sua condição de acusado. Quanto à sugestão de parte da comissão, primeiramente, a leitura sistemática da PN CGU nº 27, de 2022, permite concluir que a comissão a que se referem o inciso II do *caput* e o § 2º do mesmo dispositivo é a comissão de inquérito no rito do processo disciplinar, pois, de forma sistemática, em toda sua extensão, a norma convencionou utilizar a expressão "processo correcional" com este fim, em contrapartida a "procedimento investigativo, sendo certo, como já aduzido anteriormente, que a sugestão de TAC na fase de admissibilidade harmoniza-se com o trabalho de parecerista no âmbito do GNP, no seu parecer de admissibilidade. E, quanto ao prazo para a comissão disciplinar ofertar sua sugestão, o § 2º do mesmo dispositivo estabelece que o colegiado pode apresentar proposta de celebração de TAC até antes de seu relatório final, ou seja, até o momento em que recebe a defesa escrita, na hipótese em que a instrução processual apontou para o abrandamento da percepção ao início da fase de inquérito administrativo, reenquadrando a ilicitude de forma a ser considerada de menor potencial ofensivo (punível no máximo com pena de suspensão de até trinta dias). Ou seja, a *contrario sensu*, não faz sentido a comissão iniciar seu trabalho tendo em mente ilicitude cabível na alçada de TAC, conduzir todo o inquérito administrativo sem nunca ter alterado esta sua inferência inicial e somente após a defesa escrita vir sugerir o TAC. Esta hipótese tardia de proposta de TAC se justifica somente no caso em que a instrução

processual, de certa forma, surpreende e faz com que a comissão altere sua inferência inicial acerca da gravidade da conduta. Na hipótese de a comissão de imediato inferir que o processo disciplinar redundará no máximo em pena de suspensão de até trinta dias, *a priori*, é razoável e sistemático interpretar que cabe limitar o prazo para sua sugestão ao mesmo prazo concedido ao servidor, qual seja, de dez dias da entrega da notificação inicial da condição de acusado. Avançar além deste limite quando desde o início a comissão infere responsabilização cabível na alçada do TAC poderia ser considerado como negar uma das mais relevantes linhas de inteligência do instrumento, que é de poupar tempo e esforços com o processo disciplinar (não tendo havido uma surpresa com a instrução processual, não haveria a desejada economia processual se a celebração do TAC se desse já em momento avançado no curso do inquérito administrativo). O mesmo prazo de dez dias também é válido quando a autoridade instauradora oferta o TAC ao servidor, seja ao fim da fase de admissibilidade, seja quando a comissão sugere já no processo disciplinar, devendo lhe conceder aquele *quantum* para resposta, conforme o subsequente § 4º.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 66. A proposta de TAC poderá:*
> *I - ser oferecida de ofício pelo titular da unidade setorial de correição ou, na inexistência deste, pela autoridade competente para instauração do respectivo processo correcional de responsabilização de agentes públicos;*
> *II - ser sugerida pela comissão responsável pela condução do processo correcional de responsabilização de agentes públicos; ou*
> *III - ser apresentada pelo agente público interessado.*
> *§ 1º Em processos correcionais de responsabilização de agentes públicos em curso, a proposta de TAC poderá ser apresentada pelo interessado à autoridade instauradora em até 10 (dez) dias após o recebimento da notificação de sua condição de acusado.*
> *§ 2º A proposta de TAC poderá ser sugerida pela comissão antes da apresentação do relatório final, nos casos em que as provas produzidas durante a fase de inquérito indicarem a necessidade de reenquadramento da conduta do acusado, passando esta a ser considerada de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 62 desta Portaria Normativa.*
> *§ 3º A proposta de TAC sugerida por comissão responsável pela condução de processo correcional de responsabilização de agentes públicos ou apresentada pelo interessado poderá ser indeferida quando ausente alguma das condições para sua celebração.*
> *§ 4º O prazo estabelecido no § 1º aplica-se às hipóteses de oferecimento de ofício de proposta de TAC pelo titular da unidade setorial de correição ou pela autoridade competente para instauração do respectivo processo correcional de responsabilização de agentes públicos, que fixará no mesmo ato o prazo para a manifestação do investigado.*

Não obstante a detalhada e fiel descrição da literalidade dos comandos do art. 66 da PN CGU nº 27, de 2022, que tratam do prazo para oferta, sugestão ou pedido de TAC, feita no parágrafo anterior, a rigor, não soa irrazoável a aceitação, por parte da autoridade instauradora, de provocação advinda do acusado ou da comissão para além dos dez dias do recebimento e da entrega da notificação inicial, ainda que não se esteja cogitando da hipótese positivada no § 2º do dispositivo normativo, quando as provas dos autos, diferentemente da inferência inicial, passam a indicar o abrandamento da conduta. Partindo aqui do pressuposto de concordância de parte do acusado, sendo-lhe favorável a decisão de aceitar intempestivamente a celebração de TAC, não haveria que se cogitar de nulidade, a despeito da superação do prazo formal. Talvez se possa apontar como momento fatal e sem possibilidade de retorno do andamento processual para celebrar TAC quando a comissão já chega ao ponto de elaborar seu relatório. Uma vez autuado o relatório e desfeita a comissão, qualquer cogitação de oferta, pedido ou sugestão de TAC soa insuperável e fatalmente intempestiva. De certa forma, pode se afirmar que, inaugurada a terceira e última fase do processo

disciplinar, que é o julgamento, independentemente de a pena proposta pela comissão caber ou não na alçada do TAC, já não resta mais nenhuma possibilidade jurídica de celebração tardia, passando a prevalecer a regra da impositividade vinculante da apenação, não mais cabendo transigir ou compor, com a supressão do rito punitivo a favor da ferramenta de solução consensual de conflitos.

De uma forma ou de outra, é certo que o TAC deve ser objeto de oferta ao servidor, quando cabível diante dos requisitos de aplicabilidade, mas jamais lhe é imposto. As três possibilidades de celebração do acordo igualmente passam pela aquiescência do agente, seja como manifestação final do acerto, seja como sua propositura inicial. A oferta de ofício ao fim da fase de admissibilidade (possivelmente sugerida pelo parecerista do GNP) é submetida à aceitação do agente. O mesmo ocorre com os consecutivos sugestão por parte da comissão e acatamento e oferta pela autoridade instauradora, já no curso do processo disciplinar. Ou, por fim, a celebração já advém de pedido do próprio interessado, formulado antes da instauração do processo disciplinar ou na sua sequência, quando não há que se falar em oferta, já que a iniciativa terá partido do servidor.

De outro lado, também é certo que o servidor pode recusar a proposta da autoridade ou a sugestão da comissão para celebrar TAC e, neste caso, dispensa-se que motive sua decisão. Basta a sua singela manifestação de discordância e a Administração deverá levar a cabo o processo disciplinar, afinal, pode ser do interesse do servidor buscar, no rito contraditório, a comprovação de sua inocência e este seu direito não pode ser negado. Mas também, o fato de a Administração ter sugerido ou ofertado o TAC em determinado momento processual, vislumbrando ilicitude de menor poder ofensivo, não significa que a conclusão julgadora se vincula àquela inferência inicial, podendo, ao final, tanto a comissão quanto a autoridade julgadora, à luz dos parâmetros de dosimetriado caput d art. 128 da Lei nº 8.112, de1990, e do art. 16 do Decreto nº 9.830, de 2019, propor e aplicar pena superior à suspensão de até trinta dias.

No caso de o servidor pedir a celebração de TAC, pode parecer defensável a tese do interessado de que há um direito subjetivo a seu favor. A solução que harmoniza a segurança jurídica necessária para não expor a corregedoria à crítica de ter cometido ato ilegal e arbitrário (como seria o caso de uma resposta denegatória alegando um total poder discricionário) e também para que não se prejudiquem as estratégias correcionais passa pela avaliação se é cabível motivar o indeferimento do pedido com base na possibilidade de existência de prova ou de circunstância que possam justificar o agravamento da pena. Com efeito, não é difícil, sobretudo ainda em fase de admissibilidade ou, no máximo em até dez dias da entrega da notificação inicial da condição de acusado, com materialidade(s) ainda passível(is) de aprofundamento no curso do inquérito administrativo, se motivar a denegação nestes termos, por se vislumbrar possibilidade de a conduta vir a merecer, ao final, por exemplo, a pena de suspensão superior a trinta dias, à luz dos parâmetros de dosimetria do *caput* do art. 128 da citada Lei e do art. 16 do Decreto nº 9.830, de 2019.

Embora o já reproduzido art. 65 da PN CGU nº 27, de 2022, mencione que a celebração do TAC será realizada pelo titular da unidade setorial de correição ou pela autoridade instauradora (o que, como já afirmado, se confunde no caso do sistema correcional da RFB), mostra-se mais conveniente que a construção do respectivo termo siga a linha de atribuição de competência refletida no parágrafo único do art. 61 da mesma norma, que remete o poder institucionalmente para o órgão. Além do maior respaldo que sempre se obtém com ato administrativo sem caráter pessoalizado e protagonizado pela instituição, limitando a participação da autoridade instauradora à simples assinatura do termo na condição jurídica de compromitente representante da Administração, tal construção na redação do termo também afasta a exigência de se ter encontro pessoal, físico ou virtual, entre a autoridade instauradora e o servidor, este na condição jurídica de compromissário, e supera qualquer insegurança

jurídica de que a validade do acordo estaria condicionada ao fato de suas assinaturas não só serem conjuntas mas também simultâneas.

Além da óbvia condição conceitual por que passa a própria definição de TAC, qual seja, da consideração de infração de menor potencial ofensivo, punível com pena de advertência ou no máximo com pena de suspensão de até trinta dias (como um instrumento de certa forma substitutivo da sindicância disciplinar), o art. 63 da PN CGU nº 27, de 2022, lista os demais requisitos formais para a celebração. Os incisos I a III do *caput* e o § 1º impõem três condicionantes cumulativos: inexistência de registro válido de penalidade disciplinar (três anos para advertência e cinco anos para suspensão) nos seus assentamentos funcionais; inexistência de dano à Administração Pública decorrente da conduta ainda a ser ressarcido ou a obter comprometimento de ressarcimento; e inexistência de outro TAC no prazo de dois anos contados da publicação do eventual instrumento e que este acordo anterior tenha sido celebrado já após a nova ilicitude (esta construção tornou menos impeditiva a existência de TAC anterior nos últimos dois anos: o novo acordo somente é vedado se aquele já feito há menos dois anos também é anterior à nova infração - ou seja, se o servidor, no curso de um comprometimento de ajuste de conduta, volta a infringir deveres ou proibições).

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 63. O TAC somente será celebrado quando o investigado:*
> *I - não tenha registro vigente de penalidade disciplinar em seus assentamentos funcionais;*
> *II - não tenha firmado TAC nos últimos 2 (dois) anos, contados a partir da publicação do instrumento; e*
> *III - tenha ressarcido, ou se comprometido a ressarcir, eventual dano causado à Administração Pública.*
> *§ 1º Não incide a restrição do inciso II quando a infração de menor potencial ofensivo tiver sido cometida em momento prévio ao TAC anteriormente celebrado.*
> *§ 2º O eventual ressarcimento ou compromisso de ressarcimento de dano causado à Administração Pública deve ser comunicado à área de gestão de pessoas do órgão ou entidade para aplicação, se for o caso, do disposto no art. 46 da Lei nº 8.112, de 1990.*

Em razão da lógica construtiva do dispositivo normativo, extrai-se de forma tácita do inciso I do art. 27 da PN CGU nº 27, de 2022, que não cabe celebração de TAC em caso de apenação com suspensão de até 30 dias decorrente de reincidência. Para que esta pena de suspensão por reincidência seja aplicável, é inevitável que o servidor tenha registro válido de apenação anterior em seu assentamento, o que é cláusula impeditiva de celebração de TAC.

Importante destacar que a redação vigente da norma (na verdade, já desde a IN CGU/CRG nº 4, de 2020) passou a dispensar um requisito que existia em sua versão original, que restringia o valor do eventual dano a R$ 17.600,00, igual ao limite de dispensa de licitação em modalidade convite para compras e serviços, na razão de 10% do teto de R$ 176.000,00 que autorizava o emprego desta modalidade licitatória (conforme a aplicação do percentual previsto no inciso II do art. 24 sobre o valor atualizado constante da alínea “a” do inciso II do art. 23, ambos da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 2003, nos termos do Decreto n° 9.412, de 18 de junho de 2018). Tendo sido revogada a Lei nº 8.666, de 1993, este limite de dispensa de licitação para contratação de compras e serviços estaria no inciso II do art. 75 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e seria o mesmo limite para o eventual dano, aumentado para R$ 50.000,00. Mas estes dados acima servem a mero título de informação, pois, não mais se restringe um limite para aplicação do TAC em caso de dano: o TAC pode ser celebrado independentemente de valor do dano já ressarcido ou sob comprometimento de vir a sê-lo.

Sem o cumprimento dos requisitos do art. 62, dos três incisos do *caput* e do § 1º do art. 63, do art. 65, todos da PN CGU nº 27, de 2022, a celebração de TAC é nula, conforme o art.

72 da mesma norma.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 72. É nulo o TAC firmado sem a observância do disposto nesta Portaria Normativa.*

Se, ao fim da fase de admissibilidade, resta cabível a proposta de instauração de processo disciplinar, o § 3° do art. 66 da PN CGU nº 27, de 2022, indica que o parecer de admissibilidade positiva lavrado no âmbito do GNP desde já pode abordar, em caráter propositivo, para o Chefe de Escor, a não pertinência de TAC. Desta feita, a decisão da autoridade pela instauração do processo disciplinar já faz subentender também ter se manifestado pela inaplicabilidade do acordo ao caso. Nesta hipótese, seja por se prever pena superior à suspensão de trinta dias, seja por haver dano à Administração Pública decorrente da conduta ainda não ressarcido e sem comprometimento de vir a sê-lo, seja por existir outro acordo no prazo de dois anos anterior à nova infração ou registro válido de penalidade disciplinar nos assentamentos, convém que o parecer de admissibilidade manifeste esta inaplicabilidade, pois eventual pedido do benefício por parte do servidor já no curso do inquérito administrativo pode ser liminarmente indeferido pela autoridade instauradora com simples remissão àquela peça propositiva e à sua decisão que a acatou.

Ainda na hipótese de admissibilidade positiva e de inaplicabilidade do TAC, embora a norma preveja a possibilidade de o acusado pedir o acordo em até dez dias do recebimento da notificação inicial, não cabe a comissão acrescentar a informação deste direito na peça, pois, se fosse o caso de o Chefe de Escor entender cabível, já o teria ofertado ao servidor sem instaurar o processo disciplinar. Se assim não fez é porque entende inaplicável o TAC e então não faz sentido mencionar uma prerrogativa na notificação inicial que, caso venha a ser pleiteada, muito provavelmente será indeferida, já causando um desconforto logo no início do inquérito disciplinar.

É de se relembrar que o TAC, além de ser uma ferramenta jurídica de resolução consensual de conflitos, também se presta à economia processual, a ser obtida com a dispensa de instauração ou com a não continuidade de processo disciplinar em situações bastante específicas em que os indícios de materialidade e de autoria imporiam a deflagração do rito disciplinar, em razão de infração de menor potencial ofensivo. Subverteria, portanto, toda esta motivação econômica o emprego do TAC para situações que comportam soluções mais eficientes e ágeis, calcadas basicamente em construções jurídico-principiológicas, a exemplo de independência de instâncias judiciais ou administrativas, balizamentos ético-sociais, preservação da vida privada, erro escusável, ausência de ilicitude material, configuração de prescrição, controle gerencial de gestão de pessoas, ex-servidor já demitido, dentre outras. A atuação e a instrumentalidade correcionais não foram estendidas com a introdução desta ferramenta no ordenamento, uma vez que materialidades afetas a outras instâncias jurídico-sociais continuam à margem do regime disciplinar. Não se harmonizaria com o preambular princípio do formalismo moderado a adoção do TAC como uma ferramenta que devesse ser empregada em ocorrências de natureza não disciplinar ou até mesmo em toda e qualquer fase de admissibilidade deflagrada em razão de ilicitude de menor potencial ofensivo, com o que se passaria a exigir do sistema correcional maiores força de trabalho e grau de formalidade.

Em outras palavras, não se pode crer que a introdução do TAC no ordenamento de regência, em lugar de simplificar casos residuais em que se teria de se impor a onerosa instauração de processo disciplinar, venha a tornar mais formalizado, ritualístico e burocratizado o tratamento dado a situações que sempre foram liminarmente arquivadas com base apenas em análise jurídico-principiológica.

Se no transcorrer da fase de admissibilidade, o emprego de quaisquer procedimentos investigativos e/ou a consequente conclusão jurídico-analítica - todos circunscritos à atuação e à decisão exclusivas e exauridas no âmbito do próprio sistema correcional e, portanto, independentes de monitoramentos prolongados no tempo e no espaço da unidade de lotação

ou de exercício do servidor -, autorizarem de imediato e por si sós a proposta de arquivamento do feito, é desnecessário que o parecer propositivo à autoridade instauradora mencione a oferta de TAC.

Reconhece-se que a ampla maioria das ilicitudes e dos consequentes enquadramentos que comportam solução mediante TAC são puníveis originariamente com pena de advertência, uma vez que a pena de suspensão tem a sua maior aplicabilidade decorrente do agravamento da punição justamente para condutas que *a priori* receberiam aquela pena mínima, à vista da ponderação de parâmetros de dosimetria elencados no *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, e no art. 16 do Decreto nº 9.830, de 2019, e, além disto, possui apenas dois enquadramentos originários na citada Lei (incisos XVII e XVIII do art. 117). Sendo assim, de fato, poderia ocorrer muitos casos em que, se impondo no TAC uma ou mais de uma obrigação máxima de dois anos, eventual descumprimento tardio autorizaria cogitar de prescrição da punibilidade da infração suscitadora do acordo. Bastaria que tal descumprimento se desse já após 180 dias desde o conhecimento do fato se não tivesse havido instauração do processo disciplinar ou se desse já após 320 dias desde esta instauração.

Para suprir este problema, o § 3º do art. 70 da PN CGU nº 27, de 2022 (mantendo comando que vem desde a IN CGU/CRG nº 17, de 2019), expressa, de forma inequívoca (eliminando dúvidas ao tempo da normatização original), que a celebração do TAC suspende a contagem prescricional referente à infração que lhe deu causa, até que seja declarado o cumprimento das obrigações pactuadas. Em outras palavras, a norma administrativa trouxe à tona o instituto da condição suspensiva, previsto no inciso I do art. 199 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC). Não prescreve a punibilidade associada àquela infração original enquanto pendente a condição suspensiva de o servidor ter a seu favor a declaração de ter cumprido o acordo. Tal construção normativa é absolutamente indispensável e justificada, para impedir que o descumprimento das obrigações ocorrido já após a data em que *a priori* se teria a configuração da prescrição originária favorecesse o infrator com a extinção da punibilidade.

> *CC - Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:*
> *I - pendendo condição suspensiva;*
>
> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 70.*
> *§ 3º A celebração do TAC suspende a prescrição até o recebimento pela autoridade celebrante da declaração a que se refere o § 1º deste artigo, nos termos do inciso I do art. 199 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.*

A construção da PN CGU nº 27, de 2022, suspendendo o prazo prescricional a partir da celebração do TAC é correta e possui fundamento jurídico. Apenas se ressalva que a base legal poderia ser ainda mais asseguradora de tal cláusula. Resgata-se que a Lei nº 13.140, de 2015, ao dispor sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, estabeleceu, em seu art. 34, que a instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito, como é o caso do TAC, suspende a prescrição, em um comando legal mais cristalino que o do inciso I do art. 199 do CC.

> *Lei nº 13.140, de 2015 - Art. 34. A instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição.*

Na mesma linha, a PN CGU nº 27, de 2022, no § 3º do seu art. 68, foi inequívoca e certeira ao positivar que tão somente o descumprimento em si do TAC já configura uma segunda ilicitude, com prazo prescricional próprio, e desde já enquadrada no inciso III do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, qual seja, de quebra do dever de observar normas legais e regulamentares.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 68.*
> *§ 3º A inobservância das obrigações estabelecidas no TAC caracteriza o descumprimento do dever previsto no inciso III do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990.*

E aqui importa ratificar tal construção normativa, pois, para que se dê o descumprimento do TAC, é de se presumir que o servidor incorreu em nova ilicitude, que ele havia se comprometido a não cometer no prazo pactuado, geradora então de uma nova responsabilização e submetida a uma nova contagem de prazo prescricional, independente da primeira infração. A correta elaboração do termo pela autoridade instauradora deve permitir que, ao se dizer que o TAC foi descumprido, apesar de o servidor ter se comprometido a observá-lo, se tenha um ato de quebra do dever de cumprir o que está estabelecido nos arts. 61 a 72 da PN CGU nº 27, de 2022, desatendendo, portanto, norma regulamentar. Tanto é verdade que a própria norma, no § 2º do seu art. 70, reitera o comando que diz que o servidor reincidiu em prática infracional ao descumprir o TAC, fazendo por merecer uma nova persecução disciplinar.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 70.*
> *§ 2º No caso de descumprimento do TAC, a chefia adotará imediatamente as providências necessárias à instauração ou continuidade do respectivo processo correcional de responsabilização de agentes públicos, sem prejuízo da apuração relativa à inobservância das obrigações previstas no ajustamento de conduta.*

Ademais, em acréscimo, embora o TAC tivesse sido celebrado à vista da cognição inicial indicadora de infração punível com pena máxima de suspensão de até trinta dias, não há impedimento para que, no processo disciplinar subsequente ao TAC não cumprido, já na riqueza do rito contraditório, se decida pela aplicação de pena de suspensão mais grave. Aquela percepção inicial de que a infração original seria de menor potencial ofensivo não vincula a convicção das consequentes comissão disciplinar e autoridade julgadora, que podem sopesar os fatos e agravar, à vista dos parâmetros de dosimetria do *caput* do art. 128 da Lei n° 8.112, de 1990, e no art. 16 do Decreto nº 9.830, de 2019.

Conforme o art. 64 da PN CGU nº 27, de 2022, o TAC estabelece obrigações a serem cumpridas pelo servidor em determinado prazo estipulado pela autoridade instauradora. Como, à luz do § 2° do art. 68 daquela norma, este prazo pode ser, no máximo, de dois anos, nada impede, então, que a autoridade compromitente, a seu critério motivado, estabeleça prazo inferior a dois anos para submissão do servidor às obrigações impostas. Também é possível, na hipótese de imposição de diferentes obrigações, estabelecer prazos diferenciados para cada uma. É de se destacar que esta possibilidade em nada se confunde com o prazo de exatamente dois anos, contados a partir da publicação, no qual se veda que o mesmo agente venha a ser beneficiado por outro TAC firmado antes de nova infração, conforme o inciso II do *caput* e o § 1º do art. 63 da citada norma.

Embora de natureza bastante análoga, o TAC não se confunde com o Acordo de Conduta Pessoal e Profissional (ACPP), que é instrumento regimental ao dispor da Comissão de Ética da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (CE-RFB), como oportunizador ao servidor que infringe preceitos éticos, diante do seu reconhecimento do desvio, a fim de não sofrer o procedimento de apuração ética (PAE) e a eventual sanção (censura) daquela instância.

Feita a apresentação conceitual da ferramenta do TAC, dedica-se agora a descrever a sua instrumentalidade.

Quando a fase de admissibilidade identifica indícios de materialidade e de autoria de infração disciplinar suscitadora *a priori* de pena de advertência ou no máximo de pena de suspensão de até trinta dias em contexto em que não cabem construções principiológicas ou

doutrinárias amparadoras do prévio arquivamento do feito e desde que também atendidas as condições do art. 63 da PN CGU nº 27, de 2022, deve a autoridade instauradora ofertar o TAC ao servidor. Para isto, na regra geral em que o investigado sequer sabe que é alvo de fase de admissibilidade em curso e não se presumindo, portanto, pedido de celebração de acordo, cabe ao parecerista do GNP, motivadamente, propor esta iniciativa, ao final do seu parecer de admissibilidade, à decisão da autoridade instauradora.

Se, excepcionalmente, o investigado tiver ciência da sua possibilidade de vir a responder processo disciplinar e, ainda em fase pré-processual, solicitar o acordo, estando satisfeitas todas as condições, deve o parecerista, motivadamente, propor em sua peça o deferimento do pleito.

Caso o servidor apresente seu pedido de acordo já após a instauração do processo disciplinar, em até dez dias do recebimento da notificação inicial da sua condição de acusado (ou mesmo já vencido este prazo), se não o fizer diretamente junto à autoridade instauradora mas sim por intermédio da comissão, uma vez que não compete ao colegiado decidir o pleito, cabe-lhe apenas deliberar encaminhá-lo, à margem dos autos principais, para a autoridade instauradora decidir deferir ou não, não havendo necessidade de sobrestar o andamento de seus trabalhos apuratórios até a decisão acerca do TAC.

Na hipótese similar à anterior, caso a comissão espontaneamente cogite de sugerir a celebração de TAC no momento inicial do inquérito administrativo, quando ainda nem há uma mudança de convicção em função do avanço dos trabalhos apuratórios na instrução processual, também no prazo recomendado de até dez dias da entrega da notificação inicial (embora se reconheça que a norma não tratou exatamente desta situação no § 2º do art. 66, soa coerente e justificável delimitar o tempo desta iniciativa do colegiado) e também na última hipótese, esta sim na estrita literalidade do comando acima mencionado, caso o trio, até antes da apresentação do relatório, perceba ser necessário abrandar a inferência inicial em razão das provas coletadas, reenquadrando a conduta de modo a se considerar como de menor potencial ofensivo, deve deliberar encaminhar sua sugestão à autoridade instauradora, da mesma forma acima, quando se descreveu a hipótese da provocação advinda do servidor. Ainda nestes dois casos agora tratados, embora não conste da norma, dependendo do grau de contato que porventura a comissão já tenha logrado manter com o servidor, pode, por mera liberalidade sua, antes de sugerir à autoridade instauradora, consultar, mesmo que informalmente, a defesa, a fim de previamente aquilatar a receptividade da ideia, já que, ao final, não caberá imposição. Neste pormenor, a PN CGU nº 27, de 2022, foi silente, não definindo se deve a comissão antes aferir se o acusado se propõe ou se remete a sua proposta diretamente à autoridade instauradora. Embora ambas as formas sejam aceitáveis na norma, soa mais coerente que a comissão remeta a sua proposta diretamente à autoridade instauradora, sem provocar o acusado, a fim de que esta avalie se concorda com ou não. Caso a autoridade instauradora concorde, incumbe-lhe ofertar ao acusado a possibilidade de celebração do TAC. Esta instrumentalidade se justifica como preferível porque poupa de criar no acusado uma expectativa que pode vir a se frustrar.

Em todas as hipóteses possíveis (havendo proposta de oferta espontânea pelo parecerista no parecer de admissibilidade, concordância da autoridade instauradora e aquiescência por parte do servidor; ou havendo pedido do servidor e deferimento por parte da autoridade antes ou depois de ter instaurado o processo disciplinar; ou, ainda, havendo sugestão da comissão, concordância da autoridade instauradora e aquiescência por parte do servidor), a celebração do TAC se dá no corpo do próprio termo que se redige em nome da Administração, a ser assinado pela autoridade e pelo agente, que pode ou não se fazer acompanhar de procurador legalmente constituído.

Conforme os incisos do art. 67 da PN CGU nº 27, de 2022, o texto em si do termo deve conter a identificação do servidor, a informação de que o acordo decorre de iniciativa de

ofício ou de sugestão ou de pedido tempestivamente apresentado, os fundamentos de fato e de direito de sua celebração (ou seja, a descrição da conduta fática, a indicação dos elementos que a comprovam, a apreciação de que repercutiriam em pena de advertência ou no máximo de suspensão de até trinta dias e de que não existem os impedimentos normativos para a concessão do benefício), o expresso comprometimento do agente em cumprir as obrigações pactuadas, bem como o prazo e o modo de cumprimento e forma pelo qual a chefia imediata do servidor deverá fiscalizar a conduta do subordinado.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 67. O TAC deverá conter:*
> *I - a qualificação do agente público envolvido;*
> *II - os fundamentos de fato e de direito para sua celebração;*
> *III - a descrição das obrigações assumidas;*
> *IV - o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações; e*
> *V - a forma de fiscalização das obrigações assumidas.*

Reconhece-se que a maior dificuldade na redação do termo reside no estabelecimento das obrigações a serem impostas ao servidor. É preciso ter cuidado para harmonizar com proporcionalidade e equilíbrio uma forma concreta de reprimenda sobre o infrator associada ao cargo e ao interesse público e sem resvalar em vieses de pessoalidade, constrangimento, humilhação e sem invadir a vida privada com comandos completamente dissociados da infração suscitadora do TAC. Não soa razoável e coerente com a norma de regência que as obrigações impostas tenham natureza de penas alternativas totalmente à margem do arcabouço estatutário, tais como seriam comandos de prestações de serviços comunitários ou de ações com reflexos exclusivos sobre a sociedade civil.

As obrigações a serem pactuadas por tempo certo (no máximo por dois anos, igualmente para todas ou por prazos diferentes para cada obrigação) tanto podem reproduzir enquadramentos legais de deveres ou de proibições estatutárias puníveis com advertência ou no máximo com suspensão de até trinta dias como podem introduzir determinações de fazer ou de não fazer extraestatutárias, inclusive de naturezas distintas. Não obstante aqui se exemplificar no plural, nada impede que a autoridade entenda suficiente e necessária uma única obrigação. A meros títulos de exemplos, pode-se obrigar ao servidor participar de eventos de capacitação ou de reciclagem ou seguir de forma expressa determinado manual interno de procedimentalização no respectivo processo de trabalho, bem como passar a buscar a devida orientação em caso de dúvidas ou inseguranças posteriores, ou elaborar trabalhos ou estudos técnicos ou ter de observar prazos específicos para cumprir tarefas ou ter de se submeter a um controle individualizado de cumprimento de jornada de trabalho ou de produtividade ou ainda de preservação ou de conservação de bens ou de materiais de consumo. Também pode ser exigido que o servidor tome providências ou atitudes que, de forma imediata, reduza ou elimine efeitos de sua conduta infracional, tais como se retratar formalmente ou reparar os efeitos de sua irregularidade (seja integralmente, seja em parte) ou regularizar situações que restaram ao arrepio da normatização após a ilicitude ou ainda qualquer outra medida que vise a reconstituir o equilíbrio interno da Administração e que foi rompido ou prejudicado com o ilícito.

Na verdade, mesmo nas chamadas obrigações extraestatutárias, assim entendidas como aquelas não expressas como enquadramentos positivados na lei, não se cogita de invadir a vida privada do servidor impondo-lhe ordens que extrapolem os liames da reação estatutária; tais obrigações devem se circunscrever a comandos que reflitam ou que ramifiquem os princípios reitores da Administração, desde sempre aplicáveis independentemente de expressão na lei, a exemplo de princípios da legalidade, da hierarquia e da moralidade. Sempre que cabível, é necessário ainda que o termo especifique as formas como devem ser cumpridas as obrigações.

O *caput* e o § 1º do art. 68 da PN CGU nº 27, de 2022, primeiramente, definem que as

obrigações impostas devem ser proporcionais e adequadas à conduta infracional e ao objetivo reeducador do TAC e, em seguida, apresentam lista exemplificativa de espécies de imposições passíveis de serem elencadas no termo.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 68. As obrigações estabelecidas pela Administração devem ser proporcionais e adequadas à conduta praticada, visando mitigar a ocorrência de nova infração e compensar eventual dano.*
> *§ 1º As obrigações estabelecidas no TAC poderão compreender, dentre outras:*
> *I - a reparação do dano causado;*
> *II - a retratação do interessado;*
> *III - a participação em cursos visando à correta compreensão dos seus deveres e proibições ou à melhoria da qualidade do serviço desempenhado;*
> *IV - o acordo relativo ao cumprimento de horário de trabalho e compensação de horas não trabalhadas;*
> *V - o cumprimento de metas de desempenho; e*
> *VI - a sujeição a controles específicos relativos à conduta irregular praticada.*

O termo também deve expressar a forma como a chefia imediata do servidor se incumbe de fiscalizar o cumprimento das obrigações pactuadas, para que, ao final do prazo imposto, informe à autoridade instauradora se as determinações foram ou não atendidas.

Considerando então que a própria chefia imediata do servidor terá o ônus de fiscalizar o cumprimento das obrigações impostas - sejam aquelas de resolução imediata, sejam aquelas por período de tempo determinado - e reconhecendo ser o estabelecimento destas obrigações o item de maior dificuldade de elaboração e de redação da parte da autoridade correcional, pode o Chefe de Escor, na peculiaridade de um caso concreto em que tal dificuldade lhe pareça intransponível, buscar o contato com o titular da unidade ou com o chefe imediato do servidor, a fim de lhe pedir indicação de obrigações que possam, ao mesmo tempo, atender as condições de traduzirem interesse correcional de ajuste comportamental ou, se inaplicável, ao menos interesse público como um todo e viabilidade fiscalizatória. Importante destacar que esta estratégia de formular contato com a unidade de origem se revela aqui como apenas uma possibilidade que se oferta à autoridade instauradora em casos residuais em que, a despeito de todos seus exaustivos esforços, excepcionalmente não logra vislumbrar o que possa impor ao faltoso além de descrever deveres legais genéricos. Em outras palavras, nem se estimula e se vulgariza esta opção ao dispor do Chefe do Escor (que, pode, após uma desafortunada consulta de tal natureza, agora se sentir de certa forma vinculado a uma sugestão impertinente dos gestores locais), e nem se critica caso eventualmente a autoridade correcional, esgotados em vão seus esforços de elaboração, não vislumbra outra hipótese que não seja a consulta local, até porque à corregedoria não convém impor uma obrigação que nada contribua, em termos de interesse público, com a unidade em si ou com a Administração como um todo, ou que a exponha à crítica local por sua implausibilidade, impraticabilidade ou impossibilidade de ser fiscalizada.

O art. 69 da PN CGU nº 27, de 2022, estabelece, no *caput* e nos seus três incisos e no § 2°, que a celebração do TAC deve ser publicada em boletim interno (no Boletim de Serviço - BS RFB, no caso), na forma de extrato resumido (com nome do servidor, número do processo e descrição genérica do fato) e deve ser comunicada ao chefe imediato do celebrante (ou a quem o substituir em seus afastamentos e impedimentos legais ou regulamentares ou o suceder em casos de nova localização na mesma unidade ou de mudança de unidade de exercício ou de lotação), com cópia do termo.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 69. Após a celebração do TAC, será publicado extrato do termo em boletim interno ou no Diário Oficial da União, contendo:*
> *I - o número do processo;*
> *II - o nome do servidor celebrante; e*
> *III - a descrição genérica do fato.*

> *§ 2º A celebração do TAC será comunicada à chefia imediata do agente público, com o envio de cópia do termo para acompanhamento do seu efetivo cumprimento.*

Ademais, segundo o *caput* do art. 70 da PN CGU nº 27, de 2022, a celebração do TAC deve ser registrada nos assentamentos funcionais do agente. No silêncio expresso da norma, pode-se compreender que a validade jurídica deste registro se limita a dois anos, na leitura sistemática do inciso II do art. 63, que veda em tal período a celebração de novo acordo posterior a uma segunda infração a contar da publicação do TAC anterior. Se o TAC não tem natureza punitiva e, como tal, não seria justo que agregasse gravames na vida funcional do servidor nos prazos de três e de cinco anos que o art. 131 da Lei nº 8.112, de 1990, vincula às penas efetivamente aplicadas, um (ou talvez até mesmo o único) objetivo deste registro existir é de impedir nova celebração, daí é fácil compor que perde validade após dois anos (o que não significa que o registro seja fisicamente eliminado - o registro permanece nos assentamentos, mas sem possibilidade de produzir efeitos jurídicos). Além disto, o art. 71 da mesma norma estabelece que compete ao órgão (no caso, ao sistema correcional) manter atualizado o registro acerca do cumprimento do acordo.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 70. O TAC será registrado nos assentamentos funcionais do agente público.*
> *Art. 71. Compete aos órgãos e entidades, incluídas as empresas públicas e sociedades de economia mista, manter registro atualizado sobre o cumprimento das condições estabelecidas no TAC.*

Ao final do prazo imposto, a autoridade instauradora deve instar o chefe imediato a enviar declaração informando se o servidor cumpriu, ou não, com as obrigações pactuadas. Esta declaração deve ser autuada.

Caso a chefia imediata declare o cumprimento das obrigações, fica impedida a instauração de rito disciplinar em razão do mesmo fato, de acordo com o § 1° do art. 70 da PN CGU nº 27, de 2022, e cabe à autoridade instauradora despachar os autos para arquivamento

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 70.*
> *§ 1º Declarado o cumprimento das condições do TAC pela chefia imediata do agente público, não será instaurado processo correcional de responsabilização de agentes públicos pelos mesmos fatos objeto do ajuste.*

Não obstante, é de compreender e de se registrar no termo que a celebração de TAC, obviamente, não limita ou afasta qualquer dever ou proibição legal ou normativa a que se vincula o servidor e não prejudica, inibe ou veda a instauração de procedimentos correcionais diante de fatos distintos daqueles descritos no acordo de que se venha a ter conhecimento.

E cabe ao servidor comunicar à autoridade instauradora o surgimento de fatos ou de circunstâncias alheios à sua vontade e à margem de sua iniciativa e de seu controle que impeçam o cumprimento do pactuado

Do contrário, na linha do já reproduzido § 2° do art. 70 da PN CGU nº 27, de 2022, se a declaração enviada pela chefia imediata informar que o servidor descumpriu as obrigações, deve a autoridade instauradora retomar a fase de admissibilidade, remetendo o processo ao GNP, a fim de se diligenciar para a instauração do processo disciplinar em razão da infração original ou determinar que se retome o prosseguimento do rito porventura já iniciado. Relembre-se que a prescrição da punibilidade original resta suspensa desde a celebração, à luz do § 3º do mesmo comando normativo, e sem prejuízo da apuração da nova infração (isto porque a obrigação a ser imposta ao servidor no TAC deve ser tal que seu descumprimento configure uma segunda ilicitude, já previamente normatizada a se enquadrar no inciso III do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, de quebra do dever de observar normas legais e regulamentares, com termo inicial prescricional próprio). Reitere-se que não há impedimento

normativo para que o processo disciplinar consecutivo ao TAC não cumprido, ao seu final, imponha ao infrator pena de suspensão superior a trinta dias. Afinal, no momento da celebração, era ainda precária e incipiente a percepção de que a infração original que deu origem ao TAC seria de menor potencial de afronta e, consequentemente, punível com advertência ou com suspensão até aquele limite. Pode a comissão processante e a autoridade julgadora agravarem a pena para suspensão mais grave, nos termos permitidos pelos parâmetros de dosimetria do *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, e do art. 16 do Decreto nº 9.830, de 2019.

Por fim, cabe mencionar duas situações peculiares, para as quais, a despeito do que poderia ser a primeira e apressada impressão, a leitura sistemática da normatização de regência acima indica a possibilidade de admitir que não há vedação para celebração de TAC. Mesmo reconhecendo se tratar de duas situações em que, diante de infrações de pequeno grau de afronta, o pragmatismo indica a favor do arquivamento da ocorrência em fase de admissibilidade, por apego ao preciosismo, convém deixá-las registradas ao final da exposição sobre o TAC. A primeira hipótese a se mencionar é do servidor afastado ou em gozo de licença em período que se sobreponha ao período de imposição de obrigações, ainda que seja licença médica (a única exceção é licença médica em razão de doença mental incapacitante, pois se presume que, em tal condição, o servidor não teria capacidade para manifestar livre arbítrio para assinar um termo consensual). A segunda hipótese a se mencionar, reconhecidamente de ainda menor plausibilidade fática e de baixíssimo interesse correcional, é do aposentado incurso em infração não expulsiva e, contra quem, por algum motivo muito específico, cogite-se de deflagração de instância disciplinar visando a apenas registrar o fato nos assentamentos funcionais e pode se mostrar mais vantajosa tanto para Administração quanto para o inativo a celebração do TAC que a instauração de processo disciplinar com repercussão de registro nos assentamentos. Obviamente, estas excepcionais hipóteses - não vedadas - de celebração de TAC impõem à autoridade instauradora uma maior dificuldade para determinar as obrigações a serem cumpridas fora do ambiente de trabalho e acarretam na chefia imediata e na projeção de gestão de pessoas muito maiores dificuldades para fiscalizar o cumprimento por parte, respectivamente, do afastado ou licenciado e do aposentado.

3 - DEFINIÇÕES E CONCEITOS INTRODUTÓRIOS

Caso a fase de admissibilidade conclua pela existência de indícios de materialidade e de autoria de suposta irregularidade funcional cometida por servidor no pleno exercício do seu cargo ou em ato a ele associado, a autoridade instauradora deve decidir pelo acatamento da representação ou da denúncia e instaurar o processo disciplinar, com o fim de se comprovar a configuração ou não da infração e de se esclarecer se há ou não responsabilização funcional a se imputar ao infrator.

Todavia, antes de adentrar na descrição do rito processual da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, faz-se indispensável apresentar alguns conceitos introdutórios do regime disciplinar e do processo disciplinar, sobretudo acerca do alcance desta instância de Direito e das diversas fontes que a informam.

3.1 - CONCEITUAÇÃO, OBJETIVOS, MATERIALIDADE, AUTORIA E RESPONSABILIZAÇÃO

Como em diversas outras instâncias jurídicas, o Direito Administrativo Disciplinar possui uma parte substancial, de Direito material, chamada de regime disciplinar, e uma parte instrumental, de Direito processual, que é o processo disciplinar propriamente dito (que, em antiga e já superada acepção, era chamada de adjetiva, para demarcar a então inexistente autonomia e a total dependência do Direito processual em relação ao Direito material, tido como substantivo). Na instância administrativa federal, ambas as partes têm base legal na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990: o regime disciplinar está regulado no seu Título IV (dos arts. 116 a 142) e o processo disciplinar está regulado no seu Título V (dos arts. 143 a 182). Enquanto o regime disciplinar define as infrações disciplinares (nos arts. 116, 117 e 132), as penalidades administrativas a elas associadas (no arts. 127 e 129 a 135), a competência para aplicar estas penalidades (no art. 141) e o prazo de prescrição da punibilidade (no art. 142), em direto corolário dos princípios da legalidade e da segurança da relação jurídica, o processo disciplinar, como uma sequência legal de atos, utiliza-se de determinado rito ou procedimento para se comprovar o cometimento da ilicitude ou a inocência do servidor e, em consequência, se for o caso, para se apená-lo, na devida forma legal, com a pena associada.

> *"O ilícito administrativo, consoante se tem afirmado no bojo deste estudo, é introduzido no ordenamento sancionador por intermédio de veículo introdutor primário (lei ou decreto autônomo). Deste modo, os estatutos disciplinares têm o condão de elencar os ilícitos afetos ao serviço público e assim o fazem, ora de forma analítica, ora por meio de normas compostas de elementos normativos, ou, ainda, normas em branco ou vagas, como acima já explanado. Com o advento da Emenda constitucional 32, de 11.09.2001, que modificou a redação do art. 84, VI, "a", da CF/88, fazendo ressurgir, in casu, o decreto autônomo, podem as infrações disciplinares ser estatuídas autonomamente por decreto presidencial nos termos do referido artigo da Constituição.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pgs. 389, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Decerto, o regime disciplinar e o processo disciplinar são institutos de que dispõe a Administração para, diante de ilícitos disciplinares cometidos por seus servidores, exercer seu *jus puniendi* com o fim não só de restabelecer a ordem interna afetada pela infração como também com efeito didático-intimidador sobre o corpo funcional vinculado. Ao se exercitar a pretensão punitiva estatal, gera-se um efeito preventivo para o restante do quadro funcional, quando este passa a ter noção de que a conduta infracional não é tolerada, conforme também pontua a doutrina.

> *"Assim, se o Estado adota com as peculiaridades mesológicas, materiais,*

> *ideológicas e de conveniência especial a sua organização, faz com que (...) emita também regras de conduta e, em decorrência destas, a punição para o agente faltoso.*
> *Isto, em Direito Administrativo Disciplinar, é em primeiro plano, a imputabilidade comprovada e, em segundo plano, a punibilidade legal e inteiramente procedente.*
> *Ora, do exercício deste verdadeiro jus puniendi é que decorre, mesmo em abstrato, o que podemos denominar pretensão punitiva do Estado.*
> *O Estado, fazendo conhecer com caráter absolutamente legal e moral esta punição, adequada para a natureza da infração, ele, implicitamente, está fazendo também conhecer que possui inquestionavelmente a sua pretensão punitiva, e esta atua como que indiretamente numa verdadeira coação subjetiva de caráter genérico, quer para o agente potencial da infração estatutária, quer para o servidor público que, in concreto, cometeu um ilícito administrativo."*
> *Egberto Maia Luz, "Direito Administrativo Disciplinar", pg. 69, Edições Profissionais, 4ª edição, 2002*

Assim se inter-relacionam os três conceitos: enquanto o processo disciplinar propriamente dito constitui-se em uma conjugação ordenada de atos na busca da correta e justa aplicação do regime disciplinar, chama-se de procedimento (ou rito) o caminho, a forma utilizada para se conjugar ordenadamente os atos do processo, na busca daquele objetivo. E, para este fim, antecipa-se que a Lei nº 8.112, de 1990, prevê três diferentes procedimentos: o processo disciplinar (PAD) *stricto sensu* (que pode ter ritos ordinário ou sumário) e a sindicância disciplinar.

Aqui, vale repetir o já aduzido em **2.5.3.2**, quando se apresentaram os procedimentos investigativos que antecedem o eventual process disciplinar, agora alternando a ênfase para este segundo procedimento consecutivo. A Instrução Normativa (IN) CGU n° 14, de 14 de novembro de 2018, na leitura conjunta do parágrafo único do art. 1°, e dos arts. 4° a 6°, estabeleceu que o grande gênero dos procedimentos correcionais, dentro dos quais se entabula toda atividade correcional em termos instrumentais, comporta duas linhas de subdivisões. A primeira, em função da natureza do procedimento, subdivide nos subgêneros dos procedimentos correcionais investigativos, que demarcam a fase de admissibilidade (de índole sigilosa, inquisitorial e discricionária, destacadamente a análise preliminar, a sindicância investigativa e a sindicância patrimonial, em face de servidores, e a investigçao preliminar, em face de pessoas jurídicas) e dos procedimentoss correcionais contraditórios (de fim punitivo, com garatias constitucionais de defesa, destacadamente a sindicância disciplinar, o processo administrativo disciplinar - PAD e o processo administrativo de servidores de responsabilização de pessoas jurídicas - PAR). Entremeada a esta primeira subdivisão, a segunda subdivisão possível, em função do pólo passivo, subdivide nos subgêneros de proedimentos correcionais de responsabilização de pessoa jurídica (a investigação preliminar e o PAR) e dos procedimentos correcionais disciplinares (todos os demais procedimentos, sendo a se destacar no presente tópico a sisndicância disciplinar e o PAD).

> *IN CGU n° 14, de 2018 - Art. 1º.*
> *Parágrafo único. Para os fins desta Instrução Normativa, entende-se por:*
> *I - procedimento disciplinar: processo ou procedimento administrativo destinado a apurar irregularidades disciplinares praticadas por servidores ou empregados públicos;*
> *II - procedimento de responsabilização de entes privados: processo ou procedimento administrativo destinado a apurar atos lesivos praticados por pessoa jurídica contra a administração pública, nacional ou estrangeira, nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013; e*
> *III - procedimento correcional: procedimento disciplinar ou procedimento de responsabilização de entes privados.*

> *Art. 4º Os procedimentos correcionais podem ter natureza investigativa ou acusatória.*
> *Art. 5º São procedimentos correcionais investigativos:*
> *I - a investigação preliminar (IP);*
> *II - a sindicância investigativa (SINVE); e*
> *III - a sindicância patrimonial (SINPA).*
> *Parágrafo único. Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal poderão normatizar internamente procedimentos disciplinares de natureza investigativa, observada a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e demais normas aplicáveis.*
> *Art. 6° São procedimentos correcionais acusatórios:*
> *I - a sindicância acusatória (SINAC);*
> *II - o processo administrativo disciplinar (PAD);*
> *III - o processo administrativo disciplinar sumário;*
> *IV - a sindicância disciplinar para servidores temporários regidos pela Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993;*
> *V - o procedimento disciplinar para empregados públicos regidos pela Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000;*
> *VI - o processo administrativo sancionador relativo aos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista (PAS); e*
> *VII - o processo administrativo de responsabilização (PAR).*

Além do emprego do termo "procedimento" voltado ao rito, também é pertinente aqui reiterar a terminologia convencionada e introduzida em **1**, diferenciando este intituto do conceito de "processo". O instituto do "procedimento" é empregável também no sentido de gênero, dentro do qual cabe, como espécie, o instituto do "processo", tendo como um dos possíveis elementos diferenciadores a existência da natureza contraditória, com o que se dividem os procedimentos correcionais investigativos, em que não se assegura aquele direito fundamental individual de molde constitucional, e o processo disciplinar, que exige a sua garantia. Esta linha conceitual diferenciadora também é adotada pela doutrina.

> *"Como seu próprio nome demonstra o PAD é um processo, não um procedimento. Sobre a diferenciação entre processo e procedimento administrativo há controvérsias antigas no âmbito do direito processual e se referem a aspectos terminológicos e substanciais. (…).*
> *A partir do estudo de Benvenuti, intitulado "Funzione Amministrativa" (1952), delineou-se mais nitidamente a noção de 'procedimento' e 'processo', reduzindo-se o menosprezo pelo "procedimento", que readquiriu prestígio científico. A partir daí passou-se a raciocinar o procedimento como gênero e o processo como espécie, surgindo duas orientações principais: o critério da colaboração dos interessados, e o critério do contraditório.*
> *A evolução dos estudos sobre 'procedimento x processo' culminou na concepção do procedimento-gênero, com representação da passagem do poder em ato. Nesse enfoque, o procedimento consiste na sucessão necessária de atos encadeados entre si, que antecede e prepara um ato final. O procedimento se expressa como processo se for prevista também a cooperação de sujeitos, sob prisma contraditório.*
> *Tais conceitos resultam da combinação do critério da colaboração das partes e do contraditório, que melhor extraíram a essência das duas figuras. Também se admite o uso do critério da complexidade, na medida em que o processo, por significar colaboração dos interessados em contraditório, traduz malha mais rica de vínculos do que o procedimento.*
> *Essa diferenciação entre processo e procedimento, vinculando o primeiro à existência de contraditório e participação dos interessados, alinha-se ao magistério de Sandro Dezan e Jader Ferreira Martins, para quem processo é a relação jurídica em contraditório, na qual as partes se vinculam por meio de direitos e deveres, enquanto procedimento é a forma como a relação jurídica*

> *processual se apresenta, por meio de um encadear de atos subsequentes.*
> *A partir dessas lições de Odete Medauar, Sando Dezan e Jader Ferreira Martins sobre a diferença entre processo e procedimento, pode-se concluir que o procedimento administrativo está ligado a atos mais simples, enquanto o processo administrativo se liga ao encadeamento de atos que buscam uma decisão, sob o manto do contraditório.", Luciano Rosa Vicente, "O Impacto dos Instrumentos Desburocratizantes na Celeridade Processual da Corregedoria da Receita Federal do Brasil", Dissertação de Mestrado em Direito no Centro Universitário de Brasília, pg. 14, 2021*

Independentemente do rito, como nas demais instâncias jurídicas, o processo disciplinar não subsiste por si só e não deve ser entendido jamais como um fim em si mesmo, mas sim como meio de instrumentalização da correta e devida aplicação do regime disciplinar. Se é assim, cogitando-se da base principiológica que informa o Direito Público punitivo no ordenamento pátrio, conclui-se também que o processo disciplinar é a ferramenta jurídica por intermédio da qual se assegura a busca da justa aplicação do Direito (e da justiça, em síntese).

Com esta interpretação mais ampla, percebe-se que o processo disciplinar não só é o meio legal para a aplicação de qualquer tipo de penalidade administrativa mas também deve ser compreendido como instrumento de prova de inocência do servidor. Daí, como corolário, o processo disciplinar deve ser entendido como uma prerrogativa exclusiva do servidor, uma vez que a possível conclusão por responsabilização e a consequente apenação somente se darão após se submeter ao rito com garantia de ampla defesa e de contraditório e, no caso contrário, funciona como o rito propiciador da comprovação da sua inocência, proteções estas que não se atribuem aos trabalhadores da iniciativa privada, regidos pela legislação trabalhista, e nem sequer, na mesma extensão, aos demais agentes públicos não regidos pela Lei nº 8.112, de 1990, como, a título de exemplo, os empregados públicos celetistas.

Se é verdade que, dentre as inúmeras atividades que competem à Administração Pública, encontra-se o poder disciplinar sobre seus agentes, o processo disciplinar funciona como instrumento, ao mesmo tempo, de exercício controlado deste poder e de proteção dos direitos que a legislação prevê para os servidores, como o devido processo legal de índole conservadora e cautelosa asseguradora do emprego destes direitos, afastando-se perseguições pessoais e arbítrio.

Em síntese, cabe ao aplicador do Direito, sobretudo aquele que dá seus primeiros passos e digladia com suas inaugurais experiências nesta instância, deixar-se permear pela certeza axiomática e principiológica de que o processo disciplinar tem como objetivo específico única e tão somente esclarecer a verdade dos fatos constantes da representação ou denúncia, sem jamais se preocupar com o mero resultado dele decorrente, de incriminar ou exculpar indevidamente o servidor. E nem se diga que o acima exposto revela apenas vontade ou posicionamento doutrinários; ao contrário, este sempre foi e ainda é o entendimento oficial, segundo manifestações dos órgãos detentores da competência de se manifestar em nome da Administração, a cada tempo - o extinto Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp) e a Advocacia-Geral da União (AGU), respectivamente por meio de sua Formulação Dasp nº 215 e do Parecer AGU nº GQ-98, conforme se reproduz.

> *Formulação Dasp nº 215. Inquérito administrativo*
> *O inquérito administrativo não visa apenas a apurar infrações, mas também oferecer oportunidade de defesa.*
>
> *Parecer AGU nº GQ-98, não vinculante: "11. Porém, à investigação se procede com o objetivo exclusivo de precisar a verdade dos fatos, sem a preocupação de incriminar ou exculpar indevidamente o servidor."*

A síntese positivada de todo este rol de posicionamentos veio à tona com a já

mencionada IN CGU n° 14, de 2018, que, no seu art. 2°, expressou o rol de objetivos da atuação correcional, albergando, desde a promoção preventiva da ética e da tranparência, com que se evita o cometimento de ilicitudes, passando pela busca da qualidade e da efetividade dos trabalhos persecutórios, a fim de atingir a justa punição dos infratores, disseminando um efeito inibidor de novas infrações e reequilibrador da integridade pública interna.

> *IN CGU n° 14, de 2018 - Art. 2º A atividade correcional tem como objetivos:*
> *I - dissuadir e prevenir a prática de irregularidades administrativas;*
> *II - responsabilizar servidores e empregados públicos que cometam ilícitos disciplinares e entes privados que pratiquem atos lesivos contra a Administração Pública;*
> *III - zelar pela eficiência, eficácia e efetividade das apurações correcionais;*
> *IV - contribuir para o fortalecimento da integridade pública; e*
> *V - promover a ética e a transparência na relação público-privada.*

Com isto, enfim, pode-se definir o processo disciplinar como a sucessão formal de atos realizados pela Administração Pública, por determinação legal e em atendimento a princípios de Direito, com o objetivo único de apurar os fatos relacionados com a disciplina de seus servidores (ou seja, os ilícitos disciplinares). Em outras palavras, o processo disciplinar consubstancia-se na parte instrumental-processual estatutária com que o ente público busca a comprovação do binômio materialidade e autoria em decorrência das notícias que lhe chegam ao conhecimento de suposto cometimento de irregularidades.

Não obstante, para o fim da correta e devida aplicação do regime disciplinar, para o quê o processo disciplinar atua como instrumento, cabe um parêntese nesta apresentação da concatenação conceitual para se ressaltar de imediato a importância que o aplicador deve prestar ao art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, em geral mitigada talvez pelo fato de o legislador tê-lo inserido no meio do Título V, que trata da parte processual. A determinação imposta por este dispositivo legal é de tamanha importância que deveria ter sido introduzida na Lei não se referindo somente ao processo (que, por ser apenas instrumental, em última análise, não tem um objetivo próprio que sobreviva por si só), mas sim deveria ter constado de forma destacada como uma disposição geral, como um preâmbulo de toda a matéria disciplinar do Estatuto, restringindo a abrangência do Direito Administrativo Disciplinar como um todo. O art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, atua como um delimitador legal da atuação estatal punitiva sobre seu corpo funcional, definindo que esta instância punitiva, como regra, limita-se tão somente a atos ilícitos funcionais (grife-se, de forma antecipada, que tal expressão qualificada, substantivamente, quer se referir a atos com algum grau de vinculação, direta ou indireta, com o cargo) cometidos por servidor.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 148. O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.*

Na prática, independentemente da técnica redacional adotada pelo legislador, o mandamento delimitador do enfoque de atuação embutido no art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, deve ser lido não apenas para aplicação do processo disciplinar (visto que não se aplica o processo como um fim em si mesmo; o processo não se move de forma autônoma, mas sim como instrumento de aplicação do regime disciplinar), de forma que possa se falar, indistintamente, em limitação da aplicação do regime ou do processo disciplinar, pois, de uma forma ou de outra, se estará respeitando a vontade maior da Lei, que é de limitar a aplicação do Direito Administrativo Disciplinar como um todo.

Similar conceituação se empregou internamente, no inciso V do art. 1º da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017.

> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 1º A apuração de irregularidade de*

> *natureza disciplinar no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) será feita mediante os seguintes procedimentos correcionais:*
> *V - processo administrativo disciplinar (PAD): instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontrava investido à época dos fatos.*

Sendo assim, na matéria que aqui interessa, informe-se que tal mandamento, acerca da delimitada abrangência do regime e do processo disciplinares, se volta tanto à autoridade instauradora, em seu juízo de admissibilidade antes de instaurar o processo; quanto também se projeta adiante, seja à comissão processante, ao conduzir o apuratório e concluir pelo cometimento ou não de irregularidade, seja, por fim, à autoridade julgadora, ao decidir pelo arquivamento ou pela punição do servidor.

Neste ponto, é de se destacar a rica e dupla leitura que se extrai do art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990. Se, por um lado, o dispositivo freia o indevido ímpeto persecutório e punitivo da Administração, por outro lado, dentro do foco de atuação que ele mesmo permite, o mandamento confere uma relevante abrangência ao regime disciplinar. Este dispositivo legal, conforme sua literalidade, deve ser lido atentamente em duas partes: a parte inicial define o processo disciplinar como o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor "*por infração praticada no exercício de suas atribuições*", enquanto a parte final acrescenta que é também o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração "*que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido*".

Percebe-se que a parte inicial do art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, é de entendimento e de aplicação absolutamente cristalinos e previsíveis ou ainda inquestionáveis e esperados na matéria em tela: o processo disciplinar é o instrumento para apurar atos ilícitos cometidos por servidor no pleno exercício de seu cargo, o que se confunde com a própria certeza de que o ato guarda inexorável relação com o cargo. A *contrario sensu*, esta primeira parte permite extrair a regra geral de que o regime disciplinar, *a priori*, não alcança, por exemplo, atos do servidor totalmente dissociados do cargo que ocupa. Mas, por ora, o que se quer ressaltar é justamente a importância - nem sempre percebida - da parte final do dispositivo legal, que também prevê a aplicação do processo disciplinar para apurar atos que, embora não cometidos no pleno exercício do cargo, guardam uma relação ainda que indireta com o múnus ou função pública do servidor. Esta parte final do dispositivo, então, excepcionando a regra geral da parte inicial, confere poderes à Administração para processar o servidor por atos ou comportamentos que, embora praticados, por exemplo, em ambiente de sua vida privada, em momento em que o agente não está no pleno exercício do seu múnus (cometidos fora da repartição ou fora da jornada de trabalho), guardem relação direta ou pelo menos indireta (nem que seja sob presunção legal) com o cargo que ocupa ou com as suas atribuições legais ou ainda com a instituição ou que de alguma forma neles interfira, conforme melhor se abordará conclusivamente em **3.2.3.1.6**.

Repise-se que o art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, é um delimitador da atuação estatal punitiva; mas também, ao mesmo tempo, deve o aplicador perceber que, dentro do universo delimitado de atuação legalmente permitida, o regime disciplinar incide de forma abrangente. Neste rumo, por exemplo, em princípio, o regime disciplinar também se aplica para atos cometidos por servidor em desvio de função. Não obstante a crítica que cabe à prática do desvio de função, é de se compreender que o ato cometido em tal condição é funcional e guarda relação indireta com o cargo regular do servidor em desvio. O infrator somente pode chegar ao estado de atuar em desvio de função porque, na base, como pré-requisito e demonstrador da existência de relação ao menos indireta com o seu cargo regular, ele é servidor. Investir em alegação em sentido contrário, a favor da não responsabilização por ato cometido em desvio de função, significaria fomentar inaceitável impunidade em decorrência de mero aspecto formal. A doutrina expressa o mesmo entendimento.

> *"(...) Se (...) o servidor desviado de função comete infração (...) em razão daquele cargo que estava ocupando de modo irregular, é cabível a apuração pela via do processo disciplinar, ou este deve apenas ser instaurado quando forem irregularidades (...) que tenham relação com as atribuições do seu cargo, o de investidura regular? Em nosso entender, quando o dispositivo fala em 'cargo em que se encontre investido', a expressão atinge a investidura regular, o desvio de função ou mesmo a situação por demais anômala do funcionário de fato." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pgs. 102 e 103, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Ainda acerca da inteligência do art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, no que tange ao seu alcance material, é indispensável atualizar as percepções de local e de momento de cometimento de infrações disciplinares. As noções de repartição, como uma dependência qualquer do servidço público, espacialmente delimitada, e a noção de jornada de trabalho, em geral realizada entre 8 e 17 horas dos cinco dias úteis de cada semana, foram fortemente relativizadas com o rápido avanço tecnológico. A tradicional busca, como regra, da conduta ilícita praticada no recinto da repartição e dentro da jornada de trabalho do servidor, se já era mitigada em razão do alcance da parte final do art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, para, excepcionalmente, atingir condutas perpetradas em ambiente e em horário fora deste padrão e mais próximas do contexto de vida privada, tornou-se ainda mais superada e insuficiente com a maciça adoção do programa de gestão na modalidade de teletrabalho, exposto em **2.2.1.4**, e também com o inevitável emprego de recursos tecnológicos que permitem a prática de atos administrativos e de atos processuais (como todo tipo de reunião, por exemplo) em ambiente virtual.

Todas estas ferramentas de gestão mitigaram os limites físicos de espaço e de tempo aos quais tradicionalmente, como regra geral, se associava o cometimento de ilicitudes, quais sejam, dos limites da repartição e da faixa de horário convencional de jornada de trabalho. No atual contexto, tanto o regular desempenho das atribuições do cargo quanto o cometimento de ilicitudes pode se dar na residência do servidor ou em outra unidade diferente da sua unidade de lotação e em qualquer horário dia dos sete dias da semana.

Se, por um lado, é certo que tais ferramentas de gestão em muito contribuíram para agilização das atividades e para o implemento de maior conforto e qualidade de vida para os servidores, de outro lado, trouxeram o desafio de ter se tornado ainda mais difícil para a Administração controlar e monitorar a conduta humana, praticada fora das dependências da repartição, longe dos olhares de colegas e chefes, em horários atípicos e podendo se concretizar mediante equipamentos tecnológicos próprios, sem as devidas políticas de segurança dos equipamentos institucionais.

Fechado aquele parêntese em que se apresentou a correta leitura demandada pelo art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, retoma-se o encadeamento conceitual. Do exposto até aqui, pode-se sintetizar que a decorrência do cometimento do ilícito disciplinar - compreendido como ato associado diretamente ao exercício das atribuições legais do cargo ou, indiretamente, a pretexto de exercê-las -, é a responsabilização administrativa, que se dá pela aplicação das penalidades estatutárias, e que o processo disciplinar é o instrumento legal necessário para responsabilizar administrativamente o servidor infrator. Reitere-se que a possível responsabilização administrativa ao final e a consequente apenação são meras decorrências do poder-dever de apurar os fatos; a aplicação de pena, por si só, não é objetivo do processo disciplinar.

Conforme se extrai do art. 124 da Lei nº 8.112, de 1990, a responsabilização administrativa requer que se comprovem nos autos, objetivamente, a materialidade do ilícito (ou seja, que se identifique a extensão do fato irregular, de ação ou omissão contrária ao ordenamento jurídico e associada ao exercício do cargo) e, subjetivamente, a autoria (que se identifique(m) o(s) servidor(es) envolvido(s) com o fato irregular - nem sempre

especificamente como o autor do fato, podendo ser apenas o causador ou propiciador para que outro o tenha cometido). Aproveita-se para informar que a adjetivação empregada no dispositivo legal, de "civil-administrativa", na verdade, se refere tão somente à responsabilização administrativa, podendo se interpretar que o termo "civil" está ali como ênfase diferenciadora de qualquer seara do Direito que não seja penal.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.*

Avançando e desdobrando ainda mais esta conceituação, é certo que o Direito Administrativo Disciplinar se move na linha da chamada responsabilização subjetiva, em antagonismo ao que seria a responsabilização meramente objetiva. Como de fato deve ser em seara de Direito público punitivo, a instância disciplinar não se satisfaz, à vista da rica gama principiológica que a irradia, tão somente pela notícia de que objetivamente ocorreu um determinado fato, enquadrável como ilicitude no texto legal, o que caracterizaria a desautorizada responsabilização objetiva; mais que isto, a instância sancionadora requer que se traga aos autos a comprovação de que aquele fato descrito como ilícito na lei objetivamente ocorreu em razão da atuação dolosa ou culposa do agente público, obrigando então que se busque a responsabilização subjetiva. A necessidade de se comprovar o ânimo subjetivo do agente público (ânimo de dolo ou de culpa) associado à ocorrência objetiva do fato tido como ilícito em lei configura a responsabilização subjetiva.

Reitere-se que a culpa ou o dolo que caracterizam o ânimo subjetivo requerido para que se cogite de responsabilidade subjetiva podem se caracterizar tanto em conduta comissiva (de agir) como em conduta omissiva (de não agir), por parte do servidor. É importante sedimentar que a responsabilidade subjetiva, em instância disciplinar, pode atingir não só quem de fato atuou, pessoalmente, na perpetração do ilícito, mas também quem permitiu ou propiciou que outrem o fizesse, concorrendo para o fato, por ação ou por omissão dolosa ou culposa. Daí, em aplicação extensiva do *caput* e do § 2º do art. 13 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), o sentido de autoria aqui deve ser compreendido recaindo tanto em termos estritos sobre o efetivo autor do ato quanto em termos mais amplos sobre o responsável pelo ato, por concorrência.

> *CP - Relação de causalidade (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*
> *Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *Relevância da omissão (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluída pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluída pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Incluída pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Como um breve parêntese, é importante mencionar o comando estatuído no art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), que, de forma inovadora ao CP, estabeleceu que o agente público deveria responder "*pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*". Em seguida, este comando legal foi regulamentado pelo art. 12 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. Esta questão complementar ao tema ora em preço neste tópico será abordada

em **4.6.3.2**, a cuja leitura se remete.

> *LINDB - Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018)*
>
> *Decreto nº 9.830, de 2019 - Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.*
> *§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.*
> *§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.*
> *§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.*
> *§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.*
> *§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.*
> *§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.*
> *§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.*
> *§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.*

Fechado este parêntese, na verdade, as três linhas de responsabilidade de que se pode cogitar mais frequentemente em decorrência de atuação funcional, quais sejam, administrativa, penal e até mesmo a civil, todas, indistintamente, submetem-se à responsabilização subjetiva antes de imporem seus respectivos gravames (sejam punitivos, nas duas primeiras, seja patrimonial, na última).

Além da cediça necessidade da instância penal, de forte índole punitiva, de ter a comprovação do ânimo subjetivo do autor antes de se sentir provocada, a imposição de pena estatutária ao servidor e a obrigação pessoal de civilmente reparar dano em decorrência do exercício do seu cargo igualmente requerem a comprovação de que a sua conduta infratora foi dolosa ou no mínimo culposa, em ato comissivo ou omissivo. Sem este pré-requisito essencial, ainda que a conduta do servidor formalmente pudesse encontrar tipificação criminal ou enquadramento disciplinar ou até mesmo tenha efetivamente acarretado dano, não há que se cogitar de nenhuma das três responsabilizações. Ou seja, prevalece a máxima de que a responsabilização de servidor, tanto especificamente na instância disciplinar quanto nas duas outras instâncias judiciais, em decorrência de ato funcional, requer a comprovação do ânimo subjetivo do agente na sua conduta, seja por culpa, seja por dolo.

Em qualquer destas linhas de responsabilidade, a responsabilização subjetiva requer, de forma intransigente, que se comprove uma relação causal entre a ocorrência objetiva do fato tido como ilícito em lei e a conduta funcional (seja comissiva ou omissiva) eivada de culpa ou de dolo, por parte do agente, em associação ao cargo que ocupa.

Conforme se verá em seguida, enquanto, por um lado, a materialidade é fortemente associada ao conceito de ilícito disciplinar (cuja lista exaustiva reside nos arts. 116, 117 e 132

da Lei nº 8.112, de 1990) e este, por sua vez, se enquadra no que se chama de abrangência objetiva da persecução, a autoria é intrinsecamente associada ao conceito de servidor estatutário (como agente público submetido ao citado diploma legal) e este, por sua vez, se enquadra no que se chama de abrangência subjetiva, conforme a seguir se detalhará.

3.2 - ABRANGÊNCIAS OBJETIVA E SUBJETIVA DO PROCESSO DISCIPLINAR

3.2.1 - Ilícito em Gênero e as Espécies de Ilícitos Disciplinar, Civil e Penal

Por ser elemento integrante do foco de interesse do processo disciplinar, na forma de sua abrangência objetiva, faz-se então necessário entender o que seja ilícito. Mas, antes de se abordar o ilícito, é imprescindível tomar como ponto de partida a conduta humana.

Compreende-se por conduta humana, no foco jurídico que interessa a este texto, o comportamento de ação (comissivo) ou de omissão (omissivo) decorrente de uma vontade de parte do agente; ou seja, é ato voluntário que manifesta e exterioriza uma vontade do autor, fruto de uma decisão sua que sempre se move por uma finalidade, pois, de forma lógica, qualquer vontade se dirige a um fim pretendido.

Dito isto, pode-se complementar com a assertiva de que ilícito é toda conduta humana que, seja por ação (conduta comissiva), seja por omissão (conduta omissiva), se revela, em sentido lato, antijurídica e culpável, o que significa, em sintéticas palavras, que é contrária ao bom Direito, em qualquer de seus ramos, e que a responsabilidade por seu cometimento pode ser atribuída a alguém. Esta definição genérica permite que se extraia que um único ato ilícito pode afrontar ao mesmo tempo a um ou mais ramos do Direito, podendo acarretar diferentes responsabilizações, conforme se detalhará em **4.14**. Portanto, conforme previsto no art. 121 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e na doutrina, ilícito é um gênero de que são espécies, por exemplo, os ilícitos penal, civil, administrativo disciplinar, administrativo responsabilizador de pessoas jurídicas, administrativo fiscal, etc.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.*
>
> *"(...) ilícito é o comportamento contrário àquele estabelecido pela norma jurídica, que é pressuposto da sanção. É a conduta contrária à devida. É o antijurídico. Neste sentido, ilicitude e antijuridicidade são sinônimos e confundem-se num mesmo conceito, de unívoco conteúdo." Regis Fernandes de Oliveira, "Infrações e Sanções Administrativas", pg. 17, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Destas diversas espécies de ilícitos, aqui se importa com o ilícito disciplinar, não obstante também se abordarem os ilícitos civil e penal, visto poderem ocorrer simultaneamente. A menção aqui àquelas duas outras espécies de ilícitos se justifica apenas para alertar que, apesar da possível simultânea ocorrência, não devem ser objeto de persecução disciplinar.

É de se compreender que, por um lado, sendo todas associadas à responsabilização subjetiva (ou seja, todas requerem comprovação do ânimo subjetivo de culpa ou de dolo), um ato pode ter repercussões civil e/ou penal e não necessariamente configurar infração disciplinar. Por outro lado, um ato pode configurar infração disciplinar mesmo que não tenha repercussões civil e penal.

Apresentam-se a seguir muito sintéticas descrições dos ilícitos civil e penal, de naturezas diametralmente opostas em análise superficial, e, deixando por último a definição

de ilícito disciplinar, com a intenção de situá-lo no amplo espectro que diferencia os dois primeiros, analisando de que extremo mais se aproxima e com o qual guarda maior afinidade.

Segundo os arts. 186 e 927 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC), na abrangência dos atos da vida civil de qualquer pessoa (ou seja, no sentido amplo da expressão, além do limite dos atos funcionais) e que devam merecer tutela judicial, o ilícito civil possui definição genérica - toda conduta que cause dano a alguém - e daí não é possível que a lei estabeleça enumeração exaustiva de todas as condutas que o configurem. O cometimento de ato causador de dano acarreta, para o agente (que tanto pode ser privado, por seus atos de vida particular, como público, por seus atos funcionais ou privados), responsabilização patrimonial de indenizar. Esta responsabilização civil não recai sobre a pessoa do infrator com fim punitivo, mas sim sobre seu patrimônio, com o objetivo de reparar o prejuízo causado, restaurando o estado anterior do ofendido, e, na instância judicial, é apurável em rito da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), instaurando uma relação jurídica de Direito privado, pois se tutelam interesses particulares, uma vez que o litígio entre o agressor e o agredido não move toda a sociedade.

> *CC - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ao ilícito.*
> *Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

O ilícito penal, enfocando apenas o aspecto material (ou seja, considerando apenas o conteúdo fático punível, sem levar em conta o seu aspecto analítico, que contempla as condicionantes da ação ou omissão e do agente, que serão detalhadas em **4.6.2**), é toda conduta que, ao violar valores e direitos individuais ou coletivos, afronta o conjunto social, o interesse público e a ordem jurídica, por atingir bem jurídico tutelado na lei penal, mediante previsão inequívoca e suficientemente detalhada. Acarreta responsabilização pessoal do agente (que tanto pode ser privado, por seus atos de vida particular, como público, por seus atos funcionais ou privados), de índole punitiva, com penas do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP) e de leis especiais, apurável no rito do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), com promoção do Ministério Público Federal (MPF), instaurando uma relação de Direito Público, pois a afronta do agressor atinge um bem tutelado e caro a toda a sociedade e, por este motivo, move-se por interesse público.

Em meio a estes extremos diferenciados, eis que o ilícito disciplinar é toda conduta do servidor que, no âmbito de suas atribuições legais ou a pretexto de exercê-las, contraria dispositivo estatutário. Ou seja, aqui, ao contrário das duas instâncias anteriores, por óbvio, o agente é apenas público e as condutas infracionais limitam-se a atos funcionais, como servidor. Cabe, neste ponto, buscar o reforço doutrinário.

> *"O Estatuto, como já foi visto, fixou os deveres gerais dos servidores públicos e as proibições, cujo descumprimento constitui ilícito administrativo e, como tal, passível de aplicação, na forma da lei, de medidas disciplinares.*
> *O ilícito administrativo, em suas origens, verifica-se pela perturbação do bom funcionamento da administração, em virtude do descumprimento de normas especialmente previstas no elenco de deveres, proibições e demais regras que integram o Regime Jurídico (...) do Servidor Público Civil da União.*
> *Caracteriza-se, pois, pela ofensa a um bem jurídico relevante para o Estado, que é o funcionamento normal, regular e ininterrupto das atividades de prestação de serviços públicos. No ilícito administrativo, agride-se o funcionamento interno do Estado.*
> *Assim é que o regime disciplinar prevê um elenco de hipóteses configuradoras de faltas administrativas de conceituação genérica concebidas,*

> *propositadamente, em termos amplos para abranger a um maior número de casos. Daí dizer-se que a infração disciplinar pode ser atípica para uns, de tipicidade aberta para outros, mas, para ambas as posições, de comprovado e bem caracterizado prejuízo ao interesse público." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 42, Editora Forense, 2ª edição, 2006*
>
> *"O Direito Administrativo Disciplinar (...) não é casuístico como o Direito substantivo penal, porém, tampouco ele é atípico (...) porque ele envolve os mais heterogêneos, os mais genéricos e os mais objetivos ou subjetivos interesses do Estado. (...)*
> *Na falta de um elenco infracional, que seria atípico para a absoluta identidade com o Direito Penal, o Direito Administrativo Disciplinar repousa a sua parte substantiva em dispositivos estatutários que, ora referindo-se aos deveres, ora reportando-se às proibições, dizem bem alto que o desrespeito a qualquer deles acarreta punições que tenham a variação especificada em lei." Egberto Maia Luz, "Direito Administrativo Disciplinar", pgs. 66, 74 e 76, Edições Profissionais, 4ª edição, 2002*

Não se deve ter pudor de admitir que, dentre os dois extremos de ilícitos suscitadores de responsabilização reparadora ou punitiva e de naturezas de Direito privado ou público, o ilícito disciplinar guarda maior proximidade e afinidade com o ilícito penal, já que ambos inauguram relações de Direito público, apenas com a diferença de que o ilícito disciplinar afronta limitadamente a Administração *interna corporis*, enquanto o ilícito penal atinge toda a sociedade.

Conforme já se afirmou em **3.1**, a melhor interpretação que se extrai do art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, é de que este dispositivo encarta uma limitação na aplicação do Direito Administrativo Disciplinar como um todo, não só do processo disciplinar, mas também do regime disciplinar. Complementa-se que, desta visão conglobante que inclui no mandamento delimitador de enfoque de atuação também a definição dos ilícitos disciplinares contidos no regime disciplinar, advém uma inerente dificuldade, visto que a parte substancial do Direito Administrativo Disciplinar, embora guardando inequívoca afinidade com o Direito Penal (ambos são ramos do Direito público sancionador), dele se diferencia por não poder adotar - e de outra forma nem poderia mesmo se cogitar de uma lei de natureza estatutária - da rica tipicidade criminal. O que se tem na lista exaustiva de condutas consideradas como ilícito disciplinar são definições abrangentes, sem a estrita tipicidade que caracteriza a redação da lei penal.

Não por acaso e sem que se confunda com arbítrio, insegurança jurídica ou ausência de previsão legal, para que de fato se pudesse abarcar em um único diploma legal todas as ações tidas como infracionais - desde as de menor gravidade até as de maior grau de repulsa -, teve o legislador de lançar mão de enquadramentos caracterizados pelo emprego de expressões abrangentes, por meio de construções normativas incompletas, tanto da espécie normas em branco quanto da espécie normas abertas, além do emprego de conceitos jurídicos indeterminados, cujas definições se encontram em **4.6.3.1**, a cuja leitura se remete, poupando-se aqui desnecessária repetição.

Independentemente desta dificuldade conceitual intrínseca ao regime disciplinar, tem-se que, em função da relevância do bem jurídico atingido com o ato infracional, o ilícito disciplinar pode ser classificado em:

- Ilícito disciplinar puro, que afeta somente a Administração internamente. Acarreta responsabilização funcional, de índole punitiva, apurável via processo disciplinar da Lei nº 8.112, de 1990, com as penas do Estatuto.
- Ilícito disciplinar-civil, que é toda conduta contrária a dispositivo estatutário e

causadora de prejuízo ao erário ou a terceiro. Acarreta responsabilizações funcional (com penas do Estatuto) e patrimonial (de indenizar), podendo ser ambas apuráveis na via administrativa, com possibilidade de repercussão processual civil.

- Ilícito disciplinar-penal, que afeta não só a Administração, mas a sociedade como um todo. Acarreta responsabilizações funcional (com penas do Estatuto) e penal (com penas do CP e de leis especiais), apuráveis de forma independente, respectivamente via processo disciplinar e processo penal.
- Ilícito disciplinar-penal-civil, que além de afetar a Administração e a sociedade como um todo, ainda causa prejuízo ao erário ou a terceiro. Acarreta responsabilizações funcional (com penas do Estatuto), penal (com penas do CP e de leis especiais) e patrimonial (de indenizar), apuráveis de forma independente, respectivamente via processo disciplinar, processo penal e possivelmente processo civil.

Os ilícitos disciplinares, que são os únicos de específico interesse do Direito Administrativo Disciplinar, englobam inobservância de deveres funcionais do art. 116, afrontas às proibições do art. 117 e cometimento de condutas do art. 132, todos da Lei nº 8.112, de 1990, apuráveis conforme o rito previsto naquele Estatuto; e, portanto, têm polo passivo restrito à pessoa legalmente investida em cargo público, seja de provimento efetivo, seja de provimento comissionado. Estas são as abrangências objetiva e subjetiva do processo disciplinar: as infrações descritas nos incisos dos arts. 116, 117 ou 132 da Lei nº 8.112, de 1990, cometidas por servidor, conforme definem os arts. 2º, 3º e 9º, todos da mesma Lei. A responsabilização administrativa, com aplicação da cabível penalidade estatutária, decorre justamente de se comprovar, no curso do devido processo legal, que o servidor, com culpa ou dolo, incorreu, omissiva ou comissivamente, em algum daqueles dispositivos que definem os ilícitos; em outras palavras, decorre de se comprovar a materialidade e a autoria da infração.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 1º Esta Lei institui o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais.*
> *Art. 2º Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.*
> *Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.*
> *Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.*
> *Art. 9º A nomeação far-se-á:*
> *I - em caráter efetivo, quando se tratar de cargo isolado de provimento efetivo ou de carreira;*
> *II - em comissão, inclusive na condição de interino, para cargos de confiança vagos. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
> *Parágrafo único. O servidor ocupante de cargo em comissão ou de natureza especial poderá ser nomeado para ter exercício, interinamente, em outro cargo de confiança, sem prejuízo das atribuições do que atualmente ocupa, hipótese em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o período da interinidade. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*

Já na relação jurídica penal, o polo passivo engloba desde particulares (que cometem crimes comuns sem nenhuma relação com o cargo, visto não serem agente públicos e, por óbvio, não ocuparem cargo) até servidores (que tanto podem cometer crimes comuns como podem cometer, mais restritivamente, crimes associados ao exercício do cargo). De se destacar que, quando a instância penal volta sua atenção para os atos criminosos cometidos no âmbito da Administração Pública, seu polo passivo é bem mais extenso que o da instância disciplinar (que se limita ao detentor de cargo em caráter efetivo ou comissionado, conforme

arts. 2º e 3º da Lei nº 8.112, de 1990), abarcando não só quem exerce cargo, emprego ou função pública, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, mas ainda inclui quem tem exercício em entidade paraestatal e quem trabalha para empresa prestadora de serviço, que executa atividade típica da Administração conforme o art. 327 do CP.

> *CP - Funcionário público*
> *Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.*
> *§ 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividades típicas da administração pública;*
> *§ 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. (Incluído pela Lei nº 6.799, de 23 de junho de 1980)*

3.2.1.1 - Alguns Destaques sobre Ilícitos Penais Cometidos por Servidores e, em Especial, Crime de Abuso de Autoridade (ou de Abuso de Poder)

Por óbvio, dentre a imensa gama de atuação do Direito Penal, aqui o que mais detidamente interessa é sua parcela de intersecção com o Direito Administrativo Disciplinar, ou seja, onde se encontram as condutas acima definidas como ilícitos disciplinar-penais. Para esta análise mais limitada da instância penal, afasta-se do interesse o cometimento de crime comum, tanto por um agente privado quanto até mesmo por um servidor, pois trata-se de ato cometido em sua vida privada, para o qual não se exige a qualidade especial de o agente ser servidor. Na parcela de maior interesse, onde se situam os crimes especiais (em que a conduta criminosa, por sua própria definição legal, só pode ser realizada por um agente público), o que se tem é o servidor que, no ato associado direta ou indiretamente a seu cargo, afronta tanto a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, quanto ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), ou leis especiais que definem crimes. Além de possível instância civil (se o ato também causar prejuízo), este servidor, em tese, pode ser processado, de forma independente, tanto pela instância administrativa (no rito da Lei nº 8.112, de 1990, podendo, se for o caso, ser punido com advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou destituição do cargo em comissão), quanto pela instância criminal (no rito do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal - CPP, com as peculiaridades estabelecidas nos seus arts. 513 a 518, em função de o agente ser servidor, ou no rito que porventura a lei especial estabelecer, podendo, se for o caso, ser punido com multa, detenção e reclusão, sendo as duas últimas espécies do gênero das penas privativas de liberdade).

De se mencionar ainda que a lei penal pode prever, como efeito acessório da condenação transitada em julgado (efeito este que pode ser automático ou não, dispensando ou não a expressa manifestação do juiz na sentença, dependendo se a definição material do crime se encontra em leis especiais ou no CP), a perda do cargo, para determinados crimes - comuns ou funcionais - em que o agente criminoso seja servidor. Esta perda do cargo faz parte da decisão judicial e não se confunde com a pena administrativa de demissão, tanto que se configura em exceção de possibilidade de ato de vida privada (um crime comum praticado por servidor) ter repercussão em sua vida funcional - mas não como resultado de processo disciplinar, pois a perda de cargo é uma ordem judicial a ser cumprida imediatamente pela Administração com mínima instrumentalidade, uma vez que já se ampara no rito da apuração criminal. A decretação judicial de perda de cargo em decorrência de condenação penal não

gera provocação para instauração de processo disciplinar no sistema correcional, se configurando apenas no efeito acessório ao fim do rico, cauteloso, contraditório e defensivista rito da ação penal, em que se tenha assegurado ao agente todo o rol de garantias de defesa.

Conforme se abordará em **4.14.2** e em **4.14.3**, os atos funcionais cometidos por servidor que podem ser considerados crimes não serão administrativamente apurados como tal - como crimes - em função da independência das instâncias, da harmonia entre os Poderes e das competências exclusivas de cada Poder. Não se aceita que uma comissão disciplinar, na indiciação ou no relatório de um processo disciplinar, enquadre o ato funcional infracional que também configura crime no dispositivo da lei penal, sob pena de sobrestar a instância administrativa até a manifestação definitiva da instância penal, exclusivamente competente para tal. Mas isto não significa que tais atos restem impunes na instância administrativa. Ao contrário, se o ato associado ao exercício do cargo público comporta tal gravidade e reprovabilidade social a ponto de configurar crime, também configurará ilícito disciplinar e, dentro desta definição e com o devido processo legal da Lei nº 8.112, de 1990, é que será administrativamente apurado e, se for o caso, penalizado, com enquadramento em algum dos incisos dos arts. 116, 117 ou 132 desta Lei.

Embora o ato funcional possa também configurar crime, à vista da independência das instâncias, ele pode ser regularmente processado no âmbito da Administração, por uma comissão disciplinar, julgado e, se for o caso, apenado pela autoridade administrativa competente, antes mesmo de ser apreciado pelo Poder Judiciário, desde que devidamente enquadrado na lei estatutária. Em outras palavras, quando o ilícito disciplinar também configura crime, a apuração criminal não faz parte da abrangência objetiva do processo disciplinar, mas a apuração administrativa da infração estatutária faz.

Como primeiros e destacados exemplos de ilícitos de natureza penal passíveis de serem cometidos por servidores nesta condição (ou seja, restritivamente como agentes públicos, em decorrência do exercício do cargo), citam-se os crimes contra a Administração Pública dos arts. 312 a 326 do CP e os crimes contra a ordem tributária do art. 3º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Conforme melhor se detalhará em **4.7.4.1**, todos estes crimes são apuráveis judicialmente, por meio de ação penal pública, promovida pelo Ministério Público Federal (MPF), nos moldes previstos no CPP, em especial em seus arts. 513 a 518 (a Lei nº 8.137, de 1990, definiu os crimes contra a ordem tributária como crimes a serem incluídos na lista dos crimes contra a Administração Pública, do CP). Para estes crimes funcionais, o CP prevê a possibilidade, na alínea “a” do inciso I do seu art. 92, de o juiz declarar a perda do cargo quando condena a pena privativa de liberdade por um ano ou mais.

Estes exemplos merecem o destaque acima porque são os únicos crimes que encontram excepcionalíssima previsão de enquadramento disciplinar e, embora de forma muito rara, nos moldes do tópico supramencionado, até podem redundar em repercussão estatutária, no inciso I do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990.

Ainda nesta linha, mas já sem previsão expressa na Lei nº 8.112, de 1990, é de se mencionar os atos cometidos por servidor com abuso de autoridade, conforme previsão da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, que revogou a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Esta Lei definiu uma série de atos abusivos por parte de servidores, militares, membros dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, do Ministério Público e dos tribunais ou conselhos de contas e estabeleceu que eles podem redundar, de forma independente, em repercussões administrativa, civil e penal.

Mas, antes de se adentrar na positivação legal do tema, convém introduzir que, doutrinariamente, se tem a definição em gênero de ato com abuso de poder para qualquer ato ilegítimo do autor, que se subdivide nas espécies excesso de poder, quando o ato extrapola as atribuições e competências do agente, e desvio de finalidade (ou desvio de poder), quando o

ato está de acordo com as atribuições e competências do agente, mas é praticado com finalidade distinta da previsão legal ou do interesse público, seja para atender interesse particular ou mesmo outro interesse público diverso. Grosso modo, atos de abuso de poder e atos de abuso de autoridade podem ser tidos como expressões sinônimas. Mas, a rigor, há uma sutil diferenciação conceitual entre elas.

Os atos de abuso de autoridade, sobre os quais se dará ênfase no presente texto, guardam relação de conteúdo-continente em relação aos atos de abuso de poder: são especificamente os atos de abuso de poder que ganharam positivação legal.

> *"Tanto o excesso de poder como o desvio de poder podem configurar crime de abuso de autoridade, quando o agente público incidir numa das infrações previstas na Lei nº 4.898, de 9-12-65, alterada pela Lei nº 6.657, de 5-6-79, hipótese em que ficará sujeito à responsabilidade administrativa e à penal, podendo ainda responder civilmente, se de seu ato resultarem danos patrimoniais.", Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "Direito Administrativo", pg. 228, Editora Atlas, 19ª edição, 2006*

De fato, a Lei nº 13.869, de 2019, definiu os crimes de abuso de autoridade, para os quais previu sanções penais, e, tendo inserido no rol de possíveis agentes os servidores, previu também a possibilidade de independentes e autônomas repercussões administrativas e civis, quando aquelas condutas também configurarem ilícitos destas naturezas, à luz do *caput* e do inciso I do art. 2º e do art. 6º.

> *Lei nº 13.869, de 2019 - Art. 2º É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a:*
> *I - servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas;*
> *Art. 6º As penas previstas nesta Lei serão aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis.*
> *Parágrafo único. As notícias de crimes previstos nesta Lei que descreverem falta funcional serão informadas à autoridade competente com vistas à apuração.*

Os tipos penais de abuso de autoridade constantes da Lei nº 13.869, de 2019, são, em sua maioria, passíveis de serem cometidos exclusivamente por agentes públicos que protagonizam e que atuam, de alguma forma, no âmbito de processos judiciais (sobretudo penais), a exemplo de membros do Poder Judiciário e do Ministério Público e autoridades policiais. Não obstante, há alguns tipos possíveis de serem cometidos por servidores no desempenho de suas atribuições funcionais ou em conduta que guarde relação com seu cargo.

Obviamente, para o presente, de nada interessam não só as tipificações de cometimento exclusivo de agentes públicos estranhos ao corpo funcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) mas também a tipificação em si de uma conduta funcional como crime de abuso de autoridade, visto que, se for o caso, tal tema será objeto de persecução criminal, a cargo exclusivo do Poder Judiciário. Nesta seara, conforme o art. 4º da Lei nº 13.869, de 2019, além da pena privativa de liberdade (somente de detenção, no caso) e da multa, como efeitos da condenação, também pode o magistrado determinar a indenização do eventual do dano causado e ainda declarar, apenas nos casos de reincidência, de forma expressa e não automática da sentença, a perda do cargo (por construção própria da Lei e não em razão da previsão da alínea "a" do inciso I do art. 92 do CP, já que são crimes contra a Administração Pública) e até a inabilitação para exercício de cargo de um a até cinco anos.

> *Lei nº 13.869, de 2019 - Art. 4º São efeitos da condenação:*
> *I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, devendo o juiz, a requerimento do ofendido, fixar na sentença o valor mínimo para*

> *reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos por ele sofridos;*
> *II - a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos;*
> *III - a perda do cargo, do mandato ou da função pública.*
> *Parágrafo único. Os efeitos previstos nos incisos II e III do caput deste artigo são condicionados à ocorrência de reincidência em crime de abuso de autoridade e não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença.*

Mas cabe ressalvar que todos os crimes de abuso de autoridade, que têm pena mínima inferior a quatro anos, uma vez cometidos sem violência ou grave ameaça à vítima e admitidos pelo autor, comportam a celebração de acordo de não persecução penal (ANPP), junto ao MPF, nos termos do art. 28-A do CPP. Mediante, por exemplo, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas ou pagar prestação pecuniária ou atender alguma outra condição indicada pelo MPF, cumprindo integralmente o acordo, o agente tem decretada a seu favor a extinção da punibilidade e evita, consequentemente, a contagem para fim de reincidência.

O que aqui se faz relevante é a possibilidade de aquela conduta funcional, além de ser tipificada como crime, também afrontar enquadramento estatutário, tornando-se objeto de processo administrativo disciplinar (PAD) a cargo do sistema correcional administrativo.

Nesta linha, mais especificamente no que diz respeito à possibilidade de responsabilização estatutária por ato cometido por servidor que seja tipificado como crime de abuso de autoridade, é de se destacar que a Lei nº 13.869, de 2019, exigiu a representação à autoridade administrativa competente para apuração, sendo tácita e facilmente interpretável que este diploma legal específico remete à procedimentalização e à definição material de infrações contidas na Lei nº 8.112, de 1990.

A fim de averiguar se a conduta do servidor pode se amoldar às definições legais de crime de abuso de autoridade e, consequentemente, se cabe cogitar de também configurar infração disciplinar, é de se identificar, no extenso rol de tipos estabelecidos pela Lei nº 13.869, de 2019, quais são passíveis de serem cometidos por agente estatutário.

Dentre os diversos crimes tipificados entre os arts. 9º a 38, destacam-se com maior possibilidade de cometimento por parte de servidor os ilícitos penais descritos nos arts. 23, 25, 27, 29, 30 a 33 e 38 da Lei nº 13.869, de 2019, abaixo reproduzidos. Os demais crimes, doravante descartados, por suas próprias literalidades, somente podem ser cometidos por agentes fora do presente escopo apuratório.

> *Lei n° 13.869, de 2019 - Art. 23. Inovar artificiosamente, no curso de diligência, de investigação ou de processo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de eximir-se de responsabilidade ou de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade:*
> *Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*
> *Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem pratica a conduta com o intuito de:*
> *I - eximir-se de responsabilidade civil ou administrativa por excesso praticado no curso de diligência;*
> *II - omitir dados ou informações ou divulgar dados ou informações incompletos para desviar o curso da investigação, da diligência ou do processo.*
> *Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito:*
> *Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*
> *Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude.*

> *Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:*
> *Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*
> *Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.*
> *Art. 29. Prestar informação falsa sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo com o fim de prejudicar interesse de investigado:*
> *Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*
> *Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente:*
> *Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*
> *Art. 31. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado:*
> *Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*
> *Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado.*
> *Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível:*
> *Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*
> *Art. 33. Exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer, sem expresso amparo legal:*
> *Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*
> *Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se utiliza de cargo ou função pública ou invoca a condição de agente público para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido.*
> *Art. 38. Antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação:*
> *Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*

Do que se depreende dos comandos legais acima e dos arts. 3º e 39 da Lei nº 13.869, de 2019, os atos funcionais tipificáveis como algum daqueles crimes de abuso de autoridade, além de acarretarem a persecução penal no rito do CPP, *a priori* em ação penal pública incondicionada (com previsão residual até de ação penal privada), em especial em seus arts. 513 a 518, com possibilidade até de pena de detenção e de efeito manifestado de perda do cargo, também podem ter autônomo enquadramento disciplinar como inobservância dos deveres de cumprir ordens superiores não manifestamente ilegais e de manter conduta compatível com a moralidade administrativa, como infringência da proibição de valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem e ainda como ato de improbidade administrativa por afronta a princípios reitores, à luz, respectivamente, dos incisos IV e IX do art. 116, do inciso IX do art. 117 e do inciso IV do art. 132, todos da Lei nº 8.112, de 1990, puníveis com desde pena de advertência, passando pela pena de suspensão, até a pena expulsiva de demissão ou de cassação de aposentadoria.

> *Lei nº 13.869, de 2019 - Art. 3º Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada.*
> *§ 1º Será admitida ação privada se a ação penal pública não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.*

> *§ 2º A ação privada subsidiária será exercida no prazo de 6 (seis) meses, contado da data em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia.*
> *Art. 39. Aplicam-se ao processo e ao julgamento dos delitos previstos nesta Lei, no que couber, as disposições do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.*

Além desta restrição subjetiva de agente, que delimita o risco de cometimento de crime de abuso de autoridade, também é de se destacar três comandos limitantes da incidência da Lei nº 13.869, de 2019. De acordo com o § 1º do seu art. 1º, para que uma conduta cometida por agente público seja tipificada como crime de abuso de autoridade, é necessária a comprovação do ânimo subjetivo de parte do autor de dolo específico de prejudicar outrem ou de beneficiar a si mesmo ou a terceiro ou ainda de agir por satisfação pessoal. Some-se a fundamental ressalva estabelecida no § 2º mesmo art. 1º, salvaguardando que a possibilidade (nada remota na aplicação do Direito) de divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura crime de abuso de autoridade, o que é absolutamente fundamental para que a Lei advinda para controle não se torne elemento de perseguição, intimidação ou inibição da ação estatal. E os seus arts. 7º e 8º consagram a aplicação, na processualística disciplinar, da decisão judicial que negue a materialidade ou a autoria ou que tenha declarado o cometimento da conduta típica sob amparo de excludentes de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito).

> *Lei nº 13.869, de 2019 - Art. 1º*
> *§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.*
> *§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.*
> *Art. 7º As responsabilidades civil e administrativa são independentes da criminal, não se podendo mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando essas questões tenham sido decididas no juízo criminal.*
> *Art. 8º Faz coisa julgada em âmbito cível, assim como no administrativo-disciplinar, a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.*

Também não se deve perder de vista as previsões do CP para os crimes de denunciação caluniosa e de comunicação falsa de crime, previstas nos seus arts. 339 e 340, que atuam como freios à ação injusta de representante ou de denunciante contra sevidor por inexistente crime de abuso de autoridade. E some-se ainda que esta eventual representação ou denúncia de investigado ou de acusado por inexistente crime de abuso de autoridade contra servidor do sistema correcional, em razão de sua condução ou de sua atuação no procedimento disciplinar, não possui o condão de tornar este integrante impedido de prosseguir naquele rito em face do representante ou denunciante, com base no comando do art. 565 do CPP que, em tese, veda que quem tenha dado causa à alegação do inexistente incidente processual venha a se beneficiar de sua própria torpeza.

Mas aqui se faz necessário manifestar uma outra preocupação, até maior, com o advento desta Lei nº 13.869, de 2019, e que não se fazia presente e necessária sob a antiga égide da Lei nº 4.898, de 1965. Não se dissocia a análise jurídica da Lei nº 13.869, de 2019, do contexto histórico em que se inseriu a sua edição. À época, o País vivia um raro momento de força e prestígio das instituições públicas voltadas ao combate à corrupção e, consequentemente, via-se parte relevante da classe política, sobretudo aquela parcela detentora de mandatos eletivos no Poder Legislativo federal, ser alvo de investigações

bastante incisivas que traziam à luz condutas de fortíssima repulsa a intolerância social, que, em especial, ficaram conhecidas sob o epíteto de Operação Lava Jato. Não obstante posteriormente terem vindo à tona graves ilegalidades na condução daquela operação, viu-se, como reação de autoblindagem e de autopreservação, o Congresso Nacional se apressar em aprovar a lei em comento, sob a falácia da suposta "necessidade de atualizar" o antigo diploma legal. O resultado foi o consciente engessamento do desempenho dos múnus públicos de órgãos de controle de todos as instâncias de todos os Entes Federados.

Ao afetar de forma geral todas as atividades públicas de órgãos de controle, deixando positivada a inequívoca intenção reativa do legislador ordinário em inibir a iniciativa de agentes de Estado que atuam na persecução administrativa e penal e no combate à corrupção, valendo-se inclusive de muitos tipos abertos e brancos, no espectro da RFB, a Lei não afeta apenas os servidores e autoridades que atuam no múnus público fiscal-tributário. A Lei nº 13.869, de 2019, traz também uma preocupação para os próprios servidores competentes para avaliarem a conduta de seus pares, quais sejam, as autoridades instauradoras e os integrantes de comissões investigativas e de processo disciplinar. Alguns comandos desta Lei atingem a livre convicção de agir destes agentes administrativos.

Os servidores atuantes na matéria correcional devem se prevenir face à previsível tentativa dos agentes das defesas de investigados ou acusados de imputar crimes de abuso de autoridade em face de quem tão somente atua no cumprimento de seu poder-dever. Neste rumo das estratégias de defesa, destacam-se sobretudo os comandos dos arts. 27, 30 e 31 da Lei nº 13.869, de 2019. O seu art. 27 tipifica a conduta de instauração de rito investigativo sem sequer indícios de materialidade ou de autoria de infração disciplinar, mas, ao menos, ressalva a deflagração de "sindicância", que se presume ter o legislador ter se referido à espécie de sindicância investigativa, ou do que chama de "investigação preliminar sumária". O seu art. 30 pune a instauração de persecução disciplinar - expressão que, em analogia à conceituação da sede penal, englobaria a instauração tanto de rito investigativo quanto de processo disciplinar propriamente dito - sem justa causa ou contra quem se sabe de antemão inocente. E o seu art. 31 expõe a risco de imputação criminal tanto a autoridade instauradora quanto o servidor condutor ou a comissão condutora de rito investigativo que se omite na condução dos seus trabalhos, permitindo a extensão injustificada do procedimento.

A leitura atenta dos tipos elencados na Lei nº 13.869, de 2019, indica uma certa coerência na terminologia adotada pelo legislador. Quer parecer que, na maioria dos tipos, em que a Lei empregou termos como "investigação", "investigações", "investigado" ou "investigatório", o fez com coerência de estar se referindo a procedimentos de natureza meramente investigativa, não contraditórios e não punitivos, em contrapartida ao emprego elástico de termos como "procedimento" e "persecução", que foram menos empregados e que englobam tanto a fase prévia investigativa quanto a fase subsequente do processo disciplinar. Neste sentido, e no foco aqui de maior atenção sobre os três sobreditos comandos legais, soa coerente interpretar que o art. 27 se refere só mesmo a ritos investigativos, o art. 30 se refere a ritos investigativos e ao processo disciplinar e o art. 31 se referiria apenas a ritos investigativos. Não obstante, nada se perde - ao contrário - em se adotar uma interpretação cautelosa e defensiva para o próprio sistema correcional de que este terceiro dispositivo se aplica não só aos ritos investigativos mas também ao processo disciplinar, pois em nada se afasta da realidade considerar que a demora demasiada do rito contraditório e punitivo em face do acusado (com gravames em sua vida funcional) repercute tão negativamente para esta pessoa e para o interesse público quanto o prolongamento excessivo da fase investigativa.

Não há como negar a possível incidência da Lei nº 13.869, de 2019, na atividade correcional e faz-se necessário então adotar algumas posturas cautelosas e preventivas para evitar dar azo a representações por parte de defesas, conforme a seguir se descreve.

Primeiramente, acerca do art. 27 da Lei nº 13.869, de 2019, tem-se no *caput* o

comando proibitivo da instauração de procedimento investigativo sem qualquer indício de ilicitude. É de se lembrar a duplicidade de sentidos jurídicos do termo “indício”. De um lado, o ordenamento jurídico pátrio, nos termos do art. 239 do CPP, aceita a possibilidade de o julgador formar sua convicção através da prova indiciária, compreendida como aquela circunstância conhecida que, de forma indireta, leva indutivamente ao fato que se quer provar. De outro lado, o termo “indício” também comporta a ideia de um estágio incipiente na formação probatória, de um patamar apenas de um início de prova. Claramente, o legislador ordinário aqui não se referiu ao agente investigador já dispor de uma prova (ainda que indiciária), mas sim de dispor de algum elemento que indique, mesmo que de forma insuficiente, uma mera suspeita acerca de um fato, como um esboço de cognição capaz e hábil para tão somente deflagrar o poder-dever investigativo. Trata-se de indício de prova, seja de autoria, seja de materialidade, e não de prova indiciária acerca do ilícito. Seria por demais incoerente e até mesmo teratológico que a Lei exigisse uma prova para se deflagrar mero procedimento investigativo, que sabidamente é o gênero de ritos por meio dos quais se buscam elementos que justifiquem a instauração do processo contraditório em si.

Mas o parágrafo único do art. 27 da Lei nº 13.869, de 2019, ressalva a exigência do *caput*. Em outras palavras, caso a autoridade deflagre algum procedimento minimamente formalizado e com justificativa (e aqui se percebe, como pré-requisito, menos que indícios de prova), já se afasta a tipicidade. O legislador ordinário exigiu da autoridade um mínimo de critério, de exposição e de responsabilidade ao deflagrar um procedimento investigativo, qual seja, que o faça sob moldes minimamente formais e justificados. Menos que exigir indícios de prova, a Lei se contenta com a deflagração de procedimentos de sindicância (em que há a sindicância investigativa, consagrada na doutrina e na Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, e a sindicância patrimonial, prevista não só nesta última norma mas sobretudo no Decreto nº 10.571, de 9 de dezembro de 2020) ou ainda de procedimentos outros, genericamente chamados de investigação preliminar sumária, desde que justificados.

Compreende-se que este parágrafo único se reportou ao gênero já conhecido e adotado normativa e doutrinariamente como “sindicância” e deixou ainda a previsão residual de “investigação preliminar sumária”, gênero abrangente em que podem caber todos os demais ritos investigativos criados e empregados em cada órgão público federal (à luz da competência atribuída pelo parágrafo único do art. 5º da IN CGU nº 14, de 2018), cuja diversidade de nomes seria inviável de o legislador contemplar. No caso da RFB, além das duas espécies de sindicâncias não punitivas, seu sistema correcional adota a análise preliminar e a investigação patrimonial como ritos investigativos de conceituação interna, e a investigação preliminar, prevista no Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, sendo certo que a análise preliminar, prevista no § 1º do art. 3º da Portaria Coger nº 168, de 10 de junho de 2019, se revela o mais genérico e amplo dos ritos investigativos previstos, por ser adequado para, em primeiro momento, apenas identificar a existência de indícios de irregularidade, podendo então desaguar na instauração de outro procedimento investigativo ou na instauração já de processo disciplinar.

Mas, para atender a ressalva do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 13.869, de 2019, mais do que cumprir a formalidade objetiva de se deflagrar um procedimento, é necessário que se o faça sob justificativa, trazendo-se para o tema um viés subjetivo. Uma vez que os ritos já estão previstos e normatizados, a existência da justificativa passível de ser apresentada caso questionada deve ser o maior foco de atenção da autoridade deflagradora. A justificativa para se instaurar qualquer dos procedimentos investigativos pode residir numa simples notícia externa ou na percepção ou na detecção interna de possível ilicitude envolvendo determinado servidor ou determinada unidade ou determinado processo de trabalho. O que a Lei quer evitar com este dispositivo é o emprego das ferramentas correcionais absolutamente desvinculado de interesse público e maculado de ânimo de perseguição ou de pessoalidade contra quem quer que seja. Contando com justificativa deflagradora que afaste possível

alegação de instauração eivada de ânimo inconfessável, tem-se o procedimento investigativo amparado no parágrafo único acima mencionado e afastada a tipicidade penal. Assim, além da justificativa de ação, convém que os trabalhos investigativos sempre sejam encartados em algum procedimento minimamente formalizado, o que se supre até mesmo com a análise preliminar.

Também deve-se utilizar ao máximo a característica sigilosa destes ritos, reservando a possibilidade de se dar ciência ao investigado da existência da investigação apenas em casos excepcionais e residuais, sempre com atenção ao aspecto estratégico de se preservar e de se resguardar o interesse do trabalho, posto que o conhecimento por parte do investigado pode prejudicar o interesse público.

Tao indisfarçável foi a intenção do legislador ordinário em impor freio nas ações de controle e de combate à corrupção que o art. 30 de certa forma engloba o art. 27, ambos da Lei nº 13.869, de 2019. Os dois comandos legais quase se superpõem, de certa forma se repetindo em parte. Enquanto o já abordado art. 27 centra seu foco nas condições para especificamente se deflagrar uma procedimento investigativo, o art. 30 o abrange, pois menciona toda a persecução. Na instância criminal, a persecução penal engloba o inquérito policial ou procedimento investigativo a cargo do Ministério Público ou da autoridade policial e a ação penal decorrente. Na instância administrativa, a persecução engloba a fase de admissibilidade, com seus procedimentos investigativos, e o processo disciplinar decorrente. Daí, a tutela quase repetitiva do art. 30 sobre o art. 27, já que ambos freiam os procedimentos investigativos - mas o art. 30 não traz a ressalva da instauração de ritos justificados, empregando como espectro subjetivo de análise a expressão “sem justa causa justificada” ou ainda “contra quem sabe inocente”.

Mais uma vez se ratifica a necessidade de a fase de admissibilidade ser o mais cautelosa e exaustiva possível, para que, quando a autoridade instauradora decida pela instauração de procedimento investigativo, o faça diante de mínima notícia de cometimento de irregularidade ou ao menos com condições de se sentir amparada em suas competências regimentais de agir de ofício ou de motivar sua atuação proativa em critérios de ação preventiva, bem como quando decida pela instauração de processo disciplinar, o faça de forma bastante segura, com indícios de materialidade e de autoria de infração disciplinar, a fim de se preservar das duas possibilidades de crítica exposta no art. 30 da citada Lei.

Também passa a ser necessária muito maior cautela com a questão da celeridade processual, tanto no controle gerencial por parte da autoridade instauradora quanto na prática da condução dos trabalhos em si por parte de membros ou de comissões investigadores e de comissões disciplinares, para não se verem objeto de representação à luz do art. 31 da mesma Lei. É de se relembrar que, a rigor, este comando legal se reportaria apenas a ritos investigativos, mas sendo a celeridade processual uma demanda que se aplica não só à fase de admissibilidade mas também ao subsequente processo disciplinar, cabe aqui estender o alcance do citado dispositivo legal à fase contraditória e punitiva, o que o faz ser imputável a praticamente todos os agentes da atividade correcional (autoridades e servidores). Neste sentido, enfatiza-se a necessidade de as autoridades instauradoras emanarem juízo de admissibilidade positivo com seletividade e de distribuírem os novos e consequentes processos disciplinares de forma equânime, desconcentrada e razoável para as comissões disciplinares, a fim de evitar que um mesmo trio tenha uma carga de trabalho sabidamente inviável de conduzir com homogênea celeridade. Ainda nesta linha de se precaver, as comissões devem evitar a estratégia de se dedicarem apenas a um ou a alguns determinados processos e deixar que vários outros fiquem sem nenhum ato processual por meses, o que acaba também impondo aos Chefes de Escor terem de publicar sucessivas portarias de pessoal de prorrogação de prazo e de designação de novas comissões sem nenhum ato instrucional. Assim, se, de um lado, as autoridades instauradoras devem ponderar a distribuição de novos

processos disciplinares às comissões, de outro lado, também devem atuar gerencialmente com maior rigor nas ferramentas disponíveis de aferição de produtividade dos integrantes. Ademais, tanto na subfase investigativa quanto no processo disciplinar, os agentes correcionais devem ter sempre a cautela de deixar registrada nos autos qualquer estratégia meramente procrastinatória engendrada pela defesa bem como impactos causados na celeridade em razão de busca de elementos de convicção externos (pedidos judiciais para obtenção de provas, a exemplo de quebra de sigilo bancário).

E sem prejuízo destes tópicos de especial atenção, também os demais arts. acima indicados como passíveis de incursão em trabalhos correcionais não devem ser desprezados, sejam por autoridades instauradoras, sejam por integrantes do GNI ou do GNP ou de comissões disciplinares, já que os comandos legais podem repercutir sobre todas as linhas em que se subdivide a atuação. Por exemplo, passa-se a exigir redobrada cautela o emprego de provas emprestadas compartilhadas, sobretudo advindas da instância judicial, tais como referentes à quebra de sigilos bancário ou telefônico, em qualquer das linhas de atuação correcional, sob pena de incursão no art. 25 da Lei nº 13.869, de 2019. Também, ao se prestar informações de ofício ou solicitadas pela defesa, deve-se atentar cuidadosamente a todos os detalhes do processo, das informações nele contidas, do eventual pedido e do que se está informando, a fim de evitar fornecer resposta imprecisa, o que é mais comum de ocorrer exemplificadamente em casos envolvendo fatos ocorridos já há muito tempo ou ao ter de se reportar a dados muito antigos, em que a precisão naturalmente fica mitigada, a fim de se precaver à vista do art. 29 da mesma Lei, igualmente passível de incursão qualquer agente correcional.

Uma outra fonte de preocupação reside no pedido de acesso de investigado ou de seu procurador a procedimento investigativo em curso, caso se adote a estratégia de nada ou pouco autuar, com a ressalva das linhas investigativas ainda em andamento e que cujo conhecimento prévio as põe a perder, nos termos do art. 32 da mencionada Lei, que não é a rigor uma inovação legal, visto tal comando ser bastante similar ao que já era estatuído pelo inciso XIV do *caput* e pelos §§ 11 e 12 do art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia) e também objeto da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal (STF) e de manifestação jurisprudencial já decorrente da vigência da Lei nº 13.869, de 2019.

> *STF, Primeira Turma, Ministro Relator Roberto Barroso, Agravo Interno na Petição nº 9.052/DF, DJe 14/12/2020, "Ementa: Direito penal. Agravo interno em petição. Notícia crime. Ausência de justa causa e evidente atipicidade da conduta. Arquivamento monocraticamente pelo relator. Erro material reconhecido, sem efeitos modificativos na decisão agravada.*
> *1. Da descrição das condutas já se extrai a falta de justa causa e a evidente atipicidade da conduta.*
> *2. Não existe lastro probatório mínimo na acusação de que o noticiado teria negado injustificadamente acesso aos autos das referidas investigações.*
> *3. É evidente a atipicidade da conduta, também, considerando-se o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei nº 13.869/2019"*
> *Relatório: "1. Trata-se de agravo interno contra decisão monocrática que arquivou notícia-crime apresentada contra o Ministro Alexandre de Moraes, deste Supremo Tribunal Federal. A decisão agravada restou assim ementada: '1. A atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa autorizam o arquivamento de notícia-crime pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.*
> *2. Se a negativa de acesso a autos de procedimento investigatório se basear na existência de diligências em curso ou futuras, cujo sigilo seja imprescindível, não se cogita de prática criminosa.*
> *3. Não há crime de abuso de autoridade se o agente público não atua com a*

> *finalidade específica (i) de prejudicar outrem ou (ii) de beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, (iii) por mero capricho ou satisfação pessoal'."*

Ainda merece menção o risco de incursão no *caput* do art. 33 da Lei nº 13.869, de 2019, ao se exigir do investigado ou do acusado ou até mesmo de terceiros dados não essenciais para o deslinde do processo, sobretudo se protegidos por cláusulas constitucionais específicas, como sigilo bancário, profissional ou da intimidade, vida privada, honra ou imagem, por exemplo. Por outro lado, a exigência de parte do agente público que possua amparo jurídico *lato sensu*, amparo no ordenamento como um todo, em que se incluem normas infralegais, afasta o tipo, não cabendo interpretação de que seria exigido o amparo em lei em sentido estrito. Embora de pouca aplicabilidade em face de servidores do sistema correcional, cabe diferenciar que a incursão na ação verbal de invocar a condição de agente público para buscar vantagem indevida, tipificada no parágrafo único do art. 33 da Lei nº 13.869, de 2019, se diferencia dos elementos dos tipos dos crimes de concussão e de corrupção passiva e de concussão, previstos no *caput* do art. 316 e no *caput* do art. 317 do CP, pois estes subentendem, além da vantagem para o agente público, uma contraprestação a favor do particular, enquanto o primeiro tipo prevê benefício unilateral do agente.

Por fim, embora inicialmente mencionados, os arts. 23 (alterar prova ardilosamente) e 38 (manifestar pré-julgamento) daquela Lei são de difícil incursão pelos agentes do sistema correcional por mera falha da condução procedimental que mereça aqui a chamada à atenção, pois requerem em sua configuração o componente doloso na condução, o que os torna muito pouco prováveis de ocorrerem no sistema correcional.

Há ainda outros exemplos de leis que, sem se reportarem a ritos administrativos e, portanto, sem estabelecerem penas estatutárias e tampouco sem encontrar expresso reflexo na Lei nº 8.112, de 1990, definem como crimes determinados atos que podem ser praticados por particulares e por servidor e, nesta segunda hipótese, preveem como efeito da condenação judicial a perda do cargo (que, dependendo do caso, pode ser automática ou requer que seja manifestada). Os atos tipificados nestas leis até podem ter reflexos como ilícitos disciplinares autônomos, mas, não podem utilizar as respectivas tipificações associadas a dispositivos estatutários, pois suas definições legais se prestam exclusivamente para descrever tipos penais.

Dentre tais exemplos, citem-se a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que definiu em seus arts. 3º a 14 e 20 os crimes resultantes de discriminação e de preconceito de diversas naturezas, e a Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que em seus arts. 1º e 2º definiu o crime de tortura. Os atos nelas definidos não são exclusivos de servidor público (sobretudo os da primeira Lei, em que a maioria dos atos recaem sobre agentes particulares) e não se inserem em crimes contra a Administração Pública. Nenhum destes dois diplomas legais estabeleceu rito específico e ambos previram como efeito da condenação judicial, no caso de os atos nelas definidos serem praticados por servidor público, a perda do cargo (efeito não automático na primeira e automático na segunda, mas em ambos os casos por previsões específicas destas Leis, sem se reportar à alínea "a" do inciso I do art. 92 do CP, já que não são crimes contra a Administração Pública), com processamento nos termos do CPP, em especial dos seus arts. 513 a 518.

> *Lei nº 7.716, de 1989 - Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15 de maio de 1997)*
> *Art. 16. Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a três meses.*
> *Art. 18. Os efeitos de que tratam os arts. 16 e 17 (vetado) desta Lei não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.*

> *Lei nº 9.455, de 1997 - Art. 1º Constitui crime de tortura:*
> *I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:*
> *a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;*
> *b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;*
> *c) em razão de discriminação racial ou religiosa;*
> *II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.*
> *Pena - reclusão, de dois a oito anos.*
> *§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.*

Cabe menção também à Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (a chamada Lei de Licitações e Contratos e que revogou a antiga Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993), que trata das licitações e dos contratos celebrados na Administração Pública. Esta Lei, em seu art. 9º, estabeleceu vedações aos agentes públicos na participação em licitações e contratos e, em seu art. 178, inseriu uma capítulo novo e específico no CP, no Título dos crimes contra a Administração Pública, definindo crimes que podem ser praticados pelo particular e/ou pelo agente público, mas não estabeleceu rito criminal específico. Um ato cometido por servidor que afronte as vedações do art. 9º ou que configure algum tipo penal estabelecido pelo art. 178, ambos da Lei nº 14.133, de 2021, pode acarretar, por um lado, tanto o rito penal próprio para agentes públicos estabelecido no CPP, em especial nos seus art. 513 a 518 (que pode redundar até na perda do cargo, como efeito da decisão judicial condenatória por mais de um ano de pena privativa de liberdade, conforme a alínea “a” do inciso I do art. 92 do CP, já que são crimes contra a Administração Pública) como, por outro lado, também o processo disciplinar da Lei nº 8.112, de 1990, com o enquadramento administrativo que se amolde à gravidade da conduta (provavelmente demissível).

> *Lei nº 14.133, de 2021 - Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:*
> *I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:*
> *a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;*
> *b) estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes;*
> *c) sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico do contrato;*
> *II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvido financiamento de agência internacional;*
> *III - opor resistência injustificada ao andamento dos processos e, indevidamente, retardar ou deixar de praticar ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa em lei.*
> *§ 1º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução do contrato agente público de órgão ou entidade licitante ou contratante, devendo ser observadas as situações que possam configurar conflito de interesses no exercício ou após o exercício do cargo ou emprego, nos termos da legislação que disciplina a matéria.*
> *§ 2º As vedações de que trata este artigo estendem-se a terceiro que auxilie a condução da contratação na qualidade de integrante de equipe de apoio, profissional especializado ou funcionário ou representante de empresa que preste assessoria técnica.*

Cita-se também a Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001, que incluiu o art. 216-A no CP, tipificando, tanto em instância trabalhista privada como em seara pública, o crime de

assédio sexual, com possível processamento penal específico para agentes públicos no CPP, em especial em seus arts. 513 a 518. Na hipótese de interesse de ser cometido por agente em sua condição de servidor, não sendo um crime contra a Administração Pública, *a priori* não se vislumbra a possibilidade de o juiz determinar a perda do cargo em caso de condenação por mais de um ano com pena privativa de liberdade nos termos da alínea "a" do inciso I do art. 92 do CP. Mas isto não afasta a possibilidade de deflagração de processo disciplinar com o enquadramento administrativo que se amolde à gravidade da conduta (com possibilidade de ser demissível nas hipóteses mais graves). Sobre este tema, recomenda-se a leitura do **Anexo III**, que aborda as conceituações de assédio moral e de assédio sexual e suas aplicações em seara pública.

> *CP - Art. 216-A. Constranger alguém com intuito de levar vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.*

A exemplo do que se mencionou acima para os crimes de abuso de autoridade, estes demais crimes tmbém comportam a celebração de ANPP.

Novamente, é de se destacar que tais condutas funcionais elencadas nos arts. 312 a 326 do CP e nas Leis nº 8.137, de 1990, e nº 13.869, de 2019, bem como as condutas descritas nas Leis nº 7.716, de 1989, nº 9.455, de 1997, e nº 14.133, de 2021, nas hipóteses de serem cometidas por servidor no exercício do cargo, merecerão processamento administrativo disciplinar, podendo ser enquadradas nos arts. 116, 117 ou 132 da Lei nº 8.112, de 1990 (não devendo jamais os dispositivos do CP e destas Leis fazerem parte da indiciação e do relatório da comissão disciplinar), sem prejuízo de independente ação penal.

3.2.2 - Preservação da Materialidade e da Autoria nos Aspectos Espacial e Temporal - Competência Associada à Jurisdição do Local de Lotação ou de Exercício do Servidor

A configuração mais comum, que é de o servidor cometer a suposta irregularidade em sua própria unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) e de ter inalterada sua relação jurídico-estatutária com a Administração (mantendo-se na atividade, ocupando o mesmo cargo e desempenhando suas atribuições legais no mesmo local) até o transcurso do processo disciplinar, permite que a definição das competências para recepcionar representações e denúncias e para decidir o juízo de admissibilidade (arquivando o feito ou determinando as apurações) se resolva com a solução mais simples, qual seja, de tais poderes recaírem justamente sobre o Chefe do respectivo Escritório de Corregedoria (Escor) da jurisdição daquela sua unidade, bem como não traz nenhuma dificuldade acerca da incidência do regime e do processo disciplinares sobre o infrator. Todavia, a aplicação da normatização que associa aquelas competências à unidade de lotação (ou de exercício) do representado ou do denunciado no momento da exaração do juízo de admissibilidade bem como até mesmo a análise da própria incidência do regramento disciplinar sobre o agente exige análises mais detalhadas e pormenorizadas quando o caso concreto apresenta peculiaridades referentes aos aspectos espacial e temporal.

Aqui, considera-se como aspecto espacial que afasta a análise do caso concreto da configuração comum a peculiaridade de o servidor, no momento em que comete a suposta irregularidade, não estar em sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente). E considera-se como aspecto temporal que afasta a análise do caso concreto da configuração comum a peculiaridade de a situação funcional do servidor, ao tempo da emissão do juízo de admissibilidade ou ainda ao tempo da efetiva instauração do rito disciplinar, já ter sido alterada em comparação à sua situação quando cometeu a suposta irregularidade, seja em

decorrência de remoção ou de alteração de exercício ou de redistribuição ou de nova investidura no mesmo cargo ou em novo cargo federal (na própria Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - RFB ou em outro órgão ou entidade) ainda regido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, seja em razão de inatividade por aposentadoria ou disponibilidade, seja pela ruptura da relação estatutária, por meio de punição com pena expulsiva ou de exoneração.

A seguir, se apresentarão as específicas consequências para as hipóteses de o caso concreto comportar peculiaridades, seja acerca de diferença local entre onde o fato supostamente ilícito foi cometido e onde o servidor exerce seu cargo, seja em decorrência de intervalo temporal entre quando o fato supostamente ilícito foi cometido e quando se dá início à sua investigação ou apuração no qual tenha havido alteração nos contornos da relação jurídica mantida entre o servidor e a Administração. E, dependendo de especificidades do caso concreto, pode-se fazer necessário superpor as duas análises e seus efeitos quando se verificam simultaneamente tanto aspectos espaciais quanto temporais.

3.2.2.1 - Irregularidade Cometida Fora da Unidade de Lotação (ou de Exercício)

Conforme já aduzido em **2.3.2** e em **2.5.2**, o inciso III do *caput* do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, reflete a argumentação principiológica de que, no aspecto espacial, a apuração disciplinar privilegia a proximidade com o local em que o servidor acusado desempenha as atribuições legais de seu cargo, como forma de assegurar as maiores condições de ampla defesa e de contraditório.

> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 2º A instauração de sindicância disciplinar e de PAD bem assim a decisão de arquivamento em fase de admissibilidade cabem:*
> *III - ao Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor), quando tiver ciência de irregularidade praticada por servidor lotado ou em exercício em unidade descentralizada ou em unidade central localizada na respectiva Região Fiscal; e*

Como o mais comum é o servidor cometer a suposta irregularidade na sua própria unidade da RFB em que é lotado (ou em que tem exercício, caso sua unidade de exercício seja diferente da de lotação, hipótese que abarca a possibilidade de existência de vínculo jurídico-administrativo de natureza temporária, como, por exemplo, na concessão de exercício provisório, de que tratam o *caput* do art. 18, o § 4º do art. 37 e o § 2º do art. 84, todos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou na ocupação de cargo em comissão, ambas em outra unidade), a regra geral é de a representação ser dirigida pelo representante, em via hierárquica, a partir de seu chefe imediato, para o titular de sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente), a fim de que este encaminhe à autoridade em princípio competente para decidir o juízo de admissibilidade e, se for o caso, para instaurar a instância disciplinar, qual seja, o Chefe do respectivo Escritório de Corregedoria (Escor) da jurisdição daquela já mencionada unidade em que o representado (ou denunciado, caso a notícia tenha chegado por meio de denúncia) desempenha as atribuições legais do seu cargo ao tempo desta decisão.

Quando o servidor comete a suposta irregularidade dentro da RFB mas em unidade diferente daquela em que mantém sua lotação ou diferente daquela em que tem exercício (ou seja, distinta daquela na qual cotidianamente desempenha suas atribuições legais, em momento e sob condições tais que sua passagem pela tal repartição tanto possa ter decorrido de mera liberalidade pessoal quanto possa ter se dado em atendimento a determinação ou convocação para prestar algum serviço de natureza imediata e pontual de curta duração, sem nenhuma forma de vinculação jurídico-administrativa sequer temporária com o local dos fatos, como seriam o exercício provisório ou a ocupação de cargo em comissão nesta

unidade), compete à autoridade titular desta unidade de ocorrência tão somente encaminhar a representação para o Chefe do Escor que, a este tempo, jurisdiciona a unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do representado (ou denunciado, caso a notícia tenha chegado por meio de denúncia).

3.2.2.1.1 - Irregularidade Cometida em Unidade de Região Fiscal Diferente da Unidade de Lotação ou de Exercício

Se, de um lado, a peculiaridade de a suposta irregularidade ter sido cometida em outra unidade da Secretaria Especialda Receita Federal do Brasil (RFB) não reflete diferença na forma de cumprir o dever de representar, de outro lado, pode haver diferenças na competência para apreciar a representação (ou denúncia, se for o caso) e para decidir, em fase de admissibilidade, pelo arquivamento ou pela instauração de processo disciplinar, cabendo aqui um desdobramento. Em primeira hipótese, se a unidade de ocorrência do fato se situa na mesma Região Fiscal (RF) da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do representado ou denunciado, a notícia da suposta irregularidade deve ser encaminhada justamente ao Chefe do respectivo Escritório de Corregedoria (Escor) desta jurisdição, para apreciação e decisão do juízo de admissibilidade, não se operando, neste caso, nenhuma relevante especificidade. Mas se a unidade de ocorrência do fato se situa em outra RF diferente daquela em que se situa a unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do representado ou denunciado, a notícia da suposta irregularidade deve ser encaminhada ao Chefe do Escor da jurisdição da unidade onde o servidor desempenha as atribuições legais do seu cargo, para apreciação e decisão do juízo de admissibilidade, operando-se uma diferenciação em relação à configuração comum e frequente.

Não havendo coincidência entre as jurisdições do local da ocorrência da suposta irregularidade e da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente, inclusive em casos de exercício provisório e de ocupação de cargo em comissão) do acusado, este comando normativo interno consagra a relevância concedida aos princípios da ampla defesa e do contraditório - ainda que com alguma parcela de mitigação à presumida maior facilidade para se coletar a prova no local onde ocorreu a suposta infração -, buscando propiciar ao servidor maior proximidade com o processo e com a comissão e, em princípio, tentando evitar que este tenha de arcar com ônus no acompanhamento processual, uma vez que não haveria amparo em lei para que o ordenador de despesas autorizasse pagamento de passagens e diárias para acompanhamento do processo que transcorresse fora de sua sede, conforme se aduzirá em **4.3.6.4**.

De se ressaltar, no entanto, que nem mesmo esta sistematização de atribuir competência instauradora ao Chefe do Escor da jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do representado ou denunciado assegura a este a absoluta proximidade com os autos e o poupa de eventuais custos para acompanhamento, pois pode ocorrer de a unidade em que o servidor desempenhe suas atribuições legais não se situar na mesma localidade em que se sedia o respectivo Escor, podendo haver, de toda forma, necessidade de deslocamentos do acusado, às suas expensas, no curso da instrução processual. O que se pode inferir é que, com o atual regramento, o risco de o acusado ter de suportar algum ônus financeiro no acompanhamento processual restará minorado em comparação à regra de o processo se vincular ao local da ocorrência do fato, pois é de se presumir que eventuais deslocamentos se restringirão à abrangência geográfica de apenas uma RF (e há ainda a possibilidade de emprego de videoconferência para realização de atos instrucionais e de designação de secretário remoto na localidade de lotação - ou de exercício, se diferente - do acusado, para fornecer-lhe acesso aos autos, além do uso do processo digital, com a adoção do Sistema Processo Eletrônico pela corregedoria).

Já no que diz respeito ao julgamento em processo disciplinar originado por suposta infração cometida em unidade da RFB, é de se afirmar que tal ato final do rito consubstancia o próprio poder punitivo estatal e, como tal, indissociavelmente, vincula-se à jurisdição hierárquica sobre a unidade de lotação (ou de exercício, se diferente, inclusive em casos de exercício provisório e de ocupação de cargo em comissão) do servidor ao tempo de sua emissão, conforme se antecipa entendimento da Advocacia-Geral da União (AGU), reproduzido em **3.2.2.1.2** (Despacho do Advogado-Geral da União, de 09/05/06, que aprovou a Nota Decor/CGU/AGU nº 16/2008-NMS e o Despacho Decor/CGU/AGU nº 10/2008-JD, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 143/2008). Assim, tanto no caso de suposta infração cometida na própria unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) quanto no caso de infração cometida em unidade distinta de sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) e esteja este local do fato localizado na mesma RF ou não, inexiste dúvida de que, em qualquer destas hipóteses, a autoridade julgadora para absolver e também, em princípio, para responsabilizar o acusado (dependendo do alcance da pena) pode ser o mesmo Chefe do Escor da jurisdição da sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente, inclusive em casos de exercício provisório e de ocupação de cargo em comissão) sobre quem recaiu a decisão em fase de admissibilidade de instaurar o feito disciplinar.

Portanto, em termos espaciais delimitados no âmbito da própria RFB, havendo diferença entre o local do cometimento da suposta infração e o local em que o representado ou denunciado desempenha suas atribuições legais (ainda que sob vínculo jurídico-administrativo temporário), tanto a decisão em fase de admissibilidade (seja para arquivar o feito, seja para instaurar o processo disciplinar) quanto o julgamento (seja para absolver, seja para em princípio responsabilizar - dependendo do alcance da pena), competem ao Chefe do Escor da jurisdição de lotação (ou de exercício, se diferente, inclusive em casos de exercício provisório e de ocupação de cargo em comissão) do servidor. No que diz respeito exclusivamente ao julgamento, isto somente se justifica nos casos limitados à absolvição ou à aplicação de penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias, da alçada dos Chefes de Escor, uma vez que, independentemente de RF de ocorrência do fato e de jurisdição do acusado, nos casos de julgamentos que comportem aplicação de penas mais graves, como suspensão acima de trinta dias ou expulsivas, as decisões competem, respectivamente, ao Corregedor e ao Ministro de Estado da Economia, conforme se detalhará em **4.10.3**.

3.2.2.1.2 - Irregularidade Cometida em Outro Órgão Público

Analogamente, se um servidor da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) incorre em suposta ilicitude no âmbito de outro órgão público federal no qual não mantenha nenhuma forma de vínculo jurídico-administrativo sequer de natureza temporária (ou seja, em órgão no qual nem mesmo esteja cedido, por meio da espécie de afastamento prevista no art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou em exercício provisório, de que tratam o *caput* do art. 18, o § 4º do art. 37 e o § 2º do art. 84, todos da mesma Lei, de ou ocupando cargo em comissão), tendo cometido o fato em momento e sob condições em que se encontrava ou por mera liberalidade pessoal ou no máximo por estar cumprindo alguma determinação ou convocação de natureza imediata e pontual de curta duração, a representação ou denúncia deve ser encaminhada pelo titular daquele órgão para esta instituição a que pertence o cargo efetivo do servidor e na qual ele mantém sua lotação e exercício, a fim de que, como regra geral, o respectivo Chefe do Escritório de Corregedoria (Escor) que jurisdiciona sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) proceda ao juízo de admissibilidade e decida pelo arquivamento ou pela instauração do processo disciplinar, propiciando facilidade de acesso ao acusado.

Tal entendimento se extrai da doutrina e da leitura integral de uma antiga manifestação do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), por meio de sua Formulação

Dasp nº 180, exarada em processo em que se noticiava que um servidor lotado em determinado órgão cometera suposta infração em outro órgão no qual sequer estava a serviço e muito menos mantinha qualquer vínculo jurídico-administrativo, nem mesmo temporário (não estava cedido ou sob exercício provisório e nem ocupava cargo em comissão no local). Reconhece-se que a completa compreensão da manifestação somente se obtém com a leitura integral de todo o Parecer que embasou o enunciado, já que a Formulação em si tem redação pouco clara.

> *Formulação Dasp nº 180. Infração disciplinar*
> *Quando o funcionário de uma repartição comete falta noutra, esta comunica o fato àquela para aplicar a punição.*
>
> *"Falta cometida em outra repartição. Como já vimos linhas atrás, a regra básica definidora da competência para instaurar processo radica no pressuposto da subordinação hierárquica do servidor faltoso. Logo, é competente a autoridade que tenha ascendência funcional sobre este.*
> *Por conseguinte, há de se concluir que, sendo a falta cometida por funcionário estranho à repartição, deverá a chefia desta comunicar o fato ao órgão em que esteja lotado o servidor faltoso.*
> *É essa a compreensão que já foi devidamente pacificada pelo DASP, por meio da Formulação nº 180.", José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 203, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*
>
> *"(...) cometimento de falta, com o faltoso perfeitamente identificado, em repartição que não seja sua unidade de lotação; neste caso, comunica-se o evento ao chefe imediato do citado servidor, pedindo as providências legais cabíveis.", Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 63, Editora Consulex, 1ª edição, 1999*

Por outro lado, se um servidor da RFB incorre em suposta ilicitude no âmbito de outro órgão público federal no qual mantenha alguma forma de vínculo jurídico-administrativo de natureza temporária (ou seja, em órgão no qual possa estar cedido ou em exercício provisório ou ocupando cargo em comissão), a representação ou denúncia deve ser encaminhada à autoridade competente neste órgão em que o agente por ora desempenha suas atribuições legais, a fim de que ela proceda ao juízo de admissibilidade e decida pelo arquivamento ou pela instauração do processo disciplinar que, se for o caso, naquela instituição transcorrerá, propiciando maior possibilidade se serem identificadas as provas e facilidade de acesso ao acusado.

Mas é de se ressalvar que a competência para exarar juízo de admissibilidade e para arquivar o feito ou instaurar o processo disciplinar somente migra para a autoridade competente no órgão em que o servidor por ora mantém vínculo jurídico-administrativo de natureza temporária se aí tiver sido cometida a suposta infração. Em outras palavras, se o servidor comete a ilicitude ainda em seu órgão de lotação, em seguida passa a ter aquela espécie de vínculo em outro órgão e somente aí vem à tona o conhecimento da infração, não caba aquela competência migrar para este órgão, já que o fato foi cometido no seu órgão de origem (e nele se presume encontrar com mais facilidade as provas).

E também se destaca que, diferentemente das situações acima abordadas, de vinculação com outro órgão (o que faz subentender da administração direta), na hipótese de o servidor da RFB cedido a alguma entidade da administração indireta cometer irregularidade em sociedade de economia mista ou em empresa pública ou em fundação pública de direito privado, o apuratório deve migrar para seu órgão de origem, já que a entidade não disporá de três servidores estáveis para compor a comissão de inquérito.

Também de forma análoga à repercussão do aspecto espacial quando a infração é

cometida no âmbito da própria RFB, nos casos em que o ilícito é cometido por servidor desta instituição em outro órgão estranho ou em entidade, independentemente de lá ele manter ou não alguma espécie de vínculo jurídico-administrativo, sempre o julgamento caberá à autoridade correcional desta instituição à qual o cargo efetivo do agente é vinculado e na qual ele mantém sua lotação. Em outras palavras, diferentemente da competência instauradora, que até pode se exercer no órgão estranho à RFB se o servidor lá mantém alguma espécie de vínculo jurídico-administrativo de natureza temporária (como cessão, exercício provisório ou cargo em comissão), o julgamento, em todos os casos, cabe à respectiva autoridade competente nesta sua instituição de origem, a saber, o Chefe do Escor da jurisdição de sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente), como regra geral para absolvição ou para aplicação de penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias, ou o Corregedor ou o Ministro de Estado da Economia, respectivamente para aplicação de penas de suspensão superior a trinta dias ou expulsivas, conforme se detalhará em **4.10.3**.

Neste tema, restou forçoso à Administração firmar de forma expressa tal entendimento, à vista da já mencionada inadequação da redação da Formulação Dasp nº 180, que, em leitura apressada, poderia levar à equivocada conclusão de que até o julgamento caberia à autoridade competente no órgão de ocorrência do fato e que apenas a aplicação da penalidade, se fosse o caso, restaria na alçada do órgão a que pertence o cargo efetivo do infrator.

À vista de divergência de entendimento entre dois órgãos (o então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG e o então Ministério da Fazenda - MF, por meio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN) em um caso concreto, justamente sobre este ponto - a quem caberia julgar o ilícito cometido por um servidor lotado em uma Pasta ao tempo em que estava cedido, exercendo cargo em comissão na outra -, nos termos do inciso XI do art. 4º da Lei Complementar (LC) nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 (conforme se verá em **3.3.5**), aquela Procuradoria provocou a manifestação do titular da Advocacia-Geral da União (AGU).

Assim, a AGU, em Despacho do Advogado-Geral da União, de 09/05/06, aprovou a Nota Decor/CGU/AGU nº 16/2008-NMS e o Despacho Decor/CGU/AGU nº 10/2008-JD, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 143/2008, firmando entendimento, primeiramente, de que o julgamento (que comporta a decisão de arquivar) e a eventual aplicação da pena são um único ato e, portanto, indissociáveis; e, nesta linha, concluiu que, em razão do princípio da hierarquia e do fato de as repercussões do processo disciplinar se materializarem sobre o cargo efetivo, em caso de servidor que comete infração em órgão para o qual está cedido, a competência de julgar, absolvendo ou aplicando pena, é da autoridade competente para tal no órgão cedente, onde mantém seu cargo efetivo (e independentemente de onde o infrator temporariamente exerça seu cargo ao tempo do processo e do julgamento, ou seja, mesmo que ele ainda esteja em exercício no órgão de destino), na linha também adotada pela doutrina. Uma vez que a manifestação do órgão máximo de assessoramento jurídico do Poder Executivo se deu em consulta do órgão de Consultoria Jurídica do ME, é de se interpretar como vinculante no âmbito desta Pasta e, por conseguinte, na RFB.

> *Nota Decor/CGU/AGU nº 16/2008-NMS: "35. Por fim, cabe esclarecer que o julgamento e aplicação da sanção são um único ato, que se materializa com a edição de despacho, portaria ou decreto, proferidos pela autoridade competente, devidamente publicado para os efeitos legais, conforme se dessume do disposto nos artigos 141, 166 e 167 do RJU."*
>
> *Despacho Decor/CGU/AGU nº 10/2008-JD: "10. De toda sorte, a competência para julgar processo administrativo disciplinar envolvendo servidor cedido a outro órgão ou instituição só pode ser da autoridade a que esse servidor esteja subordinado em razão do cargo efetivo que ocupa, ou seja, da autoridade competente no âmbito do órgão ou instituição cedente.*

> *11. Essa competência decorre do princípio da hierarquia que rege a Administração Pública, em razão do qual não se pode admitir que o servidor efetivo, integrante do quadro funcional de um órgão ou instituição, seja julgado por autoridade de outro órgão ou instituição a que esteja apenas temporariamente cedido.*
> *12. É fato que o processo administrativo disciplinar é instaurado no âmbito do órgão ou instituição em que tenha sido praticado o ato antijurídico. Entretanto, tão logo concluído o relatório da comissão processante, deve-se encaminhá-lo ao titular do órgão ou instituição cedente para julgamento."*
>
> *Despacho do Consultor-Geral da União nº 143/2008: "2. Estou de acordo com a NOTA/DECOR/CGU/AGU Nº 016/2008-NMS (...) e com o despacho posterior [Despacho Decor/CGU/AGU Nº 010/2008-JD] que a aprovou, que inclusive, revê posicionamento anterior, no sentido de que cabe ao titular do órgão cedente a competência para julgamento e imposição de penalidade a servidor cedido, cujo cargo efetivo seja vinculado ao órgão cedente."*
>
> *"Ressalte-se que a competência para julgar processo disciplinar que apurou infrações de servidores que exerçam função comissionada em outro Ministério é da autoridade a que se acham subordinados. Nesses casos, o poder disciplinar da autoridade administrativa se desloca para a alçada das atribuições do chefe da repartição onde são lotados os titulares desses cargos em comissão.*
> *Erroneamente tem-se pretendido aplicar a esses casos a Formulação nº 180 do Dasp (...)." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 265, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005.*

Embora, a rigor, o posicionamento da AGU tenha decorrido de caso concreto de cessão, considerando as duas principais bases de argumentação (o princípio da hierarquia e o fato de que as repercussões disciplinares se fazem sentir no cargo efetivo), tem-se que este entendimento, ao expressar que o deslocamento da aplicação da pena (quando é o caso de responsabilização) faz igualmente deslocar o indissociável julgamento, também se aplica para as outras hipóteses em que o servidor mantém alguma espécie de vínculo jurídico-administrativo de natureza temporária onde por ora desempenha suas atribuições legais e onde comete a ilicitude, tais como quando se encontra em exercício provisório ou quando ocupa cargo em comissão. E, se assim é mesmo em hipóteses de manutenção de vínculo temporário, com maior certeza se afirma que o julgamento e o associado ato de aplicação da pena (quando é o caso de responsabilização) se mantêm na instituição de origem nos casos estritamente similares ao que fora objeto da Formulação Dasp nº 180, ou seja, em que o infrator comete o ilícito em outro órgão público federal no qual não mantenha nenhuma forma de vínculo jurídico-administrativo sequer de natureza temporária (em instituição na qual nem mesmo esteja cedido ou em exercício provisório ou ocupando cargo em comissão), tendo cometido o fato em momento e sob condições em que se encontrava ou por mera liberalidade pessoal ou no máximo por estar cumprindo alguma determinação ou convocação de natureza imediata e pontual de curta duração.

Para o caso concreto de servidores da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB) atuando no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf - que é um órgão colegiado, como segunda instância administrativa recursal em matéria tributária autônomo em relação à RFB e diretamente vinculado ao Ministro de Estado da Economia), na função pública de conselheiro representante da Fazenda Nacional, em dedicação integral e exclusiva neste órgão colegiado, ou nele ocupando cargo em comissão ou função de confiança, opera-se a alteração de exercício. Neste caso, a alínea "a" do inciso V do art. 12 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019, estabelece que a competência instauradora em face destes servidores migra para a Corregedoria do Ministério da Economia

(Coger-ME), conforme já aduzido em **2.1.2**.

> *Decreto nº 9745, de 2019 - Art. 12. À Corregedoria compete:*
> *V - instaurar e conduzir, de ofício ou por determinação superior, sindicâncias, inclusive patrimoniais, e processos administrativos disciplinares:*
> *a) para apurar irregularidades praticadas no âmbito de órgão de assistência, singular ou colegiado, ou de unidade descentralizada da estrutura organizacional do Ministério que não possua corregedoria própria ou quando relacionadas a mais de um órgão da referida estrutura; e*

3.2.2.2 - Irregularidade Cometida Antes de Remoção ou Outros Deslocamentos, de Nova Investidura, de Inatividade, de Punição com Pena Expulsiva ou de Exoneração

Da leitura do art. 148 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, conforme já se expôs em **3.1**, extrai-se que o processo disciplinar é o instrumento legal para o esclarecimento de supostas ilicitudes cometidas por servidor, direta ou indiretamente associadas ao exercício de suas atribuições legais. Ou seja, a apuração da responsabilidade administrativa está ligada de forma indissociável ao fato de o infrator exercer um cargo regido por aquele Estatuto à época do cometimento da infração. Em outras palavras, o processo disciplinar, ao mover-se, de ofício, na busca de seu principal objetivo de esclarecer fatos supostamente irregulares de que se tem conhecimento no âmbito da Administração Pública, reporta-se à situação funcional do tempo do cometimento de tais atos.

A menção à situação momentânea do servidor é relevante porque, no aspecto temporal, a sua vida funcional é sujeita a diversas ocorrências - enquanto algumas são realizadas a pedido ou como fruto de sua própria vontade ou iniciativa, outras são resultado de atuação estatal *ex officio* e à margem de sua intenção e de seu interesse. Estas ocorrências, quando tomadas em conjunto, desenham um largo espectro de disparidade de repercussões na relação estatutária (de natureza laboral, pecuniária e previdenciária) regida pela Lei nº 8.112, de 1990, firmada entre o servidor e a Administração. Dito isto, faz-se necessário analisar se incidentes que possam ocorrer ao longo do tempo na vida funcional - variando desde aqueles que preservam a íntegra dos vínculos estatutários, passando por outros que mantêm parte destes vínculos e até atingir os que os rompem totalmente - repercutem na manifestação da submissão ao regime e ao processo disciplinares e na competência correcional.

Ao asseverar que o processo disciplinar se reporta à situação funcional do tempo do cometimento da suposta infração, antecipa-se, em leitura a *contrario sensu*, que a submissão do agente ao regime disciplinar independe da condição em que se encontra o seu vínculo estatutário com a Administração e da manutenção ou não da sua punibilidade ao tempo e ao fim do processo.

Tendo-se então introduzido, de forma muito superficial, que, como regra, a aplicabilidade do regime e do processo disciplinares se mantém na marcha temporal a despeito de incidentes que possam ocorrer na vida funcional do agente, convém adentrar nas peculiaridades de como ocorrências de tal natureza operam e se instrumentalizam especificamente no âmbito da estrutura correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).

O assunto emerge por ser forçoso reconhecer que, apesar da determinação legal para que se proceda à imediata apuração da suposta ilicitude (no *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990), em geral, resta inevitável algum lapso de tempo entre o recebimento da representação ou denúncia até a efetiva manifestação do juízo de admissibilidade, de instaurar o processo disciplinar ou de arquivar o feito.

Em preliminar, ressalve-se e relembre-se, conforme a regra geral já exposta em **2.5.2**, que, não obstante este lapso temporal, caso, ao se emitir o juízo de admissibilidade, o servidor

ainda esteja lotado (ou em exercício, se diferente) na mesma unidade desde o tempo do cometimento do fato supostamente irregular - lotação ou exercício que determinaram o encaminhamento da representação ou da denúncia para o respectivo Escritório de Corregedoria (Escor) -, cabe a esta mesma unidade de correição arquivar o feito ou instaurar o rito disciplinar.

3.2.2.2.1 - Irregularidade Cometida Antes de Remoção, de Alteração de Exercício, de Redistribuição ou de Nova Investidura no Mesmo ou em Novo Cargo

Inicia-se a análise do reflexo de ocorrências da vida funcional do servidor na sua submissão ao regime e ao processo disciplinares mencionando-se primeiramente incidentes que contemplam (mantendo ou resgatando) a íntegra das vinculações estatutárias que ligam o servidor à Administração, regidas pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em todo seu espectro laboral, pecuniário e previdenciário.

Aqui se incluem, de imediato, ocorrências funcionais que não importam em novo provimento, tais como remoção, alteração de exercício ou redistribuição, nos termos definidos pelos arts. 15, 18, 36 e 37 da Lei nº 8.112, de 1990. Avançando na descrição, mencionam-se ocorrências funcionais de maior impacto, conforme conceitos e comandos legais previstos nos arts. 8º e 24 a 32 da citada Lei, apresentados e reproduzidos em **3.2.4.2.1** e reiterados em **4.10.2**, as cujas leituras se remete, a fim de se poupar desnecessária repetição, sejam no mesmo cargo com novo provimento tais como reversão ou reintegração; sejam com provimento em novo cargo regido pela mesma Lei, tais como nomeação após aprovação em concurso público (no âmbito do mesmo órgão, como é o caso da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - RFB ou para cargo de outro órgão ou entidade federal), ou ainda readaptação, recondução ou aproveitamento decorrentes de uma primeira investidura em outro cargo.

Ao se fazer a leitura conjunta do *caput* do art. 143 e do art. 148, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, à luz dos princípios da legalidade, da busca da verdade material e da indisponibilidade do interesse público, tem-se como cristalina e inequívoca a aplicação do regime e do processo disciplinares ao servidor que apenas tenha obtido algum deslocamento, seu pessoal ou de seu cargo, após o cometimento da infração. Das três espécies legais de deslocamentos *lato sensu*, a remoção e a alteração de exercício são bastante comuns de ocorrer na RFB e a redistribuição de ou para outro órgão é rara.

E a mesma base legal e principiológica assegura que também se tem claro que deve o servidor responder administrativamente por fato porventura cometido quando no exercício de cargo, ainda que tenha havido novo provimento naquele mesmo cargo ou novo provimento em outro cargo também regido pelo mesmo Estatuto. As duas espécies de novo provimento no mesmo cargo, reversão e reintegração, eventualmente ocorrem na RFB; e, das quatro espécies de novo provimento em outro cargo, a readaptação, a reversão e o aproveitamento são muito raros de ocorrer na RFB e apenas a nomeação após concurso público é comum, podendo ocorrer no mesmo âmbito institucional, por exemplo, de Analista Tributário para Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil - ATRFB e AFRFB.

Nenhum destes incidentes acima, listados a título de exemplos não exaustivos em que se mantém ou se resgata integralmente a relação estatutária, elimina a submissão do servidor ao regime e ao processo disciplinares e muito menos afasta o dever legal de a autoridade competente promover a apuração de fatos supostamente irregulares cometidos no exercício de cargo e que lhe cheguem ao conhecimento.

Ou seja, não se afasta a incidência do regramento disciplinar ainda que o cargo ou que as condições de seu exercício ao tempo do cometimento da conduta infracional sejam diversos

do cargo que mais recentemente ocupa ou das condições de seu exercício ao tempo do conhecimento da infração e de sua apuração. Investir no sentido contrário afrontaria toda a base principiológica de que o processo disciplinar move-se na busca da elucidação do fato.

Não se coadunaria com os supracitados princípios imaginar que o simples deslocamento e até mesmo a reinvestidura ou investidura em novo cargo sob égide da Lei nº 8.112, de 1990, poderiam eliminar o poder-dever de apurar e, posteriormente, se for o caso, de punir, criando uma espécie ilegítima de impunidade. Ou seja, a manutenção ou o restabelecimento do integral vínculo estatutário na citada Lei, após o transcurso de determinados incidentes na vida funcional do servidor, não só justificam a apuração como também mantêm possível a aplicação da pena eventualmente cabível, conforme igualmente assevera a doutrina da Controladoria-Geral da União (CGU).

> *"Não escapa da apuração disciplinar o servidor removido ou redistribuído após a prática da infração. Do mesmo modo, responderá se já estiver ocupando novo cargo. A justificativa é de que remanesce o poder-dever da Administração de apurar os fatos irregulares de que teve conhecimento e, quando cabível, o condenado sofrerá a reprimenda prevista na Lei nº 8.112/90", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 32, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Militam a favor deste entendimento a manifestação do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), por meio da sua Formulação Dasp nº 1, e a doutrina, que não abordaram a hipótese de exoneração que faz romper integralmente o vínculo estatutário mas sim aquela que se exige para posse em outro cargo ainda regido pela Lei nº 8.112, de 1990:

> *Formulação Dasp nº 1. Exoneração a pedido*
> *Não contraria o disposto no art. 231 do Estatuto dos Funcionários a exoneração que não exclua o indiciado do serviço público federal quer porque acumulasse cargos, quer porque a exoneração resulte da posse noutro cargo da mesma esfera.*
> *(**Nota**: O art. 231 do antigo Estatuto vedava a exoneração a pedido de acusado, similarmente ao atual art. 172 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.)*
>
> *"Não há, contudo, obstáculo legal a que o acusado, na constância do processo, seja exonerado, a pedido, de um cargo para ocupar outro da mesma esfera de governo, desde que continue vinculado ao mesmo regime disciplinar, ainda que se trate de órgão da Administração indireta.*
> *A possibilidade de exoneração a pedido, nesses casos, escuda-se no fato de que, vindo o funcionário a ser punido, a reprimenda resultante poderá alcançar-lhe no novo cargo, que é, sem dúvida, o escopo principal a que visa o art. 172 da Lei n° 8.112/90." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 212 e 213, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

3.2.2.2.1.a - Instrumentalidade no Trato de Deslocamentos, Reinvestidura ou Nova Investidura Ocorridos no Âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil na Fase de Admissibilidade

Na sequência, passa-se a analisar os desdobramentos no processamento da fase investigativa quando o servidor, após o cometimento de suposta irregularidade e antes da decisão do juízo de admissibilidade, obtém remoção interna (de qualquer natureza, a pedido ou de ofício) ou tem seu exercício alterado ou é reinvestido no mesmo cargo ou é investido em novo cargo igualmente regido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no próprio âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).

Primeiramente, neste rumo, quando tais incidentes temporais, além de preservarem a íntegra do vínculo estatutário, se dão também com a peculiaridade de a nova unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor ter se mantido na mesma Região Fiscal (RF) de origem, não há repercussão de ordem prática na competência para emitir o juízo de admissibilidade. Neste caso, a decisão de arquivamento do feito ou de instauração do rito disciplinar permanece no próprio Escritório de Corregedoria (Escor) daquela jurisdição, em nada importando se a representação ou a denúncia somente foi formulada após a alteração da unidade de lotação (ou de exercício) do servidor ou se já havia sido apresentada antes e se a unidade de correição já havia iniciado ou não as investigações.

Apenas quando a remoção, a alteração de exercício, a reinvestidura ou a nova investidura alteram a RF de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor também se desloca a identificação da autoridade competente, com o fim de atender ao inciso III do *caput* do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, que dispõe que as encadeadas competências para receber e apreciar representação ou denúncia, para emitir o juízo de admissibilidade e para arquivar o feito ou para instaurar o rito disciplinar, como regra geral, vinculam-se à jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do suposto infrator à época de tal decisão e não ao local da ocorrência dos fatos. O pormenorizado e exaustivo disciplinamento de tais hipóteses se encontra nos incisos I a III do § 6º e no 8º do art. 2º Portaria RFB nº 6.483, de 2017.

> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 2º A instauração de sindicância disciplinar e de PAD bem assim a decisão de arquivamento em fase de admissibilidade cabem:*
> *III - ao Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor), quando tiver ciência de irregularidade praticada por servidor lotado ou em exercício em unidade descentralizada ou em unidade central localizada na respectiva Região Fiscal; e*
> *§ 6º Ocorrendo remoção ou alteração de exercício do servidor:*
> *I - antes de iniciada qualquer análise de denúncia ou representação, a autoridade competente na unidade de origem que recebeu tal documento deve encaminhá-lo ao Escor que jurisdicione a nova unidade de lotação ou de exercício do servidor.*
> *II - durante a realização de procedimento investigativo já iniciado na jurisdição de origem, à respectiva autoridade competente caberá a conclusão dos trabalhos investigatórios, com a posterior remessa de todos os documentos produzidos ao Escor que jurisdicione a nova unidade de lotação ou de exercício do servidor.*
> *III - após a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar ou de PAD, mas antes da efetiva instauração, caberá ao Chefe do Escor que jurisdicione a nova unidade de lotação ou de exercício do servidor determinar a realização de novos trabalhos investigatórios, caso entenda necessário, e emitir o seu juízo de admissibilidade;*
> *§ 7º Caso o investigado ou acusado seja inativo ou ex-servidor, o procedimento investigativo e a sindicância disciplinar ou o PAD transcorrerão no Escor da jurisdição da última unidade de lotação ou de exercício, sem prejuízo quanto ao disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º.*
> *§ 8º Havendo decisão pelo arquivamento da denúncia ou da representação, não caberá reanálise do caso pelo Escor que jurisdicione a nova unidade de lotação ou de exercício do servidor, salvo na hipótese de superveniência de fato novo.*

Assim, se no lapso de tempo entre o cometimento da suposta infração e a emissão da decisão em fase de admissibilidade, o servidor vier a ser lotado na nova unidade em outra RF (ou nela vier a ter exercício, se diferente), em decorrência de remoção, de alteração de exercício, de reintegração, de reinvestidura no mesmo cargo ou de investidura em novo cargo

no âmbito da RFB, todas as competências acima listadas migram, aprioristicamente como regra geral, para o Chefe do Escor que, à época da decisão, jurisdiciona a unidade em que o suposto infrator desempenha suas atribuições legais, em respeito ao caráter espacial de privilegiar sua proximidade com o processo disciplinar e com a comissão, se porventura instaurado o feito e designado o trio.

Obviamente, se a suposta infração, cometida ainda na unidade de origem, somente vier a ser objeto de representação ou de denúncia, ainda que dirigida ao Escor da jurisdição de origem, depois de o servidor já estiver lotado (ou tiver exercício, se diferente) na nova unidade em outra RF (ou nela estiver em exercício, se diferente), deve o feito ser encaminhado diretamente para o Escor da jurisdição de destino. Não obstante, maior cuidado exige a análise do caso em que o deslocamento ou a reinvestidura ou a nova investidura em outra RF se dá já após a representação ou a denúncia ter sido apresentada ao Escor da jurisdição de origem, ou seja, se a notícia da irregularidade já foi dirigida ao Escor da jurisdição de origem antes de o servidor estar lotado (ou tiver exercício, se diferente) em nova unidade de outra RF, conforme os incisos I e II do § 6º do art. 2º Portaria RFB nº 6.483, de 2017. Desdobrando tais possibilidades, caso o Escor da jurisdição de origem não tenha iniciado qualquer análise acerca da representação ou denúncia até o incidente funcional, deve tal peça inicial ser encaminhada ao Escor da nova jurisdição. Todavia, caso o Escor da jurisdição de origem já tenha dado início a qualquer procedimento investigativo antes do incidente funcional, deve esta mesma unidade de correição concluir os trabalhos e, ao final, remeter toda a documentação recebida e coletada ao Escor da nova jurisdição, ao qual caberá a decisão do juízo de admissibilidade. E mesmo se, ao tempo do incidente funcional, o Escor da jurisdição de origem já tiver concluído as análises e pesquisas em fase de admissibilidade, antes da formal decisão de arquivar ou de instaurar o processo ou até após a formal decisão de instaurar mas antes da efetiva instauração, os autos devem ser remetidos ao Escor da nova jurisdição, para a decisão do Chefe de Escor então competente.

Cabe ratificar a necessidade deste repasse dos autos para o Escor da nova jurisdição de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor em outra RF, ao final de todas as análises e pesquisas em fase de admissibilidade ou mesmo quando estas já tenham sido concluídas no Escor da jurisdição de origem, com proposta positiva de instauração do processo disciplinar, ainda para ser apreciada ou até mesmo já acatada pelo respectivo Chefe do Escor, porém sem ter sido efetivamente instaurado o rito disciplinar. Mesmo neste caso, a fase de admissibilidade deve ser transladada para o Escor da nova jurisdição do servidor, a fim de que o respectivo Chefe reavalie todos os elementos autuados, seja acatando os trabalhos porventura existentes, seja complementando-os, se entender pertinente, promova as suas análises ou ratifique as anteriores e, ao final, forme sua própria convicção e emita a decisão para a qual passou a ser competente, de arquivar o feito ou de instaurar o rito disciplinar. Destaque-se que tal recomendação em nada prejudica o interesse do servidor, visto que, diante de uma proposta ou até mesmo de um acatamento por parte do Chefe do Escor de origem a favor da instauração, a reanálise no Escor de destino somente possibilitará duas hipóteses: ou de alterar para melhor o encaminhamento, procedendo ao arquivamento, ou de manter o encaminhamento que já existia, de instaurar a instância disciplinar, restando impossível decorrer qualquer decisão que agrave contra o servidor em comparação ao cenário anterior.

A rigor, também se deve mencionar a hipótese de, já após o servidor estar lotado (ou em exercício) em unidade de outra RF, terem sido encerradas no Escor da jurisdição de origem todas as investigações em fase de admissibilidade, com proposta de arquivamento mas esta ainda não ter sido apreciada pelo respectivo Chefe. Neste caso, além de, em razão de o lapso temporal entre a proposta e a efetiva decisão costumar ser menor, tal hipótese se demonstrar menos frequente que a de uma proposta de instauração estar aguardando a viabilidade de ser concretizada, é de se somar que, na prática, convém que o Chefe do Escor da jurisdição de origem, diante da notícia de alteração de RF do servidor, aprecie

prementemente a proposta e, na presunção de normalidade e de qualidade dos trabalhos, a acate e promova o efetivo arquivamento. O mesmo se aplica para o caso ainda mais excepcional de a decisão pelo arquivamento já ter sido manifestada pelo Chefe do Escor da jurisdição de origem mas os autos ainda se encontrarem nesta unidade de correição, sem o efetivo encaminhamento para o Arquivo Geral.

Acrescente-se a hipótese de ser o investigado inativo ou ex-servidor: nestas situações casos, a fase de admissibilidade (e também o processo disciplinar decorrente, se for o caso) deve ser deflagrado (e permanecer, mesmo que este mude seu domicílio para outra jurisdição) na alçada do Escor que jurisdicionava sua última unidade de lotação (ou de exercício, se diferente), conforme determina o § 7° do art. 2° da Portaria RFB n° 6.483, de 2017.

Por fim, obviamente, na hipótese de fase de admissibilidade já definitivamente encerrada no Escor da jurisdição de origem e arquivados os autos, não cabe, acerca dos mesmos fatos constantes da representação ou da denúncia já apreciada - salvo a hipótese de surgimento posterior de novos fatos ou de novas provas - nenhuma iniciativa por parte do Escor da jurisdição de destino com vista a reanalisar o caso e muito menos a reformar aquela decisão, conforme o § 8º do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017.

3.2.2.2.1.b - Instrumentalidade no Trato de Deslocamentos, Reinvestidura ou Nova Investidura Ocorridos no Âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil no Curso do Processo Disciplinar

Prosseguindo nesta sequência, abordam-se as hipóteses - ainda mais residuais - de, já no curso do processo disciplinar instaurado pelo Chefe do Escritório de Corregedoria (Escor) então competente na jurisdição de origem, o servidor obter remoção (seja por provimento judicial, seja com base na autorização excepcionalmente prevista no inciso I do art. 8º da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, ou por qualquer outro motivo) ou ter alteração de exercício ou lograr reinvestidura no mesmo cargo ou investidura em novo cargo igualmente regido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ainda no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), para ser lotado (ou ter exercício, se diferente) em unidade situada em outra Região Fiscal (RF).

Nestes casos, em que obviamente se preserva a íntegra do vínculo estatutário, ao se ter notícia da entrada em exercício do acusado na outra RF, o inciso V do § 6º art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, deve o Chefe do Escor da jurisdição de origem provocar o Corregedor, a fim de que este decida se a apuração deve ou não ser transladada para o Escor da jurisdição de destino. Em tese, até se pode cogitar de que, como regra, com o fim de manter a inteligência reinante de facilitar o acesso do acusado aos autos, deve o processo ser transladado para o respectivo Escor da nova jurisdição. Todavia, a apreciação caso a caso se justifica porque, em contrapartida àquele posicionamento apriorístico, pode ocorrer de o inquérito administrativo já estar em fase adiantada a ponto de não se recomendar a migração da competência e dos autos. Operacionalmente, no caso de se justificar a transladação da competência para o Escor da nova jurisdição do acusado, mediante manifestação do Corregedor, pode-se demarcar que deve o Chefe do Escor da jurisdição de origem aguardar o momento de encerramento do prazo da portaria de pessoal vigente, para, em lugar de prorrogar o prazo ou de designar nova comissão, encaminhar os autos para o Chefe do Escor da jurisdição de destino, que passará, a partir deste momento, a incumbir-se da tramitação processual e de todas responsabilidades e competências de autoridade instauradora. Não obstante, sendo o acusado inativo ou ex-servidor, caso mude seu domicílio no curso do processo disciplinar para outra jurisdição, este rito deve permanecer na alçada do Escor que jurisdicionava sua última unidade de lotação (ou de exercício, se diferente), conforme determina o § 7° do art. 2° da Portaria RFB n° 6.483, de 2017.

> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 2º*
> *§ 6º Ocorrendo remoção ou alteração de exercício do servidor:*
> *V - após a instauração de sindicância disciplinar ou de PAD amparada nos incisos II ou III do caput, o Corregedor poderá, no momento da prorrogação do prazo do apuratório ou da designação de nova comissão disciplinar, transferir a competência para o Escor que jurisdicione a nova unidade de lotação ou de exercício do servidor.*
> *§ 7º Caso o investigado ou acusado seja inativo ou ex-servidor, o procedimento investigativo e a sindicância disciplinar ou o PAD transcorrerão no Escor da jurisdição da última unidade de lotação ou de exercício, sem prejuízo quanto ao disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º.*

Acrescente-se a possibilidade de processo disciplinar vir a ser instaurado por autoridades fiscais ou administrativas, na hipótese de sua competência parcialmente concorrente com as autoridades do sistema correcional, à luz do inciso IV do art. 341 do Anexo I do Anexo I do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017, reproduzida no inciso IV do *caput* do art. 2° da Portaria RFB n° 6.483, de 2017. Em tal caso residual e pouco comum de exercício de competência instauradora no âmbito da RFB, caso porventura haja remoção ou mudança de exercício de servidor após a instauração do processo disciplinar, este permanecerá na unidade de origem, conforme estipula o inciso IV do § 6º do mesmo art. 2º norma acima.

> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 2º*
> *§ 6º Ocorrendo remoção ou alteração de exercício do servidor:*
> *IV - após a instauração de sindicância disciplinar ou de PAD amparada no inciso IV do caput, a apuração permanecerá na jurisdição de origem.*

Quanto ao julgamento em processo disciplinar originado por suposta infração cometida em unidade da RFB por servidor que tenha obtido remoção, alteração de exercício, reinvestidura no mesmo cargo ou investidura em novo cargo ainda dentro do próprio órgão, é de se relembrar, nos moldes já expostos em **3.2.2.1.1** (mencionando o Despacho do Advogado-Geral da União, de 09/05/06, que aprovou a Nota Decor/CGU/AGU nº 16/2008-NMS e o Despacho Decor/CGU/AGU nº 10/2008-JD, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 143/2008), que este ato em si (que comporta a decisão de arquivar) e, se for o caso, a aplicação de pena são inseparáveis e consubstancia o próprio poder punitivo estatal, vinculando-se, como tal, indissociavelmente, à jurisdição hierárquica sobre a unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do acusado ao tempo de sua emissão. Assim, a autoridade julgadora para absolver e também, em princípio, para responsabilizar o acusado (dependendo do alcance da pena) pode ser o Chefe do Escor da jurisdição da sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) ao tempo da emissão do julgamento (que, na hipótese de não ter havido mudança de RF, pode coincidir com a mesma autoridade que decidiu pela instauração, em fase de admissibilidade) ou pode ainda ser, na unidade de destino, o titular de unidade contemplado na lista de autoridades com poder correcional no inciso IV do art. 341 do Anexo I do Regimento Interno da RFB, reproduzido no inciso IV do *caput* do art. 2° da Portaria RFB n° 6.483, de 2017, caso o processo tenha sido instaurado nesta linha de competência.

Portanto, havendo, no âmbito da própria RFB, mudança na RF da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor, após o cometimento da suposta infração, a decisão em fase de admissibilidade (para arquivar o feito ou para instaurar o processo disciplinar), a instauração em si e o julgamento (seja para absolver, seja para em princípio responsabilizar - dependendo do alcance da pena) competem ao(s) respectivo(s) Chefe(s) do(s) Escor da(s) nova(s) jurisdição(ões) de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor a cada um daqueles momentos processuais (podendo esta competência mudar mais de uma vez, caso haja nova alteração de lotação ou de exercício, seja em fase de admissibilidade, seja até

mesmo no curso da apuração contraditória - caso se mostre pertinente, na apreciação do Corregedor, a migração dos autos -, ou ainda ao tempo do julgamento). No que diz respeito exclusivamente ao julgamento, isto somente se justifica nos casos limitados à absolvição ou à aplicação de penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias, da alçada dos Chefes de Escor, uma vez que, independentemente de RF de ocorrência do fato e de jurisdição do acusado, nos casos de julgamentos que comportem aplicação de penas mais graves, como suspensão acima de trinta dias ou expulsivas, as decisões competem respectivavamente ao Corregedor ou ao Ministro de Estado da Economia, conforme melhor se detalhará em **4.10.3**.

3.2.2.2.1.c - Instrumentalidade no Trato de Redistribuição ou de Nova Investidura em Outro Órgão ou Entidade Federal

Avançando no desdobramento de hipóteses de aspectos temporais, apresenta-se o último incidente em que ainda se mantém a íntegra do vínculo estatutário estabelecido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, entre o servidor e a Administração, trazendo à tona a possibilidade de a nova situação funcional do agente extrapolar o âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). Para o caso bastante peculiar de o servidor cometer a suposta irregularidade ao tempo em que era investido em cargo deste órgão e, antes da decisão do juízo de admissibilidade, já se encontrar investido em novo cargo, também regido pela Lei nº 8.112, de 1990 (ou ainda no mesmo cargo, por força de redistribuição, por exemplo, com base no art. 37 da citada Lei), mas em outro órgão ou entidade federal, não se encontra expressa previsão de processamento no ordenamento interno.

Resgatando a base principiológica apresentada em **3.2.2.2.1** como informadora das soluções juridicamente defensáveis para todas as hipóteses em que as ocorrências funcionais mantêm a íntegra das vinculações estatutárias, bem como as manifestações da doutrina, inclusive da Controladoria-Geral da União (CGU), e também do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), por meio da sua Formulação Dasp nº 1, assegura-se que o servidor ainda se submete ao regime e ao processo disciplinares mesmo passando a ocupar cargo em outro órgão ou entidade federal - desde que regido pela Lei nº 8.112, de 1990, obviamente - após o cometimento da ilicitude.

E, ainda com base na regra geral principiológica encartada na mencionada Lei - como de outra forma não poderia mesmo ser -, vislumbra-se que a solução para a instrumentalidade do exercício da competência para exarar juízo de admissibilidade e para instaurar o processo disciplinar reside na certeza de que a apuração deve ser promovida pelo órgão de ocorrência do fato. Com amparo sucessivo na doutrina da CGU, é certo que, na hipótese em comento, se o servidor cometer a irregularidade ainda ao tempo e no âmbito espacial de sua lotação na RFB e posteriormente vier a ocupar outro cargo ou o mesmo cargo em outra instituição federal regida pela Lei nº 8.112, de 1990, a competência instauradora recai sobre o sistema correcional daquele órgão de origem, restando apenas indicar sobre qual Escritório de Corregedoria (Escor).

> *"Nas hipóteses acima suscitadas, em que se tem a manutenção do vínculo estatutário, a competência para instauração será da autoridade da unidade de lotação do servidor à época da infração, independentemente da data da ciência da irregularidade pela administração. A regra é aplicável ao caso de investidura em outro cargo público federal, no mesmo ou em distinto órgão.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 32, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

A melhor interpretação para, ao mesmo tempo, reconhecer que o regramento específico da RFB (que, ao associar a competência correcional à estrutura especializada da atual jurisdição do representado ou denunciado, a afasta do local de ocorrência do fato) não

teria o condão de impor deveres a órgão estranho e manter atendida a sistemática interna de propiciar ao acusado a facilidade de acesso aos autos, na estrita peculiaridade desta hipótese, em que não faria sentido em se perquirir qual a unidade de lotação (ou de exercício) ao tempo da emissão do juízo de admissibilidade, indica que a competência para apreciar a representação ou a denúncia e para arquivar o feito ou para instaurar o processo disciplinar deve recair sobre o Chefe do Escor da jurisdição da localidade onde o servidor exerce suas novas atribuições legais ao tempo daquela decisão.

Sendo assim, uma vez que a regra geral no ordenamento interno dissocia a competência correcional do local de ocorrência da suposta ilicitude e busca contemplar a proximidade entre o acusado e o processo e a comissão, analogamente ao que se aduziu acerca da competência para o caso de servidor do quadro da RFB que logra obter nova unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) em decorrência de remoção interna ou de alteração de exercício ou de reinvestidura ou de investidura em novo cargo ainda no âmbito do órgão, também para o então ocupante de outro cargo regido pela Lei nº 8.112, de 1990 (ou ainda do mesmo cargo, se redistribuído), em outro órgão ou entidade federal, eventuais mudanças na localidade em que passa a exercer as novas atribuições legais igualmente permitem inferir que se altere a jurisdição, em atenção ao instituto do domicílio necessário do servidor, conforme o art. 76 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC).

Se um servidor comete uma suposta irregularidade ao tempo em que era lotado (ou tinha exercício, se diferente) em uma unidade de determinada Região Fiscal (RF) da RFB e vem a ser objeto de representação ou denúncia, antes ou depois de sua investidura no cargo do outro órgão ou entidade federal em localidade situada na mesma jurisdição, a competência correcional permanece inalteradamente com o mesmo Chefe do respectivo Escor. Todavia, caso a investidura no cargo da outra instituição (ou caso a redistribuição de seu cargo para outra instituição) tenha levado o agente a exercer suas atribuições legais em localidade situada em diferente RF, a coerência sistemática do ordenamento interno aponta para que a notícia e a apreciação daquela notícia de suposta irregularidade, se ainda não tiverem sido feitas até a nova investidura (ou até a redistribuição), seja dirigida para o Escor da jurisdição deste novo local de exercício do cargo e seja apreciada pelo respectivo Chefe, ou, caso a notícia tenha sido apresentada ao Chefe do Escor da jurisdição de origem antes da nova investidura (ou antes da redistribuição), para que seja transladada, no estado em que se encontrarem as investigações eventualmente já em curso, para aquela mesma autoridade da jurisdição de destino. No mesmo rumo, se a mudança de localidade e de jurisdição de exercício do novo cargo (ou do mesmo cargo) no outro órgão ou entidade, situada em diferente RF se dá já após encerradas as investigações mas antes da decisão do juízo de admissibilidade ou antes da efetiva instauração do processo disciplinar, as competências de natureza correcional para arquivar o feito ou para instaurar o rito disciplinar devem ser migradas para o Chefe do Escor da jurisdição de destino.

Ainda em linha de analogia, caso o servidor seja investido em cargo de outro órgão ou entidade federal (ou tenha seu cargo redistribuído) já após a instauração de processo disciplinar em decorrência de ilicitude cometida no exercício de cargo no âmbito da RFB e venha a ter exercício, neste novo cargo (ou no mesmo cargo), em localidade situada em diferente RF, deve o Chefe do Escor da jurisdição de origem consultar o Corregedor acerca da plausibilidade ou não de a apuração em curso ser transladada para o Escor da jurisdição de destino.

De toda forma, tendo sido a irregularidade cometida ao tempo em que o servidor ocupava cargo no âmbito da RFB, independentemente de eventual migração da competência e das apurações de um Escor para outro, é certo que o inquérito administrativo transcorre neste sistema correcional, cabendo apenas, ao final, remessa dos autos para julgamento no outro órgão de atual lotação do servidor.

Neste caso, o julgamento (que comporta a decisão de arquivar) e a aplicação de pena, seja qual for, devem ser transferidos para esta segunda instituição ou para a autoridade competente a ela vinculada. Este entendimento foi ratificado pela Advocacia-Geral da União (AGU), quando o Advogado-Geral da União, por meio do Aviso-AGU nº 331, de 14/10/10, aprovou o Parecer MP/CGU/AGU nº 1/2010, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 73/2010. Embora aquele caso concreto se referisse especificamente a esclarecimento de competência ministerial para aplicar pena de demissão, a peça se aproveita de forma genérica para sustentar a tese de que a competência para julgar (em que se insere, quando é o caso, indissociavelmente, a aplicação da pena cabível) atrela-se ao poder hierárquico à época do julgamento. Como regra geral, a competência para julgar recai sobre a autoridade julgadora a que o servidor se encontra subordinado no momento do julgamento e não sobre a autoridade julgadora a que estava subordinado à época dos fatos e o mesmo primado se aplica quando o servidor ocupa outro cargo, de outro órgão federal, mas também regulado pela Lei nº 8.112, de 1990. No caso concreto analisado pela AGU, discutia-se a competência julgadora sobre servidor que cometera ilícito demissivo quando integrava os quadros de autarquia do então Ministério da Fazenda (MF) e que, ao tempo do julgamento, já se encontrava lotado em autarquia do então Ministério das Minas e Energia (MME)

> *Parecer MP/CGU/AGU nº 1/2010: "9. A quem compete julgar o PAD - É certo que, nos casos de demissão do servidor, que constitui a proposta constante do relatório, a competência é sempre do Presidente da República (art. 141, I). Contudo, o Senhor Presidente da República a delegou aos seus Ministros (Decreto n. 3.035, de 27.04.1999), para, 'no âmbito dos órgãos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional que lhes são subordinados ou vinculados' (art. 1º), 'julgar processos administrativos disciplinares e aplicar penalidades, nas hipóteses de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidores' (art. 1º, I).*
> *10. Então, se o processo devesse ser a ele remetido, nenhuma dificuldade quanto à competência surgiria. A dificuldade nasceu da delegação cometida a seus Ministros, para que agissem 'no âmbito dos órgãos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional que lhes são subordinados ou vinculados'. Em sendo assim, parece-me que, se o servidor tivesse permanecido na CVM [Comissão de Valores Mobiliários], não haveria dúvida de que o Ministro competente, em razão da delegação, seria o Ministro da Fazenda. Tendo, porém, o servidor assumido cargo na Agência Nacional do Petróleo, não pode o Ministro da Fazenda julgar o processo, sob pena de transpor os lindes da delegação que lhe foi outorgada e que está limitada aos órgãos que lhe são subordinados.*
> *11. Em assim sendo, o Ministro competente para agir em nome do Presidente é o Senhor Ministro de Minas e Energia, já que o servidor que responde ao processo não tem mais nenhuma vinculação com o cargo que anteriormente ocupava, e que, hoje, é servidor efetivo da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, autarquia vinculada ao Ministério das Minas e Energia."*

Cabe aqui abordar o caso específico de um servidor originalmente lotado em unidade de RFB e que venha a ocupar outro cargo ou que venha a ser redistribuído no mesmo cargo para outro órgão ou entidade ainda no âmbito do Ministério da Economia (ME). Com a edição do Decreto nº 8.029, de 20 de junho de 2013, que criou a então Corregedoria-Geral do MF (Coger-MF), atual Corregedoria do ME (Coger-ME) e reservou a esta unidade toda competência correcional no âmbito da Pasta fora a RFB, restam apenas duas autoridades competentes para matéria correcional, desde instaurar até julgar processos disciplinares, quais sejam, o Corregedor do ME e o Corregedor. Na hipótese aventada, de nova investidura ou de redistribuição de faltoso ao tempo na RFB para outra instituição no âmbito do ME, sendo certo que nenhum outro órgão fazendário dispõe de sistema correcional próprio, a

competência julgadora migra para o Corregedor do ME.

3.2.2.2.2 - Irregularidade Cometida Antes da Aposentadoria ou Disponibilidade ou de Punição com Pena Expulsiva ou de Exoneração

Por fim, encerrando a análise de aspectos temporais com as hipóteses em que o incidente possui o condão de não mais preservar a íntegra do vínculo estatutário do agente com a Administração, estabelecido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, rompendo-o em parte ou integralmente, é de se ratificar que cabe a aplicação do regime e do processo disciplinares a servidor inativo ou a ex-servidor, por ato ilícito cometido quando, na ativa, exercia o cargo, independentemente se, à época da apuração, ele já estiver na inatividade por aposentadoria ou por disponibilidade ou tiver sofrido pena capital (demissão, cassação de aposentadoria ou de disponibilidade ou destituição de cargo em comissão) em outro processo administrativo disciplinar (PAD) ou tiver sido exonerado (a pedido ou de ofício).

Antes, porém, indispensável se faz abrir um parêntese para enfrentar a questão da terminologia empregada pela Lei nº 8.112, de 1990, acerca daqueles específicos e incomuns agentes a figurarem no polo passivo da relação processual aqui em comento, a saber, os gêneros dos inativos e dos ex-servidores.

3.2.2.2.2.a - Conceituações de Servidor Ativo, Servidor Inativo Aposentado ou em Disponibilidade e de Ex-Servidor Expulso ou Exonerado

A necessidade de se buscarem previamente as conceituações de servidor em atividade e em inatividade e de ex-servidor e a dificuldade de fazê-lo advêm do fato de que, como em tantos outros temas, o legislador ordinário não primou pela precisão redacional, aplicando os termos em comendo sem dar-lhes uma clara definição legal. Isto exige do aplicador do Direito um trabalho de interpretação sistemática dos dispositivos legais, destacadamente daqueles comandos dispersos no *caput* e no § 4º do art. 25, no art. 30, no art. 34, no § 3º do art. 37, no *caput* do art. 47, no § 1º do art. 103, no art. 134, no *caput* do art. 137, no parágrafo único do art. 189, no art. 190, no art. 194 e no *caput* do art. 230, todos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Como de outra forma não poderia ser, para se comentar duas condições subjetivas específicas e incomuns, de inativo e de ex-servidor, torna-se didático iniciar a abordagem pela extremidade oposta do tema, qual seja, pela regra geral do agente submetido à Lei nº 8.112, de 1990, que é o servidor ativo, buscando-se então contrapor a lista de comandos acima destacados a todos os demais dispositivos da Lei em que se faz menção genérica apenas a "servidor".

Na acepção didática que aqui se quer dar - a ser complementada com a recomendada leitura de **3.2.4.2**, onde o termo é retomado já sob outro enfoque e para outro fim -, tem-se por ora que o conceito de "servidor", cabível na expressão "agente público", compreendido como aquele investido em cargo público regido pela Lei nº 8.112, de 1990, abarca um gênero que se desdobra em duas espécies, a saber, servidor ativo e servidor inativo. Embora se possa causar um leigo e imediato estranhamento com a segunda espécie, ratifique-se que, juridicamente, existe sim a expressão "servidor inativo", já que o *caput* do art. 230 daquela Lei expressa tal divisão, ao mencionar "*(...) servidor, ativo ou inativo, (...)*". E, antecipando o que se exporá naquele mencionado tópico, uma vez que a citada Lei contempla cargos públicos de provimento efetivo e de provimento em comissão, pertine expor desde já que a qualidade de servidor ativo se aplica a ocupante tanto de cargo de provimento efetivo quanto de cargo de provimento em comissão, enquanto a qualidade de servidor inativo aplica-se apenas a quem ocupou cargo de provimento efetivo, não havendo que se cogitar de inatividade decorrente de

provimento apenas comissionado.

Daí, desdobre-se que o servidor ativo concentra o foco de interesse e de incidência da Lei nº 8.112, de 1990, como o elemento subjetivo da imensa maioria dos seus dispositivos, e significa o servidor em plena atividade, exercendo as atribuições do seu cargo, sob a sujeição da integralidade dos vínculos estatutários que ligam o agente público à Administração, quais sejam, de sua relação de trabalho recompensado com a prestação estatal remuneratória e com o plano de securidade social (vínculos estatutários laboral, pecuniário e previdenciário).

Embora, a rigor, o gênero "servidor" se desdobre em ativo e em inativo, percebe-se claramente da leitura sistemática de toda a Lei nº 8.112, de 1990, que o texto legal toma a espécie "ativo" como padrão, como *default* qualificador segundo o qual se deve subentender o termo "servidor" a síntese da expressão "servidor ativo", não repetida apenas por economia de forma, já que o conteúdo concreto da maioria dos comandos deixa claro se reportar a quem está em plena atividade. Em outras palavras, mais do que condensar a imensa maioria das menções legais, a espécie "ativo" é subentendida no silêncio do termo positivado genericamente apenas como "servidor". No sentido oposto, quando se faz necessário, o legislador deixa claro no texto que se reporta apenas ou também ao servidor inativo.

Nas inúmeras vezes em que a Lei nº 8.112, de 1990, menciona apenas "servidor", pela leitura do contexto, percebe-se sempre que ali se menciona o servidor na atividade, estando expressas na Lei as menções também ou apenas ao inativo. Exemplos bastante elucidativos do que se expõe acima coletam-se com as leituras do parágrafo único do art. 157 e do inciso I do art. 173, ambos daquela Lei. Onde se diz que "*Se a testemunha for servidor público, a expedição do mandado [para testemunhar] será imediatamente comunicada ao chefe da repartição onde serve (...)*" e que "*Serão assegurados transporte e diárias: ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado*", claramente se emprega o termo genérico "servidor" no sentido restrito de ativo, pois, do contrário, não faria sentido mencionar seu "chefe da repartição" e a "sede da repartição".

De outro lado, contraponha-se que o servidor inativo, apenas eventual e expressamente mencionado no texto da Lei nº 8.112, de 1990, ainda preserva parte do vínculo estatutário, pois se, sob condição da inatividade, não mais mantém a relação laboral, ainda se liga à Administração pelos vínculos pecuniário e previdenciário. Por sua vez, o servidor inativo se subdivide em duas subespécies, quais seja, o aposentado e o posto em disponibilidade, em que as respectivas relações de inatividade se diferenciam por uma ser *a priori* definitiva e a outra ser desde sempre temporária.

O servidor inativo aposentado aufere, sob diferentes condicionantes jurídicas (voluntária ou compulsoriamente, por decurso de período contributivo ou por acometimento de moléstia invalidante ou por atingimento de idade máxima), o direito à inatividade remunerada por intermédio do provento de aposentadoria. E esta condição, *a priori*, a menos de eventual reversão para a atividade, é definitiva.

Neste sentido, o *caput* do art. 25 e os arts. 190 e 194 positivam literalmente a expressão "*(...) servidor aposentado (...)*", o § 4º do art. 25 e o *caput* do art. 47 relacionam "*(...) servidor (...)*" com "*(...) proventos de aposentadoria (...)*" e com "*(...) aposentadoria (...) cassada (...)*" e o § 1º do art. 103 expressa "*(...) servidor esteve aposentado (...)*", dando a certeza jurídica de que aposentado é sim subespécie de servidor; de outro lado, o art. 134 expressa "*(...) aposentadoria (...) do inativo (...)*" e o parágrafo único do art. 189, ao tratar de aposentadoria, menciona "*(...) inativos (...)*" em contraponto a "*(...) servidores em atividade (...)*", deixando não menos certo que aposentado é espécie de inativo, restando avalizada então a expressão completa "servidor inativo aposentado".

E, desde que seja estável, o servidor inativo em disponibilidade é compulsoriamente

colocado em tal condição, em decorrência da extinção do seu cargo (por vontade de lei) ou em decorrência da declaração de desnecessidade do seu cargo (mediante ato administrativo sob critérios discricionários motivados de oportunidade e conveniência, que *a priori* seria decreto presidencial, mas que resta delegado para a respectiva alçada dos Ministros de Estado) e, em respeito à sua estabilidade, permanece em inatividade remunerada, em valor proporcional a seu tempo de serviço (com natureza de provento), até que seja aproveitado em outro cargo de atribuições compatíveis com seu cargo original. Esta condição, portanto, diferente da aposentadoria, é desde sempre transitória, pois a lei espera que a servidor seja o quanto antes aproveitado em outro cargo de atribuições compatíveis.

Neste sentido, o art. 30 positiva literalmente a expressão "*(...) servidor em disponibilidade (...)*" e o § 3º do art. 37 e o *caput* do art. 47 relacionam "*(...) servidor estável (...)*" com "*(...) será colocado em disponibilidade (...)*" e "*(...) servidor (...)*" com "*(...) disponibilidade cassada (...)*", dando a certeza jurídica de que o agente em disponibilidade é sim subespécie de servidor (estável); de outro lado, o art. 30 relaciona "*(...) retorno à atividade (...)*" com "*(...) servidor em disponibilidade (...)*" e o art. 134 expressa "*(...) disponibilidade do inativo (...)*", deixando não menos certo que o agente em disponibilidade é espécie de inativo, restando avalizada a expressão completa "servidor (estável) inativo em disponibilidade".

Os conceitos materiais de aposentadoria e de disponibilidade e a reprodução dos respectivos comandos legais, que foram apenas mencionados nos parágrafos acima, estão detalhados em **4.10.2.5**, a cuja leitura se remete, para evitar desnecessária repetição.

Complementando o espectro aqui desejado, no outro extremo, mencione-se o gênero "ex-servidor", cabível na expressão "ex-agente público", e a rigor empregada de forma expressa em apenas uma única passagem da Lei nº 8.112, de 1990, já que, desde o rompimento do vínculo laboral por sanção punitiva ou por ato *ex officio* ou de gestão de pessoas ou ainda a pedido do próprio (desde que não seja para posse em outro cargo inacumulável regido pela mesma Lei), quebram-se também os vínculos pecuniário e previdenciário, não se guardando mais nenhuma relação estatutária com a Administração a merecer disciplinamento legal. Por sua vez, o ex-servidor também se subdivide em duas espécies, em que as formas de desvinculação com o serviço público se diferem entre possuírem ou não natureza punitiva.

A primeira forma a se mencionar de total rompimento do vínculo estatutário se dá em decorrência da compulsória aplicação do processo disciplinar, ao final do qual se decide pela imposição de pena expulsiva ao agente, pena esta que pode ser de demissão para o servidor ativo detentor de cargo efetivo, de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade para o servidor inativo detentor de cargo efetivo e de destituição do cargo em comissão para o servidor comissionado. Assim, os infratores punidos com as três penas expulsivas previstas nos arts. 132, 134 e 135 da Lei nº 8.112, de 1990, formam a primeira espécie de ex-servidor.

Neste sentido, a única menção expressa que a Lei nº 8.112, de 1990, dedica à parte destes agentes limita-se ao *caput* do art. 137, que comanda que "*(...) a demissão, ou a destituição de cargo em comissão (...) incompatibiliza o ex-servidor (...)*". Mesmo sem mencionar o agente que teve a aposentadoria ou a disponibilidade cassada, constrói-se facilmente a interpretação que todos os agentes punidos com penas expulsivas são espécies de ex-servidor.

Ressalve-se que o agente que teve a aposentadoria ou a disponibilidade cassada poderia ser denominado de "ex-inativo". Além de a Lei nº 8.112, de 1990, não empregar este termo em nenhum de seus dispositivos, não é juridicamente errado incluir este apenado no gênero "ex-servidor", pois é certo que o inativo aposentado e o inativo em disponibilidade eram servidores.

Os conceitos materiais das penas de demissão, de cassação de aposentadoria ou disponibilidade e de destituição de cargo em comissão e a reprodução dos respectivos comandos legais, que foram apenas mencionados no parágrafo acima, estão detalhados em **4.10.2.5**, a cuja leitura se remete, para evitar desnecessária repetição.

Complementa-se a leitura deste tema em **4.10.2**, onde se apresentará a relação de penas cabíveis a cada espécie de aqui definida de elemento subjetivo (servidor ativo com desdobramentos das diversas espécies já mencionadas em **3.2.4.2.1** de seu provimento, servidor inativo aposentado, servidor inativo em disponibilidade e ex-servidor).

E a segunda forma de total rompimento daquele vínculo estatutário se dá por meio do instituto da exoneração, que pode se dar a pedido ou de ofício, conforme as previsões dos arts. 34 e 35 da Lei nº 8.112, de 1990 (ainda há duas outras previsões constitucionais de exoneração de ofício, uma de acordo com o inciso III do § 1º do art. 41, em conjunto com o *caput* e com o parágrafo único do art. 247, e outra de acordo com o inciso II do § 3º do art. 169, todos da Constituição Federal - CF, e com a redação dada pela Emenda Constitucional - EC nº 19, de 4 de junho de 1998), e que não possui natureza punitiva mas sim se inclui como ato de livre arbítrio do agente ou como ato da competência da gestão de pessoas.

Reconheça-se que, a rigor, não há na Lei nº 8.112, de 1990, menção expressa a exonerado que o relacione com a condição de ex-servidor, mas é perfeitamente compreensível da inteligência sistemática da Lei que todas as hipóteses de exoneração de ofício e as hipóteses de exoneração a pedido que não decorram de posse em outro cargo inacumulável também regido pela mesma Lei rompem todas as espécies de vínculo estatutário do agente com a Administração de forma que exonerado é uma espécie de ex-servidor. Por óbvio, a exoneração de que aqui se trata não se confunde com a exoneração para posse em outro cargo inacumulável regido pela Lei nº 8.112, de 1990 e mencionada em **3.2.2.2.1** e na manifestação do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp) exarada em sua Formulação Dasp nº 1.

Os conceitos materiais das diferentes espécies de exoneração e a reprodução dos respectivos comandos constitucionais e legais, que foram apenas mencionados no parágrafo acima, estão detalhados em **4.10.2.6**, a cuja leitura se remete, para evitar desnecessária repetição.

Apresentada a diferença fundamental de que inativo ainda mantém algum grau de vínculo estatutário (pecuniário e previdenciário) enquanto ex-servidor em nada mais se vincula com a Lei nº 8.112, de 1990, e destacado que inativo não é o mesmo que ex-servidor e que os dois conceitos não guardam nenhuma relação (nem de sinônimo e nem de espécie e de gênero), ressalte-se o que lhes resta de traço comum. Mesmo já na condição de inativo ou de ex-servidor, ambos agentes ainda podem se sujeitar ao regime a o processo disciplinares em virtude fato presumida e precipuamente grave, ensejador de pena expulsiva, cometido ao tempo da atividade (sendo certo que, para a espécie de ex-servidor já expulso, se cogitará de um segundo PAD).

À vista então do exposto acima, apenas com o fim de firmar convenções terminológicas, cabe empregar as expressões “servidor ativo”, “servidor inativo”, “servidor em disponibilidade”, “servidor aposentado” ou “servidor inativo em disponibilidade” e “servidor inativo aposentado” ou similares trocando “servidor” por “agente público” ou ainda pelo nome do cargo, bem como também cabem apenas os termos “inativo” e “aposentado”, como em geral se empregarão no curso deste texto. Igualmente, cabe empregar as expressões “ex-servidor demitido”, “ex-servidor que teve sua aposentadoria cassada”, “ex-servidor que teve sua disponibilidade cassada”, “ex-servidor destituído do cargo em comissão” e “ex-servidor exonerado” ou similares trocando “ex-servidor” por “ex-agente público” ou ainda pelo nome do cargo antecedido do prefixo “ex”, bem como também cabem apenas os termos

“demitido”, “destituído” e “exonerado”.

As construções apresentadas acima podem ser sintetizadas da forma:

- Servidor: agente investido em cargo público e é regido pela Lei:
  - Ativo (ou na atividade): é a regra geral das disposições da Lei, na plenitude dos vínculos estatutários (laboral, pecuniário e previdenciário);
  - Inativo (ou na inatividade): eventualmente mencionado na Lei, com vínculos estatutários parciais (sem o vínculo laboral, mantidos apenas os vínculos pecuniário e previdenciário):
    - Aposentado: inatividade *a priori* definitiva;
    - Em disponibilidade: inatividade desde sempre temporária;
- Ex-servidor: com apenas uma menção na Lei, sem nenhum vínculo estatutário desde a expulsão punitiva ou a saída por decisão pessoal ou gerencial:
  - Punido com pena de demissão, de cassação de aposentadoria ou disponibilidade ou de destituição de cargo em comissão;
  - Exonerado, a pedido ou de ofício.

3.2.2.2.2.b - Irregularidade Cometida Antes da Inatividade por Aposentadoria ou por Disponibilidade

Fechado o parêntese conceitual, retoma-se a questão da apreciação da manutenção da submissão ao regime e ao processo disciplinares para agentes mais específicos e incomuns, tais como, primeiramente, os servidores inativos, até a situação mais extrema, em que se abarcarão os ex-servidores.

No caso de servidor inativo aposentado ou posto em disponibilidade, a aplicabilidade do regime e do processo disciplinares é óbvia e não requer maiores esforços de compreensão e de aceitação, por inequívoca legalidade, vez que a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em seu art. 134, de forma cristalina, prevê as penas de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, para as mesmas infrações com que se puniria o servidor ativo com pena de demissão, conforme se descreverá em **4.10.2.5**.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.*

Assim, é certo que, por um lado, o fato de o autor de ato irregular enquadrável na Lei n° 8.112, de 1990, já não mais manter a íntegra de suas vinculações estatutárias (por não mais estar na atividade, não se fala em vínculo laboral, preservando-se apenas os vínculos pecuniário e previdenciário) ao tempo de ser processado não tem o condão de afastar o poder-dever estatal de apurar. Mas, por outro lado, tal leitura, por demasiado literal da normatização, há de requerer certa flexibilização, pois, como desde sempre é sabido, a instauração da instância disciplinar é de ser entendida sob postura razoável e residual, de bom senso, economicidade e eficiência, com o quê resta defensável que tais específicas persecuções disciplinares somente se justificam à vista de notícia de fato grave, não soando razoável instaurar processo disciplinar para apurar infração de leve ou mediana gravidade sabidamente punível com pena de advertência ou de suspensão em face de inativo, contra quem não há previsão legal sequer para converter pena de suspensão em multa sobre provento de aposentadoria ou sobre remuneração da disponibilidade, conforme se abordará em **4.10.2**.

Superada esta análise pragmática de relevância, uma vez que, para as duas espécies de

inatividade (aposentadoria e disponibilidade), são legalmente aplicáveis o regime e o processo disciplinares no âmbito do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) e como a regra geral do ordenamento interno dissocia a competência instauradora do local de ocorrência da suposta ilicitude, para se esclarecer sobre que autoridade recai a competência correcional em tais casos, deve-se buscar solução que se harmonize com a inteligência de que o ordenamento vigente busca propiciar proximidade entre o servidor e as instâncias investigativa e disciplinar.

Neste rumo, para os casos acima, de excepcional persecução disciplinar mesmo com o servidor já na inatividade, não fazendo sentido se perquirir qual a unidade de lotação (ou de exercício) e, consequentemente, qual o seu domicílio necessário ao tempo da emissão do juízo de admissibilidade, da instauração e ao final do processo disciplinar, a interpretação que se mostra mais razoável é presumir que, em geral, o inativo permanecerá na mesma localidade em que se operaram a vacância do cargo por aposentadoria (espécie prevista no inciso VII do art. 33 da Lei nº 8.112, de 1990) ou a pouco comum disponibilidade e se eleger que a competência para decidir pelo arquivamento do feito ou para instaurar o rito apuratório e, no que couber, para proceder ao julgamento cabe ao respectivo Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor) da jurisdição da última unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do agente.

Assim se um servidor comete uma suposta irregularidade ao tempo em que se encontrava em atividade no âmbito da RFB e vem a ser objeto de representação ou denúncia já após a ter auferido aposentadoria ou ter sido posto em disponibilidade, *a priori*, a competência correcional recai sobre o Chefe do respectivo Escor da jurisdição da sua última unidade de lotação (ou de exercício, se diferente), por se presumir que, em regra geral, manterá seu domicílio na mesma localidade. E mesmo se, já em fase de admissibilidade, o inativo esteja domiciliado em localidade de outra jurisdição, de diferente Região Fiscal (RF), na ausência de regramento expresso e específico e não cabendo submeter a Administração a eventuais decisões de mero foro pessoal daquele que já não mais tem sua permanência em uma localidade determinada pelo exercício de suas atribuições legais, deve se manter a competência correcional na alçada do Chefe do Escor da jurisdição da sua última unidade de lotação (ou de exercício, se diferente).

Na mesma toada, se a mudança de domicílio, para localidade situada em diferente RF, se dá já após encerradas as investigações mas antes da decisão do juízo de admissibilidade ou antes da efetiva instauração do processo disciplinar, as competências de natureza correcional para arquivar o feito ou para instaurar o rito disciplinar devem ser mantidas na alçada do mesmo Chefe do Escor da jurisdição da sua última unidade de lotação (ou de exercício, se diferente).

Ainda em linha de analogia, caso o inativo altere seu domicílio para localidade situada em diferente RF já no curso do inquérito administrativo, as competências de natureza correcional devem ser mantidas na jurisdição onde o processo disciplinar foi instaurado, sequer se cogitando de o Chefe de Escor que instaurou o rito disciplinar provocar o Corregedor acerca da pertinência de a apuração migrar para o Escor da jurisdição da localidade de destino. Tampouco se cogita de se migrarem as competências associadas a julgamento - a menos, por óbvio, de julgamento que extrapole a competência daquela autoridade, conforme se aduzirá em **4.10.3**.

Feitas estas apreciações para as hipóteses de manutenção parcial do vínculo estatutário por meio da inatividade e sendo sabido que as responsabilizações de servidor inativo aposentado ou posto em disponibilidade possuem expressa e inequívoca previsão legal, cabem abordagens mais detalhadas e mais específicas para os casos em que o processamento disciplinar e suas repercussões requerem maior esforço hermenêutico, quais sejam, de ex-servidor punido com pena expulsiva ou exonerado.

3.2.2.2.2.c - Irregularidade Cometida Antes de Aplicação de Pena Expulsiva em Outro Processo

No caso incomum de se ter conhecimento do cometimento de outra ilicitude disciplinar por ex-servidor já punido em processo administrativo disciplinar (PAD) anterior com pena expulsiva, sem se confundir com a pacificada independência das instâncias (em que um só ato pode repercutir administrativa, civil e penalmente e aqui está se falando de uma possível segunda apenação disciplinar) e nem com a vedação do *bis in idem* (em que o servidor seria indevidamente processado novamente, na mesma instância, pelo mesmo ilícito já objeto de apuração precedente e aqui se trata de outro ilícito), ao se fazer a leitura conjunta do *caput* do art. 143 e do art. 148, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, à luz dos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público, da oficialidade e da verdade material, é de se ratificar que este agente pode responder administrativamente por aquele outro fato cometido ainda quando se encontrava no exercício do cargo ou que tenha relação com as atribuições públicas.

A citada base principiológica informa que eventual não execução da segunda pena sobre ex-servidor já punido com alguma das sanções expulsivas (demissão, cassação de aposentadoria ou de disponibilidade ou destituição de cargo em comissão) não afasta de imediato o dever legal de a autoridade competente promover a apuração de fatos supostamente irregulares que lhe cheguem ao conhecimento.

Em acréscimo, a Advocacia-Geral da União (AGU) já se manifestou, por meio do seu Parecer AGU nº GM-1, que nem mesmo a desvinculação do infrator com o serviço público federal, com força de quebrar totalmente o vínculo funcional, ocorrida após o cometimento da nova infração em apreço, obsta o poder de apuração de supostas irregularidades cometidas quando o ex-servidor encontrava-se legalmente investido no cargo regido pela Lei nº 8.112, de 1990. E a jurisprudência segue em consonância com a manifestação administrativa.

> *Parecer AGU nº GM-1: "Ementa: Não é impeditivo da apuração de irregularidade verificada na administração federal e de sua autoria o fato de os principais envolvidos terem se desvinculado do serviço público, anteriormente à instauração do processo disciplinar. (...)*
> *9. Impõe-se a apuração se o ilícito ocorre ´no serviço público´, poder-dever de que a autoridade administrativa não pode esquivar-se sob a alegação de que os possíveis autores não mais se encontram investidos nos cargos em razão dos quais perpetraram as infrações (...).*
> *17. Embora a penalidade constitua o corolário da responsabilidade administrativa, a inviabilidade jurídica da atuação punitiva do Estado, advinda do fato de alguns dos envolvidos nas transgressões haverem se desligado do serviço público, não é de molde a obstar a apuração e a determinação de autoria no tocante a todos os envolvidos, inclusive em se considerando o plausível envolvimento de servidores federais, bem assim o julgamento do processo, com a consequente anotação da prática do ilícito nas pastas de assentamentos funcionais, por isso que, em derivação dessa medida: (...)*
> *c) no caso de reingresso e não ter-se extinguido a punibilidade, por força do decurso do tempo (prescrição), o servidor pode vir a ser punido pelas faltas investigadas no processo objeto do julgamento ou considerado reincidente (...)."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 9.497: "Ementa: Mandado de segurança. Administrativo. Ministro dos Transportes. Ex-servidores do DNER. Procedimento administrativo. Apuração das irregularidades possivelmente cometidas quando no exercício das respectivas funções. Possibilidade. Ausência do alegado direito líquido e certo. Não se vislumbra o alegado direito líquido e certo, considerando que a Administração está, no exercício de seu*

> *direito, apurando as possíveis irregularidades dos impetrantes, quando no exercício de suas funções. Ordem denegada."*

Ademais, este entendimento, abarcando a possibilidade - o que não necessariamente se confunde com obrigação - de persecução disciplinar para a hipótese de rompimento integral da relação estatutária, foi definitivamente pacificado ao ser objeto de manifestação da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 2, de 4 de maio de 2011, em consonância com manifestação doutrinária da própria CGU.

> *Enunciado CGU/CCC nº 2, de 2011: "Ex-servidor. Apuração. A aposentadoria, a demissão, a exoneração de cargo efetivo ou em comissão e a destituição do cargo em comissão não obstam a instauração de procedimento disciplinar visando à apuração de irregularidade verificada quando do exercício da função ou cargo público."*
>
> *Assim sendo, a aposentadoria ou a aplicação de penas capitais decorrentes de outro processo administrativo disciplinar, não impedem a apuração de irregularidade praticada quando o ex-servidor encontrava-se legalmente investido em cargo público.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 35, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/ GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

O tema também foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/3.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/3: "3. (...) Em outras palavras, pode um ex-servidor responder a PAD instaurado e conduzido nos termos da Lei nº 8.112, de 1990, 'caso venham à tona (…) irregularidades cometidas (…) quando se encontrava ativo' no serviço público federal.*
> *5. Obviamente, a possibilidade de instauração de PAD em desfavor de servidor inativo ou de ex-servidor somente se justifica diante de perspectiva de ilícito grave passível de pena expulsiva, pois não há construção lógica que autorize deflagrar persecução disciplinar contra esse polo passivo para infração punível com advertência ou suspensão.*
> *6. Todavia, quando se trata de ex-servidor demitido ou cuja aposentadoria foi cassada, os preceitos da eficiência, da economicidade e da indisponibilidade do interesse público, também aplicáveis ao Direito Administrativo Disciplinar, sobressaem, facultando à autoridade competente flexibilizar a interpretação do comando impositivo de instauração de novo procedimento acusatório para apurar ilicitude grave e diferente dos fatos que redundaram na penalidade expulsiva. Melhor dizendo, pode a autoridade competente avaliar a oportunidade e a conveniência de instaurar-se PAD, com todos os ônus a ele inerentes, em desfavor de ex-agente público demitido ou apenado com cassação de aposentadoria. Afinal, a instauração da instância administrativa disciplinar também deve obedecer à razoabilidade e operar-se de forma residual, com bom senso, e não apenas observando a estrita legalidade.*
> *7. Então, antes de decidir pela instauração de PAD ou pelo arquivamento da notícia de irregularidade, a autoridade instauradora deve verificar, por exemplo, a existência de recursos administrativos ou ações judiciais interpostos pelo ex-servidor com o propósito de sua reintegração ao cargo público, assim como a possibilidade de novas repercussões de natureza civil, criminal e administrativa - indisponibilidade de bens, ressarcimento ao erário, ação penal cabível e vedação temporária de retorno ao serviço público federal.*
> *8. Ademais, deve considerar a origem da notícia de nova infração grave, atentando para as demandas de órgãos de controle, como o Poder Judiciário, o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União.*
> *9. A autoridade instauradora pode até mesmo avaliar o quanto foi correta a condução procedimental, o quanto foi robusta, convincente e exaustiva a*

> *instrução probatória e o quanto foi hígido e coerente com as provas dos autos o julgamento do PAD originário, de modo a estimar a baixa plausibilidade de eventuais alegações administrativas ou judiciais de nulidade ou de incompletude.*
> *10. Se todos os indicativos exemplificadamente apresentados sinalizarem a favor de baixo risco de reforma do PAD originário e de ausência de motivos recomendadores de postura mais conservadora e cautelosa, pode a autoridade instauradora decidir, com razoável grau de segurança, pela não deflagração de nova persecução disciplinar. Porém, caso algum indicativo aponte em sentido oposto, encontra essa autoridade amparo no já mencionado Enunciado CGU/CCC nº 2, de 2011, para, excepcionalmente, decidir pela instauração de outro PAD, desde que a punibilidade referente à nova infração funcional não esteja prescrita."*

É de se perceber então que a condição de o agente ser ex-servidor já expulso, de um lado, não eliminaria o dever e, de outro lado, não impediria o poder de instaurar a apuração disciplinar. A exemplo do que se expôs para o inativo em **3.2.2.2.2.b**, há de se ter uma flexibilização do comando impositivo de deflagração de nova persecução disciplinar em face de um agente já expulso dos quadros públicos e que não guarda nenhuma espécie de vínculo estatutário (nem laboral, sequer pecuniário e muito menos previdenciário).

No caso de ex-servidor já expulso em PAD anterior, o excepcional poder-dever de instaurar novo rito disciplinar requer, primeiramente, que os fatos que causaram a primeira apenação expulsiva sejam distintos dos fatos ensejadores da segunda persecução disciplinar sob comento e que não guardem com eles correlação de habitualidade, pois não se cogita de *bis in idem*.

Superado este primeiro critério jurídico, da mesma forma como no tópico acima mencionado, reporta-se mais uma vez à ponderação exposta em **4.10.2** acerca da impertinência apriorística de se instaurar processo disciplinar em face de ex-servidor expulso para apurar fato sabidamente punível no máximo com pena de suspensão. Destaque-se o desamparo lógico, tangenciando mesmo a ausência de previsão legal, para se instaurar PAD, com todos os ônus a ele inerentes, para apurar ilícitos de pequeno ou médio grau de afronta em tese cometidos por ex-servidor, que seriam puníveis com penas de advertência ou de suspensão, ainda que de noventa dias.

E, no caso de a nova ilicitude em comento também ser grave a ponto de possivelmente ensejar a aplicação de segunda pena expulsiva, é ainda de se aprofundar a ponderação, avaliando se há notícias de tentativas de parte do apenado em reverter, judicial ou administrativamente, a pena expulsiva ou se se prevê que a segunda apuração redundará em outras repercussões (indisponibilidade de bens, reparação civil ao erário ou representação criminal ou vedação temporária de retorno ao serviço público) ou ainda se é caso de demanda externa de órgão de controle, tais como Poder Judiciário, Ministério Público Federal (MPF) ou Tribunal de Contas da União (TCU), dentre outros.

Por fim, de forma bastante pragmática, deve-se até mesmo avaliar a qualidade e a robustez do PAD que redundou na pena expulsiva, em termos de inexistência de risco de alegação de nulidade formal, de saciedade e higidez das provas e de coerência do julgamento com o conjunto de elementos autuados, a fim de se certificar da baixa plausibilidade de sucesso de pedidos administrativo ou judicial de reingresso.

Apontando todos estes indicativos a favor da adoção da postura mais econômica, pode a autoridade instauradora, com razoável grau de segurança jurídica, decidir por não instaurar novo PAD em face de ex-servidor já expulso. Ao contrário, caso algum daqueles indicativos apontem a favor da recomendação da postura mais conservadora e cautelosa e ainda não tendo se operado a prescrição referente à segunda infração, pode a autoridade instauradora, nos

termos permitidos pelo já mencionado Enunciado CGU/CCC nº 2, de 2011, excepcionalmente, decidir pela deflagração de segundo PAD em face de ex-servidor já expulso.

Se for o caso, pode-se acrescentar mais um argumento a favor da não instauração de PAD em face de ex-servidor, se foi demitido por enquadramento mencionado no *caput* do art. 137 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Este mencionado dispositivo legal veda o retorno, em cinco anos, do ex-servidor demitido por enquadramento nos incisos IX ou XI do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, que abarcam os ilícitos de valimento de cargo e atuação como procurador ou intermediário.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 137. A demissão, ou a destituição de cargo em comissão por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.*
> *Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.*

Portanto, diante da notícia de novo ilícito expulsível cometido por ex-servidor demitido há menos de cinco anos por valimento do cargo ou por atuação como intermediário ou procurador, aos indicativos acima já expostos a favor da não instauração de segundo PAD pode ter ainda somado o argumento de que, contra ele, ainda impera a vedação de retorno do *caput* do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, dispositivo que permanece em plena vigência.

Cabe mencionar o parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, que, em sua redação original, vedava em definitivo o retorno do ex-servidor demitido por enquadramento nos incisos I, IV, VIII, X e XI do art. 132 da mesma Lei, que abarcam os ilícitos de crime contra a administração pública, improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional e corrupção.

Mas, especificamente quanto a este comando, é de se registrar que o Supremo Tribunal Federal (STF) o julgou inconstitucional, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.975, em razão da ausência de um limite temporal para este efeito nele inserido, em confronto com a alínea "b" do inciso XLVII do art. 5º da Constituição Federal (CF), que veda penas de caráter perpétuo. Embora *a priori* o preceito constitucional se volte a sanções de natureza penal, o STF entendeu ser esta garantia fundamental individual extensível também às penas administrativas, por serem duas instâncias do poder sancionatório estatal. Neste julgado, o STF determinou a comunicação do teor da decisão ao Congresso Nacional, a fim de a Casa competente legisle sobre a definição de um prazo razoável de proibição de retorno.

> *STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.975: "Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 137 da Lei nº 8.112/1990 e determinou a comunicação do teor desta decisão ao Congresso Nacional, para que delibere, se assim entender pertinente, sobre o prazo de proibição de retorno ao serviço público nas hipóteses do art. 132, I, IV, VIII, X e XI, da Lei nº 8.112/1990, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que julgavam improcedente a ação direta; parcialmente o Ministro Marco Aurélio, apenas quanto à comunicação formalizada ao Legislativo; e os Ministros Roberto Barroso e Nunes Marques, que julgavam parcialmente procedente a ação. Plenário, Sessão Virtual de 27.11.2020 a 4.12.2020."*

Percebe-se que o STF não declarou inconstitucional a existência de gravame acessório às demissões enquadradas naqueles cinco incisos, mas sim tão somente o fez para o fato de a repercussão ter efeito perpétuo, tanto que não se estendeu sobre o efeito acessório previsto no

caput do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, de vedação de retorno temporária de cinco anos e remeteu o tema à competente reapreciação do Congresso Nacional, para que nova redação do dispositivo estabeleça um prazo.

É então de se presumir que o Poder Legislativo busque manter a inteligência sistemática da Lei nº 8.112, de 1990, e, a seu tempo, venha a dar nova redação ao parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, estabelecendo um prazo certo e razoável para a vedação do retorno do ex-servidor demitido naqueles enquadramentos, certamente superior a cinco anos, já que o legislador originário já havia ponderado maior gravosidade para os enquadramentos demissíveis do parágrafo único em comparação aos do *caput* do citado artigo. O próprio voto do relator indicou parâmetros neste rumo, a exemplos de comandos legais que estabelecem efeitos acessórios que perduram entre entre oito e dez anos (em casos, de inelegibilidade em condenação por crime contra a Administração Pública, conforme a alínea "o" do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, e de suspensão de direitos políticos em condenação por improbidade administrativa causador de enriquecimento ilícito, conforme o inciso I do art. 12 da Lei nº 8.429, de 6 de junho de 1992).

Ainda assim, enquanto o legislador ordinário se mantiver inerte e omissivo para suprir relevante lacuna estatutária, não convém embasar a não instauração de PAD em face de ex-servidor em razão da cláusula de não retorno que a Lei nº 8.112, de 1990, estabelecia no parágrafo único do art. 137.

Quando se eleje a base principiológica indicadora da não instauração de novo PAD em face do conhecimento de cometimento de uma segunda infração grave por ex-servidor já expulso anteriormente, pode-se, adiante, se deparar com o risco de aquela apenação ser revertida judicial ou administrativamente. Nesta hipótese, mesmo que já tenha havido, ao tempo da vigência da pena expulsiva, juízo de admissibilidade negativo, é cabível, à vista dos princípios da oficialidade e da indisponibilidade do interesse público, reformar aquela decisão e, no segundo momento, instaurar o novo PAD, desde que não prescrita a punibilidade referente à segunda infração (prescrição esta computada de forma normal, desde o conhecimento deste segundo fato pela autoridade até a instauração, sem que se cogite, ao menos *a priori*, salvo peculiaridades, de suspensão da contagem). Caso no momento da reversão da primeira pena expulsiva e quando se cogita da nova instauração, já se tenha prescrita a punibilidade da segunda infração grave, em função de longo tempo decorrido desde seu conhecimento, não cabe *a priori* cogitar de responsabilizar a autoridade que não instaurou no momento tempestivo, pois, àquele tempo, agiu de forma razoável e eficiente não deflagrando o novo PAD. E, em acréscimo, a despeito de ter se manifestado face à hipótese então vigente do parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, pode aqui ser empregada a manifestação da CGU, por meio da Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG), estampada na Nota Técnica nº 123/2020/CGUNE/CRG, que segue nesta mesma linha. A declaração de inconstitucionalidade do comando legal não afasta a inteligência da manifestação doutrinária.

> *Nota Técnica nº 123/2020/CGUNE/CRG: "3.60. Nestas hipóteses, caberia à Administração avaliar se o direito de punir está prescrito em relação à irregularidade conhecida e, a partir daí, caso não atingido o prazo prescricional, instaurar o devido procedimento apuratório disciplinar, ou, em situação oposta, deixar de promover a sua instauração de forma motivada.*
> *3.62. Nessa linha, o conhecimento pela autoridade administrativa de outras ilicitudes praticadas pelo ex-servidor, fora aquela que deu causa à sua demissão em definitivo, devem ser entendidos como os termos iniciais prescricionais para cada uma das infrações (§ 1º, art 142, Lei nº 8.112/90),considerando-se, que a autoridade competente deixou de instaurar o processo em razão dos efeitos de afastamento definitivo atribuídos ao PAD anulado, logo, sem a consequência de suspensão do prazo prescricional."*

Estes dois últimos temas também foram abordados na já mencionada Nota Técnica Coger nº 2021/3.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/3: "11. Na hipótese de reintegração de ex-servidor a cargo anteriormente ocupado, por determinação judicial ou até mesmo administrativa, após o juízo de admissibilidade negativo - ou seja, a não instauração da sede disciplinar contraditória -, é possível, à vista dos princípios da oficialidade e da indisponibilidade do interesse público, reformar a decisão e instaurar PAD. Contudo, se a prescrição já se tiver operado no momento da invalidação da pena expulsiva, a autoridade instauradora pode valer-se do disposto no Enunciado CGU/CCC nº 4, de 4 de maio de 2011, não cabendo, em tese, responsabilizá-la por não ter deflagrado novo PAD tempestivamente, uma vez que, supõe-se, agira de forma razoável e eficiente à época da decisão.*
> *12. Por fim, não se pode arquivar notícia contra ex-servidor expulso do serviço público utilizando, como fundamento, o parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, uma vez que esse dispositivo foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 2.975"*

Uma vez que o art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, a rigor, não trata de cláusula de não retorno a ex-servidor que já era aposentado e que teve a pena de cassação de aposentadoria, as construções doutrinárias acima reproduzidas também se atêm ao caso do ex-servidor demitido. Mas, com ainda mais segurança se ratifica toda a base principiológica acima para autorizar a não instauração de segundo PAD em face do conhecimento de outra irregularidade expulsiva cometida por ex-servidor já apenado com cassação de aposentadoria, independentemente de esta pena ter decorrido de enquadramento abarcado no citado art. 137 ou não.

A propósito, reitera-se também a instrumentalidade já exposta em **3.2.2.2.2.b** acerca da competência para arquivar o feito ou para instaurar o processo disciplinar e, no que couber, para proceder ao julgamento, a cargo do Chefe do Escritório de Corregedoria (Escor) da jurisdição da última unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do agente, preservada inclusive em qualquer hipótese de o ex-servidor vier a alterar seu domicílio no curso de todo o procedimento investigativo ou contraditório.

Não há que se confundir a base principiológica acima defendida com a manifestação também exarada pela AGU, em Parecer anterior (e da lavra do mesmo Consultor da União). A leitura precipitada do Parecer AGU nº GQ-168, não vinculante, pode induzir ao equívoco de que se considerava inócua a apuração de irregularidade cometida por ex-servidor já objeto de pena expulsiva. Na verdade, o Parecer não se preocupava precipuamente com a necessidade ou não da segunda apuração, mas sim manifestava o entendimento à época, por parte da AGU, de como instrumentalizar o resultado deste julgamento, defendendo que não caberia alterar o primeiro, tido como ato jurídico perfeito e acabado.

No caso do incomum processamento de agente já apenado com pena expulsiva, embora não haja como se cogitar de imediata execução da segunda pena, é possível que - atento à gravidade da conduta que justifique tão incomum persecução - a segunda apuração acarrete, como medidas cautelares e como efeitos acessórios da responsabilização, repercussões como indisponibilidade de bens, reparação de prejuízo, representação penal ou vedação temporária de retorno a cargo e/ou emprego públicos federais (nos termos dos arts. 136 e 137 da Lei nº 8.112, de 1990), conforme **4.10.6.6, 4.14.1** e **4.14.2**. Além do registro do fato apurado nos assentamentos funcionais do ex-servidor já expulso, com a republicação da portaria de pessoal agregando a segunda punição capital ou, da forma mais recomendável, com a publicação de nova portaria de pessoal, descrevendo apenas o segundo ilícito, sem deixar de fazer remissão à primeira, a Administração passa a ter meios de frustrar tentativa de

retorno, com a concretização dos efeitos da segunda pena cabível, em casos de nova investidura, seja decorrente de aprovação em concurso, seja apenas comissionada, seja decorrente de anulação da primeira pena, por revisão administrativa ou reintegração judicial, conforme se detalhará em **4.10.2.5.2**, bem como de tomar aquelas demais medidas cautelares.

A forma mais comum de a Administração operacionalizar o segundo julgamento expulsivo contra um ex-servidor já punido capitalmente é formalmente editar a portaria de pessoal punitiva em que se aplica a pena expulsiva, ressalvando que seus efeitos somente se darão em caso de reintegração administrativa ou judicial no outro processo em que já foi aplicada a primeira pena capital. Deve esta portaria de pessoal ser formalmente publicada, a fim de tornar o ato jurídico perfeito e acabado, afastando alegação de prescrição desta segunda punibilidade no caso de haver reintegração da primeira e, por fim, registrar a segunda conclusão nos assentamentos do ex-servidor e fazer prevalecer os efeitos acessórios. A pena imposta, ainda que não seja executada, já é suficiente para se afaste a prescrição e para que as medidas cautelares e os efeitos acessórios da condenação se aperfeiçoem e se tornem aplicáveis - destacadamente a vedação temporária a cargo e/ou emprego públicos federais -, pois tais decorrências independem da execução da pena julgada cabível. A CGU comunga doutrinariamente do mesmo entendimento.

> *"Ademais, eventual penalidade expulsiva tem o condão de frustrar o retorno do ex-servidor em caso de reintegração administrativa ou judicial no primeiro processo em que sofreu a pena capital (art. 137). Convém observar que a portaria que materializa a penalidade expulsiva deve ser formalmente publicada e a conclusão registrada nos assentamentos funcionais do ex-servidor. A cautela visa tornar o ato jurídico perfeito e acabado, afastando eventual alegação de prescrição da segunda irregularidade no caso de anulação da primeira sanção.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 35, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/ Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

3.2.2.2.2.d - Irregularidade Cometida Antes de Exoneração

E, por fim, no caso de ex-servidor que teve seu vínculo efetivo rompido com a Administração mediante o instituto da exoneração (seja de ofício, seja a pedido não decorrente de posse em outro cargo inacumulável regido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990) antes de figurar no polo passivo disciplinar ou, de forma ainda mais residual, no transcurso do processo disciplinar, é de se reiterar, nos termos afirmados em **3.2.2.2.2.c**, que não se afasta o poder-dever da Administração instaurar o rito ou dar-lhe o prosseguimento até o fim, sobretudo em caso de conduta grave, por reflexo novamente da leitura conjunta do *caput* do art. 143 e do art. 148, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, com os já mencionados princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público, da oficialidade e da verdade material e com o entendimento jurisprudencial, culminando, se for o caso, na publicação da portaria de pessoal punitiva, no registro do fato porventura apurado nos assentamentos funcionais e na incidência de eventuais efeitos acessórios da condenação, inclusive, se for o caso, da cláusula de não retorno.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 15.837: "Ementa: 4. A desinvestidura, forçada ou voluntária, não afasta o dever da Administração Pública de apurar supostos ilícitos administrativos cometidos por aquele que já foi investido no cargo público e não o é mais, quer por esponte própria , quer por força do poder disciplinar exercido pelo Estado-administração. É a ciência da irregularidade pela autoridade administrativa competente que demonstra, pelo menos inicialmente, o poder-dever de agir da Administração Pública. A sanção disciplinar a ser aplicada, demissão no caso, não deve significar um fim em si*

> *mesmo. O objeto a ser apurado é a nova irregularidade, o fato, e a atuação da autoridade se dirige à proteção do interesse público, de caráter indisponível. Desse modo, não se faz necessário estar o servidor investido no cargo no momento em que a Administração Pública deflagra as investigações para apurar supostas irregularidades cometidas por ele à época em que se encontrava no exercício de suas funções públicas."*

Não obstante, aproveitam-se as razões já expostas em **3.2.2.2.2.b** e em **4.10.2** acerca da ponderação com que se requer que sejam vistos o dever e o poder de instaurar o processo disciplinar em face de ex-servidor cujo vínculo estatutário já resta completamente rompido (tanto em termos laborais quanto em termos pecuniário e previdenciário). Aproveitam-se aqui também aquelas recomendações acerca de flexibilização e de ponderação para fazer mover esta residualíssima instância punitiva em face de ex-servidor exonerado diante de infrações de pequena ou média gravidade.

Na esteira, aproveitam-se, na íntegra e de forma direta, as manifestações da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GM-1, e da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 2, de 4 de maio de 2011, que mencionam expressamente a exoneração, e aproveitam-se ainda, por extensão, a própria manifestação doutrinária da CGU, e por fim, a Nota Técnica Coger nº 2021/3, que tratam genericamente de ex-servidor, todas reproduzidas em **3.2.2.2.2.c**.

Mais uma vez, reitera-se também a instrumentalidade já exposta em **3.2.2.2.2.b** acerca da competência para arquivar o feito ou para instaurar o processo disciplinar e, no que couber, para proceder ao julgamento, a cargo do Chefe do Escritório de Corregedoria (Escor) da jurisdição da última unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do agente, preservada inclusive em qualquer hipótese de o ex-servidor vier a alterar seu domicílio no curso de todo o procedimento investigativo ou contraditório.

Ressalve-se que não se cogita de execução da pena porventura julgada cabível (a qual, à vista do viés pragmático com que tais instaurações e processamentos atípicos devem ser compreendidos, praticamente restringe-se à pena expulsiva) porque, quando um ex-servidor detentor de cargo efetivo se exonera a pedido ou é exonerado de ofício antes do processo disciplinar ser instaurado ou, mais excepcionalmente, julgado - diferentemente de quando a hipótese recai sobre um servidor apenas comissionado e não detentor de cargo efetivo, para o qual o parágrafo único do art. 135, combinado com o art. 35, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, prevê que a exoneração seja convertida em pena de destituição de cargo em comissão -, não há, a rigor, previsão legal para similar conversão, nem mesmo na hipótese de conduta grave merecedora de sanção capital. A única ressalva expressamente positivada é da previsão legal de conversão, em demissão, da exoneração de ofício, de servidor efetivo, em razão da não satisfação das condições do estágio probatório quando o agente também responde disciplinarmente, conforme o parágrafo único do art. 172, combinado com o inciso I do parágrafo do art. 34, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, à vista do que se descreverá em **4.10.2.6**. Em primeiro momento, seria posível defender que, fora esta hipótese residual, por atenção à garantia constitucional de que não há pena sem previsão legal, não haveria que se cogitar de qualquer tentativa de estender aquele comando do parágrafo único do art. 135 da Lei nº 8.112, de 1990, para o servidor efetivo estável previamente exonerado. Nesta linha interpretativa, *a priori*, o remédio jurídico que se encontraria no ordenamento seria aquele prescrito no *caput* do art. 172 da Lei nº 8.112, de 1990, vedando a exoneração a pedido no curso do processo disciplinar. No entanto, em razão de manifestações jurisprudenciais e administrativas (reproduzidas em **4.3.7.1**), delimita-se que a vedação ao deferimento de exoneração a pedido somente se sustenta no prazo de 140 dias após a instauração do processo disciplinar, o que leva à necessidade sensata e defensável de se construir alguma solução jurídica para a lacuna da exoneração a pedido ter de ser obrigatoriamente deferida após os 140

dias, solução esta que somente pode ser a extensão da conversão em demissão, prevista originalmente apenas para exoneração de ofício, agora também para exoneração a pedido.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 34. A exoneração de cargo efetivo dar-se-á a pedido do servidor, ou de ofício.*
> *Parágrafo único. A exoneração de ofício dar-se-á:*
> *I - quando não satisfeitas as condições do estágio probatório;*
> *II - quando, tendo tomado posse, o servidor não entrar em exercício no prazo estabelecido.*
> *Art. 35. A exoneração de cargo em comissão e a dispensa de função de confiança dar-se-á: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
> *I - a juízo da autoridade competente;*
> *II - a pedido do próprio servidor.*
> *Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.*
> *Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do art. 35 será convertida em destituição de cargo em comissão.*
> *Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.*
> *Parágrafo único. Ocorrida a exoneração de que trata o parágrafo único, inciso I, do art. 34, o ato será convertido em demissão, se for o caso.*
>
> *"(...) é possível [transformar exoneração em demissão] quanto ao ocupante de cargo em comissão que não seja titular de cargo efetivo, mas não ao ex-servidor que 'antes mesmo da abertura de inquérito administrativo, já fora exonerado a pedido' (Parecer Colepe/Dasp, Proc. nº 763/70, apr. 28.04.70). 'Impossível tornar-se sem efeito a exoneração regular de funcionário para aplicar-lhe a pena de demissão' (Parecer Colepe/Dasp nº 586/70, apr. 28.04.70)." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pgs. 285 e 286, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Não obstante, o fato apurado em face do ex-servidor exonerado, dependendo de sua gravidade, pode acarretar, como medidas cautelares ou como efeitos acessórios da condenação, repercussões como indisponibilidade de bens, reparação de prejuízo, representação penal ou vedação temporária de retorno a cargo e/ou emprego públicos federais (nos termos dos arts. 136 e 137 da Lei nº 8.112, de 1990), conforme **4.10.6.6**, **4.14.1** e **4.14.2**. É para a concretização de tais efeitos acessórios que se publica a portaria de pessoal punitiva em face do ex-servidor, sem deixar de fazer remissão à sua condição de exonerado, de forma que a Administração, a partir daí, possa ter meios de frustrar intenção de retorno em caso de nova investidura, seja decorrente de aprovação em concurso, seja apenas comissionada, bem como de tomar aquelas medidas cautelares. Portanto, a publicação formal da portaria de pessoal punitiva se justifica e se destaca, sobretudo em casos de condutas graves, puníveis com pena expulsiva, não só para tornar o ato jurídico perfeito e acabado, afastando alegação de prescrição da punibilidade, mas também para que se agreguem os cabíveis efeitos acessórios. A pena imposta, ainda que não seja executada, já é suficiente para se afaste a prescrição e para que os efeitos acessórios da condenação se aperfeiçoem e se tornem aplicáveis - destacadamente a vedação temporária ou definitiva a cargo e/ou emprego públicos federais -, pois tais decorrências independem da execução da pena julgada cabível.

Ainda maiores ressalvas merece a hipótese de ex-servidor exonerado a pedido ou de ofício da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) e de quem se tem notícia de cometimento de suposta irregularidade ao tempo em que integrava este quadro e que, ao tempo da emissão do juízo de admissibilidade, ocupe ou passe a ocupar, no curso do

processamento, outro cargo público federal, regido por lei ou estatuto próprio diferente da Lei nº 8.112, de 1990, ou até mesmo outro cargo público, de esfera estadual ou municipal. Ainda que neste caso se demonstre relevante que a estrutura correcional da RFB aprecie notícia da suposta irregularidade e, dependendo da gravidade da conduta, até instaure e movimente a devida apuração em face do seu ex-servidor, além de permanecer a ressalva de inviabilidade jurídica de conversão da exoneração em pena expulsiva, acrescente-se que, após o inquérito administrativo, falecendo competência para a autoridade correcional em âmbito federal, subordinada à Lei nº 8.112, de 1990, proceder ao julgamento de agente que não mais se insere em sua linha de subordinação e tampouco estando a correspondente autoridade daquele outro ente federado vinculada ao rito processual estabelecido pela citada Lei, cabe apenas àquela autoridade, após suas diligências cautelares e acessórias, encaminhar a esta a notícia do resultado das apurações.

3.2.3 - Temas em Princípio não Abrangidos pelo Regime Disciplinar

Pode ocorrer de a autoridade correcional estar diante de fatos e circunstâncias situados em uma zona de penumbra em que, em primeira visão, parece defensável tanto que há indícios de ilícito disciplinar quanto que os fatos noticiados não configuram ilicitude e não merecem persecução disciplinar. Tais dúvidas podem surgir em razão da natureza abrangente com que o legislador foi obrigado a redigir os enquadramentos estatutários e também porque não se nega jamais o frequente contato que a matéria correcional mantém com demais áreas de atuação muito fortemente marcadas pelo fator humano.

Nesta linha, de imediato, requeredoras de mais simples solução, citam-se provocações recebidas em face de condutas de vida privada e de conflitos decorrentes das relações entre pessoas, comuns em qualquer ambiente laboral, em que o deslinde a favor do arquivamento repousa na simples leitura atenta das normas de regência, esclarecedoras da inexistência de materialidade naqueles conjuntos fáticos.

Mas também ocorrer de a autoridade correcional deparar-se com fatos e circunstâncias tais que, a despeito da primeira leitura extraível dos princípios impulsionadores da atividade estatal em face da natureza supostamente irregular da conduta, a imediata instauração da instância disciplinar lhe pareça desarrazoada e antieficiente e o resultado desproporcional. Estes casos merecem mais cautelosa apreciação, visto sua solução transcender o simples estudo da normatização de regência.

Em tais casos, não deve a autoridade competente, em que pese a vinculação do poder-dever de apurar, ser cegamente submissa à literalidade da Lei, atendo-se apenas a parâmetros formais de possível cometimento de irregularidade (materialidade) por suposto servidor público (autoria) como suficientes para determinar a instauração de processo disciplinar, sob pena de atentar, principalmente, contra o interesse público. Cabe ponderar os elementos levantados acerca das supostas irregularidades à vista da necessidade, vinculação, pertinência, viabilidade e utilidade de se provocar a instância disciplinar, tendo em vista o caráter restrito e reservado com que ela deve ser empregada, já que importa em severos ônus, em especial para a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), cuja atividade-fim é fiscal-tributária, e não correcional. Ou seja, a decisão de instaurar processo disciplinar deve também apreciar elementos objetivos, tais como o efeito prático de uma possível aplicação de penalidade, assim como subjetivos, como, por exemplo, os bens tutelados, a atividade desenvolvida, as peculiaridades pessoais e do corpo funcional, em respeito aos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade. Estes parâmetros, possuindo ou não expressa previsão legal, devem informar o juízo de admissibilidade, de modo a refletir corretamente os valores que a instância disciplinar visa a tutelar e a assegurar a satisfação das finalidades das leis e do interesse público, conferindo não só legalidade, mas também

legitimidade ao ato administrativo. Este tipo de ponderação se aplicará, por exemplo, em **4.6.3.5**, em que se apresentará o conceito de ausência de ilicitude material.

Como qualquer atento aplicador do Direito, cabe à Administração sopesar os princípios reitores da matéria quando parece que eles lhe soam conflitantes. É certo que, de um lado, a vinculante legalidade, amparada pela busca da verdade material, da oficialidade e da indisponibilidade do interesse público e movida pela oficialidade, imporia, naquele momento, a decisão de instaurar o rito disciplinar para que, em seu curso, se esgotassem as apurações possíveis acerca do fato supostamente ilícito. Mas é igualmente certo que, sob óticas prática e pragmática, nas quais, em suma, repousa, destacadamente, o princípio da eficiência, de linhagem constitucional, igualmente atendendo ao interesse público que está por trás da economia de escassos recursos financeiros e de mão de obra para ramo distinto da atividade-fim do órgão, ainda seria de se averiguar as chances de sucesso da apuração disciplinar em hipótese, devendo se atentar para a viabilidade probatória e apuratória, já discutida em **2.5.3**.

3.2.3.1 - Condições Excepcionais para o Regime Disciplinar Alcançar Atos de Vida Privada

Embora a grande maioria dos casos concretos que se apresentam para a apreciação correcional possam ser de imediato considerados ou não enquadráveis nas infrações definidas naquele Estatuto, a leitura imprecisa do mandamento encartado no art. 148 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, associada ao inevitável emprego, nos enquadramentos da mesma Lei, de expressões abrangentes, desde normas em branco até enquadramentos verdadeiramente abertos, conforme já se aduziu em **4.6.3.1**, trazem relevante e indesejada consequência jurídica. Em razão destes dois elementos dificultadores, pode ocorrer de o aplicador do Direito Administrativo Disciplinar se deparar com situações bastante específicas e residuais que restam, assim se pode dizer, na chamada “zona cinzenta da norma”.

Em outras palavras, devido ao intrínseco grau de imprecisão da redação legal, é viável cogitar de casos concretos com tamanha particularidade em sua configuração e em seus condicionantes da ação que, em primeira análise, tanto se pode dizer enquadráveis como ilícito disciplinar como também se pode dizer à margem do ordenamento estatutário.

E o melhor exemplo a se apontar para esta característica da Lei nº 8.112, de 1990, reside na questão a ser enfrentada de até que ponto se pode cogitar da extensão do regime disciplinar para atos cometidos pelo servidor em sua vida privada. Há atos de tal natureza para os quais, em razão de suas peculiares e excepcionais condições de contorno, pode parecer que um mesmo aplicador do Direito, manejando de forma hábil todas as ferramentas de argumentação jurídica, consiga exprimir arrazoado propondo decisão em um sentido quanto se manifestar em sentido exatamente oposto.

Em razão disto, em complemento ao que se abordou em **3.1**, demonstra-se relevante abordar até que ponto a parte final do já mencionado art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, alcança atos cometidos pelo servidor em sua vida privada. Para este fim, acerca de contornos teórico-conceituais que, excepcionalmente e *a priori*, parecem terem restado à margem do disciplinamento legal, a solução que se destaca é buscar o entendimento que pode ser extraído de fontes tais como a doutrina especializada, a jurisprudência e a ponderação dos princípios reitores.

De forma geral, a mais renomada doutrina do Direito Administrativo pátrio manifesta que o poder disciplinar e, por conseguinte, o regime disciplinar alcançam apenas os atos praticados pelo agente na condição de servidor, ou seja, os atos funcionais.

“Poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais

> *dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração (...).*
> *O poder disciplinar é exercido como faculdade punitiva interna da Administração e, por isso mesmo, só abrange as infrações relacionadas com o serviço (...).” Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, pg. 116, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001*
>
> *“(...) a má conduta na vida privada, para caracterizar-se como ilícito administrativo, tem que ter, direta ou indiretamente, algum reflexo sobre a vida funcional, sob pena de tudo, indiscriminadamente, poder ser considerado ‘procedimento irregular’ (...).” Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Direito Administrativo”, pg. 596, Editora Atlas, 19ª edição, 2006*

Adentrando na doutrina mais específica do Direito Administrativo Disciplinar, verifica-se que a grande maioria dos autores tão somente se limita a reproduzir a literalidade do já citado art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, sem expor entendimento acerca do alcance da parte final deste dispositivo para atos praticados na vida privada. Não obstante, selecionam-se alguns autores que avançam no tema, expondo seu posicionamento, ainda que em poucas linhas.

Assim, favoráveis à tese de que o alcance do dispositivo limita-se estritamente a atos que guardem ao menos relação indireta com o cargo ou com o exercício de suas atribuições legais, reproduzem-se cinco passagens doutrinárias abaixo.

> *“(...) há um ilícito administrativo quando um servidor público pratica uma irregularidade - ou deixa de praticar um ato -, no exercício de sua função, que viole um, ou alguns, dos deveres do servidor (previstos no art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em regulamentação ou norma interna) e/ou uma, ou algumas, das proibições funcionais (previstas no art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90).” Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, pg. 163, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*
>
> *“O artigo [148 da Lei nº 8.112, de 11/12/90] estabelece que tanto as irregularidades praticadas, pelo servidor, no exercício das atribuições específicas do seu cargo, quanto aquelas não específicas, mas apenas indiretamente com elas relacionadas, ensejam formação e condução de processo disciplinar. Natural que assim seja, porque irregularidades o servidor pode praticar não só no exercício próprio de seu cargo, como também desempenhando funções apenas eventualmente relacionadas com aquelas. (...).” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, pg. 255, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*
>
> *“Recebida uma denúncia de irregularidade (...) a autoridade competente para apuração precisa analisar se ela tem um mínimo de plausibilidade que justifique movimentar a máquina pública para apurá-la. (...)*
> *Outro exemplo ocorrerá quando a representação informa que a servidora fulana de tal está se prostituindo nos fins de semana. Ora, a prostituição no Brasil não é crime, crime é explorar a prostituição alheia. Mas mesmo que fosse um crime, ele não teria relação com o exercício do cargo nem estaria sendo cometido no horário de expediente. Assim, num exame perfunctório de tal denúncia, a autoridade já poderia arquivá-la ao fundamento de que o fato denunciado não constitui ilícito disciplinar.” Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 32, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*
>
> *“A responsabilidade que interessa ao Direito Administrativo Disciplinar é aquela que se refere à coisa pública, e a fenomenologia da sua configuração está diretamente ligada aos meios de prova permitidos em lei.” Egberto Maia Luz, “Direito Administrativo Disciplinar”, pg. 256, Edições Profissionais, 4ª edição, 2002*

> *"(...) a responsabilidade do servidor só pode ser cobrada como resultante de ação ou omissão, praticados no desempenho de seu cargo. Afinal, sua vida privada não pode ser invadida pela Administração Pública. (...) os atos da vida privada dizem respeito somente a ele." Judivan Juvenal Vieira, "Processo Administrativo Disciplinar", pg. 115, IOB Thomson, 1ª edição, 2005*

E, em contraponto, encontram-se dois outros autores que, também em poucas palavras, cogitam do alcance mais abrangente e ilimitado do regime disciplinar sobre a conduta privada do servidor.

> *"Não obstante, o bom conceito que deve gozar a coisa pública perante a coletividade dos administrados é tão importante e essencial que se requer do funcionário não apenas uma conduta normal dentro da repartição em que serve. Exige-se, também, procedimento privado regular, pois que este, uma vez não sendo recomendável, poderá pôr em descrédito a moralidade e a seriedade do serviço que é realizado pelo órgão em que é lotado esse elemento inescrupuloso e ímprobo.*
> *Em sentido material, pode-se definir transgressão disciplinar como proceder anômalo, interno ou externo, do agente público que, além de pôr em descrédito a administração, redunda em detrimento da regularidade do serviço público.*
> *Escudando-se nestas noções, podem-se, desde logo, dividir as transgressões disciplinares em internas e externas. As internas infringem deveres profissionais; enquanto que as externas referem-se a comportamentos da vida particular do funcionário. São cometidas fora do exercício da função.*
> *Ressalte-se que os conceitos 'interna' e 'externa' não pretendem rigorosamente expressar que seja a conduta exercida dentro ou fora da repartição, respectivamente. E, sim, traduzem que as primeiras (internas) são realizadas, dentro ou fora, em razão do exercício da função pública. Já as segundas, são exteriorizadas em atividade meramente particular, sem nada a ver com a atividade funcional. A não ser porque repercutem negativamente em seu detrimento." José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pgs. 201 e 202, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

> *"Procedimento correto na vida pública e privada. O desempenho da função pública deve ser, por princípio, confiável e respeitável, impondo-se ao servidor zelar, a todo o tempo, para que esse princípio seja efetivamente uma verdade.*
> *Esse cuidado deve começar obviamente por si próprio, seja no exercício de suas atribuições públicas, seja no procedimento cotidiano, em sua vida privada, mas sem desrespeitar-se, é claro, a liberdade e a privacidade de cada um, na aplicação desta determinação (...)." Edmir Netto de Araújo, "O Ilícito Administrativo e seu Processo", pg. 63, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

De se perceberem importantes ressalvas nos apontamentos mesmo destes minoritários autores que a princípio parecem defender uma extensão inespecífica do regime disciplinar aos atos privados *lato sensu* do servidor. O primeiro deles destacou, logo no início de sua abordagem do tema, que seu entendimento se aplica a servidor por ele próprio classificado como "*elemento inescrupuloso e ímprobo*", o que permite denotar que toda sua construção acerca do que ele denomina de infrações externas se concentra em atos de forte grau de ofensividade e de repulsa social, como, por exemplo, a improbidade administrativa, inferindo-se provavelmente não se contar com este seu magistério para condutas de menor gravosidade. Por sua vez, o segundo autor ressalvou a inviolabilidade de parcelas garantidas de liberdade pessoal e de privacidade da pessoa. Em outras palavras, deve-se ter em mente que a possibilidade de entendimento extensivo das vinculações estatutárias aos atos de vida privada em sentido amplo é ponderada por efetivos freios e contrapesos, admitidos mesmo por aqueles que a defendem, indicando desde já que tal aplicação deve ser, no máximo, residual e excepcional.

3.2.3.1.1 - O Requisito Elementar da Previsão em Lei para Alcance do Regime Disciplinar sobre Atos de Vida Privada

Avançando na pesquisa em fonte doutrinária, chegou-se a dois autores (sendo um deles por meio de duas publicações) que se detiveram de forma mais detalhada sobre a repercussão disciplinar para atos cometidos na vida privada do servidor.

Esta doutrina mais aprofundada inicialmente apresenta que os atos da vida privada até podem merecer reprimenda disciplinar, mas excetua que tal hipótese somente se justifica quando expressamente prevista na respectiva lei estatutária. E de outra forma não poderia ser, visto que, como já afirmado anteriormente, a despeito de o Direito Administrativo Disciplinar não contar com a rígida tipicidade penal, em nada se confunde com a absoluta ausência de regramento. Os princípios da legalidade e da segurança da relação jurídica impõem que, mesmo sem a rígida definição de tipos que se encontra na lei penal, deve a lei estatutária conter os enquadramentos que definem ilicitudes disciplinares.

> *"O regime disciplinar do funcionalismo não se preocupa somente com os atos desempenhados no exercício funcional, mas também busca preservar a imagem, decoro e credibilidade que devem merecer perante a sociedade os que titularizam cargos e funções públicas. (...)*
> *O entendimento justifica a idéia de que a punição disciplinar por fato não praticado no exercício da função pública, nem a ela relacionado, deve ser expressamente capitulada em lei, como regra geral. (...)*
> *(...) Os atos da vida privada, em princípio, para constituírem infrações funcionais, devem constar, expressamente, no estatuto disciplinar dos servidores públicos, como conduta passível de punição." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pgs. 126, 127, 131 e 136, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Percebe-se que a abordagem doutrinária acima se fez de forma genérica, sem adentrar especificamente na literalidade da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Como se sabe, o diploma legal de exclusivo interesse aqui é esta Lei, que define o regime disciplinar do servidor em instância civil federal e é à sua luz que deve ser aplicado o ensinamento acima. Assim, se por um lado, a Lei nº 8.112, de 1990, não possui em sua lista exaustiva de enquadramentos nenhuma definição que expressa e literalmente cogite de punição disciplinar para ato de vida privada, resta então a definição objetiva abrangente de seu art. 148 como único dispositivo ao mesmo tempo possibilitador e delimitador legal para o tema.

E, neste ponto, é de se relembrar, conforme já abordado em **3.1**, que o art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, permite uma importantíssima leitura dupla, ao mesmo tempo limitadora do alcance do regime disciplinar a atos funcionais, mas com possibilidade de abrangência de condutas cometidas fora do estrito desempenho das atribuições legais do cargo. Enquanto a primeira parte daquele dispositivo possui leitura cristalina de que o regime disciplinar se aplica para atos infracionais cometidos no pleno exercício das atribuições legais do cargo, a sua parte final, excepcionalmente, permite leitura a *contrario sensu* de que também se cogita de reflexo disciplinar para atos que, mesmo cometidos fora do espaço e do tempo do exercício da função pública (ou seja, além dos limites físicos da repartição e do horário de jornada de trabalho, e até mesmo em gozo de férias, de licenças ou de outros regulares afastamentos, conforme se aduzirá em **3.2.5**), guardem relação ao menos indireta com o cargo que ocupa ou com suas atribuições legais ou com o órgão onde é lotado ou que de alguma forma neles interfira ou com eles se relacionem. É nesta interpretação extraída da parte final do art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, que então, reside o amparo legal para se cogitar de excepcional repercussão disciplinar para atos cometidos pelo servidor em sua vida privada.

3.2.3.1.2 - A Necessidade de Existência de Relação com o Cargo

Neste rumo, torna-se imperativo se expor que a leitura de qualquer enquadramento da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que em princípio pareça poder atingir atos de vida privada (por exemplo, em lista não exaustiva, ao definir deveres funcionais de lealdade à instituição, de conduta compatível com a moralidade administrativa ou de urbanidade para com as pessoas ou ainda ao proibir manifestações de desapreço ou prática da usura) deve sempre e inafastavelmente se submeter à regra geral do art. 148 daquela Lei, qual seja, de o ato privado guardar, ao mínimo, relação indireta com as atribuições legais do cargo. Em outras palavras, contempla-se que atos de vida privada de um servidor de carreira regida pela Lei nº 8.112, de 1990 (com o que se excluem da análise estatutos próprios de específicas carreiras e atividades públicas, que expressamente preveem reflexo disciplinar para atos e comportamentos privados), podem ter repercussão disciplinar, desde que, em primeira análise, nos termos do seu art. 148, guardem relação direta ou indireta com as atribuições legais do cargo em que se encontra investido o agente (nem que seja sob presunção legal).

Pertinente esclarecer o que aqui se quer dizer com a expressão "relação direta ou indireta com as atribuições legais do cargo". De imediato, as atribuições legais do cargo a que aqui se refere são as atribuições genéricas legalmente atribuídas àquele cargo, como o conjunto de todo o múnus que o agente pode exercer em sua função pública, não se vinculando às condições e peculiaridades momentâneas de lotação, exercício, localização e o tipo de tarefas que realiza. Nesta linha, no caso de cargos integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), a possível relação com as atribuições legais são aferidas em face, cumulativamente, de todas as atividades que podem ser desempenhadas nos diversos macroprocessos de trabalho (que, por sua vez, se subdividem em inúmeros processos de trabalho), sendo indiferente se, ao tempo da conduta, o agente está lotado, em exercício ou localizado em área aduaneira, de tributos internos, de arrecadação, de tarefas-meio corporativas ou administrativas, etc, pois a relação de que aqui se cogita é com o conjunto de atribuições legais do cargo. Ademais, o que se quer dizer com relação "direta" ou relação "indireta" em nada se confunde com estender em demasia o excepcional comando da parte final do art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, a ponto de atingir condutas sem nenhuma correlação com o múnus público do agente. O que se considera é ato que guarde relação com o cargo, residindo a diferenciação apenas para o efeito didático de melhor compreender a literalidade do mencionado dispositivo legal. Quando o servidor comete um ato funcional no pleno exercício do cargo (em regra, no horário e no local de trabalho), aqui diz-se que comete uma conduta com direta relação com as atribuições legais do cargo, estando alcançado pela primeira parte do dispositivo legal ("*infração praticada no exercício de suas atribuições*"). E quando o servidor comete um ato fora do pleno exercício do cargo (em geral fora do horário e do local de trabalho), mas a ele associado, aqui diz-se que comete uma conduta com indireta relação com as atribuições legais do cargo, estando alcançado pela parte final do dispositivo legal ("*ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido*").

No escopo de aplicação geral aos servidores civis federais da Lei nº 8.112, de 1990, os atos da vida privada, como regra, não guardam nenhuma correlação com a Administração Pública, com a instituição ou com o cargo. Ou seja, ainda que cometidos por servidor inserido na abrangência subjetiva, não satisfazem à abrangência objetiva da matéria disciplinar do Estatuto. Por este motivo, não deve interessar à Administração a vida pessoal de seus servidores, seus deslizes de comportamento, seus vícios e suas falhas inerentes à condição humana de forma geral, afastando-se de plano da incidência disciplinar quaisquer atos de tais naturezas e que em nada se relacionem com a função pública, não obstante poderem ser criticáveis sob outras óticas éticas, sociais ou jurídicas. Como regra, o desvio no comportamento exclusivamente pessoal, sem qualquer correlação com o cargo, pode importar crítica à luz de códigos de ética ou de conduta, que não se confundem com normas disciplinares, ou podem acarretar repercussão civil ou até penal, mas não provocam

responsabilização administrativa, apurável por meio de processo disciplinar. É certo que o excepcional alcance do regime disciplinar sobre atos de vida privada, por ampliar o controle estatal além dos deveres e obrigações funcionais, deve ser compreendido de forma restritiva.

Assim, além da óbvia previsão em lei (que, no foco de interesse, se admite na parte final do art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990), como primeiro condicionante fático a se analisar antes de se cogitar de repercussão disciplinar para ato cometido em vida privada do servidor, é necessário que tal conduta mantenha algum grau de vinculação com as atribuições legais do cargo. Sendo aquele ato cometido pelo servidor em condições totalmente dissociadas, alheias e à margem do cargo que ocupa ou de suas atribuições legais ou ainda podendo aquele mesmo ato ser igualmente cometido por um particular qualquer, independentemente da condição especial de ser servidor, não há que se cogitar de repercussão disciplinar, conforme amparam a jurisprudência e a doutrina.

> *TRF da 1ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.01.00.061930-0: "Ementa: 1. O art. 143 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, prevê: 'A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa'. Assim, o fato gerador para abertura de sindicância ou processo administrativo é a ciência de irregularidade no serviço público, não se estendendo a fatos da vida privada, ocorridos em uma partida de futebol, sem qualquer relação ou repercussão no exercício da função pública. 2. Na hipótese dos autos, a sindicância foi desvirtuada de sua natural finalidade, para punir servidor público que não cometeu nenhuma irregularidade no exercício de suas funções. Instauração de sindicância nula."*
>
> *"O que deve ser cotejado, portanto, é a relação direta de prejuízo entre a conduta privada, se manifestamente incompatível com os valores esperados dos titulares de cargos na Administração Pública, e sua imediata vinculação com as atribuições funcionais do servidor. (...)*
> *Isto é, a excepcional responsabilização do agente público transgressor, em razão de ato praticado fora do exercício da função administrativa, depende de o ilícito guardar pertinência com as específicas atribuições funcionais do cargo ocupado pelo servidor faltoso, do que segue o raciocínio, a contrario sensu, de que não caberá punição disciplinar, em princípio, por conduta inteiramente alheia às competências do posto titularizado pelo transgressor e que não implique atentado contra a Administração Pública, ou ao menos que não evidencia que o agente esteja moralmente impossibilitado de prosseguir no desempenho de seus específicos misteres administrativos. (...)*
> *Muita ponderação e cautela devem presidir a apreciação concernente à repercussão administrativa da conduta da vida privada do servidor público. Só em casos inquestionáveis de prejuízo para a atividade funcional ou o prestígio direto do funcionário em face das atribuições específicas de seu cargo, prejudicadas pela ação consumada no âmbito particular, é que se pode discutir eventual apenação disciplinar." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pgs. 132, 133, 136 e 137, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*
>
> *"O problema da falta de probidade administrativa tem que ser visto no universo da ética pública, no contexto de normas jurídicas especificamente protetoras das funções públicas, dos valores imanentes às Administrações Públicas e aos serviços públicos. (...)*
> *Caberá ao direito disciplinar tutelar condutas incompatíveis com as funções. A improbidade administrativa não se configura, pois, pelo chamado comportamento incompatível com a função pública, se tal conduta estiver dissociada totalmente das atribuições do agente público, visto que não tratamos de uma honra privada e de seus reflexos nos setor público, mas sim da honra*

diretamente vinculada às funções públicas." Fábio Medina Osório, "Teoria da Improbidade Administrativa", pgs. 285 e 87, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2007

E, neste rumo, o exemplo mais pungente e cabível (mas não o único) para a Carreira TARFB de ato de vida privada com repercussão disciplinar é a chamada consultoria ou assessoria jurídico-tributária, em que o servidor, valendo-se de informais e presumíveis credenciamento e qualificação perante terceiros decorrentes do cargo que ocupa e dos conhecimentos técnicos a que tem acesso em razão de seu múnus, arregimenta para si serviços particulares, ainda que cometidos fora da repartição e do horário de expediente ou até mesmo em gozo de férias, licenças ou outros afastamentos legais, incorrendo em inequívoco ato de conflito de interesses (conforme leitura conjunta de **4.7.3.18.7** e **4.7.4.4.5**).

Até pode se cogitar de que, desde a investidura no cargo, de um lado, o servidor é investido de prerrogativas e poderes para poder executar seu múnus público de forma impessoal e, de outro lado, em contrapartida, assume obrigações, deveres e responsabilidades estatutárias e se submete a um regime especial e diferenciado de controles e monitoramentos - éticos, morais, sociais e funcionais. A relação estatutária não é uma simples relação laboral, mas sim se insere em um rol de compromissos e de comprometimentos exclusivos, a que o agente, antes privado e agora público, espontânea e irretratavelmente se submeteu desde o momento em que assinou seu termo de posse, até que dê causa à vacância do cargo. Indubitavelmente, a assunção da relação laboral estatutária decorre da voluntária adesão por parte do agente, que, antes de fazê-lo, ponderou o conjunto de vantagens e de obrigações, e, diante da investidura efetiva mediante disputa em concurso público, pode-se inferir inclusive que se trata da eleição de um projeto de vida, pelo menos no que pertine a aspecto profissional. Nesta senda, para o servidor, mesmo em atos de vida privada, há comportamentos que guardam relação direta ou no mínimo indireta com as atribuições legais do cargo e que podem atrair a incidência do regime disciplinar.

Ainda assim, de um lado, como regra geral, em casos concretos em que o servidor da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), na exclusiva condição de contribuinte, incorre em ilícitos tributários (como, por exemplo, sonegação fiscal e irregularidades na internalização de mercadoria importadas) e até em ilícitos penais (destacadamente, crimes contra a Administração Pública ou contra a ordem tributária), agindo da mesma forma como também agiria um particular qualquer, sem carrear para a conduta qualquer acesso, informação ou vantagem de qualquer espécie por ser servidor, *a priori*, não incide em ilicitude estatutária, não obstante, provavelmente, incorra em transgressão ética ou em ilícito fiscal ou civil ou até penal.

De outro lado, não se pode deixar de registrar que há condutas cometidas no meio privado mas que se associam não só à matéria tutelada no múnus de sua função pública mas também ao detalhado conhecimento que o agente detém da sistemática, das praxes, dos procedimentos, da estrutura, da logística e da forma de a unidade e dos demais servidores atuarem, conhecimento este que facilita ou propicia a prática propriamente dita da conduta ou que a qualifique. Nestes casos excepcionais, é juridicamente possível que se construa - desde que ao amparo das provas dos autos - uma inferência de relação entre a conduta cometida em vida privada e o cargo que ocupa, a atrair uma incomum a incidência da parte final do art. 148 da Lei nº 8112, de 1990, sobre o ato cometido em âmbito privado.

3.2.3.1.3 - A Necessidade da Preservação das Liberdades Fundamentais do Indivíduo

Na sequência, em respeito aos princípios constitucionais elementares mencionados pela doutrina, apresenta-se como inafastável segunda condicionante para que se cogite de extensão do regime disciplinar sobre atos cometidos pelo servidor em sua vida privada a

preservação do rol de garantias fundamentais do indivíduo. Por soberana - *a priori* - força constitucional, é de se excluir qualquer pretensão punitiva da Administração em decorrência de atos de vida privada inseridos no rol de direitos e garantias fundamentais individuais, tais como intimidade ou privacidade e liberdade de identificada manifestação do pensamento e de incensurável expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, nos termos consagrados nos incisos IV, IX e X do art. 5º da Constutuição Federal (CF).

Por um lado, é certo que o servidor, ao voluntarimanete entrar em exercício no cargo, assume uma relação estatutária de especial submissão a deveres e obrigações perante a Administração, para além das relações privadas e particulares. Mas, por outro lado, também é igualmente certo que este regime de maior rigor e severidade que recai sobre o agente público e sobre seus atos não se estende a parcelas constitucionalmente protegidas em favor de qualquer pessoa. O ordenamento pátrio não concede à Administração poder para invadir a parcela de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, mesmo quando este é seu servidor, desde que em atos à margem da função pública.

Não obstante, a ordem constitucional vigente não deixou de prever e de aceitar a aplicação de freios e contrapesos ao salutar exercício daqueles direitos e garantias fundamentais, permitindo o seu afastamento quando tal prerrogativa individual se contrapõe a direitos, bens ou valores outros de maior relevância e prioridade. Neste rumo da excepcional ação estatal restringidora, é pacífico o entendimento, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e também da doutrina, de que nenhum direito fundamental que a CF atribui a um indivíduo é absolutamente inafastável, podendo tal garantia ser mitigada em razão do interesse público ou social, conforme se aduzirá em **4.4.1.1.2.b**. Tal ação de exceção pode, por vezes, dependendo da peculiaridade mais sensível do caso, requerer a expressa e específica autorização de parte do Poder Judiciaário, bem como pode também, em outros contornos, se dar por mera ação administrativa desde já calcada na base principiológica autorizadora e dispensando o expresso provimento judicial. Assim, sendo o autor servidor, o seu regime diferenciado de submissão estatutária pode utorizar que a Administração relativize suas liberdades individuais em razão da supremacia do interesse público e da manutenção da ordem administrativa interna.

> *STF, Mandado de Segurança nº 23.452, Voto: "Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas, individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição."*
> *Idem: STF, Mandado de Segurança nº 24.369; e Justiça Federal de 1ª Instância, Ação Cautelar nº 2001.5101003489-6*
>
> *"É que os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias." Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, "As Nulidades no Processo Penal", pg. 145, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2006*
>
> *"Não se toleram proibições que atinjam liberdades fundamentais, como a liberdade de expressão do pensamento, de ir e vir, de associação, enfim, aquelas liberdades básicas dos indivíduos, que resultam, ademais, consagradas na Constituição, sem que haja (para a respectiva limitação) fundada e razoável justificativa." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pgs. 301 e 302, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

"O conceito de desonestidade, no terreno jurídico, é mais restrito que o peculiar do universo moral. Neste, a desonestidade pode englobar falhas de caráter ou distorções morais bastante polêmicas, como aquelas relativas a deveres de fidelidade matrimonial ou nos relacionamentos de amizade e de amor, sem falar nas questões puramente patrimoniais, como dívidas e preferências por jogos de azar. Na honestidade profissional, ao contrário, homens com vícios morais podem encaixar-se tranquilamente, desde que observem as regras de bom exercício de suas atividades funcionais. É dizer: o sujeito que é mau marido, ou péssimo amigo nas relações pessoais, mau pai, mau filho, jogador, com qualquer tipo de orientação sexual, poderá cumprir com todas as suas obrigações profissionais, satisfazendo os pressupostos da honestidade funcional, embora, no serviço, tal pessoa possa ser apontada como desleal, carreirista ou mau caráter, e na vida pessoal ser considerada, no mínimo, desregrada ou fora dos padrões tidos como normais. Enfim, cabe reconhecer que há características que, mesmo no interior da vida profissional, na empresa ou no órgão público, são pejorativas e denunciam falhas morais na pessoa, quando não indicam traços subjetivos infensos à normalidade social predominante. Todavia, tais fatores podem não ingressar na órbita mais estreita da honestidade profissional. (...)

É certo, no entanto, que não se pode esquecer que os agentes públicos estão submetidos a um regime jurídico de direito público, mais severo e rigoroso que outros. Trata-se de um regime estatutário, em que, naturalmente, a vida privada desses funcionários se reduz consideravelmente, em medidas variáveis. Daí que haja um desaparecimento da vida privada dos agentes públicos, todavia, vai uma longa distância, até mesmo porque isso é inviável. Por tal razão, a improbidade não se identifica com a mera imoralidade, mas requer, isto sim, uma imoralidade qualificada pelo direito administrativo. (...)

Os agentes públicos gozam de direitos fundamentais, entre os quais está, é óbvio, o direito à intimidade, à privacidade, ao desenvolvimento livre de seus privados estilos de vida e personalidades. Em todo caso, os agentes públicos têm, sem lugar a dúvidas, espaços privados nos quais podem praticar atos imorais, desde que esses atos não transcendam os estreitos limites da ética privada, não afetem bens jurídicos de terceiros. Os direitos humanos, fundamentais, do homem e do cidadão, protegem o indivíduo contra atuações abusivas, ilícitas, desnecessárias, do Estado." Fábio Medina Osório, "Teoria da Improbidade Administrativa", pgs. 150 e 87, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2007

"Se um analista de finanças e controle, por exemplo, é renhido defensor dos interesses do erário e da Administração Pública, sempre no eficiente desempenho funcional de controle interno de legalidade sobre os atos de despesa executados pelas autoridades administrativas fiscalizadas, portando-se de forma exemplar na atuação como funcionário estatal, não se pode falar de responsabilidade administrativa e invadir a seara da intimidade e da vida privada do agente, ainda que seja mau marido, adúltero, péssimo pai, que não concede amor e carinho aos seus filhos; ou seja motorista imprudente; tenha, dentro de seu domicílio ou em locais reservados, práticas sexuais escandalosas, não ortodoxas ou bizarras, denunciadas à Administração por ex-esposas ou ex-namoradas; não seja comedido no falar, ou se revele imoderado nos gestos, no âmbito dos dias de lazer e em caráter particular, com a família e conhecidos; se for mau síndico; se não indeniza os danos causados a veículos de terceiros, apesar de reconhecer sua culpa; se é briguento ou vizinho incômodo; se coleciona revistas ou materiais impróprios para a moralidade convencional. (...)

Mas para os desvios de conduta consumados nas hipóteses aventadas supra, em que os desregramentos ou atos não recomendáveis se restringem à esfera da vida privada, ou mesmo da indevassável intimidade, garantidas pela

> *Constituição, sem que exista repercussão negativa sobre o desempenho funcional, ou sobre a honra e credibilidade que deve atrair da sociedade aquele que se apresenta como integrante da Administração Pública, não há como se divisar a possibilidade de responsabilidade administrativa.*
> *A vida íntima do servidor, seus momentos de privacidade ou de contato social, ainda que não lhe confiram o título de cidadão-modelo, não podem ser devassados para fins de punição disciplinar, desde que inexista repercussão sobre a função pública.*
> *As sanções cabíveis para os supracitados atos censuráveis serão de ordem cível, moral, multas de trânsito, multas de condomínio, perda sentimental com o distanciamento do convívio com os filhos de que não cuidou, ruptura matrimonial por relacionamentos extraconjugais contínuos, dentre outras consequências sociais adversas, como repulsa da vizinhança, ser objeto de comentários jocosos por parte dos conhecidos, etc. Mas não haverá ensejo a que se fale de demissão por condutas inteiramente alheias à função pública, as quais também não projetam efeitos diretos negativos sobre o exercício funcional ou a qualidade de funcionário. (...)*
> *É a ofensa à moralidade profissional, a indignidade estritamente associada às atribuições funcionais, que deve ser considerada para ensejar juízo reprobatório implicante de responsabilidade administrativa, não a violação de comportamento referente à qualidade de pai, tutor, marido, condômino, no que tange à vida íntima, privada, às relações sociais reservadas do funcionário. (...)*
> *Se um auditor fazendário (depois de ser lesado por um comerciante de automóveis, que lhe vendou veículo com vícios de qualidade ou com engano ou vultosa desvantagem financeira) é acusado de emitir um cheque sem suficiente provisão de fundos, acusado de crime de estelionato, o que seria objeto de discussão entre as partes em face do confronto patrimonial entabulado, há nessa rixa, de caráter estritamente privado, atentado contra a qualidade funcional, quebra da confiança do Estado na pessoa do agente público? Na verdade, o que sucedeu foi um conflito de natureza particular, alheio à função pública." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pgs. 131, 132, 139 e 133, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

É indispensável aqui relembrar o que se mencionou em **3.1**, acerca do fato de que a maciça adoção do programa de gestão na modalidade de teletrabalho, exposto em **2.2.1.4**, somada à inevitável utilização de recursos tecnológicos que permitem a prática de atos administrativos, de atos processuais e de atos de comunicação (como todo tipo de reunião, por exemplo) em ambiente virtual, restou ainda mais tênue a fronteira ente vidas privada e funcional. Com um imenso percentual de servidores desempenhando suas atribuições funcionais em casa e com advento de ferramentas tecnológicas simplificadoras de rotinas de trabalho - tendo ambos fatos alterado o contexto laboral em impressionante velocidade -, mitigaram-se em muito as noções tradicionais de repartição e de jornada de trabalho. Estes limites físicos de espaço e de tempo migraram para o ambiente residencial dos servidores, tornando ainda mais difícil estabelecer a separação da vida privada em face da vida funcional, inclusive porque a Administração perdeu parte de seu controle outrora exercido sobre os atos cometidos em suas dependências, sob vigilâncias de chefias e de colegas e mediante uso exclusivo de seus equipamentos institucionais.

Cabe então discutir um exemplo contemporâneo gerador de controvérsias, em decorrência do rápido avanço de recursos tecnológicos, sobretudo de comunicação virtual. O emprego de redes e mídias sociais privadas é disponível ao servidor tanto quanto a qualquer agente privado. Neste ambiente virtual, pode ocorrer de o servidor manifestar-se de forma crítica ao seu órgão ou à sua entidade ou a outras instituições públicas ou a seus administradores ou a simples colegas e surge o debate da incidência ou não do regime disciplinar, em razão de possível ato de deslealdade à instituição a que serve ou à

Administração Pública como um todo ou de possíveis atos de tratamento desurbano ou de manifestação de desapreço em face dos agentes criticados.

Neste contexto, de imediato, se restringe o foco de apreciação à possibilidade de deslealdade institucional e de desurbanidade ou de desapreço a pessoas, já que, estatutariamente, não se compreende deslealdade a pessoas e desurbanidade e desapreço institucionais.

Fincados estes limites, se o servidor, em suas redes e mídias socias privadas, mesmo tendo se identificado por seu cargo e lotação, tão somente manifesta uma opinião crítica, ainda que injustamente ou desamparada de provas acerca do que alega, *a priori* se tem neste quadro o exercício dos direitos e das garantias fundamentais individuais de molde constitucional das liberdades de manifestação do pensamento e de expressão. Como regra geral - arriscada, claro, de ser aqui traçada, com sucintas palavras simplificadoras de uma miríade de condutas possíveis de serem praticadas no mundo real -, se o servidor nada expuser de dados estratégicos ou sigilosos do órgão ou da entidade ou do múnus público e se não utilizar atribuições de seu cargo para facilitar a obtenção ou para enriquecer a qualidade das informações divulgadas no ambiente virtual privado, é plausível cogitar de mero ato de vida privada escorado naqueles direitos e garantias fundamentais individuais estampados nos incisos IV e IX do art. 5º da CF e eventuais abusos ou exageros de manifestação devem ser reequilibrados com o manejo de outras instâncias, como da leitura ética à luz de código de conduta e sem prejuízo de aventual ação civil reparadora, caso cabível.

Perceba-se que não se defende aqui a inação ou a aceitação ou a total tolerância de parte da Administração. Ao contrário, remete-se a apreciação deste tipo de conduta, criticável, à esfera administrativa competente e mais vocacionada para deslizes comportamentais de tal natureza, que é a instância ética.

No outro oposto, se o servidor se valer de acessos reservados ou prerrogativas específicas de seu cargo ou se expuser informações estratégicas ou sigilosas nas postagens em ambiente virtual privado, a título de exemplos, incorre em ilicitude - não tanto pelo ato em si de se manifestar, mas sim em razão da quebra do dever de guardar sigilo ou da infringência da proibição de usar o cargo para interesses pessoais -, passando a conduta a deixar de ser de órbita exclusivamente privada merecedor de censura ética para ter liame com o cargo e, portanto, alcançável pelo art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990. Pode-se também incluir aqui, como postagens privadas excepcional e eventualmente passíveis de carrear a repercussão disciplinar, sobretudo quando o servidor se identifica como tal, aquelas eivadas de intenção deletéria de fazer confundir suas opiniões pessoais antagônicas com os posicionamentos institucionais em tela socialmente relevante ou ainda aquelas contaminadas por elevado grau de ofensa, afronta e desrespeito a ponto de repercutirem negativamente no ambiente interno de trabalho ou de macularem de forma impactante a credibilidade institucional ou a reputação ou a imagem de colegas ou de gestores acarretando efetivo prejuízo ao interesse público.

A ressalva acima exposta, a favor de um patamar de condutas ainda merecedor de reprimenda apenas ética ou no máximo de busca pessoal de reparação civil, sem repercussão disciplinar, de que tais postagens se deeem no âmbito do emprego de redes e mídias sociais privadas é fundamental, pois o resultado na análise seria oposto se as mensagens injustificadamente críticas se dessem no ambiente virtual institucional.

Assim, à vista das duas condicionantes acima elencadas, é de ser compreendido que a extensão do regime disciplinar à esfera da vida particular não como regra mas sim como exceção. A responsabilização disciplinar por ato cometido fora do exercício do cargo é legal, porém residual e excepcional.

3.2.3.1.4 - O Enfoque Delimitado com que Deve Ser Entendida a Exigida Moralidade Administrativa

E de outra forma não se poderia sedimentar o entendimento do tema, visto que é cediço o limite de separação entre a matéria ético-moral (e aqui desde logo se manifestam a desnecessidade, o desinteresse e mesmo a incapacidade em aprofundar o debate em bases filosóficas de diferenciação entre ética e moral), de que comumente se pode permear a vida pública, e a matéria jurídica, que informa o regime disciplinar.

Qualquer aplicador do regime disciplinar encartado na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, de imediato percebe que as excepcionais e residuais críticas sob ótica funcional que possam se impor sobre atos de vida privada, muito comumente, tangenciam a discussão acerca da moralidade ou não de tais condutas sob análise. Isto de fato ressurge como enfoque *a priori* para a matéria porque, a reboque do já mencionado dispositivo delimitador do art. 148 daquela Lei, o mesmo diploma legal impõe aos servidores vinculados o dever funcional, *litteris*, de "*manter conduta compatível com a moralidade administrativa*", no inciso IX do seu art. 116. Sem que aqui se afaste a possibilidade de se ter outro enquadramento para atos de vida privada alcançáveis pelo regime disciplinar, sem dúvida, o que se demonstra mais factível é aquele que encarta a crítica a uma conduta tida como imoral por parte do servidor, a que a doutrina especializada chama de "infrações morais", ao mesmo tempo em que adverte quanto à cautela que se deve ter sobre o tema.

> *"Desde logo, cabe aduzir que existem limites materiais de tipificação dos comportamentos, construindo-se os tipos na base dos valores e princípios constitucionais, das liberdades públicas e dos direitos fundamentais da pessoa humana. É na exemplificação dos processos tipificatórios que pretendo abordar o problema das chamadas 'infrações morais', categorias tão presentes em ordenamentos jurídico-administrativos, estatutos disciplinares e legislação extravagante. É um tema atual, portanto. Mais ainda, é um tema relevante, porque envolve a produção de um raciocínio jurídico lastreado na defesa de direitos fundamentais, que não podem ser afetados indevidamente pela pretensão punitiva do Estado, ainda que esta venha veiculada em esferas de relações de especial sujeição entre o Poder Público e o infrator. (...)*
> *No Direito Penal é antiga a discussão a respeito da criminalização das chamadas 'infrações morais', e esses crimes têm merecido repúdio das legislações e doutrinas mais modernas. (...)*
> *Se para o Direito Penal essas considerações parecem pertinentes, creio que também ao Direito Administrativo, em sua medida, se revelam adequadas as mesmas cautelas. O Direito Administrativo não pode qualificar de ilícita uma conduta tão somente porque se revele eventualmente atentatória ao juízo de moralidade comum, porque tal perspectiva abriria um vasto campo de insegurança jurídica, desmoronando o pilar de legalidade que sustenta o Estado de Direito. Não creio que isso seja possível. (...)*
> *Nesse contexto, sabe-se que a moralidade protegida pelo Direito insere-se no campo da Ética pública, diferenciando-se da 'Ética privada'. (...). O Direito é o campo por excelência da Ética pública. Por tal motivo, as normas jurídicas não devem adentrar o campo privado dos comportamentos imorais, eis um outro pilar da autonomia destas instâncias de controle. Preceitos morais, no entanto, tratando de condutas privadas de pessoas, incorporados ao Direito numa perspectiva de Ética pública, não constituem uma raridade jurídica. Pelo contrário, no setor público são comuns as iniciativas de normatização de comportamentos imorais situáveis ordinariamente na esfera privada dos indivíduos.*
> *(...) parece importante insistir na idéia de que a moralidade pública exige pautas bem mais objetivadas de condutas, não podendo ingressar na esfera mais subjetiva da autonomia volitiva inerente ao campo da moralidade crítica. Insisto que o problema não reside tanto na tentativa de apartar,*

definitivamente, Direito e Moral, até porque ninguém duvida de que seja saudável a aproximação correta dos dois fenômenos. Ninguém advogaria pela existência de normas jurídicas 'imorais' ou mesmo 'amorais', dada a natureza ética do fenômeno jurídico. O que ocorre é a notória dificuldade na identificação de limites da moralidade, que não podem ser invadidos pelo Direito, eis o ponto crucial da polêmica relação entre Direito e Moral. No campo sancionatório, essa separação (dos limites ou fronteiras) resulta fundamental para a proteção das liberdades individuais e dos direitos fundamentais da pessoa humana, visto que uma infração pode, em tese, utilizar elementos tão indeterminados e genéricos que, na prática, eventualmente suscitam dúvidas e incertezas, cabendo ao intérprete (operadores jurídicos) a tarefa de delimitar claramente o âmbito de incidência da norma.

(...) A moralidade do ato administrativo resta atrelada a uma moral da instituição, o que a diferencia da moralidade comum. Parece pouco dizer isso, lugar-comum na doutrina? É verdade que não se trata de uma advertência nova, até porque remonta ao início do século XX, com Maurice Hauriou, mas não deixa de ser importante, porque nos remete à idéia correta de que a tutela jurídica da moral, nas mais variadas dimensões, não equivale a absorver essa mesma moralidade pelo Direito, menos ainda esgotá-la. O universo jurídico tem a prerrogativa de selecionar temas ou problemas morais, emprestando seu próprio enfoque, seu olhar concentrado e especializante. E pode valer-se da terminologia 'moralidade' para designar espaços jurídicos funcionalmente abertos ao controle ético, mais maleáveis e adaptáveis aos casos de transgressões, cujo alcance se ambiciona. A moralidade institucional, nessa perspectiva, é uma moral fechada, com um conteúdo bastante específico, podendo revestir-se de juridicidade específica do Direito Administrativo. É extremamente complicado estabelecer um parâmetro adequado ou universal ao juízo de moralidade comum, donde incabível confundir, de forma direta, moral comum e moral administrativa ou pública, em que pese a possibilidade de convergência em muitos casos. É induvidoso que as instâncias se relacionam, tanto que encontram valores convergentes para efeito de proteção, daí porque muitos ilícitos jurídicos configuram graves atentados às normas morais vigentes. As relações entre moralidade aberta, fechada, institucional, administrativa e outras categorias jurídicas não escapam às zonas de penumbra, mas, nem por isso deixam de adentrar numerosos campos de inequívoca significação. Essa pode ser considerada a visão padrão de um pensamento dominante no cenário nacional.

Em realidade, necessário efetuar distinção entre Moral e Direito no mínimo a partir da interioridade e exterioridade, deixando-se um âmbito próprio à personalidade do indivíduo, que fica livre da ingerência do Estado. Pelo menos a consciência individual ficaria completamente fora do poder do Estado, aí residindo uma importância fundamental de separar Direito e Moral.

Ademais, outorgar ao princípio jurídico da moralidade administrativa ou aos tipos sancionadores de condutas eticamente reprováveis um sentido tão amplo a ponto de abarcar todo e qualquer ato imoral dos agentes públicos, com a devida vênia de entendimento diverso, equivaleria a liquidar com o Estado Democrático de Direito e seu pilar de legalidade. Se o administrador ou agente público somente pode agir fundado em lei, a mera inobservância de um preceito moral não poderia acarretar-lhe sanções. Anote-se, nesse terreno movediço, que o próprio administrado ficaria exposto a ações administrativas amparadas na moralidade e não na juridicidade, se acaso resultasse admitida a confusão progressiva entre as instâncias. (...)

Claro que não se quer o divórcio absoluto de Direito e Moral, como se apenas o que não é moral pudesse ser juridicizado. Seria uma perspectiva absurda de análise. O que se quer, e nisso se deve insistir, é a garantia de que o foro íntimo do indivíduo não seja punido, compreendendo-se esse foro íntimo a partir de seus desdobramentos em diversos estilos de vida." Fábio Medina Osório,

"Direito Administrativo Sancionador", pgs. 288 a 297, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005

Neste enfoque, é de se buscar a correta interpretação não só da literalidade específica do inciso IX do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, mas, sobretudo, de como a Lei, sistematicamente, neste tema, considera o termo "moralidade". A simples leitura do dispositivo legal demonstra que a vontade da Lei não é de abarcar no regime disciplinar do servidor qualquer ato que afronte o sentido mais amplo de moral. A Lei foi expressa em punir a conduta incompatível com a moralidade administrativa, em espécie, e não a moral social como um todo.

E andou bem o legislador ordinário neste ponto, ao inserir no regime disciplinar um reflexo imediato do princípio da moralidade, encartado no art. 37 da Constituição Federal (CF), uma vez que o legislador constituinte, em boa hora compreendeu que, embora haja distinção entre valores ético-morais e ciência jurídica, é pacífico que os preceitos éticos sempre permearam, como repercussão das vontades sociais, os institutos do Direito e a positivação das normas. À vista da harmônica convivência autônoma dos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade, é certo que a atividade pública tem sua validade simultânea e cumulativamente subordinada ao Direito e à moral, vez que não se confundem licitude e honestidade, conforme melhor se exporá em **3.3.1.7**. Mas aqui não se cuida da moral comum, imposta ao homem em sua vida privada, mas sim da moral jurídica, imposta ao agente público em seu múnus oficial. Daí porque a Lei refletiu o princípio constitucional da moralidade em dever funcional de manter conduta compatível com a moralidade administrativa.

A cautela se faz por demais necessária, primeiramente porque, em um extremo, não se poderia cogitar de repercussão disciplinar à vista de preceitos éticos, religiosos, sociais, culturais, políticos, geográficos ou temporais (enfim, de conceitos fortemente subjetivos e mutáveis) e de intromissão da Administração nas parcelas constitucionalmente protegidas de intimidade, de privacidade e de liberdade de pensar, de se manifestar e de se associar, dentre outros, de cada um. E, por outro extremo, tem-se certo que, na instância jurídica, os atos funcionais eivados de dolo e de má-fé e objeto de maior grau de repulsa e ofensividade, tais como aqueles geradores de enriquecimento ilícito, de dano ao erário ou de afronta a princípios reitores da Administração, podem importar nas mais gravosas repercussões cíveis, inclusive disciplinar (e provavelmente também penais), se configurarem improbidade administrativa. A improbidade administrativa é considerada uma imoralidade administrativa qualificada, ou seja, uma espécie qualificada da conduta incompatível com a moralidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa), conforme a linha doutrinária.

"Não há, em realidade, homens perfeitos que escapem, ao longo da vida, de toda e qualquer ilegalidade. Não há pessoa que, ao longo da vida, fique absolutamente imune ao cometimento de toda e qualquer espécie de infração, e aqui não me refiro, por óbvio, a uma infração necessariamente penal ou a um ato de improbidade administrativa, porque destes se pode e deve normalmente escapar. Falo de infrações em sentido amplo, infrações morais e até mesmo jurídicas, como o desrespeito a um semáforo de trânsito ou outras regras de convívio social. Seria hipocrisia dizer que todas as regras, em todos os momentos, são, invariavelmente, respeitadas. Não há quem nunca tenha ultrapassado, por mínimo que seja, o limite legal de velocidade ou atravessado, no caso de pedestre, uma via pública fora da faixa de segurança. Difícil quem nunca tenha se excedido em alguma atitude ou se omitido de alguma providência que se lhe era exigível. Raras as pessoas que passam pela vida sem vestígios mínimos de alguma ilicitude ou infração a regras morais, admitindo-se, nesse caso, a existência de núcleos de moralidade inquestionáveis.
O que se deve frisar, e isto me parece importante lembrar, até para que se

compreendam essas observações a respeito da possibilidade de homens médios cometerem determinadas infrações, é que realmente é exigível dos homens que se comportem em conformidade com o Direito e as leis, mas o Direito deve fornecer respostas proporcionais e adequadas às atitudes ilícitas dos homens. Não cabe ao Direito Penal sancionar todo e qualquer comportamento ilícito, como descabe ao Direito Administrativo proceder da mesma forma em relação a determinados comportamentos, ainda que ilícitos e imorais. (...)

Deve existir, entre o descumprimento do preceito 'moral' e a função pública que se busca preservar, uma dependência necessária. Há hipóteses em que a vida privada de um sujeito pode, irremediavelmente, comprometer a dignidade de suas funções, mas esse juízo valorativo não será tão elástico quanto o é um simples juízo de moralidade. Será necessário avaliar se, em um dado contexto, o comportamento que se busca censurar realmente abala a noção média que se tem a respeito da dignidade das funções públicas ou do cargo ocupado pelo agente. Será indispensável avaliar a real gravidade e nocividade do comportamento privado aos valores defendidos pela Instituição a que pertence o agente público. Imperiosa será a análise dos reflexos negativos, reais e potenciais, do aludido comportamento na sociedade e no campo institucional.

Não se cogita, portanto, de uma equiparação dos juízos de moralidade comum e moralidade administrativa ou pública, e tampouco se sustenta eventual alegação de que as pessoas detentoras de cargos públicos importantes não poderiam ter suas vidas privadas, ter suas pequenas distorções humanas.

Nem se diga, nesse passo, que bastaria uma norma jurídica genérica dizendo que 'é obrigatório respeitar a moral e os bons costumes', pois semelhante norma tampouco aniquilaria com a distinção entre os círculos jurídico e moral. Moralidade jurídica já é, por definição, conceito que escapa aos contornos da moralidade comum. Assim sendo, moral administrativa não se confunde com moral comum. Infrações que sancionam comportamentos imorais, no Direito Administrativo Sancionador, devem ser interpretadas restritivamente, com vinculação inarredável aos limites dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pgs. 318 a 320, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005

3.2.3.1.5 - As Independentes Repercussões de Diversas Naturezas e em Outras Instâncias Judiciais e a Diferenciação para Determinados Ofícios e Carreiras com Estatutos Próprios

Em suma, deve-se ter sempre à vista a perfeita harmonização que informa tanto a fenomenologia social quanto o ordenamento jurídico. De um extremo, determinados atos cometidos pelo servidor em sua vida privada, aquém dos controles jurídicos e do Direito, podem sofrer críticas de natureza social, moral e ética. No extremo oposto, outros atos de foro particular do servidor, que, no limite do emprego de fontes doutrinárias, jurisprudenciais e principiológicas, parecem ultrapassar o alcance da persecução disciplinar e do *jus puniendi* da Administração, se, em gênero, se revelam antijurídicos, merecerão a devida apreciação e, se for o caso, a reprimenda por parte do Poder Judiciário, por meio de ações penal ou civil - resultando em imposição de pena, se o fato configura um crime comum, ou em determinação de reparar danos morais ou patrimoniais que tenham decorrido de atitude com abuso de direito por parte do autor, sobretudo quando ofendam o círculo de direitos de terceiros.

No salutar jogo de equilíbrio dinâmico dos direitos em que se funda um regime democrático, no mesmo texto constitucional em que se consagra proteção à vida privada, à intimidade e à liberdade de expressão, apenas para citar alguns exemplos, também se assegura a livre provocação do Poder Judiciário em favor de terceiro que porventura se considere prejudicado em decorrência de abuso de algum daqueles direitos, novamente com amparo doutrinário.

"Não há ensejo, porém, para elastecer o alcance das punições disciplinares

> *para fatos da vida privada ou da intimidade, que devem ter seu âmbito próprio de repressão, com consequências cíveis, comerciais, familiares, sociais, desaprovação moral contra o servidor, todavia sem repercussão na via administrativa. (...)*
> *Há processos cíveis de indenização de danos morais e materiais, juízos de família, mesmo processos criminais, afora a censura social, de conteúdo moral, contra a atitude reprovável da vida privada, todavia não se deve trazer para a via administrativa comportamento alheio inteiramente às funções oficiais e que não revele direto comprometimento da dignidade do cargo." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pg. 139, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*
> *"É certo que determinadas condutas ilícitas, praticadas por agentes públicos em suas vidas privadas, não têm por que integrar necessariamente o núcleo da falta de probidade administrativa. A proporcionalidade exige que se analisem as condutas sob perspectivas distintas, valoradas gradualmente a partir da idéia de que existem múltiplos mecanismos institucionais de reação contra os atos ilícitos." Fábio Medina Osório, "Teoria da Improbidade Administrativa", pg. 87, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2007*

Em sentido favorável ao entendimento de que, sobretudo no regime disciplinar estabelecido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a repercussão disciplinar sobre atos de vida privada é residual e excepcional, verifica-se que os exemplos fartamente citados pelos doutrinadores que defendem tal extensão, sobretudo por aqueles que mais se aprofundaram no tema, e que também integram o rol de situações levadas ao Poder Judiciário e propiciadora de manifestações jurisprudenciais mencionam situações atípicas e bastante peculiares e que, na verdade, não são de imediata aplicabilidade, por analogia, a um integrante da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), vinculado às regras do mencionado Estatuto.

De um lado, parte destas referências menciona práticas cometidas em ofício privado (compatível com o cargo) que denotam incapacidade, incompetência ou imperícia técnica na mesma atividade desempenhada na seara pública e que afrontam a legislação específica dos respectivos órgãos reguladores, fiscalizadores ou autorizadores para o exercício daquele ofício (como Conselhos federais ou regionais de profissões regulamentadas e que requeiram capacitação superior específica e cujo exercício requeira regularidade de registro profissional), a ponto de merecer a cassação de registro, como, por exemplo, casos de profissionais de saúde que cometeram grosseiros erros médicos em hospitais particulares ou de engenheiros e arquitetos que assinaram projetos de construções que vieram a desabar.

> *"Na atividade de consultoria jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, já foram verificados casos de médico, servidor público distrital, que praticara tantos erros profissionais na atividade privada, que até sua inscrição e registro foram cassados pelo Conselho Federal de Medicina - CFM, o que lhe retirou a possibilidade de exercer a profissão, inclusive na atividade pública, quadro ilustrativo de os reflexos da conduta privada do funcionário se projetarem no campo administrativo, haja vista que desmoralizaria a Administração que seus agentes públicos, seus cirurgiões, fossem conhecidos como pessoas profissionalmente inidôneas, a ponto de terem sua inscrição cassada pelo Conselho Autárquico de Fiscalização Profissional competente.*
> *Como admitir que o engenheiro, titular desse cargo no serviço público, pudesse desempenhar suas atribuições se o Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia já lhe cassara o registro, por causa de gravíssimos erros profissionais cometidos na atividade privada, a ponto de causar o desabamento de viadutos, pontes, prédios residenciais e comerciais? Poderia uma pessoa assim desqualificada ser julgada digna de continuar vinculada ao Estado?*
> *Donde ficaria o prestígio do serviço público nesses casos? Quem são os*

> *integrantes dos postos da Administração: médicos cassados pelo CFM, por terem cometido faltas éticas constituídas de erros cirúrgicos repetidos e gravíssimos, causadores de mortes e sequelas definitivas em diversos pacientes operados quando do exercício privado da profissão? Enfermeiros acusados de cometer abuso sexual contra pacientes em hospitais particulares? Arquitetos e engenheiros que, na função privada, deram causa a desabamentos de prédios residenciais e comerciais devido a erros grosseiros nos projetos e nos cálculos por eles elaborados? Poderiam eles, normalmente, participar dos trabalhos e planos preliminares da construção de hospitais, museus, obras públicas, no exercício da função administrativa?*
> *São casos de típico reflexo, na esfera administrativa, de atos consumados no ofício privado, que desmerecem o servidor público e o afetam nessa qualidade, projetando-se negativamente sobre a função administrativa pública e suas atribuições." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pg. 129, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

De outro lado, parte daquelas referências menciona categorias de agentes públicos que, em função das tutelas públicas que exercem, são disciplinados por estatutos específicos que exigem, de forma expressa (e diferentemente da Lei nº 8.112, de 11/12/90), rigorosa conduta em vida privada, com maior emprego das chamadas infrações morais, como é o caso de agentes policiais federais, civis ou militares, integrantes das Forças Armadas e membros da magistratura e do Ministério Público.

Cite-se, a título de específico exemplo, previsão legal de irregularidade disciplinar, ratificada pela jurisprudência e pela doutrina, própria do comportamento privado e social do servidor, no Estatuto da Atividade Policial Federal (Lei nº 4.878, de 3 de dezembro de 1965) onde a inadimplência habitual de dívida legítima ou a manutenção de relações de amizade, com pessoas de desabonadores antecedentes criminais, constitui transgressão disciplinar.

> *STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 17.354: "Ementa: (...) 3. A prática de ato libidinoso em local público não se compatibiliza com a honra e o decoro militar, ainda que o servidor não se encontre em serviço, razão por que não existe direito líquido e certo a ser amparado, em decorrência do licenciamento do impetrante, considerando, ainda, que o processo administrativo observou os princípios da ampla defesa e do contraditório."*

> *TRF da 1ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 1998.43.00.25150-5: "Ementa: (...) 3. Não se afigura razoável o preenchimento de cargo de Delegado de Polícia Federal por pessoa que, no passado, foi presa em flagrante delito por posse de cocaína, processada e condenada por tráfico de entorpecentes; foi demitida, a bem do serviço público, por auferir vantagens e proveitos pessoais em razão das atribuições que exercia; entregou-se à prática de vícios e atos atentatórios aos bons costumes; mantinha relações de amizade com pessoas de notórios e desabonadores antecedentes, inclusive com criminosos envolvidos com tráfico de drogas, roubo e furto de veículos; abandonava o serviço para o qual estava escalado; frequentava lugares incompatíveis com o decoro da função policial; exercia atividades profissionais estranhas ao cargo; e que envolvia-se em transações de armas de calibre proibido, inclusive metralhadoras de origem estrangeira. 4. Confrontando os atos praticados pelo apelante com a norma que estabelece as hipóteses que afastam a presunção de idoneidade moral dos candidatos a cargos da carreira da Polícia Federal, conclui-se que o Conselho de Ensino da Academia Nacional de Polícia agiu dentro da legalidade ao enquadrar o apelante no item 2, alíneas "b", "f" e "h", bem como item 3 da Instrução Normativa n. 03/1997 do Departamento de Polícia Federal. 5. A Polícia Federal não pode correr o risco que admitir em seus quadros policial com passado tão sombrio, sob pena de por em risco a integridade da sociedade para a qual presta seus serviços,*

notadamente quando se trata do cargo de Delegado de Polícia. 6. Apesar de não garantir uma conduta profissional irreparável, a investigação da vida pregressa dos candidatos a cargos policiais é um fator de inegável importância no processo seletivo, onde, de plano, a administração deve afastar aqueles cuja falta de idoneidade moral fique desde logo demonstrada pela existência de atos praticados com violação à ordem jurídica posta."

"Não se pode admitir, portanto, que um policial civil seja conhecido explorador de prostituição infantil, agiota, estelionatário condenado, integrante de quadrilhas, autor de extorsão ou tráfico de drogas, ainda que consume essas condutas reprovadas e criminosas fora do desempenho do cargo, pois, mesmo assim, se evidencia uma incompatibilidade moral da parte da pessoa física para figurar como um componente da Administração Pública e das carreiras efetivas do funcionalismo estatal, sobretudo como combatente da criminalidade, como se supõe ser um policial. (...)
Outra será a consideração [de repercussão disciplinar por ato de vida privada] se existe prejuízo direto à função, como no caso do policial que recebe ajuda de custo de pessoa envolvida em crimes, ou que é diretor-presidente de escola de samba comprovadamente envolvida com o crime organizado ou o jogo do bicho, porquanto a atividade privada causa dano à condição de idoneidade para o exercício da função policial. (...)
Por exemplo, poderá ser enquadrada como prevalecimento abusivo da condição de policial civil (inciso XLVIII do art. 43 da Lei federal n. 4.878/1965), falta apenada com demissão, a eventual conduta cometida por servidor que, em dia de folga, munido da pistola que lhe é acautelada em razão do cargo público, após ingestão de bebida alcoólica em bar, cometa crime de homicídio contra particular indefeso e inocente, pois o agente público, na hipótese, terá se valido do treinamento, que lhe é ministrado em virtude da função policial, e do porte de arma que a profissão lhe faculta para, em momento de folga, atentar, sem justa causa, contra a vida da vítima." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pgs. 127, 132 e 134, Editora Fortium, 2008, 1ª edição

"(...) é possível restringir, por exemplo, inclusive a liberdade de expressão de determinadas categorias, dentre as quais, notadamente e de forma mais intensa, os militares, dado o inarredável sistema hierárquico imperante neste terreno, que se fundamenta nas relações de subordinação estrita.(...)
Dos tipos sancionadores de condutas 'imorais' dos membros do Ministério Público, Magistratura, Advocacia, altos cargos da Nação, Estados e Municípios. Outra grande categoria de agentes públicos expostos a relações de especial sujeição, em maior ou menor intensidade, com o Estado, é integrada por uma rica variedade de classes funcionais, incluindo as chamadas carreiras jurídicas, os agentes políticos, até alcançar os altos cargos da Nação. (...)
Em tais situações, existe uma tendência normativa a alcançar condutas morais desses agentes públicos, tipificando-as no plano jurídico, ou no plano ético-normativo, através de ilícitos de distintas naturezas, desde o campo disciplinar, passando até mesmo pelos crimes de responsabilidade, além dos crimes comuns e tipos sancionadores da improbidade administrativa. (...)
Em todo caso, na tipificação das infrações morais, o legislador classifica, não raro, hipóteses em que o ato ilícito ocorre sem que haja ofensa direta a normas legais específicas, bastando que ocorra, por exemplo, procedimento incompatível com a honra, a dignidade e o decoro do cargo, elementos normativos amplos contemplados em figura típica reputada válida e aplicável nesses segmentos funcionariais e políticos. (...)
Parece-me que algumas autoridades públicas realmente devem adotar certas cautelas na vida privada, como um ônus decorrente da importância das funções, mas não se podem alargar em demasia esses controles, sob pena de instaurar odiosa intromissão institucional na vida privada." Fábio Medina

Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pgs. 301, 308 a 312, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005

3.2.3.1.6 - Conclusão Teórica Acerca da Possibilidade de Extensão da Repercussão Disciplinar para Atos de Vida Privada

Após extensa pesquisa na base doutrinária e jurisprudencial, sopesada pela aplicação dos princípios reitores mais caros à instância disciplinar, logra-se uma razoável modelação teórica acerca do tema da possível repercussão disciplinar para atos cometidos pelo servidor em sua vida privada.

De imediato, de acordo com a estrita observância do princípio da legalidade, corolário direto do Estado Democrático de Direito, aplica-se o regime disciplinar para ato cometido em vida privada se o agente é integrante de carreira específica dotada de lei orgânica ou estatuto próprio que expressamente estabeleça repercussão disciplinar para condutas totalmente dissociadas do exercício do cargo, ainda que sob emprego de cláusulas em branco ou abertas, como, por exemplo, atos imorais ou de quebra de decoro ou de ilibada conduta pessoal.

Afastada esta hipótese de agentes públicos submetidos à normatização disciplinar específica, no caso de servidores integrantes de cargos ou carreiras regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, à vista da leitura da parte final do seu art. 148, até é possível se cogitar de excepcional responsabilização disciplinar para atos cometidos na vida privada, mas sob especiais condições.

Na primeira hipótese, sendo ocupantes de cargos públicos cujas atribuições legais se confundem com ofícios regulamentados que requerem habilitação específica e registro em Conselhos profissionais ou órgãos reguladores, autorizadores ou fiscalizadores, atos cometidos no exercício privado do mesmo ofício que denotem inabilitação, incapacidade ou incompatibilidade técnica podem repercutir funcionalmente na instância administrativa, conforme exemplos mencionados pela doutrina.

Na segunda hipótese, que se revela como a regra geral e que é a que ora interessa, dos servidores de cargos e carreiras de nível auxiliar (que requerem grau de escolaridade de ensino fundamental) ou intermediário (que requerem grau de escolaridade de ensino médio) ou superior de forma inespecífica (que requerem grau de escolaridade superior em qualquer área, sem exigir determinada habilitação profissional e registro competente), como é o caso da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), regida pela Lei nº 8.112, de 1990, e acessível a qualquer portador de diploma de ensino superior, a possibilidade de responsabilização disciplinar por ato cometido na vida privada é de ser vista de forma residual e excepcional, com base apenas no alcance previsto na parte final do seu art. 148.

Neste rumo, não se cogitando para os cargos de Auditor-Fiscal ou de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil (AFRFB ou ATRFB) de atividade particular de mesma natureza de seus múnus públicos cuja repercussão disciplinar decorra tão somente da imperícia, da incapacitação ou da inabilitação na sua prática (ao contrário, neste caso específico, a prática privada de atividades inerentes aos dois cargos públicos se revela desde sempre inafastavelmente incompatível, conforme se aduzirá em **4.7.3.18.7** e em **4.7.4.4.5**), para que um ato de vida privada repercuta disciplinarmente, faz-se necessário que exista ao mínimo uma relação indireta desta conduta com o exercício do cargo ou com suas atribuições legais, estando fora do alcance do regime disciplinar os atos exclusivamente de vida privada totalmente dissociados do cargo e também as condutas constitucionalmente protegidas sob o conceito de liberdades fundamentais da pessoa (tais como os direitos à preservação da sua privacidade e da sua intimidade, de livre manifestar seus pensamentos de forma escrita ou verbal e de livre associar-se, dentre outros).

Na análise que aqui interessa, além da necessária relação pelo menos indireta do ato de vida privada com o cargo ou com suas atribuições legais e de este não se inserir no conceito de garantias fundamentais da pessoa, sempre deve ser vista esta repercussão como algo residual e excepcional, pois mesmo os doutrinadores que defendem tal aplicação a restringem para atos graves, fortemente desabonadores da dignidade funcional, de que são exemplo a improbidade administrativa e casos em geral de forte conflito de interesses público e privado.

Não se confunda o esforço de retórica acima empregado - com o fim de reiterar o enfoque residual e excepcional como deve ser vista a possibilidade de responsabilização disciplinar para fatos cometidos na vida privada -, quando se mencionou a incursão em condutas graves como improbidade administrativa e conflito de interesses, como excludente de que condutas de menor grau de afronta e lesividade não poderiam ser excepcionalmente atingidas pela parte final do art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990. É possível que um ato de vida privada, ainda que não comporte gravidade e reprovabilidade a ponto de ser considerado como ímprobo (e, portanto, merecedor de pena expulsiva), sofrer incidência disciplinar. A possibilidade em tela não passa pela gravidade da conduta e tampouco pela consequente repercussão reprovadora em mídia e clamor social.

Em síntese, os atos de vida privada que, residualmente, podem merecer a excepcional aplicação do regime disciplinar são aquelas condutas que guardam algum grau de relação com as atribuições legais do cargo, não albergadas no conceito de liberdades fundamentais da pessoa, e que também, cumulativa e genericamente, afrontam o patrimônio moral ou a imagem da instituição e/ou da Administração Pública, cabendo nesta expressão os mais variados graus de gravidade e de reprovabilidade, de forma que o enquadramento e a consequente apenação restam dependentes das condicionantes de cada caso concreto. Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

> *Orientação Coger nº 30*
> *Para que um ato de vida privada seja alcançado pelo regime disciplinar, é necessário que guarde relação com as atribuições do cargo e que afronte o patrimônio moral ou a imagem da instituição ou da administração pública, independentemente do grau de gravidade e de reprovabilidade definidor do enquadramento adequado às condicionantes do caso concreto e da consequente apenação.*

Em leitura a *contrario sensu*, condutas de vida privada que até possam afrontar o patrimônio moral ou a imagem da instituição, mas em que não se vislumbra nem sequer um mínimo liame indireto com o cargo ocupado, não devem ser vistas com enfoque disciplinar, pois não possuem materialidade - sem prejuízo, obviamente, de se considerar afrontados preceitos de código interno de conduta e caracterizada transgressão de natureza apenas ética ou fiscal - ou até mesmo de instâncias judiciais, como civil ou penal.

A mero título figurativo de exemplos, se um servidor da RFB desfere em rede social privada uma crítica, ainda que infundada, ao seu ou a outro órgão ou a um de seus administradores ou a simples colegas; ou se presta uma declaração inexata (mas não de natureza patrimonial) com a intenção meramente de auferir um tratamento fiscal indevidamente vantajoso; ou reingressa no território nacional após viagem ao exterior portando mercadorias importadas em valor acima da quota permitida e não declara espontaneamente, todas estas condutas e muitas outras de que aqui se poderia cogitar não possuem, *a priori* e como regra geral, repercussão disciplinar, por se encaixarem como atos de vida privada, passíveis de serem igualmente cometidas por qualquer particular. Mas, ressalte-se, na mesma linha exemplificativa: se, em lugar das simples condutas acima, o servidor carreia para a manifestação em rede social privada ou para a declaração fiscal inexata ou para a omissão acerca do extrapolação da quota permitida de importação dados, informações, acessos ou prerrogativas inerentes à sua condição de servidor, já passa a ser possível se

cogitar de uma relação, ainda que indireta, com o cargo ocupado, a atrair a incidência do regime disciplinar.

A conclusão ora esposada - de que a possibilidade de atos de vida privada serem atingidos pela aplicação do regime disciplinar deve ser compreendida de forma excepcional e residual, já que significa uma ampliação do controle estatal e que, portanto merece sempre interpretação restritiva - também encontra apoio no entendimento da Controladoria-Geral da União (CGU), conforme expressa sua doutrina manualizada.

> *"Os atos praticados na esfera da vida privada do servidor público em princípio não são apurados no âmbito da Lei nº 8.112/90 e só possuem reflexos disciplinares quando o comportamento relaciona-se com as atribuições do cargo.*
> *Percebe-se que há outras sanções no meio social a que está sujeito o indivíduo e não se pode pretender recorrer ao direito disciplinar pelo simples fato do responsável pelo ato censurável se tratar de um servidor público. Em resumo, a repercussão disciplinar sobre atos de vida privada é residual e excepcional, amparada pela parte final do art. 148 da Lei nº 8.112/90", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 30 e 31, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

3.2.3.2 - Não Exigência de Dedicação Exclusiva nem Mesmo para Atividades Exclusivas ou Carreiras Típicas de Estado

Na sequência do exposto no tópico anterior, relevante resgatar que, desde a edição da Emenda Constitucional (EC) nº 19, de 4 de junho de 1998, que alterou o § 8º do art. 39 da Constituição Federal (CF), na leitura conjunta com o § 4º do mesmo comando constitucional, o ordenamento pátrio passou a admitir que também os servidores organizados em carreiras passassem a ser remunerados exclusivamente por meio de subsídio em parcela única, vedado qualquer tipo de acréscimo, o que, até então, era restrito a membros de Poderes, detentores de mandatos eletivos, Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais.

Uma década mais tarde, a Lei nº 11.890, de 24 de dezembro de 2008, instituiu a remuneração por subsídio para diversas carreiras cujos cargos efetivos possuem em suas atribuições o desenvolvimento de atividades exclusivas de Estado (as chamadas carreiras típicas de Estado). Ressalve-se que, embora a Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB) seja típica de Estado, a remuneração dos titulares dos cargos que a compõem, ou seja, os ocupantes de cargos de Auditor-Fiscal e de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil (AFRFB e ATRFB), deixou de ser por subsídio, voltando a ter vencimento (com inovação de bônus de eficiência e produtividade) com a alteração promovida pela Lei n° 13.464, de 10 de julho de 2017.

Embora a expressão adjetivada daquelas atividades faça parte do texto do *caput* do art. 247 da CF e do texto do *caput* do art. 3º da Lei nº 9.801, de 14 de junho de 1999, e em outras leis esparsas, a rigor não há uma definição legal do que seja atividade exclusiva de Estado e tampouco uma lista exaustiva das carreiras típicas de Estado e menos ainda há uma consolidação na forma de um regime diferenciado de deveres, direitos e prerrogativas dos servidores ocupantes dos respectivos cargos efetivos.

Doutrinariamente, se compreende que atividades exclusivas de Estado são atuações que apenas ao poder público cabe executar, indelegáveis ao setor privado, sendo inadmissível um paralelismo na livre iniciativa e, consequentemente, não existindo um agente privado correspondente ao servidor investido em tais funções. Por se tratar de atividades de forte cunho estratégico, pois tocam em matérias sensíveis ao interesse público-social, ligadas à

jurisdição *lato sensu*, regulação, fiscalização e exercício do poder de polícia de forma geral, as atividades exclusivas de Estado requerem cargos dotados de cláusulas especiais de independência, autonomia e segurança de atuação funcional. Cabe a reprodução do teor do art. 78 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN), para definir poder de polícia como a "*atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos*".

Além de atividades públicas com regimes estatutários muito específicos, como magistratura, defesa da ordem jurídica e dos interesses da sociedade e defesa nacional militarizada, exemplificadamente, podem ser mencionadas as atividades, as correspondentes carreiras e os respectivos cargos efetivos relacionados à fiscalização e arrecadação tributária, previdenciária e trabalhista, advocacia pública, defensoria pública, segurança pública, gestão governamental (que incluem finanças e controle, comércio exterior, políticas públicas e planejamento e orçamento), política monetária e cambial e regulação do sistema financeiro, diplomacia, controle do mercado de seguros, regulação do mercado de valores mobiliários, planejamento e orçamento federais e controle de contas públicas e de execução orçamentária, que basicamente são os múnus públicos contemplados na mencionada Lei nº 11.890, de 2008, sem prejuízo de se cogitar de outros.

Neste rumo, mais especificamente, é de se mencionar que, nas redações originais do *caput* e do § 1º do art. 3º da Lei nº 11.890, de 2008, que estabeleciam a então remuneração por subsídio, os titulares dos cargos de AFRFB e de ATRFB haviam passado a se submeter a um suposto regime de dedicação exclusiva, em que lhes era vedado o exercício de outra atividade remunerada, privada ou pública, potencialmente causadora de conflito de interesses, tendo-se ressalvado o magistério em horário compatível.

Na verdade, na origem deste dispositivo, que remontava à Medida Provisória (MP) nº 440, de 29 de agosto de 2008, previa-se a introdução de um rígido sistema de dedicação exclusiva, com vedação a qualquer outra atividade remunerada, sem exceção. No entanto, no processo de conversão em lei, o Poder Legislativo flexibilizou o mandamento de proibição absoluta, vedando apenas as atividades potencialmente causadoras de conflito, alterando o texto da MP; mas, inadvertidamente, o legislador manteve a expressão "dedicação exclusiva". A manutenção daquela expressão, no *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 2008, que exigiria dos agentes públicos dedicação exclusiva, restava em contradição com o fim do mesmo dispositivo, em que se concedia a possibilidade de prática de atividade remunerada desde que não configurasse conflito de interesses, conforme se aduzirá em **4.7.3.18.4.a** e em **4.7.3.18.5**.

Na prática, isto significava que, com exceção do curto período de cerca de quatro meses em que vigorou a MP, os servidores ocupantes dos dois cargos integrantes da Carreira TARFB não chegaram a se submeter de fato a um regime de dedicação exclusiva, de forma que, a partir da conversão na Lei nº 11.890, de 2008, o exercício de atividades privadas, ainda que remuneradas, apenas por si só, *a priori* não configurava imediata e automática materialidade de infração disciplinar.

O *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 2008, específico para a Carreira TARFB, já desde sua redação original, se ajustava - e ainda se ajusta - à interpretação sistemática da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que, por um lado, tem como regra geral que atos de vida privada não repercutem disciplinarmente, mas que, por outro lado, não tolera a prática de atividades incompatíveis (no inciso XVIII do seu art. 117). A literalidade daquele dispositivo legal não introduziu relevante inovação para a Carreira, como teria sido se tivesse convertido que um ato de vida privada, totalmente dissociado do cargo público, apenas pelo simples fato

de ser remunerado, pudesse vir a configurar ilícito disciplinar. Afinal, a atividade privada desde então tida como legalmente vedada - a menos de magistério, nos termos esclarecidos em **4.7.3.18.5.a** - que sujeita o servidor à possível responsabilização por conta do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 2008, não era uma prática privada qualquer, mas sim aquelas que podiam, pelo menos potencialmente, causar conflito de interesses.

Como tais situações conflituosas posteriormente ganharam sua própria definição legal, por meio da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 (a Lei de Conflito de Interesses), conforme se detalhará em **4.7.3.18.6.b**, resultou que o *caput* e o § 1º do art. 3º da Lei nº 11.890, de 2008, foram harmonizados ao novo ordenamento, desta feita pela Lei nº 13.328, de 29 de julho de 2016. Esta Lei cuidou de eliminar a expressão "dedicação exclusiva", que restara contraditória, afastou a necessidade de haver remuneração para configurar a prática conflituosa e expressamente remeteu à definição material dada pela Lei nº 12.813, de 2013, além de, obviamente, condicionar o exercício de outra atividade à compatibilidade de horários.

> *Lei nº 11.890, de 2008 - Art. 3º Os ocupantes dos cargos integrantes das carreiras de que trata o art. 1º da Lei nº 10.910, de 15 de julho de 2004, são impedidos de exercer outra atividade, pública ou privada, potencialmente causadora de conflito de interesses, nos termos da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. (Redação dada pela Lei nº 13.328, de 29 de julho de 2016).*
> *§ 1º Na hipótese em que o exercício de outra atividade não configure conflito de interesses, o servidor deverá observar o cumprimento da jornada do cargo, o horário de funcionamento do órgão ou da entidade e o dever de disponibilidade ao serviço público. (Redação dada pela Lei nº 13.328, de 2016)*

Pode-se dizer que, com a redação dada pela Lei nº 13.328, de 2016, ao *caput* e ao § 1º do art. 3º da Lei nº 11.890, de 2008, enfim, o legislador acertou e harmonizou o ordenamento do tema, ao expressar que apenas a atividade privada causadora de conflito de interesses, independentemente de remuneração, é que deve ser vedada aos ocupantes dos dois cargos integrantes da Carreira TARFB (bem como o fez igualitariamente para todas os demais cargos que desempenham atividades exclusivas de Estado contemplados nesta Lei).

E, uma vez que, para poder causar conflito de interesses com o cargo, faz-se necessário que a atividade privada guarde alguma correlação com o múnus público, pode-se dizer que, mesmo após todo o percurso ora descrito de inovação e alteração legislativa, manteve-se a linha geral de atuação da Lei nº 8.112, de 1990, neste aspecto, qual seja: de forma geral, os atos de vida particular estão fora do alcance do regime disciplinar, a menos daqueles atos que, mesmo praticados em âmbito privado, podem, em algum grau, manter tangências e correlações com a tutela pública exercida pelo cargo.

3.2.3.3 - A Estanqueidade das Competências Regimentais para Matérias de Gestão de Pessoas, de Gerência Administrativa e Fiscal e para Matéria Correcional

Sem prejuízo de se complementar a postura criteriosa já defendida em **2.3.3** e **2.5.3**, deve-se demarcar de forma inequívoca a perceptível diferenciação entre atos de gestão de pessoal e de gerência administrativa, inerentes ao dia a dia de chefias e das respectivas projeções regimentalmente competentes, e os residuais e excepcionais ilícitos disciplinares. A máxima da independência das instâncias, já mencionada em **3.2.1**, é de tamanha força que não se opera apenas entre as distintas instâncias jurídicas administrativa, penal e civil, mas também até mesmo dentro das subinstâncias administrativas. Como é comum na Administração Pública federal, o Regimento Interno da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017, conforme sintetizado já desde o parágrafo único do art. 1º do seu Anexo I, divide as competências de acordo com as diversas áreas de atuação administrativa interna - a que a nomenclatura atual se

refere como macroprocessos de trabalhos, que se subdividem em inúmeros processos de trabalho, em atualização do termo historicamente empregado, de divisão em "sistemas" especializados (citam-se, como exemplos, além da atuação correcional, as áreas de controle aduaneiro, de fiscalização, de atendimento, de arrecadação, de gestão do crédito tributário, de pesquisa e investigação, de gestão de pessoas, de materiais e logística, de tecnologia da informação, etc), de forma que, mesmo dentro dos limites internos da Administração, preserva-se a autonomia das competências de cada subinstância.

> *Portaria MF nº 430, de 2017 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 1º Parágrafo único. No exercício das suas atribuições, a RFB atuará de forma sistêmica e orientada aos processos de trabalho.*

Com isto, a matéria de recursos humanos e de pessoal é precipuamente tratada pela Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep) e por suas projeções regionais e locais e também, secundária e subsidiariamente, pelos administradores locais, no seu exercício cotidiano de gerência administrativa, à parte da atuação disciplinar, de competência precípua da Corregedoria (Coger) e dos Escor.

De um lado, é de se dizer que, no que aqui importa mencionar, a competência regimental do sistema correcional, concentrada sobretudo nos arts. 16, 21, 354 e 356 Anexo I do Regimento Interno da RFB, limita-se a investigar indícios de ilícitos disciplinares, apurar sua ocorrência e aplicar ou propor a respectiva pena, se for o caso. Isto porque, no mesmo rumo, conforme estabelece o parágrafo único do art. 5º do mesmo Anexo I, como unidade de assessoramento direto do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, a Coger e todo o sistema correcional, na cadeia de valor institucional, jurisdicionam em todo o território nacional o processo de trabalho "Desenvolver a Integridade Funcional", que juntamente com outros três outros processos de trabalho intitulados "Promover a Ética Institucional", "Gerir Riscos Institucionais" e "Realizar Auditoria Interna", integram o macroprocesso de trabalho "Gestão da Conformidade Institucional", conforme descreve destacadamente o Anexo XII da Portaria RFB nº 53, de 14 de julho de 2021, que estabelece o inventário de competências do órgão.

> *Portaria MF nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 5º Parágrafo único. As Subsecretarias e as Unidades de Assessoramento Direto, subordinadas diretamente ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, realizam, respectivamente, a governança e a gestão, em âmbito nacional, dos processos de trabalho relativos às suas áreas de atuação.*

De outro lado, em harmônica contrapartida, o mesmo Regimento Interno da RFB estabelece, nos arts. 214 a 226, 262 a 268 e 307 do seu Anexo I, todas as competências para gestão de pessoas a cargo da Cogep e das suas projeções regionais e locais, bem como expressa, no inciso I do seu art. 334 e nos incisos I e XIII do seu art. 340, ambos também do mesmo Anexo I, as competências gerenciais dos titulares de unidades centrais e regionais no que tange às ações de suas unidades, inclusive para aplicarem legislação de pessoal aos servidores direta e indiretamente subordinados. Isto é o suficiente para, de imediato, ainda em linhas meramente gerais, se afirmar que a estanqueidade desta divisão regimental de competências ordena que não há que se confundir questões de resolução interna (em que se incluem os atos cotidianos de gestão de pessoas) com a atuação excepcional e residual do sistema correcional (investigações disciplinares e apurações contraditórias através de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar - PAD), a cargo precipuaente da Coger e dos Escor.

A gestão de pessoas (que aqui pode ser tomada na mais ampla extensão de exemplo de atividade preventiva), por se capilarizar mais proximamente ao quadro funcional, pode contemplar as peculiaridades dos casos concretos que porventura lhe sejam postos a analisar,

lendo-as à vista das características e condutas individuais de cada um e das condições em que se dá o desempenho das atribuições funcionais. E, neste rumo, o gestor de pessoas dispõe de instrumentos e ferramentas previstos no ordenamento para preservar (quando ainda não afetados) ou até mesmo para restabelecer (quando já afetados) a ordem e o equilíbrio internos sem que, em primeiro momento, necessariamente se cogite de provocar o sistema correcional. À vista do princípio da independência das instâncias, uma conduta funcional cometida no âmbito da Administração pode merecer apenas a atuação da subinstância de gestão de pessoas e não repercutir na subinstância sancionadora.

Nesta senda, a primeira questão a se abordar é quando um servidor apresenta comportamento que até se reconhece não ser o desejado para um agente investido na função pública, mas com materialidade tal que não chegue a ponto de mitigar deveres ou proibições estatutárias e talvez nem mesmo configure transgressão ética e que pode ser indicadora da possibilidade de restar mais necessário ofertar-lhe assistência psicossocial do que lhe impor sanção. Diante de tais contextos fáticos peculiares e trazidos ao conhecimento da autoridade correcional, é de se analisar com cautela se as causas e as consequências deste comportamento do servidor seriam internas à sua vontade e indesejáveis apenas para toda sociedade ou se são indesejadas ou ao menos inconscientes para o agente e prejudiciais não só para a sociedade como um todo mas também para o próprio.

Em outras palavras, é de se averiguar se os fatos necessariamente colocam o servidor na condição comissiva ou mesmo omissiva de um infrator ou de um transgressor ou se, ao contrário, indicam mais fortemente uma posição passiva ou reflexiva de quem sofre ou passa por um processo involuntário que, apenas falsamente, parece refletir externamente para seus pares um comportamento criticável.

Neste rumo, mencionam-se, no extremo oposto à necessidade de atuação correcional, situações que sequer configuram qualquer tipo de ilicitude ou talvez nem mesmo deslize comportamental ou transgressão ética, mas sim lacunas, necessidades, carências que abatem o servidor, receptáculo e possível vítima, enfim, como qualquer ser humano, de toda sorte de sofrimento, decepção, desentendimento, desmotivaçao ou desajuste. Se a instituição é composta de pessoas e se pessoas comportam e trazem consigo as mais diversas possibilidades de conflitos e desequilíbrios, é certo que o ambiente laboral pode se tornar o nicho propício para inúmeras formas de inaceitações e incompreensões desmotivantes e inibidoras das potencialidades, cobranças improdutivas e inadequadas e arestas de relacionamentos. Muitas destas situações de fricção ou de desconforto, conduzidas e cometidas por agentes públicos que, a despeito de suas boas intenções e interesses públicos, por serem leigos e despreparados para o trato com pessoas, podem potencializar o atrito a ponto de levarem a deslizes mais graves.

Para evitar tal desfecho, a Administração dispõe de pessoal capacitado e dedicado e de ferramentas adequadas e proporcionais, inseridos na extensão do processo de trabalho de gestão de pessoas. Situações materiais e decorrentes tratamentos gerenciais que por longo tempo estiveram à margem do reconhecimento do Direito positivado, espraiando-se em iniciativas isoladas de um ou de outro administrador regional ou local e estanques entre si, ganharam previsão normativa interna, com vistas ao emprego uniformizado e padronizado dos possíves meios de solução ou ao menos de intermediação.

A primeira iniciativa oficial que merece menção nesta linha preventiva de atuação em favor de uma visão conglobante de saúde e de bem estar reside nas diretrizes e ações estabelecidas na Portaria MPOG/SRH nº 1.261, de 5 de maio de 2010, mais especificamente no *caput*, no parágrafo único e nos incisos VII e XI do seu art. 2º e no *caput* e nos incisos II, IV, V, X e XII do seu art. 3º. A norma ministerial deixa claro o objetivo público de proteger e preservar a higidez mental do servidor, o bom ambiente físico e interpessoal de trabalho e as boas condições laborativas, já mencionando técnicas multidisciplinares preventivas de

acolhimento e mediação de conflitos.

> *Portaria MPOG/SRH nº 1.261, de 2010 - Art. 2º Para os fins desta Portaria, entendem-se por promoção de saúde as ações que, voltadas para a melhoria das condições e relações de trabalho, favoreçam a ampliação do conhecimento, o desenvolvimento de atitudes e de comportamentos individuais e coletivos para a proteção da saúde no local de trabalho.*
> *Parágrafo único. Inclui-se na promoção de saúde a prevenção a agravos, entendida como ação antecipada que objetiva evitar danos à saúde do servidor em decorrência de fatores comportamentais, do ambiente e/ou do processo de trabalho.*
> *VII - detectar precocemente, acolher e monitorar o tratamento da pessoa com sofrimento psíquico;*
> *XI - intervir nas situações de conflito vivenciadas no local de trabalho, buscando soluções dialogadas e ações mediadas pela equipe multiprofissional, constituindo comissões de ética onde não existirem, como instâncias de mediação no âmbito institucional;*
> *Art. 3º Entende-se por assistência terapêutica o conjunto de práticas com foco no atendimento às necessidades e expectativas de saúde dos servidores, a partir de diferentes modalidades de atenção direta, realizadas por equipe multiprofissional.*
> *II - priorizar a atenção psicossocial por meio de equipe multiprofissional, estimulando a integração e o aprofundamento de saberes e práticas integradas em torno de um conhecimento transdisciplinar;*
> *IV - valorizar o atendimento em grupo como espaço de troca de experiências subjetivas e de informações gerais sobre atendimentos médicos, psicológicos, sociais, culturais e jurídicos, garantindo o sigilo profissional;*
> *V - organizar serviços de acompanhamento psicossocial que disponham de atendimento a demandas espontâneas dos servidores ou por encaminhamento, com vistas a intervenções breves e encaminhamento para tratamento;*
> *X - atuar sobre os fatores de risco e proteção associados ao abuso de álcool e outras drogas, baseando-se na política de saúde mental e na estratégia de redução de danos referendada pelo Ministério da Saúde;*
> *XII - intervir, em qualquer nível hierárquico, nas situações de conflito vivenciadas por pessoas em sofrimento psíquico no seu local de trabalho, buscando junto aos gestores uma resolução pelo diálogo e por ações assertivas para o servidor e para a APF.*

Mais especificamente no âmbito da RFB, após iniciativas isoladas em determinadas Regiões Fiscais (RF), mencione-se, primeiramente, a instituição formal do Espaço da Fala, por intermédio da Portaria RFB nº 276, de 22 de dezembro de 2022, em sintonia com as diretrizes e com as ações traçadas pela já mencionada Portaria MPDG/SRH n° 1.261, de 2010. Conforme se vê nos §§ 1º a 3º do art. 1º e no art. 3º da norma interna, a assistência psicossocial é ministrada por servidores capacitados em competências multisciplinares, designados para comporem a respectiva equipe multiprofissional de trabalho, nas unidades centrais e nas Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil (SRRF). Em sintéticas palavras para o presente objetivo, o Espaço da Fala é o foro institucionalizado para atendimento de demandas espontâneas ou decorrentes de encaminhamento superior, no qual se exercitam, de forma antecipada, preventiva e sigilosa, o acolhimento e a mediação de conflitos a favor de servidores que vivenciam alguma situação pessoal, familiar ou profissional geradora de desconforto ou de comprometimento de sua saúde, de sua qualidade de vida ou de sua atuação no ambiente de trabalho. Importante destacar que a ferramenta institucional do Espaço da Fala tem por objetivo apenas auxiliar o agente a clarificar e a organizar estas situações, identificar suas necessidades pessoais e vislumbrar possíveis soluções, em resolução dialogada e acordada com os gestores, por meio de breves intervenções, não se confundindo com tratamento terapêutico propriamente dito, de médio ou

longo prazo, a cargo de profissionais liberais com formação acadêmica específica (não obstante poder, em determinado caso, redundar em encaminhamento para este tratamento profissional adequado).

> *Portaria RFB nº 276, de 2022 - Art. 1º*
> *§ 1º O Espaço da Fala tem como objetivo o desenvolvimento interpessoal dos indivíduos para o equilíbrio biopsicossocial, a comunicação efetiva e o aprimoramento da qualidade de vida no trabalho.*
> *§ 2º A intervenção do Espaço da Fala se dará por meio virtual ou presencial, favorecendo a comunicação e o equilíbrio do indivíduo nas resoluções de questões interpessoais tanto no ambiente de trabalho como no âmbito pessoal, que estejam interferindo no espaço laboral, objetivando a melhoria de sua qualidade de vida no trabalho.§ 3º O atendimento deverá ser realizado por integrante da Equipe de Acolhedores Psicossociais, devidamente treinado e capacitado para executar suas competências multidisciplinares.*
> *Art. 3º As atividades de acolhimento psicossocial serão realizadas de forma presencial ou virtual, utilizando-se dos meios de comunicação disponíveis na RFB.*

Posteriormente, estas iniciativas foram refletidas e condensadas no Regimento Interno da RFB, que passou a dispor, nas estruturas da Cogep e das Divisões de Gestão de Pessoas (SRRF/Digep), respectivamente, da Divisão de Valorização e Qualidade de Vida no Trabalho (Cogep/Divaq) e dos Núcleos de Valorização e Qualidade de Vida no Trabalho (SRRF/Digep/Nuvaq).

De forma praticamente concorrente, os arts. 223 e 267 do Anexo I do Regimento Interno da RFB estabelecem as competências da rede de valorização e qualidade de vida no trabalho, em termos de alavancar o reconhecimento e a valorização das pessoas, fomentar a qualidade de vida e de trabalho e, sem jamais se confundir com a atividade privada laboral de prestar terapias, oferecer subsidiariamente atendimento psicossocial, por meio do acolhimento e da mediação de conflitos interpessoais. Sem sombra de dúvidas, estas técnicas exemplificadas, uma vez conduzidas por servidores capacitados e disponíveis para fazê-lo, se tornam uma potencial ferramenta não só para o resgate da motivação e da segurança funcional como também para inibir ou prevenir o cometimento de ilicitudes.

> *Portaria MF n° 430, de 2017 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 223. À Divisão de Valorização e Qualidade de Vida no Trabalho (Divaq) compete gerir e executar as atividades relativas:*
> *I - à promoção e estímulo ao reconhecimento e valorização dos servidores e demais colaboradores;*
> *II - à qualidade de vida e do ambiente de trabalho;*
> *III - ao atendimento psicossocial e mediação de conflito; e*
> *IV - ao fortalecimento das relações interpessoais dos servidores.*
> *Art. 267. Aos Núcleos de Valorização e Qualidade de Vida no Trabalho (Nuvaq) compete gerir e executar as atividades relativas:*
> *I - à promoção e ao estímulo ao reconhecimento e valorização dos servidores e demais colaboradores;*
> *II - à qualidade de vida e do ambiente de trabalho;*
> *III - ao atendimento psicossocial e à mediação de conflito; e*
> *IV - ao fortalecimento das relações interpessoais dos servidores*

Na esteira, a Portaria RFB nº 275, de 22 de dezembro de 2022, estabeleceu as ações do Programa de Valorização e Qualidade de Vida no Trabalho (Proquali) da RFB, a cargo da Cogep e das SRRF/Digep, conforme o *caput* do seu art. 2º.

> *Portaria RFB nº 275, de 2022 - Art. 2º As ações previstas no PROQUALI serão coordenadas pela Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep), nacionalmente, e terão seus desdobramentos regionais coordenados pelas*

respectivas Divisões de Gestão de Pessoas (Digeps).

À vista deste arcabouço normativo ao dispor da Administração, é de se cotejar se representações que chegam ao sistema correcional noticiando situações fáticas de inexpressiva materialidade disciplinar se encaixam com perfeição no raio de ação desta ferramenta de gestão de pessoas. A título meramente ilustrativo, pode-se mencionar situações de mudança comportamental sem reflexo na incursão em infrações disciplinares, tais como reclusão ou introspecção exagerada a ponto de gerar dificuldades nas necessárias relações interpessoais no trabalho; desmotivação para a produtividade e para a assiduidade; abatimento em virtude de problemas profissionais ou até mesmo de ordem pessoal; atritos, conflitos ou atos de agressividade reiterados com colegas, subordinados e superiores em geral ou especificamente entre dois interlocutores; e até apresentação para o trabalho em condições precárias, sob efeito de bebidas alcoólicas ou entorpecentes. Em situações desta monta, em que não se vislumbra conduta que faça merecer a ação administrativa disciplinar, podem ser detectados elementos suscitadores de encaminhamento para o respectivo Nuvaq, a fim de que a competente equipe multidisciplinar de trabalho avalie se é o caso de atuar preventivamente sobre o servidor indevidamente representado.

Avançando mais nas hipóteses materiais, a mesma estanqueidade da divisão regimental de competências ordena que não cabe ao sistema correcional interferir em práticas, rotinas e organização de trabalho adotadas nas demais unidades da RFB, que se revestem de aspecto meramente gerencial e que, portanto, incumbem tão somente ao dirigente da unidade. Não há que se confundir questões de mera resolução interna (em que se incluem os atos cotidianos de gerência de que se incumbe o administrador) com a excepcional e residual atuação correcional.

A exemplo da gestão de pessoas, também a gerência administrativa (que aqui igualmente pode ser tomada como atividade preventiva), tem maior possibilidade de emprego e acerto pela autoridade local, já que esta se encontra mais próxima do servidor, contemplando as peculiaridades individuais, regionais e dos casos concretos que porventura lhe sejam postos a analisar. Para aquelas atividades, realmente, ninguém melhor que o administrador local, por melhor conhecer as características e condutas individuais de cada um, as especificidades da atividade-fim desempenhada em sua unidade e as condições em que se dá tal desempenho e também os fatores humanos que sintetizam os regionalismos e as diferenças sociais e culturais do País. Inegavelmente, em um país de dimensões continentais, hábitos, costumes e aspectos comportamentais e culturais diferem de região para região e não se justifica, *a priori*, que os gestores locais desprezem tal elemento de informação. Não obstante, a afirmação anterior não tem o condão de negar que, caso a instituição tenha adotado um determinado padrão codificado ou normatizado de conduta, este deve prevalecer em todo o corpo funcional, superando regionalismos e aspectos culturais locais.

E, neste rumo, a gerência administrativa exercida pela autoridade hierarquicamente superior e, em extensão, a subinstância da gestão de pessoas novamente dispõem de outros instrumentos e ferramentas previstos no ordenamento agora para, diante de condutas de aspecto meramente comportamental, restabelecer a ordem e o equilíbrio internos ainda também sem se cogitar de provocar o sistema correcional, à vista do já mencionado princípio da independência das instâncias, aqui interposto entre as subinstâncias administrativas gerencial e disciplinar. Reitera-se que o Regimento Interno da RFB, no inciso I do art. 334 e nos incisos I e XIII do art. 340, ambos do seu Anexo I, atribui aos titulares de unidades centrais e regionais competências para gerenciar as ações de suas unidades e para aplicarem legislação de pessoal aos servidores diretamente subordinados e aos servidores lotados em unidades ssubordinadas.

Pode-se citar que desvios associados à presença (assiduidade e pontualidade), quando não justificados à chefia imediata, devem ser objeto da ferramenta gerencial cabível, que é o

corte de ponto, conforme determina o art. 44 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Como um outro exemplo a se citar nesta linha, a insuficiência de desempenho e de contribuição individual para cumprimento de metas de produtividade pode justificar redução na pontuação, para fins de progressão funcional e de promoção do servidor na carreira, uma vez que estes dois institutos dependem de periódica avaliação de desempenho, também a cargo de sua chefia imediata, com base, entre outros, em critérios de iniciativa, cooperação, assiduidade, pontualidade, urbanidade, disciplina, produtividade e aprimoramento. Uma outra ferramenta gerencial a ser empregada à vista de conduta ineficiente de servidor é o sua exclusão do programa de gestão e desempenho (PGD), sobretudo em que o servidor tenha aderido à modalidade de teletrabalho.

Ou seja, tais ferramentas e instrumentos gerenciais demonstram que o administrador - destacadamente a chefia imediata do servidor - não só pode como deve atuar na gerência de seu pessoal, fazendo repercutir em direitos funcionais a sua avaliação sobre alguns critérios que têm forte relação com aspectos comportamentais. Como, em síntese, os dois exemplos não exaustivos mencionados acima, ao final, repercutem na remuneração recebida pelo servidor, tem-se ilustrado que, entre outros parâmetros, a Administração dispõe da retribuição financeira pelo trabalho como uma das ferramentas de gestão para estimular o comportamento adequado. Muitos outros exemplos podem ser citados, como o poder discricionário conferido à chefia para, a seu critério, definir em que posto de trabalho o servidor deverá desempenhar suas atribuições legais a fim de melhor atender ao interesse público, bem como a decisão de a quem conceder quaisquer formas de retribuição, incentivo e reconhecimento pela dedicação e comprometimento por parte do servidor com os valores institucionais.

Assim, demonstra-se que aspectos comportamentais basilares da boa ou da má conduta funcional encontram, respectivamente, estímulo ou remédio na subinstância de gerência administrativa e, por conseguinte, como reflexo, na subinstância de gestão de pessoas. No caso de condutas insatisfatórias, é bastante razoável entender que, a princípio, os atos de gerência a cargo do administrador, porventura cabíveis, devem ser empregados preventivamente à representação disciplinar e sobretudo à persecução disciplinar, que somente devem ser empregadas quando nenhum outro ato gerencial surte o necessário efeito restabelecedor da ordem interna. Nesta linha, é de suma importância para o corpo funcional e para a própria instituição que os administradores, gestores de pessoal e a Comissão de Ética da RFB (CE-RFB) tenham plena consciência de que, como regra, os atos funcionais merecedores de ajustes gerenciais ou de atenção da gestão de pessoas não se confundem com matéria disciplinar e pode ser ainda que não se confundam sequer com matéria ética, pois as subinstâncias, em geral, são independentes na Administração e, sobretudo, que se tenha certo que, dentre estas esferas estatais de atuação, a subinstância disciplinar é sempre de ser vista como a derradeira e mais residual.

Coerente com a linha doutrinária e principiológica adotada por todo o sistema correcional, embora a Lei nº 8.112, de 1990, por sua natureza estatutária (que a obriga a lançar mão de abrangentes enquadramentos, diferentemente da típica lei penal), albergue em seus enquadramentos punitivos condutas de pequeno poder lesivo que tangenciam aspectos comportamentais, ratifica-se a relevante fronteira existente entre aspectos meramente cotidianos e transgressões éticas, em comparação com os ilícitos disciplinares.

Pode-se dizer que, em geral, a atuação correcional repercute de forma muito onerosa no corpo funcional e na instituição quando o gestor não atenta para esta diferenciação e tenta estender a gravosa responsabilização disciplinar para atos que mereceriam solução apenas com ferramentas gerenciais e de gestão de pessoas ou, no máximo, éticas. No âmbito administrativo, a subinstância disciplinar deve ser compreendida como um remédio jurídico excepcional e residual, a ser aplicado com cautela e com reserva naquelas situações extremadas em que providências e instrumentos não punitivos internos à gerência da própria

unidade não são suficientes para fazer surtir o efeito ordenador ou reparador desejado. A subinstância disciplinar é verdadeiramente o mais amargo remédio jurídico de que dispõe a Administração para manter e para restabelecer a ordem e o equilíbrio internos porventura afetados por alguma conduta infracional e, por isto, não deve ter o emprego vulgarizado.

Não soa razoável, proporcional e eficiente lançar mão do pesado ferramental jurídico do processo disciplinar e da sanção disciplinar para corrigir aspectos meramente comportamentais da conduta funcional. A fase de admissibilidade deve primeiramente valorizar a intervenção mínima que se extrai da incomunicabilidade das distintas competências regimentais do sistema correcional, da gerência administrativa e da gestão de pessoas. Acrescente-se ser por demais cediço todo o ônus inerente à ação disciplinar, independentemente de seu resultado final e mesmo quando proporcionalmente manejada; e este ônus se enfatiza - tanto em aspectos materiais (custo financeiro, prejuízo da produtividade na matéria-fim, etc), quanto em aspectos imateriais (fragilização da segurança jurídica interna, prejuízos à honra do corpo funcional, etc) - quando a atuação se dá de forma desarrazoada. Antes de seu emprego, cabe ao administrador esgotar todas as demais ferramentas gerenciais e administrativas - e, portanto, menos onerosas - de que dispõe para reequilibrar o *status* interno na Administração.

É de se entender que condutas criticáveis meramente por aspectos comportamentais podem ser solucionadas apenas com tratamentos gerenciais ou de gestão, à vista dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. E, desta forma, ratifica-se que as questões de tal natureza merecem soluções que melhor atendem ao interesse público - aqui muito mais preservado com a cautela de se buscar a adequação das forças de trabalho às atividades do que com efeito punitivo *stricto sensu*. Nem sempre, é necessário que se destaque, o processo disciplinar e a consequente punição disciplinar despontam como o melhor ou único remédio para solucionar conflitos *interna corporis* na Administração.

As condutas sujeitas a meros ajustes comportamentais, a cargo das chefias imediatas, em atos claramente limitados à tarefa de gestão de pessoal, não devem merecer provocação ao sistema correcional. Os aspectos meramente comportamentais da conduta dos servidores devem ser ajustados e balizados, quando necessário, por meio das mais variadas ferramentas gerenciais de que dispõe o administrador, mas não, pelo menos em um primeiro momento, por meio das penas estatutárias do regime disciplinar. A atividade de chefia embute ônus, compromissos e responsabilidades que são inerentes às tarefas de lidar com pessoal, não sendo acertada a tentativa de repassar as responsabilidades de gestão de pessoal para o sistema correcional.

Neste sentido, as chefias imediatas e as autoridades regionais ou locais titulares de unidades fiscais ou administrativas devem atentar para não confundir os mandamentos encartados no § 2º do art. 4º da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, de formular e de encaminhar representações ou de procedimentalizar por conta própria a fase de admissibilidade (quando competentes) em razão de supostas irregularidades, com a sua ampla competência regimental, que as incumbe de uma imensa gama de atos de gerência e de administração de pessoal. Estas suas competências de exercício cotidiano devem merecer resolução interna gerencial e não serem objeto de representação, não podendo ser confundidas com a residual competência disciplinar, de aplicação muito específica.

Embora, a rigor, a Lei nº 8.112, de 1990 preveja responsabilidade administrativa para condutas meramente comportamentais, é de se atentar para a impropriedade de se “queimar etapa” e se tentar emprestar repercussão disciplinar a uma conduta para a qual se pode, em primeiro momento, buscar uma solução gerencial e menos traumática.

Como se vê, de forma coerente, ao se defender a independência das subinstâncias dentro da própria Administração, nada mais se faz que repisar que as posturas preventivas

(tais como de gestão de pessoas e de gerência administrativa) podem ter o condão de anteceder e até mesmo de inibir a atuação repressiva. Em outras palavras, o emprego das ferramentas gerenciais de que dispõe o administrador, ainda que à primeira vista pareça antipático e constrangedor, tem o condão de inibir o emprego dos remédios jurídicos mais onerosos (sob todas as óticas, pessoal e institucional) como são o processo e o regime disciplinar.

Assim, eventuais críticas que possam pairar sobre um servidor em decorrência de lacunas em sua conduta associadas à produtividade, dedicação, pontualidade, assiduidade, urbanidade - não obstante serem relevantes e merecedoras de tutela - inicialmente, devem ser objeto de ajuste e correção por meio de ferramentas gerenciais, tais como o aumento e o registro por escrito de exigências e de cobranças de cumprimento de jornada de trabalho e de metas de produtividade, a estipulação de prazos para entrega de trabalhos cotidianos, a realocação do servidor em outras atividades da unidade, o corte de ponto, a diminuição de pontuação em sistemas de avaliação para remuneração ou progressão funcional ou promoção na carreira e até a sua colocação em disponibilidade da projeção de gestão de pessoas e asua exclusão do PGD. Não convém que o administrador local, diante de condutas desta espécie, promova de imediato a subinstância disciplinar contra o servidor, sem antes ter tentado esgotar o emprego das ferramentas gerenciais a seu alcance.

Não se tem dúvida em afirmar que, por mais desagradável e constrangedor que seja para um servidor ser objeto de qualquer destas ferramentas corretivas a cargo de sua chefia, muito mais grave oneroso é protagonizar como objeto de representação funcional e sobretudo figurar como acusado em processo disciplinar.

Por outro lado, em outras situações díspares, verifica-se, por vezes, a plausibilidade da representação e da instauração do rito disciplinar, não só em decorrência do descumprimento em si de algum critério de bom desempenho do cargo por parte do servidor na subinstância de gestão de pessoas, mas também porque, após o esgotamento em vão das ferramentas gerenciais disponíveis, quando o emprego exaustivo das ferramentas inibidoras da má conduta, a cargo da gerência local, se demonstrou insuficiente, mais importante do que se ver aquele critério ser mal atendido, resta colocada em xeque a autoridade da chefia (diante da afronta ao caro princípio da hierarquia). Em tais hipóteses extremadas de afronta à hierarquia, somente resta a este chefe, na percepção de consecução que aqui se defende, fazer a provocação da subinstância de apuração disciplinar.

Neste rumo, a despeito da estanque divisão de competências regimentais a separar a residual e excepcional atuação correcional da atividade cotidiana de gestão de recursos humanos e a gerência administrativa, a cargo das projeções de gestão de pessoas e da via hierárquica, é de se ratificar que a Lei nº 8.112, de 1990, prevê o processamento e a possível sanção mesmo para determinadas e específicas infrações de natureza comportamental por parte de servidor. Em contraposição à regra geral de que a via hierárquica e a gestão de pessoas dispõem de ferramentas jurídicas mais razoáveis e proporcionais para solucionar conflitos do dia a dia da repartição e à consequente postura cautelosa e de mínima intervenção com que a própria matéria disciplinar se posiciona em face de condutas de aspecto meramente comportamental, ratifica-se e reforça-se que o desrespeito à hierarquia, quando presente, assume relevância e não pode ser liminarmente tolerado.

Na mesma linha de delimitação regimental de competências de atuação na RFB, não há que se provocar a atuação da subinstância disciplinar para situações em que se configura apenas a contestação de atos cometidos em subinstância fiscal. Com isto, não cabe ao sistema correcional apreciar casos em que, equivocadamente, o contribuinte contesta atos fiscais contra ele cometidos e clama pela “correição” de tais atos, uma vez que reclames afetos à matéria fiscal competem, por óbvia questão de preservação das competências, à repartição fiscal local. O termo “correcional”, diferentemente da forma abrangente e equivocada como

por vezes pode ser empregado pelo leigo contribuinte, deve ser compreendido restritivamente para a subinstância disciplinar, não podendo ser confundido com uma inexistente competência para corrigir, refazer, reformar atos que competem a outras unidades regimentais da instituição (e nem mesmo para ordenar que se façam providências).

Não há que se confundir as competências estabelecidas no inciso V do art. 330 e no inciso VI do art. 332, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB, que concedem ao Corregedor e ao Chefe de Escor competências atinentes à realização de ação fiscal ou à sua revisão com o inexistente poder de determinar o modo de atuar da matéria fiscal.

Advirta-se que não há via hierárquica ligando o Escor e a Coger às unidades locais ou regionais, de forma que a estrutura correcional não se configura competente para interposições recursais de matéria fiscal. À vista da sabida repartição de competências sempre consagrada nos consecutivos Regimentos Internos da RFB, não compete a Chefe de Escor e nem mesmo ao Corregedor rever ato de Agente, Inspetor, Delegado e Superintendente da Receita Federal do Brasil, devendo todo este tipo de provocação ser liminarmente encaminhado à autoridade fiscal competente. A satisfação da máxima constitucional do direito ao inconformismo e da instauração de esfera recursal por parte do contribuinte também deve se ater ao rito estabelecido pela legislação de regência do processo administrativo fiscal, em que, em primeiro grau, a unidade competente é a Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil (DRJ) da jurisdição, sendo certo que o regramento regimental interno não permite que a subinstância correcional imiscua-se em tais meandros da subinstância fiscal.

Sem prejuízo das garantias de o contribuinte requerer à autoridade fiscal nos assuntos afetos àquela subinstância, no que se refere especificamente à competência regimental do sistema correcional, ou seja, matéria disciplinar, não é de se dar relevância às suas vagas, genéricas e imprecisas alegações, que, em regra, traduzem manifestações de inconformismo com a prática e com a operacionalidade da atuação fiscal.

3.2.3.4 - Outras Hipóteses de Possível Exclusão de Materialidade ou de Autoria

Além dos temas abordados no tópico anterior, também deve ser objeto de muita cautela, por parte do sistema correcional, a notícia de extrapolação ou a perda de prazos processuais por parte do servidor, na subinstância fiscal ou em qualquer atividade funcional que requeira iniciativas, diligências ou providências em determinado lapso temporal. Em cenários de carência de pessoal e excesso de tarefas, em contexto de boa-fé, não necessariamente cabe algum tipo de responsabilização ao servidor em cuja carga estava, por exemplo, um processo em que o direito da Administração decaiu ou em que a ação de ordem pública prescreveu ou em que o contribuinte recuperou um status processual mais favorável (como reaquisição de espontaneidade, por exemplo). Salvo casos extremos de conduta omissiva dolosa ou de conduta reiterada a ponto de configurar desídia, a extrapolação ou a perda de prazos, ainda que acarrete algum tipo de prejuízo (material ou imaterial) à Administração não necessariamente deve ser compreendido de forma apriorística como ensejador de ilicitude disciplinar.

No mesmo rumo, convém alertar, com muita reserva e cautela, que, pela própria natureza da matéria jurídica, não raro se configura a situação de dois ou mais servidores divergirem no entendimento, na aplicação ou na interpretação de normas ou de conceitos. Em tese, desde que não caracterizada má-fé de qualquer um dos dois lados, não se configura, em princípio, ilícito disciplinar com a mera discordância, ainda que envolvendo servidores com vinculação hierárquica. Não se cogita de insubordinação por parte do servidor hierarquicamente inferior, em relação a seu superior hierárquico, em razão do lícito embate de ideias. Ademais, é inerente da atividade administrativa, fortemente hierarquizada, o poder de rever seus próprios atos. E, muitas das vezes, isto se dá em função tão somente de diferentes

interpretações ou entendimentos, sem que se confunda em afirmar que a postura a ser reformada decorreu de ato ilícito, passível de responsabilização via subinstância disciplinar. Soaria como irrazoável e desproporcional emprestar repercussão disciplinar a discussões, questionamentos e divergências de interpretação onde realmente cabem tais digressões, como de fato ocorre em diversos campos inexatos, polêmicos, controversos ou duvidosos do ordenamento legal e infralegal. Afastada da presente abordagem a inobservância isolada, pessoal, individualizada, recalcitrante e injustificada de parte de um servidor em em face de uma norma que não suscita discussão em todo o restante do corpo funcional a que se dirige e sobre o qual incide e vincula, eventual interpretação divergente e até mesmo eventual recusa em seguir a tese abraçada por um superior hierárquico não deve ser objeto de repercussão disciplinar.

Também não se enquadra, em princípio, na abrangência objetiva, o regular exercício do direito de greve por parte do servidor, em face da inexistência de lei específica que regulamente este direito, previsto no inciso VII do art. 37 da Constituição Federal (CF). A adesão pacífica e ordeira, por parte do servidor, ao movimento paredista (em que se inclui não somente a greve em sentido estrito mas também as paralisações e as operações de retardamento de procedimentos administrativos, tais como operações-padrão), não deve acarretar, *a priori*, a instauração de processos disciplinares para punir os servidores como faltoso ao serviço ou como descumpridor de deveres de dedicação ou de obediência hierárquica. É de se lembrar que, em face da inércia legislativa, que não pode limitar o exercício de um direito subjetivo, têm o Poder Judiciário e a doutrina reconhecido o exercício do direito de greve.

Havendo a deflagração de determinado movimento paredista, sobretudo se conclamado pela unidade de representação classista-sindical, e os servidores (sejam os sindicalizados, sejam até mesmo os não sindicalizados) que venham a aderir à conduta adotada pela maioria da categoria no devido foro representativo, atuando ou deixando de atuar dentro dos limites votados, não incorre em ilicitude. E a construção de tal entendimento supera posicionamentos políticos do momento, resumindo-se tão somente a uma construção jurídica. A conduta omissiva ou comissiva do servidor, de não cumprir determinada atribuição legal ou de não cumprir determinada ordem superior ou de se ausentar ao serviço, até pode sim configurar a ilicitude formalmente descrita na norma, em analogia à tipicidade; mas não atingirá o patamar de ser antijurídica ou contrária ao Direito, uma vez que terá sido praticada ao amparo da excludente de ilicitude descrita como exercício regular de direito - qual seja o direito à greve, ainda que não devidamente regulamentado.

> *STF, Mandado de Injunção n° 20: "Ementa: Mandado de injunção. Direito de greve - Constituição, art. 37, VII. 2. Legitimado este sindicato a requerer mandado de injunção, com vistas a ser possibilitado o exercício não só de direito constitucional próprio, como dos integrantes da categoria que representa, inviabilizado por falta de norma regulamentadora. Precedente no Mandado de Injunção n° 347-5-SC. 3. Sindicato da área de educação de Estado-Membro. Legitimidade ativa. 4. Reconhecimento de mora do Congresso Nacional, quanto à elaboração da lei complementar a que se refere o art. 37, VII, da Constituição. Comunicação ao Congresso Nacional e ao Presidente da República."*
>
> *STF, Mandado de Injunção n° 438: "Ementa: Direito de greve no serviço público: o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato*

> *exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. Mandado de injunção coletivo: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela constituição. Precedentes e doutrina."*
>
> *"Por fim, a inassiduidade do servidor, se verificada em razão da adesão deste à movimentos grevistas, não importa em ofensa ao artigo 116, X, a menos que a greve seja declarada ilegal pelo Poder Judiciário e o servidor se recuse a retornar ao trabalho.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 282, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Obviamente, isto não afasta a possível repercussão disciplinar em atos que, transbordando o exercício do direito, o servidor cometa evidente ilegalidade associada, ainda que indiretamente, às atribuições legais do cargo. Pode-se mencionar hipóteses de emprego de excesso ou de abuso de direito, tais como agressão física a alguém, dilapidação de patrimônio público, a título de exemplos não exaustivos. Também se poderia cogitar, ao menos em tese, de incursão em ilicitude na manutenção da conduta paredista depois de o movimento ter sido declarado ilegal pelo Poder Judiciário ou na manutenção de determinada conduta além do que o Poder Judiciário ter declaro como legal.

Excluindo tais hipóteses, para que o poder disciplinar atuasse em situações relacionadas ao exercício daquele direito, seria necessário criar regras para a solução dos casos concretos, o que substituiria a própria vontade do legislador, invertendo (ou subvertendo) a ordem jurídica, uma vez que tais normas de conduta não podem ficar ao alvedrio da Administração, da unidade de correição ou dos membros de comissão disciplinar.

Não obstante o acima exposto, é de se mencionar o comando do Decreto nº 7.777, de 24 de julho de 2012, em seus arts. 1º a 3º, que determina a adoção, por parte da Administração, de procedimentos simplificados para a manutenção ou realização de serviços ou atividades em caso de greve, paralisação ou operações de retardamento de procedimentos, destacadamente no que diz respeito à liberação de veículos e mercadorias no comércio exterior, reportando à possível responsabilização disciplinar em caso de descumprimento. Em consequência, foi editada a Portaria MF nº 260, de 26 de julho de 2012, regulamentando o tempo médio de desembaraço aduaneiro acima do qual passa a vigorar procedimento simplificado de liberação nas condições de movimentos paredistas ou similares, em especial nos seus arts. 1º e 3º.

> *Decreto nº 7.777, de 2012 - Art. 1º Compete aos Ministros de Estado supervisores dos órgãos ou entidades em que ocorrer greve, paralisação ou retardamento de atividades e serviços públicos:*
> *I - promover, mediante convênio, o compartilhamento da execução da atividade*

> *ou serviço com Estados, Distrito Federal ou Municípios; e*
> *II - adotar, mediante ato próprio, procedimentos simplificados necessários à manutenção ou realização da atividade ou serviço.*
> *§ 1º As atividades de liberação de veículos e cargas no comércio exterior serão executadas em prazo máximo a ser definido pelo respectivo Ministro de Estado supervisor dos órgãos ou entidades intervenientes.*
> *§ 2º Compete à chefia de cada unidade a observância do prazo máximo estabelecido no § 1º.*
> *§ 3º A responsabilidade funcional pelo descumprimento do disposto nos §§ 1º e 2º será apurada em procedimento disciplinar específico.*
> *Art. 2º O Ministro de Estado competente aprovará o convênio e determinará os procedimentos necessários que garantam o funcionamento regular das atividades ou serviços públicos durante a greve, paralisação ou operação de retardamento.*
> *Art. 3º As medidas adotadas nos termos deste Decreto serão encerradas com o término da greve, paralisação ou operação de retardamento e a regularização das atividades ou serviços públicos.*
>
> *Portaria MF nº 260, de 2012 - Art. 1º O despacho aduaneiro de mercadorias importadas, nas condições de que trata o art. 1º do Decreto nº 7.777, de 24 de julho de 2012, observará as disposições desta Portaria.*
> *Art. 3º A DI cujo tempo decorrido de despacho aduaneiro, diminuído dos tempos correspondentes às hipóteses referidas nos incisos do § 1º do art. 2º, apresente desvio superior em trinta por cento ao parâmetro médio da respectiva unidade de despacho, sem pendência de entrega documental ou de cumprimento de exigência fiscal, poderá ser objeto de entrega da mercadoria, sem restrição de uso, antes de seu desembaraço aduaneiro, por reclamação do importador na forma e condições disciplinadas pela RFB.*

Por fim, relembre-se que, em **3.2.1.1**, sob ótica inclusiva, se listaram condutas criminosas que, independentemente de terem ou não expresso albergue material na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (já que apenas algumas daquelas se enquadram no inciso I do seu art. 132), podem ter autônoma repercussão disciplinar, por requererem ou ao menos por contemplarem a possibilidade de seu cometimento se associar ao múnus público exercido pelo agente. Daí, em complemento àquele tópico supramencionado, agora em viés oposto, ou seja, excludente do interesse correcional, se mencionam condutas criminosas que podem ser cometidas por qualquer autor, sem nenhuma relação com a condição de ser agente público.

Daí, também não provocam processo disciplinar, em princípio, as hipóteses de crimes comuns, elencados nos mais diversos dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP) e de demais leis penais esparsas. E de outra não poderia ser. Refoge completamente ao bom senso cogitar de que um agente público que porventura incorra em crimes - a mero título de exemplos fortemente figurativos - de sequestro, tráfico de entorpecentes, homicídio e tantos outros venha a ser objeto de representação funcional dirigida ao sistema correcional administrativo. Obviamente não se quer dizer que tais condutas restarão imunes e à margem do ordenamento, pois, decerto, serão alvo da grave atuação do Poder Judiciário, ao manejo do Direito Penal contra o criminoso.

Ademais, acrescente-se e reitere-se que, diante da extrema gravidade e do relevante grau de repulsividade social de determinadas condutas criminosas, caso o juiz criminal condene com pena privativa de liberdade superior a quatro anos, pode ainda, conforme lhe faculta a alínea “b” do inciso I do art. 92 do CP, declarar a perda do cargo, em ato de excepcional repercussão da vida privada sobre o múnus funcional do servidor - mas tal repercussão se dá à margem do sistema correcional, devendo se compreender como uma ordem judicial, dirigida para imediato e pronto acatamento pela Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep), sem processo disciplinar, uma vez que o agente já teve asseguradas todas

garantias de defesa no rito cauteloso, contraditório e defensivista encartado no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP).

Ressalve-se, não obstante o acima exposto, à luz do que aduzirá em **4.7.4.1**, que os crimes contra a Administração Pública, previstos nos arts. 312 a 326 do CP, que requerem a condição especial de o agente ser servidor, por terem enquadramentos autônomos na Lei nº 8.112, de 1990, diferentes do inciso I do seu art. 132 (e também do inciso IX do seu art. 132), merecem apuração disciplinar, independentemente da instância penal.

3.2.3.5 - Apurações Disciplinadas em Normas Diferentes da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990

As duas matérias que se seguem possuem previsões legais específicas para o poder-dever de apuração, de forma que, em princípio, não necessariamente são realizadas nos moldes do rito processual da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (o que não se confunde com vedar sua adoção subsidiária). Desta forma, em um primeiro momento, não estão inseridas na competência da Corregedoria (Coger) ou dos Escritórios de Corregedoria (Escor), não devendo ser enviadas a estas unidades as respectivas notícias de irregularidade.

3.2.3.5.1 - Responsabilização de Intervenientes em Comércio Exterior

Neste primeiro caso, conforme já permitido desde a norma infralegal que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito do Ministério da Economia (ME) - a saber, a Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, no inciso I do art. 2º -, a apuração de responsabilidade de despachantes aduaneiros, seus ajudantes e demais intervenientes em comércio exterior fica a cargo da repartição aduaneira em que se constata a irregularidade, de acordo com a rito próprio previsto no art. 76 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003. Esta previsão normativa se reflete na norma de regência interna de apurações de irregularidades funcionais no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), qual seja, no inciso I do art. 3º da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017.

> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 2º O disposto no art. 1º não abrange a apuração de:*
> *I - responsabilidade dos intervenientes nas operações de comércio exterior, bem assim os respectivos recursos, nos termos do art. 76 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003;*
>
> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 3º O disposto no art. 1º não abrange a apuração de:*
> *I - responsabilidade dos intervenientes nas operações de comércio exterior, nos termos do art. 76 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003;*

Por óbvio, havendo indício da coparticipação culposa ou dolosa de servidores na infração, por mero ato funcional que afronte os controles aduaneiros e as normas de comércio exterior, a apuração no tocante a estes compete ao respectivo Escritório de Corregedoria (Escor), permanecendo com a repartição aduaneira somente a competência da apuração relativa aos intervenientes. Ressalve-se que, se o fato se restringir a dano ou desaparecimento de mercadorias apreendidas sob a guarda da RFB, mesmo que se possa cogitar de responsabilização de servidor (sendo ainda uma mera possibilidade, por ainda não haver elementos probatórios suficientes do fato em si ou da existência ou não de ânimo subjetivo culposo ou doloso ou ainda por necessidade de se quantificar o valor do prejuízo), a matéria não deve ser de imediato levada a conhecimento do Escor, sem prejuízo da apuração em relação aos intervenientes externos. Mesmo havendo tal possibilidade, o caso deve ainda

permanecer na unidade aduaneira, para que se promova a investigação prevista no § 3° do art. 3º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017 (mediante sindicância investigativa) - de forma similar como também estabelece o 3 2º do art. 2º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 (conforme se discorrerá em **3.2.3.5.2**).

A Lei nº 10.833, de 2003, em seu art. 76, instituiu um único rito sumário para apuração de irregularidades cometidas por qualquer interveniente em operação de comércio exterior (importador, exportador, despachante aduaneiro e ajudante, transportador, agente, depositário, perito), competindo à autoridade aduaneira aplicar as penas específicas previstas. Neste caso específico, sem participação do servidor, a questão merece solução a cargo apenas da unidade aduaneira, não tendo nenhum interesse correcional.

> *Lei nº 10.833, de 2003 - Art. 76. Os intervenientes nas operações de comércio exterior ficam sujeitos às seguintes sanções:*
> *I - advertência (...)*
> *II - suspensão (...)*
> *III - cancelamento ou cassação do registro, licença, autorização, credenciamento ou habilitação (...)*
> *§ 8º Compete a aplicação das sanções:*
> *I - ao titular da unidade da Secretaria da Receita Federal responsável pela apuração da infração, nos casos de advertência ou suspensão; ou*
> *II - à autoridade competente para habilitar ou autorizar a utilização de procedimento simplificado, de regime aduaneiro, ou o exercício de atividades relacionadas com o despacho aduaneiro, ou com a movimentação e armazenagem de mercadorias sob controle aduaneiro, e serviços conexos, nos casos de cancelamento ou cassação.*
> *§ 9º As sanções previstas neste artigo serão aplicadas mediante processo administrativo próprio, instaurado com a lavratura de auto de infração, acompanhado de termo de constatação de hipótese referida nos incisos I a III do "caput".*

3.2.3.5.2 - Dano e Desaparecimento de Bem

De imediato, faz-se necessário estabelecer o enfoque extenso da presente abordagem, que inclui todas as hipóteses de dano (avaria ou quebra) ou de desaparecimento (perda, extravio, furto ou roubo) de qualquer tipo de material que possa ser incluído na abrangente expressão "bem público".

Isto porque, primeiramente, o termo "material" empregado pela Instrução Normativa (IN) Sedap nº 205, de 8 de abril de 1988, em seu sentido mais estrito, alberga os bens devidamente patrimoniados pela Administração, incluindo obviamente os bens duráveis ou que fazem parte de seu ativo permanente e excepcionalmente até alguns bens de consumo que possuam valor relevante. Mas aquela expressão alberga não só os bens já incorporados ao patrimônio público como também inclui aqueles bens ou mercadorias retidos ou apreendidos, ainda sob custódia, que teriam emprego após a destinação formalmente prevista em norma, visto já serem itens sob domínio do Estado, mesmo que provisoriamente. E, por fim, apenas e cada vez mais residual (à vista da quase integralidade dos processos digitais, com suporte documental em meio digital, formalizados no Sistema Processo Eletrônico - e-Processo), pode-se considerar que inclui ainda os processos administrativos físicos (com suporte documental em papel) danificados ou extraviados, uma vez que parte do que aqui se exporá para bens ou materiais, em termos procedimentais, pode ser adaptado também para aquela espécie de processo, embora tenham natureza distinta daqueles objetos.

Firmado este enfoque abrangente, convém então destacar que, nas hipóteses de dano ou desaparecimento de bem (termo doravante usado, em sentido lato, englobando bens

públicos propriamente ditos, mercadorias apreendidas até os residuais processos administrativos físicos) é comum configurar prejuízo ao erário e/ou a terceiro, o que remete ao conceito de responsabilidade civil, cuja índole não é punitiva, mas sim patrimonial e indenizatória, de acordo com **3.2.1** e **4.14.1** (a cuja leitura complementar se remete), apurada, em regra, em rito judicial.

Ainda introdutoriamente, vez que aqui se interessa em abordar o prejuízo (ou dano) ao erário, convém estabelecer a definição de erário, em contraposição a patrimônio público. O termo "erário", como sinônimo de cofres públicos, reflete a ideia de dinheiros ou recursos públicos e abarca todos os valores monetários e mobiliários ou bens e mercadorias em poder da Administração e destinados à venda ou de qualquer forma conversíveis em moeda. Daí, erário ou cofres públicos significam, em síntese, delimitadamente, o conjunto de bens e de interesses de natureza econômico-financeira de cada um dos entes federados, quais sejam, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, relevando para o presente o que concerne à União. Diferentemente, de forma mais abrangente, a expressão "patrimônio público" (ou patrimônio nacional) alcança não só os bens e direitos de valor econômico, mas também aqueles de natureza artística, histórica, turística ou estética pertencentes a cada ente federado, conforme se mantém até os presentes dias a definição estabelecida pelo § 1º do art. 1º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, a chamada Lei da Ação Popular. Daí, patrimônio público ou nacional significa, em síntese, todos os bens públicos permanentes ou de consumo, materiais ou imateriais, ainda que não destinados à venda e não conversíveis em dinheiro.

Tem-se que, em princípio, a simples comprovação de que, objetivamente, de fato, ocorreu o desaparecimento ou o dano de um bem *lato sensu* não necessariamente implica responsabilização disciplinar para o servidor cujo nome consta do respectivo termo de responsabilidade ou que o tinha em uso ou guarda ou carga no momento da ocorrência do sinistro. Sob ótica meramente conceitual para este tema (antes de adentrar nas especificidades do ordenamento de regência), não se tolera cogitar de responsabilização meramente objetiva - ou seja, à vista apenas de que objetivamente um fato criticável ocorreu - para fim punitivo, sem a comprovação do ânimo subjetivo do responsável.

Como resta óbvio que não há necessária e direta vinculação entre ter o nome no termo de responsabilidade ou deter o bem no momento do sinistro e atuar ou se omitir a favor da ocorrência, não se deve confundir, pela simples similaridade das expressões, "termo de responsabilidade" com "responsabilização civil-administrativa" de que trata o art. 124 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Primeiramente porque é provável que, na maioria das vezes, o fato sequer justifique responsabilização de índole subjetiva a quem quer que seja. E, mesmo no caso específico de se cogitar de possibilidade de responsabilização, até pode coincidir de o responsável pelo ilícito ser aquele que assinou o termo de responsabilidade e/ou ser aquele que detinha o bem no momento do fato, mas também pode ser que estes agentes não sejam as mesmas pessoas.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.*

Neste rumo, embora se refira especificamente à tutela de sua competência (reparação civil), é perfeitamente aplicável também à instância disciplinar a seguinte manifestação exarada pelo Tribunal de Contas da União (TCU):

> *TCU, Tomada de Contas nº 450.131/96-3, Relatório: "No caso em exame, os fatos são estes: os agentes públicos receberam alguns objetos integrantes do patrimônio da entidade e deles passaram recibo. Este documento constitui termo de responsabilidade. Os objetos foram subrepticiamente subtraídos das salas da repartição por terceiro desconhecido. A autoria do ilícito não foi descoberta pelo procedimento legal específico. Com fundamento nesses fatos, entende o Ministério Público que os elementos apresentados são insuficientes*

> *para precisar, adequadamente, a responsabilidade da autoridade administrativa.*
> *Voto: Deverão ressarcir o Erário aqueles que, dolosa ou culposamente, derem causa a prejuízo ao patrimônio público. No caso vertente, conforme bem assinalado pelo representante do 'Parquet', tal hipótese não restou configurada nos autos. O 'Termo de Responsabilidade' somente obrigará o respectivo signatário a responder subsidiariamente pelo desvio do bem sob sua guarda caso se comprove que sua conduta contribuiu para o desaparecimento do mesmo."*

De toda forma, recomenda-se ao servidor signatário do termo de responsabilidade e/ou detentor do bem objeto de furto ou roubo que registre a ocorrência policial, na Polícia Federal - PF (conforme competência estabelecida nos incisos I e IV do § 1º do art. 144 da Constituição Federal - CF), e comunique o fato a seu chefe imediato (esta comunicação à chefia é recomendável também no caso de dano causado ao bem, mesmo sem sua perda).

A imputação de que foi determinado servidor que, com intenção, negligência, imperícia ou imprudência, danificou ou extraviou o bem (ou propiciou que terceiro o fizesse) pode decorrer de várias formas juridicamente lícitas de comprovação, meramente administrativas ou até judiciais. Para este efeito jurídico, desponta primeiramente o reconhecimento não litigioso por parte do próprio servidor, como, por exemplo, o termo de ajustamento de conduta - TAC, previsto na IN CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, e já exposto em **2.5.7**. Na sequência, mencionem-se ritos apuratórios administrativos mais comuns com garantias de defesa, em que, além da sindicância disciplinar e do PAD, como principais exemplos de procedimentos contraditórios e mais elaborados, pode-se citar a sindicância ou o processo administrativo simplificado instruídos pelos mínimos atos processuais exigidos na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e instaurados pelo gestor local da unidade de ocorrência do fato, para apurar e quantificar o dano; ou ainda, mais residualmente, a tomada de contas especial - TCE, abordada no **Anexo II**. Por fim, pode ser necessário provocar apurações até em processos civis judiciais (ação de reparação de dano - ou ação indenizatória - ou ação específica para apurar a responsabilidade civil e até, em extremo, ação civil pública de improbidade administrativa), antes mesmo de apurações administrativas, à vista da consagrada independência das instâncias.

Ainda sob a ótica meramente conceitual, sem abordar as liberalidades que o ordenamento pátrio previu para o tema, não se cogita de responsabilizar disciplinarmente um servidor, impondo-lhe em seu assentamento funcional a conclusão de que cometeu ilícito disciplinar e aplicando-lhe a pena associada, sem antes se ter comprovado, no devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, que ele, no exercício de seu cargo, agiu com culpa ou dolo em sua conduta acarretadora de dano ou perda de bem.

Menos ainda se pode cogitar de responsabilizar indistintamente um grupo de servidores pelo simples fato de todos trabalharem no local onde se deu o sinistro com determinado bem, sem o devido processo legal. Não se tolera diluição da responsabilização entre diversos servidores se for impossível a individualização ou se a Administração não for capaz de identificar o responsável, conforme assentam a Advocacia-Geral da União (AGU), em seu Parecer AGU nº GM-1, e o Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), em sua Formulação Dasp nº 261, e a doutrina.

> *Parecer AGU nº GM-1, vinculante: "Ementa: A imputação administrativa da responsabilidade civil exige que se constate a participação de todos os envolvidos nas irregularidades, considerados individualmente.*
>
> *Formulação Dasp nº 261. Responsabilidade administrativa*
> *A responsabilidade administrativa deve ser individualizada no respectivo processo, vedada, na impossibilidade de indicação do culpado, a sua diluição por todos os funcionários que lidaram com os valores extraviados.*

> *"(...) não se permite a extensão da responsabilidade, de modo genérico, quando não for possível a individualização da responsabilidade." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 184, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Na hipótese mais frequente para o presente tema, quando se tem notícia apenas genérica de dano ou de desaparecimento de bem, sem nenhum indício que aponte o possível autor ou responsável pelo fato, não se justifica, de plano, instaurar a onerosa e residual instância disciplinar, com todos os ônus que lhe são inerentes. Repisa-se aqui que o simples fato de se identificar quem tem o nome consignado em termo de responsabilidade e/ou quem tinha o bem sob guarda ou uso ou carga no momento do sinistro não tem o condão de autorizar qualquer ilação acerca de algo muito mais grave e residual, que é a possibilidade de responsabilização disciplinar. Somente se cogita de tal responsabilização se houver, no mínimo, indícios de conduta culposa ou dolosa de servidor.

O caso específico de a apuração de dano (avaria) ou desaparecimento (extravio, furto ou roubo) de bem transcorrer em via administrativa traz à tona a segunda exceção, de não aplicação do devido processo legal previsto na Lei nº 8.112, de 1990, e faz com que se abra um parêntese para abordar esta questão.

Assim, nesta segunda exceção, de ato causador de dano ou de desaparecimento de bem, quando não há indícios que *a priori* indicam possível autor ou responsável, não se tendo de imediato a quem se garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa, por meio de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar (PAD), inicialmente, fica a cargo da unidade de ocorrência do fato realizar um procedimento administrativo prévio, sem nenhuma participação da Corregedoria (Coger) ou do respectivo Escritório de Corregedoria (Escor). Se, neste primeiro momento, se está diante de uma notícia limitada objetivamente ao fato de que um bem foi danificado ou extraviado, ainda sem qualquer indício de responsabilização a servidor, não há nenhuma necessidade de a unidade local provocar, por meio de representação, o sistema correcional.

Em princípio, ainda limitado ao enfoque meramente conceitual, o que determina a necessidade de remessa da apuração para o sistema correcional não é o simples fato de se poder identificar quem estava com o bem no momento do sinistro, mas sim a possibilidade de se cogitar que algum servidor tenha agido com culpa ou dolo no evento danoso. Nesta abordagem inicial, o bem até poderia estar em mãos de algum servidor perfeitamente identificável quando ocorreu o sinistro e ainda assim o procedimento administrativo prévio se dará no âmbito da unidade local se não houver indícios de ânimo subjetivo (culpa ou dolo) na conduta.

Avançando para além do enfoque meramente conceitual e iniciando a análise sob a luz do ordenamento de regência, tem-se que a matéria havia sido disciplinada no âmbito do Poder Executivo federal pela Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da IN CGU nº 4, de 17 de fevereiro de 2009. Esta norma, além de ter revogado a já mencionada IN Sedap nº 205, de 1988, apenas no que se referia à obrigatoriedade de apuração de responsabilidade disciplinar decorrente de dano ou desaparecimento de bem de pequeno valor (a antiga norma não foi revogada nos tópicos em que aborda outros temas, tais como controle contábil e inventário de bens), também estabelecia uma apuração simplificada, a cargo da própria unidade de ocorrência do fato, à margem do sistema correcional, realizada por meio do instrumento processual chamado Termo Circunstanciado Administrativo (TCA).

O TCA se aplicava a casos de prejuízo de pequeno valor (assim entendido quando o preço de mercado - e não de registro contábil) para aquisição ou para reparação do bem extraviado ou danificado, limitado a R$ 17.600,00, igual ao limite de dispensa de licitação em modalidade convite para compras e serviços, na razão de 10% do teto de R$ 176.000,00 que autorizava o emprego desta modalidade licitatória (conforme a aplicação do percentual

previsto no inciso II do art. 24 sobre o valor atualizado constante da alínea “a” do inciso II do art. 23, ambos da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 2003, nos termos do Decreto n° 9.412, de 18 de junho de 2018). Tendo sido revogada a Lei nº 8.666, de 1993, este limite de dispensa de licitação para contratação de compras e serviços estaria no inciso II do art. 75 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e que seria o mesmo limite para o eventual dano, teria aumentado para R$ 50.000,00.

Mas estes dados acima servem a mero título de informação, pois a IN CGU nº 4, de 2009, foi expressamente revogada pela IN CGU/CRG nº 17, de 20 de dezembro de 2019, que reformulou o disciplinamento do termo de ajustamento de conduta (TAC). Consequentemente, o TCA foi excluído do ordenamento jurídico.

A leitura histórico-sistemática da normatização de regência indica que o primeiro tratamento jurídico que se deve tentar dar a caso de dano ou extravio de bem é a unidade de ocorrência do fato verificar se atende aos pré-requisitos normatizados para aplicação do TAC, conforme já exposto em **2.5.7**, a cuja leitura se remete. Conforme lá abordado, se interpreta que o TAC é uma ferramenta jurídica que, de certa forma, se oferece como alternativa substitutiva à sindicância disciplinar e tal linha de raciocínio se aplica perfeitamente, desde que atendidos alguns pré-requisitos normatizados, a determinadas condutas funcionais causadoras de dano ou extravio de bem.

A inteligência da aplicação do TAC para casos causadores de dano ou extravio de bem, claramente, foi a obtenção da eficiência e da racionalização do emprego dos recursos públicos, como uma solução de economia processual - sob determinadas condições de aplicação - ao oneroso rito disciplinar, cujo custo por vezes é desproporcional em relação ao prejuízo causado e ao benefício obtido.

Nesta linha teleológica, é defensável que, no caso de desaparecimento de processo administrativo físico, fato que não permite uma quantificação do dano ao erário (o extravio dos autos em nada se confundiria nem mesmo com eventual valor de crédito tributário ali discutido), para o emprego de TAC, basta verificar os demais pré-requisitos à margem de ressarcimento de dano.

Os pré-requisitos para aplicação do TAC se encontram positivados nos incisos I a III do *caput* do art. 2º da IN CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, que revogou a já mencionada IN CGU/CRG nº 17, de 2019. Para o foco de presente interesse, para que o caso de dano ou extravio de bem tenha solução no âmbito de TAC, de imediato, além de obviamente se ter identificado o possível autor a quem se ofertará o acordo, é necessário que a autoridade competente vislumbre e pondere, com os elementos de que dispõe de início, que a conduta pode ser tida como de menor potencial ofensivo, qual seja, que, independentemente se cometida por culpa ou por dolo, possa ser punida com pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias. Além disto, cumulativamente, deve verificar se não há registro nos assentamentos do servidor de celebração de outro TAC nos últimos dois anos e registro ainda válido de penalidade (três anos para advertência e cinco anos para suspensão) e que o dano ao erário já tenha sido ressarcido ou que o agente já tenha se comprometido a fazer o seu ressarcimento. Bastam estes requisitos; em outras palavras, a normatização de regência do tema abstrai do valor em si do dano ao erário para permitir a solução mediante TAC. Reitera-se que, até o regramento estabelecido pela IN CGU/CRG nº 4, de 2020, era necessário que o dano não superasse aquele valor de dispensa de licitação, de R$ 17.600,00, restrição que já não mais existe no ordenamento. A IN CGU/CRG nº 4, de 2020, não mais restringe um limite para aplicação do TAC em caso de dano: o TAC pode ser celebrado independentemente de valor do dano já ressarcido ou sob comprometimento de vir a sê-lo.

> *IN CGU/CRG nº 4, de 2020 - Art. 2º O TAC somente será celebrado quando o investigado:*
> *I - não tenha registro vigente de penalidade disciplinar em seus assentamentos funcionais;*
> *II - não tenha firmado TAC nos últimos dois anos, contados desde a publicação do instrumento; e*
> *III - tenha ressarcido, ou se comprometido a ressarcir, eventual dano causado à Administração Pública.*
> *Parágrafo único. O eventual ressarcimento ou compromisso de ressarcimento de dano causado à Administração Pública deve ser comunicado à área de gestão de pessoas do órgão ou entidade para aplicação, se for o caso, do disposto no artigo 46 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

Com isto, em termos mais práticos, de imediato já se limita o emprego do TAC para casos de dano ou extravio de bem: somente é permitido se já se sabe, de antemão, o autor da conduta e que, independentemente do valor do dano ao erário, que este já tenha sido ressarcido ou que haja comprometimento a fazê-lo, pois o acordo não é a ferramenta jurídica hábil para a discussão de natureza civil reparatória (já não mais deve haver discussão acerca do ressarcimento do dano) e que a conduta seja qualificada como de menor potencial ofensivo, punível no máximo com pena de suspensão de até trinta dias.

De se perceber também que, *a priori*, pelo menos sob ótica conceitual, a norma de regência não impede a aplicação do TAC à conduta dolosa causadora do dano ao erário, podendo a ferramenta simplificadora ser empregada indistintamente em casos de dano causado por dolo ou causado por culpa. Na prática, se sabe que punições com penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias se harmonizam melhor com condutas culposas (condutas, em gênero, de falta de zelo com a economia e com a conservação de bens) e que não é muito provável se cogitar de tais penas em decorrência de uma conduta dolosamente causadora de dano ao erário (uma conduta, em gênero, dilapidadora do patrimônio nacional ou até mesmo ímproba). Mas, por respeito à extensão teórica do debate, resta a obrigação de mencionar que o TAC pode albergar tanto condutas culposas como até condutas dolosas não ensejadoras de penas graves.

Diante do conhecimento de ocorrência de dano ou desaparecimento de bem, como em qualquer outra espécie de suposto ilícito disciplinar, inaugura-se a fase de admissibilidade, em cujo final cabe à autoridade regimentalmente competente emitir, em ato cognitivo, sua decisão, seu juízo de admissibilidade, para arquivamento do feito ou instauração de processo disciplinar.

Teoricamente, por força do inciso I do art. 22, do art. 29 e do inciso IV do art. 341, todos do Anexo I do Regimento Interno da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017, esta decisão em fase de admissibilidade pode caber tanto às autoridades correcionais (o Chefe do Escor da respectiva Região Fiscal da unidade de lotação - ou de exercício, se diferente - do servidor envolvido ou, excepcionalmente, o Corregedor) quanto a um rol de autoridades fiscais (os Subsecretários, o Chefe de Gabinete, os Chefes de Assessorias, os Coordenadores-Gerais, os Coordenadores Especiais, o Chefe do Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros (Cetad), os Superintendentes e os Delegados da Receita Federal do Brasil), cabendo mencionar ainda, pelo princípio da hierarquia, consagrado no art. 15 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, o Secretário Especial e o Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil. Reconhece-se, então, uma concorrência nesta competência, entre uma autoridade do sistema correcional (dependendo do cargo ocupado pelo servidor envolvido) e uma autoridade fiscal (dependendo se unidade central, regional ou local).

Ainda na leitura sistemática do Regimento Interno da RFB, depreende-se que a gerência de bens e materiais recai na própria unidade de localização destes ativos. Por

conseguinte, a vocação imediata para exercer a competência concorrente para emanar ato cognitivo de juízo de admissibilidade em casos de dano ou extravio de bem deve recair sobre o titular da unidade de ocorrência, ao amparo da sua chefia da projeção do processo de trabalho de materiais e logística (Coordenação-Geral de Programação e Logística - Copol e suas projeções regionais ou locais: Divisão, Serviço ou Seção de Programação e Logística - Dipol, Sepol ou Sapol). Visando à simplificação da análise, permite-se aqui cogitar de sempre coincidir a unidade de ocorrência do fato danoso com a unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor envolvido com o ocorrido.

Embora linhas acima já se tenha iniciado a explanação abordando as possibilidades de aplicação do TAC, antes de tudo, é de se abordar uma hipótese que antecede toda construção normativa exposta. A primeira possibilidade de análise que cabe a esta autoridade da unidade de localização do bem é verificar a existência de ânimo subjetivo (culpa ou dolo) na conduta de algum servidor que tenha causado o sinistro. Caso a fase de admissibilidade instaurada na unidade nem sequer logre identificar o possível autor, após ter esgotado os trabalhos investigativos, ou indique ao seu titular que o dano ao erário, de qualquer valor que seja, decorreu do uso regular do bem ou de fatores que independeram da ação de algum servidor - ou seja, que este não agiu nem com culpa e nem com dolo -, não há o que se prosseguir, arquivando-se aquele feito investigativo e remetendo cópia dos autos para o gestor patrimonial, a fim de se proceder apenas a controles contábeis internos (como a baixa do bem, por exemplo, caso a perda tenha sido completa).

Caso a fase de admissibilidade identifique e individualize a conduta funcional de determinado servidor, culposa ou até mesmo dolosa, como acarretadora de dano ao erário, de qualquer valor, já ressarcido ou com comprometimento de ressarcir e a considere de menor potencial ofensivo (punível com pena de advertência ou com pena de suspensão de até trinta dias) e este servidor não possua outro TAC em menos de dois anos e registro de pena válida em seus assentamentos, restam satisfeitos os pré-requisitos normativos para possibilitar a celebração de TAC. Nos termos do § 2º do art. 2º da IN CGU/CRG nº 4, de 2020, o ressarcimento do dano ao erário ou o comprometimento de ressarcir deve ser comunicado à respectiva projeção do processo de trabalho de gestão de pessoas (Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas - Cogep e suas projeções regionais ou locais: Divisão, Serviço ou Seção de Gestão de Pessoas - Digep, Segep ou Sagep), a fim de se proceder ao desconto pecuniário na forma do art. 46 da Lei nº 8.112, de 1990.

Além do desconto pecuniário, também pode-se acatar o ressarcimento do prejuízo ao erário sob formas de pagamento direto por meio de Guia de Recolhimento da União (GRU) ou, se for o caso, entrega de bem igual ou superior ao bem danificado ou extraviado ou ainda prestação de serviço (realizada por terceiro, não pelo servidor) que restitua o bem danificado.

Uma vez que, na mais comum das hipóteses, a celebração de TAC é cogitada ao fim da fase de admissibilidade, no *default* de tal rito transcorrer na própria unidade de situação do bem, cabe à autoridade que seria competente para instaurar processo disciplinar propor e, se for o caso de aceitação pelo servidor, celebrar o TAC, conforme o art. 4º da IN CGU/CRG nº 4, de 2020. Assim, esta proposta e a possível posterior celebração do TAC cabem àquelas já mencionadas autoridades fiscais acima.

Mas é de se ressalvar que os Subsecretários, o Chefe de Gabinete, os Chefes de Assessorias, os Coordenadores-Gerais, os Coordenadores Especiais, o Chefe do Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros (Cetad), os Superintendentes e os Delegados da Receita Federal do Brasil possuem competência correcional limitada a ilícitos puníveis com advertência (ou suspensão apenas em caso de reincidência). Na hipótese de a conduta ser ponderada como medianamente grave a ponto de fazer por merecer aprioristicamente pena já de suspensão de até trinta dias, nos termos dos parâmetros de dosimetria elencados no *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, e no art. 16 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019,

a competência para celebração de tal TAC recai sobre o Chefe de Escor ou sobre o Corregedor, não mais cabendo àquelas autoridades fiscais.

Acrescente-se que a celebração de TAC, ao fim da fase de admissibilidade, não necessariamente advém de oferta de ofício da autoridade com competência correcional instauradora, podendo também advir de pedido do próprio servidor, conforme prevê o art. 5º da IN CGU/CRG nº 4, de 2020. E, uma vez já instaurado o processo disciplinar, pode ainda o servidor ou a comissão processante, respectivamente, pedir ou sugerir àquela autoridade a celebração de TAC.

Também cabe relembrar que o TAC é uma ferramenta ao dispor da Administração. Em outras palavras, pode-se estar diante de caso em que, mesmo satisfeitos todos os pré-requisitos normativos e mesmo havendo pedido do servidor ou até sugestão da comissão, a autoridade competente entenda, por critérios técnico-estratégicos seus, pela não oferta ou pelo não deferimento e, consequentemente, e pela não celebração do acordo, podendo então a infração causadora de dano ao erário enquadrável como de menor potencial ofensivo redundar na instauração de processo disciplinar.

Sintetizando parágrafos acima com uma visão bastante prática do tema, se a conduta funcional causadora de dano ao erário, de qualquer valor, além de contar com ressarcimento, pode *a priori* ser solucionada no âmbito simplificador de TAC (ou seja, se, em primeira análise, se cogita de infração punível com pena de advertência ou no máximo de suspensão de até trinta dias, o que, na imensa maioria dos casos é quase uma expressão sinônima de o dano ou o desaparecimento do bem ter sido causado culposamente, mas sem prejuízo de até ser dolosamente) e se, cumulativamente, o servidor aquiesce a celebração, o TAC pode ser celebrado. Daí cabe o desdobramento da especificidade regimental da RFB. Se a autoridade localmente competente cogita de que a infração seria punível com pena de advertência, como *default* deste tipo de caso, o TAC pode ser celebrado por ela mesma, na própria unidade, sem participação da corregedoria. Se, de forma extremamente residual, esta autoridade localmente competente cogita de que a infração merece agravamento ponderado para pena de suspensão de até trinta dias, deve remeter a proposta de TAC para o respectivo Chefe de Escor (ou, excepcionalmente, para o Corregedor).

De outro lado, mesmo se a conduta funcional causadora de dano ou de desaparecimento de bem contar com ressarcimento e puder *a priori* ser solucionada no âmbito simplificador de TAC (ou seja, se, em primeira análise, se cogita de infração em geral culposa ou excepcionalmente dolosa punível com pena de advertência ou no máximo de suspensão de até trinta dias), basta que o servidor não aquiesça a celebração de TAC e é de se ter processo disciplinar, instaurado na própria unidade local se seu titular cogita de que a infração seria punível com pena de advertência, ou a ser provocado na unidade de correição, se aquela autoridade local cogita de que a infração merece agravamento ponderado para pena de suspensão de até trinta dias.

Ademais, caso aquela autoridade local até vislumbre os pré-requisitos normativos atendidos, mas não concorde com a concessão do benefício ao infrator, pode ela mesma instaurar o processo disciplinar decorrente se cogita de apenação por advertência ou remeter proposta instauradora para o respectivo Chefe de Escor (ou, excepcionalmente, para o Corregedor) se cogita de apenação por suspensão de até trinta dias.

Por fim, se a conduta causadora de dano ou de desaparecimento de bem, mesmo contando com ressarcimento, tiver sido cometida com dolo, o que, na imensa maioria dos casos, havendo indícios que demonstrem gravidade, prejudica bastante a possibilidade de apenação limitada à pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias, é de se cogitar de provocação ao respectivo Escor, para fase de admissibilidade própria com vista à instauração, ou não, de processo disciplinar, vez que se pode cogitar de pena expulsiva decorrente de

dilapidação patrimonial ou até improbidade administrativa. Havendo intenção de dilapidar e convicção apriorística de que o caso requer pena expulsiva, a construção acima (de remessa ao respectivo Escor) permanece válida, independentemente do valor do dano ao erário. Reitere-se que até se pode deixar aqui registrada a hipótese excepcional de conduta dolosa causadora de dano ao erário de baixo valor ainda ter TAC na própria unidade local, mas não soa provável.

Na hipótese que aqui se quer firmar como padrão para condutas causadoras de dano ou desaparecimento de bem, atendidos os requisitos normativos, a autoridade titular da unidade de ocorrência deve ofertar o termo, em que se descrevem obrigações e deveres, por prazo máximo de dois anos, e o agente se compromete e ajustar sua conduta, na linha dos comandos dos arts. 6º a 8º da IN CGU/CRG nº 4, de 2020. Na sequência, cabe à chefia imediata verificar o cumprimento, ou não, das obrigações pactuadas, sendo certo que o respeito às cláusulas acordadas afasta em definitivo processo disciplinar pelos mesmos fatos e, ao contrário, o não atendimento do acordo implica instauração ou retomada do rito disciplinar, sem prejuízo de segunda responsabilização decorrente de quebra do dever de lealdade institucional. E isto, sem prejuízo, obviamente, da provocação ao gestor patrimonial, a fim de se proceder a controles contábeis internos (como a baixa do bem, por exemplo, caso a perda tenha sido completa).

Percebe-se restarem ainda duas situações intermediárias: quando se tem configurado prejuízo ao erário, independentemente do valor, mas não se tem a possível identificação do servidor possivelmente responsável e/ou não se sabe se o dano ou o desaparecimento do bem decorreu de seu uso regular, sem culpa ou dolo, ou se decorreu de conduta culposa ou dolosa de determinado servidor identificado (dúvida esta, como já afirmado acima, muito se relaciona com a possibilidade ou não de configurar ilícito de menor potencial ofensivo). Nestes casos, por força das limitações impostas pela IN CGU/CRG nº 4, de 2020, pelo menos *a priori*, o TAC não se revela meio normatizado para a investigação, no âmbito da unidade local, da existência ou não de responsabilidade funcional.

Neste ponto de indefinições, é de se resgatar que, já desde a Portaria SRF nº 478, de 11 de maio de 2001, a RFB havia avançado na busca da ponderação entre a proporcionalidade do oneroso processo disciplinar e o bem jurídico tutelado na questão de dano ao erário de baixo valor. A Portaria RFB nº 4.491, de 6 de outubro de 2005, ao revogar aquela norma anterior e ao atualizar seus comandos, havia remetido todos os casos de dano ou de desaparecimento de bens (patrimoniados ou apreendidos) e também de extravios de processos administrativos à unidade local, determinando, respectivamente, nos incisos II a IV do seu art. 3º, a instauração de sindicância, a fim de que se investigassem indícios de culpa ou dolo na conduta do servidor para que, somente em caso positivo, se cogitasse de representação à instância correcional. Todavia, com a vigência da já mencionada e também revogada IN CGU nº 4, de 2009, estabelecedora do extinto TCA, como se tratava de norma de *status* jurídico superior (advinda do órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal - SisCor) e mais recente, àquela época, considerou-se alterado tacitamente o regramento da RFB.

Assim, para harmonizar com a norma superior, o ordenamento interno foi alterado, com a sucessiva edição das Portaria RFB nº 3.131, de 15 de junho de 2011, revogada pela Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, que atualmente dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da RFB. Estas duas normas mantiveram similares dispositivos, ratificando a mesma procedimentalização da IN CGU nº 4, de 2009, e que atualmente se lê no art. 3º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017.

Para os casos de operações com intervenientes do comércio exterior e de dano ou desaparecimento de processos administrativos, previstos nos incisos I e IV, se aplicariam, respectivamente, o rito definido pelo art. 76 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003,

conforme o § 1º, e a sindicância investigativa definida nos §§ 3º e 4º, todos do mesmo art. 3º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017. E para os casos de dano ou desaparecimento de bens patrimoniados ou apreendidos, previstos nos incisos II e III, nos termos do § 2º, todos também do mesmo comando normativo, se aplicaria a instrumentalização por meio de TCA, da forma prevista na norma IN CGU nº 4, de 2009, na condição de conduta no máximo culposa.

> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 3º O disposto no art. 1º não abrange a apuração de:*
> *I - responsabilidade dos intervenientes nas operações de comércio exterior, nos termos do art. 76 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003;*
> *II - dano ou desaparecimento de bem público de que trata a Instrução Normativa Sedap nº 205, de 8 de abril de 1988, da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República, quando não houver indícios de responsabilidade de servidor;*
> *III - dano ou desaparecimento de mercadorias apreendidas sob guarda da RFB, quando não houver indícios de responsabilidade de servidor; ou*
> *IV - desaparecimento de processo administrativo, quando não houver indícios de responsabilidade de servidor.*
> *§ 1º Está compreendido na definição de dano ou desaparecimento, constante nos incisos II, III e IV, aquele decorrente de caso fortuito ou de força maior, como nos casos de incêndios e acidentes naturais.*
> *§ 2º Quando aplicável, a Instrução Normativa CGU nº 4, de 17 de fevereiro de 2009, regerá as apurações de que tratam os incisos II e III, a cargo do Chefe do setor responsável pela gerência de bens e materiais na unidade administrativa.*
> *§ 3º As apurações de que tratam os incisos II e III não previstas no § 2º e a apuração de que trata o inciso IV dar-se-ão por sindicância investigativa instaurada pelo titular da unidade e poderá ser conduzida por sindicante ou comissão, preferencialmente com servidor(es) da própria unidade.*
> *§ 4º Se no decorrer da sindicância investigativa de que trata o § 3º forem identificados indícios de responsabilidade de servidor pelo dano ou desaparecimento, o sindicante ou a comissão deverá fazer os autos conclusos à autoridade que o(a) designou, mediante relatório circunstanciado, o qual se constituirá na representação para fins de instauração de sindicância disciplinar ou de PAD, nos termos do art. 2º.*

Este regramento interno também segue praticamente reproduzido no ordenamento infralegal da atual Corregedoria do Ministério da Economia (Coger-ME), conforme se verifica nos incisos I a IV e nos §§ 1º a 4º do art. 2º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Pasta.

> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 2º O disposto no art. 1º não abrange a apuração de:*
> *I - responsabilidade dos intervenientes nas operações de comércio exterior, bem assim os respectivos recursos, nos termos do art. 76 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003;*
> *II - dano ou desaparecimento de bem público de que trata a Instrução Normativa Sedap nº 205, de 8 de abril de 1988, da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República;*
> *III - dano ou desaparecimento de mercadorias apreendidas sob guarda das unidades do Ministério da Fazenda; e*
> *IV - desaparecimento de processo administrativo, quando não houver indícios de responsabilidade de servidor.*
> *§ 1º Está compreendido na definição de dano ou desaparecimento, constante nos incisos II, III e IV, aquele decorrente de caso fortuito ou de força maior, como nos casos de incêndios e acidentes naturais.*

> *§ 2º As apurações de que tratam os incisos II e III, a cargo do Chefe do setor responsável pela gerência de bens e materiais na unidade administrativa, se darão nos termos da Instrução Normativa CGU nº 4, de 17 de fevereiro de 2009.*
> *§ 3º A apuração de que trata o inciso IV se dará por sindicância instaurada pelo titular da unidade e poderá ser conduzida por sindicante ou comissão, preferencialmente com servidor(es) da própria unidade.*
> *§ 4º Se no decorrer da sindicância de que trata o § 3º forem identificados indícios de responsabilidade de servidor pelo extravio de processo administrativo, o sindicante ou a comissão deverá fazer os autos conclusos à autoridade que o(a) designou, mediante relatório circunstanciado, o qual se constituirá na representação para fins de instauração de processo administrativo disciplinar pela unidade correcional competente.*

Obviamente, com a vigência da IN CGU/CRG nº 4, de 2020, já extinto o TCA e estendida a aplicação do TAC para casos culpospos ou até mesmo excepcionalmente dolosos de dano ou desaparecimento de bem causadores de prejuízo ao erário independente de valor, os §§ 2º e 3º do art. 3º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, e os §§ 2º e 3º do art. 2º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, restam tacitamente revogados na forma como se encontram redigidos, clamando por uma atualização de sua redação. Destes regramentos, apenas o tratamento a ser dado a operações com intervenientes do comércio exterior, em seus respectivos incisos I, continua válido e inalterado.

Como já afirmado linhas acima, superados pela vigente IN CGU/CRG nº 4, de 2020, os comandos dos §§ 2º e 3º do art. 3º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, e dos §§ 2º e 3º do art. 2º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, que ordenavam o emprego de TCA e de sindicância investigativa, é certo que as hipóteses de dano ou desaparecimento de bem público e de mercadoria apreendida e de desaparecimento de processo administrativo físico devem, de imediato, serem tratadas no âmbito de TAC, na unidade de ocorrência, desde que atendidos os pré-requisitos (alcance da pena, registros em assentamentos e aquiescência do servidor).

Por outro lado, nos casos residuais que não atendem de imediato as condicionantes de aplicabilidade do TAC, o tratamento para instrumentalizar a fase de admissibilidade, antes de se cogitar de instaurar processo disciplinar por tais materialidades, deve ser primeiramente a instauração de sindicância investigativa, ainda no âmbito da unidade local.

Assim, resta aqui a necessidade de se abordar esta sindicância investigativa, mencionada no § 4º do art. 3º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, e no § 4º do art. 2º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, aplicável às possibilidades residuais aventadas acima, quando não se tem o possível responsável por dano ou desaparecimento de bem causador de prejuízo ao erário, independentemente de valor, e/ou quando se tem a necessidade de investigar se houve ânimo subjetivo ou não na conduta de determinado servidor em dano ou desaparecimento de bem causador de prejuízo, também independente de valor. Muito residualmente, até pode se acrescentar ainda a possibilidade de, quando mesmo se sabendo quem é o autor e até podendo se inferir o ânimo subjetivo de sua conduta danosa, mas não se sabe o valor do prejuízo ao erário e este esclarecimento se faz relevante para a decisão do prosseguimento a ser dado ao caso; ou em alguma hipótese ainda mais residual que não se enquadre em todas as possibilidades acima aventadas.

A competência para tal instauração deste rito meramente investigativo repousa nas genéricas competências regimentais dos titulares de unidades fiscais (titulares de unidades centrais, Superintendente, Delegado, Inspetor e Agente da Receita Federal do Brasil), em nada se confundindo com a restrita competência regimental para instaurar processo disciplinar. Esta sindicância investigativa, não possuindo expressa previsão e disciplinamento em lei, pode ser conduzida por somente um sindicante ou por comissão integrada por

quantidade de servidores a critério da autoridade, com o único requisito de obrigatoriamente serem todos lotados na própria unidade de ocorrência do fato. A praxe administrativa tem sido adequar a esta sindicância investigativa, no que for cabível, o rito que a Lei nº 8.112, de 1990, estabelece para a instância disciplinar (por exemplo, o sindicante ou comissão pode redigir atas de deliberação, emitir documentos de comunicação, ouvir testemunhas, realizar diligências e demais atos de instrução e, ao fim, elaborar relatório propositivo para a autoridade local; mas, por sua natureza apenas inquisitorial, não pode acusar ninguém, nem concluir por responsabilização).

Diante das lacunas conclusivas que restaram, se a sindicância investigativa, após esgotar suas investigações, concluir tão somente pelos fatos objetivos de que realmente ocorreu o prejuízo ao erário, independentemente de valor, em decorrência de dano ou desaparecimento de bem, sem nada conseguir levantar acerca de conduta subjetiva do suposto autor ou responsável (ou seja, acerca de conduta culposa ou dolosa) ou não conseguir sequer identificar o suposto autor ou responsável para qualquer valor de prejuízo ao erário em decorrência de dano ou desaparecimento de bem, deverá ser concluída com relatório propondo à autoridade o arquivamento do feito para fim disciplinar. Sendo acatada pela autoridade local a conclusão do sindicante ou da comissão de que não foi possível apontar algum servidor como suposto autor direto do fato ou nem sequer como eventual responsável para que terceiro cometesse o fato, em ação ou inação culposa ou dolosa, deve-se dar prosseguimento nas providências atinentes apenas ao controle interno, como baixa contábil do bem, se for o caso de perda total, significando que não haverá nenhuma repercussão disciplinar e muito menos imposição de ressarcimento a quem quer que seja. Ainda nesta hipótese, por fim, não há nenhuma necessidade de remessa dos autos ao respectivo Escor, sendo arquivados pela própria unidade de ocorrência do fato.

Nos termos do § 4º do art. 3º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, somente na hipótese de a sindicância investigativa instaurada na própria unidade local obter indícios de suposta autoria (ou concorrência) por parte de servidor, com culpa ou sobretudo com dolo para prejuízo ao erário de qualquer valor e em que porventura se presume não ser ilicitude de menor potencial ofensivo (que não comporta solução em TAC, relembrando a premissa inicial de que somente se cogita desta sindicância investigativa quando não se pode empregar aquele termo), é que, além das medidas administrativas internas atinentes a controle interno porventura cabíveis, o próprio titular da unidade procedimentaliza a fase de admissibilidade (na hipótese de entender que o caso cabe na parcela concorrente de competência correcional atribuída no inciso IV do art. 341 do Anexo I do Regimento Interno da RFB e reproduzida no inciso IV do *caput* do art. 2° da Portaria RFB n° 6.483, de 2017) ou a encaminha para o respectivo Escor, a fim de se instaurar o apuratório disciplinar, sob ampla defesa e contraditório.

Tendo a sindicância investigativa levantado indícios de que o servidor, sobretudo intencionalmente ou ainda por grave imperícia, imprudência ou negligência (a ponto de extrapolar a consideração de conduta de menor grau de afronta, punível no máximo com pena de suspensão de até trinta dias) praticou o ato causador de prejuízo de qualquer valor (ou permitiu que terceiro o praticasse), não lhe cabe prosseguir, pois sua portaria de pessoal de instauração, baseada apenas em competência regimental da autoridade local, não se baseia na Lei nº 8.112, de 1990, e, como tal, não tem o poder de acusar ninguém e muito menos de redundar em pena estatutária. Neste caso, deve o sindicante ou a comissão elaborar relatório dirigido à autoridade local, propondo apreciação sob ótica disciplinar, pelo próprio titular da unidade, se for competente, ou remessa dos autos ao Escor. Repisa-se mais uma vez que não basta o simples fato de se identificar o servidor que tinha o bem danificado ou extraviado sob guarda ou uso ou carga no momento do sinistro para se aduzir que se configurou sua responsabilização administrativa, pois esta requer conduta culposa ou dolosa no evento (e aqui com gravidade n mínimo média, a superar pena de suspensão de até trinta dias, que

comportaria solução em TAC). Este relatório da comissão se consubstanciará em uma representação para a autoridade correcional emita seu juízo de admissibilidade para instaurar ou não processo disciplinar, nos termos do *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990.

Na sequência, tendo decidido a respectiva autoridade com competência correcional pela instauração do rito disciplinar, a comissão designada para tal, após a instrução coletada sob manto do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pode concluir pela inocência do servidor acusado e relatar a favor do arquivamento do feito ou pode concluir por sua responsabilização disciplinar.

Para que se cogite desta segunda possibilidade, se faz necessário que o colegiado tenha comprovado a conduta culposa ou dolosa do servidor, uma vez que, repisa-se, não se contenta, para o grave fim de responsabilização disciplinar, com a simples comprovação fática de que objetivamente ocorreu ato danoso; a responsabilização de índole punitiva tem natureza subjetiva e não objetiva, requerendo ainda que se comprove que não só o fato danoso ocorreu, mas também que sua ocorrência se deu em virtude de conduta, de no mínimo mpedia gravidade, imperita, negligente, imprudente ou consciente e intencional por parte do servidor, seja para ele mesmo cometer o ato, seja para propiciar que terceiro o cometesse.

Convém então aqui discorrer sobre alguns elementos de materialidade de atuação dolosa de servidor no extravio de bem patrimoniado ou apreendido (e até, onde cabível, de processo administrativo extraviado), que em nada se confundem com condutas de menor gravidade, tais como falta zelo com a economia de material e conservação do patrimônio ou retirada inautorizada de qualquer documento ou objeto da repartição, enquadráveis no inciso VII do art. 116 e no inciso II do art. 117, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, puníveis no máximo com suspensão. Os elementos formadores de convicção que serão abordados adiante autorizam enquadramento como valimento de cargo ou improbidade administrativa ou ainda dilapidação do patrimônio público, conforme o inciso IX do art. 117 ou os incisos IV ou X do art. 132, ambos da Lei nº 8.112, de 1990.

Antes, é preciso introduzir que, diferentemente do cotidiano desgaste e consumo dos materiais de expediente ou até mesmo de dano ou extravio culposos de bens de pequena monta, passíveis de ocorrer cotidianamente em qualquer unidade, as hipóteses que aqui serão abordadas se fazem mais frequentes em unidades aduaneiras, em depósitos de mercadorias (sobretudo apreendidas) ou ainda no curso de operações de repressão aduaneira, antes mesmo de os bens passarem ao formal controle fiscal.

Em tais situações de extravio presumivelmente doloso, convém verificar se há aparato de filmagem de vídeo na repartição ou no recinto ou no ambiente, a fim de solicitar as mídias para averiguação. Deve-se atentar para a possibilidade de, uma vez que o controle de tais equipamentos reside nas mãos de servidores da própria unidade, os ajustes de captação de imagem terem sido alterados ou até desativados ou ainda de as imagens terem sido violadas ou editadas justamente no momento do sinistro ou em momentos de presença de determinado servidor possivelmente envolvido. E a confiabilidade do circuito interno de imagem resta ainda mais minorada se o controle se dá nas dependências de outro órgão ou entidade, a exemplo da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) ou Empresa Brasileira de Correios Telégrafos (ECT) ou outros concessionários privados

Seja por meio de diligências, seja por meio da análise dos vídeos, importa também identificar outros servidores que estivessem presentes no local no momento do sinistro ou que conhecem a forma de trabalhar do suposto infrator ou que conhecem bem a rotina de trabalho, as falhas, as lacunas e os descontroles infraestruturais. Tais agentes, uma vez identificados, juntamente com o superior hierárquico, devem ser intimados para depor, a fim de informarem as tarefas a cargo do servidor e se estas incluíam atuar no recinto em que se deu o extravio em tela e sobretudo o manuseio do bem extraviado. Cabe verificar se se deu de forma regular a

baixa do bem ou a sua destinação ou destruição, atentando para o histórico daquela repartição, se o caso em tela desponta como único ou como reiterado, contumaz e associado a momentos em que o servidor estava presente, diferenciando o erro escusável da continuidade infracional, bem como atestar as condições de trabalho, os descontroles e fragilidades inerentes à estrutura institucional e o grau de experiência do servidor.

Neste contexto de ilicitudes graves, pertine relembrar a plausibilidade de os processos de destinação serem foco de irregularidades, envolvendo, em concurso de pessoas, desde os servidores até os particulares fraudadores.

Igualmente para todos os casos ora analisados, não obstante, se no TAC ou na sindicância investigativa, são identificados indícios de possível responsabilidade contratual da empresa de segurança ou de qualquer outra pessoa jurídica decorrente de contrato celebrado com a Administração, deve-se remeter cópia da investigação ao fiscal do contrato administrativo para adotar providências administrativas e/ou judiciais para ressarcimento dos valores dos bens à Administração Pública, nos termos avençados no instrumento contratual.

O aprofundamento do presente tema, a partir deste ponto, terá prosseguimento no **Anexo II**, mais especificamente no seu item 2.

3.2.4 - Agentes Públicos

Após longas exposições diluídas em diversos tópicos antecedentes, acerca da abrangência objetiva do processo disciplinar (ou seja, sobre o quê, em termos fáticos, se aplica o Direito Administrativo Disciplinar), completa-se a visão introdutória do tema com a abordagem de quem, em termos subjetivos, se submete a este regramento estatutário.

Para dar início à abordagem acerca da abrangência subjetiva do processo disciplinar, tem-se que a definição extraída do art. 327 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP) remete ao que genericamente se chama de “agente público”: todo aquele que presta qualquer tipo de serviço ao Estado (funções públicas, no sentido mais amplo possível desta expressão, significando qualquer atividade pública). Todos os agentes incluídos nesta definição ampla são passíveis de cometer crimes associados ao exercício da função pública e sujeitam-se à responsabilização penal. Embora não seja uma lei de índole penal, vale acrescentar que o polo passivo a que se aplica a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa), em seu art. 2º, é ainda um pouco mais abrangente que o do art. 327 do CP, estendendo o conceito de agente público.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.*

Em contraponto ao significado extremamente amplo adotado acima para a expressão “funções públicas”, informe-se que a Constituição Federal (CF), ao tratar da Administração Pública, em diversas passagens, refere-se a “cargos, empregos e funções públicas”, na qual aquela mesma expressão tem um sentido mais restrito. Neste caso, a expressão “funções públicas” significa o conjunto de atribuições legalmente cometidas a qualquer um que desempenha uma atividade pública, podendo estar ou não associado a um cargo, na Administração Pública direta ou indireta. Isto porque, por um lado, o pessoal contratado temporariamente, nos termos do inciso IX do art. 37 da CF (conforme se aduzirá em **3.2.4.1.4**), exerce uma determinada função pública, todavia sem provimento em cargo. Por outro lado, há o sentido ainda mais restrito para a expressão “função pública”, quando se refere especificamente à função de confiança, exclusiva de detentor de cargo efetivo, de que

trata o inciso V do art. 37 da CF, que se abordará adiante.

Dito isto, ainda que sem se ter a intenção de esgotar e aprofundar a análise do assunto (para quê se recomenda pesquisa em farta doutrina), importa enumerar as inúmeras espécies de agentes públicos cabíveis nesta definição ampla. Pela sua diversidade, estes agentes mantêm diferentes graus de vinculação com a Administração Pública, graus estes que definem se, além de figurarem nos abrangentes polos passivos do CP e da Lei nº 8.429, de 1992, também se sujeitam à responsabilização disciplinar ordinária via processo disciplinar em decorrência de atos cometidos no exercício de seus múnus, conforme diferencia a doutrina.

> *"Não há que se confundir os crimes praticados pelo servidor comum, com os denominados crimes de responsabilidade, cujos autores somente podem ser os agentes políticos - Presidente da República, governadores de Estado e do Distrito Federal, ministros de Estado e secretários de Governo (federal, estadual e distrital) -, bem como os magistrados. Ou, disciplinada a questão em outra Lei, a responsabilidade de Prefeitos e Vereadores." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 192, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Por mero efeito didático, a presente abordagem se iniciará com os agentes públicos, cargos, categorias ou carreiras que não são regidos pela Lei nº 8.112, de 1990, até chegar na descrição de sua abrangência subjetiva.

3.2.4.1 - Agentes Públicos que não se Sujeitam à Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990

3.2.4.1.1 - Agentes Vitalícios e Políticos

O grande gênero dos agentes públicos possui duas classes muito especiais em comparação aos servidores estatutários comuns e diferenciam-se entre si em função de suas formas de provimento.

Os chamados agentes públicos vitalícios são os detentores de cargos de provimento vitalício, de ocupação permanente, até a aposentação compulsória (por idade). Nesta classe se incluem os membros da magistratura, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, os quais, não obstante até poderem ser alvos de ações internas de correição, têm, por garantia constitucional (inciso I do art. 95, inciso I do § 5º do art. 128 e § 3º do art. 73, todos da Constituição Federal - CF), a prerrogativa da desinvestidura se dar apenas mediante processo judicial, não sendo demissíveis administrativamente. Mas este destaque é exclusivo dos membros propriamente ditos competentes pelas respectivas atividades-fim, não alcançando os serventuários das atividades-meio daquelas três instituições.

E os chamados agentes públicos políticos são, em síntese, os integrantes da alta administração governamental, titulares e ocupantes de poderes de Estado e de responsabilidades próprios e especificamente enumerados na CF.

Nesta classe se incluem os detentores de cargos eletivos, eleitos por mandatos transitórios, como os Chefes de Poder Executivo das diversas esferas (Presidente da República, Governadores de Estado e do Distrito Federal, Prefeitos de municípios e seus respectivos vices) e membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais e Estaduais e Vereadores), e alguns detentores de cargos de natureza especial, demarcados pela característica do provimento precário e transitório decorrente de nomeação por aqueles detentores de cargos eletivos, em relação de afinidade política e à margem de aprovação em concurso público, como os cargos de Ministros de Estado, os cargos de outra denominação mas com *status* conferido em lei equivalente àqueles titulares de Pasta ou os cargos que atuem como seus substitutos eventuais durante seus afastamentos ou impedimentos, nos termos do

art. 38 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e ainda os cargos de Secretários estaduais, distritais e municipais. Os agentes políticos detentores de cargos eletivos e, de forma geral, os ocupantes de cargos de natureza especial (para estes, cabe mitigação, adiante explicada) não se sujeitam a processo disciplinar.

Quanto à possibilidade de repercussão de atos públicos dos agentes detentores de cargos eletivos no âmbito do Poder Executivo federal e de titulares de Pastas, é de se informar que, conforme o inciso I do art. 52, os arts. 85 e 86 e a alínea "c" do inciso I do art. 102, todos da CF, o Presidente e o Vice-Presidente da República respondem por crimes de responsabilidade perante o Senado Federal e os Ministros de Estado respondem por crimes de responsabilidade perante o Supremo Tribunal Federal (STF), conforme manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GQ-55.

> *Parecer AGU nº GQ-35, vinculante: "4. A Lei nº 8.112, de 1990, comina a aplicação de penalidade a quem incorre em ilícito administrativo, na condição de servidor público, assim entendido a pessoa legalmente investida em cargo público, de provimento efetivo ou em comissão, nos termos dos arts. 2º e 3º. Essa responsabilidade de que provém a apenação do servidor não alcança os titulares de cargos de natureza especial, providos em caráter precário e transitório, eis que falta a previsão legal da punição. Os titulares dos cargos de Ministro de Estado (cargo de natureza especial) se excluem da viabilidade legal de responsabilização administrativa, pois não os submete a positividade do regime jurídico dos servidores públicos federais aos deveres funcionais, cuja inobservância acarreta a penalidade administrativa."*

E quanto à possibilidade de repercussão de atos públicos dos demais agentes ocupantes de cargos de natureza especial, para melhor esclarecer a manifestação acima da AGU, é de se mencionar o Parecer nº 21/2010/Decor/CGU/AGU e o Despacho do Consultor-Geral da União Substituto nº 129/2005, por meio do qual foi aprovada a Nota AGU nº WM 6/2005, ambos mais recentes e também no âmbito daquele órgão de assessoramento. Estes opinativos jurídicos, primeiramente, esclarecem que nem todos os ocupantes de cargo de natureza especial têm direito às prerrogativas legais de Ministro de Estado, dentre as quais a de não ser processado no rito da Lei nº 8.112, de 1990. Há, portanto, ocupantes de cargos de natureza especial que, não possuindo as prerrogativas legais de Ministro de Estado, se submetem ao regramento disciplinar estatutário, como é o caso, por exemplo, dos Secretários-Executivos dos Ministérios quando em seus atos ordinários (cabendo-lhes as prerrogativas de Ministro de Estado apenas quando atuam em sua substituição eventual) e dos Secretários Especiais titulares de órgãos específicos singulares no âmbito do Ministério da Economia (ME), como é o caso do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil.

> *Parecer nº 021/2010/Decor/CGU/AGU: "Processo administrativo. Responsabilização de agentes políticos no exercício das atribuições do cargo de Ministro de Estado. Responsabilização de ocupante de cargo de natureza especial de Secretário Executivo. 1. Ministros de Estado são agentes políticos, por essa razão se submetem à Lei de Responsabilidade. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. Precedente. STF - Reclamação nº 2.138/DF, DJ de 18.04.2004. 2. Secretário Executivo. Cargo em comissão denominado de natureza especial. Os atos praticados pelo ocupante de cargo de natureza especial em substituição eventual de Ministro de Estado, este sim, agente político, imune à incidência da legislação relativa aos servidores públicos civis da União. Enquanto durar a substituição eventual, o ocupante de cargo de natureza especial deixa de se submeter à Lei nº 8.112, de 1990. Nunca em razão do cargo de natureza especial. Precedente. Despacho AGU/CGU nº 129/2005-JD.*
>
> *Despacho Consultor-Geral da União Substituto nº 129/2005: "Outro*

> *entendimento, contido na alínea "c" do item 8 da presente Nota (fls. 10,11 e 12), diz respeito à legislação a que estariam submetidos os ocupantes de cargo de natureza especial, essencialmente para afirmar que teriam prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos de Ministro de Estado, com base no disposto no art. 15 da Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, nas Leis nºs 9.030, de 13 de abril de 1995, 10.415, de 21 de março de 2002, e 10.539, de 23 de setembro de 2002, bem como nos arts. 38, 39 e 40 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003.*
> *Vale ressaltar, entretanto, que de acordo com a legislação citada, nem todos os cargos de natureza especial têm asseguradas essas prerrogativas, vantagens e direitos equivalentes aos cargos de Ministro de Estado.*
> *Com efeito, apenas aos cargos de natureza especial de que trata o art. 38 da Lei nº 10.683, de 2003, especificamente em razão do disposto em seu § 1º, é que estariam asseguradas essas prerrogativas, garantias, vantagens e direitos. Quanto aos demais, de que tratam os arts. 39 e 40 da Lei nº 10.683, de 2003, e as Leis nºs 10.415, de 2002, e 10.539, de 2002, não há previsão legal nesse sentido."*

O tema também foi abordado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), que havia sido provocada a se manifestar pela Corregedoria do ME (Coger-ME), justamente acerca de sua competência correcional sobre os Secretários Especiais, conforme já exposto em **2.1.2**, que detêm cargo de natureza especial, e o órgão consultivo opinou pela legalidade de submissão destes agentes à atuação da unidade setorial de correição, visto que não deterem *status* de Ministro de Estado e nem sequer atuarem como seus substitutos eventuais.

> *Parecer PGFN/Cojed nº 1.992/2019/ME: "10. Verifica-se que a Lei nº 13.844, de 2019, não conferiu a nenhum dos cargos de natureza especial do art. 56 a prerrogativa de Ministro. Assim, na norma atual, a previsão que existia no art. 38 da Lei nº 10.683, de 2003, qual seja, a de conferir a alguns cargos de natureza especial a prerrogativa de Ministro, não se repetiu na norma em vigência, de maneira que, na atualidade, somente os cargos elencados no art. 20 da Lei nº 13.844, de 2019, não se submetem ao regime disciplinar estatutário. Assim, conclui-se que os ocupantes dos referidos cargos de natureza especial de Secretários Especiais do Ministério da Economia, tenham ou não cargo efetivo, se submetem à Lei nº 8.112, de 1990."*

Não só pela razão específica de alcançar o titular do órgão - no caso, o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil -, mas também por gosto pelo didatismo, vale aprofundar a questão atinente a cargos de natureza especial. No âmbito do Poder Executivo federal, as nomeações para cargos de natureza especial ou superiores (assim como as designações para funções de nível equivalente), independentemente de terem ou não *status* legal de Ministro de Estado, são exclusivas do Presidente da República, não comportando delegação, conforme a leitura conjunta do *caput* do art. 2º e do inciso III do parágrafo único do art. 7º, ambos do Decreto nº 9.794, de 14 de maio de 2019. A nomeação presidencial para o cargo de natureza especial de Secretário Especial da Receita Federal do Brasil possui específica ratificação no art. 7º da Lei nº 12.457, de 16 de março de 2007. Sendo uma espécie especialíssima de provimento comissionado, em razão de forte relação de confiança e de afinidade política, o ocupante do cargo de natureza especial pode não ser ocupante de cargo efetivo, possuindo apenas aquele provimento precário e transitório.

> *Decreto nº 9.794, de 2019 - Art. 2º São de competência do Presidente da República as nomeações e as designações para as quais não haja delegação.*
> *Art. 4º Fica delegada competência ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República para nomear e exonerar os ocupantes de cargos em comissão e designar e dispensar os ocupantes de funções de confiança, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional: (Redação dada pelo Decreto nº 10.486, de 11 de setembro de 2020)*

> *IV - quando se tratar de cargo ou função de nível equivalente a 5 e 6 do Grupo-DAS; e (Incluído pelo Decreto nº 10.486, de 2020)*
> *V - quando se tratar de cargo ou função de nível equivalente a 4 do Grupo-DAS. (Incluído pelo Decreto nº 10.486, de 2020)*
> *Art. 6º Fica delegada competência aos Ministros de Estado, no âmbito de seus órgãos e de suas entidades vinculadas, para:*
> *II - nomeação para provimento de cargos em comissão e designação para ocupação de funções de confiança não especificadas no art. 4º.*
> *Art. 7º*
> *Parágrafo único. O disposto nos art. 4º e art. 6º não se aplica:*
> *III - às nomeações ou às designações para cargos em comissão e funções de confiança de nível equivalente ou superior a Natureza Especial; e (Redação dada pelo Decreto nº 9.989, de 2019)*

Quanto à desinvestidura, para aqueles cargos de natureza especial (ou funções equivalentes) com *status* legal de Ministro de Estado e, portanto, não submetidos a processo disciplinar, cabe à autoridade que nomeou (ou que designou) - o Presidente da República - exonerar (ou dispensar). E, para o caso dos cargos de natureza especial atingíveis por processo disciplinar (como regra, aqueles sem *status* legal de Ministro de Estado), sendo ou não servidores efetivos, eventuais penas expulsivas, respectivamente, de demissão (se ativos) e de cassação de aposentadoria (se aposentados) ou de destituição do cargo em comissão, *a priori* se incluiriam na competência originária apenadora do Presidente da República, à luz dos incisos I e IV do art. 141 da Lei nº 8.112, de 1990. Todavia em razão da delegação expressa no *caput* do art. 4º do Decreto nº 11.123, de 7 de julho de 2022, não só estas competências apenadoras expulsivas, mas toda competência julgadora (ou seja, também para decidir pelo arquivamento ou pela aplicação de penas de advertência ou de suspensão) recaem sobre sobre o Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, tanto para o agente detentor de cargo efetivo e também ocupante do cargo comissionado quanto para o agente detentor apenas do cargo comissionado.

> *Decreto nº 11.123, de 2022 - Art. 4º Fica delegada a competência ao Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União para julgar os procedimentos disciplinares e aplicar as penalidades cabíveis no caso de atos praticados, no exercício da função, pelos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança de nível equivalente a CCE-17 ou superior.*

Cabe relembrar o já aduzido em **2.1.2**: no âmbito do ME, excetuados o próprio Ministro de Estado da Economia, que não responde disciplinarmente, e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que responde disciplinarmente frente à Corregedoria-Geral da AGU (AGU/CGAU), o processamento dos demais detentores de cargo de natureza especial passíveis de persecução disciplinar se dá no âmbito interno da Coger-ME.

A propósito, nesta mesma linha de o agente político ocupar cargo ou emprego federal e, em virtude deste seu provimento, cometer ato tido estatutariamente como ilícito, sujeita-se à respectiva apuração disciplinar, segundo a manifestação da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 23, de 31 de outubro de 2018

> *Enunciado CGU/CCC n° 23, de 2018: Instauração de processo administrativo disciplinar em face de agentes políticos. "São passíveis de apuração administrativa disciplinar as infrações cometidas por agentes políticos em razão do exercício de cargo ou emprego público federal".*

3.2.4.1.2 - Empregados Públicos Celetistas na Administração Pública Direta e Indireta

Aproximando-se da parcela que aqui mais interessa, aquela definição ampla de agentes

públicos engloba também os que participam do aparelho estatal, tanto na organização direta como na indireta. Sabe-se que a Administração Pública divide-se em Administração Pública direta e em Administração Pública indireta, conforme definem os arts. 4º e 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

A Administração Pública direta (ou centralizada) é formada por órgãos públicos politicamente autônomos, ligados diretamente ao poder central (seja em âmbito federal, estadual, distrital ou municipal), tais como os próprios organismos dirigentes (Presidência da República, Governos estaduais e distrital e Prefeituras municipais), seus ministérios, suas secretarias e os órgãos subordinados (como é o caso da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - RFB subordinada ao Ministério da Economia - ME). Os órgãos componentes da Administração Pública direta não possuem personalidade jurídica própria, patrimônio e autonomia administrativa, suas despesas são realizadas diretamente através do orçamento da referida esfera e sua gestão é marcada pela distribuição interna de competências, sem a delegação a uma pessoa jurídica diversa.

Já a Administração Pública indireta (ou descentralizada) é aquela composta por entidades com personalidade jurídica própria, patrimônio e autonomia administrativa, suas despesas são realizadas através de orçamento próprio e sua gestão é marcada pela distribuição de competências de uma pessoa jurídica para outra. As entidades da Administração Pública indireta podem ser pessoas jurídicas de direito público, como as autarquias (mencione-se que as agências reguladoras são consideradas autarquias de regime especial); e pessoas jurídicas de direito privado, como empresas públicas e sociedades de economia mista; além das fundações públicas, que tanto podem ser de Direito Público quanto de direito privado.

> *Decreto-Lei nº 200, de 1967 - Art. 4° A Administração Federal compreende:*
> *I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.*
> *II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:*
> *a) Autarquias;*
> *b) Emprêsas Públicas;*
> *c) Sociedades de Economia Mista.*
> *d) fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987)*
> *Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade. (Parágrafo renumerado pela Lei nº 7.596, de 1987)*
> *Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:*
> *I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.*
> *II - Emprêsa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Govêrno seja levado a exercer por fôrça de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969)*
> *III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)*
> *IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou*

> *entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. (incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)*

Apenas para efeito didático de se prosseguir primeiramente na apresentação dos agentes públicos que não se sujeitam ao regime disciplinar da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, inicia-se a abordagem pela parcela de empregados da Administração Pública, direta ou indireta, que não ocupam cargos públicos mas sim empregos públicos.

A alternativa acima se justifica pois, embora tal forma de vínculo se associe mais fortemente à Administração Pública indireta, também há a possibilidade de sua ocorrência em parcela restrita da Administração Pública direta.

Assim é que, de um lado, de forma mais específica, o disciplinamento de parte desta limitada ocorrência de agentes públicos que não se sujeitam ao regime disciplinar da Lei nº 8.112, de 1990, no âmbito da Administração Pública direta e ainda, no âmbito da Administração Pública indireta, nas autarquias e nas fundações públicas de direito público, se concentra, ao tempo em que foi aplicável, na Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. A ressalva temporal se justifica porque a citada Lei foi editada sob a égide da redação dada ao *caput* do art. 39 da Constituição Federal (CF) pela Emenda Constitucional (EC) nº 19, de 4 de abril de 1998. Para a devida compreensão do tema, faz-se necessário retroagir que o *caput* do art. 39 da CF, em sua primeira redação, exigia a instituição de regime jurídico único nas autarquias e nas fundações públicas de direito público e este comando, em âmbito federal, originalmente se consubstanciou com a edição da Lei nº 8.112, de 1990. Posteriormente, aquela chamada EC da Reforma Administrativa flexibilizou o instituto do regime jurídico único, implementando, na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, a figura do contrato de emprego público, que, até então, era típico de pessoas jurídicas de direito privado, tais como empresas públicas e sociedades de economia mista. Todavia, esta atividade constituinte derivada teve sua eficácia suspensa, no Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de medida cautelar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.135-4, publicada em 07/03/08, fazendo retornar a aplicabilidade da redação original do *caput* do art. 39 da CF (ou seja, o regime jurídico único), até que se tenha o julgamento definitivo da Ação. Não obstante, a decisão judicial ressalvou seus efeitos *ex nunc*, ou seja, ratificou a validade dos atos praticados com base na legislação editada durante a vigência do dispositivo constitucional ora suspenso, de que são exemplo as contratações de empregados estabelecidas à luz dos arts. 1º a 3º da Lei nº 9.962, de 2000, no período compreendido entre 23/02/00 e 07/03/08.

> *CF - Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.*
>
> *EC nº 19, de 1998 - Art. 5º O art. 39 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:*
> *"Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes."*
>
> *Lei nº 9.962, de 2000 - Art. 1º O pessoal admitido para emprego público na Administração federal direta, autárquica e fundacional terá sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, naquilo que a lei não dispuser em contrário.*
> *Art. 2º A contratação de pessoal para emprego público deverá ser precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme a natureza e a complexidade do emprego.*

Art. 3º O contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ato unilateral da Administração pública nas seguintes hipóteses:
I - prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT;
II - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
III - necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal;
IV - insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.
Parágrafo único. Excluem-se da obrigatoriedade dos procedimentos previstos no caput as contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão de que trata o § 8º do art. 37 da Constituição Federal.

Medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-4: "Ementa: Poder constituinte reformador. Processo legislativo. Emenda Constitucional 19, de 04.06.1998. Art. 39, caput, da Constituição Federal. Servidores públicos. Regime jurídico único. Proposta de implementação, durante a atividade constituinte derivada, da figura do contrato de emprego público. Inovação que não obteve a aprovação da maioria de três quintos dos membros da Câmara dos Deputados quando da apreciação, em primeiro turno, do Destaque para Votação em Separado (DVS) nº 9. Substituição, na elaboração da proposta levada a segundo turno, da redação original do caput do art. 39 pelo texto inicialmente previsto para o parágrafo 2º do mesmo dispositivo, nos termos do substitutivo aprovado. Supressão, do texto constitucional, da expressa menção ao sistema de regime jurídico único dos servidores da administração pública. Reconhecimento, pela maioria do plenário do Supremo Tribunal Federal, da plausibilidade da alegação de vício formal por ofensa ao art. 60, § 2º, da Constituição Federal. Relevância jurídica das demais alegações de inconstitucionalidade formal e material rejeitada por unanimidade. 1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente caput do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. 2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o caput desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o quorum de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional. 3. Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao caput do art. 39 da Constituição Federal, ressalvando-se, em decorrência dos efeitos ex nunc da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso."
Decisão Plenária da Liminar: "O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Nelson Jobim, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, deferiu parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 039, caput, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 019, de 04 de junho de 1998, tudo nos termos do voto do relator originário, Ministro Néri da Silveira, esclarecido, nesta assentada, que a decisão - como é próprio das medidas cautelares - terá efeitos ex nunc, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa."

Destaque-se que estes empregados contratados pela União ou por suas autarquias ou

fundações públicas de direito público à luz da Lei nº 9.962, de 2000, no período em que teve aplicabilidade a redação alterada do *caput* do art. 39 da CF, mantêm um vínculo direto com o respectivo órgão ou entidade contratante. Ressalve-se ainda que esta hipótese apenas muito raramente pode vir a ser aplicada no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), pois, como regra geral, no órgão não há empregados contratados sob a égide da mencionada Lei, com exceção de situações excepcionalíssimas em que houve contratos desta natureza, em que unidades do órgão (destacadamente unidades aduaneiras) figuram como contratantes do empregado público.

E, de outro lado, na parcela restante da Administração Pública indireta, também se acrescentam ao conjunto de agentes públicos que não se sujeitam ao regime disciplinar da Lei nº 8.112, de 1990, os empregados contratados por empresas públicas ou sociedades de economia mista, para as excepcionais atividades de exploração econômica constitucionalmente permitidas ao Estado, e ainda residualmente por fundações públicas de direito privado. Só que, diferentemente de todo o conjunto mencionado acima de empregados contratados indistintamente sob a égide da Lei nº 9.962, de 2000, no caso de empregados contratados por empresas públicas ou por sociedades de economia mista, por expressa determinação do *caput* e do inciso II do § 1º do art. 173 da CF, de forma geral, não há um único diploma legal (da forma como aquela Lei opera para toda a Administração Pública direta, autárquica e fundacional) que discipline a contratação de empregados nesta parcela da Administração Pública indireta, pois o § 1º do dispositivo constitucional exige leis específicas em cada entidade que estabeleçam, dentre outros aspectos, os respectivos estatutos jurídicos.

> *CF - Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*
> *§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
> *II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

A título de informação, vale também mencionar os empregados públicos despedidos ou dispensados de forma inconstitucional ou ilegal ou por motivação política ou ainda em decorrência de movimento grevista no período de 16/03/90 a 30/09/92, e que, ao terem sido anistiados nos termos do art. 1º da Lei nº 8.878, de 11 de maio de 1994, requereram e retornaram aos seus empregos públicos originalmente ocupados (ou naqueles resultantes de suas transformações), sob mesmo vínculo celetista, sejam com vínculo direto com a Administração Pública direta ou com a entidade autárquica ou fundacional, sejam contratados por empresa pública ou por sociedade de economia mista. De se destacar que a anistia, concedida nos moldes do inciso VIII do art. 48 da CF (atribuição do Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República), com a regulamentação dada pela Portaria Normativa SEDGG/SGP nº 21, de 5 de abril de 2022, como uma espécie de readmissão concedida pela Administração, não se confunde com reintegração vinculada em decorrência de ato expulsivo ilegal, não operando, portanto, retroação à época do desligamento para concessão de qualquer benefício, conforme estabelece o art. 6º da citada Lei.

> *Lei nº 8.878, de 1994 - Art. 1° É concedida anistia aos servidores públicos civis e empregados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle da União que, no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992, tenham sido:*
> *I - exonerados ou demitidos com violação de dispositivo constitucional ou*

legal;
II - despedidos ou dispensados dos seus empregos com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar ou de cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa;
III - exonerados, demitidos ou dispensados por motivação política, devidamente caracterizado, ou por interrupção de atividade profissional em decorrência de movimentação grevista.
Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, ao servidor titular de cargo de provimento efetivo ou de emprego permanente à época da exoneração, demissão ou dispensa.
Art. 2° O retorno ao serviço dar-se-á, exclusivamente, no cargo ou emprego anteriormente ocupado ou, quando for o caso, naquele resultante da respectiva transformação e restringe-se aos que formulem requerimento fundamentado e acompanhado da documentação pertinente no prazo improrrogável de sessenta dias, contado da instalação da comissão a que se refere o art. 5°, assegurando-se prioridade de análise aos que já tenham encaminhado documentação à Comissão Especial constituída pelo Decreto de 23 de junho de 1993.

Assim, tanto na delimitada parcela da Administração Pública direta, nas autarquias e nas fundações públicas de direito público quanto nas empresas públicas, sociedades de economia mista e também nas fundações públicas de direito privado, o ordenamento jurídico prevê empregos públicos, ocupados por empregados públicos contratados sob regime do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Em tais casos, seja para todos aqueles empregados com contratos regidos pela Lei nº 9.962, de 2000, e que mantêm vínculo direto com o órgão da Administração Pública direta ou com a entidade autárquica ou fundacional, seja para aqueles contratados de acordo com as leis específicas de cada empresa pública ou sociedade de economia mista ou ainda por fundações públicas de direito privado, diferentemente do que ocorre com os servidores, cujo vínculo estatutário reside no Direito Administrativo, o vínculo laboral dos empregados públicos, embora também decorrente de aprovação em concurso público, rege-se pelo Direito do Trabalho, à luz do seu principal diploma legal, que é a CLT, conforme sustenta a doutrina.

"Os empregados públicos são todos os titulares de emprego público (não de cargo público) da Administração direta e indireta, sujeitos ao regime jurídico da CLT; daí serem chamados também de 'celetistas'. Não ocupando cargo público e sendo celetistas, não têm condição de adquirir a estabilidade constitucional (CF, art. 41), nem podem ser submetidos ao regime de previdência peculiar, como os titulares de cargo efetivo e os agentes políticos, sendo obrigatoriamente enquadrados no regime geral de previdência social, a exemplo dos titulares de cargo em comissão ou temporário.", Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", pg. 384, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001

"Os servidores das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações privadas regem-se pela legislação trabalhista. Para as empresas que exercem atividade econômica, esse regime é imposto pelo artigo 173, § 1º, da Constituição. Para os demais, não é obrigatório, mas é o que se adota por meio das leis ordinárias, por ser o mais compatível com o regime de direito privado a que se submetem.", Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "Direito Administrativo", pg. 449, Editora Atlas, 19ª edição, 2006

"O pessoal das empresas públicas e das sociedades de economia mista se submete ao regime trabalhista comum, cujos princípios e normas se encontram na Consolidação das Leis do Trabalho. Por isso mesmo, o vínculo jurídico que se firma entre os empregados e aquelas pessoas administrativas tem natureza contratual, já que atrelados por contrato de trabalho típico. Lembre-se que esse regime jurídico já vem previsto na Constituição, quando ficou definido que se aplicariam àquelas entidades o mesmo regime jurídico aplicável às empresas

> *privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias e trabalhistas (art. 173, § 1º).*
> *Sendo contratual o regime, os litígios entre os empregados e as entidades, decorrentes das relações de trabalho, serão processados e julgados na Justiça do Trabalho, como estabelece o art. 114 da Constituição Federal. (...)*
> *Para esses empregados não incidem as regras protetivas especiais dos servidores públicos, como, por exemplo, a estabilidade estatutária. Mesmo tendo sido aprovados por concurso, incidem as regras da CLT que disciplinam a formação e a rescisão do contrato de trabalho.", José dos Santos Carvalho Filho, "Manual de Direito Administrativo", pg. 426, Editora Lumen Juris, 15ª edição, 2006*

Tais vínculos empregatícios se consubstanciam em contratos de trabalho que, em síntese, compreendem um plexo de direitos e de deveres do empregador e do empregado e, consequentemente, dão suporte ao poder disciplinar daquele (na figura do titular do órgão ou do dirigente máximo da entidade) em face deste nas hipóteses de descumprimento de suas obrigações contratuais. O poder disciplinar, por meio do qual o empregador garante a regularidade e a ordem interna, decorre apenas da própria relação contratual em si, ainda que excepcionalmente ou apenas *ad argumentandum* não esteja expressamente previsto na lei específica, no contrato ou em qualquer outro ato de regulamentação interna.

Por um lado, uma vez que, como regra, o empregado público não aufere o instituto da estabilidade da forma como é constitucionalmente conferido ao servidor estatutário, conforme assevera a jurisprudência, é lícita a rescisão de seu contrato de trabalho por mero ato unilateral da Administração Pública direta ou indireta (inserido no poder potestativo de rescisão unilateral do contrato, que a lei trabalhista faculta a qualquer empregador). A dispensa sem justa causa é um ato facultativo de mera gestão de pessoal, não decorrente de cometimento de infração trabalhista pelo empregado e, como tal, não possui natureza de penalidade disciplinar, já que, nesta hipótese, o empregador resta obrigado a indenizar o empregado.

> *STF, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 507.326: "Ementa: 1. Esta Corte orientou-se no sentido de que as disposições constitucionais que regem os atos administrativos não podem ser invocadas para estender aos funcionários de sociedade de economia mista, que seguem a Consolidação das Leis do Trabalho, uma estabilidade aplicável somente aos servidores públicos, estes sim submetidos a uma relação de direito administrativo. 2. A aplicação das normas de dispensa trabalhista aos empregados de pessoas jurídicas de direito privado está em consonância com o disposto no § 1º do art. 173 da Lei Maior, sem ofensa ao art. 37, caput e II, da Carta Federal."*
> *Idem: STF, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 469.189 e Recurso Extraordinário nº 363.328*

Ressalve-se que, nos casos de emprego público regido pela Lei nº 9.962, de 2000, em órgãos da Administração Pública direta, autarquias ou fundações públicas de direito público, esta hipótese é bem mais restrita do que em sociedades de economia mista, empresas públicas ou fundações públicas de direito privado. Fora as possibilidades estabelecidas nos quatro incisos do art. 3º da Lei nº 9.962, de 2000, para rescisão unilateral do contrato de trabalho por parte da Administração (a primeira hipótese é a falta grave, conforme definido no art. 482 da CLT, e as três demais são de molde constitucional, a saber, a acumulação ilegal, a necessidade de redução de quadro por excesso de despesa e a insuficiência de desempenho), para as demais hipóteses ou fatos, a jurisprudência trabalhista do Tribunal Superior do Trabalho (TST) já entendeu pela extensão do instituto da estabilidade a favor, exclusivamente, dos empregados celetistas de órgãos da Administração Pública direta, autarquias ou fundações públicas de direito público

> *TST, Súmula nº 390: I - O servidor público celetista da administração direta,*

autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.
II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988."

Por outro lado, o empregador, e aí se inclui até com maior ênfase a Administração Pública direta ou indireta, deve amparar qualquer ato punitivo em elementos de motivação e de convicção - ou seja, em provas - que sustentem a segurança do exercício do mencionado poder disciplinar diante de ato infracional cometido pelo empregado. Embora não seja objeto do presente texto aprofundar na análise dos princípios e fundamentos da CLT, é de se mencionar as três espécies admitidas de penalidades trabalhistas: a advertência, que, mesmo não expressamente prevista no texto legal, é aceita para infrações de menor gravidade se houver previsão em lei específica ou em norma interna; a suspensão, que pode variar de um até trinta dias, prevista no art. 474 da CLT; a dispensa ou rescisão por justa causa, como hipótese expulsiva e sem direito a qualquer verba indenizatória, em razão dos enquadramentos exaustivamente previstos no art. 482 da CLT ou no caso de empregado que aufere estabilidade após dez anos de serviço na mesma empresa e que somente pode ser dispensado por justa causa em caso de falta grave, assim definida no art. 493 do mesmo Decreto-Lei como o cometimento repetido ou com maior gravidade das hipóteses do mencionado art. 482.

CLT - Art. 474. A suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho.
Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:
a) ato de improbidade;
b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
e) desídia no desempenho das respectivas funções;
f) embriaguez habitual ou em serviço;
g) violação de segredo da empresa;
h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
i) abandono de emprego;
j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
l) prática constante de jogos de azar.
Parágrafo único. Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.
Art. 492. O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.
Art. 493. Constitui falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o art. 482, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado.

A despeito de o ato punitivo dever ser motivado, também é de se mencionar que, em sua fria literalidade, a CLT não prevê rito ou procedimento e muito menos um estrito processo de índole disciplinar sob manto dos princípios da ampla defesa e do contraditório para a

aplicação das penas trabalhistas (a menos da menção, feita no seu art. 853, de instauração, em trinta dias, de inquérito, na Justiça do Trabalho, para apurar a já citada falta grave definida no seu art. 493 para dispensa por justa causa de empregado estável) decorrentes de infrações laborais, conforme a jurisprudência. A rigor, as garantias insculpidas no inciso LV do art. 5º da CF não atingem a Administração Pública direta ou indireta quando esta, na condição de empregador, aplica seu poder disciplinar em face dos empregados públicos contratados sob égide celetista. A ressalva a se esclarecer é quando a regulamentação interna da empresa ou ainda quando convenções ou acordos coletivos de trabalho assim exigirem, vez que passam a integrar o contrato de trabalho, conforme o art. 444 da CLT, devendo então a apenação ser antecedida estritamente do procedimento internamente adotado (e não necessariamente aquele previsto na Lei nº 8.112, de 1990, apenas para servidores estatutários), conforme sumulou o TST.

> *TST, Súmula nº 77: "Nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar."*
>
> *STF, Recurso Extraordinário nº 298.108: "Ementa: (...) A 1ª Turma dessa Corte, ao julgar o Agrag 245.235, decidiu: "Agravo regimental. - Está correto o despacho agravado que assim afasta as alegações dos ora agravantes: 1. Inexistem as alegadas ofensas à Constituição. Com efeito, tratando-se de empregado de sociedade de economia mista, não se aplica a ele o disposto no artigo 41 da Constituição Federal que somente disciplina a estabilidade dos servidores públicos civis. Por outro lado, por negar, corretamente, essa estabilidade a empregado de sociedade de economia mista, e por entender que o regulamento interno de pessoal do Banco em causa não confere estabilidade em favor de seus empregados, não ofendeu o acórdão recorrido o artigo 37, II, da Constituição, que diz respeito a investidura por concurso público, nem o 'caput' desse mesmo artigo por haver aplicado, também corretamente, as normas de dispensa trabalhista que se aplicam aos empregados de pessoas jurídicas de direito privado, em consonância, aliás, com o que preceitua o artigo 173, § 1º, da Carta Magna."*
> *Idem, STF, Recurso Extraordinário nº 245.235*
>
> *STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8.551: "Ementa: 1. A legislação correlata estabeleceu apenas que o ato de dispensa de servidores celetistas, condicionado à oportunidade e conveniência, avaliadas exclusivamente pela administração pública, fosse devidamente motivado, prescindindo, assim da instauração de processo administrativo."*
>
> *STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18.512: "Ementa: A necessidade de processo administrativo para demissão está intimamente ligada à idéia de estabilidade, sendo, pois, excluído dessa benesse servidora celetista que não se tornou estável no serviço público, nos moldes do art. 19 da ADCT."*

Embora se tenha afirmado que, também no âmbito da Administração Pública direta ou indireta, são aplicáveis a faculdade de dispensar sem justa causa e o exercício do poder disciplinar *a priori* sem rito contraditório, é certo que, diante das peculiaridades e dos princípios específicos reitores da seara pública, tais aplicações sofrem algumas adequações em comparação às formas e condições com que se aplicam no setor privado. Sendo o empregado público uma espécie do gênero agente público, eis que sua relação laboral contratual, inequivocamente, é contemplada com algumas especificidades em comparação à relação de mesma natureza firmada no setor privado.

Neste curso, primeiramente, à margem da matéria disciplinar, pontua-se que a dispensa sem justa causa de empregado público, seja para todos aqueles empregados com contratos regidos pela Lei nº 9.962, de 2000, e que mantêm vínculo direto com o órgão da Administração Pública direta ou com a entidade autárquica ou fundacional, seja para aqueles

contratados de acordo com leis específicas de cada empresa pública ou sociedade de economia mista ou ainda por fundação pública de direito privado, como ato administrativo em gênero, convém que seja motivada.

E, no que pertine ao tema disciplinar, chegando ao conhecimento da Administração Pública direta ou indireta a notícia de suposta infração trabalhista cometida pelos empregados públicos acima descritos, mesmo no exercício de seu emprego no órgão da Administração Pública direta ou na entidade autárquica ou fundacional regido pela Lei nº 9.962, de 2000, ou na empresa pública ou sociedade de economia mista ou ainda em fundação pública de direito privado em que é contratado, e que possa acarretar a aplicação das penas trabalhistas de advertência, de suspensão ou sobretudo de dispensa por justa causa, é de se conceder maior apego ao garantismo conservador e aos direitos de defesa impessoalmente a todos consagrados em detrimento da liberalidade de agir. Neste rumo, além da necessária motivação do ato punitivo, destaca-se que, mesmo diante do silêncio na literalidade da CLT, o reflexo de garantias fundamentais consagradas no atual ordenamento constitucional permite que se recomende, até onde cabível, a extensão, a favor do agente, dos direitos ao tratamento impessoal, ao devido processo legal, à participação contraditória na produção de provas e à ampla defesa (ainda que se tenha a instrução processual coletada de forma inquisitorial - caso a regulamentação interna não exija em contrário -, na hipótese de convicção preliminar em desfavor do empregado, ao menos se deve formalizar acusação e notificá-lo para, caso queira, solicitar novas provas ou contestar as já existentes e para apresentar sua própria defesa, a fim de se propiciar julgamento imparcial), independentemente da gravidade da conduta e da pena trabalhista cabível.

Assim, sintetizando as informações precedentes, ainda que não exista base legal no sentido estrito que obrigue a aplicação de qualquer rito para dispensar sem justa causa e muito menos para apurar qualquer irregularidade trabalhista (leve, mediana ou grave, punível com advertência, suspensão ou dispensa por justa causa) supostamente cometida por agente celetista estável ou não, em atenção aos princípios reitores da atividade administrativa, no caso específico de empregado público, o órgão ou a entidade de origem deve adotar instrumentalização que atenda às garantias fundamentais erigidas na CF para aplicação de pena e motivar não só este ato mas também a dispensa não punitiva. Este necessário e indispensável procedimento administrativo de apuração de infração trabalhista que o empregado tenha cometido no âmbito do órgão da Administração Pública direta ou da entidade da Administração Pública indireta em que exerce seu emprego, deve transcorrer neste próprio órgão ou entidade. E, de forma mais específica, tratando-se de empregado com vínculo direto com órgão da Administração Pública direta ou com entidade autárquica ou fundacional, regido pela Lei nº 9.962, de 2000, na ausência de lei específica, no que for cabível, pela similitude da matéria, é recomendável que esta instrumentalização tome por analogia o rito garantista da Lei nº 8.112, de 1990; e, no caso de empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista ou ainda de fundação pública de direito privado, esta instrumentalização deve seguir a lei específica ou a norma interna de regência na entidade ou o acordo coletivo de trabalho ou, por fim, residualmente, os dispositivos que forem aplicáveis da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regulamenta a processualística no âmbito da Administração Pública federal). Em ambos os casos, o poder disciplinar (qualquer que seja a pena trabalhista a ser aplicada ao final do procedimento administrativo - de advertência, de suspensão ou de dispensa por justa causa) incumbe à autoridade que figurar como contratante, que pode ser desde o chefe da unidade até o titular do órgão ou o dirigente máximo da entidade. Ademais, uma vez que a dispensa sem justa causa e a apenação em qualquer grau do empregado público são atos administrativos, gozam de presunção de legitimidade, devendo então a ausência de motivação ser comprovada, conforme entendimento da Advocacia-Geral da União, por meio do seu Parecer AGU nº GQ-64 e também de acordo com a doutrina manualizada da

Controladoria-Geral da União (CGU).

> *Parecer AGU nº GQ-64 (vinculante): "Ementa: Ilegalidade da Portaria nº 306, de 30.09.80. Servidor admitido por concurso, conquanto regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, não pode ser dispensado discricionariamente, sem motivação. Ato nulo, a configurar abuso de poder. Reintegração do interessado no emprego.*
> *8. A dispensa do emprego, como todo o ato administrativo, há de ser motivada, ainda que se cuide de relação regida pela CLT, implicando sua falta, sem dúvida, invalidade do ato, até mesmo por se configurar, na hipótese, abuso de poder.*
> *9. No âmbito da Administração Pública, ao contrário do que se verifica na atividade privada, não é admissível venha a autoridade, a seu talante, rescindir sem causa contrato de trabalho, máxime considerando tratar-se de servidor admitido por concurso e detentor em seus assentamentos de boas referências funcionais, como consta do processo."*
>
> *Parecer AGU nº GQ-71 (não vinculante): "Ementa : Portaria editada com o propósito de proceder à dispensa de servidor da União, regido pela legislação trabalhista, se caracteriza como de ato administrativo e, em decorrência, é presumidamente legal. A falta de motivo que justifique ato desse jaez há de ser indubitavelmente demonstrada, sendo insuficiente para a consequente declaração de nulidade a simples presunção de que seja ele imotivado."*
>
> *"Importante destacar também que o processo administrativo disciplinar da Lei n° 8.112/90 não alcança os empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista. Tais agentes, ainda que contratados mediante concurso público, são regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT e não pelo regime estatutário dos servidores públicos. Isso não siginfica que os empregados públicos das Estatais fujam à responsabilidade disciplinar e administrativa, uma vez que se submetem aos normativos internos que tais entidades venham adotar, podendo prever deveres e proibições a serem observadas por seus funcionários e dispondo das penalidades cabíveis no caso de conduta inadequada.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 37, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/ Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

O vácuo normativo foi suprido com a edição da Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de dezembro de 2018. Por meio dsta norma, a Controladoria-Geral da União (CGU) estabeleceu alguns balizamentos mínimos para o procedimento correcional envolvendo os agentes públicos em comento.

Primeiramente, para os empregados com vínculo direto com órgão da Administração Pública direta ou com entidade autárquica ou fundacional, regido pela Lei nº 9.962, de 2000, o respectivo rito punitivo encontra positivação nos arts. 41 a 44 da citada IN

O procedimento disciplinar, a ser instaurado no âmbito da própria entidade, deve ser conduzido nos termos da Lei nº 9.962, de 2000, não seguindo obrigatoriamente o rito processual estabelecido na Lei nº 8.112, de 1990 (empregando-o apenas de forma subsidiária, inclusive para o caso de acumulação ilícita); mas, obviamente, atende aos princípios constitucionais elementares da ampla defesa e do contraditório, a fim de se tornar instrumento hábil a redundar em penas de advertência, de suspensão de até trinta dias e de rescisão do contrato de trabalho por justa causa, à luz dos arts. 41 e 44 da IN CGU nº 14, de 2018.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 41. A apuração de infração disciplinar cometida por empregado público regido pela Lei nº 9.962, de 2000, se dará por intermédio de procedimento disciplinar, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.*

> *Parágrafo único. Do procedimento disciplinar poderá resultar a aplicação de penalidade de advertência, de suspensão de até 30 (trinta) dias ou de rescisão do contrato de trabalho por justa causa.*
> *Art. 44. Para os casos de acumulação ilícita previstos no art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal, poderá ser aplicado, por analogia, o procedimento previsto no art. 133, caput, da Lei nº 8.112, de 1990.*

A comissão processante específica para tal caso pode ser composta no mínimo por dois servidores efetivos (e não necessariamente estáveis) ou empregados públicos, com prazo de trabalho de trinta dias, prorrogáveis sucessivamente até a conclusão dos trabalhos, conforme estabelecem o *caput* e o § 1º do art. 42 da IN CGU nº 14, de 2018. Ressalve-se que, especificamente para este rito, a norma da CGU não prevê o instituto da designação de nova comissão após a fluência dos prazos original e prorrogado, mas sim sucessivas prorrogações. E importante destacar que o art. 43 expressamente veda a aplicação do instituto do perdão tácito (instituto do Direito Trabalhista, em seara privada, que impõe a imediaticidade de punição, fazendo decair o poder punitivo patronal após trinta dias do conhecimento da infração por se considerar tacitamente perdoada a infração).

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 42. O procedimento disciplinar de que trata este Capítulo será conduzido por comissão composta por pelo menos dois servidores efetivos ou empregados públicos regidos pela Lei nº 9.962, de 2000, designados pela autoridade competente, por meio de publicação de ato instaurador, e será concluída no prazo de 30 (trinta) dias, admitidas prorrogações sucessivas quando necessárias à conclusão da instrução probatória.*
> *§ 1º Não se exige o requisito da estabilidade para os servidores designados para atuar na comissão do procedimento disciplinar para empregados públicos regidos pela Lei nº 9.962, de 2000.*
> *§ 2º O procedimento disciplinar de que trata este capítulo será instaurado e conduzido nos termos da Lei nº 9.962, de 2000, observando, no que couber, as disposições aplicáveis ao PAD.*
> *Art. 43. No âmbito da atividade correcional exercida pela Administração Pública não é aplicável o perdão tácito.*

E para os empregados de empresa pública ou de sociedade de economia mista ou ainda de fundação pública de direito privado, o respectivo rito punitivo encontra positivação nos arts. 45 a 48 da citada IN

De forma similar, o processo administrativo sancionador (PAS), a ser instaurado no âmbito da própria entidade, deve ser conduzido nos termos de norma regulamentar interna, não seguindo obrigatoriamente o rito processual estabelecido na Lei nº 8.112, de 1990 (empregando-o apenas de forma subsidiária, inclusive para o caso de acumulação ilícita); mas, obviamente, atende aos princípios constitucionais elementares da ampla defesa e do contraditório, a fim de se tornar instrumento hábil a redundar em penas de advertência, de suspensão de até trinta dias e de rescisão do contrato de trabalho por justa causa ou ainda outras penas porventura previstas na normatização, à luz dos arts. 44 e 46 da IN CGU nº 14, de 2018. E importante destacar que o art. 47 expressamente também veda a aplicação do instituto do perdão tácito, descrito linhas acima.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 45. A apuração da infração disciplinar cometida por empregado público de empresa pública ou de sociedade de economia mista se dará por procedimento previsto em norma regulamentar interna, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.*
> *Parágrafo único. Inexistindo normativo interno que estabeleça o rito processual, admite-se a adoção, no que couber, dos procedimentos disciplinares contraditórios previstos na Lei n° 8.112, de 1990.*

> *Art. 46. São admitidas como penalidades aplicáveis aos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista a advertência, a suspensão de até 30 (trinta) dias, a rescisão do contrato de trabalho por justa causa, bem como outras penalidades previstas em norma regulamentar interna.*
> *Art. 47. No âmbito da atividade correcional exercida pela Administração Pública não é aplicável o perdão tácito.*
> *Art. 48. Para os casos de acumulação ilícita previstos no art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal, poderá ser aplicado, por analogia, o procedimento previsto no art. 133, caput, da Lei nº 8.112, de 1990.*

A propósito, informe-se que, no sítio eletrônico da CGU, encontra-se o Manual de Direito Administrativo Disciplinar para Empresas Estatais, disponível no endereço http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual_estatais.pdf, cuja leitura se recomenda caso se necessite de maior aprofundamento no tema, inclusive acerca de adequação do rito.

Mas, a hipótese que aqui mais interessa aprofundar - para chegar, ao fim, ao foco concreto da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e mais especificamente de seu sistema correcional ter de enfrentar a questão de ser ou não obrigatória a atuação em face de agente celetista - é de o empregado público de empresa pública ou de sociedade de economia mista (ou seja, não se trata de empregado que possui vínculo direto decorrente da relação celetista de trabalho calcada na Lei nº 9.962, de 2000) manter uma outra forma de relação laboral com órgão da Administração Pública direta ou com autarquias ou com fundações públicas de direito público. Aqui, diferentemente das hipóteses até então abordadas, se trata de empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista que exerce seu emprego não no âmbito de sua entidade de origem mas sim no âmbito de órgão da Administração Pública direta ou de entidade autárquica ou fundacional. E, neste delimitado contexto, há três formas a serem mencionadas e a terem pormenorizada análise no que diz respeito ao recebimento de notícia de suposto cometimento de infração por parte do agente no âmbito do órgão da Administração Pública direta ou entidade autárquica ou fundacional. Uma vez que estas parcelas da Administração Pública direta ou indireta possuem corpos funcionais que se submetem à Lei nº 8.112, de 1990, necessário se faz diferenciar detidamente as hipóteses em que a relação laboral daquele empregado público passa a ser regida pelo Estatuto e as hipóteses em que se mantém apenas a relação celetista de trabalho, já que isto significa distintas repercussões em termos de responsabilização administrativa e distintas formas de ter de agir ou de poder agir o órgão da Administração Pública direta ou a entidade autárquica ou fundacional.

Dentre as três possibilidades a seguir abordadas de vinculo laboral entre o empregado público e a Administração Pública direta ou autarquias ou fundações públicas de direito público, duas encontram previsão legal e amparo jurídico no art. 93 da Lei nº 8.112, de 1990, por meio do instituto da cessão, regulamentado pelo Decreto nº 10.835, de 14 de outubro de 2021, destacadamente em seus arts. 1º a 3º e 9º, em decorrência de requisição do órgão cessionário.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses: (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 17 de dezembro de 1991)*
> *I - para exercício de cargo em comissão ou função de confiança; (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 1991)*
> *II - em casos previstos em leis específicas. (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 1991)*
> *§ 1º Na hipótese do inciso I, sendo a cessão para órgãos ou entidades dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o ônus da remuneração será do órgão ou entidade cessionária, mantido o ônus para o cedente nos demais*

casos. (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 1991)
§ 2º Na hipótese de o servidor cedido a empresa pública ou sociedade de economia mista, nos termos das respectivas normas, optar pela remuneração do cargo efetivo ou pela remuneração do cargo efetivo acrescida de percentual da retribuição do cargo em comissão, a entidade cessionária efetuará o reembolso das despesas realizadas pelo órgão ou entidade de origem. (Redação dada pela Lei nº 11.355, de 19 de outubro de 2006)
§ 3º A cessão far-se-á mediante Portaria publicada no Diário Oficial da União. (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 1991)
§ 4º Mediante autorização expressa do Presidente da República, o servidor do Poder Executivo poderá ter exercício em outro órgão da Administração Federal direta que não tenha quadro próprio de pessoal, para fim determinado e a prazo certo. (Incluído pela Lei nº 8.270, de 1991)
§ 5º Aplica-se à União, em se tratando de empregado ou servidor por ela requisitado, as disposições dos §§ 1º e 2º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 10.470, de 25 de junho de 2002)
§ 6º As cessões de empregados de empresa pública ou de sociedade de economia mista, que receba recursos de Tesouro Nacional para o custeio total ou parcial da sua folha de pagamento de pessoal, independem das disposições contidas nos incisos I e II e §§ 1º e 2º deste artigo, ficando o exercício do empregado cedido condicionado a autorização específica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, exceto nos casos de ocupação de cargo em comissão ou função gratificada. (Incluído pela Lei nº 10.470, de 2002)

Decreto nº 10.835, de 2021 - Art. 1º Este Decreto se aplica às cessões, às requisições e às alterações de exercício para composição da força de trabalho no âmbito da administração pública federal, direta e indireta, incluídas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.
§ 1º O disposto neste Decreto abrange:
I - os servidores públicos efetivos;
II - os empregados públicos de que trata a Lei nº 8.878, de 11 de maio de 1994; e
III - os empregados de empresas estatais.
§ 2º Para fins do disposto neste Decreto, a expressão agentes públicos abrange todos os relacionados no § 1º.
Art. 2º A movimentação, para fins do disposto neste Decreto, é a alteração do exercício do agente público, sem suspensão ou interrupção do vínculo com o órgão ou a entidade de origem, para servir a outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.
Parágrafo único. São formas de movimentação do agente público:
I - a cessão;
II - a requisição; e
III - a alteração de exercício para composição da força de trabalho.
Art. 3º A cessão é o ato pelo qual o agente público, sem suspensão ou interrupção do vínculo funcional com o órgão ou a entidade de origem, passa a ter exercício em outro órgão ou outra entidade.
§ 1º Exceto se houver disposição legal em contrário, a cessão somente poderá ocorrer para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança.
§ 2º Não haverá cessão sem:
I - o pedido do cessionário;
II - a concordância do cedente; e
III - a concordância do agente público.
Art. 9º A requisição é o ato irrecusável, em que o agente público requisitado passa a ter exercício no órgão ou na entidade requisitante, sem alteração da lotação no órgão ou na entidade de origem.
§ 1º A requisição somente será realizada por órgão ou entidade que possua prerrogativa expressa de requisitar agentes públicos.

> *§ 2º A requisição não será nominal e o órgão ou a entidade requisitada poderá indicar o agente público de acordo com as atribuições a serem exercidas no órgão ou na entidade requisitante.*

Na primeira forma, por meio da cessão prevista no inciso I e no § 5º do art. 93 da Lei nº 8.112, de 1990, o empregado público é requisitado de seu órgão ou entidade de origem (especificamente nesta hipótese, o empregado pode ser da Administração Pública tanto direta quanto indireta) para ocupar cargo em comissão em órgão da Administração Pública direta ou em autarquia ou em fundação pública de direito público. Portanto, na acepção do art. 2° da citada Lei, é considerado servidor público federal, ocupante de cargo em comissão no órgão cessionário. E, como tal, na hipótese de este empregado público envolver-se em irregularidade (que assume desde sempre natureza estatutária) no exercício de sua função pública, submete-se, no âmbito do órgão da Administração Pública direta ou da entidade autárquica ou fundacional em que exerce o cargo em comissão, a todo o rito regular do processo disciplinar previsto na Lei nº 8.112, de 1990, não se aplicando, neste primeiro momento, nenhum comando ou princípio da CLT. Se o julgamento decidir pela responsabilização do empregado público no âmbito do órgão cessionário, após a aplicação da pena prevista na Lei nº 8.112, de 1990 (advertência, suspensão ou destituição do cargo em comissão), se for o caso, cópia dos autos, preferencialmente digitalizada (escaneada) deve ser remetida a seu órgão ou entidade de origem, para as demais providências de sua competência, de acordo com a legislação trabalhista, caso cabíveis. Ressalte-se que, conforme o entendimento da CGU, por meio da CGU/CCC, estampado no Enunciado CGU/CCC nº 13, de 28 de abril de 2016, dispensa-se a instauração de novo processo de natureza disciplinar no órgão de origem do empregado cedido. Não obstante, ressalte-se que a decisão sobre o encerramento da requisição é ato de gestão, sem natureza punitiva, assentado sobre conveniência e oportunidade do órgão requisitante e não fica condicionada ao encerramento nem do processo disciplinar e muito menos do procedimento porventura instaurado no órgão ou entidade de origem do empregado público.

> *Enunciado CGU/CCC nº 13, de 2016: "Repercussão da destituição do cargo em comissão no vínculo celetista. A penalidade de destituição de cargo em comissão aplicada ao empregado público cedido a órgão da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional poderá repercutir no vínculo empregatício, sendo desnecessária a instauração de novo processo disciplinar no âmbito da empresa estatal."*

Na segunda forma, com fundamento em lei específica (o que, em sentido lato, também obriga englobar a possibilidade de previsão em medida provisória), o empregado público é requisitado de entidade da Administração Pública indireta que presta regularmente serviços à Administração Pública direta ou a autarquias ou fundações públicas de direito público, nos termos do inciso II e dos §§ 5º e 6º do art. 93 da Lei nº 8.112, de 1990. Neste caso, o empregado público mantém seu vínculo de emprego na empresa pública ou na sociedade de economia mista da qual é contratado sob égide trabalhista e não é considerado servidor e, portanto, na hipótese de envolver-se no cometimento de suposta infração (desde sempre de natureza trabalhista), não faz jus ao processo disciplinar previsto que a Lei nº 8.112, de 1990, prevê apenas para os agentes estatutários. Como o empregado público mantém tão somente sua relação contratual de trabalho com sua entidade de origem, apenas a esta compete o poder punitivo, sendo então pertinente que o fato supostamente irregular seja comunicado pelo órgão cessionário à entidade cedente, a fim de que esta realize o necessário e indispensável procedimento administrativo porventura previsto na lei específica, na norma interna de regência, no acordo coletivo de trabalho ou, por fim, residualmente, nos dispositivos que forem aplicáveis da Lei nº 9.784, de 1999 (procedimento este que, repisa-se, mesmo se existente, não se confunde com o processo disciplinar, previsto na Lei nº 8.112, de 1990) ou que, ao menos, conforme aduzido acima, assegure ao empregado público as máximas

constitucionais da ampla defesa e do contraditório e do julgamento imparcial pela autoridade competente e da motivação do ato punitivo. Não obstante, da mesma forma como na primeira hipótese, a decisão sobre o encerramento da requisição é ato de gestão, sem natureza punitiva, assentado sobre conveniência e oportunidade do órgão requisitante, não se condicionando ao encerramento do procedimento porventura instaurado na entidade de origem do empregado público.

A CGU, doutrinariamente, manifesta iguais entendimentos para as duas situações acima descritas.

> *"O empregado público de estatal que comete irregularidade funcional enquanto cedido à União, suas autarquias ou fundações para ocupar cargo em comissão, se sujeita ao processo administrativo disciplinar previsto na Lei nº 8.112/90, uma vez que se encontra investido em cargo público. O processo deverá ser instaurado pela autoridade competente do local do fato e conduzido sob observância dos requisitos da lei. Ao seu fim, competirá igualmente à autoridade do local do fato julgar o feito, uma vez que o empregado ocupa cargo público vinculado àquela unidade e, portanto, nessa condição, submete-se à sua estrutura hierárquica. De se frisar que, a depender da gravidade da infração, a autoridade competente poderá impor a pena de destituição do cargo em comissão a teor do que dispõe o art. 135 da Lei n° 8.112/90.*
> *O resultado deste processo disciplinar deve ser encaminhado a sua empresa estatal de origem, para adoção das medidas cabíveis, especialmente no que toca à verificação dos reflexos no contrato de trabalho existente. Isto porque, ainda que cedido, o empregado público mantém sua relação de emprego com a estatal a qual se origina, devendo observância aos seus regulamentos internos, inclusive no que diz respeito aos deveres e proibições a ele imposto.*
> *Cumpre ainda apontar que existem possibilidades nas quais o empregado público é cedido a outras entidades de Direito Público sem a ocupação de cargo em comissão, mas por existir previsão legal ou convênio entre a estatal e o ente público. De se ressaltar que, no caso de notícia de irregularidade envolvendo tal agente, não cabe a instauração de processo administrativo disciplinar em desfavor de empregado público, visto que ele não detém a prerrogativa de ter sua conduta apurada nos termos da Lei n° 8.112/90. Todavia, impera, nessa situação, o dever da autoridade local de apurar as irregularidades que tiver conhecimento, a fim de elucidar a veracidade dos fatos e verificar o possível envolvimento de outros agentes no caso. Sustenta-se ainda que, além do dever de apurar, a autoridade do local dos fatos é aquela que melhor reúne condições de determinar a produção das provas necessárias para a comprovação ou não dos fatos tidos irregulares.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 43, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD. pdf, acesso em 07/08/13*

Por fim, a terceira forma também engloba o empregado público de entidade da Administração Pública indireta que presta regularmente serviços à Administração Pública direta ou a autarquias ou fundações públicas de direito público mas que, diferentemente da segunda forma acima, exerce suas atribuições legais nas dependências do órgão contratante tão somente em virtude do contrato de prestação de serviços celebrado pelas duas pessoas jurídicas, sem ter sido pessoalmente requisitado por força de lei ou de medida provisória específica. Diante das carências de pessoal e de outras limitações de natureza prática e operacional, o prolongamento desta situação no tempo propicia a ocorrência de um desvio - que, embora não incomum, deve ser evitado, pois é ilegal - em que o empregado público, apesar de jamais se confundir com o quadro funcional do órgão contratante, passa a realizar as atividades próprias dos servidores daquele quadro. Se sequer para os empregados públicos requisitados por força de lei ou de medida provisória específica se vislumbra a existência de

norma que vincule a aplicação do processo disciplinar previsto na Lei nº 8.112, de 1990, muito menos se cogita de obrigatoriedade de tal extensão para os empregados públicos que apenas prestam serviço no âmbito da Administração Pública direta ou de autarquias ou fundações públicas de direito público e que porventura venham a se envolver em cometimento de irregularidades executando as atividades imanentes do órgão, cabendo-lhes apenas a legislação trabalhista diante de seu empregador. Da mesma maneira como aduzido na hipótese acima, como a relação trabalhista contratual se resume à entidade da Administração Pública indireta e ao empregado público, é pertinente que o fato supostamente irregular seja comunicado pelo órgão contratante à entidade contratada, a fim de que esta proceda nos termos regidos pela legislação trabalhista, seja aplicando rito previsto em lei específica, norma interna ou acordo coletivo de trabalho, seja ao menos propiciando ao empregado mínimas garantias fundamentais com base em aplicação extensiva da Lei nº 9.784, de 1999, sem prejuízo de imediato e discricionário ato de gestão de devolução do agente.

Ou seja, igualmente nas hipóteses segunda e terceira acima abordadas, em que o ato supostamente ilícito é praticado por empregado público, que não mantém relação estatutária com a Administração Pública direta ou com a autarquia ou fundação pública de direito público, o dever de apuração e o poder punitivo - se for o caso de ser aplicado - recaem sobre o empregador, à luz da legislação trabalhista que rege o contrato de trabalho. O poder punitivo sobre o empregado público celetista somente pode ser exercido, motivadamente, pela entidade empregadora, nos moldes previstos na CLT, na lei específica, ou na norma interna ou em acordo coletivo de trabalho, quando houver. Naquelas duas configurações acima, a princípio, não há então que se falar em aplicação, por parte do órgão requisitante ou contratante, do regime disciplinar previsto nos arts. 116 a 142 da Lei nº 8.112, de 1990, contra o empregado público celetista, podendo, em regra, este cessionário apenas comunicar o fato à entidade de origem.

E, na esteira, ainda naquelas duas formas em que o empregado público possui apenas o vínculo contratual de trabalho, uma vez que a parte processual não sobrevive por si só, sendo sim instrumentalização da aplicação do direito material, a princípio, convém que a apuração de suposta irregularidade transcorra onde se aplica o regime sancionador, nos moldes próprios da legislação trabalhista ou específicos da entidade da Administração Pública indireta, não havendo tampouco que se cogitar de obrigação de instauração de processo disciplinar imposto nos arts. 143 a 182 da Lei n° 8.112, de 1990, por parte do órgão onde o empregado público tenha cometido o suposto ilícito.

Neste rumo, que não se confunda a específica matéria estatutária do regime e do processo disciplinares com o fato de que, no âmbito das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado, as leis de criação ou os regulamentos e regimentos internos da entidade possam estabelecer o rito e o regime disciplinar próprio de seus empregados, elencando as penas cabíveis e as autoridades competentes para motivadamente aplicá-las. Tais atos de sanção de forma alguma se inserem na matéria do processo administrativo disciplinar, pois sequer são revestidos de atividade da Administração Pública direta, significando tão somente mera gestão privada de recursos humanos, conforme prevê o já mencionado inciso II do § 1º do art. 173 da CF.

Mas, não obstante todo o acima exposto - em que se defendeu a inequívoca convicção de que o órgão da Administração Pública direta ou a autarquia ou a fundação pública de direito público cessionário ou contratante no qual o empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista, por força de cessão prevista nos §§ 5º e 6º do art. 93 da Lei nº 8.112, de 1990, ou por contrato de prestação de serviços, não é obrigado a instaurar qualquer espécie de procedimento meramente investigativo e muito menos de apuração contraditória quando aquele agente comete infração trabalhista no âmbito do próprio órgão ou entidade -, nada impede que, à vista de suas avaliações de conveniência e oportunidade, assim o faça. Em

outras palavras, embora não obrigado, pode o órgão da Administração Pública ou a autarquia ou a fundação pública de direito público em que o empregado público comete infração trabalhista instaurar alguma espécie de rito investigativo ou até apuratório.

Destacadamente em casos de conduta de maior gravidade (por exemplo, associada à divulgação ou ao uso de dados sigilosos ou a qualquer tipo de ação enquadrável como improbidade administrativa ou com indícios de crime contra a Administração), a necessidade de instaurar rito investigativo ou apuratório pode se justificar até mesmo como um ato de gestão auxiliador de tomada de decisões, já que pode identificar ocorrência ou não de eventual dano ao erário ou pode levantar indícios de cometimento de crime, a ensejarem provocações das devidas instâncias civil e penal ou comunicações a órgãos de controle, ou pode simplesmente elucidar lacunas, fragilidades ou falhas administrativas, institucionais ou normativas a serem sanadas para evitar novos episódios similares.

Nestes casos mais graves, pode o órgão da Administração Pública direta ou a autarquia ou a fundação pública de direito público instaurar um procedimento de análise preliminar ou uma sindicância investigativa, que podem redundar em arquivamento, caso nada seja confirmado contra o empregado; ou em meras recomendações de ajustes de rotinas ou praxes internas ou de normas infralegais, comuns em casos de lacunas ou falhas institucionais ou de responsabilidade difusa (quando não se tem elementos para individualizar a responsabilidade); ou em notícia à empresa pública ou à sociedade de economia mista cedente ou contratada caso se levantem indícios de cometimento de infração trabalhista por parte de seu empregado; e/ou ainda em provocações de natureza civil e penal às autoridades respectivamente competentes.

Em casos ainda mais específicos, em que a conduta do empregado está associada por qualquer forma de conexão (sobretudo da espécie intersubjetiva) também à conduta de um servidor estatutário, em razão do qual o órgão da Administração Pública direta ou a autarquia ou a fundação pública de direito público já terá mesmo de instaurar rito disciplinar da Lei nº 8.112, de 1990, pode-se estender ao agente celetista a condição de figurar no polo passivo de PAD ou de sindicância disciplinar, atendendo à unidade processual prevista no art. 79 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), conforme já exposto em **2.5.3.4**.

Também pode-se estender, até onde cabível, o rito da Lei nº 8.112, de 1990, mesmo sem participação de servidor estatutário, se a conduta do empregado revela tal gravidade e repercussão que se demonstre, por critérios discricionários de oportunidade e conveniência, adequado que o órgão da Administração Pública direta ou a autarquia ou a fundação pública de direito público assim o faça (inclusive, dependendo da materialidade, se adequando o rito sumário).

Em casos menos graves, de conduta de menor potencial ofensivo ou que não decorram de falhas ou fragilidades institucionais ou de lacunas normativas internas e sem repercussão de natureza civil ou penal, pode se mostrar suficiente o já aduzido mero comunicado do órgão da Administração Pública direta ou da autarquia ou da fundação pública de direito público à empresa pública ou à sociedade de economia mista a que se vincula o empregado faltoso, a fim de que esta entidade cedente ou contratada investigue o fato, de acordo com sua lei específica ou norma interna ou acordo coletivo de trabalho ou, residualmente, nos termos que foram cabíveis da Lei nº 9.784, de 1999.

Destaque-se que em todos os casos, ainda que tenha o órgão da Administração Pública direta ou a autarquia ou a fundação pública de direito público instaurado análise preliminar, sindicância investigativa ou rito contraditório da Lei nº 8.112, de 1990, tais ritos não possuem o condão punitivo sobre o empregado, funcionando apenas como elementos de instrução para que a empresa pública ou a sociedade de economia mista cedente ou contratada, nos termos

de sua lei específica ou de sua norma interna ou de seu acordo coletivo de trabalho ou, na falta destas regras próprias, da Lei nº 9.784, de 1999, promova o devido rito interno e que, ao final, ampare o eventual ato punitivo da competência exclusiva da entidade a que é vinculado o empregado (em geral, este poder recai no seu dirigente máximo).

Importante reiterar que eventual conjunto probatório investigado ou apurado no âmbito de órgão da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional, por mais sedimentado que porventura seja, não possui o condão de infligir diretamente qualquer espécie de penalidade trabalhista (advertência, suspensão ou dispensa sem justa causa) ao empregado sob cessão ou contrato de prestação de serviço. Enfim, pode (não se obriga) o órgão da Administração Pública direta ou a autarquia ou a fundação pública de direito público instaurar rito investigativo ou contraditório e, fazendo-o ou não, o que lhe obriga é promover a ciência da empresa pública ou da sociedade de economia mista, pois apenas a esta entidade incumbe o posterior procedimento interno necessário e indispensável para apenação trabalhista do empregado público. Não obstante, é de se reiterar que eventual devolução do empregado à empresa pública ou à sociedade de economia mista é um ato de mera gestão, podendo ser concretizado de forma imediata e discricionária, independentemente do resultado das investigações ou apurações.

3.2.4.1.3 - O Caso Específico de Empregados Celetistas do Serpro na Secretaria da Receita Federal do Brasil

Neste ponto, se quer descrever - como exemplo da terceira hipótese abordada acima, ao final de **3.2.4.1.2**, de cometimento de infração trabalhista por empregados públicos celetistas de empresa prestadora de serviço a órgão da Administração Pública direta -, o caso específico dos empregados do Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro), destacadamente os integrantes do antigo quadro Sistema Operação Auxiliar de Preparo (Soap), atualmente denominado Programa de Serviço Externo (PSE), que prestam serviço em atendimento nas unidades da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), cliente contratante daquela empresa). Neste contexto delimitado, a vedação ao desvio de função foi expressada no art. 323 da então Medida Provisória (MP) nº 441, de 29 de setembro de 2008, posteriormente convertido no art. 323 da Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, e de imediato regulado pela Portaria MF nº 218, de 23 de setembro de 2008. Esta Portaria MF, em seus arts. 1º e 5º, impõe que as chefias dos empregados do Serpro devem assumir anualmente o compromisso, mediante termo de responsabilidade, de que aqueles subordinados celetistas não exercem atribuições legais exclusivas de Auditor-Fiscal e de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil (AFRFB e ATRFB) e prevê ainda a devolução do empregado não acobertado pelo termo de responsabilidade. A vedação ao desvio de função *in casu* foi ainda ratificada na Portaria MF nº 10, de 19 de janeiro de 2009, destacadamente no *caput* e no § 1º do seu art. 1º, e na Portaria MF nº 191, de 30 de abril de 2009 (que, nos arts. 1º e 3º, descreve as atividades-meio que os empregados do Serpro podem desempenhar), e no art. 1º do Decreto nº 3.711, de 27 de dezembro de 2000.

> *Lei nº 11.907, de 2009 - Art. 323. A cessão de servidores do Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro para a administração federal direta, autárquica ou fundacional dar-se-á, exclusivamente, para o exercício do cargo em comissão, observado o disposto no § 1º do art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*
> *Parágrafo único. Os empregados do Serpro em exercício no Ministério da Fazenda em 12 de fevereiro de 2004 poderão, no interesse da Administração, permanecer à disposição daquele Ministério, com ônus para o cessionário, independentemente da ocupação de cargos em comissão, no exercício de atividades compatíveis com as atribuições dos respectivos empregos, salvo devolução do empregado à entidade de origem, rescisão ou extinção do*

contrato de trabalho. (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 28 de abril de 2009)

Portaria MF n° 218, de 2008 - Art. 1º As chefias imediatas dos empregados do Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro, em exercício no âmbito do Ministério da Fazenda, devem assumir, anualmente, o compromisso, mediante assinatura de Termo de Responsabilidade, de que esses empregados não exercem atribuições exclusivas de Auditores-Fiscais e Analistas-Tributários da Receita Federal do Brasil, Procuradores da Fazenda Nacional e Técnicos do quadro permanente deste Ministério, e que suas atribuições estejam conforme as previstas no Regimento de Administração de Recursos Humanos (RARH2), para o seu emprego e especialidade, sem desvio de função.
Art. 5° Cabe à Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração determinar a devolução do empregado ao Serpro, não resguardado pelo Termo de Responsabilidade, após 30 (trinta) dias do vencimento da prorrogação da cessão, de acordo com o art. 1°.

Portaria MF n° 10, de 2009 - Art. 1° Determinar aos titulares dos órgãos integrantes da estrutura do Ministério da Fazenda, onde têm exercício empregados do Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro, que observem o disposto no art. 323, parágrafo único, da Medida Provisória nº 441, de 29 de agosto de 2008.
§ 1º Havendo interesse na manutenção de empregado do Serpro, que já se encontrava em exercício no Ministério da Fazenda em 12 de fevereiro de 2004, a chefia imediata deverá declarar que ele não exerce atribuições privativas de carreiras de Estado e que suas atividades são compatíveis com as atribuições do respectivo emprego.

Portaria MF nº 191, de 2009 - Art. 1° Os empregados do Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro, cedidos ao Ministério da Fazenda, observadas as atribuições dos cargos previstos no regulamento e no contrato de trabalho poderão executar as seguintes atividades meio:
I. para o cargo de auxiliar:
a) recepção, juntada, conferência, saída, controle, organização e arquivamento de documentos;
b) protocolo, consulta, vistas, registro em sistemas, movimentação, formalização, cópia de documentos e demais atividades de apoio na operacionalização em processos;
c) apoio administrativo, secretaria e atividades auxiliares, tais como digitação de documentos, serviços de reprografia e digitalização, condução de veículos, manutenção de equipamentos e controle e distribuição de material de uso comum;
efetuar apontamentos, registros e transcrição de informações ou documentos;
triagem para emissão de senhas de atendimento ao contribuinte;
atendimento básico aos contribuintes, incluindo as consultas em sistemas informatizados que forem necessários para a execução desta atividade;
consultas aos sistemas informatizados, inclusive a emissão de pesquisas de situação cadastral e de cópias de declarações, para fins de execução de atividades de atendimento ao contribuinte;
apoio às atividades relativas a área de tecnologia da informação;
atividades relativas à gestão de pessoas, incluindo acesso a sistemas informatizados da respectiva área;
apoio na recepção e armazenamento de mercadorias e veículos;
apoio às atividades relativas às áreas de programação e execução orçamentário-financeira, contabilidade, licitações e contratos, incluindo acesso a sistemas informatizados das respectivas áreas;
atividades relativas às áreas de materiais e serviços gerais, incluindo acesso a sistemas informatizados das respectivas áreas;

> *II. para o cargo de técnico, além de supervisionar as atividades previstas no inciso anterior:*
> *atividades de planejamento e controles de processos;*
> *apoiar a execução de atividades de maior complexibilidade sob orientação;*
> *gestão de tecnologia e informação; e*
> *atividades relativas às áreas de programação e execução orçamentário-financeira, contabilidade, licitações e contratos, incluindo acesso a sistemas informatizados das respectivas áreas;*
> *III. para o cargo de analista, além de supervisionar as atividades previstas nos incisos anteriores:*
> *analisar, recomendar e propor soluções na sua área de atuação;*
> *efetuar estudos, pesquisas, análise, recomendações e propostas de soluções na área de tecnologia da informação;*
> *prestar assessoria técnica e suporte;*
> *desenvolver e coordenar projetos, elaborar normas e procedimentos;*
> *fornecer treinamento relativo à utilização dos sistemas de informação e ferramentas de acesso e manipulação de dados;*
> *acompanhar e avaliar o desempenho dos sistemas implantados, identificando o providenciando as medidas corretivas competentes; e*
> *analisar e executar a gestão de processos organizacionais internos.*
> *Art. 3° Os empregados referidos no art. 1° poderão desempenhar atividades meios na administração tributária desde que não sejam próprias das carreiras de Auditoria Tributária da Receita Federal do Brasil e de Procurador da Fazenda Nacional.*
>
> *Decreto nº 3.711, de 2000 - Art. 1° Fica autorizada a permanência no Ministério da Fazenda, pelo período necessário ao bom andamento do serviço, a critério da Administração, dos empregados do Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro, que nele desempenhavam suas atividades em 31 de dezembro de 1998.*
> *Parágrafo único. Fica vedado o desempenho, pelos empregados de que trata o caput, de atividades próprias de cargos de carreira do Ministério da Fazenda.*

À vista das peculiaridades da hipótese específica de suposto ilícito trabalhista praticado por empregado do Serpro ao desempenhar suas funções em unidade da RFB, é possível aprofundar e especificar a análise, em comparação à abordagem mais genérica feita acima, com o fim de, consentaneamente, concluir que o respectivo Escritório de Corregedoria (Escor) ou a Corregedoria (Coger) não é obrigado a instaurar processo disciplinar e que não se aplica o regime da Lei nº 8.112, de 1990, àquele empregado infrator, visto que esta estrutura correcional não possui competência punitiva sobre ele.

E o amparo para tais assertivas repousa primeiramente em uma leitura da norma de criação deste sistema correcional e do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017, e, secundariamente, na atenção a princípios reitores do tema.

O Decreto nº 2.331, de 1º de outubro de 1997, instituiu o sistema correcional da RFB e estabeleceu, de imediato, no art. 1º, a sua subordinação ao titular do órgão e a sua competência para promover ações preventivas e repressivas sobre a ética funcional e a disciplina de seus servidores, delegando ao então Ministro de Estado da Fazenda as definições da lotação e das atribuições.

Em atenção ao mencionado Decreto, os sucessivos Regimentos Internos da RFB, desde aquela época até o diploma atualmente em vigor, como atos do Ministro de Estado da Economia, estabelecem que o sistema correcional insere-se no organograma do órgão e tem sua competência e o alcance de suas atuações preventiva e repressiva limitados ao respectivo quadro funcional.

E de outra forma não poderia ser, de acordo com o organograma constante do art. 2º

Anexo I do Ministério da Economia (ME), aprovado pelo Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019. Segundo esta norma, o ME compõe-se, em síntese, de órgãos de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado da Economia, de órgãos específicos singulares (de que é exemplo a RFB), de órgãos colegiados e de outras entidades vinculadas (de natureza autárquica ou de Administração Pública indireta, em que se inclui o Serpro, como exemplo de empresa pública).

Esta normatização vigente esclarece que o Serpro e a RFB são independentes dentro da estrutura do ME e, a rigor, não impõe obrigação para que o sistema correcional deste órgão apure possíveis irregularidades cometidas por empregado público integrante daquele outro quadro e muito menos lhe atribui competência para julgar o procedimento e, se for o caso, para punir o agente.

Ademais, além da ausência de previsão expressa em norma, também não se lê obrigatoriedade para tal persecução sequer em base principiológica. No Direito Administrativo pátrio, em que a hierarquia é forte princípio informador, é pacífico, por um lado, que o poder-dever punitivo em instância administrativa, primeiramente, insere-se na ascendência hierárquica da autoridade em relação ao acusado, conforme já exposto em **3.2.2.1.1**. Não cabe a uma determinada autoridade julgar o processo e, se for o caso, aplicar penalidade disciplinar em agente público que, integrando quadro de órgão estranho à jurisdição daquela autoridade, não se insere em sua linha de vinculação hierárquica. Neste tema, é de se reconhecer que, por outro lado, apesar da incompetência julgadora e punitiva, em respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, a instauração do procedimento e a apuração podem se dar onde se encontra localizado o acusado, migrando-se apenas o julgamento e a apenação, se for o caso, para a autoridade de ascendência hierárquica sobre ele.

Mas, sobre esta exceção de viés pragmático e operacional (de se aceitar a instauração e a apuração onde se encontra localizado o acusado ainda que não exista nenhum grau de hierarquia entre ele e a(s) respectiva(s) autoridade(s) instauradora e/ou julgadora), é de se contrapor a pertinência de que até mesmo o mero rito apuratório a ser empregado também se amolde ao regime estatutário (no caso de servidor) ou ao contrato de trabalho (no caso de empregado público) que liga o agente público à Administração. Em outras palavras, uma vez que não convém que o rito a ser empregado se dissocie da condição de o acusado ser regido pela Lei nº 8.112, de 1990, ou pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em conjunto com normas internas da entidade da Administração Pública indireta, ou seja, de ele ser estatutário ou celetista, é de se afirmar que nem mesmo os mencionados princípios procedimentais justificam ou obrigam a instauração do procedimento apuratório no local do fato se, além de não se inserir em linha hierárquica abaixo da(s) autoridade(s) instauradora e/ou julgadora, o acusado nem sequer se submete ao regime e ao processo disciplinares vigentes no órgão em que se daria a apuração.

Enquanto a RFB, como órgão da Administração Pública direta, tem seu quadro composto por servidores estatutários vinculados ao regramento disciplinar estabelecido pela Lei nº 8.112, de 1990, e sob tais mandamentos atua seu sistema correcional, o quadro do Serpro mantém sua relação trabalhista regida pela CLT e por normatização infralegal interna, que estabelecem penas e rito próprios, à margem dos ditames, dos deveres e, em contrapartida, das garantias estatutárias que recaem exclusivamente sobre os servidores.

Não integrando o empregado celetista o quadro da RFB, pondera-se que, mesmo tendo ele desempenhado suas funções em unidade deste órgão (e ainda que sob formal cessão por específica previsão legal) ao tempo da suposta infração trabalhista, tal fato não teria o condão de torná-lo agente público regido pela Lei nº 8.112, de 1990, sequer temporariamente e, muito menos, de obrigatoriamente sujeitá-lo ao regime e ao processo disciplinares previstos naquele diploma legal e aplicáveis no âmbito da ocorrência dos fatos. Em outras palavras, o rito

procedimental da Lei nº 8.112, de 1990 - a que se submete, como única base legal, o trabalho deste sistema correcional - não tem vinculada aplicação sobre o empregado do Serpro. Nem mesmo com base na argumentação principiológica a favor da instauração onde se encontra localizado o acusado se vislumbra obrigatoriedade sequer de as apurações se darem por meio do respectivo Escor, além da óbvia ausência de competência para o julgamento e para a eventual apenação fora do órgão de lotação do agente.

Assim, da mesma forma como já havia se verificado nos termos positivados da normatização, também à luz de uma análise principiológica, tem-se que o procedimento, desde sua instauração, melhor se amolda aos ditames da legislação trabalhista e aos regramentos internos específicos da empresa pública empregadora, de sua exclusiva aplicação, e que o julgamento e a eventual apenação do empregado público - mais do que poderem - devem mesmo seguir obrigatoriamente aquela normatização. Não possuindo o infrator vinculação estatutária perante a Administração Pública direta, o poder disciplinar porventura justificado, após o devido rito legal, recai sobre seu empregador, à luz da legislação trabalhista que rege seu contrato de trabalho. O poder punitivo sobre o empregado celetista deve ser exercido pelo Serpro, nos moldes previstos na CLT, onde também convém que sejam respeitadas as máximas constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e outras garantias fundamentais da pessoa aplicáveis à matéria.

Não obstante o acima aduzido, na mesma linha que já se expôs quando se abordou a hipótese em termos genéricos de empregado celetista de empresa pública ou de sociedade de economia mista cometer irregularidade trabalhista em razão de cessão ou de contrato de prestação de serviço em órgão da Administração Pública direta ou autarquia ou fundação pública de direito público, não se afasta o dever legal de a Administração se sentir provocada a investigar diante da notícia de suposta irregularidade, seja o possível autor agente estatutário ou não. Daí, o sistema correcional da RFB não deve se eximir de seu dever legal de ao menos realizar prévias investigações e, ainda, subsidiar o processo decisório a cargo das autoridades administrativas competentes pela gestão que envolve o empregado celetista.

Assim, conforme já exposto acima de forma genérica, agora, de forma mais específica, cabe apresentar possíveis instrumentalizações que o respectivo Escor pode adotar diante de notícia de suposta irregularidade cometida por empregado do Serpro desempenhando suas funções em unidade da RFB ou em atividades direta ou indiretamente relacionadas com a área de atuação do órgão, ainda que não possua poder disciplinar e punitivo sobre aquele agente.

Pode-se citar, como primeira hipótese, que, em ato de mera discricionariedade, o Chefe do Escor, a seu exclusivo critério de oportunidade e conveniência, conceda ao empregado do Serpro um procedimento de mínima investigação inquisitorial, análogo ao que se faria em fase de admissibilidade (como exemplos não exaustivos de procedimentos válidos e possíveis, pode-se citar desde a análise preliminar ou a sindicância investigativa, caso se faça necessário maior rigor formal, ou até mesmo a sindicância patrimonial, caso o tema em questão verse sobre desproporcionalidade patrimonial) se se tratasse de servidor estatutário. Neste caso, restando de plano comprovada a inocência do empregado do Serpro ou por qualquer outra forma se demonstrando previamente a inviabilidade de responsabilizá-lo, pode o Escor adotar a decisão de arquivar liminarmente a denúncia ou representação. Por outro lado, tendo a análise preliminar apontado a plausibilidade do ato infracional cometido pelo empregado celetista, como regra geral - sem que, como exposto acima, afronte qualquer norma positivada ou primado pincipiológico ou que incorra em omissão de dever - pode o Chefe do Escor não determinar a instauração do consequente rito disciplinar e tão somente encaminhar cópia das conclusões das investigações ao Serpro, para as providências ao alcance do empregador, cabíveis na legislação trabalhista.

Como segunda possibilidade, até se pode cogitar de uma situação excepcional em que um empregado do Serpro poderia ser beneficiado com a figuração no polo passivo de um rito

instaurado pelo Chefe de Escor, com o formalismo que a Lei nº 8.112, de 1990, confere exclusivamente aos servidores estatutários (seja sindicância disciplinar, seja processo administrativo disciplinar - PAD). Na hipótese de uma conduta infracional cometida com qualquer espécie de conexão entre servidor da RFB e empregado do Serpro, de forma que a apuração do ilícito disciplinar do primeiro dependesse indissociavelmente da apuração conjunta da infração cometida pelo segundo e uma vez que já se teria mesmo de instaurar o rito legal em razão dos indícios contra o agente estatutário, poderia o Chefe do Escor, a seu exclusivo critério, autorizar que se trouxesse também o empregado do Serpro ao polo passivo na fase de instrução, concedendo-lhe assim um rito garantidor de ampla defesa e de contraditório similar àquele garantido ao servidor por força da mencionada Lei. Repisa-se que a hipótese de extensão do rito a empregado do Serpro advém de critério da autoridade instauradora, que, por outro lado, pode decidir pelo desmembramento das apurações envolvendo o servidor das investigações envolvendo o celetista ou ainda da liminar remessa do caso para o empregador.

Por fim, como uma terceira e mais excepcional e residual hipótese, tendo em vista a discricionariedade, acima destacada, a favor da autoridade instauradora, obriga-se mencionar ainda a possibilidade de o Chefe de Escor determinar instauração de algum dos ritos disciplinares previstos na Lei nº 8.112, de 1990, em face exclusivamente de um empregado do Serpro, seja por decidir, a seu exclusivo talante, desmembrar as apurações de supostas infrações que também envolvam servidor estatutário, seja até mesmo em caso de exclusiva atuação de celetista, sem nenhuma participação de servidor estatutário, mas que, à vista de suas peculiaridades ou de suas repercussões, se entenda de extremado interesse ou de atípica relevância.

Ressalve-se, entretanto, que a primeira hipótese, de deflagração de fase investigativa, não exclui as duas hipóteses excepcionais, de aplicação de rito disciplinar ao empregado do Serpro, uma vez que as investigações podem levar a autoridade instauradora, a seu critério, a decidir pela instauração de processo disciplinar, seja com aquele agente celetista figurando em conjunto com algum servidor estatutário, seja com apenas ele isoladamente no polo passivo.

De se destacar que, nas duas hipóteses aventadas de instauração de rito disciplinar em face de empregado do Serpro, caso a instrução probatória ampare, na comissão, a convicção de cometimento de infração, deve o rito se limitar até a lavratura de um termo de imputação de responsabilidade (análogo à indiciação, prevista no art. 161 da Lei nº 8.112, de 1990), para que, a partir deste ponto, o caso seja remetido ao empregador, a quem cabe coletar defesa do acusado e julgá-lo. Isto porque não havendo subordinação hierárquica, não se cogitaria de competência no âmbito da RFB para tal julgamento e para a respectiva apenação, que deveriam ser encaminhados para a autoridade competente no âmbito daquela empresa.

Acrescente-se que, em todas as três possíveis instrumentalizações acima expostas, além da necessária e indispensável comunicação ao Serpro, a que cabe o procedimento de fim punitivo da alçada trabalhista, tendo em vista que a prestação de serviços daquela empresa à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil atende, em essência, mais específica e diretamente, às diversificadas demandas das Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil (SRRFs), deve também o Chefe do Escor comunicar o resultado das investigações prévias ou das apurações contraditórias ao respectivo Superintendente (ou ao Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas - Cogep, no caso de o ilícito ter se dado em unidade central), a fim de que esta autoridade, em mero ato de gestão, avalie a conveniência e a oportunidade de manter o empregado ou de, liminarmente, devolvê-lo à empresa (ressaltando mais uma vez que eventual ato de devolução do empregado não possui natureza punitiva).

Ademais, em reforço ao critério discricionário de análise, por suas exclusivas avaliações de oportunidade e conveniência para instaurar rito investigativo ou contraditório

em face de empregado do Serpro, é de se acrescentar que o Chefe de Escor pode dispor de tal decisão como ato de gestão, cujo resultado possa servir de amparo para tomada de decisões administrativas. Em outras palavras, o resultado do procedimento pode ser utilizado para sanar lacunas normativas, para ajustar praxes e rotinas internas, para impedir novos fatos indesejados de responsabilização difusa e não individualizável, bem como pode servir de elemento de instrução para o devido rito de reparação civil de dano erário ou ainda para embasar eventual representação penal.

Ressalte-se que toda a gama de avaliação discricionária acima exposta, ao dispor do Chefe do Escor, independe das repercussões porventura previstas nas legislações trabalhista e até mesmo penal ou civil, se for o caso. Isto porque, por óbvio, não obstante as conclusões acima acerca da ausência de obrigatoriedade do Escor para instaurar processo disciplinar contra empregado celetista e sobretudo da incompetência para julgá-lo e, se for o caso, para puni-lo, bem como as já mencionadas repercussões previstas na legislação trabalhista ao alcance do empregador, não aproveita o empregado do Serpro de vácuo legislativo que lhe concedesse a absurda condição de se ver imune a autônomos regramentos que sancionam condutas graves cometidas por agentes públicos. A mero título de exemplo, além das já mencionadas possíveis repercussões cabíveis na legislação trabalhista ao encargo do empregador, cite-se a hipótese de a conduta perpetrada pelo empregado do Serpro se amoldar a algum dos enquadramentos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa), que define atos de improbidade administrativa e que prevê sérias repercussões, tais como reparação de dano ao erário, aplicação de multa, decretação de perda de bens e de perda da função pública, dentre outras.

Rememore-se que a Presidência da República instituiu, por meio do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, o Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) conforme define seu art. 1º, de acordo com o já exposto em **2.1.1**. Este Decreto dispôs à Controladoria-Geral da União (CGU) a condição de órgão central do Sistema (inciso I do art. 2º) e lhe conferiu competências tanto para atuar como órgão gerenciador e controlador das atividades desempenhadas pelas unidades integrantes quanto até para, em situações específicas, instaurar ou avocar procedimentos disciplinares em toda a Administração Pública federal, seja direta ou indireta (incisos III e VIII do art. 4º).

> *Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 1º São organizadas sob a forma de sistema as atividades de correição do Poder Executivo Federal, a fim de promover sua coordenação e harmonização.*
> *§ 1º O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal compreende as atividades relacionadas à prevenção e apuração de irregularidades, no âmbito do Poder Executivo Federal, por meio da instauração e condução de procedimentos correcionais.*
> *§ 2º A atividade de correição utilizará como instrumentos a investigação preliminar, a inspeção, a sindicância, o processo administrativo geral e o processo administrativo disciplinar.*
> *Art. 2º Integram o Sistema de Correição:*
> *I - como Órgão Central, a Controladoria-Geral da União, por meio da Corregedoria-Geral da União; e (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 13 de agosto de 2021)*
> *Art. 4º Compete ao Órgão Central do Sistema:*
> *III - gerir e exercer o controle técnico das atividades correcionais desempenhadas no âmbito do Poder Executivo Federal; (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 11 de março de 2010)*
> *VIII - instaurar sindicâncias, procedimentos e processos administrativos disciplinares, em razão: (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*
> *a) da inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem; (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*
> *b) da complexidade e relevância da matéria;*

c) da autoridade envolvida; ou
d) do envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade;

É de se registrar que, por força do inciso I do art. 16 do Anexo I do Decreto nº 11.102, de 23 de junho de 2022, as competências de órgão central são exercidas pela CGU, por meio da Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG) e, desta forma, o ordenamento interno (mais especificamente, os arts. 51 e 53 da Instrução Normativa (IN) CGU n° 14, de 14 de novembro de 2018, com destacado interesse para o tema o inciso II do mencionado art. 53) reflete especificamente as competências acima descritas de forma a também abarcar este segundo órgão, podendo-se aqui, neste tópico, ao se mencionar a CGU, também subentender, indistintamente, a CGU/CRG.

IN CGU n° 14, de 2018 - Art. 51. No âmbito do Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal e das unidades setoriais, a instauração de procedimento disciplinar caberá ao Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União, ao Secretário-Executivo, ao Corregedor-Geral da União, aos Corregedores-Adjuntos e aos Corregedores Setoriais, conforme o nível do cargo, emprego ou função do servidor ou empregado investigado ou acusado.
Art. 53. Os procedimentos disciplinares poderão ser diretamente instaurados ou avocados, a qualquer tempo, em razão de:
I - omissão da autoridade responsável;
II - inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem;
III - complexidade e relevância da matéria;
IV - autoridade envolvida; ou
V - envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade.

Abordada nos termos já expostos acima a ausência de obrigatoriedade para o sistema correcional da RFB proceder a esta apuração, a hipótese em questão pode se amoldar às previsões normativas do inciso III ou da alínea "a" do inciso VIII do art. 4º do Decreto nº 5.480, de 2005, que indicam, respectivamente, as competências da CGU (ou da CGU/CRG, conforme o inciso I do art. 16 do Anexo I do Decreto nº 11.102, de 2022, ou o inciso II do art. 53 da IN CGU nº 14, de 2018) para determinar a instauração de procedimento disciplinar no âmbito do Serpro e acompanhar a condução dos trabalhos ou para o próprio órgão central, residualmente, instaurar o procedimento no caso de inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão de origem. Por óbvio, compete à própria CGU (ou à CGU/CRG) definir, a seu exclusivo critério, a forma de atuar no presente caso, seja apenas supervisionando o trabalho no âmbito do Serpro, seja instaurando o procedimento e, neste último caso, até mesmo sancionando o empregado faltoso.

Desta forma, além das já mencionadas comunicações ao Serpro e à SRRF (ou à Cogep), também a CGU deverá ser informada do resultado do juízo de admissibilidade, em hipóteses de ilicitudes em princípio mais graves, de forma a adotar as providências que estão sob sua alçada.

É de se ressaltar ainda que tudo que acima foi exposto de forma mais específica para empregados do Serpro também se aplica de forma análoga para empregados celetistas vinculados a qualquer outro empregador.

E, ainda com maior ênfase se afirma a absoluta inadequação de extensão do processo e do regime disciplinares estabelecidos na Lei nº 8.112, de 1990, para apurar condutas supostamente infracionais, cometidas no âmbito da RFB, por funcionários de empresas privadas prestadoras de serviços, de estagiários, de particulares em geral no curso de qualquer forma de colaboração remunerada ou não com a Administração ou ainda de quaisquer outros agentes que não se enquadrem na definição de servidor estatutário.

No caso de funcionários de empresas privadas que prestam serviços ao órgão público (tais como vigilância, limpeza, manutenção e outros serviços auxiliares em geral), não há que se cogitar sequer de qualquer vínculo entre eles e a Administração. Estes agentes privados sequer ocupam emprego público, pois são empregados da empresa privada contratada para prestar serviço terceirizado à Administração. No caso de suposta irregularidade cometida por estes funcionários, deve a Administração solicitar à empresa sua substituição e, se for o caso, buscar o ressarcimento de prejuízos porventura causados e aplicar penalidade àquela contratada, nos termos que prescrever o contrato firmado para a prestação de serviço.

No caso de ato irregular cometido por estagiários, basta que a projeção de gestão de pessoas providencie seu desligamento, também sem necessidade de qualquer procedimento apuratório, já que, a rigor, embora até haja um vínculo entre eles e a Administração (mediante termo de compromisso e remuneração como bolsa-auxílio, nos termos da Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008), não se trata sequer de contrato laboral.

Não obstante, caso chegue ao Escor ou à Coger notícia de suposta irregularidade cometida por funcionário terceirizado ou por estagiário, nada impede que, diante da eventual relevância do caso, discricionariamente se adote uma extensão, até onde cabível, do rito acima descrito de investigação, para as irregularidades praticadas por empregados públicos celetistas (não só do Serpro, mas também de qualquer outra entidade da Administração Pública indireta), na forma de uma sucinta fase de admissibilidade inquisitorial antes de se proceder à devolução ou ao desligamento.

O tema do tratamento das irregularidades supostamente praticadas por empregados celetistas ou por funcionários de empresas terceirizadas ou por estagiários foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/13.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/13: "4. Logo, se um empregado do Serpro que desempenha suas funções na RFB - ou em atividades direta ou indiretamente relacionadas com a área de atuação do órgão - sem ocupar cargo em comissão cometer uma infração trabalhista, não cabe aplicar os dispositivos da Lei nº 8.112, de 1990 (caso possua investidura comissionada, sujeita-se ao regime disciplinar estatutário).*
> *5. Não há norma que atribua à Coger competência para instaurar processo administrativo disciplinar (PAD) ou sindicância acusatória (Sinac) contra esse celetista e julgá-lo, tampouco princípio que justifique tal ação pela unidade correcional da RFB. O poder disciplinar recai sobre o Serpro, por subordinação hierárquica e à luz da CLT e de demais leis e regulamentos trabalhistas.*
> *6. Contudo convém que a Coger, por meio do Grupo Nacional de Investigação (GNI) e do Grupo Nacional de Pareceristas (GNP), proceda, ainda que de forma incipiente, à fase de admissibilidade referente à notícia de suposta irregularidade na RFB cujo autor seja empregado do Serpro, antes de tomada de decisão no âmbito do órgão.*
> *7. Para isso, o Coordenador do GNI, servindo-se dos critérios de oportunidade e conveniência, pode determinar a execução de procedimento investigativo em desfavor desse celetista análogo àqueles realizados em fase de admissibilidade contra os servidores do órgão tributário ou, dependendo das peculiaridades do caso, remeter a apreciação diretamente ao GNP. Havendo convicção da inocência do agente público ou demonstrando-se a inviabilidade de responsabilizá-lo, compete ao Chefe do respectivo Escritório de Corregedoria (Escor), como autoridade instauradora, o arquivamento da notícia. Contrariamente, caso sejam identificados indícios de ilicitude praticada pelo celetista, pode o Chefe de Escor tão somente encaminhar cópia da conclusão da investigação para o Serpro.*
> *8. Já se houver conexão entre um empregado dessa empresa e um agente público da RFB no cometimento de uma irregularidade e os atos praticados por*

ambos forem indissociáveis, pode o celetista, excepcionalmente, figurar no polo passivo do rito contraditório instaurado com base na Lei nº 8.112, de 1990, para apurar a responsabilidade do servidor infrator.
9. Também como medida excepcional, é possível a autoridade competente instaurar PAD ou Sinac em desfavor apenas de empregado do Serpro - independentemente de os fatos envolverem, de maneira conjunta, servidor ou referirem-se a atuação exclusiva desse celetista - quando houver interesse público ou relevância.
11. Logo, diante de notícia de irregularidade cometida por empregado do Serpro em atividade na RFB, pode-se deflagrar investigação e, excepcionalmente, instaurar rito contraditório contra ele.
12. Se for instaurado PAD ou Sinac e, após o encerramento da instrução probatória, a comissão firmar convicção do cometimento de infração trabalhista, tal procedimento correcional deve ser concluído com a lavratura de um termo de imputação de responsabilidade - similar à indiciação, prevista no caput do art. 161 da Lei nº 8.112, de 1990 - e, em seguida, remetido ao Serpro, a quem cabe coletar a defesa do seu empregado e julgá-lo.
13. Além da indispensável comunicação ao Serpro, é também necessário participar o resultado dos trabalhos correcionais à Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil (SRRF) - ou à Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep), se a irregularidade tiver sido praticada no âmbito de unidade central - e registrar o feito no Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD), da Controladoria-Geral da União (CGU), devendo-se, ainda, oficiar o Ministério Público Federal (MPF) e o Tribunal de Contas da União (TCU), caso o ilícito configure improbidade administrativa.
14. O exposto de forma específica para integrantes do quadro PSE do Serpro vale para todos os empregados públicos cedidos por empresas estatais que porventura prestem serviços à RFB, sem provimento em cargo em comissão.
16. Se o regime disciplinar da Lei nº 8.112, de 1990, não pode ser aplicado a empregados públicos, menos ainda cabe adotá-lo para apurar infrações supostamente cometidas por qualquer outro tipo de pessoa física prestadora de serviços à RFB.
17. No caso de trabalhador terceirizado - empregado de empresa privada que presta serviços auxiliares de secretariado, vigilância, limpeza, manutenção, etc. -, não há sequer vínculo entre ele e a Administração Pública. Então, se esse praticar alguma irregularidade, basta à Administração solicitar à empresa a sua substituição e, se for o caso, buscar o ressarcimento de prejuízos sofridos e aplicar penalidade à pessoa jurídica contratada, sem a participação da Coger.
18. Caso o ilícito seja de autoria de estagiário, deve a Cogep - ou a sua respectiva projeção regional - providenciar o seu desligamento, também sem a necessidade de apuração pela estrutura correcional da RFB, uma vez que não existe nem mesmo contrato laboral na relação com a Administração Pública.
19. Todavia, se a notícia de suposta irregularidade cometida por funcionário terceirizado ou estagiário for considerada relevante, nada impede que o sistema correcional, utilizando-se dos já mencionados critérios de oportunidade e conveniência, investigue-a até onde cabível, antes de proceder-se à devolução ou ao desligamento dessas pessoas."

3.2.4.1.4 - Pessoal Contratado por Tempo Determinado e Militares

Como mais uma peculiaridade sob ótica subjetiva, tem-se que a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, dispõe sobre a contratação de pessoal por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal (CF), por parte de órgãos da Administração Pública federal direta ou indireta. Em seu art. 10, aquela Lei estabelece que as infrações disciplinares atribuídas a este pessoal devem ser apuradas mediante sindicância, concluída no prazo de até

trinta dias e assegurada a ampla defesa. Todavia, a Lei nº 8.745, de 1993, em nenhum momento estende a estes contratados a prerrogativa do rito estabelecido na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para os servidores estatutários. Ou seja, não se tratando da sindicância disciplinar prevista no art. 145 da Lei nº 8.112, de 1990, esta apuração é instaurada pelo titular da própria unidade de ocorrência do fato e não pelo respectivo Escor.

> *CF - Art. 37.*
> *IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;*

Não se deve confundir o fato de o art. 11 da Lei nº 8.745, de 1993, estabelecer que se aplicam ao pessoal contratado temporariamente os artigos da Lei nº 8.112, de 1990, que tratam, na matéria disciplinar, de algumas irregularidades, responsabilidade, penalidades e prescrição, vez que não se fez remissão aos arts. 143 a 182 do Estatuto, em que está definido o rito processual propriamente dito para os servidores estatutários.

> *Lei nº 8.745, de 1993 - Art. 1º Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da administração federal direta, as autarquias e as fundações públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta Lei.*
> *Art. 10. As infrações disciplinares atribuídas ao pessoal contratado nos termos desta Lei serão apuradas mediante sindicância, concluída no prazo de trinta dias e assegurada ampla defesa.*
> *Art. 11. Aplica-se ao pessoal contratado nos termos desta Lei o disposto nos arts. 53 e 54; 57 a 59; 63 a 80; 97; 104 a 109; 110, incisos, I, in fine, e II, parágrafo único, a 115; 116, incisos I a V, alíneas a e c, VI a XII e parágrafo único; 117, incisos I a VI e IX a XVIII; 118 a 126; 127, incisos I, II e III, a 132, incisos I a VII, e IX a XIII; 136 a 142, incisos I, primeira parte, a III, e §§ 1º a 4º; 236; 238 a 242, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

A sindicância de natureza disciplinar para apurar irregularidades cometidas por servidores temporários contratados na forma da Lei nº 8.745, de 1993, possui regramento na Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018. Esta sindicância, embora disciplinar, é instaurada no âmbito da própria unidade de ocorrência do fato, sem provocação ao sistema correcional, deve ser conduzido nos termos da Lei nº 8.745, de 1993, não seguindo obrigatoriamente o rito processual estabelecido na Lei nº 8.112, de 1990 (empregando-o apenas de forma subsidiária). Mas, obviamente, atende aos princípios constitucionais elementares da ampla defesa e do contraditório, a fim de se tornar instrumento hábil a redundar em penas de advertência, de suspensão de até noventa dias e de demissão, à luz do art. 38 da citada IN.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 38. As infrações disciplinares atribuídas a contratados nos termos da Lei nº 8.745, de 1993, serão apuradas mediante sindicância, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.*
> *Parágrafo único. Da sindicância poderá resultar a aplicação de penalidade de advertência, de suspensão de até 90 (noventa) dias ou de demissão.*

A comissão de sindicância específica para tal caso pode ser composta no mínimo por dois servidores, efetivos (e não necessariamente estáveis) ou até mesmo também temporários, com prazo de trabalho de trinta dias, prorrogáveis sucessivamente até a conclusão dos trabalhos, conforme estabelecem o *caput* e o § 1º do art. 39 da IN CGU nº 14, de 2018. Importante destacar que especificamente para este rito, a norma da CGU não prevê o instituto da designação de nova comissão após a fluência dos prazos original e prorrogado, mas sim sucessivas prorrogações.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 38. As infrações disciplinares atribuídas a contratados nos termos da Lei nº 8.745, de 1993, serão apuradas mediante sindicância, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.*

> *Parágrafo único. Da sindicância poderá resultar a aplicação de penalidade de advertência, de suspensão de até 90 (noventa) dias ou de demissão.*

E, por fim, é de se mencionar, ainda, os militares (como se denominam os membros das Forças Armadas - Exército, Marinha e Aeronáutica - e também das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros dos Estados e Distrito Federal), que até a Emenda Constitucional (EC) n° 18, de 5 de fevereiro de 1998, com que se alteraram comandos do art. 142 da CF, eram considerados espécie de servidores públicos. A partir daí, a rigor, integram uma categoria à parte de agentes públicos que, à vista de seu específico estatuto militar (Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980), não se subordinam à Lei n° 8.112, de 1990, e estão fora do escopo do presente texto.

> *CF - Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.*
> *§ 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.*
> *§ 2º Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares.*
> *§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)*
> *X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)*

A Lei nº 6.880, de 1980, com efetiva natureza de um estatuto, rege todos os direitos, prerrogativas, deveres e obrigações dos membros das Forças Armadas e sedimenta que sua atuação deve ser exercida com especial atenção aos princípios da hierarquia e da disciplina, conforme se extrai dos seus arts. 1º e 2º e do *caput* do seu art. 3º. Ademais, a mencionada Lei, no *caput* do seu art. 42, enumera que o militar pode incorrer em crime (apurado pela Justiça Militar, de que tratam os arts. 122 e 123 da CF), contravenção ou transgressão disciplinar.

> *Lei nº 6.880, de 1980 - Art. 1º O presente Estatuto regula a situação, obrigações, deveres, direitos e prerrogativas dos membros das Forças Armadas.*
> *Art. 2º As Forças Armadas, essenciais à execução da política de segurança nacional, são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, e destinam-se a defender a Pátria e a garantir os poderes constituídos, a lei e a ordem. São instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei.*
> *Art. 3° Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares.*
> *Art. 42. A violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específicas.*

3.2.4.2 - Agentes Públicos que se Sujeitam à Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990

Complementando a análise com os servidores, categorias e carreiras regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 - ou seja, que se encontram em sua abrangência

subjetiva -, tem-se que na grande maioria da Administração Pública direta como um todo e em parte da Administração Pública indireta (nas autarquias e nas fundações públicas de direito público), encontram-se os cargos públicos, criados por lei e ocupados por servidores nomeados.

O provimento dos cargos públicos, no sentido mais comum da expressão, pode ser efetivo ou em comissão, nos termos dos arts. 3º e 9º daquela Lei, e as competências nomeadoras, a partir da fonte constitucional, em grande parte, foram delegadas pelo Presidente da República para Ministros de Estado. De certa forma, pode-se dizer que a competência nomeadora originária seria concentrada no Presidente da República, e que se assim ainda mantém em especial nos incisos I, XIV, XV e XVI do art. 84 da Constituição Federal (CF), mas precipuamente apenas para agentes públicos vitalícios e agentes públicos políticos, que estão fora do escopo deste tópico. Para o provimento dos cargos a serem ocupados por servidores comuns, restou a regra geral da delegação presidencial para os respectivos titulares das Pastas, conforme competências de direção superior e de organização estabelecidas no inciso II e na alínea "a" do inciso VI do mesmo dispositivo da CF.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.*
> *Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.*
> *Art. 9º A nomeação far-se-á:*
> *I - em caráter efetivo, quando se tratar de cargo isolado de provimento efetivo ou de carreira;*
> *II - em comissão, inclusive na condição de interino, para cargos de confiança vagos. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
> *Parágrafo único. O servidor ocupante de cargo em comissão ou de natureza especial poderá ser nomeado para ter exercício, interinamente, em outro cargo de confiança, sem prejuízo das atribuições do que atualmente ocupa, hipótese em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o período da interinidade. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*

Neste contexo, cabe trazer à tona o Decreto nº 9.794, de 14 de maio de 2019, que regulamenta o tema das nomeações, exonerações, designações e dispensas para cargos efetivos, cargos em comissão e funções de confiança de competência originária do Presidente da República, conforme em especial indicam o art. 1º, o *caput* do art. 2º, os incisos IV e V do *caput* do art. 4º, o *caput* e os incisos I e II do *caput* do art. 6º e o inciso III do parágrafo único do art. 7º.

> *Decreto nº 9.794, de 2019 - Art. 1º Este Decreto dispõe sobre as nomeações, as exonerações, as designações e as dispensas para cargos efetivos, cargos em comissão e funções de confiança de competência originária do Presidente da República e institui o Sistema Integrado de Nomeações e Consultas - Sinc.*
> *Parágrafo único. As competências para nomeação e designação previstas neste Decreto incluem as competências para exoneração e dispensa.*
> *Art. 2º São de competência do Presidente da República as nomeações e as designações para as quais não haja delegação.*
> *Art. 4º Fica delegada competência ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República para nomear e exonerar os ocupantes de cargos em comissão e designar e dispensar os ocupantes de funções de confiança, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional: (Redação dada pelo Decreto nº 10.486, de 11 de setembro de 2020)*
> *IV - quando se tratar de cargo ou função de nível equivalente a 5 e 6 do Grupo-DAS; e (Redação dada pelo Decreto nº 10.486, de 2020)*
> *V - quando se tratar de cargo ou função de nível equivalente a 4 do Grupo-*

> *DAS. (Redação dada pelo Decreto nº 10.486, de 2020)*
> *Art. 6º Fica delegada competência aos Ministros de Estado, no âmbito de seus órgãos e de suas entidades vinculadas, para:*
> *I - nomeações para provimento de cargos efetivos em decorrência de habilitação em concurso público; e*
> *II - nomeação para provimento de cargos em comissão e designação para ocupação de funções de confiança não especificadas no art. 4º.*
> *Art. 7º*
> *Parágrafo único. O disposto nos art. 4º e art. 6º não se aplica:*
> *III - às nomeações ou às designações para cargos em comissão e funções de confiança de nível equivalente ou superior a Natureza Especial; e (Redação dada pelo Decreto nº 9.989, de 26 de agosto de 2019)*

Mencionem-se, em acréscimo à bipartição acima e ao já aduzido em **3.2.4.1.1**, os cargos de natureza especial. Embora haja cargos de natureza especial que especificamente não se submetem ao regramento estatutário, no que se incluem o regime e o processo disciplinares da Lei nº 8.112, de 1990 (como é o caso dos Ministros de Estado e de outros cargos a que a lei atribui *status* de titular de Pasta), a regra geral é que os detentores desta espécie de cargo se sujeitam àquele ordenamento disciplinar, e aí se incluem os Secretários-Executivos dos Ministérios e, a título de exemplo mais específico para o presente foco de interesse, o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil. Ressalve-se apenas que, como é praxe os Secretários-Executivos figurarem como substitutos eventuais dos respectivos Ministros de Estado durante seus afastamentos ou impedimentos, nos termos do art. 38 da citada Lei, afasta-se a repercussão disciplinar estatutária sobre estes agentes apenas quando os atos supostamente irregulares tenham sido cometidos no período de eventual substituição do titular da Pasta, cabendo então a responsabilização como se Ministro de Estado fosse.

3.2.4.2.1 - Servidores Efetivos (Estáveis ou em Estágio Probatório)

Os cargos efetivos são criados por lei e providos em caráter definitivo, por nomeação em caráter efetivo, decorrente de aprovação em concurso público (que passou a ser requisito necessário para investidura em cargo efetivo a partir da promulgação da Constituição Federal - CF, em 05/10/88), de acordo com que preveem o inciso II do art. 37 da CF e o parágrafo único do art. 3º, o inciso I do art. 9º e o *caput* do art. 10, todos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

> *CF - Art. 37.*
> *II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14 de junho de 1998)*
>
> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 3º*
> *Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.*
> *Art. 9º A nomeação far-se-á:*
> *I - em caráter efetivo, quando se tratar de cargo isolado de provimento efetivo ou de carreira;*
> *Art. 10. A nomeação para cargo de carreira ou cargo isolado de provimento efetivo depende de prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, obedecidos a ordem de classificação e o prazo de sua validade.*

Por delegação presidencial, nos termos do inciso I do *caput* do art. 6º do Decreto nº

9.794, de 14 de maio de 2019, a nomeação para provimento de cargos efetivos compete, na regra geral, ao Ministro de Estado da respectiva Pasta (excetuando aqui os casos de nomeações para cargos de órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República, que possuem disposição própria, no § 1º do mesmo comando normativo, em geral a cargo do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República - PR/CC).

> *Decreto nº 9.794, de 2019 - Art. 6º Fica delegada competência aos Ministros de Estado, no âmbito de seus órgãos e de suas entidades vinculadas, para:*
> *I - nomeações para provimento de cargos efetivos em decorrência de habilitação em concurso público; e*
> *§ 1º No caso dos órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República, cujos titulares não sejam Ministros de Estado, a competência de que trata o caput será exercida: (Redação dada pelo Decreto nº 9.989, de 26 de agosto de 2019)*
> *I - pela autoridade máxima do órgão, quando o seu titular for ocupante de cargo em comissão ou função de confiança de nível equivalente a CCE 18; (Redação dada pelo Decreto nº 11.376, de 1º de janeiro de 2023)*
> *II - pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, nas demais hipóteses. (Incluído pelo Decreto nº 9.989, de 2019)*

Os cargos efetivos são os únicos que podem propiciar ao servidor o instituto da estabilidade no serviço público. A estabilidade, uma vez conquistada pelo servidor ocupante de cargo em provimento efetivo após atender condições específicas do ente da Administração Pública (União, no caso que ora interessa), torna-se uma espécie de atributo pessoal que o liga ao serviço público, não se vinculando estritamente ao cargo ocupado, na mesma linha doutrinariamente defendida. E o ordenamento prevê duas formas de atendimento às condições para conquista da estabilidade. Na primeira forma, além de atender ao requisito geral de índole constitucional (e aplicável indistintamente a todo órgão de qualquer ente da Administração Pública) de ter três anos de efetivo exercício no cargo de ingresso nos quadros federais, conforme o *caput* do art. 41 da CF e o art. 21 da Lei nº 8.112, de 1990, tem ainda o servidor que atender aos requisitos específicos da União, para aprovação no respectivo estágio probatório daquele cargo, na forma de avaliação ao final mesmos três anos iniciais (a ressalva delimitadora ao cargo de ingresso se justifica porque o estágio probatório, diferentemente da estabilidade, é um instituto associado a cada cargo que o servidor ocupa, e esta diferenciação se fará sentir de forma muito conservadora e relevante em **4.2.4.1)**. A segunda forma - na verdade, admitida pelo ordenamento apenas em um determinado momento - era de o servidor contar com pelo menos cinco anos de exercício no cargo na data da promulgação da CF (ou seja, ter entrado nos quadros públicos federais, no caso, antes de 06/10/83), nos termos do *caput* do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

> *CF - Art. 41. São estáveis, após três anos de efetivo exercício, os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
>
> *CF, ADCT - Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.*
> *§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do caput deste artigo, exceto se se tratar de servidor.*
>
> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 21. O servidor habilitado em concurso público e empossado em cargo de provimento efetivo adquirirá estabilidade no serviço*

> *público ao completar 2 (dois) anos de efetivo exercício.*
> *(Nota: Apesar de a redação original não ter sido alterada, o prazo previsto no art. 21 da Lei nº 8.112, de 1990, deve ser compreendido de 3 anos, a fim de se harmonizar com a Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
>
> *"(...) a estabilidade é um atributo pessoal do servidor (...). Daí decorre que a estabilidade não é no cargo, mas no serviço público. (...) só se conta o tempo de nomeação efetiva na mesma Administração, não sendo computável o tempo de exercício prestado em outra entidade estatal, nem o período de exercício de função pública a título provisório." Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", pgs. 413 e 415, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001*

Tanto é verdade que a estabilidade conquistada assume o *status* de forte vínculo estatutário entre o servidor e o serviço público, de forma dissociada do cargo efetivo ocupado, que, no âmbito federal, este instituto de ligação, uma vez conquistado no exercício de um cargo efetivo, se mantém e é aproveitado mesmo com a investidura em novo cargo efetivo e ainda que este seja de outro Poder da União (seja do próprio Poder Executivo, seja até mesmo dos Poderes Legislativo ou Judiciário federais), conforme manifestação jurisprudencial. Neste caso, exige-se do servidor recém-empossado em segundo cargo federal apenas o cumprimento do estágio probatório no novo cargo, o que não se confunde com cumprir condições para auferir a estabilidade no serviço público federal, atributo que o agente em tela já possui. E, tanto é assim que a Lei nº 8.112, de 1990, no § 2º do art. 20, prevê a recondução do servidor estável ao cargo anterior em que já tinha cumprido as condições acima, em caso de inabilitação no estágio probatório relativo a novo cargo efetivo em que venha a ser investido, deixando claro que a estabilidade é no serviço público e não no cargo. Todavia, uma vez que cada ente da Administração pode ter seus próprios critérios para conceder estabilidade a seus servidores, não se traz para a União a estabilidade conquistada em qualquer Poder de Estado, Distrito Federal ou Município, e vice-versa.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 20.*
> *§ 2º O servidor não aprovado no estágio probatório será exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, observado o disposto no parágrafo único do art. 29.*
> *Art. 29. Recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de:*
> *I - inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo;*
>
> *STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 20.934: "Ementa: Estabilidade. Condição que não afasta a submissão ao estágio probatório do novo cargo. 1. A estabilidade é adquirida no serviço público, em razão do provimento em um determinado cargo público, após a aprovação no estágio probatório. Não obstante, sempre que o servidor entrar em exercício em um novo cargo público, mediante aprovação em concurso público, deverá ser submetido ao respectivo estágio probatório, não havendo impedimento de que o servidor estável seja 'reprovado' em estágio probatório relativo a outro cargo público para o qual foi posteriormente aprovado em concurso. Precedente. 2. A estabilidade do servidor público, ora Recorrente, não tem o condão de afastar sua submissão ao estágio probatório para o novo cargo de Investigador de Polícia, para o qual foi aprovado em novo concurso público. Por conseguinte, está sujeito à avaliação inerente ao estágio probatório, podendo ser 'reprovado', como de fato o foi, em procedimento administrativo, legalmente previsto e estritamente observado, com o contraditório e a ampla defesa assegurados."*

Embora não seja um tema de direto interesse no presente texto (por ser atinente à matéria de gestão de pessoas), cabe aqui dedicar um pouco mais de detalhamento acerca do instituto do estágio probatório. Neste rumo, ratifica-se, ainda que superficialmente e sem análise aprofundada, que não se deve confundir estágio probatório com estabilidade. Para

aprovação no estágio probatório de cada cargo que porventura o agente consecutivamente ocupe ao longo de sua vida funcional, o *caput* do art. 20 da Lei nº 8.112, de 1990, requer boas avaliações de desempenho do servidor (em termos de adaptação e capacidade, segundo fatores de assiduidade, disciplina, iniciativa, produtividade e responsabilidade, conforme os cinco incisos) nos primeiros anos de efetivo exercício no cargo (devendo o servidor se submeter a novo estágio probatório a cada cargo efetivo que venha a ocupar). Já a estabilidade, mencionada no art. 21 da mesma Lei acima já reproduzido, é conquistada, em uma única vez, após o mesmo período de efetivo exercício no primeiro cargo ocupado e tem como óbvio pré-requisito a aprovação no respectivo estágio probatório.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 20. Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 24 (vinte e quatro) meses, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados os seguintes fatores:*
> *(Nota: Apesar de a redação original não ter sido alterada, o prazo previsto no caput do art. 20 da Lei nº 8.112, de 1990, deve ser compreendido de 36 meses, a fim de se harmonizar com a EC nº 19, de 1998)*
> *I - assiduidade;*
> *II - disciplina;*
> *III - capacidade de iniciativa;*
> *IV - produtividade;*
> *V - responsabilidade.*

Em decorrência de alterações no ordenamento pátrio, o prazo do estágio probatório foi objeto de discussões jurídicas e de manifestações judiciais. Originalmente, tanto a CF, no *caput* do art. 41, quanto a Lei nº 8.112, de 1990, no *caput* do art. 20 e no art. 21, estabeleciam o mesmo prazo de 24 meses e de dois anos para os institutos do estágio probatório e da estabilidade. Posteriormente, com a EC nº 19, de 1998, o *caput* do art. 41 da CF passou a exigir três anos para a conquista da estabilidade. Não tendo havido alteração nos textos do *caput* do art. 20 e do art. 21, ambos da citada Lei, a Advocacia-Geral da União (AGU) se manifestou, por meio do Parecer AGU nº AC-17, no sentido de que o estágio probatório também deveria ser compreendido no mesmo intervalo de tempo da estabilidade, ou seja, em 36 meses. Nesta linha, o Poder Executivo editou a Medida Provisória (MP) nº 431, de 14 de maio de 2008, que expressamente alterava o prazo do estágio probatório, previsto no *caput* do art. 20 da Lei nº 8.112, de 1990, para 36 meses. Mas, na conversão em lei da MP, o legislador expressamente não adotou tal inovação, eliminando da Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008, este dispositivo, mantendo-se então a redação original do *caput* do art. 20 da Lei nº 8.112, de 1990, com estágio probatório de 24 meses, a se somar ao prazo de dois anos para a estabilidade, previsto no art. 21 da mesma Lei, que jamais foi alterado.

Em função desta insegurança em torno do tema, o Poder Judiciário, quando provocado a se manifestar, por meio de suas mais altas Cortes, asseverou que o estágio probatório não pode ser considerado dissociado da estabilidade, uma vez que o prazo para aquisição desta repercute naquele, embora sejam institutos distintos, interpretando que não foram recepcionados pela nova ordem constitucional os textos legais estatutários (como o *caput* do art. 20 e o art. 21, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, por exemplo) que mantiveram o estágio probatório em 24 meses e o período aquisitivo para estabilidade em dois anos. Desta forma, prevalece o entendimento jurisprudencial de que o prazo do estágio probatório é de três anos de efetivo exercício no cargo, com o qual se harmoniza o prazo para concessão de estabilidade.

> *STF, Suspensão de Tutela Antecipada nº 264, Decisão: "(...) A nova norma constitucional do art. 41 é imediatamente aplicável. Logo, as legislações estatutárias que previam prazo inferior a três anos para o estágio probatório restaram em desconformidade com o comando constitucional. Isso porque, não*

> *há como se dissociar o prazo do estágio probatório do prazo da estabilidade. (...)"*
> *Idem: STF, Suspensões de Tutela Antecipada nº 310 e 311; e STJ, Mandados de Segurança nº 12.523 e 14.274*

Encerrando este breve parêntese, é certo que a eventual inabilitação de servidor em estágio probatório referente a um cargo efetivo deve decorrer de procedimento administrativo em que sejam oferecidas ao avaliado as garantias de exercício de ampla defesa e de contraditório, conforme entende a jurisprudência. Não obstante, este procedimento específico para o fim de avaliação do estágio probatório (no termos do § 1º do art. 20 da Lei nº 8.112, de 1990) não se confunde com a formalidade e com o rito próprio do processo disciplinar, vez que se reflete em instância administrativa de gestão de pessoas, distinta da correcional e sua eventual repercussão, de exoneração de ofício do cargo efetivo no caso de servidor não estável ou de recondução ao cargo anteriormente ocupado no caso de servidor estável (conforme o § 2º do mesmo dispositivo legal acima), não se confunde com o caráter punitivo da pena de demissão prevista no regime disciplinar (prevista no inciso III do art. 127 e no art. 132, ambos da mesma Lei). Embora se reconheça que os fatores de avaliação se intercomunicam com a matéria correcional, devem, para fins de avaliação de estágio probatório, ser apreciados pela autoridade de gestão de pessoas sob a ótica e sob os princípios específicos desta instância, que não necessariamente se manifestam de forma idêntica à forma como são exigidos e sancionados na instância disciplinar, podendo eventual crítica ao comportamento funcional repercutir apenas na avaliação funcional e não em instância disciplinar ou vice-versa.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 20.*
> *§ 1º Quatro meses antes de findo o período do estágio probatório, será submetida à homologação da autoridade competente a avaliação do desempenho do servidor, realizada por comissão constituída para essa finalidade, de acordo com o que dispuser a lei ou o regulamento da respectiva carreira ou cargo, sem prejuízo da continuidade de apuração dos fatores enumerados nos incisos I a V do caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008)*
> *§ 2º O servidor não aprovado no estágio probatório será exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, observado o disposto no parágrafo único do art. 29.*
>
> *STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 20.934: "Ementa: (...) 3. A exoneração do servidor público aprovado em concurso público, que se encontra em estágio probatório, não prescinde da observância do procedimento administrativo específico legalmente previsto, sendo desnecessária a instauração de processo administrativo disciplinar, com todas suas formalidades, para a apuração de inaptidão ou insuficiência no exercício das funções, desde que tal exoneração se funde em motivos e fatos reais e sejam asseguradas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Precedentes. 4. No caso dos autos, o procedimento administrativo para a não confirmação do Impetrante no cargo de Investigador de Polícia da Polícia Civil, em face da reprovação no estágio probatório - previsto no Decreto n.º 36.694/93, que regulamentou a Lei Complementar Paulista n.º 675/92 -, foi estritamente observado pelo Poder Público Estadual, ressaltando-se que o Impetrante foi pessoalmente notificado dos fatos a ele imputados, foi apresentada defesa escrita com a juntada de documentos, bem como houve julgamento pelo órgão competente, com a exposição dos motivos e fundamentos da decisão."*

Jamais se deve ter dúvida de que a desinvestidura de fim punitivo de cargo efetivo, independentemente se o servidor é estável ou se está em estágio probatório, requer processo administrativo disciplinar (PAD) para aplicação de pena de demissão ou decisão judicial

definitiva para se operar a perda do cargo ao servidor, à luz dos incisos I e II do § 1º do art. 41 da CF e do art. 22 da Lei nº 8.112, de 1990.

Mais especificamente para o caso da pena administrativa expulsiva, apesar de o § 1º do art. 41 da CF e o art. 22 da Lei nº 8.112, de 1990, indicarem apenas para o servidor estável a necessidade de PAD para aplicação de demissão, ao se trazer à tona o art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, interpreta-se que aqueles comandos não requerem leitura restritiva, como se somente o servidor estável tivesse a seu favor a garantia de um rito sob ampla defesa antes de ser demitido. Não há exclusão do mesmo direito ao servidor ocupante de cargo efetivo e ainda em estágio probatório e também não há restrição deste direito em função da penalidade a ser aplicada. Assim, aplica-se o processo disciplinar ao servidor *lato sensu*, seja estável ou não ou ainda em estágio probatório em cargo efetivo, seja provido em cargo em comissão, como elemento indispensável à aplicação de qualquer das penas previstas no Estatuto. Ademais, a leitura restritiva do inciso II do § 1º do art. 41 da CF e do art. 22 da Lei nº 8.112, de 1990, se chocaria frontalmente com os dispositivos dos incisos LIV e LV do art. 5º da mesma CF, que asseguram a todos o devido processo legal e aos acusados em geral, mesmo em instância administrativa, o contraditório e a ampla defesa, como também entende a doutrina. Não se deve confundir a possibilidade de exoneração de ofício a que se sujeita o servidor em estágio probatório, sem fim punitivo, prevista no inciso I do parágrafo único do art. 34 da Lei nº 8.112, de 1990, com aplicação de pena de demissão, embora ambas sejam espécie do gênero vacância (nos termos dos incisos I e II do art. 33 da citada Lei, conforme se aduzirá em **4.10.2.6**.

> *CF - Art. 41.*
> *§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
> *I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
> *II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
>
> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 22. O servidor estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar no qual lhe seja assegurada ampla defesa.*
> *Art. 34. A exoneração de cargo efetivo dar-se-á a pedido do servidor, ou de ofício.*
> *Parágrafo único. A exoneração de ofício dar-se-á:*
> *I - quando não satisfeitas as condições do estágio probatório;*
>
> *"Restringir as garantias processuais a uma específica categoria de servidores (os estáveis) e a uma específica categoria de sanção (a perda do cargo) importa interpretar que o art. 41, § 1º, inc. II de forma colidente com a expressão constitucional 'acusados em geral' (art. 5º, inc. LV)." Romeu Felipe Bacellar Filho, "Processo Administrativo Disciplinar", pg. 108, Editora Max Limonad, 2ª edição, 2003*
>
> *"(...) esta apuração da aptidão do servidor em estágio probatório não se confunde com o processo disciplinar, eis que não se está apurando qualquer falta, mas apenas a sua habilitação para o exercício do cargo em estágio probatório." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 100, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

O fato de até aqui estar se concentrando a análise no servidor detentor de cargo efetivo provido por meio de nomeação decorrente de aprovação em concurso público, conforme o inciso I do art. 8º, o inciso I do art. 9º e o *caput* do art. 10, todos da Lei nº 8.112, de 1990, não afasta como também alcançáveis pelo processo e pelo regime disciplinares, da forma como já se mencionou em **3.2.2.2.1** e como se voltará a mencionar em **4.10.2**, as demais espécies de

provimento listadas nos incisos V a IX do mencionado art. 8º, e recapitulando conceitos de servidor ativo e inativo e de ex-servidor já apresentados em **3.2.2.2.2.a**.

Pode ocorrer de um servidor aposentado voltar à atividade após ter revertido a sua aposentadoria ou de um ex-servidor demitido voltar à condição de servidor após ser reintegrado por decisão administrativa ou judicial que cancele pena de demissão que lhe fora aplicada. Assim, a reversão e a reintegração (mencionadas nos incisos VI e VIII do art. 8º e definidas no *caput* e no § 1º do art. 25 e no *caput* do art. 28, e em conjunto com o *caput* do art. 182, todos da Lei nº 8.112, de 1990, respectivamente, como o retorno à atividade de um aposentado sob determinadas condições e como a reinvestidura de um demitido após invalidada a demissão por decisão administrativa ou judicial, conforme exposto em **4.10.2.5** e em **5.1.3.3** e **5.2**, em ambos os casos para o mesmo cargo originalmente ocupado ou para o cargo decorrente de sua transformação), perfeitamente plausíveis de eventualmente ocorrerem no âmbito da RFB, reestabelecem integralmente a relação de submissão ao regime disciplinar. Pode também um servidor ativo, sem perder esta condição, ser readaptado a outro cargo ou reconduzido ao seu cargo original, mantendo a relação estatutária que jamais deixou de existir. Assim, a readaptação e a recondução (mencionadas nos incisos V e IX do art. 8º e definidas no *caput* do art. 24 e no *caput* e nos seus incisos I e II do art. 29, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, respectivamente como a investidura de um servidor em outro cargo de atribuições compatíveis com a limitação física ou mental que tenha sofrido e como o retorno de um servidor ao cargo originalmente ocupado em decorrência de inabilitação em estágio probatório ou de reintegração do ocupante anterior), muito eventualmente possíveis de ocorrer na RFB, não alteram a integral relação estatutária mantida de um cargo para outro. Por fim, pode um servidor, desde que estável, voltar à condição de ativo após ter sido aproveitado em cargo de atribuições compatíveis com as daquele cargo que ocupava e que foi extinto ou declarado desnecessário quando da reorganização ou extinção do órgão e que lhe levou a ser posto em disponibilidade, conforme dispõem o § 1º do art. 28 e os §§ 3º e 4º do art. 37, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, e se detalha em **4.10.2.5**. Assim, o aproveitamento (mencionado no inciso VII do art. 8º e definido no art. 30, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, como o retorno à atividade de um inativo que estava em disponibilidade), muito improvável de ocorrer na RFB, reestabelece a íntegra do vínculo estatutário, devolvendo à atividade servidor estável que se encontrava em disponibilidade e remunerado proporcionalmente ao seu tempo de serviço.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 8º São formas de provimento de cargo público:*
> *I - nomeação;*
> *V - readaptação;*
> *VI - reversão;*
> *VII - aproveitamento;*
> *VIII - reintegração;*
> *IX - recondução.*
> *Art. 24. Readaptação é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica.*
> *Art. 25. Reversão é o retorno à atividade de servidor aposentado: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001)*
> *§ 1º A reversão far-se-á no mesmo cargo ou no cargo resultante de sua transformação. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)*
> *Art. 28. A reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens.*
> *§ 1º Na hipótese de o cargo ter sido extinto, o servidor ficará em disponibilidade, observado o disposto nos arts. 30 e 31.*
> *Art. 29. Recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de:*

> *I - inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo;*
> *II - reintegração do anterior ocupante.*
> *Art. 30. O retorno à atividade de servidor em disponibilidade far-se-á mediante aproveitamento obrigatório em cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado.*
> *§ 3º Nos casos de reorganização ou extinção de órgão ou entidade, extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade no órgão ou entidade, o servidor estável que não for redistribuído será colocado em disponibilidade, até seu aproveitamento na forma dos arts. 30 e 31. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *§ 4º O servidor que não for redistribuído ou colocado em disponibilidade poderá ser mantido sob responsabilidade do órgão central do SIPEC, e ter exercício provisório, em outro órgão ou entidade, até seu adequado aproveitamento. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *Art. 182. Julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em relação à destituição de cargo em comissão, que será convertida em exoneração.*

Por óbvio, também se inserem no escopo subjetivo da Lei nº 8.112, de 1990, na condição de efetivos, aqueles servidores que haviam sido exonerados ou demitidos, no período entre 16/03/90 e 30/09/92, de forma inconstitucional ou ilegal ou por motivação política ou ainda em decorrência de movimento grevista e que foram anistiados por força dos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.878, de 11 de maio de 1994, tendo reassumido seus mesmos cargos ou os cargos resultantes de sua eventual transformação, na condição original de servidores, sob o mesmo regime estatutário. Reitere-se que o instituto da anistia, concedida nos moldes do inciso VIII do art. 48 da CF (atribuição do Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República), com a regulamentação dada pela Portaria Normativa SEDGG/SGP nº 21, de 5 de abril de 2022, como uma faculdade concedida pela Administração, não se confunde com reintegração decorrente de ato ilegal e, desta feita, não retroage para restabelecer direitos funcionais à época do rompimento do vínculo original, conforme estabelece o art. 6º da citada Lei.

> *Lei nº 8.878, de 1994 - Art. 1° É concedida anistia aos servidores públicos civis e empregados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle da União que, no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992, tenham sido:*
> *I - exonerados ou demitidos com violação de dispositivo constitucional ou legal;*
> *II - despedidos ou dispensados dos seus empregos com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar ou de cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa;*
> *III - exonerados, demitidos ou dispensados por motivação política, devidamente caracterizado, ou por interrupção de atividade profissional em decorrência de movimentação grevista.*
> *Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, ao servidor titular de cargo de provimento efetivo ou de emprego permanente à época da exoneração, demissão ou dispensa.*
> *Art. 2° O retorno ao serviço dar-se-á, exclusivamente, no cargo ou emprego anteriormente ocupado ou, quando for o caso, naquele resultante da respectiva transformação e restringe-se aos que formulem requerimento fundamentado e acompanhado da documentação pertinente no prazo improrrogável de sessenta dias, contado da instalação da comissão a que se refere o art. 5°, assegurando-se prioridade de análise aos que já tenham encaminhado documentação à Comissão Especial constituída pelo Decreto de 23 de junho de 1993.*

3.2.4.2.2 - Servidores em Comissão

Em contraposição aos cargos efetivos expostos em **3.2.4.2.1**, é de se mencionar os cargos em comissão, também chamados de cargos de confiança. Depreende-se desde o texto constitucional, conforme o inciso II do *caput* do art. 37 da Constituição Federal (CF), ratificado pelo parágrafo único do art. 3º e pelo inciso II do art. 9º, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que os cargos em comissão são criados em lei e providos em caráter transitório, podendo ser preenchidos mediante livre nomeação pela autoridade competente, na contrapartida da livre exoneração, a qualquer tempo (*ad nutum*), seja a pedido, seja de ofício, pela mesma autoridade que nomeou. Como exemplo mais comum de cargo em comissão podem ser citados os Cargos Comissionados Executivos - CCEs, estabelecidos pela Lei nº 14.204, de 16 de setembro de 2021, no *caput* do seu art. 2º.

> *CF - Art. 37.*
> *II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998)*
>
> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor*
> *Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.*
> *Art. 9º A nomeação far-se-á:*
> *II - em comissão, inclusive na condição de interino, para cargos de confiança vagos. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
>
> *Lei nº 14.204, de 2021 - Art. 2º Ficam instituídos, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os Cargos Comissionados Executivos (CCE) e as Funções Comissionadas Executivas (FCE), nos níveis estabelecidos no Anexo I desta Lei e com os valores constantes da tabela f do Anexo I da Lei nº 11.526, de 4 de outubro de 2007.*

Em acréscimo para o tema em apreço, cabe mencionar as funções de confiança, também chamadas de funções comissionadas. As funções de confiança são exercidas em caráter transitório, mediante livre designação pela autoridade competente, na contrapartida da livre dispensa, a qualquer tempo (*ad nutum*), seja a pedido, seja de ofício, pela mesma autoridade que designou. Como exemplo mais comum de função de confiança podem ser citadas as Funções Comissionadas Executivas - FCEs, igualmente estabelecidas pelo mesmo *caput* do art. 2º da Lei nº 14.204, de 2021.

Convém detalhar, doutrinariamente, os cargos em comissão e as funções de confiança, uma vez que a CF e a Lei nº 8.112, de 1990, os citam conjuntamente em diversas passagens mas não cuidaram de conceituá-los e de apresentar todas as suas diferenciações. Daí, é comum haver confusão com estes dois conceitos, em razão de suas denominações serem similares e de ambos decorrerem de relação de fidúcia existente entre a autoridade nomeante ou designante e o servidor nomeado ou designado. Embora aqui se queira sobretudo apresentar as nuances diferenciadoras entre os dois institutos, revela-se mais didático iniciar a abordagem indicando os pontos em comum que caracterizam estas relações de confiança.

Primeiramente, mencione-se que os cargos em comissão e as funções de confiança, *a priori*, somente podem ser criados por lei (a regra de exceção é sua alteração, por decreto, ajustando seus quantitativos, desde que não acarrete aumento de despesa) e se destinam ao desempenho das atribuições, e consequentemente, como contrapartida, das responsabilidades

correspondentes às competências regimentais da unidade ou subunidade administrativa prevista no organograma da instituição. Neste sentido, a parte final do inciso V do *caput* do art. 37 da CF restringe a criação de cargos em comissão e de funções de confiança para o desempenho de atribuições especiais, associadas à direção, à chefia e ao assessoramento.

> *CF - Art. 37.*
> *V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1988)*

Assim, já trazendo o tema para a terminologia atual, o parágrafo único do art. 2º e o *caput* do art. 3º, ambos da Lei nº 14.204, de 2021, ratificam a necessidade apriorística de criação dos CCEs e das FCEs por lei e, refletindo o comando generalista do já reproduzido inciso V do *caput* do art. 37 da CF, reiteram que ambos se destinam às já mencionadas atividades de direção, de chefia e de assessoramento. Neste rumo, conforme o art. 4º da mesma Lei, recaem sobre a pessoa do titular do CCE e da FCE as atribuições específicas superiores que a norma regimental conceda à unidade ou à subunidade, respondendo este titular pelo desempenho regimentalmente esperado. Na verdade, esta assertiva equivale a uma regra geral, já que, conforme melhor detalhado no âmbito da regulamentação infralegal, adiante descrita, é válida para apenas uma das atuais categorias comissionadas. A *contrario sensu*, os CCEs e as FCEs não podem ser criados para suprir meras atividades rotineiras e burocráticas de serviço.

> *Lei nº 14.204, de 2021 - Art. 2º*
> *Parágrafo único. Os CCE e as FCE são destinados às atividades de direção, de chefia e de assessoramento.*
> *Art. 3º Os CCE e as FCE poderão ser criados por lei ou nos termos do disposto no art. 6º desta Lei.*
> *Art. 4º Os CCE e FCE conferem ao seu ocupante o conjunto de atribuições e de responsabilidades correspondentes às competências da unidade prevista na estrutura organizacional do órgão ou da entidade.*

Não obstante as destinações constitucional e legal, no grau de regulamentação, o Decreto nº 10.829, de 5 de outubro de 2021, nos incisos I e II do *caput* do seu art. 3º, dividiu os CCEs e as FCEs em mais categorias, a saber, de direção, de assessoria (termo que fica melhor compreendido como assessoramento em sentido estrito, como a própria norma passa a utilizar nos dispositivos subsequentes), de direção de projetos e de assessoramento técnico especializado. Embora aqui se trate de dois institutos a rigor diferentes, as FCEs assumiram estruturação similar aos CCEs e tanto isto é verdade que o art. 9º da mesma norma estabelece que aquelas funções de confiança se equiparam àqueles cargos em comissão de mesmo nível.

> *Decreto nº 10.829, de 2021 - Art. 3º Os Cargos Comissionados Executivos - CCE e as Funções Comissionadas Executivas - FCE são titulares pelas seguintes categorias:*
> *I - para CCE:*
> *a) direção - código 1;*
> *b) assessoria - código 2; e*
> *c) direção de projetos - código 3; e*
> *II - para FCE:*
> *a) direção - código 1;*
> *b) assessoria - código 2;*
> *c) direção de projetos - código 3; e*
> *d) assessoramento técnico especializado - código 4.*
> *Art. 9º Para todos os efeitos legais e regulamentares, as FCE equiparam-se aos CCE de mesmo nível.*

Estas duas diferentes formas de categorização podem ser harmonizadas, conforme se descreve. Pode-se considerar que a atividade de direção inclui a atividade de chefia e que a atividade de assessoramento (em sentido amplo) inclui as atividades de assessoramento (em sentido estrito ou de assessoria - termo que não será empregado aqui, até para diferenciar da conotação ilícita associada às expressões “assessoria tributária” ou “consultoria tributária”) e de assessoramento técnico especializado. Com isto, nos termos do Decreto nº 10.829, de 2021, mencionam-se, na Administração Pública federal, as atividades categorizadas em quatro códigos, a saber: direção (em que se inclui a atividade de chefia), com código 1; assessoramento, com código 2, e assessoramento técnico especializado, com código 4 (incluídas na atividade de assessoramento *lato sensu*); e direção de projetos, com código 3.

De acordo com o § 1º do art. 3º do Decreto nº 10.829, de 2021, define-se direção - código 1 como a única categoria que pode corresponder a unidades administrativas e, como tal, volta-se para o comando, refletindo posição superior na hierarquia do órgão, sendo que, em sentido estrito, a direção se refere especificamente ao titular do órgão, ao seu dirigente máximo, enquanto o seu sentido amplo inclui também o conceito de chefia, abarcando as posições de mando intermediárias. Já conforme os subsequentes §§ 2º e 4º do mesmo art., assessoramento não se confunde com comando, mas sim se refere à posição de adjunto, auxiliar ou assistente direto e imediato da autoridade a que se vincula (em geral o titular de cargo em comissão ou de função de confiança da categoria direção - código 1) e, mais especificamente, a atividade de assessoramento técnico especializado - código 4 se refere àquelas posições nos casos em que seja necessário conhecimento técnico específico, de alto nível de complexidade. Por fim, conforme o § 3º também do mesmo art., direção de projeto - código 3 se refere à atividade de desenvolvimento de projetos.

> *Decreto nº 10.829, de 2021 - Art. 3º*
> *§ 1º Somente os CCE e as FCE da categoria direção - código 1 podem corresponder a unidades administrativas.*
> *§ 2º Os CCE e as FCE da categoria assessoramento - código 2 destinam-se ao assessoramento direto e imediato aos titulares:*
> *I - das cargas e das funções da categoria direção - código 1;*
> *II - das cargas de natureza especial; e*
> *III - dos cargos de Ministro de Estado.*
> *§ 3º Os CCE e as FCE da categoria direção de projetos - código 3 destinam-se ao desenvolvimento de projetos.*
> *§ 4º As FCE da categoria assessoramento técnico especializado - código 4 destinam-se ao exercício de atividades de assessoramento correspondentes às competências da unidade prevista na estrutura organizacional do órgão ou da entidade que forneceu conhecimentos técnicos específicos, caracterizados por nível especial de complexidade.*

A afirmação acima exposta, calcada no § 1º do art. 3º do Decreto nº 10.829, de 2021, melhor esclarece o comando vago estabelecido no art. 4º da Lei nº 14.204, de 2021, uma vez que nem todos os cargos em comissão e nem todas as funções de confiança conferem a seus ocupantes o conjunto de competências da unidade ou da subunidade regimental. A rigor, somente os CCEs e as FCEs da categoria direção - código 1 podem corresponder à titularidade de unidades administrativas e às chefias de subunidades, no sentido de assumirem as competências institucionais como atribuições e responsabilidades funcionais. Ademais, nos termos dos §§ 5º e 6º do art. 3º do Decreto nº 10.829, de 2021, além obviamente dos CCEs e das FCEs da categoria direção - código 1, somente os CCEs e as FCEs também da categoria direção de projetos - código 3 comportam a existência de servidores subordinados abaixo do titular e de substituto eventual, nos termos do art. 38 da Lei nº 8.112, de 1990. Da leitura a *contrario sensu* dos comandos normativos acima, extrai-se que os CCEs e as FCEs das categorias assessoramento - código 2 e assessoramento técnico especializado - código 4, por serem voltados às atribuições de assessoramento em sentido amplo, encerram-se em si

mesmos, na figura do próprio titular, que atua, sem equipe e sem substituição, por si só, assessorando a autoridade superior.

> *Decreto nº 10.829, de 2021 - Art. 3º*
> *§ 5º Somente os CCE e as FCE das categorias direção - código 1 e direção de projetos - código 3 podem ter substitutos, nos termos do disposto no art. 38 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*
> *§ 6º Os CCE e as FCE da categoria direção de projetos - código 3 podem ter subordinados, mas não podem corresponder a unidade administrativa.*

O Anexo I da Lei nº 14.204, de 2021, estabelece que os CCEs possuem 18 níveis, desde CCE-1 a CCE-18, e as FCEs possuem 17 níveis, desde FCE-1 a FCE-17, e, nos termos do § 9º do art. 3º do Decreto nº 10.829, de 2021, as FCEs se equiparam aos CCEs do respectivo mesmo nível de 1 a 17, restando apenas o CCE-18 sem equivalente FCE. Avançando no detalhamento, o Anexo I do citado Decreto desdobra que os CCEs e as FCEs da categoria direção - código 1 variam desde CCE 1.01 a CCE 1.18 e desde FCE 1.01 a FCE 1.17; os CCEs e as FCEs da categoria assessoria - código 2 variam desde CCE 2.01 a CCE 2.17 e desde FCE 2.01 a FCE 2.17; os CCEs e as FCEs da categoria direção de projetos - código 3 variam desde CCE 3.01 a CCE 3.16 e desde FCE 3.01 a FCE 3.16; e, por fim, as FCEs da categoria assessoramento técnico especializado - código 4 variam desde FCE 4.01 a FCE 4.13 (não há CCE nesta categoria). Portanto, a categoria direção chega ao máximo nos níveis CCE-18 ou FCE-17; a categoria assessoria chega ao máximo nos níveis CCE-17 ou FCE-17; a categoria direção de projetos chega ao máximo nos níveis CCE-16 ou FCE-16; e a categoria assessoramento técnico especializado chega ao máximo no nível FCE-13.

Cabe acrescentar ainda um detalhe, a título de mera curiosidade para o interesse deste texto. Conforme se mencionou linhas acima, pode haver, internamente ou entre órgãos e entidades, transformação, remanejamento ou realocação de CCEs e de FCEs, alterando seus quantitativos, desde que não acarrete aumento de despesa. Este equilíbrio financeiro é feito tomando por base o CCE-unitário, que equivale ao valor do CCE-5, que assume o valor relativo de 1,00, conforme determina o art. 6º do Decreto nº 10.829, de 2021. Tranformando todos os demais valores de CCE e de FCE em valores relativos ao CCE-unitário e multiplicando pelas respectivas quantidades, tem-se a soma totalizada deste valor de referência para a estrutura atual da Pasta, órgão ou entidade. Com este quantitativo total, limita-se o quanto pode ser remanejado entre CCEs e FCEs para a construção da nova estrutura, de forma a manter o mesmo total de custo, medido em CCE-unitário. Ao final desta operação, a ocupação dos novos CCEs ou FCEs se formaliza - desde que mantidas suas essências e guardada a correlação entre as atribuições, sem quaisquer mudanças no nível hierárquico em que o servidor esteja posicionado - apenas com o simples apostilamento (que, na definição dada pelo Decreto nº 699, de 14 de dezembro de 1992, é ato a cargo da gestão de pessoas e que mantém a titularidade dos ocupantes quando cargos em comissão ou funções de confiança tenham sido objeto de publicação com erro material ou de modificações em razão de lei ou decreto), dispensando-se nova nomeação ou nova designação, conforme o *caput* e inciso I do § 1º do art. 29-A do Decreto nº 10.829, de 2021.

> *Decreto nº 10.829, de 05/10/21 - Art. 6º Na proposta de aprovação ou de revisão de suas estruturas regimentais ou de seus estatutos, os órgãos e as entidades deverão utilizar como referência para o cálculo da despesa o custo unitário efetivo expresso em CCE-unitário, constante do sistema informatizado do Sistema de Informações Organizacionais do Governo Federal - SIORG.*
> *Parágrafo único. O CCE de nível 5 será a referência de valor para o cálculo de CCE-unitário.*
> *Art. 29-A. A transformação, o remanejamento ou a realocação, internamente ou entre órgãos e entidades, de cargos em comissão ou de funções de confiança ocupados dispensam nova nomeação ou nova designação e serão objeto de apostilamento, observados como tabelas de referência constantes dos Anexos*

> *III e IV. (Incluído pelo Decreto nº 11.383, de 19 de janeiro de 2023)*
> *§ 1º O disposto no caput: (Incluído pelo Decreto nº 11.383, de 2023)*
> *I - aplica-se quando for mantida a essência das atribuições dos cargos em comissão ou das funções de confiança; (Incluído pelo Decreto nº 11.383, de 2023)*

Apresentados os traços em comum que caracterizam ambas relações comissionadas, cabe agora discorrer sobre suas diferenças mais relevantes.

A principal diferenciação entre cargos em comissão e funções de confiança reside em que enquanto estas são exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo de carreira, aqueles podem ser preenchidos por servidores que já detenham cargos efetivos, de acordo com percentuais estabelecidos na sua lei de criação, nos termos da parte inicial do já reproduzido inciso V do *caput* do art. 37 da CF. Como regra geral, vigora o comando do inciso III do art. 13 da Lei nº 14.204, de 2021, que determina que, no mínimo, 60% dos cargos em comissão sejam ocupados por servidores detentores de cargos efetivos - sem prejuízo, claro, de a lei de criação de determinado cargo em comissão estabelecer percentual ainda maior. Isto significa que, devendo ser ocupados por um percentual mínimo legal de servidores de carreira, pode-se ter então as vagas restantes dos cargos em comissão ocupadas por pessoas sem vínculo definitivo com a Administração. Mas eis que o inciso I do art. 13 da citada Lei excepciona e estabelece que para os CCEs de níveis 1 a 4 somente poderão ser nomeados servidores ocupantes de cargo efetivo, restando na prática a regra geral constitucional apenas os níveis 5 a 18. Já o inciso II do mesmo dispositivo legal ratifica a reserva constitucional para o exercício de função de confiança a favor apenas de servidores detentores de cargos efetivos.

> *Lei nº 14.204, de 2021 - Art. 13. Nas nomeações ou nas designações de cargos em comissão e de funções de confiança, serão observadas as seguintes regras:*
> *I - para os CCE dos níveis 1 a 4, somente poderão ser nomeados servidores ocupantes de cargo efetivo, empregados permanentes da administração pública e militares;*
> *II - para as FCE, somente poderão ser designados servidores ocupantes de cargos efetivos oriundos de órgão ou de entidade de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e*
> *III - para os cargos em comissão existentes na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, no mínimo, 60% (sessenta por cento) do total serão ocupados por servidores de carreira.*

Além disto, como seu próprio nome indica, a investidura em cargo em comissão requer o formalismo e tem o condão de provimento em um cargo, ao qual se associa, portanto, um conjunto de atribuições e deveres e denominação própria, todos previstos em lei (ou seja, o caráter de transitoriedade não é do cargo em si, mas sim do servidor que o ocupa), diferentemente da designação para função de confiança, que não requer provimento em cargo. Em suma, a critério do legislador, balizado por princípios constitucionais, pode-se ter competências de direção, chefia e assessoramento para as quais a lei entenda imprescindível criar um cargo específico para seu desempenho, cujo provimento pode se dar com pessoas estranhas aos quadros, em relação apenas de confiança com a autoridade; não obstante, pode-se ter outras competências de direção, chefia e assessoramento para as quais a lei entenda desnecessário criar novo cargo, podendo ser conciliadas com o cargo efetivo já exercido pelo servidor também escolhido por confiança.

Em outras palavras, à luz da parte inicial do já reproduzido inciso V do art. 37 da CF e do *caput* do art. 3º da Lei nº 8.112, de 1990, por um lado, cargos, ainda que em comissão, encerram um conjunto de atribuições e de responsabilidades previsto na estrutura do órgão, de forma que esta espécie de provimento comissionado pode independer dos cargos efetivos, devendo, portanto, ser preenchidos; por outro lado, as funções de confiança são acréscimos de

responsabilidade atribuídos a servidor ocupante de cargo efetivo e que mantêm relação de proximidade com as atribuições deste seu provimento efetivo, devendo portanto, ser exercidas. Diante do gênero da ocupação, que se aplica a ambos, desdobram-se as hipóteses de preenchimento para os CCEs e de exercício para as FCEs.

Em decorrência desta diferença, de ter ou não o significado de um provimento em um cargo, conforme se extrai do inciso II do art. 9º, do § 4º do art. 15 e do art. 35, todos da Lei nº 8.112, de 1990, aplicam-se os institutos da nomeação e da exoneração para investidura e desinvestidura em cargos em comissão e de designação e de dispensa para funções de confiança (que também são utilizados para os encargos de substitutos eventuais, previstos no art. 38 da mesma Lei).

Informe-se ainda que, conforme o art. 14 da Lei nº 14.204, de 2021, o servidor detentor de cargo efetivo, no caso de também titularizar CCE, pode optar entre a remuneração integral apenas deste provimento comissionado ou a soma da remuneração do cargo efetivo com o valor integral do CCE para níveis a 1 a 4 ou com 60% do valor do CCE para níveis 5 a 18. A *contrario sensu*, o ocupante de CCE que não seja ocupante de cargo efetivo aufere a remuneração apenas do valor integral deste provimento comissionado. Já o servidor designado para exercer FCE, segundo o *caput* do art. 15 subsequente, recebe a soma da remuneração do cargo efetivo com o valor desta função, que é igual ao valor do CCE de mesmo nível para níveis de 1 a 4 e equivale a 60% do valor do CCE de mesmo nível a partir do nível 5 até o nível 17, conforme o Anexo I da Lei nº 11.526, de 4 de outubro de 2007.

> *Lei nº 14.204, de 2021 - Art. 14. O servidor efetivo, o empregado permanente da administração pública e o militar nomeados para CCE poderão optar por uma das seguintes formas de remuneração:*
> *I - a remuneração do CCE acrescida dos anuênios já incorporados à remuneração;*
> *II - a diferença entre a remuneração do CCE e a remuneração do cargo efetivo, do emprego ou do posto ou da graduação;*
> *III - a remuneração do cargo efetivo, do emprego ou do posto ou da graduação, acrescida do valor do CCE, para os níveis 1 a 4; ou*
> *IV - a remuneração do cargo efetivo, do emprego ou do posto ou da graduação acrescida do percentual de 60% (sessenta por cento) do valor do CCE, para os níveis 5 a 18.*
> *Art. 15. O servidor designado para FCE receberá a remuneração do cargo efetivo acrescida do valor da função de confiança.*

Uma vez que os incisos I, II e IV do art. 17 da Lei nº 14.204, de 2021, extinguiram os cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores (DAS), as Funções Comissionadas do Poder Executivo (FCPE) e as Funções Gratificadas (FG), é necessário atentar para o comando do art. 5º da mesma Lei, que obriga que as remissões legais e normativas àqueles cargos em comissão e àquelas funções de confiança extintos passem a se referir aos atuais CCE e FCE. Para tanto, o Anexo III da citada Lei estabelece uma tabela de relação entre os extintos cargos em comissão do Grupo-DAS e os atuais CCEs e FCEs. Por esta tabela, os cargos em comissão do Grupo-DAS de níveis 1, 2, 3, 4, 5 e 6 equivalem aos CCEs ou às FCEs de níveis 5, 7, 10, 13, 15 e 17 (código DAS-1: CCE-5 e FCE-5; código DAS-2: CCE-7 e FCE-7; código DAS-3: CCE-10 e FCE-10; código DAS-4: CCE-13 e FCE-13; código DAS-5: CCE-15 e FCE-15; e código DAS-6: CCE-17 e FCE-17). Ademais, os cargos de natureza especial equivalem ao CCE-18.

> *Lei nº 14.204, de 2021 - Art. 5º Para todos os efeitos legais, as menções aos cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores (DAS) existentes na legislação passam a referir-se também aos CCE e às FCE, conforme a relação disposta no Anexo III desta Lei.*
> *Art. 17. Ficam extintos os seguintes cargos em comissão, funções de confiança*

> *e gratificações que não forem transformados em CCE ou em FCE até as datas-limite estabelecidas no art. 18 desta Lei:*
> *I - os cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores (DAS), instituídos pelo inciso I do caput do art. 2º da Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970;*
> *II - as Funções Comissionadas do Poder Executivo (FCPE), instituídas pela Lei nº 13.346, de 10 de outubro de 2016;*
> *V - as Funções Gratificadas (FG), instituídas pelo art. 26 da Lei nº 8.216, de 13 de agosto de 1991;*

Encerradas as descrições dos pontos em comum e das diferenças marcantes entre cargos em comissão e funções de confiança de forma geral e entre CCEs e FCEs especificamente, cabe discorrer sobre os critérios para nomeação e designação dos ocupantes.

Por delegação presidencial, nos termos dos incisos IV e V do *caput* do art. 4º do Decreto nº 9.794, de 14 de maio de 2019, a nomeação para provimento de cargos em comissão equivalentes a CCEs de níveis 13 a 17 e a designação para funções de confiança de mesmos níveis competem ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República (PR/CC). Para os cargos em comissão equivalentes a CCE até o nível 12 ou para as funções de confiança até o mesmo nível, a nomeação e a designação competem na regra geral, ao Ministro de Estado da respectiva Pasta, conforme o inciso II do *caput* do art. 6º do mesmo Decreto (excetuando aqui os casos de nomeações para cargos de órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República, que possuem disposição própria, no § 1º do mesmo comando normativo, em geral a cargo do Ministro de Estado Chefe da PR/CC). Uma vez que o § 3º do art. 4º do Decreto nº 9.794, de 2019, expressa vedação de subdelegação para os cargos em comissão equivalentes a CCEs de níveis 15 a 17 ou funções de confiança de mesmos níveis, interpreta-se ausência desta proibição para os respectivos níveis 13 e 14 (o que significa, em outras palavras, possibilidade de subdelegação) e sem prejuízo de, para os cargos em comissão e funções de confiança equivalentes a CCEs de níveis 10 a 14, as indicações passarem previamente pela apreciação da PR/CC e da PR/Secretaria das Relações Institucionais, conforme o § 3º do art. 6º do mesmo Decreto.

> *Decreto nº 9.794, de 2019 - Art. 4º Fica delegada competência ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República para nomear e exonerar os ocupantes de cargos em comissão e designar e dispensar os ocupantes de funções de confiança, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional: (Redação dada pelo Decreto nº 10.486, de 11 de setembro de 2020)*
> *IV - quando se tratar de cargo ou função de nível equivalente a Cargo Comissionado Executivo - CCE 15, 16 e 17; e (Redação dada pelo Decreto nº 11.376, de 1º de janeiro de 2023)*
> *V - quando se tratar de cargo ou função de nível equivalente a CCE 13 e 14; e (Redação dada pelo Decreto nº 11.376, de 2023)*
> *§ 3º Não haverá subdelegação nas hipóteses previstas nos incisos IV e VI do caput. (Redação dada pelo Decreto nº 11.376, de 2023)*
> *Art. 6º Fica delegada competência aos Ministros de Estado, no âmbito de seus órgãos e de suas entidades vinculadas, para:*
> *II - nomeação para provimento de cargos em comissão e designação para ocupação de funções de confiança não especificadas no art. 4º.*
> *§ 1º No caso dos órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República, cujos titulares não sejam Ministros de Estado, a competência de que trata o caput será exercida: (Redação dada pelo Decreto nº 9.989, de 26 de agosto de 2019)*
> *I - pela autoridade máxima do órgão, quando o seu titular for ocupante de cargo em comissão ou função de confiança de nível equivalente a CCE 18; (Redação dada pelo Decreto nº 11.376, de 2023)*

> *II - pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, nas demais hipóteses. (Incluído pelo Decreto nº 9.989, de 2019)*
> *§ 3º As indicações para provimento dos cargos em comissão e das funções de confiança de que trata o inciso II do caput serão previamente encaminhadas, por meio do Sinc, para análise da Secretaria Especial para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República e da Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República, quando se tratar de cargo em comissão ou função de confiança de nível equivalente ou superior a CCE 10. (Redação dada pelo Decreto nº 11.376, de 2023)*

Na sequência, nos termos permitidos pelo § 3º do art. 4º do Decreto nº 9.794, de 2019, o Ministro de Estado Chefe da PR/CC, por meio da Portaria PR/CC nº 455, de 22 de setembro de 2020, no *caput* do seu art. 1º, subdelegou aos respectivos Ministros de Estado a competência para nomeação, exoneração, designação e dispensa de cargos em comissão de níveis 13 e 14 e de funções de confiança de mesmos níveis.

> *Portaria PR/CC nº 455, de 2020 - Art. 1º Fica subdelegada aos Ministros de Estado indicados no art. 20 da Lei nº 13.844, de 18 de julho de 2019, a competência para nomear e exonerar os ocupantes de cargos em comissão e designar e dispensar os ocupantes de funções de confiança, alocados nos respectivos ministérios, autarquias e fundações vinculadas, quando se tratar de cargo ou função de nível equivalente a 4 do Grupo Direção e Assessoramento Superiores.*

Quanto à qualificação pessoal para ocupante de cargo em comissão ou de função de confiança, a Lei nº 14.204, de 2021, estabeleceu, em seu art. 9º, como regras gerais, os requisitos de possuir idoneidade moral, reputação ilibada e perfil profissional ou formação acadêmica compatível (requisitos reconhecidamente de forte grau de subjetividade) e, de forma mais objetiva, de não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade, previstas no inciso I do *caput* do art. 1º da Lei Complementar (LC) nº 64, de 18 de maio de 1990, cláusula esta que, em síntese, para o foco de interesse, significa não ter sido demitido administrativamente por qualquer enquadramento ou condenado penalmente por crime contra a Administração Pública ou por diversos outros crimes, há menos de oito anos. Neste rol dos diversos desdobramentos em alíneas do inciso I do art. 1º da LC nº 64, de 1990, apenas os itens 1 e 5 da alínea "e" e destacadamente a alínea "o" se revelam mais interessantes para o foco administrativo.

> *Lei nº 14.204, de 2021 - Art. 9º São critérios gerais para a ocupação de cargos em comissão e de funções de confiança na administração pública federal direta, autárquica e fundacional:*
> *I - idoneidade moral e reputação ilibada;*
> *II - perfil profissional ou formação acadêmica compatível com o cargo ou com a função para a qual tenha sido indicado; e*
> *III - não enquadramento nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.*
>
> *LC nº 64, de 1990 - Art. 1º São inelegíveis:*
> *I - para qualquer cargo:*
> *e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, 4 de junho de 2010)*
> *1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)*
> *5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)*
> *o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo*

> *administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)*

De forma geral, como critérios específicos para ocupação de CCE e de FCE, os arts. 16 a 19 do Decreto nº 10.829, de 2021, elencam uma série crescente de exigências à medida que se sobe na escala de níveis, a se somar àqueles requisitos gerais. Além disto, o *caput* do art. 20 da mesma norma faculta à autoridade nomeante ou designante a possibilidade de realizar algum processo seletivo.

> *Decreto nº 10.829, de 2021 - Art. 20. A autoridade responsável pela nomeação ou pela designação poderá optar pela realização do processo de pré-seleção, o que significa a subsidiar a escolha para a ocupação de CCE ou de FCE.*

Assim, segundo o art. 16 do Decreto nº 10.829, de 2021, para ocupar CCE ou FCE de níveis 5 a 8, é necessário que o titular, alternativamente, tenha experiência profissional de no mínimo dois anos ou título de especialista, mestre ou doutor ou certificação de ações de capacitação com no mínimo 120 horas na área de atuação ou que tenha ocupado cargo em comissão ou função de confiança por no mínimo dois anos ou, ainda, como o mais básico requisito suficiente, que seja servidor efetivo ocupante de cargo de nível superior.

> *Decreto nº 10.829, de 2021 - Art. 16. Além do disposto no art. 15, os ocupantes de CCE ou de FCE de níveis 5 a 8 atenderão, no mínimo, a um dos seguintes critérios específicos:*
> *I - possuía experiência profissional de, no mínimo, dois anos em atividades correlatas às áreas de atuação do órgão ou da entidade ou em áreas relacionadas às atribuições e às competências do cargo ou da função;*
> *II - ter ocupado cargo em comissão ou função de confiança em qualquer Poder, inclusive na administração pública indireta, de qualquer ente federativo por, no mínimo, dois anos;*
> *III - possuir título de especialista, mestre ou doutor em área correlata às áreas de atuação do órgão ou da entidade ou em áreas relacionadas às atribuições do cargo ou da função;*
> *IV - ser servidor público ocupante de cargo efetivo de nível superior ou militar do círculo hierárquico de oficial ou oficial-general;*
> *V - ter concluído ações de desenvolvimento com carga horária mínima acumulada de cento e vinte horas ou obter certificação profissional em áreas correlatas ao cargo ou à função para o qual tenha sido indicado.*

Para a ocupação de CCE ou de FCE de níveis 9 a 11, conforme o art. 17 do Decreto nº 10.829, de 2021, os critérios são similares aos acima, apenas se aumentando os dois requisitos temporais de dois para três anos e excluindo-se a simples condição de ser servidor efetivo de cargo de nível superior. Assim, é necessário que o titular, alternativamente, tenha experiência profissional de no mínimo três anos ou título de especialista, mestre ou doutor ou certificação de ações de capacitação com no mínimo 120 horas na área de atuação ou que tenha ocupado cargo em comissão ou função de confiança por no mínimo três anos.

> *Decreto nº 10.829, de 2021 - Art. 17. Além do disposto no art. 15, os ocupantes de CCE ou de FCE de níveis 9 a 11 atenderão, no mínimo, a um dos seguintes critérios específicos:*
> *I - possuía experiência profissional de, no mínimo, três anos em atividades correlatas às áreas de atuação do órgão ou da entidade ou em áreas relacionadas às atribuições e às competências do cargo ou da função;*
> *II - ter ocupado cargo em comissão ou função de confiança em qualquer Poder, inclusive na administração pública indireta, de qualquer ente federativo por, no mínimo, três anos;*
> *III - possuir título de especialista, mestre ou doutor em área correlata às áreas de atuação do órgão ou da entidade ou em áreas relacionadas às atribuições*

> *do cargo ou da função;*
> *IV - ter concluído ações de desenvolvimento com carga horária mínima acumulada de cento e vinte horas ou obter certificação profissional em áreas correlatas ao cargo ou à função para o qual tenha sido indicado.*

A seletividade maior para a ocupação de CCE ou de FCE de níveis 12 a 14 (em que se inclui o Corregedor) se revela, no art. 18 do Decreto nº 10.829, de 2021, com o aumento dos dois requisitos temporais de três para quatro anos e com maior exigência quanto às ações de capacitação. Assim, é necessário que o titular, alternativamente, tenha experiência profissional de no mínimo quatro anos ou título de especialista, mestre ou doutor na área de atuação ou que tenha certificação de ações de capacitação com no mínimo 120 horas na área de liderança ou que tenha ocupado cargo em comissão ou função de confiança por no mínimo quatro anos.

> *Decreto nº 10.829, de 2021 - Art. 18. Além do disposto no art. 15, os ocupantes de CCE ou de FCE dos níveis 12 a 14 atenderão, no mínimo, a um dos seguintes critérios específicos:*
> *I - possuía experiência profissional de, no mínimo, quatro anos em atividades correlatas às áreas de atuação do órgão ou da entidade ou em áreas relacionadas às atribuições e às competências do cargo ou da função;*
> *II - ter ocupado cargo em comissão ou função de confiança em qualquer Poder, inclusive na administração pública indireta, de qualquer ente federativo por, no mínimo, quatro anos;*
> *III - possuir título de especialista, mestre ou doutor em área correlata às áreas de atuação do órgão ou da entidade ou em áreas relacionadas às atribuições do cargo ou da função;*
> *IV - ter realizado ações de desenvolvimento de liderança, protegido pelo Ministério da Economia, com carga horária mínima de cento e vinte horas.*

E o ápice da seletividade para a ocupação de CCE ou de FCE de níveis 15 a 17, estabelecido no art. 19 do Decreto nº 10.829, de 2021, não só aumenta os dois requisitos temporais de quatro para seis anos como também exige mais nos critérios da experiência anterior como gestor e no currículo acadêmico. Assim, é necessário que o titular, alternativamente, tenha experiência profissional de no mínimo seis anos ou título de mestre ou doutor na área de atuação ou que tenha certificação de ações de capacitação com no mínimo 120 horas na área de liderança ou que tenha ocupado cargo em comissão ou função de confiança equivalente a CCE de nível 13 ou superior por no mínimo seis anos.

> *Decreto nº 10.829, de 2021 - Art. 19. Além do disposto no art. 15, os ocupantes de CCE ou de FCE dos níveis 15 a 17 atenderão, no mínimo, a um dos seguintes critérios específicos:*
> *I - possuí experiência profissional de, no mínimo, seis anos em atividades correlatas às áreas de atuação do órgão ou da entidade ou em áreas relacionadas às atribuições e às competências do cargo ou da função;*
> *II - ter ocupado cargo em comissão ou função de confiança equivalente a CCE de nível 13 ou superior em qualquer Poder, inclusive na administração pública indireta, de qualquer ente federativo por, no mínimo, seis anos;*
> *III - possuir título de mestre ou doutor em área correlata às áreas de atuação do órgão ou da entidade ou em áreas relacionadas às atribuições do cargo ou da função;*
> *IV - ter realizado ações de desenvolvimento de liderança, protegido pelo Ministério da Economia, com carga horária mínima de cento e vinte horas.*

No caso específico da RFB, ressalvados os CCEs e as FCEs de níveis 15 a 17, cuja competência nomeadora ou designadora de vedada subdelegação recai no Ministro de Estado Chefe da PR/CC, por força do inciso IV do *caput* do art. 4º do Decreto nº 9.794, de 2019 - o que atinge apenas o CCE 1.15 do Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, os CCEs

3.15 dos Diretores de Programa e os CCEs 1.15 dos Subsecretários -, as nomeações, designações e exonerações para os demais cargos em comissão e as designações e dispensas para as demais funções de confiança recaem sobre o Ministro de Estado da Fazenda, que as subdelegou para detentores de CCE-18, o que, na RFB, significa o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, por meio do *caput* do art. 11 da Portaria ME nº 7.081, de 9 de agosto de 2022. Mas, ao mesmo tempo, na RFB, prevalece, na prática para estes tipos de atos de pessoal, a subdelegação que o mesmo Ministro de Estado da Economia fez para o Subsecretário-Geral a Receita Federal do Brasil, por meio do parágrafo único do art. 53 da mesma norma acima, que preservou a subdelegação disposta no § 5º do art. 11 da Portaria ME nº 40, de 30 de janeiro de 2020, no que importa para a Coger. E o Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil subdelelegou para o Coordenador-Geral de Gestão de Pessoas as designações e dispensas para FCE de níveis 1 a 4, por meio do art. 1º da Portaria RFB nº 56, de 16 de agosto de 2021.

> *Portaria RFB nº 56, de 2021 - Art. 1º Subdelegar competência ao Coordenador-Geral de Gestão de Pessoas para praticar atos de designação e dispensa de titulares e de substitutos eventuais de FG pertencentes às Unidades Centrais da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e suas subunidades, vedada subdelegação.*

Concluída esta longa introdução acerca do que seja cargo em comissão, e diferenciando-o da função de confiança, agora enfim se adentra no interesse disciplinar do tema. Somente são passíveis de responsabilização administrativa, apurada mediante processo disciplinar, os servidores ocupantes de cargos públicos efetivos ou em comissão, na Administração Pública direta, nas autarquias ou nas fundações públicas de direito público. Ou seja, é possível responsabilizar tanto o servidor ocupante de cargo efetivo (estável ou não), quanto o ocupante exclusivamente de cargo em comissão, que não detém simultaneamente cargo efetivo.

No caso de servidor que possui apenas o vínculo comissionado com a Administração, ou seja, que não detém cargo efetivo mas sim somente cargo em comissão, a eventual pena expulsiva prevista na Lei nº 8.112, de 1990 (no inciso V do seu art. 127 e no seu art. 135), é a destituição do cargo em comissão, não havendo que se aplicar o termo demissão, conforme se abordará em **4.10.2.5**. Já no caso de servidor que possui cargo efetivo e ocupa também cargo em comissão ou função de confiança no mesmo ente federado (União, Estado, Distrito Federal ou Município), e, no exercício deste múnus comissionado ou de confiança, comete irregularidade grave, a eventual pena expulsiva é a demissão do cargo efetivo (inciso III do art. 127 e art. 132, ambos da Lei nº 8.112, de 1990), que fará cessar em definitivo a relação funcional do servidor com a Administração - neste caso, a relação comissionada ou de confiança pode ser mantida ou cessada a qualquer tempo, a critério da autoridade nomeante ou designante, em mero ato de gestão de pessoas, independentemente de ser exercida no mesmo órgão ou em órgão distinto daquele em que o servidor detém o cargo efetivo.

Como acima ressalvado, a repercussão de que aqui se cuida é cristalina quando ambos os órgãos inserem-se em mesmo ente federado, regidos por mesmo Estatuto - por exemplo, quando ambos os cargos são de órgãos federais, ainda que de diferentes Poderes (a irregularidade grave cometida no exercício de cargo em comissão no Poder Legislativo ou Poder Judiciário federais repercute no cargo efetivo que o servidor ocupa no Poder Executivo federal e vice-versa). Em princípio, em razão da autonomia constitucionalmente garantida, não haverá esta repercussão se os cargos em comissão e efetivo são de diferentes entes federados (a irregularidade grave cometida no cargo em comissão estadual, distrital ou municipal não repercute no cargo efetivo que o servidor ocupa na Administração federal e vice-versa). A exceção de que se pode cogitar é quando o ato cometido no cargo em comissão de outro ente federado encontra definição como infração e tem previsão de apenação expulsiva em lei de aplicação nacional, como, por exemplo, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de

1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa), que define os ilícitos de improbidade administrativa, conforme a doutrina da Controladoria-Geral na União (CGU)

> *"Questão interessante refere-se à repercussão da destituição de cargo em comissão quando o agente ocupa cargo efetivo em outro órgão. O entendimento dominante é de que se ambos os órgãos pertencerem ao mesmo ente federado (por exemplo, dois órgãos federais, independentemente se do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário) e forem disciplinados pelo mesmo Estatuto, a transgressão disciplinar perpetrada no exercício de cargo em comissão repercutirá no cargo efetivo originário. Ressalve-se os casos em que os cargos em comissão e efetivo são de diferentes entes federados, em virtude da autonomia que caracteriza a federação. Alerte-se sobre a exceção quando o ato cometido no cargo em comissão de outro ente federado configura infração apenada com expulsão em lei de aplicação nacional, a exemplo dos ilícitos previstos na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 39, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

3.2.5 - Manutenção das Vinculações Estatutárias do Servidor em Férias, Licenças ou Outros Afastamentos

Como regra geral, prevalece o entendimento de que, estando o servidor no gozo de férias ou de licença ou de outros afastamentos, não se elidem todos os deveres, obrigações e impedimentos, legais ou principiológicos, em relação à Administração, previstos no Estatuto, tais como de manter conduta de lealdade e de moralidade naquilo que especificamente ainda se associa ao cargo que ocupa, apenas para citar dois valores de maior relevância. As férias, as licenças e outros afastamentos não são hipóteses de vacância e, portanto, não têm o condão de cortar o vínculo do servidor com o órgão público onde mantém seu cargo e sua lotação, não podendo, em consequência, servir de abrigo para o cometimento de transgressões disciplinares.

Ainda que não estando em pleno exercício das atribuições legais de seu cargo, não há que se cogitar de se ver afastado o vínculo do servidor com a Administração e, por conseguinte, com o aspecto disciplinar de sua conduta. À luz do art. 148 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, conforme já se afirmou em **3.1** e se ratificará em **4.7.3.18.2**, o poder correcional não se impõe exclusivamente sobre os atos de direta relação com o exercício das atribuições legais do cargo, mas também o faz sobre atos ainda que indiretamente associados a tais atribuições, mesmo em momento no qual não se tem o efetivo exercício, cometidos no ambiente da vida privada, hipótese na qual podem repousar condutas cometidas em férias, licenças ou afastamentos, tão somente em função do cargo que ainda ocupa. Em outras palavras, ainda que a licença ou outros afastamentos, na leitura conjunta do *caput* do art. 15, do *caput* do art. 16 e do art. 102, todos da Lei nº 8.112, de 1990, interrompam o exercício do cargo, não têm o condão de afastar o poder disciplinar sobre os atos cometidos em tais situações funcionais (para férias, menos ainda se cogita de tal desvinculação, visto que o inciso I do art. 102 da mesma Lei as considera como efetivo exercício), conforme asseveram a jurisprudência e a doutrina.

> *STF, Mandado de Segurança nº 22.362: "Ementa: (...) 3. Considera-se em exercício, para fins dos arts. 121 e 124 da Lei nº 8.112/90, o servidor que, mesmo em gozo de férias utiliza caminhão do Governo Federal para transportar mercadoria contrabandeada de Foz do Iguaçu para Goiás, em proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública (art. 117, IX, da mesma Lei)."*

"I - tratando-se de mandato federal, estadual ou distrital, ficará afastado do cargo;
II - investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;
III - investido no mandato de vereador:
a) havendo compatibilidade de horário, perceberá as vantagens de seu cargo, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo;
b) não havendo compatibilidade de horário, será afastado do cargo, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração.
§ 1º No caso de afastamento do cargo, o servidor contribuirá para a seguridade social como se em exercício estivesse.
§ 2º O servidor investido em mandato eletivo ou classista não poderá ser removido ou redistribuído de ofício para localidade diversa daquela onde exerce o mandato.
À vista desses dispositivos constitucionais e legais pode-se aferir, salvo para o caso de exercício de mandato eletivo municipal compatível, a suspensão temporária de exercício do cargo, mas não a do vínculo estatutário para com o serviço público, deixando, todavia, o agente público disponível para a função política.
No entanto, no caso de o servidor diplomado responder a processo disciplinar, este não deve ser encerrado ou suspensa a sua apuração, para se retomar o apuratório após o fim do mandato eletivo. Tampouco se deve evitar temporariamente a instauração da persecução ...
(...) Assim, há de se considerar válida a submissão do servidor afastado ao poder disciplinar da Administração a que ele estatutariamente se vincula e todos os atos materiais e processuais, decorrentes do exercício desse poder, realizados no período de afastamento.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pgs. 267 e 268, Editora Juruá, 1ª edição, 2013

Neste aspecto, em especial, destaca-se a licença para tratar de interesses particulares, prevista no art. 91 da Lei nº 8.112, de 1990, cujo gozo traz a ressalva de que tem afastada a proibição prevista no inciso X do art. 117 da mesma Lei. Em outras palavras, no período de até três anos em que o servidor se afasta por tal licença, pode exercer gerência ou administração de sociedade privada ou praticar atos de comércio, conforme se exporá detalhadamente em **4.7.3.10.4**.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 91. A critério da Administração, poderão ser concedidas ao servidor ocupante de cargo efetivo, desde que não esteja em estágio probatório, licenças para o trato de assuntos particulares pelo prazo de até três anos consecutivos, sem remuneração. (Redação dada pela MP nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001)
Parágrafo único. A licença poderá ser interrompida, a qualquer tempo, a pedido do servidor ou no interesse do serviço. (Redação dada pela MP nº 2.225-45, de 2001)
Art. 117. Ao servidor é proibido:
X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008)
Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos: (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)
I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)
II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91

> *desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses. (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)*

Aproveita-se para esclarecer que a licença incentivada, que havia sido introduzida pelos arts. 8 a 11 e 18 a 20 da Medida Provisória (MP) nº 2.174-28, de 24 de agosto de 2001, que tinha natureza similar à licença para tratar de interesses particulares, foi excluída do ordenamento pela Lei nº 12.998, de 18 de junho de 2014.

Apresentada a peculiaridade da licença para tratar de interesses particulares, retoma-se a discussão inicial, acerca da manutenção do vínculo estatutário (destacadamente do regime disciplinar) enquanto o servidor se encontra no gozo de tal afastamento. Este entendimento, cujas primeiros amparos repousavam na base principiológica, tem obtido crescente respaldo normativo, inicialmente em normas infralegais, e por fim culminando na expressa previsão em lei.

Mencione-se, então, que o art. 9º da Portaria MF nº 249, de 12 de junho de 2009, asseverou que o gozo da licença para tratar de interesses particulares não isenta o servidor do regime disciplinar, com exceção da hipótese já ressalvada no inciso II do parágrafo único do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990.

> *Portaria MF nº 249, de 2009 - Art. 9º A licença para tratar de interesses particulares não isenta o servidor dos deveres, impedimentos e vedações previstos no regime administrativo disciplinar, ressalvado o disposto no art. 117, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

Na mesma linha, o então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), por meio de sua Secretaria de Gestão Pública (MPOG/Segep), como órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipec), editou a Portaria Normativa MPOG/Segep nº 4, de 6 de julho de 2012, que, ao traçar regramentos para a concessão e usufruto da licença para tratar de interesses particulares em todo Poder Executivo federal, reiterou que não se afastam os deveres e proibições atinentes a conflito de interesses no curso desta licença.

> *Portaria Normativa MPOG/Segep nº 4, de 2012 - Art. 4º O servidor que esteja usufruindo a licença para tratar de interesses particulares observará os deveres, impedimentos e vedações da legislação aplicável ao conflito de interesses. (Redação dada pela Portaria Normativa MPOG/Segep nº 1, de 25 de dezembro de 2015)*

E, de forma mais específica para a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), foi editada a Portaria RFB nº 2.324, de 23 de setembro de 2009, que disciplina internamente a concessão e o gozo da licença para tratar de interesses particulares. Em relação às duas Portarias já citadas, vale mencionar que esta norma, no § 5º do art. 2º, no *caput* e nos incisos I a III do art. 9º e no art. 14, além de repisar a manutenção da vinculação do licenciado com o regime disciplinar, acrescentou a ratificação da necessidade de o servidor se manter em exercício até o devido deferimento do pedido da licença e a obrigação de informar eventual desempenho de atividades privadas diferentes daquelas que instruíram o pedido de concessão, sob pena de cassação da licença.

> *Portaria RFB nº 2.324, de 2009 - Art. 2º*
> *§ 5º O servidor deverá aguardar em exercício a publicação da Portaria de concessão da licença, devendo aquele que se ausentar do serviço antes da ciência do deferimento da licença responder administrativamente, nos termos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*
> *Art. 9º O servidor licenciado obriga-se a:*
> *I - prestar anualmente à unidade em que se encontrar lotado ou em exercício, esclarecimentos a respeito das atividades desempenhadas durante o período de licença, em especial sobre as atividades profissionais, mesmo que não remuneradas, por meio do formulário constante do Anexo II.*

> *II - comunicar imediatamente à unidade em que se encontrar lotado ou em exercício a superveniência do desempenho de atividades distintas daquelas por ele declaradas quando da concessão da licença, por meio do formulário constante do Anexo III, sob pena de cassação do ato concessório, sem prejuízo das sanções previstas no regime administrativo disciplinar, conforme o caso;*
> *III - manter atualizados seus dados cadastrais, especialmente os relativos a endereço residencial, telefone e endereço de correio eletrônico.*
> *Art. 14. A licença para tratar de interesses particulares não isenta o servidor dos deveres, impedimentos e vedações previstos no regime administrativo disciplinar, ressalvado o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 117, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

À vista do acima exposto, de forma genérica e abrangente, pode-se dizer - com apoios jurisprudencial e doutrinário - que, de imediato ressalvadas pelo próprio legislador as proibições estabelecidas no inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990 (de atuar na gerência ou na administração societária ou de praticar o comércio), as licenças para tratar de interesses particulares, em gênero, não afastam as vinculações estatutárias do servidor, sobretudo aquelas relacionadas a deveres de moralidade e de lealdade com a instituição.

> *STF, Recurso Extraordinário nº 180.597: "Ementa: 1. O fato de o servidor encontrar-se licenciado para tratar de assuntos particulares não descaracteriza o seu vínculo jurídico, já que a referida licença somente é concedida a critério da Administração e pelo prazo fixado em lei, podendo, inclusive, ser interrompida, a qualquer tempo, no interesse do serviço ou a pedido do servidor."*
> *STF, Mandado de Segurança nº 23.034: "Ementa: Não é obstáculo à aplicação da pena de demissão, a circunstância de achar-se o servidor em gozo de licença especial."*
> *STJ, Mandado de Segurança nº 6.808: "Ementa: II - A licença para trato de interesses particulares não interrompe o vínculo existente entre o servidor e a Administração, devendo este estar obrigado a respeitar o que lhe impõe a legislação e os princípios da Administração Pública."*
>
> *"Conquanto afastado do serviço, em virtude do deferimento de licença não remunerada para tratar de assuntos particulares, não se admite que o servidor, todavia, desempenhe atividade absolutamente incompatível com o cargo que ainda ocupa junto à Administração Pública e do qual apenas está temporariamente licenciado (...).*
> *65) Servidor em gozo de licença para tratar de assuntos particulares se sujeita ao poder hierárquico da Administração Pública e pode ser demitido em caso de exercício de atividades incompatíveis com o cargo ocupado." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pgs. 152 e 1063, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Acrescente-se que tal incidência disciplinar independe de os atos cometidos sob afastamento redundaram em dano ao erário ou em remuneração para o agente.

Neste rumo, de forma mais específica, é de se destacar que as exceções previstas no ordenamento para atos que em tese se enquadrariam no inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, não têm o condão de afastar repercussões disciplinares para atos cometidos sob licença ou sob qualquer outra espécie de afastamento e que se enquadrem em outros ilícitos, sobretudo aqueles marcados por conflitos de interesse entre o público e o privado, como é o caso da assessoria tributária em espécie e de diversas situações configuradoras de improbidade administrativa em gênero, nos termos em que se descreverá em **4.7.3.18.6.b** e em **4.7.4.4.5**, conforme a própria Lei cuidou de ressalvar na parte final do inciso II do parágrafo único do seu art. 117.

Encerrando a abordagem específica das licenças, vale destacar, novamente ao amparo

da jurisprudência e da doutrina, que o fato de o servidor estar de licença médica não necessariamente o impede de acompanhar o processo disciplinar (sobretudo se a licença médica advém de males meramente físicos, dissociados da capacidade mental). Uma vez que a comissão disciplinar não é legalmente competente para se manifestar sobre questões de saúde, recomenda-se que questione a junta médica oficial se o motivo da licença incapacita ou não o servidor de acompanhar o processo disciplinar. Em caso positivo, não havendo procurador constituído nos autos, recomenda-se a suspensão dos trabalhos (o que não se confunde com suspensão do prazo prescricional).

> *STF, Mandado de Segurança n° 22.656: "Ementa: A circunstância de encontrar-se o impetrante no gozo de licença para tratamento de saúde e em vias de aposentar-se por invalidez não constituía óbice à demissão, como não constituiria a própria aposentadoria que, para tanto, estaria sujeita à cassação, na forma do art. 134 da Lei nº 8.112/90."*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 23.310: "Ementa: IV - O fato de encontrar-se o servidor em gozo de licença médica para tratamento de saúde não constitui óbice à demissão."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 18.163: Ementa: Cabe destacar que a jurisprudência desta Corte já consolidou a orientação de que o fato de o acusado estar em licenças para tratamento de saúde não impede a instauração de Processo Administrativo Disciplinar, nem mesmo a aplicação de pena de demissão."*
>
> *"Por fim, cumpre-nos assinalar que a licença médica nem sempre representa obstáculo ao acompanhamento do processo administrativo disciplinar pelo servidor, tampouco constitui óbice à demissão. Diante de alegações dessa natureza, cabe à comissão recorrer a junta médica oficial, que indicará se de fato o motivo da licença impossibilita o servidor de acompanhar o feito. A orientação é de que, em caso positivo (servidor não reúne condições de acompanhar o processo), se não houver procurador constituído nos autos, que sejam suspensos os trabalhos da comissão.*
> *De se ressaltar que a licença médica, independente de seu motivo, não obstaculiza a aplicação da penalidade que foi precedida de procedimento disciplinar regular, no qual, naturalmente, o servidor acusado teve oportunidade de se defender pessoalmente ou por intermédio de procurador.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 41 e 42, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ ManualPAD.pdf acesso em 07/08/13*
>
> *"56) Servidor em gozo de licença-médica pode responder a processo administrativo disciplinar e ser demitido ao término do feito, independentemente da cessação do afastamento por motivo de saúde." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pgs. 1059 e 1060, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Em suma, todo o acima exposto ao longo deste tópico firma o entendimento de que férias, licenças e demais afastamentos, em princípio, não elidem as vinculações do servidor com a Administração, sobretudo em termos de deveres, proibições, impedimentos e, em especial, de conflito de interesses, de imediato ressalvada a expressa exceção de se verem afastadas as vedações do inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, para o caso específico de licença para tratar de interesses particulares. Ademais, se assim não fosse, ou seja, se férias, licenças e demais afastamentos, de plano, tivessem o condão de interromper as vinculações estatutárias do cargo, não faria sentido o ordenamento ter excepcionado expressamente o inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990. A *contrario sensu*, não existindo letra morta em norma, significa que outras repercussões disciplinares, quando

cabíveis, para os demais casos (férias, licenças e outros afastamentos), permanecem válidas.

Tanto é assim que o art. 9º da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 (a Lei de Conflito de Interesses), determina que os agentes públicos sob sua incidência, em que se incluem todos os servidores em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (independentemente do cargo ocupado, conforme melhor se abordará em **4.7.3.18.6**), mesmo em gozo de licença ou em afastamento de qualquer espécie, forneçam à Controladoria-Geral da União (CGU), anualmente, declaração sobre sua situação patrimonial, participações societárias, atividades econômicas ou profissionais e indicação de possível atividade em conflito de interesses por parte de cônjuge, companheiro ou parentes até o terceiro grau e informem à projeção de gestão de pessoas desde o mero recebimento de propostas de trabalho, de contrato ou de negócio com possibilidade de aceitação até o efetivo exercício de atividade privada. Ademais, o mesmo comando legal determina que a projeção de gestão de pessoas informe ao servidor e à CGU a possibilidade de aquela atividade praticada ou objeto de proposta configurar conflito de interesses.

> *Lei nº 12.813, de 2013 - Art. 9º Os agentes públicos mencionados no art. 2º desta Lei, inclusive aqueles que se encontram em gozo de licença ou em período de afastamento, deverão:*
> *I - enviar à Comissão de Ética Pública ou à Controladoria-Geral da União, conforme o caso, anualmente, declaração com informações sobre situação patrimonial, participações societárias, atividades econômicas ou profissionais e indicação sobre a existência de cônjuge, companheiro ou parente, por consanguinidade ou afinidade, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, no exercício de atividades que possam suscitar conflito de interesses; e*
> *II - comunicar por escrito à Comissão de Ética Pública ou à unidade de recursos humanos do órgão ou entidade respectivo, conforme o caso, o exercício de atividade privada ou o recebimento de propostas de trabalho que pretende aceitar, contrato ou negócio no setor privado, ainda que não vedadas pelas normas vigentes, estendendo-se esta obrigação ao período a que se refere o inciso II do art. 6º.*
> *Parágrafo único. As unidades de recursos humanos, ao receber a comunicação de exercício de atividade privada ou de recebimento de propostas de trabalho, contrato ou negócio no setor privado, deverão informar ao servidor e à Controladoria-Geral da União as situações que suscitem potencial conflito de interesses entre a atividade pública e a atividade privada do agente.*

3.3 - OUTRAS FONTES ALÉM DA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990, E DEMAIS ELEMENTOS INFORMADORES DO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Abstraindo-se do rigor formal com que a ciência jurídica define as chamadas fontes de Direito (à vista do sentido etimológico do termo, derivado do latim, como “ponto de partida, de origem, nascedouro de algo”, como os processos ou meios em razão dos quais as normas ou regras jurídicas são produzidas e se positivam com vigência e eficácia, neles abarcando não só o modo analítico da formação e da elaboração em si da norma ou regra obrigatória mas também o fenômeno histórico e filosófico-social que dá origem a esta construção procedimental e que a antecede), ao longo do presente texto, se emprestará um emprego mais amplo àquela expressão.

> *“Refere-se, ‘segundo o seu próprio sentido etimológico, à origem à procedência, e é empregada para indicar tudo de onde procede alguma coisa, onde ela se funda e tira razão de ser, ou todo fato que dá nascimento a outro’ (Silva, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1986. V. II. P.311). Por esse sentido, bem de se afirmar que as normas jurídicas*

> *revelam-se por meio das fontes do direito.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. I, pg. 118, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Não se nega e muito menos se desconhece que a teoria dogmática costuma abarcar no conceito, além da legislação, como a principal (também chamada de direta ou primária) dentre todas as fontes, também, como fontes de menores graus de hierarquia e objetividade (chamadas de fontes subsidiárias, indiretas ou secundárias), os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional e ainda, por fim, os atos negociais de particulares.

O conceito amplo de legislação que aqui se emprega como fonte principal de Direito contempla desde normas de maior grau de hierarquia e de objetividade, pois possuem o poder de criar, extinguir ou modificar direitos, tais como o texto constitucional originário e suas emendas; as leis complementares ou ordinárias; os tratados, acordos ou convenções internacionais; os códigos; as consolidações; e as medidas provisórias, até exemplos de normas ou atos regulamentadores, que, adstritos às primeiras, apenas as interpretam e as fazem aplicar, tais como os decretos; os regulamentos, os regimentos e demais atos normativos complementares expedidos por autoridades administrativas, em que se incluem as portarias, circulares, ordens de serviço, aviso e as instruções, notas técnicas, orientações ou pareceres normativos; e as decisões de órgãos administrativos singulares ou colegiados, conforme se detalhará nos próximos tópicos.

> *"Os tratados e as convenções internacionais apresentam força de lei, ingressando em nosso ordenamento jurídico, após os trâmites políticos para a sua aprovação, com o status de lei ordinária. No entanto, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, se aprovados em dois turnos e em cada casa do Congresso Nacional e, ainda, pelo quórum de três quintos dos membros de cada Casa Legislativa, ingressam no ordenamento jurídico com o status de Emenda Constitucional (art.5º,3º, CF/88, com redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004). Não obstante, importante corrente doutrinária tem defendido que mesmo sem essa aprovação legislativa dotada de quorum e trâmite qualificados acima descritos, os tratados internacionais sobre direitos humanos apresentam eficácia supralegal, revogando as leis nacionais que sejam com eles incompatíveis e devendo as futuras leis (ordinárias ou complementares) os respeitarem, na medida em que ocupariam uma escala hierárquica intermediária, acima do direito infraconstitucional legislado pátrio e, no entanto, abaixo da Constituição Federal. Com efeito, com fundamento nesses argumentos, entendendo-se determinado direito humano fundamental da pessoa, aplicável ao servidor público acusado em sede de direito disciplinar e trazido no bojo de tratado internacional ratificado e aprovado pelo Brasil, este, o direito fundamental, deve ser aplicado de plano às relações jurídicas entre Estado-administração e o servidor processado, desconsiderando eventual lei nacional em sentido contrário.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. I, pg. 128, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Os usos e os costumes refletem a reiteração constante de uma determinada prática ou conduta tida como obrigatória ou pelo menos considerada aceita pelo Direito, sendo uma das formas aceitas no ordenamento pátrio para integração de lacunas, conforme preveem o art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB) e a doutrina. Conceitualmente, podem ser enumeradas três espécies de costumes, no que diz respeito a seu conteúdo: *praeter legem*, quando atuam supletivamente ao texto legal; *secundum legem*, quando atuam de forma interpretativa em relação ao texto legal; e, por fim, *contra legem*, quando entram em conflito com texto legal. Todavia, apenas as duas primeiras espécies são aceitas no sistema jurídico pátrio, vez que, de acordo com o art. 2º do citado

Decreto-Lei, apenas uma lei pode revogar outra, não se admitindo que costumes (e nem mesmo o decurso do tempo em relação a uma lei em desuso) cancelem a vigência ou retirem a eficácia de lei. Então, se costumes não revogam leis e se apenas leis definem crime e cominam pena, de um lado, não se aceitam caracterização de crime e sancionamento em decorrência de costume; por outro lado, embora também não se aceite a abolição de um crime sob clamor de costumes, não se nega que os costumes (bem como as praxes administrativas) podem atuar como reforço em causas excludentes de antijuridicidade ou de culpabilidade (não fere o princípio da reserva legal, operante em instância material penal, afirmar que uma exclusão de antijuridicidade ou de culpabilidade pode não ter expressa previsão legal).

> *LINDB - Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.*
> *§ 1° A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.*
> *§ 2° A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.*
> *§ 3° Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.*
> *Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*
>
> *"As praxes administrativas configuram a cristalinização da atividade reiterada e uniforme da Administração no tratamento e na solução de determinados casos.*
> *Embora haja divergências entre os doutrinadores sobre a validade das praxes administrativas como fonte do direito, desposamos o entendimento de que elas, nos casos em que forem silentes as leis, podem prestar valioso auxílio ao Direito Processual Disciplinar.*
> *As praxes, conquanto não se confundam, em sentido rigorosamente científico, com os costumes, devem, no nosso entender, ter a mesma receptividade conferida a estes.*
> *De conformidade com a Lei de Introdução ao Código Civil, os costumes são fontes secundárias do direito (art. 4º).", José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 47, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Já a jurisprudência reflete a forma reiterada de o Poder Judiciário dizer do Direito acerca de determinado tema, conforme se detalhará em **3.3.7**. Por último, com baixo grau de certeza e de segurança, mencionam-se ainda as fontes negociais, oriundas de manifestações de vontades particulares em contratos, aqui citadas apenas para esgotar a conceituação, visto não se adequarem ao ramo de Direito público em tela.

Importante aduzir que a LINDB volta a mencionar e a valorizar, em seu art. 24, as fontes que refletem práticas reiteradas e jurisprudências judicial e administrativa, incluindo-as no conceito mais genérico e abrangente de orientações gerais. Segundo este comando legal, a avaliação da validade de ato, processo ou norma passa pela ponderação de tais orientações gerais aplicáveis à época e não se deve invalidar situações consolidadas tão somente em virtude de posterior mudança de entendimento expresso naquelas fontes.

> *LINDB - Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018)*
> *Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência*

> *judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)*

Idênticos comandos são obtidos do art. 5º do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamentou o comando acima da LINDB.

> *Decreto nº 9.830, de 2019 - Art. 5º A decisão que determinar a revisão quanto à validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos cuja produção de efeitos esteja em curso ou que tenha sido concluída levará em consideração as orientações gerais da época.*
> *§ 1º É vedado declarar inválida situação plenamente constituída devido à mudança posterior de orientação geral.*
> *§ 2º O disposto no § 1º não exclui a possibilidade de suspensão de efeitos futuros de relação em curso.*
> *§ 3º Para fins do disposto neste artigo, consideram-se orientações gerais as interpretações e as especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária e as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.*

A teoria explica, portanto, que as fontes formam uma concepção sistemática e hierarquizada de centros emanadores e positivadores do Direito, que se manifestam por meio dos respectivos atos, com decrescentes forças de impositividade, desde as fontes legislativas até as fontes consuetudinárias e jurisprudenciais e por fim as negociais (normas, costumes, sentenças e até contratos, que aqui serão desprezados).

Não obstante, dentre os objetivos específicos do presente texto, com licença ao mesmo tempo simplificadora e extensiva de terminologia, a palavra “fonte” será empregada abarcando, além daquela conceituação tradicional acima, também um conjunto de regras estruturais que, mesmo não figurando como elementos emanadores em sentido estrito do Direito, integram a razão jurídica e agregam uma forma de coesão global ao sistema e ao ordenamento jurídico e conferem-lhe a necessária imperatividade. Nestas regras estruturais inserem-se, dentre o que pode ser relevante para o presente texto, os princípios jurídicos, que, desde os mais gerais até os de aplicação mais específica, alcançam grande importância e relevância na matéria jurídica, e, por fim, a doutrina, figurando esta como o elemento informador de menor grau de hierarquia, de objetividade e de imposição, conforme se detalhará em **3.3.7**.

Quanto aos princípios de Direito, aqui os abordando de uma forma global (tanto aqueles princípios gerais de Direito, aplicáveis em qualquer ramo jurídico, quanto aqueles mais específicos de determinada instância), convém expor uma apresentação introdutória, pois não serão contemplados com um tópico específico neste texto. Sendo, de certa forma, um reflexo da ideia abstrata que se tem do Direito natural (como um conjunto de regramentos universais e derivados da consciência coletiva e da busca da justiça ideal), na verdade, os princípios jurídicos se manifestam e repercutem em distintos ramos da ciência jurídica e nas respectivas normatizações, em todos ou apenas em alguns destes ramos, de diferentes formas e intensidades e atendendo às respectivas peculiaridades. Embora, formalmente, no sentido meramente estrito da lista exaustiva da dogmática, não sejam uma fonte emanadora de Direito, os princípios jurídicos encontram-se fortemente enraizados e indissociadamente refletidos nas fontes normativas de cada instância de Direito, já que tanto melhor será um regramento quanto mais ele conseguir refletir os valores adotados como princípios desde sua construção natural.

Em virtude da extremada relevância que os princípios jurídicos assumem nas correspondentes instâncias de Direito - já que é neles que, em suma, reside o caráter obrigatório de todo o ordenamento -, as fontes normativas do Direito Administrativo Disciplinar serão aqui descritas basicamente com a apresentação dos princípios que

respectivamente as informam, também como meio de se enfatizar a necessária percepção do quanto devem ser compreendidos como complementares e indissociáveis o Direito positivado e a base principiológica que o informa, seja integrando-o, seja interpretando-o. Destaque-se que esta maneira simplista aqui adotada para expor o tema (apresentando os princípios jurídicos não em tópico específico, mas sim diluídos à medida que se apresentam as fontes normativas) em nada se confunde em restringir o entendimento da validade dos princípios jurídicos àqueles expressamente positivados em norma, sendo certo que, além destes, também gozam da mesma relevância e valor os princípios (sobretudo os chamados princípios gerais de Direito) que permanecem sem positivação legal. De se ratificar que os princípios compõem o ordenamento, ainda que se voltem a contextos generalistas e indefinidos e não prevejam repercussões, diferentemente de normas positivadas, que disciplinam especificamente um contorno fático hipotético e, como regra, preveem uma consequência para esta hipótese (uma sanção para a inobservância do disciplinamento estabelecido).

Como parêntese nesta introdução aos princípios jurídicos, acerca das duas ferramentas hermenêuticas acima mencionadas, cabe esclarecer que, enquanto a interpretação é a atividade lógica por meio da qual o intérprete busca o significado de uma norma, a integração é o recurso a que ele se obriga, diante de determinada situação a ser regulada, com o fim de suprir uma lacuna no ordenamento. Na primeira, a norma existe, porém sua correta aplicação em determinado caso concreto exige que se determine seu exato significado dentro do sistema jurídico em que se situa; na segunda, a norma não existe e, para a resolução de determinado caso concreto, exige-se um processo criador, delimitado ao sistema jurídico preexistente, para suprir a lacuna.

Por um lado, mesmo não se tendo aqui intenção de aprofundar o tema acerca de interpretação (e definir seus diversos métodos, tais como gramatical, histórica, lógica, sistemática ou teleológica - dentre os mais mencionados pela doutrina), convém apenas destacar o mandamento do art. 5º da já mencionada LINDB, que, de certa forma, impõe a atenção do aplicador do Direito à finalidade com que a norma foi editada, em consonância com o valioso método teleológico de interpretação, bem como à busca do bom Direito em si, em seu sentido mais próximo do natural, de se fazer justiça, em atendimento ao interesse maior, que é público, em consonância com o inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regulamenta a processualística no âmbito da Administração Pública federal). E a LINDB volta a mencionar a atividade de interpretação sobre foco mais específico, no *caput* e no § 1º do seu art. 22 e no seu art. 23, agora voltado respectivamente à consideração das condições, restrições e limitações reais e concretas da atuação do agente público e da necessidade de concessão de um período de transição quando se aplica novo entendimento mais gravoso ao administrado acerca de norma de conteúdo indeterminado.

> *LINDB - Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*
> *Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)*
> *§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)*
> *Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem*

> *prejuízo aos interesses gerais. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)*
>
> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 2º*
> *Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
> *I - atuação conforme a lei e o Direito;*

Os comandos dos arts. 22 e 23 da LINDB são praticamente repetidos, com um pequeno grau a mais de detalhes, nos arts. 6º a 8º do Decreto nº 9.830, de 2019, que os regulamentaram.

> *Decreto nº 9.830, de 2019 - Art. 6º A decisão administrativa que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado e impuser novo dever ou novo condicionamento de direito, preverá regime de transição, quando indispensável para que o novo dever ou o novo condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.*
> *§ 2º A motivação considerará as condições e o tempo necessário para o cumprimento proporcional, equânime e eficiente do novo dever ou do novo condicionamento de direito e os eventuais prejuízos aos interesses gerais.*
> *§ 3º Considera-se nova interpretação ou nova orientação aquela que altera o entendimento anterior consolidado.*
> *Art. 7º Quando cabível, o regime de transição preverá:*
> *I - os órgãos e as entidades da administração pública e os terceiros destinatários;*
> *II - as medidas administrativas a serem adotadas para adequação à interpretação ou à nova orientação sobre norma de conteúdo indeterminado; e*
> *III - o prazo e o modo para que o novo dever ou novo condicionamento de direito seja cumprido.*
> *Art. 8º Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos, as dificuldades reais do agente público e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*
> *§ 1º Na decisão sobre a regularidade de conduta ou a validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, serão consideradas as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente público.*

Por outro lado, voltando-se a atenção para a ferramenta da integração, atesta-se que há expressa previsão, no ordenamento pátrio, da competência para o aplicador do Direito formular aquele mencionado processo criador diante de lacuna legislativa, já que assim prevê o já mencionado art. 4º da LINDB e na mesma linha também refletiu o *caput* do art. 140 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC). Amolda-se perfeitamente à presente exposição o comando do art. 375 do mesmo CPC, que autoriza que o julgador se permeie, no ato de decidir, por sua experiência e por sua observação comum dos fatos e fenômenos da vida humana.

> *CPC - Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.*
> *Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.*

Com o devido amparo legal, já se tendo posicionado os usos e costumes como fonte de Direito e se afirmando que, em instância de Direito público punitivo, como é o Direito Administrativo Disciplinar, na mesma linha adotada pela instância penal, o emprego eventual e excepcional da analogia deve ser visto com imensa cautela (a menos que seja em favor da defesa, na analogia *in bonam partem*, jamais se aplicando, em sentido oposto, a chamada analogia *in malam partem*), resta aqui abordar os princípios jurídicos. Ratifique-se, antes, que

os dispositivos legais não impõem uma ordem consecutiva de decrescente prioridade para emprego daquelas ferramentas de integração, podendo a questão ser resolvida, por exemplo, com a imediata aplicação de princípios gerais de Direito.

Iniciando-se pelos chamados princípios gerais de Direito, tem-se que, diante da inegável incapacidade de a positivação cobrir todo o espectro de relações e experiências humanas que podem vir a requerer a tutela do Direito, estes enunciados genéricos, que se refletem na compreensão de todo o ordenamento, assumem destacada importância por atuarem em qualquer instância jurídica. Assim, independentemente de constarem ou não de textos legais, destacam-se princípios gerais tais como os que rezam a intangibilidade dos valores da pessoa humana; a boa-fé como pressuposto da conduta jurídica; a proibição do locupletamento sem causa seja por quem for (Administração, servidor ou particular); a proibição do autofavorecimento de quem quer que seja com sua própria torpeza (com a consequente vedação da assunção de comportamentos contraditórios entre si por uma parte em processo); os poderes implícitos de se dispor dos meios para se concretizarem os fins exigidos; a competência para fazer menos de quem pode mais; a impossibilidade de as convenções particulares derrogarem normas de ordem pública; a necessidade de processo conduzido por ente oficial para sanção de qualquer natureza; a irretroatividade da lei para proteção de direitos adquiridos; o ônus da prova de quem alega; o *in dubio pro reo* e o *favor rei* em casos de dúvida; o *non bis in idem*; a regularidade do exercício do próprio direito que não prejudica ninguém, dentre outros.

Avançando no tema, independentemente de gozarem de aplicabilidade geral ou específica a determinados ramos jurídicos, tem-se que os princípios não são meras diretivas morais ou declarações de intenção; ao contrário, informam, interpretam e, sobretudo, integram o Direito, mesmo aqueles não positivados. Embora possam advir de origens sociais e éticas, os princípios jurídicos são elementos componentes do Direito e até podem, inclusive, alcançar o patamar de fontes quando são consagrados no regramento ou na jurisprudência (o que, todavia, jamais lhes retira a essência de serem princípios).

De forma geral, pode-se dizer que o Direito se manifesta pelo gênero das normas, que se ramifica nas espécies das regras, que condensam o Direito positivado, e dos princípios, que são as diretrizes gerais do ordenamento. Ambas espécies possuem eficácia, vez que produzem efeitos jurídicos, ao gerarem direitos e consequências práticas, no caso de lides processuais, às partes ao longo de todo o processo.

As regras positivadas, em apertada síntese, são construções hipotéticas e abstratas de que o Direito lança mão com o objetivo de disciplinar fatos reais e concretos, determinando condutas e impondo repercussões e efeitos jurídicos. Ocorrendo o fato concreto previsto na regra positivada, esta, com a sua intrínseca natureza coercitiva, inequivocamente incide sobre aquele acontecimento do mundo real e atribui-lhe, como consequência, algum efeito jurídico. Para tanto, as regras positivadas são redigidas de forma a mais objetiva e determinística possível para que sua aplicabilidade se volte a um rol delimitado de condições fáticas, propiciando ao aplicador do Direito a máxima segurança jurídica ao interpretar a sua incidência ou não a cada caso que se põe sob análise. É por meio do fenômeno da incidência que o fato concreto insere-se no ambiente do Direito e assume a qualidade de fato jurídico e gera consequência jurídica, que vem a ser a eficácia da regra positivada.

Em abordagem propositalmente bastante simplista e para fins aqui meramente didático-comparativos, pode-se dizer que a incidência de uma regra positivada sobre determinado conjunto fático se faz de forma absoluta e excludente; ou seja, se a regra incide sobre o fato, o faz integralmente, sem ponderações de sua incidência ser parcial ou mesclada com a incidência de outras regras, exatamente porque a sua aplicação exclui a aplicação simultânea e superposta de outra regra. Sob ótica clássica ou tradicional de se abordar esta questão, diante de determinado conjunto fático, cabe ao aplicador do Direito apenas

identificar, dentre todo regramento vigente, a regra positivada previamente estabelecida que rege aquele tipo de situação e, em seguida, verificar que o fato ocorrido subsome-se à construção hipotética daquela norma. Aqui, há a subsunção do fato à regra positivada, de sorte que esta deve ser aplicada de forma não apenas absoluta e excludente mas também vinculada. Para identificar qual a regra positivada que, de forma absoluta, vinculada e excludente, incide sobre o fato e, consequentemente, para aplicá-la, antes se requer a exata compreensão de seu conteúdo e alcance e, para tanto, o aplicador do Direito lança mão dos já mencionados métodos de interpretação (gramatical, histórica, lógica, sistemática ou teleológica).

Em situação oposta, aqui abordada de forma bastante superficial, caso pareça, ao aplicador do Direito, haver conflito entre mais de uma regra positivada, ou seja, caso pareça-lhe que um mesmo conjunto fático subsome-se a mais de um regramento positivado que se superponha, a doutrina elege a ocorrência do fenômeno da antinomia. A rigor, a antinomia é um problema apenas aparente, já que o ordenamento jurídico forma um sistema que deve ser todo coerente e harmônico, não sendo de se aceitar que um mesmo suporte fático possa ser regido por duas regras positivadas que se superpõem. Aqui, a ideia de conflito não necessariamente significa que as regras positivadas superpostas impõem efeitos jurídicos opostos, antagônicos, contrários; a ideia se centra mais no fato de as regras, ambas e simultâneas, regerem a mesma situação sob análise e preverem diferentes repercussões que podem até ter a mesma natureza e ser de mesmo de mesmo sentido, variando apenas em intensidade (por exemplo, ambas impõem apenações, mas uma delas o faz com agravamento). Assim, as antinomias requerem solução e, por este motivo, são tratadas como antinomias aparentes.

De forma geral, as antinomias podem ser solucionadas, não pelos métodos de interpretação acima mencionados como suficientes para instrumentalizar a lógica subsuntiva, mas sim mediante ferramentas mais elaboradas, que são os critérios hierárquico ou cronológico ou da especialidade genérica. As antinomias envolvendo regras positivadas contemporâneas de diferentes hierarquias normativas ou envolvendo regras positivadas de mesmo *status* com vigência defasada no tempo podem obter fáceis resoluções mediante respectivamente os critérios hierárquico (a regra de maior hierarquia prevalece) ou cronológico (a regra mais recente prevalece). Já as antinomias envolvendo regras positivadas de mesma hierarquia e contemporâneas requerem resolução mais complexa, desdobrando-se em critério da especialidade em espécie e também denominado critério da especialidade em sentido estrito ou lógico (diante de regras que guardam relação de gênero e de espécie entre si, esta prevalece) e em critério da especialidade em sentido amplo ou valorativo, em que uma regra contempla melhor as particularidades de uma hipótese em relação à outra, que por fim ramifica-se nos critérios da subsidiariedade (diante de regras que guardam relação de conteúdo e de continente - ou de menor e de maior entre si, esta prevalece) e da consunção (diante de regras que guardam relação de meio e de fim - ou de parte e de todo entre si, esta prevalece). Ademais, além destes critérios doutrinariamente consagrados, pode-se ainda mencionar o critério da alternatividade (diante de regras que guardem entre si relação de alternativa excludência, obviamente apenas uma incide).

Aqui, os critérios de resolução das antinomias entre regras positivadas foram apresentados de forma bastante sintética, apenas com os fins de reiterar a indispensabilidade de se solucionar a situação incongruente de um mesmo conjunto fático parecer ser regido por duas regras que se superpõem e também para contrapor estes critérios aos métodos de interpretação mencionados na subsunção clássica, como ferramentas que identificam a única regra que rege o conjunto fático sob análise, ou seja, a regra a que se subsomem os fatos. Em **4.5.3**, em passagem mais pertinente deste texto, abordam-se estes critérios com maior grau de profundidade.

Já os princípios são normas de conteúdo amplo, dotados de carga de abstração mais

marcante que as regras positivadas e que os torna hábeis a serem aplicados não só para a solução de casos concretos, à luz justamente de suas peculiaridades, mas também para discernir situações gerais. Com isto, agregam ao ordenamento a vantagem de se poder atualizar e harmonizar a aplicação do Direito positivado com os avanços sociais pela atuação hermenêutica, dispensando, por vezes, a alteração normativa. Não raro, diante da frequente possibilidade de as regras positivadas aparentarem não conter nenhuma solução cabível ou parecerem contemplar mais de uma decisão aceitável ou até mesmo sugerirem apontar efeitos jurídicos diametralmente antagônicos, sobretudo quando se está diante de comandos constitucionais, o aplicador do Direito se depara com a insuficiência dos métodos interpretativos associados à subsunção clássica e também com a inaptidão dos critérios solucionadores de antinomias legais (visto que as antinomias nem sempre se estabelecem diante de regras que preveem efeitos jurídicos opostos e contrários). Em tais dilemas, o aplicador é chamado a atuar na construção da dicção do Direito de forma mais intensa e até mesmo criativa do que na simples interpretação subsuntiva e na solução de conflitos entre regras positivadas e, para tal solução da questão posta, o ferramental principiológico se apresenta como de inquestionável relevância

Como enunciados de inequívoco valor normativo, os princípios iluminam a melhor compreensão do ordenamento como um todo (positivado ou não) e fornecem ferramentas ao aplicador do Direito para bem interpretar as imprecisões regradas ou para bem integrar as lacunas do positivismo. Em outras palavras, os princípios propiciam uma visão sistêmica do ordenamento, interpretando seu conteúdo e seu alcance e integrando suas omissões, O emprego adequado dos enunciados certamente propiciará ao operador a melhor forma de se aplicar o bom Direito ou, ao menos, evitará que construa uma aplicação criticável.

Para além disto, os princípios funcionam (ou menos deveriam funcionar, caso a sociedade fosse brindada com dignos representantes do interesse público nas mais diversas Casas Legislativas, o que infelizmente, na prática do mundo real, soa como utopia quase onírica) até mesmo para orientar o legislador na atividade legislativa inovadora. Uma vez que refletem os mais altos valores adotados pelo grupamento social, os princípios se inserem na percepção abstrata que pode se ter de Direito natural e de sentimento social de justiça, desaguando na mais ampla noção que qualquer leigo possa ter de dignidade humana. Neste sentido, não se tem dúvida que mesmo o mais simples e iletrado ser humano, ainda que vivendo na mais desvalida condição e sendo de tudo desprovido, sobretudo de ensino e de cultura, ao ser provocado a se manifestar sobre situações concretas cotidianas, certamente revela - dentro da sua simplicidade - inconformismo e irresignação com condutas violentas, abusivas e que afrontam a sua noção empírica e leiga de dignidade humana. Esta reação, tanto atécnica quanto espontânea, é a mais inequívoca certeza de que princípios, à margem do texto legal, irrigam e permeiam a existência humana e o conjunto social, desde sempre e de forma intransitiva

Em decorrência, sob ótica ideal, a positivação em regras que regulamenta o contexto jurídico deve buscar, ao máximo possível, fazer refletir no ordenamento vinculante aquelas premissas e aqueles fortes axiomas espontaneamente adotados pelo corpo social a cada tempo e a cada espaço (é necessário contemplar que tais valores são cronológica e espacialmente mutantes conforme a evolução e a característica de cada grupamento social). Independentemente da expressa positivação dos princípios em regras, o ordenamento sempre deve ser compreendido aprioristicamente impregnado dos valores por eles estabelecidos. Se o legislador atuasse de forma conectada e antenada com os anseios e com as necessidades da base eleitora que representa, o ordenamento positivado seria integrado por regras que refletiriam com perfeição todo o conjunto de axiomas e de prioridades consagradas e adotadas pelo corpo social.

Na perspectiva mais moderna de se atuar em atenção ao devido processo

constitucional, que vai além do devido processo legal (como o devido processo que atende não só à lei mas sim, muito mais, ao Direito como um todo e que conduz ao processo justo), é pertinente dizer que princípios podem até ter maior valor que a regra positivada, uma vez que direcionam e informam a elaboração daquelas regras. Enquanto os princípios refletem de forma direta e pura os valores consagrados pelo corpo social, as regras positivadas, com necessária percepção realista do mundo, trazem, no mais das vezes, as máculas e os vícios que contaminam a atividade legislativa, em geral urdida e tramada à margem da efetiva representatividade popular e conduzida por objetivos pouco republicanos e confessáveis. Entre os princípios e os valores sociais não há a figura intermediária do legislador; já entre as regras positivadas e os anseios sociais costuma se impor um abismo capitaneado pelos interesses dominantes nas lideranças legislativas ou até mesmo pela mais grossa atecnia e pelo mais impressionante despreparo dos parlamentares, em todas as esferas de Poder. Em consequência, em determinadas situações, pode se revelar muito mais afrontoso ao Direito não observar um princípio do que descumprir uma regra positivada. Afinal, sob ótica da sociedade, regras positivadas se acatam e se cumprem por vinculação; princípios se elaboram e se adotam espontaneamente. Como tal, conforme também entende a doutrina, um processo conduzido com inobservância de princípios reitores pode vir a ser objeto de crítica por nulidade.

> *"Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.", Celso Antônio Bandeira de Melo, "Curso de Direito Administrativo", pg. 943, Malheiros Editores, 25ª edição, 2008*

> *"Não obstante, destaque-se que os princípios jurídicos são bem mais importantes do que as normas escritas, razão por que é bastante correto dizer que se afronta muito mais o direito quando se desacata um dos seus princípios do que quando se desatende a uma de suas normas textuais, posto que uma regra expressa contém apenas uma diretiva, enquanto que um princípio encerra um conteúdo informador e formador de várias normas." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 47, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Além deste aspecto de transcenderem os limites jurídicos, vez que o processo de criação normativa deve se inspirar nesta robusta base conceitual espontaneamente adotada pelo grupamento social e que o consequente ordenamento deve espelhá-la, tem-se ainda que os princípios, independentemente de advirem do texto constitucional, de lei, da construção doutrinária ou mesmo do Direito natural, formam um conjunto de ferramentas que refletem a excelência do salutar jogo de pesos e contrapesos em que deve se apoiar o Direito. Os princípios são mandamentos que dinamicamente se intercomunicam, seja por vezes para se reforçarem mutuamente, seja por vezes para que um atue como delimitador de outro. Uma mesma situação fática pode ter a incidência de diversos princípios, por vezes se fortalecendo reciprocamente, por vezes em frontal colisão. Nenhum princípio pode ser compreendido de forma isolada e muito menos empregado de forma estanque e dissociada, em detrimento de toda a base principiológica da instância de Direito em questão, como se prevalecesse de forma absoluta sobre os demais, não comportando freios em seu emprego. Uma ideia fundamental para se compreender e corretamente se aplicar a rica gama da base principiológica é ter sempre em mente que não há hierarquia entre princípios, sobretudo quando se trata de preceitos constitucionais. Princípios não se anulam, não se revogam, não se superam, não se excluem; tão somente princípios coabitam, convivem e mutuamente se toleram, seja se reforçando, seja se repelindo.

Não causa nenhuma dificuldade prever o caminho a ser adotado pelo aplicador do Direito quando pondera que dois ou mais princípios convergem, em reforço mútuo, para a indicação de uma mesma solução para determinado caso concreto. O interesse da presente discussão reside na possibilidade oposta, quando a visão dinâmica dos princípios incidentes sobre um conjunto fático indica soluções antagonicamente apontadas por cada um dos preceitos.

Antes de tudo, é preciso reconhecer e aceitar que a tensão dialética faz parte, com absoluta naturalidade, do universo principiológico. Devido ao alto grau de abstração que os caracteriza, é possível que haja colisões entre os princípios aplicáveis a uma mesma situação fática, ou seja, que dois ou mais princípios, passíveis de subsidiar determinada decisão, conduzam o caso a soluções diametralmente opostas. Diferentemente das regras positivadas - cuja interpretação se dá por subsunção e cujas superposições têm solução regida por critérios razoavelmente lógicos demarcados por algum grau de pré-definição (como de hierarquia, de especialidade, de vigência no tempo) e que, ao se superporem na suposta incidência simultânea sobre um mesmo fato, fazem operar a prevalência absoluta e excludente de uma sobre outra -, quando princípios parecem se confrontar na análise de determinada situação concreta é absolutamente comum e até mesmo salutar que entre estes preceitos incidentes opere uma ponderação sem nenhum critério apriorístico predefinidor. Em síntese, pode-se dizer que enquanto regras positivadas em colisão se excluem, princípios em tensão concorrem, mediante ponderação caso a caso (e sem subsunção excludente).

Esta ponderação entre princípios conflitantes se dá na forma de um ajuste dinâmico de suas forças, em que a eventual preponderância de um preceito especificamente em determinado caso não significa a exclusão em definitivo do outro para a análise de casos futuros. A cada questão a se analisar, opera-se uma espécie de valoração, à luz das peculiaridades do caso concreto, de um princípio em detrimento de outro, só que não de forma excludente, podendo subsistir uma espécie de negociação ou de concessão recíproca para que as forças opostas dos enunciados se ajustem, se equilibrem, aceitando-se a prevalência (apenas casuística e pontual) de um deles. Ora, se como já afirmado, não há hierarquia apriorística entre princípios, nas situações em que tais primados se contrapõem em conflito, não há uma solução em tese, abstrata e desde sempre definida de prevalência de um sobre o outro, mas sim sempre tomada à luz das peculiaridades de cada caso concreto sob análise. E esta prevalência não só pode se dar em grau parcial no caso em si (em que, de certa forma, mesmo o princípio ora mitigado ainda mantém uma parcela - menor - de força atuante) como pode se inverter em outro caso logo adiante analisado, descrito por outras peculiaridades, com o equilíbrio de forças dos mesmos mandamentos se alterarando.

A atenção ao rico conjunto dos princípios recompensa o aplicador do Direito com uma visão otimizada da questão a se solucionar, visto que estas normas abstratas se amoldam, se ponderam e se harmonizam (inclusive aceitando a parcial coatuação, ainda que em menor grau, do preceito minorado) na busca da melhor solução dentre todas as possibilidade de natureza fática e jurídica, em contraponto às regras positivadas, que, de forma aqui propositalmente simplista, incidem ou não incidem no caso, de forma binária, sem ajuste, sem meio termo, cabendo ao aplicador do Direito encontrar uma saída lógica, seja por método subsuntivo quando se cogita de incidência de uma única regra, seja por critérios de solução de antinomia se porventura mais de uma regra incidir. Enquanto os princípios aceitam e estimulam a ponderação mesmo em situação em que pareçam colidir, as regras positivadas exigem uma solução mais determinística sobre qual delas unicamente incide.

O aplicador do Direito deve ter inequívoca percepção de que princípios formam um conjunto dinâmico de forças que se amoldam e se delimitam. Estes multifuncionais enunciados mutuamente se tocam, se tangenciam e se delimitam por meio de fronteiras dinâmicas e flexíveis, que, por vezes, levam à extensão de um mandamento em detrimento da

compressão de outro ou vice-versa, como matéria fluída, exatamente como são. A desapaixonada apropriação desta rica ferramenta jurídica demonstra que nada impede que, por um lado, o aplicador do Direito entenda que dois ou mais princípios que se tangenciam, em um determinado caso concreto, atuem dinamicamente em mesmo sentido, se reforçando e se realimentando mutuamente; e que, por outro lado, não incorre em nenhuma contradição este mesmo aplicador que, diante de outro conjunto fático, julgue que aqueles mesmos preceitos outrora tidos como consentâneos reforçadores de determinada tese agora se repelem, devendo, neste caso, optar pelo princípio de maior relevância para as peculiaridades do novo caso concreto.

Sendo assim, deve o aplicador do Direito, diante tão somente do caso concreto, ponderar os enunciados principiológicos de modo a eleger, em detrimento de outros, aqueles que proporcionem a decisão que mais se coaduna com a finalidade e o interesse públicos, com eficácia, justiça e aplicabilidade, preservando, porém, a validade e a vigência de todos os princípios suscitados.

A existência deste indispensável ajuste e desta conformação dinâmica entre os princípios é inquestionável, porém impossível de se modelar ou descrever de forma exaustiva, visto que o jogo de forças muda de acordo com cada situação, de forma que somente o caso concreto indica as necessárias delimitações no emprego dos princípios que nele cabem. Este efeito dinâmico se fará claro sobretudo ao se abordar o princípio da convivência das liberdades, em conjunto com o princípio da unidade da CF, em **3.3.1.11**.

Feita esta introdução, sintetiza-se que, no escopo e de acordo com os objetivos deste texto, aqui se mencionarão como fontes, além do que sabidamente assim trata a teoria dogmática tradicional, todos os elementos que devem (nos casos específicos de normas ou regras obrigatórias) ou que podem (nos demais casos, para os elementos tidos com meramente referenciais e não vinculantes) ser considerados como informadores do Direito e do entendimento ao aplicador, aí incluindo, conforme explanado acima, até mesmo ferramentas hermenêuticas de integração, que são os princípios jurídicos.

Não obstante, reconhece-se que não é objetivo deste texto esgotar a análise das fontes de Direito, das ferramentas hermenêuticas de interpretação e de integração e dos princípios e muito menos buscar todas as suas respectivas aplicabilidades na íntegra da matéria jurídica. Sabe-se, por exemplo, que há muitos outros princípios que podem ser doutrinariamente considerados como informadores do Direito Administrativo Disciplinar, não obstante ter-se aqui optado por limitar a apresentação dos mais relevantes. Para o esgotamento de tais temas, dispõe-se de fartas doutrinas especializadas, às quais se remete. Aqui, mais do que aplicação geral, importa tentar trazer à tona a repercussão daqueles conceitos e sobretudo dos princípios especificamente nas atividades da condução do processo disciplinar (em que, em regra, a comissão configura-se na própria Administração, ao lado das autoridades competentes para intervir, na instauração e no julgamento) e também no que diz respeito a institutos do regime disciplinar. Portanto, para o enfoque concentrado que aqui interessa, ao se mencionar "Administração", em regra, está se referindo à comissão e às autoridades intervenientes, instauradora e julgadora.

Neste enfoque adaptado aos presentes objetivos, a mais rica e completa fonte do processo disciplinar é, obviamente, o rito definido na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. No entanto, uma vez que todo o presente texto se dedica a discorrer sobre a matéria disciplinar daquela Lei, não faz sentido criar aqui um tópico específico para abordá-la como fonte, já que todos os seus regramentos e institutos serão apresentados, com detalhes e diluidamente ao longo do presente texto.

Dito isto, apresentam-se a seguir as demais fontes normativas, em ordem decrescente de impositividade, desde o texto constitucional, passando pelas leis de aplicação subsidiária à

Lei nº 8.112, de 1990, até manifestações administrativas vinculantes e manifestações jurisprudenciais e doutrinárias de mera referência - fontes estas também reconhecidas pela doutrina. Antes, destaque-se que a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa), que figura como uma importante fonte legal do Direito Administrativo Disciplinar em termos de conceituação material de atos de improbidade administrativa, por não possuir aplicação na instância procedimental disciplinar, não será aqui abordada e terá, neste texto, sua aplicação detalhada em **4.7.4.4.1**, quando se apresentará a definição material daquela espécie de ilícito.

> *"São fontes originárias do processo disciplinar a Constituição Federal, os estatutos dos servidores públicos e as normas de organização de entidades como empresas públicas e sociedades de economia mista. As lacunas são seguidas pela Lei do Processo Administrativo (na área federal, Lei nº 9.784/99), pela analogia dentro do Direito Administrativo, pelos princípios que regulam o processo disciplinar e o Direito Administrativo, pelas normas e princípios do Direito Penal e Processual Penal, pelo Código de Processo Civil - matriz de todos os processos - e pelos princípios gerais do direito." Léo da Silva Alves, "Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas", pg. 33, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005*

Conforme afirmado acima, a exposição das fontes normativas se fará calcada precipuamente nos princípios nelas previstos. Diante da conhecida hierarquização das fontes normativas, é comum que princípios de natureza constitucional se reflitam nas leis ordinárias, bem como é comum que princípios encartados em leis de regulamentações mais gerais também estejam previstos em leis mais específicas. Para se evitar desnecessária repetição da conceituação de determinados princípios, tais enunciados serão aqui apresentados sempre somente à luz da norma de maior hierarquia que os reflete. Assim, se determinado princípio se encontra encartado tanto na Constituição Federal (CF) quanto na Lei nº 9.784, de 1999, no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e no CPC, ele será aqui abordado apenas quando se mencionarem os princípios da CF; se determinado princípio se vê refletido tanto na Lei nº 9.784, de 1999, quanto no CPP e no CPC, ele será aqui abordado apenas quando se mencionarem os princípios daquela Lei; e se determinado princípio se vê refletido tanto no CPP quanto no CPC, ele será aqui abordado apenas quando se mencionarem os princípios do CPP.

3.3.1 - Constituição Federal e Seus Princípios

A Constituição Federal (CF), como base de todo o ordenamento jurídico, indubitavelmente, é a fonte de maior grau de hierarquia em qualquer manifestação da ciência jurídica. E a remissão a preceitos constitucionais se faz especialmente necessária no Direito Administrativo Disciplinar. Tratando-se de matéria de natureza punitiva, o Estado Democrático de Direito requer limitação ao poder estatal punitivo, sendo certo que, além dos dispositivos específicos referentes aos servidores e à Administração, os princípios constitucionais asseguradores de garantias fundamentais para toda a sociedade também em muito permeiam a matéria em questão.

Como preceitos constitucionais básicos, aplicáveis no regime e no processo disciplinares, destacam-se os dispositivos dos arts. 5º, 37 e 41 da CF, referentes a direitos e garantias individuais e coletivos, princípios reitores da Administração e servidores públicos civis. Enquanto alguns destes preceitos se aplicam de forma indistinta em qualquer momento em que se cogite do tema disciplinar, outros possuem aplicação mais especificamente localizada.

Desta forma, sem prejuízo de menções pontuais e diluídas ao longo deste texto para dispositivos que se aplicam especificamente aos servidores e para outros dispositivos que

repercutem em determinados atos ou momentos da instrução probatória do processo disciplinar (tais como, em lista exemplificativa, a questão do anonimato; a estabilidade do servidor; os direitos à preservação da intimidade, da privacidade e dos sigilos fiscal e bancário; o princípio da convivência ou da relatividade das liberdades; a inaceitação de provas ilícitas; a inviolabilidade da comunicação telefônica; o direito de o acusado não fazer prova contra si mesmo e de se manter calado; o caráter intransferivelmente pessoal da pena e a individualização da responsabilização; a vedação à acumulação de cargos; a competência para aplicação de penas; e o controle externo dos atos administrativos, dentre outros), conforme já se havia introduzido em **3.3**, a apresentação de mandamentos constitucionais de interesse tanto substancial quanto processual aqui se calcará nos princípios encartados na CF que repercutem indistintamente em todo o processo ou que permeiam o próprio Direito material disciplinar.

> *"A importância do estudo dos princípios de Direito funda-se na sua característica de servir como fonte normativa, na medida em que exaurem efeitos jurídicos nos mesmos moldes de lei geral e abstrata, regulando, mesmo que implícitos no ordenamento jurídico, a aplicação do Direito ao caso concreto. Também se presta como fonte interpretativa, amparando a interpretação da lei positivada, para que essa se dê dentro do seu âmbito de normatividade, ou seja, dentro do plexo conceitual do princípio que a rege. Assim, havendo uma ou mais interpretações da lei igualmente válidas, deve-se optar pela interpretação que reconheça maior sustentação ao princípio e à sua gama de valores. Como fonte integrativa, os princípios do Direito se aplicam, conforme estatuído no art. 4º da lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei 4.657/42, nos casos de omissões legislativas não eloquentes, não intencionais, permitindo-se, com efeito, chegar-se à aplicação jurídica de forma harmônica com o sistema normativo como um todo.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. I, pg. 191, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Na esteira, uma vez que protegem toda a sociedade em geral, no que se incluem, por óbvio, os servidores, inicialmente serão apresentados alguns princípios de suprema importância refletidos em alguns incisos do art. 5º da CF (do devido processo constitucional e seus corolários da ampla defesa e do contraditório, além da presunção de inocência). E é importante ressaltar que princípios elencados no art. 5º da CF possuem, desde 05/10/88, aplicação imediata, dispensando normatização infraconstitucional, conforme estabelece o § 1º daqueles dispositivoNa sequência, também se apresentarão os cinco princípios reitores da Administração Pública, positivados no *caput* do art. 37 da CF (a saber, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), uma vez que, como são aplicáveis a todas atividades administrativas em geral, também operam no Direito Administrativo Disciplinar e ao longo de todo o processo disciplinar. Destaque-se a necessária ponderação dinâmica, inclusive sem excepcionar a forma como devem ser compreendidos princípios fundamentais constitucionais, já abordada em **3.3**.

> *CF - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
> *§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*
> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14 de junho de 1998)*

À luz do acima exposto, importa também aduzir, desde já, que sendo o processo

disciplinar instituto positivadamente constitucionalizado, expresso no inciso II do § 1º do art. 41 da CF, sua prática deve ser toda consentânea com o texto da Carta Magna, sobretudo com os dispositivos definidores de direitos e garantias do art. 5º. Mais que seguir a Lei nº 8.112, de 1990, e a demais legislação infraconstitucional aplicável, a processualística disciplinar deve estar amoldada ao texto constitucional em aspectos tanto formais quanto materiais. Daí porque, conforme se enfatizará em **3.3.1.2**, mais que atender ao devido processo legal, é indispensável atender ao devido processo constitucional, como pré-requisito de suas plenas validade e legitimidade. O processo disciplinar justo, razoável e eficiente é aquele que não apenas atende a positivação legal mas que sobretudo se harmoniza com os preceitos constitucionais e o aplicador do Direito Disciplinar deve se atentar para esta afirmação, já que também é sob esta mesma visão conglobante que o Poder Judiciário aprecia as provocações que lhe chegam de parte das defesas.

3.3.1.1 - Princípio Fundamental da Dignidade Humana

Sendo o Direito uma ciência construída e elaborada pelo homem, é inexorável e inequívoco que todo seu arcabouço possua, precipuamente, preocupação e atenção voltada a tutelar e a proteger bens e interesses inerentes à vida e à natureza humanas. Sem prejuízo da tutela e da proteção de outros valores materiais ou abstratos, a Ciência Jurídica, como reflexo das naturais prioridades elencadas por quem a construiu e a elabora, tem como principal foco teleológico a condição humana. Sendo uma obra do homem, ser egocêntrico por natureza, o Direito tem como fundamento e fim precípuos o próprio homem. Mesmo quando, corretamente, se ratifica a supremacia apriorística do bem coletivo social em detrimento do interesse de um indivíduo, o que se faz é homenagear um rol, um conjunto, uma coletividade de seres humanos (ainda qu enão individualizados) e, consequentemente, prioriza-se a dignidade destes inúmeros e talvez até incontáveis intregrantes.

Assim, mais até que um princípio, eis que a dignidade humana se avulta, por escolha axiológica do legislador constituinte, como um verdadeiro fundamento republicano. Já desde o seu comando inaugural, em seu art. 1º, como uma espécie de portal de entrada no ambiente constitucional, a Constituição Federal (CF) consagra a dignidade humana (ao lado de outros valores da mais extrema relevância e indispensabilidade, como a soberania e a cidadania) como um dos princípios fundamentais da República. Até mesmo por esta topografia introdutória de todo o regime jurídico estabelecido a partir de 05/10/88, aquele art. apresentador da CF, e em especial o seu inciso III, ao eleger a dignidade humana como um princípio fundante da República devotada ao Estado Democrático de Direito, dá a notícia inequívoca ao aplicador do Direito de que todo e qualquer comando positivado no constitucional - mesmo aqueles mais elaborados a aparentemente distantes da realidade cotidiana - deve ser interpretado e aplicado sem jamais descuidar de atentar para os mais íntimos, inerentes e umbilicais valores associados à simples existência humana.

> *CF - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
> *III - a dignidade da pessoa humana;*

Este princípio constitucional fundamental, como um supraprincípio, deve sempre irrigar e permear a aplicação do Direito Administrativo Sancionador, não cabendo ao Estado agir, sobretudo em sua atuação pública punitiva, de forma que macule a dignidade de qualquer pessoa, por mais que a situação processual do acusado aponte para sua potencial responsabilização. O processo em si, como a mera instrumentalidade para se dizer do Direito material envolvido na lide, e a eventual pena que ao final do rito se justifique devem ser respectivamente conduzido e aplicada sem ofensas, humilhações ou quaisquer tratamentos degradantes. Por mais incisivo que possa ser o final do processo de natureza sancionatória,

punindo o infrator, todo o rito deve ser executado sob ditames de respeito à condição humana de quem figura no polo passivo, por mais indigna, nefasta, vil e infame que tenha sido sua conduta. Se for o caso, o resultado do processo deve ser a pena prevista em lei, após todo o sopesamento de dosimetria, não cabendo que o Estado agregue à punição juridicamente positivada efeitos outros que mitiquem, diminuam, constranjam ou de qualquer forma afrontem ou ofendam valores inerentes à condição humana do apenado.

Se princípios de forma geral já são construções com elevado grau de abstração, o supraprincípio fundamental da dignidade humana figura como uma espécie de justificação de onde irradiam todos os demais princípios, indissociavelmente atrelados à condição humana. O fundamento da dignidade humana serve então como uma espécie de inafastável cenário ou contexto sobre o qual transcorre a lide, diluindo-se, sem um momento pontual e discreto de consagração, em uma aplicabilidade ininterrupta ao longo de toda a relação processual e servindo de nascedouro de qualquer princípio que pontualmente se aplique. Para além de um princípio caracterizado por forte poder de aplicação abstrata, o fundamento da dignidade humana paira sobre toda a atividade social e em especial sobre a atuação processual punitiva do Estado, figurando como um verdadeiro centro irradiador de todos os demais princípios de índoles constitucional ou legal a serem abordados nos tópicos seguintes.

Em outras palavras, não há nenhum outro princípio, sobretudo dentre os primados reitores da atividade estatal processual punitiva, que não se permeie, que não se irrigue, que não tenha uma posição radial em relação ao grande centro emanador e modelador de toda a postura persecutória desenvolvida pela Administração Pública, que é a dignidade humana. Não por acaso, a dignidade humana figura como um dos pilares fundantes da vida e da sociedade republicanas, ao qual todos os demais princípios se interligam, como se fosse uma fonte das demais fontes. Nenhuma cultura principiológica é válida e corretamente aplicável se compreendida (distorcidamente) à margem da dignidade humana.

Como exemplos figurativos desta atuação como supraprincípio irradiador de todos os demais, é certo dizer que, quando o Estado conduz um processo de natureza punitiva seguindo o devido rito legal, contemplando e garantindo toda a dialética e toda a amplitude contestatória da defesa, considerando que o polo passivo aprioristicamente é inocente e o tratando de forma impessoal e proba, nada mais faz que, na raiz de sua postura processual, respeitar a dignidade humana do acusado. Talvez o princípio da presunção de inocência seja o melhor e mais didático exemplo de sua posição radial em relação ao centro irradiador, que é a dignidade humana. Ao se assegurar, por escolha axiológica do legislador constituinte, a todo e qualquer acusado idêntico tratamento como se inocente fosse (mesmo diante de provas cabais de sua conduta socialmente indigna), em essência, o que se faz é atender ao fundamento republicano em tela.

A extensão igualitária acima afirmada traz à tona a discussão que a dignidade humana, sob a vertente constitucional de que aqui se trata, é una - ou seja, não há homem merecedor de maior ou tampouco de menor parcela de tratamento respeitoso, visto não existir “maior ou menor dignidade humana”. A simples existência humana traz em si a noção de dignidade, como o direito inato de qualquer indíviduo, indistintamente, sem qualquer espécie de segregação, de ser tratado de forma digna. Embora cada ser humano se distingua em sua individualidade dos demais, a noção de dignidade é impessoal, igualitária e universal, congregando as mesmas necessidades e faculdades vitais de cada homem, propiciadoras de condições existenciais mínimas para uma vida saudável e com liberdade, independentemente das diversas realidades sociais, culturais e intelectuais de cada indivíduo.

Exatamente a linha aqui defendida, de que a dignidade humana é um valor uno e impessoal, é consagrada já desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU). Este termo de compromisso internacional (que, a rigor, não é um tratado internacional de força vinculante) estabelece, na parte inicial de seu

art. 1º, que "*Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos*." E, mais que mero reforço de retórica, trazer à tona a Declaração Universal dos Direitos Humanos como um diploma de envergadura sem fronteiras também consagrador da dignidade humana é de fato relevante, pois doutrinariamente se consegue diferenciar a expressão "direitos humanos", ali consagrada, da expressão "direitos fundamentais", com que o ordenamento jurídico pátrio possui mais habitualidade, posto ser positivada no Título II da CF. Ao se lembrar que direitos humanos é uma expressão que possui maior alcance, pois abrange os direitos associados à simples condição humana e reconhecidos como tal por todos os povos e a qualquer tempo, transcendendo os limites mais estreitos dos direitos fundamentais (dentre os quais se inserem, como tópico especial, os direitos da personalidade, mencionados no inciso X do art. 5º da CF, associados à vida privada, intimidade, imagem e honra, mencionados em **2.5.6.2.1**), que são aqueles protegidos pelo regime constitucional de determinado Estado em determinado momento, se reitera a natureza impessoal, igualitária e universal da dignidade humana.

Não obstante, se pondera que a expressão "dignidade humana", sob ótica do Direito, é um conceito jurídico indeterminado, a clamar por uma compreensão marcada pelo tempo e pelo espaço em que se aplica. Como compensação à dificuldade de conceituá-la, tem-se como menos difícil identificar quando a dignidade humana é aviltada. Sob a ótica deste fundamento constitucional, todo homem é inerentemente titular e dotado de mesma dignidade (o que aqui não se confunde com valorações axiológicas se a conduta pessoal ou profissional de um ou de outro é indigna). O que o inciso III do art. 1º da CF consagra não é exatamente declarar, de forma dispensável, o direito à dignidade, posto que este valor é indistintamente inerente a qualquer ser em decorrência tão somente de sua condição humana; o que o texto constitucional garante é a proteção contra a afronta a este valor inato. Em outras palavras, a dignidade humana, sob contexto constitucional, não é exatamente um direito a ser postulado, mas sim uma condição inata que não deve ser violentada. Em síntese, o fundamento republicano em tela significa que ao Estado, como órgão condutor do processo penal ou cível (aí se incluindo o disciplinar), não é dado aviltar ou permitir que se avilte a dignidade de quem figura como parte nos autos.

Sob a ótica que aqui interessa, qual seja, de a atuação estatal persecutória (e em especial na instância processual disciplinar) não afrontar este fundamento republicano, embora se tenha afirmado linhas acima que ao, se atender à gama de princípios reitores da instrumentalidade disciplinar de envergadura constitucional, simultaneamente também resta atendido o princípio fundamental da dignidade humana, o inverso não necessariamente é verdadeiro. Assim, em outras palavras, qualquer ato atentatório ao feixe de necessidades e faculdades vitais do acusado, propiciadoras de condições existenciais mínimas para uma vida saudável e com liberdade, já basta para se ter afrontado o fundamento republicano em tela, sendo dispensável averiguar se também restou afrontado algum princípio constitucional mais específico.

3.3.1.2 - Princípio do Devido Processo Legal

Como direta consequência desta assertiva de natureza constitucional, apresenta-se a exigência do devido processo legal (*due process of law*), com as garantias de ampla defesa e contraditório. Não se admite no atual ordenamento a aplicação de penalidade a servidor de forma discricionária, sem se seguir o rito legal de apuração. No caso, obrigatoriamente segue-se o rito da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, aqui já mencionada como a mais rica e completa fonte do regime e do processo disciplinares - sem prejuízo de, conforme se abordará em **3.3.2** e **3.3.3**, em caso de lacuna do Estatuto, com o fim de se integrar o devido processo legal, se aplicar subsidiariamente a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regulamenta a processualística no âmbito da Administração Pública federal), e, excepcionalmente, na falta de dispositivos aplicáveis nas leis anteriores, o

Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), seguindo esta ordem de decrescente afinidade.

O princípio do devido processo legal, consagrado no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal (CF) e na jurisprudência, ostenta tamanha envergadura como um preceito indisponível de garantia que não cabe à Administração mitigar as procedimentalizações estabelecidas em homenagem a qualquer ganho em agilidade, nem mesmo se a desatenção ao rito legal for pedido da defesa.

> *CF - Art. 5º*
> *LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*
>
> *STF, Agravo de Instrumento nº 241.201: "Ementa: (...) O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal - que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos - exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos."*

A cláusula do devido processo legal repercute tanto em aspecto formal quanto material; ou seja, o processo deve não só obedecer às formalidades e ao rito previstos em lei como também deve conter decisões razoáveis e proporcionais. Desta forma, como pré-requisito inafastável para qualquer grau de responsabilização disciplinar, deve-se assegurar ao acusado a observância de um rito procedimental previsto na legislação para, se for o caso, ao final, decidir-se pela aplicação de penalidade, ainda que a de menor gravidade, como é a advertência. Não se cogitando, no atual contexto jurídico e constitucional, de emprego da afastada verdade sabida, a necessária busca da verdade material somente se amolda ao ordenamento em vigência caso se instrumentalize nos termos do devido processo legal estabelecido pelos arts. 143 a 182 da Lei nº 8.112, de 1990.

Esse rito deve permitir ao acusado ser notificado, a fim de poder se manifestar, ter acesso aos autos, produzir provas em igualdade de condições com a comissão, não ser processado com base em provas ilícitas, apresentar sua defesa, ter decisão motivada e razoável e ainda ter assegurada a possibilidade de recorrer da decisão. Destaca-se a inserção do direito à produção de prova neste primado do devido processo legal: o direito do polo passivo produzir suas próprias provas ou postular por sua produção reflete-se na concretização do devido rito constitucionalmente assegurado. Decorre ainda do devido processo legal a garantia da não autoincriminação: o acusado não é obrigado a fazer prova contra si mesmo.

Na verdade, como se pode extrair da explanação acima, o princípio do devido processo legal embute em sua essência quase todos os demais princípios garantidores da correta atuação estatal e das prerrogativas da defesa, podendo se dizer que estes daquele se ramificam. Compreende-se que os princípios constitucionais asseguradores de garantias fundamentais, no que se refere ao polo passivo processual, fortemente se interligam e mutuamente se reforçam, mitigando, por vezes, a precisa fronteira entre um e outro, tamanha a intensidade com que se associam.

3.3.1.3 - Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório

Com o atual ordenamento constitucional, não há mais dúvida ou discussão de que, nas apurações disciplinares, mesmo se tratando de instância administrativa, como decorrências do devido processo constitucional, bastando que haja litígio de interesses, aplicam-se a este rito da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, as garantias individuais do contraditório e da ampla defesa, estampadas no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal (CF) de 5 de outubro de 1988.

> *CF - Art. 5º*
> *LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*

Neste tema, vale o resgate histório, apenas para demonstrar o quão lentamente avançou o ordenamento jurídico a favor do servidor. Já desde a CF de 16 de julho de 1934, mencionavam-se o instituto da estabilidade após dois anos para agentes concursados ou após dez anos nos demais casos e a existência de processo disciplinar com defesa unicamente para pena expulsiva, com previsão de recurso e de revisão, e exigia a edição de lei estatutária, conforme o *caput* do art 169 e o *caput* e o § 8º do art. 170. Antes da edição de tal lei, com a imersão no regime ditatorial do Estado Novo, foi decretada a CF de 10 de novembro de 1937, que mantinha as previsões de estabilidade e de processo disciplinar com defesa exclusivamente para pena expulsiva e a exigência de edição de lei estatutária, no *caput* e na alínea “c” do art. 156.

Assim, em regime de exceção, veio à tona o primeiro diploma legal com força de lei estatutária, a saber, o Decreto-Lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939. Este primeiro Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, no art. 192 e no parágrafo único do art. 246, ratificava a exigência de processo disciplinar apenas para demissão e, no *caput* do art. 254, limitava o atendimento do preceito constitucional de obrigatoriedade de defesa a citar o servidor a se defender, para a autoridade instauradora, já após o relatório da comissão.

Apesar de já ter sido editada em regime de normalidade institucional e democrática, a CF de 18 de setembro de 1946 operou poucas mudanças no tema em relevo, alterando os critérios de estabilidade para dois e cinco anos para agentes concursados ou não e previu a possibilidade de reintegração de demitidos, tendo mantido a exigência de processo disciplinar com ampla defesa unicamente para pena de demissão, conforme o art. 188, o inciso II do art. 189 e o art. 190.

Neste regime de estado democrático de direito, veio à tona o segundo diploma legal com força de lei estatutária, a saber a Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952. Este segundo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (EF), além de ter revogado o primeiro, trouxe alguns avanços no tema em relevo, passando a exigir o processo disciplinar para a aplicação de penas de suspensão superior a trinta dias e demissão e cassação de aposentadoria e de disponibilidade, no parágrafo único do art. 217, e estendendo a ainda precária amplitude de defesa em comparação com o diploma legal anterior, com a previsão de peça de defesa após a instrução conduzida pela comissão e antes do relatório, no *caput* do art. 222.

Novamente sob regime de exceção da ditadura militar, foi decretada a CF de 24 de janeiro de 1967, que, em no art. 99, limitou a estabilidade a agentes concursados há dois anos e voltou a restringir a exigência de processo disciplinar exclusivamente para pena de demissão, no inciso II do art. 103. Acrescente-se que tendo o sido o golpe militar concretizado já desde 31/03/64, antes da nefasta alteração constitucional, editaram-se os chamados Atos Intitucionais (AI), sendo que os AI nº 2, de 27 de outubro de 1965, no art. 14, e nº 5, de 13 de dezembro de 1968, no art. 6º, suspenderam garantias constitucionais de estabilidade dos

agente públicos.

Portanto, é cabível sintetizar que o ordenamento constitucional e estatutário imediatamente anterior à reconquista do estado democrático de direito (ou seja, a CF de 1967 e a Lei nº 1.711, de 1952, que vigoraram até o reestabelecimento da normalidade institucional), em leitura conjunta, na processualística disciplinar, assegurava apenas o direito à ampla defesa limitadamente à hipótese de demissão e sequer mencionava o direito ao contraditório (este era assegurado apenas na instrução criminal (no rol de direitos e garantias individuais). Na instância disciplinar, o único rito previsto era o do processo disciplinar em sentido estrito, garantido expressamente apenas para aplicação de penalidades mais graves (suspensão de mais de trinta dias e penas capitais) e, mesmo assim, sem expressa previsão legal para a participação contraditória do acusado no curso da instrução e assegurando apenas a apresentação de defesa ao final dos atos instrucionais. Ou seja, além do atendimento extremamente precário do direito à ampla defesa e do total desprezo ao princípio do contraditório em termos de Direito Disciplinar positivado, a *contrario sensu*, em tese, atendo-se somente à fria literalidade daquele ordenamento vigente, havia espaço para se interpretar a favor da aplicação de penas brandas (até a suspensão de trinta dias) de forma discricionária, ao amparo apenas da verdade sabida sem o rito do devido processo legal. Obviamente, em contraponto às lacunas constitucionais e legais, jurisprudencial e doutrinariamente se defendia a extensão de ambas as garantias de defesa, fazendo então com que o tema passasse por tortuoso e inseguro debate caso a caso.

Corrigindo então as lacunas do antigo ordenamento, além de a atual CF ter estendido expressamente os direitos à ampla defesa e ao contraditório à instância administrativa disciplinar, a Lei nº 8.112, de 1990, estabeleceu o devido processo legal para aplicação de qualquer pena administrativa.

Em termos de processo disciplinar, a garantia constitucional da ampla defesa proporciona ao acusado, pessoalmente ou, a seu critério, por meio de procurador, os direitos gratuitos, perante a Administração e por ela respeitados, de lançar mão de todos os meios de defesa admissíveis em direito, não lhe sendo vedada, obstruída ou inibida nenhuma forma de tentar fazer prevalecer suas teses e argumentações.

Sob ótica mais detalhada e ramificada, a garantia da ampla defesa também pode ser compreendida como direitos a serem garantidos ao acusado e que se manifestam em inúmeros momentos processuais, tais como: ser notificado da existência do processo (verdadeira cláusula inicial da ampla defesa, pois ninguém pode se defender se antes não souber que existe, contra si, uma acusação), ter acesso aos autos, participar da formação de provas e ver as provas e alegações que apresenta ou formula serem apreciadas, ter a faculdade de se manifestar por último, ter defesa escrita analisada antes da decisão, ser alvo de julgamento fundamentado e motivado e dele ter ciência (como pré-condição para poder exercer o direito de recorrer). Ainda, como corolário da ampla defesa, tem-se a presunção de inocência do servidor até o julgamento do processo, com o ônus de provar a responsabilização a cargo da Administração.

Infraconstitucionalmente, o princípio da ampla defesa, além do parágrafo único do art. 116, do *caput* do art. 143, do art. 153 e do *caput* do art. 156, todos da Lei nº 8.112, de 1990, também se encontra positivado no *caput* e no inciso X do § 2º do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regulamenta a processualística no âmbito da Administração Pública federal).

Por sua vez, a garantia constitucional do contraditório significa para o acusado ter o direito de se contrapor a cada ato realizado pela comissão ou de dar-lhe a versão que condiz com seus interesses de defesa ou de, para cada ato, construir a sua própria tese ou entendimento jurídico que entenda cabível. O princípio se concretiza com a oferta da ciência

das provas juntadas aos autos e com a garantia de poder contestá-las de imediato, caso deseje, estabelecendo uma relação bilateral, não necessariamente antagônica, mas sim preferencialmente colaboradora com a elucidação da verdade. Por outro lado, o contraditório se satisfaz apenas com a oferta, com a faculdade, com a prerrogativa que se concede ao interessado em produzir contradita em relação a atos que militem a seu desfavor, não caracterizando afronta ao princípio, se, uma vez devidamente ofertada a oportunidade à parte, ela se omite e não a exercita. Em síntese, o contraditório se concretiza quando o processo propicia o diálogo. Para isto, é necessário, então, dar ciência ao acusado, como regra geral, com prazo hábil de antecedência de três dias úteis, de atos de produção de provas (provas orais – tais como oitivas de testemunhas, interrogatórios e acareações -, diligências, perícias, assessorias técnicas, etc) e decisões prolatadas, conforme se verá em **4.4.3**, a fim de que a parte, caso queira, possa se opor ou dar outra versão ou fornecer interpretação jurídica diversa, conforme também sustenta a doutrina.

> *"A diferença parece sutil, mas é fundamental. No contraditório, o acusado procura derrubar a verdade da acusação; na ampla defesa, ele sustenta a verdade dele." Léo da Silva Alves, "A Prova no Processo Disciplinar", pg. 23, Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003*

Enfim, não basta que a comissão colete os elementos de prova que lhe pareçam relevantes para formar sua convicção; o contraditório garante ao acusado a faculdade não só de contra-arrazoar as provas elaboradas pela comissão, como também de produzir suas próprias provas e de ter suas alegações imparcialmente apreciadas e valoradas pela Administração.

Em patamar infraconstitucional, o princípio do contraditório, além do art. 153 e do *caput* do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, também se encontra positivado no *caput* do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999.

As garantias da ampla defesa e do contraditório devem ser encaradas pela comissão como a base da condução do processo, pois são os pilares da validade dos atos processuais, da decisão prolatada e de todo o processo em si, independentemente do rito (se processo administrativo disciplinar - PAD em rito ordinário ou sumário ou se sindicância disciplinar). A comissão deve reservar, no curso de todo o apuratório, constante atenção a estes dois direitos, visto que, como regra, no processo disciplinar, sua inobservância é a causa mais comum de nulidade.

Assim se manifestou a Advocacia-Geral da União (AGU), quando o órgão jurídico apreciou os direitos ao contraditório e à ampla defesa, nos seus Pareceres nº GQ-37, 55 e 177, vinculantes, reproduzindo a citação doutrinária que se segue:

> *"É por isto que o contraditório não se pode limitar ao oferecimento de oportunidade para produção de provas. É preciso que ele mesmo (o magistrado) avalie se a quantidade de defesa produzida foi satisfatória para a formação do seu convencimento. Portanto, a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo. (...) (Celso Ribeiro Bastos, Comentários à Constituição do Brasil, Editora Saraiva, 1989, 2º vol, pg. 267)."*

Nunca é demais ressaltar que o exposto no presente tópico restringe-se a processo disciplinar que contenha em si uma relação de litígio, como é o caso da instância disciplinar, tais como o PAD em *stricto sensu* e a sindicância disciplinar, em que a Administração acusa o servidor, não estando alcançados pelo enunciado constitucional de se garantirem ampla defesa e contraditório a investigados nos ritos meramente investigativos da fase de admissibilidade, tais como a sindicância investigativa, a investigação patrimonial, a sindicância patrimonial e a análise preliminar.

3.3.1.4 - Princípio da Presunção de Inocência

A abordagem inicial do princípio da presunção de inocência, mediante sua leitura literal, estabelecida no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal (CF), dirige-se à instância processual penal.

> *CF - Art. 5º*
> *LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;*

A presunção de inocência possui, doutrinariamente, três vertentes. Na primeira vertente, como norma que orienta o tratamento a ser dispensado ao acusado, exige que se garantam, ao longo de todo o processo, a sua integridade física e a sua higidez moral. Na segunda vertente, como norma probatória, assegura ao acusado todas as garantias associadas à produção de provas. Por fim, em sua terceira vertente, como norma de juízo (ou de julgamento), assegura a absolvição do culpado no momento do julgamento se o julgador não estiver convicto de sua culpa em sentido lato; ou, em outras palavras, a condenação somente se justifica se o julgador estiver convicto da existência de evidências a desfavor do acusado que indiquem a sua culpa acima de qualquer dúvida razoável, o que aqui não só rascunha o conceito de *standard* probatório, a ser explorado em **4.4.1.1.6**, mas também traz à tona o brocardo do *in dubio pro reo*.

Por vezes atecnicamente tratadas como expressões sinônimas, a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* guardam distinção conceitual. Enquanto, como dito acima, já desde sua vertente de tratamento, a presunção de inocência se espraia ao longo de todo processo punitivo, o *in dubio pro reo* se manifesta e se aplica exclusivamente no momento do julgamento, se confundindo não com toda a acepção de presunção de inocência mas sim apenas com a terceira de suas três vertentes, como norma de juízo. O *in dubio pro reo*, como norma de julgamento inserida na ideia maior de presunção de inocência, exige que se tenha, ao final do processo, um conjunto probatório quantitativa e qualitativamente suficiente para justificar a condenação do acusado.

Não tendo sido a culpa em sentido lato do acusado comprovada acima de qualquer dúvida razoável, o princípio da presunção de inocência faz operar a sua manifestação como norma de juízo, por meio do brocardo do *in dubio pro reo*, a favor da absolvição. A dúvida razoável traz ao processo a aplicação do *in dubio pro reo*, impedindo o afastamento da garantia da presunção de inocência.

À vista da literalidade do inciso LVII do art. 5º da CF, a presunção de inocência não se opera no processo civil, uma vez que não se presume *a priori* improcedente a pretensão do autor. Nos termos dos incisos I e II do *caput* do art. 373 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), incumbe ao autor provar o fato constitutivo do direito alegado e reserva-se ao réu, como parte contrária que contesta, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daquele direito.

Mas, diante das inquestionáveis afinidades guardadas com o processo penal, sendo ambos esferas instrumentais de natureza punitiva, a presunção de inocência, em todas as suas três vertentes, também se demonstra relevante na processualística disciplinar. Ou seja, a leitura do inciso LVII do art. 5º da CF não deve ser literal, de forma exclusiva para a instância processual penal, e tampouco a inaplicabilidade da garantia fundamental individual de molde constitucional em tela no processo civil se espraia sobre o processo disciplinar.

Agora, enfim, abordando o tema sob a ótica do processo disciplinar, se, por um lado, inicialmente, à vista de notícia de suposta irregularidade, cabe à Administração promover, sob manto do princípio do *in dubio pro societate*, a imediata apuração contraditória e, em

sequência, movida pelo princípio da oficialidade, promover a exaustiva busca da verdade processual, por outro lado, jamais deve se perder de vista que tais competências vinculadas não possuem o condão de afastar a presunção de que, *a priori*, o acusado é inocente.

A decisão de instaurar o processo disciplinar bem como a sua condução de ofício, respectivamente a cargo da autoridade e da comissão, devem ser compreendidas como múnus públicos dos quais não podem se afastar aqueles agentes, mas não devem jamais ser confundidas, nem por eles próprios e nem pelo acusado, com precipitada imputação. Se, por um lado, os agentes competentes para a promoção da apuração devem ter inafastável respeito para a presunção de inocência do acusado, este, por sua vez, por mais inconciliável que isto lhe possa parecer de imediato, deve também manter a convicção de que aqueles atuam vinculadamente por determinação legal e não por ânimo pessoal discricionário de perseguição.

Todos os trabalhos apuratórios devem ser realizados, porque assim o ordenamento determina; mas os agentes públicos condutores dos trabalhos devem encontrar a sintonia entre esgotar as apurações obrigatórias e manter o respeito pela presunção de inocência do acusado, tendo certo que somente poderão - se for o caso - ao final do processo, cogitar de responsabilização se tiverem logrado comprovar nos autos a materialidade e a autoria da infração.

O princípio da presunção da inocência também veda que a Administração imponha ao acusado restrições, gravames ou demais formas de repercussão despropositadas e sem amparo em previsão normativa. Mas, de outro lado, o princípio em tela não pode ser arguído para impedir que a Administração lance mão, regularmente, de excepcionais medidas cautelares, tais como o afastamento preventivo e a vedação (dentro do limite de 140 dias da instauração do processo disciplinar, conforme se detalhará em **4.3.7.**1) à exoneração a pedido e à aposentadoria voluntária (no *caput* do art. 147 e no *caput* do art. 172 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990) e a submissão de remoção e de direitos funcionais a férias, licenças e outros afastamentos que a Administração tenha poderes discricionários para conceder (no inciso I do art. 8º da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017), já que tais medidas não possuem natureza punitiva mas sim meramente acautelatórias do interesse público.

Como corolário do princípio da presunção da inocência, ratifica-se a máxima jurídica de que o ônus da prova incumbe a quem acusa. Assim, no processo disciplinar, cabe à Administração (como regra, na figura da comissão disciplinar) comprovar o teor da acusação que pesa contra o servidor e que motivou a instauração de ofício, em se inclui o ônus de comprovar a autoria, a materialidade, o ânimo subjetivo culposo ou doloso e a culpabilidade, sendo certo que isto não se confunde com o ônus do próprio servidor em comprovar as alegações por ele eventualmente apresentadas em sua defesa ou em qualquer outro momento processual, tais como de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade e álibis, conforme melhor se abordará em **4.4.1.1.6.b**.

Caso contrário, na hipótese de, embora esgotada exaustivamente a busca de prova, não se lograr comprovar a responsabilização do infrator - não por comprovada inocência, mas sim por ausência de prova condenatória -, em respeito à presunção de inocência, em lugar daquela atuação inicialmente promovida pela oficialidade e pelo *in dubio pro societate*, opera-se o princípio do *in dubio pro reo*, positivado no inciso VII do art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), desaguando na absolvição.

> *CPP - Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:*
> *VII - não existir prova suficiente para a condenação. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008))*

O princípio da presunção de inocência pode ser considerado encartado na máxima da

interpretação benigna em favor do acusado, também chamada de princípio do *favor rei*, quando o aplicador do direito punitivo se depara com situação de controvérsia inafastável, comportando conflitantes e antagônicas interpretações de norma. Em tais situações, no confronto entre o poder punitivo estatal e a liberdade e a autonomia da pessoa, a inspiração que se extrai de tal enunciado, em regra, é de que a interpretação deve ser favorável ao acusado.

Embora o ordenamento pátrio não contemple as decisões administrativas com o caráter da definitividade, sendo sempre sujeitas à apreciação do Poder Judiciário, de forma a não se poder aplicar a tais atos a ideia de trânsito em julgado, adapta-se à instância administrativa o mandamento do inciso LVII do art. 5º da CF, voltado literalmente para a instância penal, fazendo com que se presuma inocente o servidor até o julgamento do processo disciplinar. Portanto, na verdade, este princípio se projeta não só sobre as atuações da autoridade instauradora e da comissão, conforme inicialmente exposto, mas também se reflete na atuação da autoridade julgadora do processo disciplinar. Por óbvio, na adaptação deste preceito à instância administrativa, deve-se atentar para o caráter dinâmico da base principiológica, com o que se deve mitigar sua integral aplicação, por força de aqui também operar outro enunciado, que é o que confere a autoexecutoriedade aos atos administrativos, fazendo com que os efeitos de possível responsabilização disciplinar se façam sentir desde a publicação do julgamento, não havendo que se esperar o esgotamento de eventual esfera recursal.

3.3.1.5 - Princípio da Legalidade

Iniciando-se a análise dos princípios reitores da Administração elencados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal (CF) pelo princípio da legalidade, primeiramente, se faz necessário iniciar sua abordagem pela interpretação sistemática que se extrai da leitura conjunta daquele dispositivo voltado especificamente à Administração com o enunciado voltado a toda sociedade e encartado no inciso II do art. 5º da CF. Enquanto este mandamento assegura a todos, indistintamente, a prerrogativa de liberdade de somente se obrigarem a fazer o que determina a lei, aquele outro mandamento restringe de forma específica que a Administração como um todo que cada agente público somente podem agir nos limites permitidos pela lei.

> *CF - Art. 5º*
> *II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*
> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14 de junho de 1998)*

Dito de outra forma, o princípio da legalidade desdobra-se em duas vertentes. A primeira é a vertente prevista no inciso II do art. 5º da CF, fundamentadora do Estado Democrático de Direito, como garantia individual de molde constitucional que condiciona as proibições sobre a conduta humana à previsão em lei. A segunda, a ser mais enfatizada no presente tópico, é a vertente prevista no *caput* do art. 37 da CF, estabelecedora da legalidade administrativa, que obriga que a Administração e que seus agentes públicos, obviamente, como não poderia ser diferente, atuem no estrito cumprimento da lei. Interessante pontuar, no foco mais específico deste texto, que a segunda vertente também ilumina que a Administração deve se limitar às competências legalmente concedidas para na regulamentação e no exercício do seu poder disciplinar, a fim de impor modelo de comportamento a seus agentes.

A interpretação que se extrai desta leitura conjunta é de que enquanto o particular não

tem poderes ou prerrogativas, mas pode fazer tudo que a lei não proíbe, a Administração e o agente público têm poderes, competências, atribuições ou prerrogativas, mas só pode fazer o que a lei expressamente autoriza. De certa forma, pode-se sintetizar que, em regra, entre particulares, vigora a autonomia da vontade, enquanto, em seara pública, a Administração e o agente público têm vontades delimitadas pela lei e pelo interesse público.

Feita esta introdução geral, atentando-se especificamente para a seara pública, enfoca-se que o princípio da legalidade, mencionado no *caput* do art. 37 da CF, exige que os agentes públicos mantenham sua atuação funcional delimitada por previsão legal.

Mas é de se atentar que, para a legítima prática de um ato administrativo, não basta a existência formal de lei a autorizar sua emanação; além disto, deve também ter ocorrido o conjunto fático que a lei estabelece como pré-requisito para a prática do tal ato. O ato administrativo somente pode ser praticado se estiverem atendidas as condições que a lei que o prevê estabelece como necessárias à sua emanação.

Aplicando este princípio no processo disciplinar, em indissociável relação com o princípio do devido processo legal, afirma-se que os agentes públicos competentes para sua condução (autoridade instauradora, comissão e autoridade julgadora) têm sua atuação delimitada pela previsão legal, de forma que todos os atos processuais sejam produzidos da forma prevista em lei (no sentido amplo do termo, de qualquer ato normativo).

Como se tem, no enfoque em questão, o devido processo legal definido nos Títulos IV e V da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, eis que resta limitada margem de discricionariedade na matéria disciplinar, dada a vinculação do procedimento à lei, desde a obrigatoriedade de a autoridade competente instaurar o processo, passando pelo rito apuratório a cargo da comissão e concluindo nas listas exaustivas e associadas de infrações e penalidades administrativas. E, mesmo nos casos em que resta alguma margem discricionária, isto não se confunde com arbitrariedade, visto que o agente público deve adotar a melhor conduta, dentre o conjunto de decisões legalmente aceitáveis, segundo critérios de conveniência e oportunidade para o interesse público.

Na leitura mais extensiva deste princípio, não basta o procedimento seguir os ditames da lei; também é necessário que ele assegure a satisfação das finalidades da lei, conferindo não só legalidade mas também legitimidade ao processo como um todo e ao resultado com ele alcançado. E o termo “lei” deve ser lido de forma extensa, albergando todo o ordenamento, desde a CF, passando pelas leis e decretos, até as normas infralegais, internas do órgão.

Com atenção a este enfoque, de também se buscar legitimidade, atendendo os fins previstos em lei, convém abordar que a legalidade é delimitada por outros princípios caros ao processo, como eficiência, razoabilidade e proporcionalidade. As autoridades intervenientes e os servidores designados para compor comissão não devem ser cegamente submissos à estrita legalidade em situações que atentam contra o bom senso, o senso de justiça e, principalmente, contra o interesse público.

Na busca deste objetivo, tem-se em princípio que a atuação da Administração deve atender à lei; mas, resgatando que o princípio da legalidade requer uma compreensão mais complexa em sua aplicação, sem dúvida, ao mesmo tempo, tem de se cuidar de fazê-lo sem se afastar do bom Direito. O agente público investido da função correcional (seja autoridade instauradora, comissão ou julgador) não pode se abster do bom senso, do senso de justiça e de equilíbrio, da noção concreta dos fatos e das vinculadas repercussões, por força da visão conglobante dos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, também conforme pontua a doutrina.

> *“Numa visão mais coerente e eqüânime do constitucionalismo atual, (...) a garantia individual do princípio da legalidade não restará satisfeita apenas com a circunstância de que as restrições impostas ao cidadão estejam previstas*

> *em lei, mas sim que elas sejam proporcionais (...) o princípio constitucional da legalidade deve-se associar ao princípio virtual e inorgânico da proporcionalidade, cuja existência, ainda que não decorra de disposição expressa, encontra-se implícita na concepção material do Direito Constitucional moderno."José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pg. 59, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

O princípio da legalidade também encontra positivação infraconstitucional no *caput* e no inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e ainda no art. 8º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

> *CPC - Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*

3.3.1.5.1 - Atos Administrativos Vinculados e Discricionários, Seus Requisitos de Validade (Competência, Motivo, Conteúdo, Finalidade e Forma) e o Controle Judicial

Embora em nada se confundam com princípios, mas uma vez que são mencionados em inúmeras passagens ao longo do presente texto e fortemente se associam ao princípio da legalidade, convém aqui inserir, superficialmente, alguns conceitos referentes aos atos administrativos e seus requisitos de validade, extraídos do Direito Administrativo.

Atos administrativos são os atos jurídicos realizados pela Administração e, como tal, são produzidos sob estrita finalidade pública, em atendimento a lei (compreendida neste tópico em sentido amplo, abarcando também dispositivos normativos infralegais) e sujeitos sempre ao controle judicial. Com esta introdução ao tema, de imediato, ao mesmo tempo em que se demarca a atividade administrativa (por ser regida pela finalidade pública), se diferencia dos atos típicos dos dois demais Poderes (as leis em sentido estrito e as decisões judiciais). Importante destacar que o ato administrativo contém uma declaração de vontade da Administração (não vontade própria do agente, mas sim reflexo direto da vontade da lei e da finalidade pública), no desempenho das prerrogativas do Poder Público, com efeitos jurídicos imediatos, o que o difere de normatização interna, que regulamenta situações abstratas, e do fato administrativo em si, que pode vir a ser a decorrência materializada daquele ato.

Prosseguindo na apresentação conceitual, o ato administrativo apresenta cinco requisitos de validade (também chamados de elementos), que são a competência, o motivo, o objeto, a finalidade e a forma, conforme a seguir se resume.

O requisito da competência exige, para validade do ato administrativo, que o agente que o realiza possua poder legal para tal, concedido em lei ou ainda por decreto (conforme o inciso II do § 1º do art. 61 e o inciso VI do art. 84, ambos da Constituição Federal - CF). A competência é inderrogável, intransferível e improrrogável pela vontade dos agentes públicos ou de terceiros, mas pode ser objeto de delegação ou de avocação (conforme os arts. 11 a 15 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a Lei Geral do Processo Administrativo, que regulamenta a processualística no âmbito da Administração Pública federal). O motivo do ato, como seu antecedente, é a situação de fato (circunstâncias, condições ou acontecimentos) ou de direito (dispositivo legal, quando existente) que autoriza ou que determina a sua realização, podendo ou não ser expresso em lei. Destaque-se que a necessidade de existência de um motivo fático ou legal para a realização de determinado ato não se confunde com exigência de sua externalização, que, quando ocorre, é a motivação do ato, de forma que todo ato exige como requisito o motivo mas nem sempre exige-se a sua expressa motivação. Além de competência do agente e de motivo, todo ato requer, como requisito óbvio de existência, um objeto (ou conteúdo), que é próprio efeito jurídico lícito, possível e delimitado que dele se

extrai de imediato, criando, extinguindo ou modificando direito ou obrigação, podendo a lei descrever um único ou mais de um objeto para determinado ato.

Assim, se até onde aqui se descreveu, tem-se que um determinado motivo (fático ou de direito) leva a Administração a praticar um ato administrativo de efeito imediato (objeto), complementa-se informando que o requisito da finalidade sucede à prática do ato, exigindo que tal atuação apenas se dê em busca de um resultado de interesse público, que pode ser expresso em lei ou subentendido do ordenamento. A finalidade é o objetivo, sempre de interesse público, que a Administração quer obter com o ato. Por fim, o requisito da forma, para possibilitar os controles interno e externo, indica que o ato deve não só se exteriorizar por meio da forma prevista em lei, a qual, em geral, é a escrita, como também deve ser conduzido pelo procedimento e pelas formalidades legais porventura exigíveis.

A enumeração e a definição dos cinco requisitos de validade dos atos administrativos, além de largamente pacificada na doutrina, também encontra respaldo no Direito pátrio positivado, de válida menção - embora em Lei voltada especificamente ao disciplinamento de ação popular com vista a anular ato lesivo ao patrimônio público (instituto que o inciso LXXII do art. 5º da CF estendeu também para anular atos lesivos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural), a saber o art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (a chamada Lei da Ação Popular).

> *Lei nº 4.717, de 1965 - Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:*
> *a) incompetência;*
> *b) vício de forma;*
> *c) ilegalidade do objeto;*
> *d) inexistência dos motivos;*
> *e) desvio de finalidade.*
> *Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:*
> *a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;*
> *b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;*
> *c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;*
> *d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;*
> *e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.*

O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), em seu art. 20, reitera a importância da motivação em casos de decisão baseada em valores jurídicos abstratos, determinando a ponderação das consequências. O dispositivo legal reporta a decisões baseadas em comandos normativos caracterizados por baixa densidade textual, como, por exemplo, que apenas citem construção principiológica genéricas, tais como lealdade, moralidade, eficiência, dentre outros. Valores jurídicos são considerados abstratos quando não são definíveis ou identificáveis sem que se adentre no contexto específico das circunstâncias do caso concreto; ou seja, a sua determinação ou concretização somente é possível à luz das circunstâncias da situação real.

> *LINDB - Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018)*

> *Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)*

Estes comandos legais se refletem também nos arts. 2º e 3º do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que os regulamentaram.

> *Decreto nº 9.830, de 2019 - Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.*
> *§ 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.*
> *§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.*
> *§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.*
> *Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.*
> *§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.*
> *§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.*
> *§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.*

Em decorrência da exposição dos requisitos de validade dos atos administrativos, em que se manifestou que alguns deles sempre estão previstos em leis ou normas enquanto outros podem ou não sê-lo, também em estreita atenção ao princípio da legalidade, obriga-se à exposição sucinta do que sejam atos vinculados e atos discricionários da Administração. Uma vez que a Administração dispõe de poderes de supremacia sobre o particular com o fim de exercer sua tutela pública, tais poderes necessitam de regramento como forma de impedir o uso arbitrário do Poder Público.

Um determinado ato administrativo é dito vinculado quando a lei (em sentido amplo) impõe uma única solução possível para uma situação fática em tela, pois estabelece regramentos para todos os requisitos de sua validade, restando limitado grau de liberdade ao agente público na sua efetivação. Uma vez não atendido qualquer dos requisitos legais ou regulamentares, o ato inquina-se de vício de ilegalidade e de consequente nulidade.

Sendo toda a emanação deste tipo de ato integralmente delimitada por lei, cabe ao Poder Judiciário, por um lado, apenas avaliar sua legalidade, ou seja, analisar a conformidade do ato com a lei; mas, por outro lado, o controle judicial se dá sobre todos os requisitos do ato, podendo anulá-lo quando contiver ilegalidade.

Em complemento, um ato administrativo é dito discricionário quando a lei (em sentido amplo) mantém certa margem de liberdade de decisão nas mãos do agente público, permitindo que este adote, dentre todas as soluções cabíveis conforme o Direito, aquela que melhor atende aos critérios de oportunidade e de conveniência da Administração para a situação em tela. A discricionariedade não se confunde com arbítrio, pois os requisitos de competência do agente, de finalidade de interesse público e de forma de acordo com a prevista em lei não se afastam (sobretudo os dois primeiros, podendo, por vezes, ser

legalmente permitida mais de uma forma para a realização de um ato). A discricionariedade, em geral, faculta ao agente público a análise de oportunidade e de conveniência acerca apenas dos requisitos de motivo e de objeto, de forma que, nas hipóteses em que a lei assim prevê, o ato discricionário é uma liberdade de atuação legalmente permitida, enquanto o ato arbitrário, que não respeite aos requisitos mínimos exigidos, resta sempre inválido, ilegal e à margem do Direito.

Mas é interessante pontuar com uma interpretação se extrai do texto do art. 20 da LINDB: em uma outra visão distinta, mais crítica, mas igualmente cabível, da primeira leitura, mais permissiva, que se apresentou linhas acima, o comando legal impõe que o administrador, na margem de discricionariedade que lhe é conferida em sua atuação decisória, além de atentar para os requisitos inafastáveis de validade (sobretudo da indisponibilidade do interesse público), atue também com plena consciência das consequências práticas daqueles seus atos administrativos, pois a Lei informa que estas consequências práticas de suas decisões vinculam suas condutas. Diante de situação que comporte a adoção de mais de uma solução igualmente lícitas, sob esta ótica do art. 20 da LINDB, o administrador deve decidir pela opção de melhores consequências benéficas ou de menores consequências prejudiciais à sociedade, sob pena de incorrer em ilegalidade.

Uma vez que no ato discricionário alguns de seus requisitos de validade encontram definição em lei e outros são deixados, com maior ou menor grau de liberdade, à apreciação da Administração, tal espécie de ato pode ser avaliada pelo Poder Judiciário tanto em termos de legalidade (ou seja, a conformidade com a lei dos requisitos regrados) quanto em termos de mérito (ou seja, a oportunidade e a conveniência, diante do interesse público buscado, na adoção do motivo e do objeto). No caso do ato discricionário, o controle judicial é possível, mas, em vista da independência e da harmonia dos Poderes, deve ser respeitada a discricionariedade que a lei confere à Administração para adoção de motivo e de objeto do ato, cabendo ao Poder Judiciário analisar os aspectos de legalidade atinentes aos requisitos regrados e analisar se o exercício da discricionariedade nos demais requisitos se ateve ou não aos limites concedidos pela lei (o que, de certa forma, circularmente, mantém a análise em critérios de legalidade), podendo anular o ato inquinado de ilegalidade ou de abuso de poder.

Assim, sob ótica disciplinar, conforme mais detidamente se abordará em **4.10.2.1**, a aplicação do regime disciplinar sobre o servidor é vinculada, não admitindo a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, nenhuma apreciação de conveniência ou oportunidade à autoridade, devendo ser punido o infrator cuja responsabilidade reste comprovada após o rito do processo disciplinar. Não obstante, a citada Lei confere raro espaço de discricionariedade à Administração quando prevê, por exemplo, que as irregularidades enquadradas no seu art. 116 ou nos incisos I a VIII e XIX do seu art. 117 podem ser punidas com advertência ou com suspensão, conforme critérios do *caput* seu art. 128 e do art. 16 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.

3.3.1.5.2 - Atributos do Ato Administrativo: as Presunções de Legitimidade e de Veracidade, a Imperatividade e a AutoExecutoriedade

Complementando o tópico anterior com a apresentação de conceitos que, embora não se confundindo com princípios, são reflexos ao menos indiretos do princípio da legalidade e como tal repercutem no Direito Administrativo Disciplinar, convém mencionar os atributos dos atos administrativos, que os diferem de atos privados (como prerrogativas do Poder Público sobre o particular).

Iniciando-se pelo atributo de maior correlação direta com o princípio da legalidade, tem-se que os atos administrativos gozam de presunções relativas, *juris tantum*, de legitimidade e de veracidade. Em princípio, presumem-se os atos administrativos emitidos em

conformidade com a lei e, em decorrência da fé pública, presumem-se como verdadeiros os fatos alegados pela Administração ou as informações por ela prestadas. Em outras palavras, ainda que sejam objeto de arguição de vícios ou de defeitos que os poderiam inquinar de invalidade, os atos administrativos produzem seus efeitos de forma imediata, dispensando prova prévia de sua legitimidade e de sua veracidade. Não obstante, por óbvio, comportam contestação, com ônus da prova a cargo de quem alega a ilegitimidade ou a invalidade. Caso não sejam impugnados e, mesmo que o sejam, até prova em contrário, mediante declaração da própria Administração ou do Poder Judiciário, são válidos e produzem seus efeitos desde sua expedição.

O atributo da imperatividade confere aos atos administrativos de natureza ordinatória, normativa ou punitiva a coercibilidade de sua execução por parte da Administração ou de seu cumprimento pelo administrado, independentemente de sua concordância. Este atributo conjuga os dois outros: os atos administrativos de provimento ou de ordem trazem em si a impositividade porque se assentam no atributo das presunções de legitimidade e de veracidade e porque se amparam na prerrogativa da autoexecutoriedade.

Por fim, segundo o atributo da autoexecutoriedade, como reflexo da harmonia e independência dos Poderes, os atos administrativos, como regra, necessitam tão somente de instrumentos próprios da Administração para serem executáveis, com seus próprios meios coercitivos, dispensando-se interferências de outros Poderes, destacadamente do Poder Judiciário. Obviamente, da mesma forma que no atributo anterior, tal prerrogativa apriorística dos atos administrativos não afasta o direito de o administrado buscar a tutela judicial caso se considere prejudicado em seus interesses em decorrência da atividade estatal.

3.3.1.6 - Princípio da Impessoalidade

Este princípio, que, além de ser enumerado no *caput* do art. 37, também é mencionado no *caput* do art. 5º, ambos da Constituição Federal (CF), se manifesta em instância administrativa ordenando que a condução de qualquer rito ou procedimento seja feita pela Administração com imparcialidade e objetividade, culminando em decisão imune a subjetivismos ou particularismos. O processo administrativo contém uma inerente e indissociável desigualdade, já que a própria Administração atua como parte e como autoridade julgadora, cabendo então a seus agentes compensarem tal diferenciação com uma condução dos trabalhos e uma atuação isenta e propiciadora de igualdade de condição.

> *CF - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14 de junho de 1998)*

A impessoalidade impõe que a Administração, mesmo atuando como parte e como juiz no processo administrativo, conduza os trabalhos de forma a assegurar igualdade de direitos de postulação e de defesa do administrado, ou, em outras palavras, deve cuidar de garantir a chamada paridade de armas entre as partes. Além da impessoalidade na forma de lidar com o administrado com quem trava um diálogo jurídico processual, cabe ainda à Administração cuidar da necessária isonomia de tratamentos, uma vez que não se consente que dois servidores, sob mesmas situações fáticas, obtenham decisões discrepantes por parte da Administração. Em virtude desta submissão à igualdade de todos perante a lei, as partes em instância processual devem ter as mesmas oportunidades para fazerem valer suas razões, merecendo ser tratadas igualmente, na medida de suas igualdades; e desigualmente, na

medida de suas desigualdades.

É de se destacar esta ressalva: em instância processual punitiva, não necessariamente a igualdade reside na decisão idêntica e muito menos na aplicação da mesma sanção para a mesma conduta praticada por diferentes autores, mas, sim, com mais precisão, na oferta do mesmo direito e do mesmo conjunto normativo sancionador a cada autor, com idênticas garantias e exigências (o que, em última instância, conduz ao indistinto respeito ao devido processo legal), e sobretudo na ponderação das circunstâncias distintas em que se envolveu cada conduta infracional (que se reflete na atuação imparcial e independente do juiz natural).

Aqui, cabe especial atenção ao processo disciplinar, em que os agentes incumbidos dos trabalhos (autoridade instauradora, comissão e autoridade julgadora) desempenham funções bastante atípicas. Ao mesmo tempo em que é parte persecutória, incumbida da investigação e da apuração, conduzindo a busca de provas e, ao final, acusando, por meio da indiciação (quando é o caso), a comissão também, de certa forma, emite um juízo, ao apreciar a defesa e apresentar um relatório conclusivo à autoridade competente, relatório este que, se não é propriamente o julgamento, tem o condão de influenciar nesta última fase se estiver de acordo com as provas dos autos. Na mesma linha, as autoridades intervenientes emitem juízos, seja na decisão de instaurar ou não o procedimento disciplinar, seja ao final, ao julgá-lo. Diferentemente do processo judicial, destacadamente o civil, em que a regra é de o Estado ser provocado a julgar de forma isenta a lide ou a demanda entre duas partes, no processo disciplinar, a Administração age de ofício e simultaneamente como parte e juiz, em desigualdade a ser compensada pela atuação isenta já desde a instrução, conforme se discorrerá em **4.4.1.2**.

> *"Cumpre ressaltar que essa classificação dada à Administração de parte é mitigada, pois, por mais que figure num dos pólos da demanda disciplinar, a Administração é limitada em sua vontade, sujeitando-se aos ditames da lei, entendendo-se assim, como uma parte que não apresenta interesses pessoais, mas sim abalizados à finalidade pública, representativa, então, para se falar em interesse, da vontade do povo, titular do direito legislar. Deste modo, não pode aparta-se da vontade da lei, dando móveis pessoais ao agir disciplinar, sob pena de desvio de finalidade.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pg. 86, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Portanto, a impessoalidade também se manifesta no processo disciplinar na necessidade de o agente responsável pela condução a cada fase - em que se destaca a comissão na fase do inquérito administrativo - compreender a sua posição muito específica e de grande responsabilidade e não se fazer prevalecer unilateralmente, em detrimento de também propiciar ao servidor iguais condições de apresentar suas teses e vê-las efetivamente apreciadas. Cabe ao ente estatal agir com independência e imparcialidade, de forma igualitariamente impessoal, indistintamente de quem esteja no polo passivo, como reflexo da atenção ao primado do juiz natural, que, por fim, atende à garantia constitucionalmente eleita do devido processo legal e que, na processualística disciplinar encontra repouso no *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.*

A comissão, sobretudo, e também as autoridades intervenientes estarão mais próximas da verdade e da finalidade da lei quanto mais encararem o servidor, e assim conduzir o processo disciplinar e nele atuarem, como um colaborador igualmente interessado na elucidação do fato e não como um polo contrário, um inimigo a ser abatido. Mais uma vez, a intercomunicabilidade entre os princípios traz que, se a legalidade exige a impessoal apuração

dos fatos, tal apuração deve contrapesar, de um lado, a oficialidade que move a comissão às garantias fundamentais de exercer ampla defesa e contraditório a favor do acusado.

A garantia da preservação do tratamento impessoal e imparcial por parte dos integrantes da comissão e dos demais agentes intervenientes no processo disciplinar (sejam as autoridades instauradora e julgadora, sejam aqueles que participam de algum ato instrucional) em relação ao servidor acusado, além do comando expresso no *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, se sedimenta com a previsão legal dos institutos do impedimento e da suspeição, conforme o *caput* e o § 2º do art. 149 da mesma Lei e os arts. 18 a 20 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regulamenta a processualística no âmbito da Administração Pública federal). Por meio destes institutos aferidores da capacidade de atuação imparcial e isenta dos agentes, busca-se o atendimento ao princípio da impessoalidade, evitando tanto o favorecimento quanto a perseguição pessoal.

Para além da visão da necessária impessoalidade no trato caso a caso pelas respectivas comissões a cada acusado (diligenciando para que os processos tenham decisões iguais para acusados em igualdade de condições e decisões desiguais para acusados em desigualdade de condições), o princípio em tela também se manifesta em uma percepção ampla de toda a atuação correcional. Sendo certo que o comportamento e a conduta do corpo funcional se desdobram em diferentes segmentos em termos de integridade (com a majoritária parcela dos servidores mantendo postura de integridade e comprometimento e uma minoritária parcela agindo com graves máculas de caráter, entremeadas por parcelas intermediárias que apresentam comportamento gerencialmente criticável e comportamento disciplinarmente caracterizado por infrações de baixa lesividade), a ação do sistema correcional deve se modular e se fragmentar, a fim de se ajustar aos diferentes perfis funcionais, conforme já exposto em **2.2.2.2.3**, quando se apresentou a pirâmide de integridade funcional. Diante desta gradação, não caberia uma atuação correcional una, indivisível, inflexível para todo o corpo funcional, mas sim é de se esperar um gradiente que varie desde ações de viés mais preventivo até ações de contundência repressiva expulsiva, o que, ao fim, atende ao princípio da impessoalidade.

O princípio da impessoalidade também encontra positivação infraconstitucional no inciso III do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, e ainda no art. 7º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

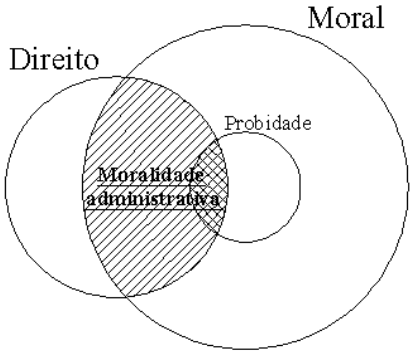
> *CPC - Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.*

3.3.1.7 - Princípio da Moralidade

Embora haja distinção entre valores éticos e a ciência jurídica, jamais os preceitos éticos estiveram completamente dissociados dos institutos de Direito e da positivação das normas. Tal assertiva se tornou ainda mais indiscutível com o atual ordenamento constitucional, em que, de forma inédita, os termos “moral” e “moralidade” ultrapassaram os limites da vida social e foram juridicizados, ao serem contemplados em diversas passagens da Constituição Federal (CF).

É certo então que a atividade estatal encontra-se subordinada a parâmetros ético-jurídicos, tendo como simultâneos pressupostos de validade a submissão não só ao Direito mas também à moral, à vista dos traços distintivos entre licitude e honestidade. Ou seja, para validade do ato administrativo, exige-se sua regularidade tanto formal quanto ética: não basta atender a lei; o ato que afronta a moral igualmente pode ser anulado pelo Poder Judiciário, por meio dos remédios constitucionais da ação popular ou da ação civil pública, bem como pode

acarretar responsabilização do agente público.



Uma vez que a CF, no *caput* do seu art. 37, elencou os princípios da legalidade e da moralidade como autônomos, tem-se que um ato até pode ser legal mas não necessariamente moral (no sentido de justo ou honesto). Advirta-se que, no presente texto, embora se empreguem indistintamente os vocábulos "imoral" e "imoralidade", tem-se que as afrontas à moralidade contemplam não só o que, em sentido estrito, se chama de imoral (quando a afronta à moral é consciente) mas também de amoral (quando a afronta se dá por postura de indiferença, por ausência de senso moral).

> *CF - Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14 de junho de 1998)*

Mas esta moral de que aqui se cuida não é a moral comum, imposta ao homem para sua vida externa, mas sim a moral jurídica, imposta ao agente público, em sua conduta interna na instância administrativa. Daí, doutrinariamente, o princípio passa a ser melhor especificado como princípio da moralidade administrativa.

Tal princípio impõe ao agente público os deveres de servir à Administração e também aos administrados com honestidade, respeito, boa-fé e imparcialidade, bem como de exercer suas atribuições legais sem se afastar da finalidade da lei e da isonomia, vedando buscar indevido proveito pessoal ou de outrem com abuso de poder. Diante das espécies excesso de poder e desvio de finalidade, depara-se com duas formas de ato abusivo: uma, detectada à mera ilegalidade do ato cometido por agente incompetente; e outra, detectada à imoralidade do ato, em sua parcela discricionária, de forma que o ato imoral pode até ser legal, mas esta legalidade apenas aparente não lhe empresta legitimidade.

Não obstante, à vista do caráter harmônico com que se amparam, se ponderam e se amoldam os princípios, não se pode fazer sobrepor o princípio da moralidade administrativa aos demais princípios, como, por exemplo, fazendo com que preceitos éticos, sociais, culturais, religiosos, políticos, geográficos ou temporais (enfim, valores subjetivos) imponham deveres ou restrições não objetivamente previstos em lei ou que quebrem a isonomia entre as pessoas ou que prejudiquem a publicidade dos atos públicos. Tampouco se cogita que, em nome da moral interna da pessoa, se justifique o descumprimento da norma positivada.

Por um lado, a moralidade administrativa, em síntese, integra a conduta ética na aplicação da lei na margem da discricionariedade, impondo que, além dos critérios de oportunidade e conveniência, os atos administrativos devem ainda contemplar a decisão entre o honesto e o desonesto. O princípio não se aplica de forma antagônica ou divorciada da legalidade, mas sim atua "dentro da lei", disciplinando a parcela permitida de discricionariedade na atividade pública, orientando, interpretando e dando coerência ao

ordenamento positivado. Enquanto as normas estabelecem exigências, o princípio da moralidade administrativa tem o condão de otimizar o cumprimento destas exigências.

Mas, por outro lado, este é um princípio cuja invocação requer cautela, visto ser um mandamento aberto (por requerer complementação valorativa, obtida da jurisprudência e da doutrina), de difíceis positivação e conceituação. O fato de conceitos éticos e morais terem passado a repercutir juridicamente por meio da CF não autoriza que se considere ilícito jurídico qualquer ato da vida concreta que, em determinado local ou época, possa ser tratado como violação a preceito moral, visto que, concretamente, este é um conceito flexível no meio social, no tempo e no espaço, conforme já dito, influenciado por valores subjetivos. Destaque-se que esta cautela ainda mais fortemente se justifica uma vez que, no extremo, a configuração de dano ao erário ou enriquecimento ilícito ou afronta aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, com alto grau de ofensividade e dolo, afrontando em particular o núcleo da conduta moral (ou seja, o dever mais específico da probidade administrativa), pode importar em seriíssimas repercussões se for tomada como ato de improbidade administrativa. O ato de improbidade administrativa é considerado como imoralidade administrativa qualificada, ou seja, como uma espécie qualificada do gênero imoralidade administrativa, em decorrência de a conduta imoral ainda acarretar dano ao erário e/ou enriquecimento ilícito.

Decerto, no caso específico da condução do processo disciplinar, restará atendido o princípio da moralidade administrativa se a conduta da comissão for proba, motivada pela imparcialidade de apurar, sem promiscuir-se a favor do acusado e sem levar-se por pessoalidade contrária a ele.

O princípio da moralidade também encontra positivação infraconstitucional no *caput* e no inciso IV do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regulamenta a processualística no âmbito da Administração Pública federal).

3.3.1.8 - Princípio da Publicidade

A regra geral para atos administrativos, sejam meramente interlocutórios, sejam decisórios, é de serem públicos, salvo quando, excepcionalmente, o interesse público (conceito genérico em que pode se inserir, por exemplo, o sigilo instrumental necessário para investigações e para apurações, inclusive disciplinares, quando a divulgação, prévia ou mesmo posterior, de determinado ato público inutiliza ou põe a perder a capacidade processante do Estado) ou a natureza material das informações ou dados encartados (fiscal, bancária, profissional - em que se inclui a documentação referente à perícia médica -, de comunicação telefônica, de segredo de justiça ou relativas à intimidade, vida privada, honra ou imagem de pessoas) recomendam sigilo.

A publicidade é garantia de lisura, transparência e responsabilidade da Administração, comunicando-se então com os princípios da moralidade e da impessoalidade, e propicia ao administrado, tanto em âmbito interno quanto em âmbito externo à própria Administração, o conhecimento dos atos estatais, sendo, quando aplicável, pré-requisito de eficácia.

A publicidade, além da previsão informadora do *caput* do art. 37 da Constituição Federal (CF), como gênero, significa as possibilidades de conhecimento ostensivo ou de ciência pessoal de determinado ato administrativo, no âmbito da repartição, conforme asseguram os incisos XXXIII e XXXIV do art. 5º da CF, posteriormente regulados pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (a chamada Lei de Acesso à Informação). De um lado, a publicação do ato em imprensa oficial ou em boletins internos (de acordo com a natureza e alcance do ato) é espécie de publicidade por meio da qual se dá a divulgação ostensiva do ato

e a partir da qual se presume o seu conhecimento por parte de todos. De outro lado, o acesso individualizado a um determinado interessado ou peticionante é outra espécie de publicidade por meio da qual se dá o conhecimento do ato apenas a quem se interesse ou se deva dar.

> *CF - Art. 5º*
> *XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;*
> *XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*
> *a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;*
> *b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;*
> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14 de junho de 1998)*

Na linha da exceção acima ressalvada, especificamente a sindicância disciplinar e o processo administrativo disciplinar (PAD) regem-se pela chamada publicidade restrita, já que, uma vez instaurados e estabelecida a relação marcada pela ampla defesa e pelo contraditório, obtêm proteção do sigilo de natureza instrumental, a favor da Administração e dos trabalhos apuratórios, previsto no *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, descrito em **4.3.10.2.2**, e podem também obter a proteção do sigilo de natureza material subjetiva, a favor do acusado, previsto no inciso X do art. 5° da CF, caso contenham - como é comum conter - informações relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem daquele servidor em face de terceiros. Por óbvio, opera-se aqui o já mencionado dinamismo que caracteriza a matéria principiológica, tendo-se a necessária atenuação pontual de um princípio (da publicidade) para que, no mesmo ponto, prevaleçam outros comandos constitucionais de idêntica envergadura simultaneamente operantes (os princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público e a garantia fundamental de preservação da informações pessoais sensíveis).

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.*

À vista desta necessária leitura sob amparo dinâmico da base principiológica, o processo disciplinar é público não no sentido ostensivo e geral de ser franqueado a terceiros, mas sim no sentido estrito de não se poder vedar conhecimento a quem seja efetivamente interessado. Nele, os atos são absolutamente públicos e transparentes apenas para quem devem ser: para o acusado e seu procurador. Com relação à parte interessada, a comissão e as autoridades intervenientes não podem agir de forma dissimulada, escusa, sigilosa e oculta, sendo-lhe assegurado o atendimento do princípio da publicidade com a notificação dos atos instrucionais a serem produzidos ou já autuados e das decisões emitidas. Já para terceiros, o processo disciplinar é sigiloso, tanto para, precipuamente, atender ao interesse da Administração na elucidação do fato quanto, secundariamente, para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e imagem do servidor envolvido.

Se aqui se diz que a exceção à ampla aplicação do princípio da publicidade em face de terceiros no curso do processo disciplinar se dá como uma cláusula de garantia a favor da Administração, para garantir as devidas apurações, e também como uma cláusula de garantia a favor do acusado, para preservar suas informações pessoais sensíveis, é necessário se desdobrarem as respetivas bases legais.

A espécie de sigilo preservador dos interesses públicos apuratórios advém não só do já

mencionado *caput* do art. 150 da Lei n° 8.112, de 1990, mas também do § 3° do art. 7° da Lei n° 12.527, de 2011, ambos de natureza instrumental (preservadores da continuidade do rito procedimental e de suas estratégias). Já a espécie de sigilo preservador da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do servidor advém do § 1º do art. 31 da mesma Lei n° 12.527, de 2011, de natureza material (preservador das informações em si).

A regra de sigilo estabelecida no *caput* do art. 150 da Lei n° 8.112, de 1990, opera restritivamente desde a instauração do processo disciplinar até o ato derradeiro de seu julgamento, vez que é instrumental, ou seja, de objetivo procedimental, não associado à qualidade em si das informações contidas, aplicado com o viés estratégico de proteger, da vista de terceiros, o interesse público encartado no trabalho persecutório, em nada se confundindo com proteção de informações pessoais sensíveis do acusado, conforme também entende a jurisprudência.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.983: "Ementa: (...). 2. A eventual quebra do sigilo das investigações, com suposto vazamento de informações à imprensa, não tem o condão de revelar processo administrativo falho, porquanto o sigilo, na forma do art. 150 da Lei n. 8.112/90, não é garantia do acusado, senão que instrumento da própria investigação."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 13.656: "Ementa: (...) V - O sigilo de que trata o art. 150 da Lei n.º 8.112/90, é aquele "necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração", eis que instrumental à própria investigação."*

O sigilo encartado no § 3° do art. 7° da Lei n° 12.527, de 2011, requer, *a priori* uma leitura a *contrario sensu* do dispositivo legal. Sua leitura direta é que, uma vez emanada uma determinada decisão administrativa ou proferido determinado ato administrativo, como regra geral, não só aquela decisão ou ato se tornam públicos como também todos os documentos e informações que procedimentalmente foram sendo coletados ou produzidos para amparar aquele final. A leitura a *contrario sensu* permite então a possibilidade de, no curso da instrumentalidade até se chegar ao ato decisório, todos os documentos e informações utilizados ficam sob temporária cláusula de sigilo.

> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º*
> *§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.*

A fase de admissibilidade em geral e os procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e análise preliminar) devem ser compreendidos como procedimentos administrativos instrumentalizados e manejados não por conterem um fim em si mesmos, mas sim para, ao seu final, permitirem à autoridade competente o devido embasamento para proferir uma decisão (qual seja, neste primeiro momento, de arquivar preliminarmente o feito ou de instaurar a instância disciplinar). Daí, à luz da leitura a *contrario sensu* do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, na hipótese que aqui interessa, qual seja, de ter sido a decisão a favor da instauração do consequente e consecutivo processo disciplinar, toda a fase investigativa (inclusive seu ato decisório) deve ser compreendida como preparatória da instância contraditória, cabendo a extensão do sigilo, em face de terceiros, também para aquela fase preliminar, até o julgamento do processo disciplinar.

Tanto na fase pré-contraditória (da fase de admissibilidade, englobando toda a subfase investigativa) quanto após o encerramento dos trabalhos contraditórios, após o julgamento e com a remessa dos autos para arquivo, não mais se aplicam as duas cláusulas instrumentais de sigilo ora comentadas e recai-se na regra geral da publicidade dos atos oficiais a favor até de terceiros, estabelecida na Lei nº 12.527, de 2011 - mais especificamente por força do § 3º do

seu art. 7º.

Diferentemente das duas clausulas instrumentais que excepcionam a regra geral da publicidade associadamente à ideia de rito, ou seja, com característica temporal, a terceira hipótese de sigilo, prevista no § 1º art. 31 da Lei n° 12.527, de 2011, associa-se atemporalmente à qualidade das informações em si a merecerem proteção em face de terceiros, quais sejam, as informações pessoais sensíveis do acusado, relativas à sua intimidade, vida privada, imagem e honra. Esta cláusula, contra acesso de terceiros, se opera desde a fase de admissibilidade, permanece no curso do processo displinar e persevera mesmo depois de arquivado em definitivo após o julgamento.

Por óbvio, a publicidade a favor de terceiros tanto na fase de admissibilidade quanto após o arquivamento do processo disciplinar se mitiga diante da eventual existência de informações protegidas por outras demais cláusulas de sigilo de naturezas específicas, tais como o sigilo fiscal, o sigilo bancário, o sigilo profissional (em que se inclui a documentação de perícia médica), o sigilo telefônico e o segredo de justiça.

De toda forma, havendo informações protegidas por cláusulas de sigilo específicas, o conhecimento a terceiros pode se dar parcialmente, conforme autoriza o § 2º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, ou, se todo o processo contiver, de forma indissociável, informações de tais naturezas, opera-se a vedação de acesso à íntegra dos autos, sob pena de se permitir obtenção indevida de informação protegida.

Muitos posicionamentos acima foram respaldados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), por meio do Parecer PGFN/Cojed nº 874/2014.

> *Parecer PGFN/Cojed nº 874/2014 - "20. (…)*
> *d) Os Procedimentos Administrativos Disciplinares têm trâmite sigiloso, em atenção ao art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990;*
> *e) Em casos excepcionais, devidamente justificados, podem ser divulgadas a terceiros informações veiculadas em Processos Administrativos Disciplinares ainda em trâmite, se necessários à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais;*
> *f) Em casos tais, recomenda-se a extração de certidão com declaração do conteúdo pretendido pelo interessado, a extração de cópia de documento(s) específico(s), a manutenção de documentos sigilosos em autos apartados ou mesmo a extração de cópias com a ocultação de partes/excertos dos documentos ou atos dos Processos Administrativos Disciplinares;*
> *g) Finalizado o Procedimento Disciplinar, o dever de sigilo permanece em se verificando a existência de documentos abrangidos pelo sigilo (fiscal, bancário, interceptações telefônicas) e o terceiro interessado não detenha autorização judicial para analisá-los;*
> *h) Ainda que ausentes documentos alcançados por sigilo, informações pessoais veiculadas nos autos (de partes ou testemunhas) e demais informações que revelem estratégias de atuação do órgão não recomendam a divulgação integral a terceiros de seu conteúdo, exigindo-se uma análise pontual e casuística da possibilidade de divulgação dos documentos; e*
> *i) Em casos tais, recomenda-se a extração de certidão com declaração do conteúdo pretendido pelo interessado, a extração de cópia de documento(s) específico(s), a manutenção de documentos sigilosos em autos apartados ou mesmo a extração de cópias com a ocultação de partes/excertos dos documentos ou atos dos Processos Administrativos Disciplinares."*

Ressalve-se que, nas condicionantes instrumentais ou materiais acima expostas, a aplicação da regra geral da publicidade a favor de terceiros se opera no rito estabelecido pela Lei nº 12.527, de 2011, e pelo Decreto nº 7.724, de 2012, e ainda pela Portaria ME/SE nº 1.142, de 5 de setembro de 2019, via Serviço de Informações ao Cidadão (SIC) ou via Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC), conforme já detalhado em

2.5.6.2.1. Como não há oposição de tais cláusulas de sigilo em face do servidor investigado ou acusado ou a seu procurador porventura constituído, para a defesa, como regra geral, não há que se falar de obrigatoriedade do manejo da procedimentalização acima mencionada, sendo o acesso direto por meio da autoridade correcional ou da comisão processante.

O princípio da publicidade também encontra positivação infraconstitucional no inciso V do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, e ainda no art. 8º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

> *CPC - Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*

3.3.1.9 - Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência - que não fazia parte do texto constitucional original -, foi incluído no *caput* do art. 37 da Constituição Federal (CF) a partir da Emenda Constitucional (EC) nº 19, de 4 de junho de 1998. Infere-se, portanto, que a questão da eficiência obteve tardia atenção sob ótica jurídica, pois não fazia parte do rol de atenção dos ditames a pautar a a atuação da Admnistração no momento inaugural da reconquista do Estado Democrático de Direito. Embora se pudesse defender que a busca da eficiência estava desde sempre contemplada e compreendida de forma implícita, a nova redação do *caput* do art. 37 da CF passou a refletir explicitamente, com solenidade constitucional, as tentativas de modernização da máquina estatal, com as quais ganharam relevância os controles de resultado, em lugar dos controles meramente procedimentais. Em decorrência, cite-se que a eficiência impõe que deve ser superado qualquer mero formalismo que atente contra o interesse público.

> *CF - Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

Primeiramente sob foco mais abrangente, é certo que, no processo administrativo, o princípio da eficiência se desdobra nos seguintes elementos, que dinâmica e mutuamente se realimentam: a celeridade, que determina a condução processual no mais curto intervalo de tempo possível, de forma continua e coordenada, buscando a duração razoável (antecipe-se aqui a intensa interrelação entre o princípio em tela e o princício da duação razoável do processo, não por acaso ambos inseridos tardiamente no texto constitucional); a simplicidade, que indica que o processo deve se revestir tão somente de formalidades razoáveis e necessárias ao alcance da finalidade pretendida, prescindindo dos desnecessários exageros formais; a finalidade predefinida, impõe que a decisão administrativa de instaurar e de conduzir um processo se vincule a um objeto e a um escopo previamente condizentes com o regime jurídico administrativo; o atendimento a outro princípio procedimental, da economia processual, que impõe a otimização de resultados na aplicação do Direito com o menor emprego possível de atividades processuais; e, por derradeiro, a efetividade, que clama a concretização do fim processual, qual seja, o atingimento do resultado útil da marcha processual e que justificou a instauração, conforme também pontua a doutrina.

> *"104. (...) entendemos que a eficiência processual garante o desenvolvimento de um processo célere, simples, com finalidade predefinida, econômico e efetivo. Se, por um lado, nenhuma dessas qualidades é inédita (tal com se houvesse sido instalada pela EC 19, de 1998, ou Lei 9.874, de 1999), por outro, todas relacionam-se entre si. Trata-se de enfeixar os característicos que, unidos, podem conferir noção processual plena ao princípio da eficiência.*

> *105. A celeridade impõe que os atos processuais sejam praticados no mais curto espaço de tempo possível, de forma contínua e coordenada. (...).*
> *106. Será simples o processo que não se revestir de formalidades extravagantes ou desnecessárias ao atingimento da finalidade por si visada. (...).*
> *107. A exigência de finalidade predefinida impõe-se para que não existam processos administrativos 'aleatórios', sem um escopo claro. (...).*
> *108. Economia processual diz respeito ao mais alto grau de concentração e prestígio aos atos já praticados. Para Cintra, Grinover e Dinamarco, o princípio da economia 'preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais'. Procura-se encadear racionalmente o processo e evitar a repetição desnecessária de atos e fases processuais, evitando delongas e procrastinações, de molde a imprimir ritmo procedimental razoável, na busca da decisão final. (...).*
> *109. Os característicos acima expostos conduzem à idéia de efetividade processual, tão bem definida por Barbosa Moreira como a 'aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena'.*
> *Sob este aspecto não pode haver dúvida quanto à integração dos conceitos de eficiência e efetividade no processo administrativo. (...)*
> *Por fim, chama atenção a imperiosidade de o processo administrativo prestar-se a um fim útil. O agente público deve conduzir suas decisões a um resultado concreto que atinja efeitos práticos no mundo real. Tanto aqueles provimentos qualificáveis de 'declaratórios' (meramente reconhecem uma relação jurídica preexistente entre as partes processuais) e 'constitutivos' (geram, alteram ou extinguem uma relação jurídica entre as partes) como os 'condenatórios' (culminam com a definição de uma obrigação de fazer ou não fazer) devem ter conseqüências sensíveis às partes. Não se trata de atividade puramente teórica, que nenhum resultado traga que não a prolação de uma decisão final - esta sempre há de possuir efeitos práticos.", Egon Bockmann Moreira, "Processo Administrativo - Princípios Constitucionais e Lei 9.784/99", pgs. 144 a 152, Malheiros Editores, 1ª edição, 2000*

Em síntese, o princípio da eficiência, em instância processual administrativa, objetiva assegurar que o serviço público seja prestado com adequação às necessidades da sociedade que o custeia, aproximando-se da economicidade e defendendo a utilização racional dos recursos para atender aos fins do interesse público. Manifesta-se pela necessidade de a Administração, além de expressar a finalidade da lei, chegar a uma conclusão em tempo razoável, com celeridade e economia processual, por meio de procedimento simplificado na forma, promovendo a decisão administrativa que repercuta de forma mais justa sobre a esfera de direitos do administrado.

E, mais especificamente, no âmbito do processo disciplinar, o princípio da eficiência está relacionado a uma apuração eficaz e de resultados efetivos. A eficiência, buscada na persecução disciplinar com o fim de atender ao preceito constitucional, deverá relacionar-se ao atingimento do fim maior da atividade correcional: o restabelecimento e a manutenção da higidez do corpo funcional da Administração Pública, diante de afronta ao ordenamento estatutário, com a possível responsabilização e apenação do infrator. Para isto, o processo deve ser considerado como o instrumento, e não como o fim em si mesmo. O fim será o resultado do conjunto da atuação legal de todo o sistema correcional, englobando o atendimento ao interesse público tanto em suprir à sociedade a satisfação de ver o fato esclarecido quanto de, se for o caso, punir o servidor responsável pelo desequilíbrio da ordem interna.

Não se espera da Administração uma decisão qualquer, tão somente; esta decisão, além de ao final expressar a finalidade da lei, tem de ser extraída de um procedimento simplificado na forma, com celeridade, economia processual e perfeição. Em síntese, o princípio da eficiência se manifesta no processo disciplinar pela necessidade de a

Administração chegar a uma conclusão, em tempo razoável, seja absolvendo, seja responsabilizando o servidor e, nesta senda, guarda estreita comunicação com os princípios da razoabilidade e do formalismo moderado, já que o excesso de formalismo, a protelação, a omissão e a burocracia afrontam a este princípio.

Posteriormente ao texto constitucional original, nos termos ora mencionados do *caput* do art. 37 da CF, a EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º, prevendo, tanto para o processo judicial quanto para o administrativo, a celeridade na tramitação e a sua razoável duração, em consonância com o princípio da eficiência.

> *CF - Art. 5º*
> *LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

Neste ponto, cabe expor o posicionamento jurisprudencial acerca de excesso de prazo, indicando que a aferição de que o andamento de determinado processo descumpre a razoável duração não se confunde com mera decorrência da apreciação aritmética do decurso do tempo, mas sim deve ser ponderada por uma gama dinâmica de fatores, a exemplo das estratégias procastinadoras da defesa, a complexidade do caso e a extensão da instrução probatória necessária.

> *STJ, Quinta Turma, Ministro Relator Walter de Oliveira Guilherme, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 50.463/CE, DJe 05/01/2014, Ementa: "3. Conforme entendimento pacífico desta Corte Superior, o excesso de prazo não decorre de uma operação aritmética, mas de uma avaliação do caso concreto, à luz do princípio da razoabilidade. Em situações excepcionais, como retardo injustificado provocado pela defesa, complexidade do feito, necessidade de realização de diligências, expedição de cartas precatórias, bem ainda o número de acusados, podem extrapolar os marcos temporais previstos na lei processual penal e justificar eventual demora na formação da culpa."*

O princípio da eficiência também encontra positivação infraconstitucional no *caput* do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e ainda no art. 8º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

> *CPC - Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*

3.3.1.10 - Princípio da Duração Razoável do Processo

O princípio da duração razoável do processo - que, a exemplo do princípio da eficiência, também não fazia parte do texto constitucional original -, foi incluído como inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal (CF) a partir da Emenda Constitucional (EC) nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Só que, diferentemente do princípio da eficiência, inserido no *caput* do art. 37 para se dirigir apenas à Administração, o princípio da duração razoável do processo se volta a toda atuação processual do Estado, não só administrativamente mas também no âmbito do Poder Judiciário, em processos penais e cíveis de maneira geral. Infere-se, portanto, que a questão da celeridade processual obteve tardia atenção sob ótica jurídica, pois não fazia parte do rol de atenção dos ditames a pautar a instrumentalidade processual estatal no momento inaugural da reconquista do Estado Democrático de Direito. Assim, a partir da EC nº 45, de 2004, o princípio da duração razoável do processo passou a refletir, de forma expressa e com solenidade constitucional, a preocupação com a demasiada demora dos processos, tanto judiciais quanto administrativos, de forma indistinta.

> *CF - Art. 5º*
> *LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

Mas cabe ressalvar que o texto constitucional não adotou postura determinística acerca da duração dos processos e incisiva sobre os comandos de lei que estabelecem prazos processuais. Ao contrário, o inciso LXXVIII do art. 5º da CF, ao exigir, apenas de forma qualitativa, a duração "razoável" sem definirir um quantitativo temporal, é um exemplo de norma aberta, uma vez que sua integral compreensão requer complementação valorativa, baseada em jurisprudência ou doutrina ou até mesmo em vida concreta.

Na prática específica da processualística disciplinar, de um lado, é certo que os prazos legais são absolutamente inexequíveis para o deslinde das questões materiais postas do Direito Disciplinar (se o servidor cometeu ou não a ilicitude e se deve ou não ser punido). São extremamente exíguos os prazos que o legislador ordinário estabeleceu no parágrafo único do art 145, no *caput* do art. 152 e no *caput* do art. 167, todos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, de 80 dias e de 140 dias desde a instauração até o julgamento, respectivamente, de sindicância disciplinar e de de processo administrativo disciplinar (PAD). Tanto é verdade que estes prazos não são fatais, sendo pacificamente aceito que sejam renovados por quantas vezes se fizerem necessárias - sem prejuízo do cômputo da prescrição da punibilidade. Mas, também, de outro lado, não é pertinente a Administração deixar transcorrer todo o prazo prescricional, para só então chegar ao deslinde da questão posta nos autos (o aplicador do Direito jamais deve perder de vista que o processo é o mero meio de instrumentalidade para se chegar à dicção do Direito material que rege o fato controverso). É de se atentar que, ainda que o julgamento e a consequente aplicação da pena se deem dentro do prazo prescricional (sobretudo quando se trata de pena expulsiva, de prescrição quinquenal), a excessiva demora do andamento processual equivale a uma espécie de rito punitivo para o servidor, além de ser por demais onerosa, improdutiva e ineficiente para a Administração.

A apreciação subjetiva do que seja a duração razoável ou não de determinado processo deve ser aferida mediante a leitura dinâmica das peculiaridades do caso concreto. Há diversos fatores que podem influenciar na celeridade do andamento processual, alguns à margem da vontade e da diligência dos agentes responsáveis pela condução do trabalho (a comissão de inquérito, no caso de processo disciplinar). Neste rumo, de forma apenas exemplificativa, pode-se citar a complexidade material da questão; a quantidade de agentes envolvidos; a postura diligente ou inerte dos agentes condutores do apuratório; a necessidade de se empregar meios de prova ou até mesmo de meios de obtenção de prova cuja realização dependa da atuação de agentes externos (tais como a realização de prova pericial, em especial de incidente de sanidade mental, ou o afastamento de sigilo bancário ou qualquer outra espécie de prova carecedora de autorização judicial). E, embora se costume dirigir a aferição da celeridade processual e a consequente crítica aos agentes condutores, aqui não se deve olvidar de mencionar, inclusive com destacada relevância, as dispares repercussões no andamento processual em razão da postura colaborativa da defesa, contribuindo para o bom andamento dos trabalhos, ou protelatória, quando esta adota como estratégia apresentar reiteradas postulações impertinentes ou irrelevantes ou até mesmo se evadir da relação processual, dificultando o contato e o recebimento dos atos de comunicação.

Diferentemente da repercussão jurídica decorrente de afronta a outros princípios - como, por exemplo, a desatenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa com configuração de prejuízo ao acusado impõe a declaração e nulidade -, não há uma sanção em si pela elevada duração do processo. A despeito do desconforto de figurar demoradamente no polo passivo de processo disciplinar, na prática, o acusado não tem, como regra geral, um prejuízo jurídico com a demora processual; ao contrário, se a Administração for leniente em seu trabalho persecutório, esta sim pode vir a ser, de certa forma, punida com a fulminação do

seu poder punitivo mediante o instituto da prescrição.

Não obstante, o descaso com a duaração razoável do processo acarreta repercussões danosas de diversas formas à estrutura correcional. Além da óbvia exposição à crítica por desatenção do comando do inciso LXXVIII do art. 5º da CF, a excessiva demora no andamento dos trabalhos também expõe a atividade correcional a questionamento de atuar em descompasso com o já mencionado princípio constitucional da eficiência, que é umbilicalmente associado ao tema da celeridade. De forma mais prática, a longa demora na instrumentalidade disciplinar desmotiva os integrantes da comissão, expõe o colegiado a maiores riscos de desgastes internos e com o servidor e propicia à defesa tempo hábil para engendrar estratégias protelatórias; permite que o acusado obtenha exoneração a pedido ou aposentadoria voluntária no curso do processo; aumenta o risco de prescrição da punibilidade; dá azo a alegações de supostos abuso de autoridade e nulidade; prejudica a credibilidade do sistema correcional na unidade de ocorrência e em todo seu próprio órgão; causa a perda dos efeitos punitivo sobre o servidor e didático-preventivo sobre o corpo funcional; fomenta indevida percepção de impunidade administrativa; gera custos materiais pelo prolongado uso da escassa força de trabalho em um mesmo caso e custos imateriais na vida pessoal e funcional do servidor; e dificulta as diligências gerenciais em favor de dotar o sistema correcional com mais recursos e estrutura.

Assim, não se justifica que as autoridades instauradora e julgadora demorem um período injustificavelmente longo para distribuir o processo para alguma comissão e também para a exaração de seu julgamento. Também não faz sentido que a comissão de inquérito dedique tempo demasiadamente longo na instrução processual, a fim de esgotar e exaurir além do que é necessário e suficiente a busca dos elementos probantes e angariar a mais robusta segurança jurídica possível acerca da decisão a ser emanada, se o faz com parâmetros muito ruins em termos de celeridade, a ponto, por exemplo de ter a punibilidade prescrita. Obviamente, menos ainda se justifica a demora processual se não for em virtude de excesso, preciosismo e perfeccionismo instrutório mas sim em razão de inércia, omissão e ausência de diligência por parte da comissão. A atenção simultânea e dinâmica à celeridade processual e à segurança traz à tona a discussão sobre a hodierna busca da relativa, provável, necessária e suficiente verdade processual, em detrimento da superada busca da verdade material absoluta e inatingível, a ser abordada em **3.3.2.5**.

A experiência demonstra que, além das já mencionadas omissão e inércia dos próprios integrantes da comissão em não conduzirem com foco e pragmatismo o trabalho apuratório; inclusão de muitos acusados em um mesmo processo; deliberação para realização de provas de natureza pericial *lato sensu* (em especial o exame de insanidade mental) e de provas que requerem judicialização; e conduta evasiva da defesa em impedir contato com a comissão a fim de receber atos de comunicação, também são incidentes frequentemente causadores da perda da celeridade processual: a concessão de prazos extremamente extensos e prorrogados para que a defesa atenda intimações; a abrangência demasiada de foco temporal sob apuração; o deferimento de petições protelatórias, impertinentes ou irrelevantes da defesa.

A fim de enfrentar estas dificuldades, o sistema correcional, seja por meio das autoridades instauradora ou julgadora, seja por meio da comissão, deve adotar algumas estratégias. De imediato, a fase de admissibilidade deve ser bastante restritiva, instaurando-se processo disciplinar somente quando indispensável (com desmembramento da ocorrência quando houver multiplicidade fática e de envolvidos) e a autoridade instauradora deve otimizar a distribuição, evitando tanto o acúmulo de casos com determinado colegiado quanto a ociosidade e contemplando o perfil profissional dos integrantes dos colegiados (preferencialmente fixos). A comissão deve se ater a um foco apuratório pré-determinado e minimamente suficiente e a um prévio planejamento temporal de seus trabalhos, sem desdobrar seus esforços na dipersiva busca de fatos conexos; deve evitar provas cuja

realização saia de seu controle, como provas periciais de forma geral e provas requeredoras de judicialização; deve ser restritiva na concessão e na prorrogação de prazos para defesa atender intimações e também no deferimento de petições protelatórias, impertinentes ou irrelevantes, agindo de forma firme em geral sobretudo diante de acusado que busca se evadir da relação processual, sem se tornar refém das estratégias postergatórias da defesa. Todos os incidentes potencialmente acarretadores de demora processual e todas as possíveis respectivas soluções serão apresentadas ao longo de todo este texto, na passagem em que se fazem mais pertinentes.

Pode-se dizer que a busca exaustiva dos elementos formadores de convicção e o forte respeito a todos os princípios informadores da processualística disciplinar, refletindo uma alta segurança jurídica dos trabalhos, em forma e em mérito, traz o indiscutível benefício de se ter, ao fim do processo, a decisão e a consequente dicção do Direito material que rege a lide com maior grau de segurança e de certeza e com menor chance de revisão administrativa ou de reversão judicial, o que, de mais relevante, traz o resultado positivo de baixo índice de reintegrações de ex-servidores expulsos, com o atingimento de alto grau de aderência das decisões não só internamente mas sobretudo no crivo exercido pelo Poder Judiciário. Mas, em certo grau, pode-se inferir que este quadro indica o exercício da atividade correcional com destacada cautela e conservadorismo, o que, se de um lado premia a Administração com a robustez dos julgamentos, sobretudo os expulsivos, de outro lado, pode ter o custo de mitigar a duração razoável dos processos.

É interessante buscar uma ponderação dinâmica entre estes dois critérios (tempo total de duração dos processos disciplinares e percentual de revisão ou de reversão das decisões), que, *a priori*, tendem a ser inversamente proporcionais, visando a atuar em um ponto em que as duas variáveis se equilibrem na otimização do desempenho, que é o que aqui se deseja, a sintonia fina entre celeridade processual e segurança jurídica. De pouco adianta uma unidade de correição agir com máximos conservadorismo e cautela a ponto de zerar seu índice de perdas com reintegrações se para isto tiver de estender os processos por longos anos, como também não é interessante atuar de forma precipitada e açodada na condução dos processos e vir a ter um elevado percentual de seus julgamentos anulados administrativa ou judicialmente. Quando um sistema correcional bem estruturado como é o caso da Corregedoria da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) apresenta dados de excessiva demora processual acarretada sobretudo pelo exagerado esmero instrutório por parte das comissões e de baixíssimo grau de revisão e de reversão de suas decisões, percebe-se que há espaço para, controladamente, se buscar estabelecer uma cultura mais arrojada e corajosa em termos de tomada de decisão.

Diante de tal quadro, é possível buscar a manutenção da elevada qualidade em termos de segurança jurídica dos trabalhos com aumento da celeridade processual, a fim de atender ao princípio da duração razoável e sem perder de vista a simultânea atenção ao princípio da eficiência, mantendo sob controle o risco de aumento de reintegrações, mesmo com adoção de posturas mais céleres.

Com este enfoque, as comissões devem atentar para a satisfação com os elementos mínimos e provas suficientes de materialidade e de autoria. Em termos materiais, as comissões devem ter, em parcelas razoáveis, o desprendimento e o encorajamento de identificarem o momento otimizado de decidir pelo fim da busca de provas no processo disciplinar e de dar por satisfatoriamente concluído seu trabalho. Não é necessário postergar esta decisão quando já se tem nos autos o mínimo necessário e suficiente para embasar com robustez a conclusão. E, em termos formais, as comissões devem ter, também em parcelas razoáveis, a impetuosidade e o encorajamento de negarem, com sólida motivação, pedidos protelatórios, impertinentes ou irrelevantes da defesa e que tentem afastar a apuração do foco traçado.

Por vezes, na busca de um pequeno reforço probatório, não só desnecessário como até arriscadamente fragilizador do conjunto, ou na armadilha de buscar atender todos os pleitos da defesa, a comissão acrescenta um relevante tempo a mais no transcurso processual e pouco obtém em termos de qualidade e de segurança. Em sentido oposto, deve a comissão diminuir de forma significativa o tempo processual, se desapegando do preciosismo probatório e admitindo um pequeno risco calculado a mais no indeferimento de alegações meramente formais da defesa. Seja em termos de mérito, percebendo o conjunto probatório já suficientemente robusto para a imputação, seja em termos de forma, detectando que a defesa foge da busca da verdade processual, a comissão precisa ter segurança, sem hesitação, para decidir e concluir o processo, aliando, no ponto de otimização, a duração razoável do processo e a segurança jurídica.

O princípio da duração razoável do processo também encontra positivação infraconstitucional no art. 4º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

> *CPC - Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.*

3.3.1.11 - Princípios da Convivência (ou da Relatividade) das Liberdades e da Unidade da CF

Como consequência da análise dinâmica e não estanque da base principiológica já mencionada em **3.3** e, mais especificamente, da aceitação de que, em determinado caso, princípios de similar relevância e envergadura podem atuar em sentido contrário, demonstra-se pertinente apresentar uma outra característica genérica e prevalente da análise do tema principiológico, que se manifesta com relevante frequência tanto na matéria quanto na instrumentalização disciplinar. Extrai-se da dinâmica riqueza do ferramental principiológico que nenhum princípio jurídico e, consequentemente, nenhum direito - nem mesmo aqueles que se fazem refletir no texto constitucional como garantias fundamentais da pessoa e erigidos ao patamar de cláusulas pétreas no inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição Federal (CF) - assume patamar de absolutamente inquebrável ou insuperável. A afirmação e, sobretudo, o destaque dado à instância constitucional são relevantes porque o regime e o processo disciplinares potencialmente podem atingir importantes esferas de direito da pessoa do servidor. Por este motivo, é frequente a contraposição em que se colocam, de um lado, o poder-dever correcional estatal e, de outro, na busca do salutar equilíbrio de forças, as garantias constitucionalmente asseguradas, sendo comum que os direitos fundamentais estabelecidos sobretudo no art. 5º da CF, tais como os que protegem a intimidade, a honra, a imagem, os dados sigilosos e as comunicações telefônicas, por exemplo, atuem na ponderação das competências e prerrogativas de que dispõe a Administração.

Esta discussão traz à tona o implícito princípio da convivência das liberdades (ou da relatividade das liberdades), que, embora não expresso na CF como o são os princípios mencionados nos tópicos antecedentes, inequivocamente tem amparo na leitura sistemática do texto constitucional, sobretudo com a interpretação já aplicada pela jurisprudência superior.

O ordenamento jurídico forma um sistema intercomunicante e articulado em que é comum o conflito entre valores e direitos, tendo-se que, por vezes, tolerar detrimento de um em favor de outro mais relevante para o caso concreto, à luz do princípio da convivência das liberdades. A própria CF é um documento de natureza dialética, que estabelece um constante jogo dinâmico de diálogo interno entre seus comandos porventura em confronto, como se estes negociassem entre si e se concedessem reciprocamente maior ou menor incidência a cada situação posta sob análise. Em determinado caso, a despeito da proteção de algum direito fundamental de qualquer pessoa, pode-se considerar que esteja em jogo um outro bem

jurídico, também merecedor de tutela, em favor de uma outra pessoa ou sobretudo a favor de toda a sociedade e que seja mais relevante que aquele direito individual. Diante de tal conflito, resta inadmissível a prevalência de princípios e de direitos absolutos, devendo se operar uma flexibilização parcial de cada um deles, por meio de uma redução proporcional dos respectivos alcances - o que não significa dizer a total eliminação de um, mas sim que as peculiaridades de cada caso concreto ditarão o ponto de compatibilização e de equilíbrio harmônico entre eles e entre a inteligência sistemática do texto constitucional. A terminologia empregada pela doutrina é autoexplicativa: se, de um lado, os indivíduo e todo conjunto da sociedade gozam de liberdades constitucionalmente asseguradas, de outro lado estas liberdades precisam conviver em harmonia e, quando em conflito, impera-se necessária mitigação de uma em favor de outra.

O princípio da convivência das liberdades, na verdade, se ampara em um enunciado de ainda maior amplitude, que é o princípio da unidade da CF. Segundo este princípio implícito, também não expresso no texto da CF, inexiste hierarquia entre normas constitucionais de forma geral e menos ainda entre direitos e garantias fundamentais individuais de molde constitucional. Todos estes enunciados ostentam o mesmo *status* jurídico qualificado e o mesmo elevado valor axiológico diante da sociedade. A rigor, o princípio da convivência das liberdades é aplicado à luz do princípio da unidade da CF, pois não faria sentido afirmar a pontual superação de um direito ou de uma garantia fundamental individual estampada no art. 5º da CF em determinada situação de confronto se não fosse em razão de outro comando de mesma natureza e de mesma força. Conforme já exposto em **3.3** e em razão da ausência de hierarquia, eventual situação de conflito entre princípios de tal envergadura não se soluciona com prévia eleição abstrata, apriorística e em tese de que um preceito deve sempre prevalecer em face de outro; ao contrário, eventual colisão de princípios constitucionais deve ser solucionada à luz das ponderações cabíveis no caso a caso.

Daí, importa destacar que o Supremo Tribunal Federal (STF), mais alta Corte do Poder Judiciário pátrio, tido como a Corte protetora da constitucionalidade, já se manifestou neste sentido, a saber, da possibilidade excepcional de quebra do direito fundamental da pessoa quando a este direito privado se contrapõe o interesse maior, que é o interesse público, uma vez que nenhuma liberdade individual pode ser exercida de forma absoluta quando repercute danosamente à ordem pública e ao bem social. Diante do conflito de direitos, a tensão entre o interesse particular e o interesse público se resolve caso a caso, sendo possível que, em determinada hipótese de colidência, ao se ponderar valores e direitos em confronto, se decida pela concessão da maior relevância e preponderância ao interesse de toda a sociedade. Esta ponderação de valores pode ser justificada e reforçada também trazendo à tona, dinamicamente, o princípio da proporcionalidade. Assim, dentro dos limites estabelecidos em lei, o STF, com amparo doutrinário, tolera que, excepcional, proporcional e motivadamente, se mitiguem garantias fundamentais da pessoa erigidas no art. 5º da CF.

> *STF, Mandado de Segurança nº 23.452, Voto: "Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas, individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição."*
> *Idem: STF, Mandado de Segurança nº 24.369; e Justiça Federal de 1ª Instância, Ação Cautelar nº 2001.5101003489-6.*
>
> *"É que os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às*

> *liberdades alheias." Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, "As Nulidades no Processo Penal", pg. 145, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2006*

Ora, de outra forma não poderia mesmo considerar a mais alta Corte pois, do contrário, se estabeleceria uma inversão ou até mesmo uma subversão da ordem jurídica caso se tentasse justificar a garantia fundamental em favor, por exemplo, de um possível infrator em detrimento do interesse público maior. É cristalino que quando o legislador constituinte, em acertada hora, estabeleceu como cláusulas pétreas a favor de todos as garantias fundamentais da pessoa e inerentes ao Estado Democrático de Direito, fundava-se na presunção de regularidade em que se esteia inicialmente a ciência jurídica, não tendo passado em sua intenção propiciar garantias a favor de quem, em tese, incorre em infrações.

Integra o senso comum o reconhecimento da possibilidade de qualquer pessoa, em razão de um ato infracional, se ver em situação tal que seus interesses pessoais antagonizem com o interesse público, quando o Estado, por algumas de suas representações (Poder Judiciário, Ministério Público, Administração por seus aparatos policial ou correcional, por exemplo), busca a devida persecução e punição, mediante aplicação do Direito Público Sancionador, protegendo o interesse público e agindo em seu nome. Em tal situação, não foi com vista a permitir o congelamento das ações estatais inibidoras ou repressoras do ilícito que o constituinte erigiu determinados mandamentos de salutar natureza garantista. Naquele momento, ao amparo de uma ferramenta teleológica de interpretação, não buscava o constituinte abarcar a hipótese de proteção fundamental em favor de possível infrator e a despeito de todo o interesse social. As garantias fundamentais e as liberdades individuais do texto constitucional jamais podem ser vistas como subterfúgio para irregularidades e para os respectivos infratores, conforme ilustra a doutrina.

> *"Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito", Alexandre de Moraes, "Direito Constitucional", pg. 27, Editora Atlas, 19ª edição, 2006*

Pelo exposto, há situações em que garantias constitucionais podem ser limitadas. Se já não o foram no próprio texto da CF (originário ou por meio de emendas constitucionais), somente poderão ser atenuadas tais garantias por meio de lei *stricto sensu*, a qual, em regra, ponderando direitos conflitantes com proporcionalidade e razoabilidade, fará prevalecer o interesse público. Por exemplo, quanto ao inciso X do art. 5º da CF, menciona-se a Lei Complementar (LC) nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que regulamenta a quebra do sigilo bancário; quanto a este mesmo inciso X em conjunto com o inciso XI ainda do art. 5º da CF, mencionam-se os dispositivos recepcionados do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) para busca e apreensão; quanto ao inciso XII, menciona-se a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamentou a interceptação telefônica.

3.3.2 - Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, chamada de Lei Geral do Processo Administrativo, regulamenta o processo administrativo *lato sensu*, no âmbito da Administração Pública federal. Como tal, tem aplicação subsidiária na seara disciplinar em situações não normatizadas pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, conforme também entendem a jurisprudência e a doutrina. Havendo previsão na Lei nº 8.112, de 1990, esta deve prevalecer sobre a Lei nº 9.784, de 1999, por ser mais específica. Não obstante, devido às

inúmeras lacunas existentes no Estatuto acerca da instrução, a Lei nº 9.784, de 1999, assume grande importância na matéria do processo disciplinar.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.*
> *Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 8.595: "Ementa: (...) III - A Lei 8.112/90, ao estabelecer regulamentação específica para o processo disciplinar dos servidores públicos por ela regidos, admite aplicação apenas subsidiária da Lei 9.784/99."*
>
> *"Anote-se que a aplicação das regras elencadas no Estatuto do Processo Administrativo da União aos processos administrativos disciplinares (regidos por lei especial - Lei federal n. 8.112/1990) será subsidiária, vale dizer, a lei geral incidirá nas partes omissas, quando não houver disposição especial no Estatuto dos Servidores Públicos Federais, como prevê o art. 69, da Lei federal n. 9.784/1999.", Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pg. 166, Editora Fortium, 1ª edição, 2008*

Cuida esclarecer que aplicação subsidiária de uma norma pressupõe e exige total lacuna na norma a integrada. A rigor, a ação de subsidiar não se confunde com a ação de complementar. Toericamente, a aplicação da Lei nº 9.784, de 1999, sobre casos concretos regidos pela Lei nº 8.112, de 1990, somente poderia se dar em situações em que esta Lei estatutária tiver sido totalmente omissa, sem prever nenhuma forma, sequer incompleta de regramento. Mas, na prática, apesar da estrita literalidade, não se defende aqui aplicação delimitada da Lei nº 9.784, de 1999, na processualística disciplinar apenas nos casos de total silêncio estatutário. Mesmo em situações em que a Lei nº 8.112, de 1990, tenha regulado de forma incompleta ou insuficiente ou se mostre defasada no tempo no que tange a determinados aspectos processuais, é aceitável que se suplemente (por meio da integração supletiva) o regramento menos abrangente com dispositivos da Lei nº 9.784, de 1999. A diferenciação entre estas duas linhas de integração será apresentada em **3.3.3**. Ademais, a integração somente pode ser feita quando, ao se suprir a lacuna da lei especial, o regramento integrado da lei nº 9.784, de 1999, se mostre compatível e harmônico com a visão sistemática e com toda base principiológica da Lei nº 8.112, de 1990.

Citem-se, por exemplo, como de aplicação em todo o rito disciplinar, quando cabíveis, os princípios listados no art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, no seu *caput* e também nos incisos do parágrafo único. De imediato, como não poderia ser diferente, a Lei reporta-se a princípios constitucionais (ampla defesa, no *caput* e no inciso X do parágrafo único do art. 2º; contraditório, no *caput* do art. 2º; legalidade, no *caput* e no inciso I do parágrafo único do art. 2º; impessoalidade, no inciso III do parágrafo único do art. 2º; moralidade, no *caput* e no inciso IV do parágrafo único do art. 2º; publicidade, no inciso V do parágrafo único do art. 2º; e eficiência, no *caput* e no inciso IX do parágrafo único do art. 2º e no art. 48).

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 2º A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*
> *Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
> *I - atuação conforme a lei e o Direito;*
> *II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;*

> *III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;*
> *IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;*
> *V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;*
> *VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;*
> *VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;*
> *VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;*
> *IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;*
> *X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;*
> *XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;*
> *XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;*
> *XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.*

Os princípios positivados no art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, tanto aqueles meramente enumerados no *caput* quanto aqueles descritos no parágrafo único, são aplicáveis no processo administrativo *lato sensu*. Sendo este um gênero do qual o processo disciplinar é uma espécie, naturalmente, os princípios informadores do primeiro repercutem, ainda que em diferentes graus, no segundo. Aqui também não é objetivo esgotar a análise dos princípios elencados na Lei supra, para o quê se remete à doutrina especializada; dispensa-se a repetição dos princípios já abordados do *caput* do art. 37 da Constituição Federal (CF); e busca-se enfatizar as repercussões dos demais princípios no processo disciplinar, em que atuam como agentes da Administração a comissão e as autoridades intervenientes, instauradora e julgadora.

Além desta base principiológica, a Lei nº 9.784, de 1999, estabelece, de forma criteriosa, normas e conceitos que se aproveitam, subsidiariamente, no processo disciplinar e que, à medida que for conveniente, serão abordados ao longo deste texto. A título de exemplo, destacam-se, no enfoque de emprego subsidiário, os dispositivos sobre: direitos e deveres dos administrados (arts. 3º e 4º); impedimentos e suspeição (arts. 18 a 21); forma, tempo e lugar dos atos processuais (arts. 22 a 25); comunicação dos atos (arts. 26 a 28); instrução (arts. 29 a 47); motivação (art. 50); anulação, revogação e convalidação (arts. 53 a 55); recursos administrativos (arts. 56 a 65); e prazos (arts. 66 e 67).

Em complemento ao que já se aduziu em **3.3** e em **3.3.1.5**, tem-se no inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, o reforço ao entendimento de que a legalidade, embora seja um princípio fundamental, não se sustenta por si só, dissociada do todo. Ao estabelecer que, no processo, se atuará de acordo com a lei e o Direito, compreende-se autorização legal para que não haja irrestrita e inquestionável submissão à literalidade fria da lei, em detrimento da razoabilidade, da proporcionalidade, do bom senso, do senso de justiça, do interesse público e das máximas do Direito, inclusive da percepção abstrata que se tem de Direito natural. Ao balizar as condutas dos agentes públicos pela atenção não só à lei como também ao Direito, adota-se uma concepção bastante ampliada do princípio da legalidade, tanto formal quanto material. De certa forma, este dispositivo se ajusta, se reforça e se complementa no art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do

Direito Brasileiro - LINDB), que dispõe ao aplicador do Direito especial atenção aos fins sociais para os quais a lei foi editada (em consonância com o método teleológico de interpretação) e às exigências do bem comum (que se amoldam ao interesse público da justa aplicação do Direito, inclusive quando isto é favorável ao particular).

> *LINDB - Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*

Mencione-se ainda que comando praticamente idêntico se extrai da parte inicial do abrangente art. 8º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

> *CPC - Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*

3.3.2.1 - Princípio da Finalidade

Na apresentação do princípio da legalidade em **3.3.1.5**, aduziu-se que todo ato administrativo tem de ser conforme a lei. E como se presume que toda lei comporta em si a instrumentalização de um determinado fim de interesse público que motivou sua edição, o princípio da finalidade assevera que todo ato administrativo deve ter como fim o interesse público, como requisito de sua validade. Ao se amparar na lei para cometer ato discrepante de sua finalidade, tem-se que o agente público incorre em ato de desvio de finalidade, como espécie do gênero de ato de abuso de poder, nos termos já expressos em **3.2.1.1**.

Conforme exposto em **3.3.2.1**, o princípio da finalidade, pode-se dizer, encontra positivação no ordenamento pátrio já desde o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), cujo art. 5º determina que, na aplicação da lei, deve-se atender aos fins sociais a que ela se dirige, tendo sido tal comando ratificado na parte inicial do art. 8º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

Como requisito de validade, tem-se que não basta ao ato administrativo existir previsão de sua realização em lei; é necessário ainda que a sua realização atenda ao interesse público tutelado por aquela lei, sendo vedada a busca de outros objetivos ou a promoção de interesses do próprio agente público ou mesmo de terceiros.

No processo disciplinar, o princípio se manifesta pelo mandamento de que a comissão deve buscar a elucidação do fato, de forma impessoal, com oficialidade e liberdade na busca da verdade material.

O princípio da finalidade tem positivação nos já reproduzidos *caput* e incisos II, III e XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

3.3.2.2 - Princípio da Motivação

Como decorrência do primado de que o agente público tem sua conduta funcional determinada pela vinculação ao ordenamento, o princípio em tela, como consequência daquela vinculação, atua como inibidor do arbítrio, da pessoalidade e da discricionariedade, determinando que todo ato ou decisão administrativa que importar em restrição de direitos deve, obrigatoriamente, ter expressa a sua motivação, sob pena de ser passível de crítica por nulidade.

A motivação é a explanação dos motivos que justificam a edição ou a emanação ou a

prática de determinado ato. Assim, enquanto os motivos são as indispensáveis razões de fato ou de direito para a existência do ato, como um de seus requisitos de validade, nos termos já expostos em **3.3.1.5.1**, a motivação é a sua menção no ato; a motivação é a expressa formalização dos motivos.

Em outras palavras, sendo o motivo a necessária e indispensável justificativa fática ou jurídica para a realização de um ato administrativo, ele é inerente ao próprio ato e deste resta indissociável, na premissa razoável de que nenhum ato de natureza jurídica se concretiza como obra natural espontânea ou de forma aleatória e ainda sem ter em seu supedâneo uma construção intelectual humana que justifique sua realização. Assim, por um lado, o motivo é um requisito essencial à validade de qualquer ato, não se cogitando de o agente público atuar sem razões de ordem pública a impulsionar suas manifestações e procedimentos decisórios ou instrumentais. Por outro lado, diferentemente, a motivação pode ou não ser exigida, podendo ou não os motivos serem manifestados no ato.

Necessário atentar para o natural relaxamento - e que pode acarretar algum grau de confusão - com a terminologia sobre o tema. Quando, comumente, se menciona que determinado ato administrativo deve ser motivado, se quer referir ao indispensável requisito de validade de aquele ato possuir, na base de sua realização, um motivo fático ou jurídico que o justifique, motivo este que não necessariamente deva estar exposto, como forma de motivação. É comum se referir à necessidade de o ato ser motivado como consagração daquele requisito indispensável à sua validade, o que, por um lado, não se confunde com a necessidade de exposição do seu motivo, mas que, por outro lado, mesmo nas hipóteses de tal desnecessidade, em caso de haver qualquer questionamento acerca da validade do ato, uma vez que o motivo de sua realização existe, pode ser prontamente manifestado a quem o requer.

Nos casos em que o motivo regularmente não segue manifestado, a validade do ato pode ser aferida por outra forma através da qual se verifique ou se compreenda este pré-requisito, tais como em atos anteriores que lhe tenham dado supedâneo ou no simples amparo em norma que preveja sua realização ou na condução ou na conclusão de um processo do qual ele se originou, conforme também entende a doutrina.

> *"(...) Enquanto o motivo retrata a existência das razões de fato ou de direito que impulsionaram a manifestação volitiva do agente da Administração, motivação (...), portanto, é o motivo expressamente formalizado. Significa que o motivo nem sempre estará constando do ato, mas poderá ser identificado em documentos formais diversos; assim, um ato administrativo pode não conter motivação, mas pode encontrar-se o motivo, por exemplo, em processo administrativo de onde se originou o ato. Desse modo, todo ato, para ser válido, precisa ter motivo, ao passo que nem sempre a motivação é exigível.", José dos Santos Carvalho Filho, "Processo Administrativo Federal", pg. 52, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005*

E, em complemento, quando exigida, a motivação não se confunde apenas com fundamentar ou apontar o enquadramento legal que ampara a realização do ato, mas sim apresentar, previamente ao ato ou à decisão, as razões e os elementos de convencimento para realizá-lo, no que diz respeito tanto aos pressupostos de fato quanto aos preceitos jurídicos e de direito. Obviamente, decorrendo do princípio da legalidade, a necessidade de motivação se mitiga no espectro permitido ao agente público em atuar nos liames de seus critérios de oportunidade ou conveniência, ou seja, quando este exerce regularmente seu poder discricionário. Tampouco, mantendo simultânea atenção ao princípio do formalismo moderado, se cogita de necessidade de motivação de meros atos interlocutórios, cotidianos ou de menor relevância.

No trabalho da comissão, o princípio se manifesta, por exemplo, na adoção da conduta de registrar em ata de deliberação as razões de deferir ou indeferir uma petição da parte, como

corolário da ampla defesa. Com mesma ênfase, o princípio se impõe nas manifestações de convicções e de entendimento, sejam meramente interlocutórias (como, por exemplo, ao denegar uma petição da defesa), sejam com teor decisório (como, por exemplo, de declarar encerrada a instrução processual e indiciar o acusado e, sobretudo, no relatório e no julgamento), das quais deve constar a motivação. Nas manifestações decisórias a cargo da autoridade, esta pode se valer de informações ou pareceres antecedentes, exarados em caráter propositivo, adotando seus fundamentos e registrando que fazem parte de sua decisão.

O princípio da motivação tem positivação nos já reproduzidos *caput* e inciso VII do parágrafo único do art. 2º e também no art. 50, ambos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:*
> *I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;*
> *II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;*
> *III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;*
> *IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licita tório;*
> *V - decidam recursos administrativos;*
> *VI - decorram de reexame de ofício;*
> *VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;*
> *VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.*
> *§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.*
> *§ 2° Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.*
> *§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.*

3.3.2.3 - Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público

Embora não seja de simples conceituação, em decorrência dos diversos significados que pode encampar e das diferentes valorações que pode receber, o interesse público pode ser compreendido de forma abrangente como o interesse comum do conjunto das pessoas tidas em coletividade ou como membros de uma sociedade ou ainda como decorrente de qualquer atividade que ofereça benefício à coletividade ou ao grupo social. Dito isto, a par da legalidade e da finalidade, tem-se que os agentes públicos não podem renunciar ao interesse público, pois este é o fim do conjunto normativo. No caso do processo disciplinar, para atender a este princípio, a Administração conta com o poder-dever de atuar com oficialidade na busca da verdade material.

O caráter público do regime disciplinar no âmbito da Administração e a necessidade de manter a regularidade interna acarretam a consequência de que o poder correcional deva necessariamente ser exercido sobre quem de fato comete infração. O poder punitivo estatal sobre seus servidores não se trata de um simples direito disponível (comum em instância civil), sujeito à apreciação discricionária de conveniência e oportunidade por parte da autoridade competente, mas sim de um dever de ofício indisponível, diante da tutela pública a que se presta.

À vista do indisponível interesse público que move a presente instância jurídica, as representações e denúncias que chegam ao conhecimento da autoridade devem ser

imparcialmente apreciadas, sob múnus vinculado e não discricionário; se for o caso de se decidir positivamente em fase de admissibilidade, instaurando o processo disciplinar, este deve ser conduzido até o seu final, não podendo se deixar de esgotar as apurações; e, por fim, se for o caso de se concluir pela responsabilização do servidor, este deve ser apenado nos termos legais, não havendo previsão para composições ou repercussões alternativas.

O princípio da indisponibilidade do interesse público tem positivação nos já reproduzidos *caput* e inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

3.3.2.4 - Princípio da Oficialidade

Este princípio se manifesta no processo disciplinar por meio da perseguição ininterrupta do esclarecimento do fato supostamente ilícito de que a Administração teve conhecimento, como forma de atender ao indisponível interesse público de ver iniciadas e esgotadas as apurações. Sem se confundir com condução unilateral, que desrespeitaria o princípio do contraditório, a Administração tem o dever não só de instaurar, mas também de conduzir, ordenar e impulsionar de ofício o processo em busca da verdade material que ao final ampara a decisão conclusiva, não se limitando à verdade formal e tampouco a apenas o que lhe provoca a parte interessada. Este princípio impõe ainda que a Administração busque a realização inclusive de provas favoráveis à defesa, se são relevantes para o esclarecimento fático, ainda que esta não a tenha solicitado.

Pelo princípio da oficialidade, a Administração tem o poder-dever de apurar, por meio do processo disciplinar, todos os documentos, dados, informações de que tenha conhecimento e que se refiram ao fato investigado, estando autorizada a laborar na sua formalização como autos processuais, ou seja, a trazer para o universo juridicamente reconhecível das peças autuadas todos os fatos de relevância de que tenha conhecimento da vida concreta, desde que por meios de prova lícita.

Outra decorrência deste princípio é que a movimentação e a decisão do processo incumbem à Administração, ainda que a instauração tenha sido provocada por particular. Uma vez instaurado o processo (e, se o foi, foi porque assim indicava o interesse público), ele passa a pertencer à Administração, a quem não é concedida a discricionariedade de retardá-lo ou dele se desinteressar, passando a ser exigida a decisão, seja favorável ou seja contrária ao administrado, sob pena de infringir não só a este princípio como também ao princípio constitucional da eficiência e ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Ainda mais uma consequência deste princípio é que a instância não se encerra e nem o processo se extingue pelo simples decurso do tempo (no máximo, pode-se ter extinta a punibilidade, devido ao instituto da prescrição, conforme se verá em **4.13**, mas não o poder-dever de apurar), sendo certo, inclusive, que a incessante busca da verdade se estende até a revisão de ofício, por parte da Administração, quando novos argumentos ou novos fatos demonstrem a inadequação da decisão original.

O princípio da oficialidade tem positivação no já reproduzido inciso XII do parágrafo único do art. 2º e também no art. 29 e no § 2º do art. 51, todos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.*
> *§ 1º O órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo.*
> *§ 2º Os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem*

realizar-se do modo menos oneroso para estes.
Art. 51.
§ 2º A desistência ou renúncia do interessado, conforme o caso, não prejudica o prosseguimento do processo, se a Administração considerar que o interesse público assim o exige.

3.3.2.5 - Princípio da Verdade Material

Embora, a rigor, este princípio não esteja positivado na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, ele decorre como direto corolário de dois princípios nela expressos: da indisponibilidade do interesse público e da oficialidade, justificando aqui a sua exposição.

Conforme já aduzido em **3.3.2.3** e **3.3.2.4**, o processo é movido por oficialidade e pela indisponibilidade do interesse público na busca do esclarecimento imparcial do fato. Neste objetivo, a Administração deve se valer do princípio da verdade material (ou da verdade real) ou ainda chamado de princípio da livre investigação das provas, que a autoriza a buscar e licitamente transladar para os autos qualquer fato ou elemento da vida concreta de que a comissão ou as autoridades intervenientes tenham conhecimento e que possa influir na formação de sua convicção. À vista deste princípio, a atuação da Administração, *ex officio* e indisponível, se dá então com liberdade na busca da prova.

A verdade material em si pode ser compreendida como o resultado da capacidade e da competência, por parte da Administração, em materializar em prova juridicamente lícita no processo todo o conhecimento que porventura possua sobre fatos reais do mundo concreto e que interessam para o esclarecimento do objeto de sua apuração, seja contra ou a favor da defesa e independentemente de sua provocação. A convicção que se busca desta forma e que por ela se exprime, materializando o processo o quanto mais possível o fiel retrato do que ocorreu no mundo concreto, consubstancia a chamada verdade material.

> *“O segundo, o princípio da verdade real, aponta a necessidade de se coligir para os autos do processo toda e qualquer prova do que alega, sob pena de não ser reconhecida pelo julgador uma alegação sem a sua demonstração de ocorrência ou inocorrência. Não permite, ou permitem em menor grau, ao julgador a utilização de ficções jurídicas para o embasamento da decisão, devendo, se for o caso e em havendo necessidade, agir de ofício para a elucidação dos fatos que subsidiam a demanda. No entanto, há de se considerar, mesmo dentro do conceito de “verdade real” ou “verdade material” a noção de relatividade, consoante acima estudado, validando, destarte, a possibilidade de utilização de indícios para o subsídio da decisão, mesmo quando regida por este último princípio.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. I, pg. 51, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

> *"A afirmação de que provar é convencer não pressupõe que esse convencimento sempre condiz com a verdade, senão com o provável. Ainda que a atividade instrutória se guie pela busca da verdade, a busca da certeza tornaria infindável o processo, esbarrando não apenas em questões fáticas, mas também epistemológicas." Luiz Fux, “Processo Civil Contemporâneo”, pg. 136, Editora Forense, 1ª edição, 2019*

Este princípio ordena que a Administração não se limite às provas formalizadas no processo, à chamada verdade formal, àquilo que resta nos autos como verdadeiro em função tão somente dos elementos carreados. Enquanto no processo judicial (não tanto no penal, que também lida com interesses indisponíveis, mas sobretudo no civil, em geral voltado para direitos disponíveis e fortemente marcado pela verdade formal, em que a busca da verdade material é excepcional) o juiz somente deve cingir-se às provas indicadas pelas partes no

devido tempo, no processo disciplinar, a Administração deve, até o momento do julgamento, buscar de ofício ou recepcionar da parte, e formalizar, autuando, novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fato superveniente, independentemente de serem favoráveis ou contrárias à defesa e de terem sido peticionadas ou não por esta.

Comparativamente, em termos de aceitação (ou até de submissão) à verdade formal ou de liberdade (ou até de obrigação) para buscar a verdade material, pode-se situar a instância civil em um extremo e a instância disciplinar em outro, com a instância penal situada entre ambas, mas muito mais próxima desta do que daquela. Mais detalhadamente, enquanto o juiz civil pode se satisfazer com os elementos trazidos pelas partes e com os fatos por elas discutidos, formando assim sua convicção com base na verdade formal, já que, em geral, trata de direitos disponíveis do demandante e do demandado da ação (em que se verifica razoável espaço para presunções, ficções ou transações legalmente aceitas), o juiz penal, à vista do interesse indisponível de sua tutela (seja de suprir a acusação, em homenagem à restauração do equilíbrio social afetado com o crime, seja de acatar a defesa, privilegiando esgotar as apurações com o fim de não afetar injustamente o direito à liberdade de um inocente), deve aprofundar as apurações acerca de quem praticou a infração e sob que condições o fez, buscando amparo para sua convicção muito além da verdade formal inicialmente autuada pela acusação ou pela defesa, mas ainda assim o faz sob rígidas delimitações da lei processual penal. No extremo, a autoridade administrativa, também atuando sob múnus público de interesses indisponíveis e em instância punitiva, igualmente deve esgotar as apurações - seja para restabelecer o equilíbrio interno da Administração, afetado pelo ilícito, seja para evitar a responsabilização indevida de servidor -, contando com um grau de liberdade ainda maior que o juiz penal, à vista da menor previsão legal acerca de provas, prazos e rito apuratório.

O princípio da verdade material atua na processualística disciplinar com tamanha intensidade que nem mesmo eventuais ausência de defesa ou defesa pífia permitem que se considere como verdadeiro o teor acusatório.

Uma vez que a busca é a da verdade material e que, para tal, a Administração move-se por oficialidade e que atua o princípio da comunhão da prova, conforme se abordará em **3.3.3.7** e em **4.4.1.2**, não existe a dicotomia de provas de acusação e provas de defesa, mas sim apenas e indistintamente provas do processo, coletadas sob exclusiva ótica do interesse público de esgotar o esclarecimento dos fatos. Daí porque se obriga a realização de prova de conhecimento da comissão que atue favoravelmente à defesa mesmo se esta não peticiona pela realização. Obviamente, pela já aduzida intercomunicabilidade dos princípios, se a Administração conhece de nova prova, contrária à parte, deve ofertar ao acusado a possibilidade de contraditá-la. Prevalece, portanto, a verdade material sobre a verdade formal.

Também o princípio da verdade material, em sintonia com o princípio do formalismo moderado e à vista da peculiaridade de não haver no processo disciplinar partes que se opõem (não já uma parte que acusa ou que pleiteia e outra que se defende ou que contesta), autoriza a conclusão da não preclusão da instância, podendo a prova ser produzida a qualquer tempo, já que a postergação de prazos e de direitos a favor da defesa não se contrapõe a interesses de outra parte, com óbvia ressalva de, caso seja contrária aos interesses da defesa, ser submetida à prerrogativa do contraditório.

E, em Estado Democrático de Direito, em que o processo se move pela apuração do fato e não pela punição do servidor, menos ainda se pode cogitar de verdade sabida, com a qual se chegava a uma punição à margem de qualquer apuração contraditória e da comprovação, tendo-se por base apenas o conhecimento do cometimento de suposta irregularidade por parte da autoridade competente (esta discricionariedade não é tolerada no contexto jurídico atual, nem mesmo se o ato irregular é notório ou de conhecimento público), de acordo também com a doutrina.

> *"Assim, não cabe mais falar no instituto da 'verdade sabida'. Se este permitia à autoridade que tomasse conhecimento pessoal e imediato de fato punível, poder aplicar a sanção independentemente de apuração em processo disciplinar ou sindicância, com o advento da citada norma constitucional do art. 5°, LV, passa-se ao entendimento de que 'mesmo nas penalidades de advertência e suspensão de até 30 dias, impõe-se a instauração de sindicância para apuração de responsabilidades, observando-se o princípio da ampla defesa - Parecer SAF n° 83/92, DOU 23.03.92." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 69, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

3.3.2.6 - Princípio da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade, em essência, confunde-se com a noção concreta de bom senso jurídico e de senso de justiça; ou seja, em outras palavras, traduz-se na aplicação do bom senso na matéria de Direito. Juridicamente, traz a dificuldade de se reportar a conceitos que variam de indivíduo para indivíduo. Daí, talvez seja mais palpável identificar, a *contrario sensu*, a ilegitimidade de um ato não razoável. Para o fim jurídico, aí se enquadrariam as condutas bizarras, incoerentes, desarrazoada e aquelas que não seriam praticadas sob ótica da mediana prudência e sensatez.

Em regra, atuando como uma verdadeira matriz condutora dos trabalhos de interpretação das normas e dos atos, a razoabilidade atua em contraposição à estrita legalidade, quando a formalidade da lei e seus aspectos exteriores podem causar um afastamento da finalidade da norma. Pode a comissão deparar-se com situações em que a submissão à literalidade da lei simultaneamente infringe não só ao senso comum de justiça mas também ao princípio do interesse público. Nestes casos específicos, a razoabilidade autoriza que o agente público atue de forma a não se afastar do espírito que se depreende da lei, ainda que em detrimento de algum aspecto formal ou literal.

Por exemplo, em que pese a vinculação do poder-dever de apurar, determinado pela legalidade, pode não ser razoável a autoridade decidir pela instauração da instância disciplinar, com todos os ônus a ela inerentes, mediante representação ou denúncia extremamente vaga, imprecisa, noticiadora de irregularidade de ínfimo aspecto delituoso ou de punibilidade já prescrita e sem possibilidade de outras instâncias de repercussão (civil ou penal). Configuraria afronta ao princípio da razoabilidade a análise de fatos, supostamente irregulares que não levasse em conta as reais condições práticas e operacionais de trabalho, bem como as praxes, as peculiaridades locais ou regionais e os usos e costumes sedimentados na Administração, nos termos já expostos em **3.3** e que novamente serão abordados em **4.3.10.3.1**. Também atendem ao princípio da razoabilidade os conceitos expostos em **4.6.3.4** e em **4.6.3.5**, acerca do erro escusável e da ausência de ilicitude material, como forma de contemplar o bom senso na matéria disciplinar ao agregar à literalidade da lei a inafastável noção de fator humano.

O princípio da razoabilidade tem positivação no *caput* do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e também no art. 8º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

> *CPC - Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*

Também, com visão extensiva, se vislumbra o princípio da razoabilidade no *caput* e no § 1º do art. 22 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), que adverte que devem ser levadas em conta os obstáculos e as

dificuldades do gestor aplicador de normas de gestão pública, regulamentado pelo *caput* e pelo § 1º do art. 8º do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.

> *LINDB - Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018)*
> *§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)*
>
> *Decreto nº 9.830, de 2019 - Art. 8º Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos, as dificuldades reais do agente público e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*
> *§ 1º Na decisão sobre a regularidade de conduta ou a validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, serão consideradas as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente público.*

3.3.2.7 - Princípio da Proporcionalidade

Guardando estreita relação com a razoabilidade, este princípio determina que a Administração tão somente imponha ao servidor obrigações, restrições e sanções na medida estritamente necessária ao atendimento do interesse público, adequando meios e fins para que o resultado não seja desproporcional. Este princípio condena o emprego de meios desproporcionais ao fim desejado, exigindo sempre a imposição do menor sacrifício ao administrado, no limite da estrita necessidade, com o qual já se torne possível atender ao interesse público. O enunciado esclarece ao operador do Direito a ponderação que se deve ter entre a adequação da medida estatal que afete órbita de direitos do administrado, a necessidade de tal medida e a exata proporção com o resultado dela decorrente. O princípio informa não só o afastamento das exigências exageradas, mas também daquelas inócuas e inúteis, que causam qualquer forma de sacrifício que pode ser dispensada sem prejuízo do interesse público.

No processo disciplinar, mais especificamente, à luz deste princípio, a penalidade aplicada deve ser adequada ao ato ilícito, condizente com sua gravidade, atentando para o que se consagra como do simetria da pena. Neste contexto, importante antecipar tema que será detalhadamente exposto em **4.7.1.1** e em **4.10.2.1**: tendo em vista a vinculação da aplicação da pena e sua inequívoca associação aos enquadramentos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o melhor manejo deste princípio, em conjunto com o princípio da razoabilidade, inegavelmente relevantes em seara pública punitiva, se dá não na inaceitável mitigação da pena associada ao enquadramento conclusivo, mas sim na definição razoável e proporcional deste enquadramento. Não se quer dizer que a Administração, por meio da comissão e da autoridade julgadora, não atenta para estes dois princípios; atenta, sim, mas não com o condão de deixar de aplicar penas vinculadamente associadas aos enquadramentos, mas sim em buscar uma compreensão mais razoável e proporcional dos fatos cometidos antes de enquadrá-los.

O princípio da proporcionalidade tem positivação nos já reproduzidos *caput* e inciso VI do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e também no art. 8º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

> *CPC - Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a*

> *dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*

Mas o princípio da proporcionalidade não se manifesta apenas por esta sua vertente mais comum de exigir que o Estado sancione o infrator, quando cabível, na medida exata e proporcional à gravidade de sua conduta infracional, vedando o excesso punitivo. A sua outra vertente veda que o Estado atue de forma deficiente na proteção de direitos e de garantias fundamentais individuais e sociais assegurados em molde constitucional e já conquistados e usufruídos pela sociedade, restando afrontada diante de qualquer forma de retrocesso em tais tutelas. Depois de ser ofertado à sociedade um determinado nível de qualidade de prestação de qualquer serviço público no sentido mais lato da expressão, não se permite que o Estado suprima ou reduza tal patamar de atendimento, salvo se oferecer alguma espécie de política governamental compensatória ou ressalvando-se também incidentes, fenômenos ou ocorrências imprevisíveis. Esta construção é iluminada e irrigada pelo princípio da proibição (ou da vedação) do retrocesso (ou da proteção insuficiente do bem jurídico tutelado), de adoção e atenção jurisprudenciais, que será melhor explicado em **4.7.4.4.2.d**, onde se exporá a sua expressão especificamente na tutela que veda que o Estado retroceda na proteção do direito de toda sociedade de ser servida por um quadro funcional estatal íntegro e probo.

3.3.2.8 - Princípios da Segurança Jurídica e do Prejuízo

Em comunicação com os princípios da eficiência, do formalismo moderado e da razoabilidade, em contraposição à estrita legalidade, a aplicação do princípio da segurança jurídica, também chamado de princípio da estabilidade das relações jurídicas, visa a impedir a desconstituição desnecessária de atos jurídicos, ainda quando eivados de alguma imperfeição irrelevante. Segundo este princípio, pode haver situações em que a desconstituição de ato irrelevantemente imperfeito não justifica a instabilidade e a perturbação causada na ordem jurídica.

Pelo princípio da segurança jurídica, vícios superáveis nos atos administrativos podem ser considerados incapazes de suscitar a invalidade do ato, a fim de se preservar as lícitas relações jurídicas dele constituídas e decorrentes. A necessidade de se preservar a segurança jurídica impõe a convalidação do ato imperfeito, conforme melhor se aduzirá em **4.12**.

Tão relevante é o tema que ganhou previsão legal específica no art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), que prevê o emprego de regulamentos e súmulas administrativas, regulamentado pelo art. 19 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.

> *LINDB - Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. (Incluído pela Lei nº 13.655, 25 de abril de 2018)*
> *Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)*
>
> *Decreto nº 9.830, de 2019 - Art. 19. As autoridades públicas atuarão com vistas a aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de normas complementares, orientações normativas, súmulas, enunciados e respostas a consultas.*
> *Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput terão caráter vinculante em relação ao órgão ou à entidade da administração pública a que se destinarem, até ulterior revisão.*

Traz-se à tona, em reforço, o princípio do prejuízo, segundo o qual somente se cogita de declarar nulo um ato produzido sob mácula de ilegalidade caso dele tenha decorrido efetivo prejuízo ao administrado.

O princípio do prejuízo, comumente mencionado na forma do brocardo *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo), ponderando os princípios da autotutela, do formalismo moderado e da busca da verdade material, informa que não há necessidade de se declarar nulidade de ato cometido com vício se dele não decorrer nenhum prejuízo à defesa no curso do processo, conforme melhor se discorrerá em **4.12.1**.

> *"A jurisprudência tem estendido o princípio do prejuízo também para as nulidades absolutas, previstas em lei, deferindo a necessidade de o acusado demonstrar a ocorrência do prejuízo a sua defesa em razão do cometimento de nulidade absoluta pela Administração. Verifica-se uma específica modulação, pelo órgão jurisdicional, dos efeitos das nulidades materiais dos atos administrativos, quando estes passam a compor etapas de procedimentos disciplinares, deferindo-se o caráter nulificador do ato dentro do processo somente diante do concreto prejuízo para a defesa. Sem embargo do entendimento clássico de a presunção absoluta ser inferida da própria lei e declarar-se de pleno direito sem qualquer demonstração de prejuízo, imperioso para a admissibilidade dessa nulidade iure et de iure a demonstração do prejuízo ou de sua ausência, com vista à observância dos princípios da economia processual, da celeridade processual e da razoável duração do processo, imprimindo, (i) para as nulidades relativas, o dever de demonstração do prejuízo defensivo pela própria defesa, e, (ii) para as nulidades absolutas, a inversão do ônus da prova, com o dever de demonstração, pela Administração Pública, de ausência de prejuízo à defesa. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em questão criminal: 'o Supremo Tribunal Federal acolhe o entendimento de que o princípio geral norteador das nulidades em Processo Penal -pas de nullité sans grief - é igualmente aplicável em casos de nulidade absoluta'. (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 15.04.05 e AI-AgR.559.632/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 03.02.06). (...)Partindo-se da premissa de que cabe também à Administração Pública (a par do poder Judiciário, o qual detém a última palavra em 'dizer o Direito') o dever de interpretar e aplicar o Direito ao caso concreto posto à sua decisão, o princípio em comento delimita o agir da Administração consoante os preceitos legais em sentido lato e, assim em consonância com o Direito, englobando seus princípios, regras e valores. O Princípio impõe a atuação da Administração não somente conforme a lei, mas também conforme o Direito como um todo. A lei é o seu ponto de partida, e o Direito, como ciência, a sua fronteira intransponível. Assegura, portanto, que toda atividade do Estado no exercício da função administrativa deve-se pautar em regras de comportamento, as quais devem previamente autorizar sua ação ou omissão (legalidade estrita), sem embargo de, imprimindo um viés ampliativo, utilizá-las, as leis e sistemas jurídicos e suas teorias, incluindo os princípios e valores implícitos decorrentes das leis e do ordenamento jurídico como um todo, para fundamentar qualquer decisão, quer seja ela favorável ou desfavorável ao administrado. A doutrina tem denominado essa ampliação que vai para além das fronteiras da legalidade estrita como 'bloco de legalidade', na medida em que estende as margens dos institutos jurídicos justificantes da atuação administrativa, validando-a desde que, partindo-se da legalidade estrita, mantenha-se dentro da ciência do Direito. Com isso, permite-se, exempli gratia, a deferência à força normativa dos princípios explícitos e implícitos do ordenamento para a fundamentação de decisões administrativas, inclusive em sede de direito administrativo disciplinar. Nulidades em Processo Penal – pas de nillité sans grief – é igualmente aplicável em casos de nulidade absoluta. (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 15.04.05 e AI-AgR. 559.632/MG Rel. Min. Sepúlveda*

Pertence, DJU 03.02.06).", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. I, pgs. 385 e 386, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.

Por óbvio, o princípio da segurança jurídica, dentro da forma dinâmica como se entende a rica matéria principiológica, mantém fronteira ao mesmo tempo com os princípios da autotutela e da pluralidade das instâncias e também com o princípio do prejuízo, segundo os quais, em conjunto, cabe à Administração rever e até anular atos tidos como ilegais, devendo-se, todavia, sopesar a relevância e a necessidade de o vício justificar a anulação do ato ou não.

A dinâmica acima mencionada pode ser ilustrada com a exigência de que a realização de atos de instrução probatória no curso do processo disciplinar seja antecipadamente notificada à defesa para que esta, caso deseje, possa participar. A ausência de notificação ou a sua feitura em prazo menor que o previsto em lei pode inquinar de nulidade o ato instrucional em si, devendo a própria comissão, em exercício de autotutela de seus trabalhos, declarar a nulidade. Todavia, se mesmo não notificado ou se notificado de forma irregular, o servidor comparece e efetivamente exercita sua prerrogativa de contraditar a realização do ato instrucional, de forma a não configurar nenhum prejuízo em sua defesa em virtude do defeito de forma na notificação, afasta-se, por atenção ao princípio do prejuízo, a necessidade de se exercer a autotutela e de consequentemente se declarar a nulidade do ato de prova, restando este válido.

Outra visão, mais ampla, do mesmo princípio da segurança jurídica - sem se confundir com a hipótese acima de ilegalidade do ato -, informa que, a despeito do caráter dinâmico com que se compreende a ciência jurídica, capaz de natural e salutarmente comportar distintas interpretações válidas sobre um mesmo tema, uma vez adotada determinada linha interpretativa, ainda que esta venha a ser alterada no âmbito da Administração, os atos administrativos e as situações jurídicas deles decorrentes atingidas pela nova interpretação não devem ser submetidas por este recente posicionamento, sob pena de se realçar nefasta insegurança nas relações jurídicas. O princípio da segurança jurídica, nesta sua acepção mais abrangente, determina que novas interpretações devem ter aplicabilidade apenas a partir de sua adoção (ou seja, aplicação *ex nunc*), sem atingir as situações já consolidadas - a menos que se verifique alguma ilegalidade no *iter* decisório anterior.

Uma específica manifestação do princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Disciplinar se opera por meio do consagrado instituto da prescrição, que faz falecer o poder punitivo estatal após o decurso de determinado prazo legal, sob pena, de ao contrário, ter o servidor de conviver, eternamente, com a sensação de insegurança de a qualquer tempo ainda poder ser atingido pelo poder correcional.

O princípio da segurança jurídica tem positivação nos já reproduzidos *caput* e incisos IX e XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. O princípio do prejuízo, por sua vez, também encontra positivação no art. 55 da citada Lei.

Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

3.3.2.9 - Princípios do Formalismo Moderado e da Instrumentalidade da Forma

Por um lado, é certo que não se dispensa o processo, como o devido rito legal onde se discutem questões referentes ao Direito material e por meio do qual se concatenam os atos que sustentam e justificam a decisão final, atuando ainda como o foro controlador da legalidade e assegurador das garantias de ampla defesa e de contraditório em favor do

administrado, para que este possa participar da formação da vontade estatal. Mas, por outro lado, como decorrência do mandamento também de instância constitucional de se buscar a eficiência, por meio de uma conclusão válida e justa, o processo disciplinar deve ser entendido e conduzido pela Administração como sendo apenas um instrumento e não um fim em si mesmo. Daí, pode ser despido de exageros formais que dificultem ou impeçam a participação do servidor, sobretudo para exercitar as garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório. *A priori*, os atos do processo disciplinar não dependem de forma determinada como condição de validade, a menos que lei exija.

Com maior rigor restritivo, este princípio pode ser invocado sempre a favor do servidor, pois o princípio também visa a facilitar a participação do interessado. Sua aplicação é benigna, sobretudo alcançando atos a cargo do servidor. Não se consente que a Administração desrespeite alguma formalidade exigida em lei em detrimento da defesa, mas se poderá fazê-lo se a formalidade puder ser dispensada sem afrontar a lei e tal dispensa favorecer ou, pelo menos, não prejudicar a parte.

Em síntese, dispensam-se formas rígidas e ritos sacramentais, bastando se adotar formas simples, estritamente necessárias para assegurar a certeza jurídica e a segurança procedimental do ato praticado, salvo expressa determinação legal em contrário ou se o ato atingir direito do acusado.

Uma vez que o objetivo do processo disciplinar é esclarecer a verdade material acerca de fato supostamente ilícito que chega ao conhecimento da Administração, mais importa o conteúdo que a forma dos atos. Tanto é verdade, por exemplo, que a defesa pode ser exercitada pelo próprio servidor, não se exigindo defesa técnica, ainda que ele não seja familiarizado com meandros processuais. Assim, desde que se possa subentender a intenção do servidor, não se recusam petições, recursos e atos de defesa em geral por defeitos de forma, como por exemplo, se a terminologia empregada ou se a autoridade citada como destinatária estiver grafada de forma incorreta.

Fortemente associado ao princípio do formalismo moderado, o tema em tela traz à tona outro princípio, que é o da instrumentalidade das formas. Por este princípio, compreende-se que o processo propriamente dito não encerra um fim em si mesmo mas sim ele é apenas mero instrumento para se chegar a determinado fim (uma decisão de mérito, em regra). Segundo este princípio, o rigor formal dos autos só deve ser tido como absolutamente indispensável à validade dos atos se a sua mitigação influenciar no objetivo, que é a justa decisão.

Segundo este princípio, no rito administrativo, a sacralidade das formas deve dar lugar à sua instrumentalidade, considerando-se regulares os efeitos de determinado ato ainda que produzido com algum defeito procedimental se atingiu a finalidade a que se destinava. A sacralização das formas não deve ser tal que, para que se obedeça a uma determinada regra processual, tenha de se absolver um culpado ou condenar um inocente. Ainda de acordo com o mesmo princípio, a violação de simples forma - que é um meio, um instrumento para se chegar à decisão de mérito - pode não prejudicar a finalidade do processo, que é a decisão.

Os princípios do formalismo moderado e da instrumentalidade da forma têm positivação nos incisos VIII e IX do parágrafo único do art. 2º, no art. 22 e no art. 55, todos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e também no art. 277 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC)

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 2º*
> *Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
> *IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;*

Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.
§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.
§ 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.
§ 3º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.
§ 4º O processo deverá ter suas páginas numeradas sequencialmente e rubricadas.
Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração. (grifamos)

CPC - Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

3.3.2.10 - Princípio da Gratuidade

Como decorrência dos princípios da ampla defesa e da impessoalidade, o processo disciplinar deve ser caracterizado pela absoluta gratuidade. Não cabe à Administração impor obstáculos ao direito do servidor exercitar a ampla defesa, impondo-lhe pagamento de custas, de despesas processuais ou de honorários decorrentes de ônus de sucumbência, a menos de expressa previsão legal.

A rigor, o que há no processo disciplinar é ausência de custas processuais. A Administração não pode cobrar custas ou repassar ao acusado custos com o andamento processual como condição para realização de determinado ato, visto que o que a move é o interesse público de esclarecer o fato. Qualquer ato que se justifique para este objetivo deve ser realizado sob ônus público e estatal. Todavia, isto não impede que, em decorrência do processo, por mera vontade própria, o acusado incorra em gastos pessoais. Não se deve confundir o princípio acima definido com impor à Administração os gastos próprios da parte, tais como contratação de advogado (o que sequer é exigido no processo disciplinar) ou pagamento de procuradores, assistentes técnicos ou consultores particulares. O princípio, em suma, é o da ausência de custas e não da gratuidade propriamente dita, já que os gastos incidentais, decorrentes de pretensão do servidor, deverão ser por ele custeados, sem previsão legal de ressarcimento, ainda que ao final seja inocentado.

Cite-se que a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no art. 173, não prevê pagamento de diária e transporte para o acusado acompanhar pessoalmente atos instrucionais porventura realizados fora da sua localidade de lotação (ou de exercício, se diferente), conforme ratificam a jurisprudência e a doutrina; há expressa garantia de tais pagamentos apenas quando o acusado necessita se deslocar para ser interrogado. Justamente em razão de tal limitação, vigora na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) o regramento interno de que a competência instauradora e, por conseguinte, a tramitação do processo disciplinar vinculam-se à jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do acusado, como forma de minorar o risco de este ter de suportar ônus financeiro no acompanhamento processual.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 173. Serão assegurados transporte e diárias:
I - ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado;
II - aos membros da comissão e ao secretário, quando obrigados a se deslocarem da sede dos trabalhos para a realização de missão essencial ao esclarecimento dos fatos.

> *STJ, Recurso Especial nº 678.240: "10. O alegado cerceamento de defesa ocorreu, segundo o recorrido, porque '[a] comissão processante, ao deslocar-se ao interior do estado, para coleta de provas, não proporcionou as diárias a que tinha direito o A. para que pudesse acompanhar as diligências e tomada de depoimentos' (fl. 4). 11. Em momento algum, a Lei n. 8.112/90 determinou à Administração Pública o pagamento do deslocamento do servidor investigado para acompanhar as diligências realizadas no PAD. Ao contrário, o art. 156, caput, daquele diploma normativo apenas garante o direito de o servidor acompanhar as diligências (obviamente, se quiser e se tiver condições)."*
>
> *"Na condição de denunciado ou indiciado e estando o processo sendo realizado fora da cidade onde trabalha, a locomoção e as despesas com refeições não serão pagas pela administração, pois este inciso é claro quando diz 'convocado para prestar depoimento' e não para assistir depoimento de outras pessoas." Wolgran Junqueira Ferreira, "Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União", pg. 154, Edições Profissionais, 1ª edição, 1992*

O princípio da gratuidade tem positivação no inciso XI do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

3.3.2.11 - Princípios da Hierarquia e da Autotutela

O princípio da hierarquia, de imediato, se traduz em duas óbvias e fortes determinações em instância administrativa: a uma, de que os servidores em posição hierárquica inferior devem obediência, nos termos legais, aos que lhes são imediatamente superiores (devendo cumprir ordens superiores que não sejam manifestamente ilegais, conforme o inciso IV do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990), com a decorrência de que, como regra geral, é lícita a aplicação de sanção disciplinar, por superior hierárquico, a seus subordinados (sem prejuízo dos regramentos infralegais específicos internos); e a duas, de que são lícitos os institutos de delegação e de avocação de competências (conforme os arts. 11 a 15 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999). Mas, no que aqui mais interessa, este princípio se traduz em uma relevante consequência principiológica procedimental.

Traz-se então à tona o princípio da autotutela, com supedâneo em duas fortes bases principiológicas informadoras da Administração, quais sejam, a legalidade e a hierarquia. Uma vez que a legalidade impõe ao Estado a sujeição à lei, por óbvio, impõe também o controle da legalidade dos atos administrativos, enquanto a hierarquia autoriza que este controle obrigatório possa se fazer primeiramente no próprio âmbito interno da Administração, sem necessidade de intervenção judicial, de acordo com sua linha de subordinação funcional, refletindo o brocardo de "quem pode o mais, pode o menos".

O princípio da autotutela foi consagrado não só na doutrina como também na mais alta manifestação jurisprudencial, nos termos das Súmulas nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal (STF). Deste princípio, extrai-se, sob ótica instrumental, que pode a Administração, por meio do superior hierárquico, rever os atos emanados pelo subordinado, seja por revogação, seja por anulação, tanto de ofício quanto a pedido, conforme melhor se abordará em **4.12**. E, neste rumo, o presente enunciado tem como imediato corolário o princípio da pluralidade das instâncias.

> *STF, Súmula n° 346: "A administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos."*
>
> *STF, Súmula n° 473: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os*

direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

O princípio da autotutela tem positivação nos arts. 53 e 55 da Lei nº 9.784, de 1999.

> *Lei n° 9.784, de 1999 - Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*
> *Art. 55. Em decisão da qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.*

3.3.2.12 - Princípio da Pluralidade das Instâncias

Como decorrência da autotutela e da hierarquia institucional, tem-se a possibilidade de a própria Administração rever seus atos, de ofício ou a pedido, anulando-os ou revogando-os, quando eivados de nulidade.

Este princípio, também chamado de duplo grau de jurisdição, em linha de consequência da cláusula do devido processo legal e de seu corolário de ampla defesa, que inclui os recursos a ela inerentes (conforme o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal - CF), autoriza o direito do administrado ter reexaminada ainda em instância administrativa, sem necessidade de postulação judicial, a decisão que lhe foi contrária.

O princípio da pluralidade das instâncias tem positivação genérica no art. 56 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, por meio do pedido de reconsideração e do recurso hierárquico. Mais especificamente, no processo disciplinar, o enunciado se manifesta não só pelos mencionados institutos do pedido de reconsideração e do recurso hierárquico, mas também por meio da revisão processual, conforme se verá em **5.1.2** e **5.1.3** (em que pese os dois primeiros institutos não serem matéria propriamente disciplinar na Lei nº 8.112, de 12 de dezembro de 1990, mas sim estarem inclusos nos dispositivos que tratam do genérico direito de petição).

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.*
> *§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará a autoridade superior.*
> *§ 2º Salvo exigência legal, a interposição de recurso administrativo independe de caução.*
> *§ 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006)*

3.3.2.13 - Princípio da Boa-Fé

Sabe-se que, em apertada síntese, o Direito é o ferramental científico criado e elaborado pelo homem para, tendo se superado a ancestral resolução de controvérsias pelo uso da força, disciplinar e organizar a vida em sociedade e para solucionar de forma técnica os conflitos de interesses postos em colisão à luz das leis materiais

Mas, se é certo que as lides jurídicas se estabelem à luz do que rezam as leis materiais, a instrumentalidade por meio da qual se chega à dicção do Direito material transcorre no curso do processo. E, para tanto, para que se contemple o interesse social de se ter a mais justa e breve decisão, é indispensável que as partes que se contrapõem no processo demarquem a postura de sua participação nos autos por conduta de boa-fé, agindo de forma a colaborativa e

leal para o deslinde da questão.

No reflexo mais específico deste princípio no processo disciplinar, comissão e acusado devem mutuamente cooperar na busca da verdade processual, sem atos de deslealdade processual e de comportamento contraditório, a exemplo de recusar facilidades processuais ou de mudar sua forma de exercer a dialética processual com o fim protelatório, conforme já se manifestaram a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em seu Parecer PFN/Cojed nº 195/2017, e a jurisprudência. O obrigatório atendimento ao princípio da boa-fé.também se harmoniza com a necessária divisão estática do ônus probante.

> *STJ, Sexta Turma, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, Habeas Corpus nº 234.939/MA, DJe 24/06/2014, Ementa: "2. Na espécie, não há falar em ilegalidade no decisum, pois verifica-se que após o aditamento da denúncia a defesa foi intimada a se manifestar, todavia, manteve-se inerte. Nesse cenário, na ponderação entre a ampla defesa, de um lado, e da busca da verdade real e da razoável duração do processo, de outro, bem se deslindou a fase processual, com o encerramento da instrução. A relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio da vedação do venire contra factum proprium (proibição de comportamentos contraditórios). Assim, diante de conduta sinuosa da defesa, não é dado reconhecer-se a nulidade."*
>
> *Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017: "24. Em decorrência das manobras realizadas pelo acusado, temos, então, a aplicação da teoria da 'Venire contra Factum Proprium' que proíbe comportamentos contraditórios. Segundo Flávio Tartuce, que milita no Direito Civil, 'Pela máxima venire contra factum proprium non potest, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade, decorrentes da boa-fé objetiva'.*
> *25. Em termos mais claros, trata-se da proibição de se beneficiar de atos de incoerência. Ora, se foi o próprio acusado que efetuou manobras para não ser notificado do Processo Administrativo Disciplinar e de seus atos, bem como tirou sucessivas licenças que dificultaram a conclusão do processo, não cabe alegação de excesso de prazo. Desse modo, não houve transgressão ao princípio da boa-fé; se isso ocorreu, foi por parte do acusado."*

O princípio da boa-fé encontra positivação infraconstitucional no inciso IV do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, e ainda nos arts. 5º e 6º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

> *CPC - Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.*
> *Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*

3.3.3 - Código de Processo Penal, Código Penal, Código de Processo Civil e Código Civil

Prosseguindo na apresentação das fontes do Direito Administrativo Disciplinar, após ter-se abordado a Constituição Federal (CF), como a fonte soberana de qualquer ramo jurídico, e a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regulamenta a processualística no âmbito da Administração Pública federal), como a primeira fonte a ser analisada pelo aplicador do Direito quando a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, se mostrar silente, passa-se para a análise do emprego subsidiário de Códigos de matéria substancial e processual das instâncias judiciais, a saber, penal e civil, conforme respaldam a jurisprudência e a doutrina.

TRF da 4ª Região, Apelação Cível nº 368.621: "Ementa: 2) É consabido que ao processo administrativo disciplinar se pode aplicar subsidiariamente as normas de direito processual penal.

"O direito administrativo disciplinar guarda relações com o direito civil (noções de domicílio, de pessoa jurídica), constitucional (princípios e garantias constitucionais incidem diretamente no processo administrativo disciplinar, como do juiz natural, da irretroatividade da norma penal, da inadmissibilidade de provas ilícitas, do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal, da legalidade, moralidade, eficiência, publicidade, etc), penal (conceito de crime contra a Administração Pública como falta disciplinar passível de pena demissória, contagem da prescrição das faltas administrativas pelos prazos prescricionais do Código Penal - art. 142, Lei federal n. 8.112/1990, idéias de excludentes de ilicitude e de culpabilidade, inimputabilidade, etc), processual civil e penal (procedimentos em audiências e para coleta de provas, etc), comercial (conceitos de comércio e gerência, de atividade comercial incompatível com a função pública, para fins de demissão do agente transgressor), dentre outros tantos exemplos.", Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pg. 163, Editora Fortium, 1ª edição, 2008

"O direito disciplinar, como já dito, não é infenso à analogia penal, ainda mais quando se cogita de pena de natureza grave, conforme se vê do entendimento do Supremo Tribunal Federal manifestado no RE 78.917 (RTJ 71/284). O direito disciplinar não é infenso à analogia penal. Antes, ao que ensina Themístocles B. Cavalcanti no caso das penas puramente administrativas, os mesmos princípios podem também ser aplicados por analogia (Direito e Processo Disciplinar, p. 179)". Sebastião José Lessa, "Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância", pg. 129, Editora Brasília Jurídica, 4ª edição, 2006

"Nesses procedimentos [processo administrativo punitivo] são adotáveis, subsidiariamente os preceitos do processo penal comum, quando não conflitantes com as normas administrativas pertinentes", Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", pg. 653, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001

Neste rumo, necessário se pontuar de início que a aplicação de dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) e da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC) somente pode ser dar de forma subsidiária e supletiva, ou seja, quando a CF, a Lei nº 8.112, de 1990, e a Lei nº 9.784, de 1999, não apresentarem disciplinamento algum para a questão requerida em determinado caso concreto ou quando o fizerem de forma incompleta. Ademais, além de jamais poderem ser empregados em detrimento de disciplinamentos existentes nas fontes acima mencionadas, a aplicação subsidiária e supletiva de dispositivos destes Códigos deve se dar com as devidas adaptações e ajustes para as peculiaridades da instância administrativa em relação às instâncias judiciais.

Embora o regime e o processo disciplinar guardem maior afinidade com a lei material e com a lei processual penais do que com as correlatas civis, é o CPC, em seu art. 15 que melhor define seu alcance, em seu art. 15, conforme também realça a doutrina, em comando para o qual inexiste similar no CPP.

CPC - Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

"Embora se trate de ramo jurídico sancionador, mais conectado ao Direito

> *Penal, a evolução chegou também pelo CPC/2015, que veio em socorro para suprir as mencionadas lacunas da processualística disciplinar, prevendo no seu art. 15 o que a doutrina já ensinava: que a Teoria Geral do Processo se aplica ao processo administrativo, guardadas as suas peculiaridades. Além disso a lei, antes única guia da ação administrativa, agora sofre as modulações do Direito para a concretização dos fins públicos da administração, com margens mais alargadas, como ocorre no Judiciário.*
> *É incorreto acusar que esse alargamento se dá por mera vontade dos intérpretes, porque o art. 2º, § único, II, da Lei 9.784/99, já previa que nos processos administrativos serão observados os critérios de atuação conforme a lei e o Direito, significando que o hermeneuta administrativo pode ter uma visão mais à larga, menos amarrada ao estrito texto legal, quando estiver em jogo a realização e o respeito aos direitos fundamentais.", Luciano Rosa Vicente, "O Impacto dos Instrumentos Desburocratizantes na Celeridade Processual da Corregedoria da Receita Federal do Brasil", Dissertação de Mestrado em Direito no Centro Universitário de Brasília, pg. 13, 2021*

Diante do disposto no art. 15 do CPC, torna-se relevante diferenciar aplicação subsidiária de aplicação supletiva dos comando codificados sobre o regime e o processo disciplinar. Embora ambas se enquadrem no gênero de ferramentas de integração, não são sinônimas. A integração se diz subsidiária quando a norma integradora é empregada para suprir uma total lacuna da norma integrada. Em outras palavras, a aplicação subsidiária de uma norma se dá quando o intérprete se depara com completa ausência de normatização para regular o caso concreto que tenha sob sua análise. E a integração se diz supletiva quando se faz necessário complementar uma normatização já existente que é incompleta, insuficiente ou desatualizada. Em outras palavras, a aplicação supletiva se dá quando o intérprete se depara com uma norma pouco abrangente para regular o caso concreto que tenha sob sua análise. No caso de interesse, os comandos codificados poderão ser empregados no regime e no processo disciplinar de forma subsidiária se a Lei nº 8.112, de 1990, aqui tida como lei especial, for totalmente omissa acerca de determinada matéria; e poderão ser empregados de forma supletiva se aquela Lei for parcialmente omissa acerca de determinada matéria. Seja de uma forma ou de outra, trabalha-se aqui com a percepção de que a integração somente se autoriza quando a lei especial for omissa em relação ao tema do caso concreto. Tendo a Lei nº 8.112, de 1990, regulado a matéria de forma exaustiva à luz dos bens jurídicos merecedores de tutela pelo Direito Disciplinar, não caberá integração, anida que os Códigos possuam regulamentação mais detalhada daquele tema. E, também, obviamente, toda integração de que aqui se cuida somente se autoriza qunado a aplicação de comandos codificados sejam plenamente compatíveis e harmônicos com a percepção sistemática do Direito Disciplinar, sem que se afronte toa base principiológica reitora da normatização especial.

Por fim, acrescente-se que, na hipótese de tanto a CF, a Lei nº 8.112, de 1990, e a Lei nº 9.784, de 1999, serem silentes em relação a determinado tema, obrigatoriamente deve o aplicador do Direito buscar a integração com os dispositivos do CPP ou do CP, ainda que existam de forma diferente no CPC ou no CC, em virtude da inegável maior linha de afinidade da matéria disciplinar, seja substancial, seja instrumental, com as correlatas matérias do Direito Penal ou do Direito Processual Penal, em comparação com o Direito Civil ou com o Direito Processual Civil. Desta forma, não havendo regramento de determinado tema na CF e após a busca em vão na Lei nº 8.112, de 1990, e em seguida na Lei nº 9.784, de 1999, deve o aplicador buscá-lo no CPP ou no CP; somente em caso de persistir a lacuna é que, em termos de fonte normativa, deve o aplicador estender sua busca no CPC ou no CC. Embora, materialmente, possuindo o Direito Civil grande abrangência e aplicabilidade por regular as relações jurídicas mais cotidianas das pessoas em geral e, em consequência, o CC emane como fonte de inúmeros conceitos e institutos jurídicos e, procedimentalmente, o CPC figure como a lei processual básica e inspiradora dos demais ritos e de maior aplicabilidade genérica,

ambos Códigos, para fins de fonte normativa do Direito Administrativo Disciplinar, situam-se como de menor hierarquia.

De forma bastante geral, o CPP e secundariamente o CPC poderão vir a ser empregados para suprir lacunas nas duas Leis de índole administrativa no que diz respeito a rito procedimental, sendo possível se deparar com soluções distintas adotadas pelo legislador para o processo penal e para o processo civil, em razão das peculiaridades das respectivas tutelas ali instrumentalizadas, sendo certo que, em tais casos, conforme afirmado acima, a primeira opção integradora deve ser pela lei processual penal. Já as codificações materiais encontradas no CP e no CC se voltam mais à integração de conceitos e institutos que lhes são próprios e que complementam o rito e o regime estatutários. Diferentemente do que ocorre com a integração em instância instrumental, em termos de Direitos substanciais é menos comum se deparar com o confronto de um determinado instituto receber conceituações distintas no CP e no CC, a ponto de se ter de eleger aquele como fonte prioritária em relação a este, sendo mais comum de ocorrer de determinado instituto encontrar definição em um ou em outro, em função de sua natureza ser penal ou cível.

Mas aqui há de se fazer uma ressalva acerca da aplicação dos comandos dispostos nos Códigos de índole judicial. Se, de um lado, soa extremamente proveitoso e salutar que o aplicador do Direito Administrativo Disciplinar tenha conhecimento dos princípios e dos comandos de tais leis, por outro lado, deve este aplicador não perder a noção de que a Lei nº 8.112, de 1990, e a processualística disciplinar como um todo têm seus próprios princípios, institutos, definições, comandos e fins, os quais nem sempre coincidem com os daquelas leis voltadas à aplicação pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e por autoridades policiais. O emprego, portanto, dos dispositivos daqueles Códigos, reforça-se, limita-se à subsidiariedade.

Além dos princípios ora apresentados como síntese da exposição das fontes legislativas de natureza judicial, similarmente ao que se convencionou quando se abordou a fonte constitucional, procedimentos, conceitos e institutos das instâncias material e instrumental penal ou civil que repercutam de forma pontual na instância disciplinar serão apresentados ao longo do texto, apenas no ponto em que se fazem relevantes.

Neste rumo, ao longo do texto, serão pontualmente destacados os seguintes dispositivos do CPP, dentre outros, em lista não exaustiva: dos arts. 76, 77 e 79, acerca de conexão e continência; dos arts. 18 e 20, acerca de sigilo em fase investigativa; do art. 155, acerca da livre convicção; do art. 80, acerca de desmembramento; dos arts. 96 a 99, 105, 111 e 112, acerca dos incidentes de suspeição e de impedimento; dos arts. 351, 353, 357, 360 a 362, 367 e 370, acerca de notificações ou de citações por carta precatória, de réu preso e com hora certa; dos arts. 156 e 386, VI, acerca do ônus probante e da absolvição por ausência de provas; do art. 239, acerca de indícios; dos arts. 232, 234, 235 e 236, acerca de provas documentais e tradução; dos arts. 202 a 224, acerca de oitiva de testemunhas; do art. 226, acerca do reconhecimento de pessoas ou de coisas; dos arts. 159, 160, 174, 176 e 182 acerca de perícias; dos arts. 229 e 230, acerca de acareação; do art. 157, acerca de provas ilícitas; dos arts. 185, 186, 190, 191 e 197 a 200, acerca de interrogatório, dos direitos de o acusado não fazer prova contra si mesmo e de se manter calado e de confissão; dos arts. 149 a 152, acerca do incidente de insanidade mental; do art. 497 do CPP, acerca de defesa inepta; dos arts. 383 e 384, acerca de alteração de enquadramento; dos arts. 563, 565, 566 e 570, acerca de nulidade; e dos arts. 65 e 935, acerca de independência das instâncias.

Da mesma forma, ao longo do texto, serão pontualmente destacados os seguintes dispositivos do CP, dentre outros, em lista não exaustiva: dos arts. 61, 69, 70 e 71, acerca de conexão, concurso de infrações e infrações continuadas; dos arts. 330 e 342, acerca dos crimes de desobediência e de falso testemunho; dos arts. 151 e 153, acerca dos crimes de revelação de correspondência, comunicação telefônica e de revelação de segredo; do art. 26,

acerca de inimputabilidade; dos arts. 69 e 70, acerca de concursos de normas ou de infrações; dos arts. 18 a 26, acerca da definição analítica de crime; dos arts. 92 e 312 a 326, acerca de crimes contra a Administração Pública e do efeito acessório da condenação penal de perda do cargo; do art. 63, acerca de reincidência; dos arts. 109 a 112, acerca de prescrição criminal; e do art. 107, acerca de extinção da punibilidade.

Similarmente, ao longo do texto, serão pontualmente destacados os seguintes dispositivos do CPC, dentre outros, em lista não exaustiva: do art. 224, acerca de contagem de prazo; dos arts. 238, 246 a 254, 256, 269, 270 a 275, acerca de notificação inicial ou de citação com hora certa; do art. 188 do CPC, acerca de forma de atos processuais; dos arts. 369 a 374, acerca de provas; dos arts. 442, 443, 447, 448, 455, 457 e 459, acerca de oitivas de testemunhas e de declarantes; dos arts. 483 e 484, acerca de diligências; dos arts. 465 e 464, acerca de perícias; dos arts. 276 as 283, acerca de nulidades; e dos arts. 747 e 748, acerca de interdição judicial.

Por fim, ao longo do texto, serão pontualmente destacados os seguintes dispositivos do CC, dentre outros, em lista não exaustiva: dos arts. 1.591 a 1.595, acerca de relações de parentesco; dos arts. 70 a 76, acerca de domicílio e de domicílio necessário; arts. 927, 932, 935, 942 e 1.147, acerca de reparação civil; dos arts 960 a 991 e 1.150, acerca do Direito de empresa; e do art. 199, acerca de prescrição.

3.3.3.1 - Princípio do Convencimento Motivado

Segundo este princípio (também chamado de princípio da persuasão racional), de instância processual tanto penal quanto cível, previsto no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal (CF), no *caput* do art. 155 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e também no art. 371 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), o juiz deve formar sua própria convicção com base nas provas constantes dos autos, tendo liberdade para valorá-las, desde que o faça motivadamente, a fim de propiciar às partes o controle de que o juiz fundamentadamente julgou com base nos autos

A apreciação das provas não deve se prender e nem se predefinir por critérios legais apriorísticos ou abstratos (como já foi ao tempo medieval do chamado sistema da prova legal ou tarifada ou da certeza moral do legislador, tolhedor da cognição julgadora), mas sim deve decorrer de critérios pessoais do julgador, críticos ou racionais, influenciados por seu próprio conhecimento de mundo e por sua experência de vida. Mas isto não se confunde com autorização para que a autoridade atue com absoluta desvinculação dos elementos dos autos e ainda menos com arbitrariedade (como também já foi ao tempo iluminista do sistema da íntima convicção do juiz ou da certeza moral do juiz, que sucedeu o sistema da prova legal ou tarifada, facilitador do arbítrio julgador e que se caracterizava pela total liberdade para o julgador julgar tanto de acordo com a prova dos autos quanto com base em elementos não autuados ou até mesmo de forma contrária ao que consta do processo), já que a formação de sua convicção deve ser motivada. Também decorre deste princípio que a formação de convicção advém da análise objetiva e da valoração racional e lógica do conjunto de provas para que o julgador conclua acerca da responsabilização ou da inocência de alguém, não se permitindo a inversão da construção, qual seja, a partir de uma opinião apriorística (seja responsabilizadora, seja inocentadora acerca da conduta de alguém), o julgador ajustar a sua forma de interpretar as provas a fim de dar amparo ao seu prejulgamento, pois esta manipulação dos elementos autuados significaria uma descaracterização do direito à produção de provas, o que, em última análise redundaria em afronta ao princípio constitucional do devido processo legal.

CPP - Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova

> *produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008)*
>
> *CPC - Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.*

Interessante informar, em sentido histórico, que, até mais recentemente, este princípio era doutrinariamente chamado de princípio da livre valoração da prova, visto que o *caput* do art. 157 do CPP, em sua redação original, dizia apenas que "*o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da* prova" e o art. 131 do revogado CPC, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, com a redação que logo lhe foi da pela Lei nº 5.926, de 1º de outubro de 1973, dizia que "*O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que Ihe formaram o convencimento*". Já a partir da Lei nº 11.690, de 2008 (que se inseriu no que se denominou minirreforma da parte processual penal), o princípio passou a ser estampado no já mencionado *caput* do art. 155 do CPP, ainda mantendo o adjetivo "livre", mas já incluindo ressalva para a forma de fundamentar a decisão; e, a partir do novo CPC, como a mais recente manifestação do legislador sobre o tema, o advébio "livremente" foi excluído no também já mencionado art. 371. A noção moderna de livre apreciação se amolda ao fato de que as provas não são tarifadas, cabendo ao julgador valorá-las caso a caso, mas isto não significa total liberdade, que, em tese, poderia ser circunvizinha de arbítrio. A apreciação da prova pelo julgador sem prévia valoração é delimitada pela necessidade de exposição de sua motivação, daí porque a denominação doutrinária mais correta e adequada é de princípio do convencimento motivado.

Este princípio se manifesta em três vertentes. A primeira é que não há hierarquia entre as provas e não há valor prévio e absoluto para cada meio de prova, sendo relativo o valor atribuído a cada prova, caso a caso. A segunda é que todas as provas produzidas e autuadas no processo devem ser valoradas, ainda que seja para refutá-las. E a terceira é que todas as provas admitidas no processo são válidas, ainda que atípicas.

Cabe aqui reproduzir o comando do art. 375 do CPC, a ser lido em conjunto com a afirmação do princípio da livre valoração da prova, pois informa que o julgador se permeie, no ato de decidir, por sua experiência e por sua observação comum dos fatos e fenômenos da vida humana.

> *CPC - Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.*

Na processualística disciplinar, este princípio se manifesta em qualquer fase processual, a favor do agente condutor dos trabalhos (seja a autoridade instauradora, seja a comissão disciplinar, seja a autoridade julgadora). Não há dúvida de que, embora não emita um julgamento em *stricto sensu* ao final de sua participação no rito, a comissão disciplinar, ao longo de todo o tempo em que atua (em toda a segunda fase do processo), emite decisões interlocutórias, com destaque para a decisão de promover ou não a indiciação do servidor, fazendo-o à luz do conjunto probatório por ela mesma coletado e que ela analisa sob a prerrogativa da livre valoração. É importante destacar, portanto, que, em instância disciplinar, não apenas a autoridade julgadora em sentido estrito, conforme é pacífico na doutrina, se aproveita deste princípio ao emitir o ato final de julgamento, mas também a comissão dele se vale ao longo de toda a sua atuação processual (bem como também pode nele se apoiar a autoridade instauradora ao decidir em fase de admissibilidade).

> *"O princípio da livre convicção da prova norteia, também, os processos*

> *disciplinares. Não há hierarquia de provas. Nenhuma é mais importante que a outra, em razão da sua natureza. A autoridade administrativa, como o juiz, fará a apreciação livremente, atribuindo a cada prova o valor que lhe parecer adequado. Evidentemente, fundamentando o seu convencimento." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pg. 485, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

A aplicabilidade deste princípio no processo disciplinar informa que, embora a comissão possa ter entendido pela coleta de diversos atos instrucionais, ao final, nem todos, necessariamente, deverão importar na formação de sua própria convicção ou na convicção da autoridade julgadora, podendo determinado ato de prova ser descartado no cotejo com os demais. Este princípio informa ainda que não há uma prévia e fixa escala de valor para os diferentes elementos formadores de convicção tidos como válidos. Assim, nada impede que uma determinada prova, coletada *a priori* com rigor formal que lhe emprestaria relevante valor de convencimento, à vista da ponderação com as demais, tenha sua força probante mitigada, inclusive em comparação com outra prova para a qual, em princípio, se atribuiria menor valor, conforme se exemplificará em **4.4.5** e em **4.4.15.6**.

Da aplicação deste princípio, depreende-se que a formação de convicção, seja a cargo da comissão, seja a cargo da autoridade, deve ser sedimentada não analisando cada prova isoladamente e de forma estanque das demais, mas sim ao contrário, em cotejo dinâmico com o restante do conjunto probatório. O maior ou menor valor que determinada prova assume na formação da convicção não decorre de uma fixa e prévia escala legal de valoração, mas sim de uma leitura crítica e racional da comissão ou da autoridade à luz das demais provas do caso específico, conforme se abordará em **4.4.17.1** e em **4.10.4.1**. Esta motivada e não arbitrária apreciação do conjunto probatório, de que se aproveita a comissão ou a autoridade, é o direto reflexo do princípio do convencimento motivado no processo disciplinar.

É o que se verifica no *caput* do art. 161 e no *caput* do art. 165, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ao exigirem, respectivamente, que a comissão especifique, na indiciação, os fatos imputados ao indiciado e as respectivas provas e, no relatório voltado à autoridade julgadora, as provas em que se baseou para formar sua convicção. Na mesma linha, em termos mais genéricos, o § 1º do art. 38 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, exige que asprovas sejam consideradas na motivação do relatório e da decisão. Estes comandos legais demonstram também a forte interligação dinâmica entre os princípios do convencimento motivado e da motivação.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 161. Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indiciação do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.*
> *Art. 165. Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.*
>
> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 38.*
> *§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.*

3.3.3.2 - Princípios da Reserva Legal e da Anterioridade e da Irretroatividade da Lei Penal

Os princípios da reserva legal e da anterioridade da lei penal constituem espécies de como o princípio da legalidade (já mencionado em **3.3.1.5**), em gênero, se manifesta na instância material penal, em atendimento a direitos e garantias fundamentais individuais de molde constitucional. Em outras palavras, aqueles decorrem deste. O princípio da legalidade a que aqui se refere é a vertente prevista no inciso II do art. 5º da Constituição Federal (CF),

fundamentadora do Estado Democrático de Direito, como garantia individual de molde constitucional que condiciona as proibições sobre a conduta humana à previsão em lei. Relembre-se, não obstante, que o princípio da legalidade também encontra previsão no *caput* do art. 37 da CF, em sua vertente da legalidade administrativa, que obriga que a Administração, obviamente, atue no estrito cumprimento da lei, inclusive no que tange a impor modelo de comportamento a seus agentes. Os princípios da reserva legal e da anterioridade da lei penal encontram-se positivados conjuntamente tanto no inciso XXXIX do art. 5º da CF quanto no art. 1º do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), em reflexo do brocardo da *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, e também costumam ser denominados, de forma agregada e conjunta, como princípio da tipicidade, brocardo que se refere à necessidade de que os tipos penais descrevam para a sociedade, de forma precisa, indubitável, clara e prévia, as condutas consideradas como crime e as sanções decorrentes.

Pelo mandamento da reserva legal, na parte final dos dois dispositivos, apenas a lei pode estabelecer a definição de crime e cominar pena. Em complemento, pelo mandamento da anterioridade da lei penal, na parte inicial dos dois dispositivos, a lei que define o crime e que comina a pena deve estar em vigor no momento da conduta - o que, em contrapartida, traz a consequência de não ser dado a ninguém a prerrogativa de alegar o desconhecimento da lei penal (aqui compreendida como a lei que materialmente define crime ou comina pena).

> *CF - Art. 5º*
> *XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;*
>
> *CP - Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.*

Diante da postura axiologicamente cautelosa e residual com que o aplicador do Direito deve compreender a instância penal, somente é de se considerar como crime a conduta que se amolda com perfeição à definição como tal na norma penal incriminadora, sendo, portanto, defeso, nesta instância, o emprego da analogia para abarcar como suposto crime uma conduta que apenas se assemelha à previsão hipotética da lei (analogia *in malam partem*), aceitando-se apenas a aplicação da analogia a favor da defesa (analogia *in bonam partem*)

Em ambos princípios, em decorrência das gravosas repercussões quando se cogita de matéria penal, a leitura dos termos “lei” e “legal” deve ser restrita, não se aceitando normas infralegais como definidoras de crimes e como cominadoras de pena.

No tema da aplicação da lei penal no tempo, o princípio da anterioridade da lei penal traz como corolário o princípio da irretroatividade da lei penal, também refletindo em instância material penal as garantias fundamentais estabelecidas em Estado Democrático de Direito, estando positivado no comando da parte inicial do inciso XL do art. 5º da CF. Este princípio encarta a regra geral de que a lei penal não retroage, o que se amolda com perfeição ao comando da parte inicial do *caput* do art. 6º da Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, o que significa dizer que passou a ter incidência sobre todos os ramos do Direito e não mais apenas sobre o Direito Civil), que prevê apenas o efeito imediato, e não pretérito, da lei de forma geral.

> *CF - Art. 5º*
> *XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;*
>
> *LINDB - Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957)*

E nem se poderia cogitar de construção oposta, uma vez que, em Estado Democrático

de Direito, seria completamente divorciado da necessária segurança jurídica que qualquer pessoa ficasse exposta ao risco de, em razão de uma conduta sua, praticada nos termos da licitude e da legalidade conforme a lei penal vigente e que viesse posteriormente a ser considerada como crime por nova lei, ser alvo da retroação punitiva. O mesmo raciocínio se aplica mesmo em condições em que a nova lei penal não cria um novo crime, mas sim tão somente inova o ordenamento com qualquer alteração prejudicial ao agente (a chamada *novatio legis in pejus*, como, por exemplo, adoção de elementos do tipo menos exigentes, cominação de pena mais rigorosa, aceitação de novas agravantes ou revogação de hipótese de extinção de punibilidade). Em qualquer destas situações, seja em decorrência de criação de nova lei, seja por edição de lei alteradora de lei já existente, tais inovações no ordenamento penal material não são aplicadas retroativamente em prejuízo do autor.

Ainda quanto à aplicação temporal, cabe acrescentar a menção ao princípio da retroatividade da lei penal benigna, positivado no comando na parte final do já reproduzido inciso XL do art. 5º da CF e no art. 2º do CP.

> *CP - Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*
> *Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Por este princípio, quando a lei penal posterior, revogando dispositivo legal anterior que considerava determinada conduta como crime, passa a não mais qualificá-la como tal, restando aquela ação ou omissão humana como atípica e, portanto, fora da definição de crime (a chamada *abolitio criminis*), opera-se a retroatividade benigna, extinguindo a punibilidade referente a condutas criminosas praticadas ainda ao tempo da lei anterior, conforme mutuamente se reforçam o *caput* do art. 2º e o inciso III do art. 107, ambos do CP. Com isto, novos processos sequer são iniciados, os processos em andamento são imediatamente extintos, as sentenças têm cessadas suas execuções, as penas em execução são extintas, bem como também cessam todos os seus efeitos penais (mas não os cíveis, como, por exemplo, de reparar eventual dano decorrente da conduta ou de responsabilização disciplinar, pois a condenação penal definitiva equivale a um título judicial a favor da vítima, conforme o inciso VI do art. 515 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) e o *caput* do art. 63 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal - CPP, como um efeito cível da sentença definitiva, a ser mantido mesmo em caso de *abolitio criminis*). Na mesma toada, quando a lei penal posterior, mesmo sem trazer a completa descriminalização da conduta, inova o ordenamento com qualquer alteração benéfica ao agente (a chamada *novatio legis in mellius*, como, por exemplo, adoção de elementos do tipo mais exigentes, cominação de pena menos rigorosa, aceitação de novas atenuantes ou criação de nova hipótese de extinção de punibilidade), conforme o parágrafo único do art. 2º do CP, é aplicada retroativamente em benefício do autor, no que couber aos casos concretos, seja em processos em andamento, seja em processos já sentenciados.

> *CP - Extinção da punibilidade*
> *Art. 107. Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *III - pela retroatividade da lei que não mais considera o fato como criminoso;*

De se destacar que a retroatividade excepcionalmente aceita para beneficiar o agente somente se dá em termos de Direito Penal material, não havendo nenhuma possibilidade de retroatividade para normas instrumentais que regulam o rito processual penal, seja em decorrência de criação de nova lei, seja por edição de lei alteradora de lei já existente. Independentemente do tempo do cometimento do crime e também se a alteração é benéfica ou

não para a defesa, as inovações processuais têm incidência imediata a partir da sua vigência sobre todos os processos em andamento e não retroagem sobre os atos processuais já praticados nem sequer nos processos ainda em andamento e muito menos naqueles já encerrados, conforme aplicação subsidiária do art. 14 do CPC e aplicação extensiva do art. 2º do CPP, preservando-se os atos processuais já realizados sob luz do ordenamento anterior.

> *CPC - Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.*
>
> *CPP - Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.*

Os princípios da reserva legal e da anterioridade da lei penal se amoldam à perfeição ao Direito Administrativo Disciplinar, vez que os ilícitos funcionais e as respectivas penas já se encontram exaustivamente previstos (ainda que sem a rica definição típica do Direito Penal) e cominadas nos arts. 116, 117, 127 e 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, não havendo espaço no ordenamento jurídico para se cogitar de imputação de ilicitudes ou de aplicação de penas além daquelas estatutariamente previstas. Também aceita-se no Direito Administrativo Disciplinar a repercussão do princípio da irretroatividade da lei penal, por reflexo do comando da parte inicial do inciso XL do art. 5º da CF e em razão do comando da parte inicial do *caput* do art. 6º da LINDB, que estende este preceito a qualquer instância, da mesma forma como se opera na instância penal.

No entanto é necessário destacar que o corolário da retroatividade da lei penal benigna não encontra acolhida na instância disciplinar, conforme melhor se abordará em **4.13.5.2**. Por um lado, a aplicabilidade da irretroatividade da nova lei sancionadora mais gravosa conta expressamente com o comando da parte inicial do inciso XL do art. 5º da CF e com o comando da parte inicial do *caput* do art. 6º da LINDB, que não só autorizam mas sim obrigam mesmo que este preceito seja respeitado em qualquer instância. Por outro lado, a aplicabibilidade da retroatividade da lei sancionadora benigna, ao contrário, somente é positivada para a instância penal, no comando da parte final do citado inciso XL do art. 5º da CF, de forma que qualquer agente que busque estendê-la em âmbito administrativo incorre em claro confronto com os princípios da legalidade, da segurança jurídica e da autotutela da Administração.

Inexiste comando a favor da retroatividade da lei sancionadora benigna na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Ao contrário, no ponto mais próximo que chegaram acerca do tema em tela, ao tratarem da decisão advinda da revisão processual, a Lei nº 8.112, de 1990, no parágrafo único do art. 182, e a Lei nº 9.784, de 1999, no parágrafo único do art. 65, igualmente apenas vedaram o agravamento da penalidade - ou, em outras palavras, não vedaram a manutenção da sanção. Antecipe-se que a alteração legislativa que extingue o enquadramento ou que torne mais exigentes os seus elementos ou que abrande a pena, *a priori*, não perfaz os critérios elencados no *caput* do art. 174 da Lei nº 8.112, de 1990, a saber, de virem à tona a qualquer tempo "*fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada*", a fim de justificar a autorização de deflagração de processo revisional.

Um outro aspecto que merece menção é a diferença na tutela. Enquanto o Direito Penal se move, precipuamente, em busca da reprovação do crime já cometido, em sentido retroativo, o Direito Administrativo Disciplinar tem um leque mais amplo de tutelas (a saber, cuidar da regularidade interna em toda Administração diante de qualquer ato funcional), que o obriga a ir além da reativa punição de servidores em razão do cometimento de infração, abarcando também como objetivos as ações prospectivas e de eficácia futura de prevenir e de persuadir, a fim de que tais condutas sequer cheguem a se concretizar. Este espectro proativo

mais ramificado de atuação exige que a retroatividade seja exercitada de forma muito mais seletiva e restritiva de como é assegurada na instância penal.

Por um lado, o princípio da retroatividade da lei benigna se harmoniza com o Direito Penal, cujos tipos são fechados, de sorte que, quando o legislador ordinário altera uma lei material penal deixando de tipificar determinada conduta, ele o faz, de forma restrita, apenas para aquele tipo, que abarca um rol delimitado e bem definido de ações ou omissões humanas a ser contemplado pela nova previsão legal descriminalizadora, sem trazer insegurança jurídica. Por outro lado, diante da diferente natureza dos enquadramentos estatutários em relação aos tipos penais, não cabe importar esta construção para a instância disciplinar, em que as definições materiais de ilicitudes são abertas, abarcando uma extensa gama de ações e omissões humanas, o que claramente não se coaduna com a inteligência que rege a aplicação do princípio na instância penal.

Ademais, o inciso XXXVI do art. 5º da CF e o comando da parte final do já mencionado *caput* e o § 1º do art. 6º da LINDB, que regem todos os ramos do Direito, penal e cível, asseguram a proteção do ato jurídico perfeito, definido como o ato jurídico consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. Assim, esta proteção constitucional e legal recai sobre o julgamento condenatório do processo disciplinar que tenha sido integral e corretamente feito à luz do ordenamento material e instrumental então vigente, na forma de decisão terminativa de mérito. Quisesse o legislador atribuir o efeito da retroatividade da lei benigna a outras instâncias diferentes da penal, deveria tê-lo feito de forma expressa na CF e nas demais leis materiais ou instrumentais. E, nesta linha de que não havendo previsão legal específica que autorize a retroação benigna em determinada instância de Direito, como é o caso do Direito Administrativo em geral e do Direito Administrativo Disciplinar em especial, deve prevalecer o ato jurídico perfeito e não se opera retroação benigna, também entendem a jurisprudência e a doutrina.

> *CF - Art. 5º*
> *XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;*
>
> *LINDB - Art. 6º*
> *§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)*
>
> *"Ademais, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece o princípio geral da irretroatividade ao mencionar que os efeitos da lei serão imediatos. Dessa forma, para que uma lei retroaja no direito brasileiro, ela precisa conter um expresso dispositivo nesse sentido (cf. Cardozo, 1995:320/323). Sendo a lei omissa quanto à sua retroatividade, será irretroativa, por força do art. 6º, caput, da LINDB. A regra, em outros termos, é a de que a lei, no Brasil, não pode ser aplicada a fatos verificados anteriormente à sua vigência, exceto se contiver expressa disposição nesse sentido. Mesmo assim, sua aplicação deverá resguardar os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada. Esse preceito de direito intertemporal não se aplica às normas de direito penal, sujeitas, como visto acima, a regramento próprio: retroagem quando são mais benéficas que a revogada, ainda que não contemplem dispositivo expresso nesse sentido."Fábio Ulhoa Coelho, "Curso de Direito Civil - Parte Geral", vol. 1, pg. 142, Editora saraiva, 1ª edição, 2012*
>
> *STJ, Segunda Turma, Ministro Relator Herman Benjamin, Recurso em Mandado de Segurança nº 33.484/RS, DJe 01/08/2013, Ementa: "1. O ora recorrente, Oficial de Justiça à época, foi investigado por exigir custas excessivas em processo judicial. O Conselho da Magistratura demitiu-o em 1986, após o regular processo administrativo, em decisão ratificada pelo Órgão Especial. Pleiteou-se a revisão do processo, em 1994, que, rejeitada por*

maioria de votos, ensejou a impetração de Mandado de Segurança, o qual foi denegado.
2. A demissão a bem do serviço público do recorrente foi confirmada pelo órgão especial em 1987, e o ato demissório deu-se em 1989. O pedido de revisão ocorreu mais de cinco anos depois, porquanto admissível sua propositura, uma única vez, a qualquer tempo (art. 249 da Lei 10.098/1994).
3. In casu, quando julgado o processo administrativo (1986), não havia norma sobre prescrição no Código de Organização Judiciária (Lei Estadual 5.256/1966), que tratou da Ação Disciplinar (arts. 756 e ss.). O acórdão recorrido valeu-se de dupla remissão para aplicar a prescrição prevista na legislação penal. Essa lacuna normativa perdurou até a edição da LCE 10.098/1994, que passou a regulamentar expressamente a prescrição da Ação Disciplinar em prazo mais curto, favorável ao recorrente.
4. Caso a lacuna da legislação local tivesse sido suprida ao longo do PAD mediante edição de lei nova que regulasse a prescrição no âmbito administrativo, estar-se-ia diante de norma superveniente que seria levada em consideração no julgamento do processo administrativo e poderia resultar na sua extinção.
5. Contudo, o pedido de revisão tem prazo aberto e pode ser apresentado a qualquer momento. A valer a proposição do recorrente, passados 5, 10, 20 ou 40 anos, havendo mudança na lei a respeito dos prazos prescricionais, todos os processos administrativos que ensejassem de advertência a demissão poderiam ser rejulgados, adotando-se a legislação eventualmente mais benéfica.
6. A diferença ontológica entre a sanção administrativa e a penal permite a transpor com reservas o princípio da retroatividade. Conforme pondera Fábio Medina Osório, 'se no Brasil não há dúvidas quanto à retroatividade das normas penais mais benéficas, parece-me prudente sustentar que o Direito Administrativo Sancionador, nesse ponto, não se equipara ao direito criminal, dado seu maior dinamismo'.
7. No âmbito administrativo, a sedimentação de decisão proferida em PAD que condena servidor faltoso (acusado de falta grave consistente na cobrança de custas em arrolamento em valor aproximadamente mil vezes maior) não pode estar sujeita aos sabores da superveniente legislação sobre prescrição administrativa sem termo ad quem que consolide a situação jurídica. Caso contrário, cria-se hipótese de instabilidade que afronta diretamente o interesse da administração pública em manter em seus quadros apenas os servidores que respeitem as normas constitucionais e infraconstitucionais no exercício de suas funções, respeitadas as garantias do due process.
8. Precedente em situação similar indica: 'quanto à alegação de prescrição administrativa, questão que em tese poderia determinar a anulação do ato que cassou a nomeação do recorrente na função de Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Palhoça/SC, verifica-se que as leis apresentadas (9.873/99 e 9.784/99) foram editadas após a ocorrência da nomeação do recorrente em 1992 e após o próprio ato de cassação ocorrido em 1998, não podendo retroagir para alcançar a situação do recorrente. Precedentes: RESP nº 646107/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 14/03/2005; MS 9092/DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 25.09.2006 e EDcl no AgRg no RESP nº 547668/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 02/05/2005' (AgRg no AgRg no REsp 959.006/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 7.5.2008)."

3.3.3.3 - Princípio da Intervenção Mínima

Este princípio de instância material penal volta-se ao aplicador do Direito, freando seu ímpeto de aplicar o Direito público punitivo quando a conduta em análise pode ser remediada com a atuação de outras instâncias jurídicas menos repressivas.

O princípio da intervenção mínima informa que a instância penal é de ser vista como o remédio jurídico de aplicação residual, subsidiária e sem excessos para afrontas a bens jurídicos tutelados quando nenhuma outra instância de Direito se mostre eficaz e suficiente. Sendo uma instância de Direito voltada à proteção de relevantes bens jurídicos de interesse de toda a sociedade para cuja afronta impõe as mais severas penas previstas no ordenamento, o princípio em tela ampara que o Direito Penal somente deva ser provocado não só quando o bem jurídico foi atingido pela conduta do agente, mas também quando o foi de forma relevante. Em outras palavras, este princípio aponta para que o aplicador do Direito, antes de cogitar da gravosa provocação da instância penal, verifique se os demais ramos jurídicos não podem solucionar o conflito, de forma que o Direito Penal somente seja aplicado em último caso, quando os controles formais e as proteções encartadas nos demais ramos não supram a necessária tutela a valores primordiais da vida em sociedade.

Na esteira, sendo o Direito Administrativo Disciplinar também uma instância jurídica pública e punitiva e voltando-se para a tutela de um conjunto de bens jurídicos de menor amplitude (o que nem sempre se confunde com menor relevância) que o foco amplo da instância penal, não há porquê não se cogitar de extensão de tal postura salutarmente cautelosa, adotada por este ramo responsável pela proteção de bens jurídicos de interesse de toda a sociedade. Assim, conforme voltará a se expor em **4.6.1.1**, no âmbito restrito da Administração, o Direito Administrativo Disciplinar também deve ser compreendido como o remédio jurídico de aplicação subsidiária e residual, somente justificável quando as demais formas de agir da Administração (seja coibindo ou inibindo ilícitos, seja restabelecendo o equilíbrio interno afetado por condutas indesejadas), como por exemplo, o emprego de todas as ferramentas ao dispor da gestão de pessoas, se demonstram ineficazes e insuficientes.

3.3.3.4 - Princípio da Insignificância

Trata-se de um princípio de instância material penal que reforça o conceito básico de que esta instância de Direito destina-se à proteção de bens jurídicos de maior valor para a sociedade e merecedores de forte tutela estatal, cuja lesão acarreta ao infrator a grave reprovação social, operada pela aplicação da pena. Neste rumo, o princípio informa que o Direito público punitivo somente deve se importar com condutas que, materialmente, exponham a perigo valores fundamentais da sociedade ou, em outras palavras, que contenham lesividade social.

Outra forma de se compreender o princípio em tela é quando, diante de determinada conduta de baixo grau de lesividade, mesmo que o aplicador do Direito cogite da menor pena dentre aquelas legalmente previstas para a espécie, esta ainda se revele exagerada e desproporcional, podendo-se inferir, desta construção, que a tal conduta, ainda que, no plano abstrato, seja possuidora de tipicidade na lei penal, na prática concreta, não atingiu efetivamente os valores protegidos pelo Direito Penal.

Figurando a dignidade humana como um fundamento constitucional no Estado Democrático de Direito pátrio, no inciso III do art. 1º da Constituição Federal (CF), este princípio afasta a tipicidade de condutas concretas que, embora formalmente até possam ser capituladas em tipos criminais na lei penal, na prática, apresentam escassa potencialidade lesiva.

> *CF - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
> *III - a dignidade da pessoa humana;*

Em razão da construção teórica e hipotética dos tipos penais, o texto legal não comporta a diferenciação para condutas de pequeno grau de afronta, cabendo ao aplicador do

Direito a atenção ao princípio, que indica que somente as condutas que de fato lesionem o interesse protegido é que materialmente se adequam ao tipo. Para as condutas incapazes de ofender o bem jurídico tutelado, que podem ser denominadas de ilícitos de bagatela, opera-se a exclusão da tipicidade, no que tange a seu aspecto material.

De se destacar que o princípio da insignificância não comporta aplicação em abstrato, mas sim deve ter a sua amoldação verificada à luz das peculiaridades de cada caso em concreto.

A exemplo do que se aduziu acima para o princípio da intervenção mínima, também é de se aceitar a adoção deste princípio de instância penal no Direito Administrativo Disciplinar, em que, se por um lado, se compreende a necessidade de o regime disciplinar diferenciar-se da lei penal para abarcar maior espectro de gravidades de infrações funcionais, conforme melhor se aduzirá em **4.6.1.1** e em **4.6.3.1**, por outro lado, é de se ponderar que o caráter mais abrangente dos enquadramentos, em comparação com os tipos criminais, pode ensejar à persecução disciplinar por condutas de inexpressiva lesividade à Administração e ao interesse público.

> *"A insignificância do bem ofendido, conforme a melhor doutrina pátria e estrangeira, exclui a tipicidade material e, por conseguinte, a própria tipicidade penal, ilidindo um dos elementos do conceito analítico de crime, qual seja, a tipicidade, fazendo com que o fato não seja considerado crime. Segundo Luiz Flávio Gomes, para o direito penal, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a infração será de bagatela se ausente a periculosidade social da conduta, ou não haja mínima idoneidade ofensiva, ou inexpressiva do ponto de vista da lesão jurídica causada, ou ainda, não seja reprovável, assentado, assim, a noção de insignificância vinculada aos conceitos de desvalor da conduta e desvalor do resultado jurídico. Com esses ensinamentos, temos dois tipos de insignificância do ilícito, quais sejam o vinculado à conduta e o vinculado ao resultado jurídico – insignificância da conduta e insignificância do resultado jurídico. Apesar de ter sido desenvolvido em sede de direito penal e, segundo Eugenio Rául Zaffaroni, como elemento da tipicidade conglobante, nada obsta sua aplicação em direito administrativo, uma vez que, em ilícitos de resultado material, a atipicidade é assente, sem embargo do ramo do Direito a ser reconhecido. Não há qualquer óbice à transposição e adequação dessa teoria para o direito sancionador estatal. Com efeito, a tipicidade disciplinar pode ser entendida como composta de duas espécies que, em conjunto a compõem: a tipicidade legal, ou seja, a descrição da conduta ilícita e a tipicidade material, qual seja, a relevância do dano causado à Administração. A noção de insignificância da conduta e insignificância do resultado jurídico alocam-se dentro do conceito de atipicidade material, concernente a teoria conglobante. A conduta insignificante pode excluir a tipicidade disciplinar na medida em que, por mais que haja um tipo legal descritor, não seja concretamente reprovável, ou seja há a previsão típica legal do ilícito, há a subsunção do fato praticado à norma proibitiva , mas concretamente a conduta representa algo sem significância para a ordem interna do serviço público ... O resultado jurídico insignificante pode excluir a tipicidade disciplinar, quando, por mais que haja um tipo proibitivo e a ação ou omissão seja relevante e se subsuma ao descrito na norma, o resultado não provoque maiores repercussões danosas ao serviço público e seus interesses. Para a análise da insignificância disciplinar, não há que se perquirir acerca dos elementos subjetivos da conduta, animus, dolo ou culpa, ou dos antecedentes funcionais do servidor, mas porém, devem-se analisar os aspectos objetivos de cada caso concreto, para que se possa valorar a conduta e o resultado jurídico em um contexto apropriado, onde, a depender, faz transmudar algo que ordinariamente seria considerado insignificante, para uma conduta relevante para o Direito. Com esses fundamentos, transportando a teoria da bagatela do ilícito do direito*

penal para o direito administrativo, aceitando o princípio da tipicidade para o ilícito administrativo disciplinar, deve-se aceitar o princípio da insignificância ou da bagatela para excluir a referida tipicidade, em casos de irrelevância material dos danos causados. Tanto assim o é que dificilmente se defenderia a responsabilização, em sede judicial, por ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429/92, do servidor público que utilizou o telefone da repartição para fazer uma ligação de interesse particular, ou utilizou-se de uma caneta fornecida pela repartição para assinar diversos cheques particulares. O mesmo se diga, somente para ficarmos com exemplo do estatuto do servidor público civil federal, quanto ao ilícito prescrito no art. 117, XVI, da Lei 8.112/90, "utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares", onde também é indefensável a não aplicação do princípio ao agente que utilizou alguns envelopes da repartição pública para acondicionar documentos particulares. Por óbvio, nos exemplos acima, a aplicação do princípio da insignificância se impõe, face à pequena expressividade do dano causado. Assim também o é para os ilícitos disciplinares.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pgs. 378 e 379, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.

STF, Primeira Turma, Ministro Relator Menezes Direito, Habeas Corpus nº 94.439/RS, DJe 03/04/2009, Ementa: "1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal assentou algumas circunstâncias que devem orientar a aferição do relevo material da tipicidade penal, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada."

3.3.3.5 - Princípio da Confiança

Este é um princípio de instância material penal, fundado na premissa de que todos, em princípio, agem com regularidade e com responsabilidade em suas respectivas atribuições legais, práticas e atos, o que pode sustentar o afastamento da tipicidade da conduta daquele que atua na confiança de que o outro agirá dentro dos limites normalmente esperados.

Em abordagem primeiramente de forma mais ampla, sabe-se que a qualquer indivíduo que vive em sociedade impõe-se o dever de cuidado objetivo, no sentido de orientar suas condutas pela cautela, pelo zelo e pelo esmero a fim de lesionar ou expor a perigo concreto círculos de direitos de outrem. E, presumindo a boa-fé de cada indivíduo na prática regular de seus atos, como uma verdadeira premissa axiológica do Direito, é de se esperar que todos mantenham este comportamento prudente, atento e diligente. Nesta linha, é natural presumir que aquele indivíduo que pauta sua conduta no cumprimento de todo ordenamento confie aprioristicamente que os demais também de mesma forma e esta sua expectativa de boa-fé afasta a sua culpa diante da inesperada má conduta alheia.

A confiança juridicamente aceita como elemento inibidor da tipicidade da conduta do agente decorre da expectativa que qualquer pessoa mediana tem acerca do desempenho regular das atribuições legais e atividades sociais e laborais por parte dos demais, dentro do grau de normalidade e previsibilidade que se espera de cada um, de forma que este agente tenha, a seu favor, afastada a configuração de fato típico (seja doloso e até mesmo culposo) no comportamento inesperadamente irregular de terceiro. Todavia, a confiança excessivamente depositada e que macula a inferência de dedicação e diligência que se deveria esperar do próprio agente deixa de ter o condão de afastar a tipicidade de sua conduta, no sentido criticável de acomodação ou de omissão.

O princípio da confiança assume relevância em instância administrativa devido a seu caráter interno fortemente marcado pela hierarquia, pela descentralização de competências e

pela distribuição e atribuição de tarefas. É facilmente inferido o grau de insegurança jurídica e a antioperacionalidade que se instituiria na Administração se cada autoridade tivesse de rever todos os atos cometidos pelos servidores respectivamente subordinados com o fim de afastar seu rol de responsabilidades referente a todos os atos cometidos sob sua ascendência hierárquica, por vezes escalonada em diversos degraus.

Pode, por exemplo, uma autoridade superior, atuando dentro do que normalmente se espera da análise gerencial das diversas demandas que lhe chegam, acatar determinado encaminhamento a um pleito qualquer, indevidamente proposto por subordinado, sem que houvesse qualquer elemento que lhe chamasse a atenção da incorreção da proposta, ao amparo da relação de confiança depositada na lisura e na capacidade profissional do subordinado. Nesta hipótese, à vista de cautelosa análise das peculiaridades do caso concreto, desde que se verifique que a conduta do superior hierárquico se manteve no limite do que normalmente se poderia esperar da diligência, da dedicação, do aprofundamento e da atenção do homem mediano, pode se cogitar da aplicação do princípio da confiança para subtrair a tipicidade da conduta daquele superior. Por outro lado, novamente com a cautela de aqui não se intencionar ditar regra determinística, atentando para os contornos de cada caso em concreto, a aplicação do princípio em comento pode não valer se a competência deste agente é justamente avaliar ou corrigir as tarefas dos subordinados.

3.3.3.6 - Princípio do *Non Bis In Idem*

O enunciado do *non bis in idem* (que, literalmente, significa “não duas vezes sobre a mesma coisa”), embora figure como um princípio geral de Direito, aplicável em qualquer instância jurídica (já que a ideia de Direito traz associadas as noções de obrigação e de sanção), sem dúvida, encontra campo mais fértil de aplicação em ramos jurídicos punitivos, como o Penal e do Administrativo Disciplinar.

Por este enunciado, umbilicalmente associado ao fundamento básico da dignidade da pessoa humana, ninguém deve ser duplamente punido, em uma mesma instância de Direito, por um único fato. O princípio veda a acumulação de penas de mesma natureza em decorrência de um mesmo fato.

Em instância disciplinar, este princípio, refletido na Súmula nº 19 do Supremo Tribunal Federal (STF), impede que, por um mesmo conjunto fático apurado em um determinado processo disciplinar, seja o servidor punido com mais de uma pena. Assim, não se admite, ainda que um único processo encarte a apuração de fatos que se enquadram em mais de um dispositivo legal (seja em concurso de normas em conflito apenas aparente, seja em efetivo concurso de infrações independentes, conforme se aduzirá em **4.5.3**), que se apliquem penas de advertência e de suspensão ou penas de advertência e expulsiva ou penas de suspensão e de multa ou penas de suspensão e expulsiva.

> *STF, Súmula nº 19: “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira.”*

Todavia, à vista deste princípio, duas ressalvas devem ser destacadas. A primeira é que o enunciado não afasta outro enunciado de idêntico valor informante, qual seja, da independência das instâncias, que se abordará em **4.14.3**. Não configura afronta ao princípio do *non bis in idem* a tríplice repercussão de um mesmo ato em distintas esferas de responsabilização, com suas respectivas formas de sancionamento, em sentido lato. Assim, por exemplo, um mesmo fato antijurídico pode receber a reprimenda prevista em instância penal se for tipificado como crime e também justificar a respectiva pena administrativa estatutária se for enquadrado como ilícito disciplinar e ainda sem prejuízo de impor ao agente o dever de reparar eventual dano ocasionado por sua conduta. São três apurações e consequentes apenações de distintas naturezas, satisfazendo distintas tutelas de Direito e que

não maculam a regra da vedação de acumulação de penas de mesma índole.

Uma segunda ressalva a ser feita acerca da aplicação do princípio em instância disciplinar é que, conforme já abordado, a Administração concomitantemente, dentro da dinâmica própria da matéria principiológica, também se move pelos princípios da hierarquia e da autotutela, por meio dos quais pode-se ter a necessidade de, a pedido ou de ofício, em função de algum ato eivado de ilegalidade cometido em qualquer ponto do processo, inclusive pela inadequação do próprio julgamento, se declarar nula esta decisão e o ato de aplicação de penalidade. Nesta hipótese, o necessário refazimento do processo, ainda dentro do prazo prescricional, pode levar à aplicação de outra pena, inclusive mais grave que a primeira. Aqui, tendo se operado a anulação da primeira pena, como se juridicamente ela jamais tivesse existido, não há que se confundir a nova e acertada punição com afronta ao princípio do *non bis in idem*. Na espécie, não se cogita de aplicação de uma segunda pena de mesma natureza (natureza disciplinar-estatutária) para um mesmo fato, mas sim de aplicação da pena correta após se ter anulado a primeira pena indevidamente aplicada, de forma que resta apenas uma sanção. A Advocacia-Geral da União (AGU) já externou idêntico entendimento, por meio do Parecer AGU nº GQ-177, em harmonia também com a jurisprudência e com a doutrina.

> *Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: "Ementa: O julgamento de processo disciplinar de que advém a aplicação de penalidade mais branda que a cominada em lei, efetuado pela autoridade instauradora, não obsta que aquela efetivamente competente julgue e inflija a punição adequada, sem que esse ato caracterize dupla irrogação de pena, em razão de um mesmo fato ilícito".*
>
> *STF, Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 24.308: "Ementa: Previsão legal da pena de demissão. Aplicação errônea da pena de suspensão. A hipótese não é de revisão para beneficiar (art. 174 da Lei 8.112/90) mas de ato da Administração Pública proferido contra expressa letra da lei e passível de correção 'ex officio'. Inaplicabilidade da Súmula 19 do STF. Precedente: MS 23.146. Nenhuma mácula ocorre com relação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, se preservada toda a matéria produzida nos autos do processo administrativo onde esses princípios foram observados."*
>
> *STF, Mandado de Segurança n° 23.146: "Ementa: Não obstante as sanções de suspensão e demissão tenham sido sucessivamente aplicadas ao mesmo fato, não há 'bis in idem', vedado pela Súmula 19, se, para aplicar a demissão, o Presidente da República anulou previamente a suspensão, por incompetência da autoridade inferior que a impusera."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 11.138: "Ementa: 2. O disposto na Súmula 19 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual 'é inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira', não se aplica a hipóteses como a dos autos. Em havendo a anulação da primeira punição, não há falar em bis in idem ou em nulidade na aplicação de outra penalidade pela prática da mesma infração."*
>
> *"Independentemente de o servidor penalizado já ter cumprido, ou não, sua penalidade, quando um ato do processo disciplinar estiver eivado de ilegalidade, deverá ser anulado, até mesmo de ofício, com base no princípio da autotutela, no art. 114 da Lei nº 8.112/90 e nas Súmulas nº 346 e 473 do STF (...).*
> *É possível anular um processo disciplinar depois de a penalidade ter sido aplicada e cumprida (...), considerando que:*
> *a) não se trata de revisão de ofício prevista no art. 174 da Lei nº 8.112/90, que não pode majorar a penalidade, mas sim da declaração de nulidade do ato, ou seja, do julgamento, por exemplo, que aplicou, indevidamente, determinada penalidade, por estar eivado de ilegalidade. A revisão diz respeito a mérito,*

pois depende de contraditório para provar o fato novo alegado. Já a ilegalidade do ato administrativo diz respeito à forma, independendo do contraditório (não há fato novo a ser provado).
b) não ocorreu o 'bis in idem' vedado na Súmula nº 19 do STF ('É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira.'), já que a anulação tem efeito retroativo ('ex tunc'), pelo que é como se o ato anulado não tivesse existido. Na verdade, o ato nulo foi substituído por outro ato válido." Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pg. 201, Editora Fórum, 1ª edição, 2007

3.3.3.7 - Princípio da Comunhão da Prova

Este princípio, também chamado de princípio da comunidade da prova ou da aquisição processual, de instância procedimental tanto penal quanto cível, enuncia que, em consequência do sentido publicista do processo como instrumento imparcial de busca da verdade sob garantia de igualdade entre os polos ativo e passivo da demanda, uma vez decidida pelo juiz a realização de uma prova, esta passa a ser do processo, independentemente de que agente atuante a tenha provocado - seja sua realização decorrente de deferimento de pedido apresentado por qualquer parte processual, como autor, vítima, demandante, réu, membro do Ministério Público ou até de terceiros intervenientes, seja determinada de ofício pelo juízo, a nenhum destes agentes a prova pertence.

Ao longo deste tópico, o termo "realização" é empregado para sintetizar tanto o procedimento sequenciado para feitura de uma prova até então inexistente, que incluiu o requerimento (ou indicação ou proposta) de ato instrucional pela parte e sua admissão e introdução (ou produção em si) pelo juiz, quanto a simples petição de juntada de prova já apresentada pronta pela parte e a sua admissão pelo juízo, englobando ainda, em ambos os casos, a última etapa do procedimento probatório, que é a valoração (ou a apreciação) da prova pelo julgador. Em consequência de a abrangência alcançar todo o procedimento probatório, o princípio em tela se aplica já desde a decisão do juiz de realizar a prova, mediante requerimento de feitura do ato instrucional ou petição de juntada, ou ainda de ofício, antes mesmo de sua introdução aos autos, até a valoração em si, por parte daquele julgador, da prova já autuada.

Dentro deste contexto abrangente com que se aborda não só a prova em si mas também o *iter* por meio do qual ela venha aos autos, à vista do norte unicamente público com que o juiz defere ou determina que se realize um ato instrucional ou que se junte um elemento formador de convicção, com o fim de esclarecer para si a verdade, a esta prova não se confere nenhuma forma de identidade subjetiva ou exclusiva propriedade e direito ao uso atrelados a quem peticionou por sua autuação ou a qualquer outro agente processual, bem como as convicções que dela se extraem não se vinculam nem se condicionam apenas ao interesse de algum destes intervenientes, sendo igualmente disponíveis a todos que atuam no processo.

Ainda que, na dinâmica própria do contexto principiológico informador do processo, o enunciado em tela coexista com o princípio da livre valoração probatória, não é dado ao juiz valorar de forma diferente uma determinada prova em face de cada sujeito processual tão somente em razão de quem tenha peticionado por sua realização. É certo, lícito e até mesmo natural que uma prova, ao demonstrar, por exemplo, a ocorrência de determinado fato sobre o qual divergem as partes, possa atuar na convicção do julgador favoravelmente a uma parte e desfavoravelmente a outra; o que o princípio em comento veda é a situação ilógica em que o juízo considere que aquele fato sob discussão tenha ocorrido somente em relação à parte que provocou a realização da prova e que o mesmo fato não tenha ocorrido em relação a outra parte. Em outras palavras, os efeitos - a favor ou em desfavor - advindos de determinada

prova introduzida no processo são homogêneos, operando-se verdadeira comunhão, em reflexo literal da própria nomenclatura do princípio, de tornar comum entre os polos ativo e passivo a eficácia daquele elemento instrutório.

Como desdobramento deste preceito básico extraído do princípio em tela, admite-se a lícita possibilidade de qualquer das partes extrair para si argumentos que lhe sejam favoráveis ainda que de elementos oferecidos ou realizados por provocação da outra parte e, *a contrario sensu*, utilizar estes elementos para formar convicção desfavorável justamente à parte que laborou por sua autuação, como, por exemplo, ao reinquirir testemunhas ou ao extrair informações de documentos ou de demais termos de coleta de provas (como perícias ou diligências, por exemplo) trazidos aos autos por iniciativa desta outra parte.

A prova, coletada no interesse público da justiça e da busca da verdade ou ainda de realização em tais termos deferida, não pertence à parte que por ela peticionou e nem mesmo ao juiz que deferiu sua realização ou que a decidiu de ofício. A prova pertence ao processo, com a dialética hodiernamente encampada em tal termo, que engloba a relação jurídica circunscrita à condução isenta a cargo do juízo e à participação contraditória e com igualdade de condições entre as partes litigantes. Ainda que, no curso do processo, em termos subjetivos, recaia sobre uma parte o ônus de determinada prova, este elemento formador de convicção, uma vez tida sua realização peticionada ou já realizado, é introduzido homogeneamente no processo, podendo dele se utilizar, compartilhar, comungar e coparticipar a outra parte e o julgador, conforme também defende a doutrina.

> *"Se, como foi demonstrado, a prova não pertence exclusivamente ao juiz, por outro lado ela não é invocável só por aquele que a produziu. Ao contrário: uma vez levada ao processo, ela pode ser utilizada por qualquer dos sujeitos desse: juiz ou partes. É o princípio da comunhão dos meios de prova.*
> *Por força desse princípio é que a testemunha arrolada por uma das partes pode ser inquirida também pela outra; um documento produzido por qualquer delas pode ser invocado pela adversária, e assim por diante.", Hélio Tornagui, "Curso de Processo Penal", pgs. 268 e 269, Vol. 1, Editora Saraiva, 5ª edição, 1988*

Ainda em linha de consequência do preceito em tela, não se admite que a parte que tenha peticionado pela realização de determinada prova, posteriormente, entendendo que, ao contrário do esperado, os resultados daquele ato instrucional possam se revelar ou já tenham se revelado prejudiciais a seus próprios interesses, venha a rogar pela desconsideração de seu requerimento ou pela inutilização da prova no processo e na formação do convencimento do juiz. Não cabe sequer à parte requisitar para que, segregadamente, se seccionem as informações contidas naquele elemento formador de convicção, como se possível fosse selecionar apenas a parcela que se demonstre a ela favorável, com intenção de que a outra parcela da prova seja desconsiderada. Uma vez que a prova, em sua íntegra, assume o valor publicista de fornecer ao juízo a informação mais próxima possível do real e somente sob tal cláusula de interesse público teve sua realização deferida, com este instituto não se coadunam as inaceitáveis ideias de propriedade ou de exclusividade ou de seu uso delimitado à conveniência de quem quer que seja. Tanto ao tempo ainda da petição quanto já após a realização da prova, caso o juiz entenda por sua relevância para o correto julgamento, o ato deve ser feito ou a prova deve ser integralmente mantida, a despeito da mudança de intenção de quem havia inicialmente provocado por sua produção. Este primado se reflete, por exemplo, nos comandos do parágrafo único do art. 412 e no art. 419, ambos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

Assim é também porque, neste ponto, o princípio da comunhão da prova se reforça com a aplicação de outro primado, qual seja, do princípio geral de Direito que reza a proibição do autofavorecimento de quem quer que seja com sua própria torpeza - aqui, no sentido mais abrangente deste enunciado generalista, pois nele se insere, de forma mais

específica ao tema, o preceito da vedação da assunção de comportamentos contraditórios entre si por uma parte em processo (conforme se exemplificará em **4.12.1**). Além do argumento acima apresentado de ausência de propriedade da prova, também ao amparo deste preceito associado à lisura e à lealdade na atuação processual se ratifica que não se tolera que a parte peticione pela realização de determinada prova, quando se presume que este seu ato ampara-se na boa-fé, e, posteriormente, tão somente por vislumbrar que os resultados daquele ato instrucional lhe sejam surpreendentemente desfavoráveis, tente impedir sua realização ou sua valoração (se já realizado), pois, ao assim agir, restará claro o ardil, eivado de má-fé, com a intenção de tentar subtrair do juiz o mais completo entendimento acerca dos fatos reais discutidos no processo.

Acrescente-se que a comunhão da eficácia da prova constante dos autos supera até mesmo a questão de a que parte incumbia produzi-la ou, em termos mais comuns, a quem cabia o ônus da prova. Segundo o princípio em tela, para o interesse público da decisão justa, o que importa é que a prova relevante para o deslinde da questão seja realizada e conste dos autos, não sendo pré-requisito de sua admissão e de sua valoração que sua realização tenha decorrido exatamente da parte sobre a qual recaía o ônus de fazê-lo. A prova assume valor homogêneo no processo ainda que tenha sido realizada em virtude de atuação de sobre quem não recaía o ônus de produzi-la e mesmo que, ao final, venha a contribuir na convicção do juiz de forma desfavorável ao interesse desta parte que por ela diligenciou. Isto significa que, uma vez realizada no processo determinada prova, tal elemento atuará na formação de convicção do julgador, de forma homogênea tanto sobre a parte a quem incumbia o ônus de produzi-la quanto sobre a parte oposta e também independentemente de se sua realização se deveu justamente a quem cabia tal ônus ou se, contrariamente, decorreu de quem nem sequer estava obrigado a fazê-lo; e ainda, em qualquer das duas hipóteses, uma vez sendo a prova do processo, não cabe à parte contrariada com sua autuação e valoração requerer seu desentranhamento ou desconsideração.

Por óbvio, se o princípio informa pela manutenção da realização da prova mesmo quando a parte que a provocou, posteriormente, manifesta renúncia ou arrependimento, menos ainda se cogita de se ver alterada a decisão da feitura de ato instrucional ou de juntada de elemento de prova quando esta é determinada de ofício pelo julgador. Ademais, tamanha pode ser a força deste enunciado que se cogita de que, a rigor, em instância processual judicial, a obrigação da realização da prova atuaria até mesmo sobre o juiz, quando este, após ter deferido o pedido de feitura do ato instrucional apresentado por uma parte ou após ter decidido realizá-lo de ofício, venha a alterar seu entendimento antes da efetiva realização; neste caso, segundo a doutrina, a não realização da prova já decidida somente se legitimaria, na primeira hipótese, com a concordância da outra parte, e, na segunda hipótese, com a concordância de ambas as partes.

> *“A palavra comunhão vem do latim ‘communione’, que significa ato ou efeito de comungar, participação em comum em crenças, idéias ou interesses. Referindo-se à prova, portanto, quer-se dizer que a mesma, uma vez no processo, pertence a todos os sujeitos processuais (partes e juiz), não obstante ter sido levada por um deles. (...)*
> *O princípio da comunhão da prova é um consectário lógico dos princípios da verdade real e da igualdade das partes na relação jurídico processual, pois as partes, a fim de estabelecer a verdade histórica nos autos do processo, não abrem mão do meio de prova levado para os autos.*
> *Outro exemplo. A parte (autor ou a defesa, não importa) junta aos autos um documento que, a princípio, é-lhe favorável. Porém, após determinada reflexão, percebe que aquele documento poderá lhe acarretar prejuízos. Neste caso, não tem o direito de retirar o documento dos autos sem o consentimento da parte contrária, e, mesmo que com o assentimento desta, pode o juiz resolver avaliar o documento para posterior valoração. Por conclusão, os princípios da*

> *verdade real e da igualdade das partes na relação jurídico-processual fazem com que as provas carreadas para os autos pertençam a todos os sujeitos processuais, ou seja, dão origem ao princípio da comunhão das provas.", Paulo Rangel, "Direito Processual Penal", pgs. 378 e 379, Editora Lumen Juris, 6ª edição, 2002*

Também decorre de leitura circunscrita e delimitada do princípio da comunhão da prova o reconhecimento, já esposado em **2.5.6.2.2**, em atenção à Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal (STF), de que o investigado possa ter residual acesso a elementos de prova já operacionalizados, documentados e autuados em inquérito e que se exaurem em si mesmos e que não apontem para a realização de outras diligências ou que não impliquem conhecimento da estratégia em fase investigativa.

> *STF, Habeas Corpus nº 87.725, Decisão: "Essa compreensão do tema - cabe ressaltar - é revelada por autorizado magistério doutrinário (Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, 'Da Prova no Processo Penal', p. 31, item n. 3, 3ª ed., 1994, Saraiva; Daniel Amorim Assumpção Neves, 'O Princípio da Comunhão da Prova', in Revista Dialética de Direito Processual (RDPP), vol. 31/19-33, 2005; Fernando Capez, 'Curso de Processo Penal', p. 259, item n. 17.7, 7ª ed., 2001, Saraiva; Marcellus Polastri Lima, 'A Prova Penal', p. 31, item n. 2, 2ª ed., 2003, Lumen Juris, v.g.), valendo referir, por extremamente relevante, a lição expendida por José Carlos Barbosa Moreira ('O Juiz e a Prova', in Revista de Processo, nº 35, Ano IX, abril/junho de 1984, p. 178/184): 'E basta pensar no seguinte: se a prova for feita, pouco importa a sua origem. (...). A prova do fato não aumenta nem diminui de valor segundo haja sido trazida por aquele a quem cabia o ônus, ou pelo adversário. A isso se chama o 'princípio da comunhão da prova': a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência. (...)."*

Na processualística disciplinar, o princípio da comunhão da prova encontra adequação em praticamente todas as suas formas de manifestação, sobretudo na fase de inquérito administrativo, em que a coleta ou a feitura dos atos instrucionais se destacam e se concretizam, necessitando apenas de algum temperamento no que diz respeito à peculiar atuação da comissão de inquérito em comparação com a atuação do juiz na tríade composição do processo judicial. Em razão de o colegiado atuar naquela fase tanto como o agente da Administração condutor da persecução quanto como o ente estatal competente para valorar livremente o conjunto probatório, sem se confundir com uma parte antagônica ao acusado, não se cogita de uma prova porventura contrária à defesa ser tida como favorável à comissão ou vice-versa.

Assim, reflete-se integralmente no processo disciplinar o enunciado de que, tendo a prova sua juntada ou realização sempre decorrente de deliberação autônoma e soberana da comissão, seja *ex oficio*, seja atendendo pedido de defesa, com atenção unicamente ao interesse público da busca da verdade material, tal elemento, uma vez autuado, passa a pertencer ao processo e tanto o colegiado quanto qualquer acusado podem dele se utilizar como formador de convicção em qualquer sentido que seja, a favor ou contra (inclusive de quem porventura tenha provocado sua autuação).

O princípio da comunhão da prova, voltado para a instância disciplinar, ratifica e reforça o que será melhor abordado em **4.4.1.2** e em **4.4.3.1**, de que, independentemente da origem do ato instrucional, não existe a dicotomia de provas de acusação e de provas de defesa e de que, ao lado dos princípios da ampla defesa e do contraditório, havendo mais de um acusado e ainda que seus interesses e teses de defesa sejam colidentes, as provas realizadas, seja de ofício, seja a pedido de algum acusado, submetem-se às necessárias notificações e faculdades de participação de todos e estes podem extrair elementos que lhes sejam favoráveis, ainda que eventualmente em sentido contrário aos interesses da parte que

peticionou pela realização.

Reflete-se também o entendimento de que, uma vez decidida pela comissão a autuação de determinada prova - e, se assim deliberou o colegiado, significa que o foi em exclusivo atendimento ao interesse público do esclarecimento fático -, independentemente de sua origem e de a quem ela possa favorecer ou de fato favorece, não cabe a um acusado solicitar a desconsideração da decisão de juntá-la ou de realizá-la (se antes da autuação) ou solicitar seu desentranhamento (se já autuada) ou sequer de ser considerada apenas parcialmente nos elementos que lhe são favoráveis.

Não obstante, não se reflete no inquérito administrativo o entendimento de que, uma vez deliberado pela comissão, a pedido ou de ofício, realizar determinada prova e caso posteriormente o colegiado altere seu próprio entendimento, a dispensa da realização daquele ato instrutório dependeria da aquiescência do(s) acusado(s). Acima do posicionamento doutrinário acima exposto, quando se apresentou o princípio à luz do processo judicial, eis que, no processo disciplinar, impera a expressa determinação legal, constante do § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, de que compete, autônoma e soberanamente, à comissão, a qualquer tempo, deliberar pela realização ou não de ato de prova e indeferir os pedidos que ela considere impertinentes, protelatórios ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

3.3.3.8 - Princípio da Economia Processual

Na percepção de que o processo é compreendido hodiernamente como mero instrumento com o fim de se atingir à segura e eficaz manifestação do direito material e não como um fim em si mesmo, o princípio da economia processual, de instância procedimental tanto penal quanto cível, informa que os atos processuais deverão lograr máximos resultado e aproveitamento. Ou seja, o princípio da economia processual deve ser subentendido como um primado intrinsecamente ligado ao princípio da instrumentalidade das formas, já apresentado em **3.3.2.9** e que, além da positivação nos incisos VIII e IX do parágrafo único do art. 2º e no art. 22, ambos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regulamenta a processualística no âmbito da Administração Pública federal), se espelha, no âmbito do processo civil, por exemplo, nos arts. 188 e 277 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

> *CPC - Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.*
> *Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.*

O princípio da economia processual ordena que se busque a otimização da ponderação entre o resultado da aplicação do direito e o emprego da atividade processual, em clara atenção à ponderação entre custo e benefício. Em outras palavras, em atenção a este princípio, a atividade jurisdicional deve ser prestada de forma a fornecer o máximo de resultado mediante o mínimo de esforços, impondo que se poupe o desperdício de tempo (o que permite perceber o reflexo do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal (CF), que assegura a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação), de força de trabalho e de despesas na condução do processo e na realização dos atos processuais.

Em suma, o primado ordena a realização do menor número de atos possível para atingimento da prestação jurisdicional sem prejuízo ao devido processo legal, às garantias da parte e à segurança jurídica, dispensando-se o excesso de formalismo e realização de atos não imprescindíveis, e o maior aproveitamento dos atos realizados, de forma a somente terem

contra si a declaração de nulidade aqueles atos que efetivamente não reunirem mínimas condições de aceitabilidade e aceitando-se o saneamento quando a nulidade sanável não prejudique à defesa, conforme também preceitua o art. 283 do CPC.

> *CPC - Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.*
> *Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.*

De se destacar a visão dinâmica que o aplicador deve ter diante deste princípio, pois, sendo certa a indisponibilidade da prestação jurisdicional, ainda que o bem jurídico tutelado não admita quantificação material, não se tolera que, à conta de economia de determinado ato essencial, se desatenda ao princípio do devido processo legal ou que se prejudiquem os princípios da ampla defesa e do contraditório ou ainda que se mitigue o princípio da segurança jurídica.

Como exemplos de aplicação deste princípio em instância disciplinar citam-se, dentre outros, a recomendação de extensão do escopo apuratório de determinado processo para abarcar fatos que guardem conexão; a possibilidade de desmembramento em casos de diversidade objetiva e subjetiva; o desnecessário refazimento de ato instrucional coletado com defeito formal e que não tenha importado na formação da convicção ou que, por qualquer outro meio válido, teve o defeito superado; a aceitabilidade de prova emprestada; o comando do § 1º do art. 169 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que tolera que o julgamento realizado fora do prazo original de vinte dias não implica nulidade do processo; a desnecessidade de apresentação de pedido de reconsideração para a interposição de recurso hierárquico.

3.3.4 - Manifestações Jurídicas do Departamento Administrativo do Serviço Público

O Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp) foi responsável, desde sua criação em 1938 até sua extinção em 1986, pelo assessoramento imediato da Presidência da República para assuntos relativos a pessoal e serviços gerais dos órgãos civis da Administração Pública federal.

Com a regulamentação, em 1970, dos arts. 30 e 31 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, o Dasp, formal e efetivamente, passou a figurar como órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipec). Em 1986, esta competência foi repassada para a Secretaria de Recursos Humanos da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República (PR/Sedap/SRH) e, ao longo do tempo, consecutivamente, para a Secretaria de Recursos Humanos da Secretaria de Planejamento e Coordenação da Presidência da República (PR/Seplan/SRH), Departamento de Recursos Humanos da Secretaria de Administração Federal da Presidência da República (PR/SAF/DRH), Secretaria de Recursos Humanos do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (Mare/SRH), Secretaria de Gestão do Ministério do Orçamento e Gestão (MOG/SG), Secretaria de Recursos Humanos e Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG/SRH e MPOG/segep), Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho no Serviço Público do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG/SEGRT) e, depois da criação do Ministério da Economia (ME), a partir de 01/01/19, reside na Diretoria de Gestão de Pessoas da Secretaria de Gestão Corporativa da Secretaroa-Executiva ME/SE/SGC/DGP). O Sipec compõe-se, além do órgão central, de unidades setoriais (as Coordenações-Gerais de Gestão de Pessoas - CGGP dos Ministérios), e de unidades seccionais (os Departamentos de Recursos Humanos - DRH das autarquias e

fundações públicas).

Sobretudo no período entre 1952 a 1973, no desempenho de suas competências, o Dasp era frequentemente provocado a se manifestar, por meio de pareceres de suas divisões ou coordenações internas (citam-se Coordenação de Legislação de Pessoal - Colepe, e Comissão de Acumulação de Cargos - CAC, as quais, por vezes solicitavam ainda manifestação da Consultoria Jurídica - CJ), em processos administrativos concretos, versando sobre as mais diversas matérias atinentes ao regime jurídico da época, ou seja, sob a antiga Constituição Federal (CF, de 24 de janeiro de 1967) e a Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (o então Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - EF). Naquela época, principalmente se o Dasp não lograva pacificar o entendimento acerca de determinada matéria ou se por qualquer motivo (inclusive recursal) se fazia necessária uma manifestação superior em um processo específico, também era provocada a se manifestar a extinta Consultoria-Geral da República (CGR, órgão de assessoramento jurídico no Poder Executivo federal à época e, de certa forma, precursor da atual Advocacia-Geral da União - AGU), igualmente por meio de pareceres.

Como os órgãos subordinados integrantes do Sipec frequentemente consultavam o Dasp acerca da possibilidade de estenderem, para outros casos concretos, aquelas manifestações que haviam sido emitidas para situações específicas e individuais, no corpo de um determinado processo, o órgão central decidiu, em 1971, elaborar enunciados impessoais, autônomos e numerados, a valer como interpretação oficial e fonte de uniformização e orientação administrativa sobre os mais variados temas acerca da relação estatutária entre servidor e Administração.

Esses enunciados, chamados formulações Dasp, foram elaborados pela Colepe, e oficialmente publicados entre 1971 e 1973, e se faziam acompanhar da base legal e dos entendimentos que o Dasp (por meio da própria Colepe, CAC e/ou CJ) e/ou a CGR já haviam emitido ao terem analisado processos concretos. Ou seja, as formulações eram sínteses impessoais, de uso geral, de manifestações pretéritas do órgão central em processos administrativos específicos. Tais verbetes, por força do inciso III do art. 116 do Decreto-Lei nº 200, de 1967, e conforme estabelece a Formulação Dasp nº 300, passaram a constituir orientação normativa do órgão central obrigatória para os órgãos de pessoal da Administração Pública federal integrantes do Sipec, com respaldo também da doutrina.

> *Decreto-Lei nº 200, de 1967 - Art. 116. Ao Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp) incumbe:*
> *III - zelar pela observância dessas leis e regulamentos, orientando, coordenando e fiscalizando sua execução, e expedir normas gerais obrigatórias para todos os órgãos;*
>
> *Formulação Dasp nº 300. Formulações*
> *As Formulações elaboradas e publicadas pelo Dasp (Colepe) constituem, por força do disposto no art. 116, III, do Decreto-Lei nº 200, de 1967, orientação normativa para os Órgãos de Pessoal da administração federal direta e autárquica.*
>
> *"Daí por que as formulações elaboradas por esse Departamento, embora extinto, continuam a ter, consoante o art. 116, III, do Decreto-Lei n° 200/67, caráter obrigatório no seio de todas as repartições federais, desde que não se choquem com as orientações resultantes dos novos entendimentos (...)." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 45, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

E como muitos dispositivos da revogada Lei nº 1.711, de 1952, foram praticamente reproduzidos na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, apenas com o número do artigo diferente, muitas daquelas formulações não afrontam o atual ordenamento e permanecem

como orientação normativa obrigatória na Administração Pública federal. Destaque-se que a consideração de que determinada formulação Dasp pode ainda ser tomada como em pleno vigor advém de interpretação do aplicador, sobretudo cotejando os enunciados com o atual ordenamento constitucional e legal, pois não existe uma manifestação oficial, determinística e vinculante da Administração neste sentido. Conforme se detalhará em **3.3.6**, no sítio eletrônico da Controladoria-Geral da União (CGU) encontra-se uma lista com algumas poucas formulações Dasp (seguidas inclusive dos pareceres que as embasaram) que, ao que se presume, o órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) entende como recepcionadas no atual ordenamento e, portanto, ainda aplicáveis, no link https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/1799, acessado em 29/07/20. Mas como esta lista é tão reduzida e não contempla algumas formulações inequivocamente recepcionáveis, se tem certo que a lista disponibilizada pela CGU não tem intenção de exaurir o tema.

Além das já citadas formulações, à mesma época e igualmente com o intuito de manifestar entendimentos impessoais e genéricos após análises de processos concretos, o Dasp emitiu diversos pareceres e orientações normativas, sendo que, muitos deles, pela mesma razão exposta para aqueles enunciados e observados os mesmos critérios de interpretação do aplicador, podem ser considerados ainda válidos no atual ordenamento.

Em paralelo à competência do Dasp no assessoramento imediato da Presidência da República especificamente para assuntos relativos a pessoal e serviços gerais, é de se antecipar, conforme se detalhará adiante, em **3.3.5**, que, à época, cabia à também extinta CGR assessorar juridicamente, de forma mais elevada e ampla, o Chefe do Poder Executivo federal. Desta feita, nos temas originariamente atinentes à alçada do Dasp, a provocação à CGR se reservava às hipóteses de quando aquele órgão não lograva pacificar o entendimento acerca da matéria administrativa ou quando por qualquer motivo (inclusive recursal) se fazia necessária uma manifestação superior em um processo administrativo específico. E este entendimento foi manifestado pelo próprio Dasp, por meio de sua Formulação Dasp nº 152.

> *Formulação Dasp nº 152. Consultoria-Geral*
> *Nos assuntos afetos ao Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipec) só se justifica a audiência da Consultoria-Geral da República se o Dasp tiver dúvida.*

3.3.5 - Manifestações Jurídicas da Advocacia-Geral da União, da Consultoria-Geral da União e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

A Advocacia-Geral da União (AGU), por intermédio do seu titular, o Advogado-Geral da União, à luz do art. 1º e do § 1º do art. 3º, ambos da Lei Complementar (LC) nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, é o órgão máximo de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo federal. Na regulamentação infralegal, estabelecida pelo Decreto nº 10.994, de 14 de março de 2022, que aprovou a estrutura regimental da AGU, o *caput* e o § 1º do art. 1º do seu Anexo I ratificam o comando legal, desdobrando inclusive as competências referentes à representação judicial e extrajudicial da União e das autarquias e fundações federais.

> *LC nº 73, de 1993 - Art. 1º A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente.*
> *Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar.*
> *Art. 3º*
> *§ 1º O Advogado-Geral da União é o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, submetido à direta, pessoal e imediata supervisão do Presidente da República.*

> *Decreto nº 10.994, de 2022 - Anexo I - Art. 1º A Advocacia-Geral da União, cujo titular é o Advogado-Geral da União, é a instituição que representa judicial e extrajudicialmente a União e, por meio da Procuradoria-Geral Federal, suas autarquias e fundações.*
> *§ 1º À Advocacia-Geral da União competem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo federal.*

À vista de tão elevada competência, como não poderia ser diferente para a matéria disciplinar, a AGU se revela uma importante e relevante fonte emanadora de conhecimento e de entendimentos, que irrigam a aplicação do regime e do processo disciplinar na Administração Pública. E o principal meio de contribuição que a AGU traz para a matéria são seus pareceres, emitidos desde a criação do órgão, pela citada LC nº 73, de 1993, e aprovados pelo Advogado-Geral da União, disponíveis em listas anuais no sítio eletrônico institucional http://www.agu.gov.br/pareceres, acessado em 29/07/20.

Antes, resgate-se que, historicamente, até a criação da AGU - uma dentre tantas consequências das profundas reformulações do Estado com a Constituição Federal (CF), de 5 de outubro de 1988 -, suas atuais atribuições institucionais cabiam, em parte, à extinta Consultoria-Geral da República (CGR), que, até então, era "*o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Presidente da República, submetido à sua direta, pessoal e imediata supervisão*", competência de que se desincumbia "*produzindo pareceres e estudos*", conforme ao final definiam o art. 1º e o inciso I do art. 5º, ambos do Decreto nº 92.889, de 7 de julho de 1986.

No tema aqui de interesse, de matéria disciplinar, a CGR até podia vir a ser provocada a se manifestar, mas o fazia, de certa forma, como instância superior ao também extinto Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), mencionado em **3.3.4**. À época, o próprio Dasp se manifestara, por meio de sua Formulação Dasp nº 152, que quando aquele órgão não lograva pacificar o entendimento acerca da matéria administrativa ou quando por qualquer motivo (inclusive recursal) se fazia necessária uma manifestação superior em um processo administrativo específico, a questão era levada à CGR. Assim, havia pareceres da CGR manifestando-se juridicamente sobre temas afetos ao processo e ao regime disciplinar dos agentes públicos. E estes pareceres da CGR se revestiam de natureza vinculante na Administração Pública federal, segundo a manifestação do Dasp, por meio de sua Formulação Dasp nº 219.

> *Formulação Dasp nº 152. Consultoria-Geral*
> *Nos assuntos afetos ao Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipec) só se justifica a audiência da Consultoria-Geral da República se o Dasp tiver dúvida.*

> *Formulação Dasp nº 219. Consultoria-Geral*
> *Os pareceres da Consultoria-Geral da República aprovados pelo Presidente da República devem ser cumpridos pelos órgãos federais, sob pena de exoneração dos responsáveis demissíveis "ad nutum" ou processo administrativo contra os estáveis*

No contexto atual, a base legal de tais manifestações jurídicas repousa na LC nº 73, de 1993, que é a lei orgânica da AGU. Os incisos X e XI do art. 4º desta norma conferem, para o Advogado-Geral da União, a atribuição para fixar a interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico e para unificar entendimento sobre tema acerca do qual paire divergência na Administração Pública federal. Para tal atribuição, o Advogado-Geral da União conta com a colaboração da Consultoria-Geral da União (CGU/AGU) - ambos são órgãos de direção superior da AGU, sendo esta diretamente subordinada àquele, nos termos do art. 10 da mesma LC. Pode-se dizer que muitas das competências da extinta CGR foram absorvidas e, obviamente, atualizadas na atual CGU/AGU, titularizada pelo Consultor-Geral da União.

> *LC nº 73, de 1993 - Art. 4º São atribuições do Advogado-Geral da União:*
> *X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;*
> *XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal;*
> *Art. 10. À Consultoria-Geral da União, direta e imediatamente subordinada ao Advogado-Geral da União, incumbe, principalmente, colaborar com este em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição.*
> *Parágrafo único. Compõem a Consultoria-Geral da União o Consultor-Geral da União e a Consultoria da União.*

Infralegalmente, os incisos X e XI do art. 17 do Anexo I do Decreto nº 10.994, de 2022, reiteram, literalmente, as atribuições fixadora e uniformizadora de entendimentos jurídicos do Advogado-Geral da União, tanto no âmbito abrangente de todos os órgãos e entidades da Administração Pública federal quanto no âmbito mais específico dos seus próprios órgãos jurídicos componentes.

> *Decreto nº 10.994, de 2022 - Anexo I - Art. 17. São atribuições do Advogado-Geral da União, órgão mais elevado de assessoramento jurídico do Poder Executivo federal:*
> *X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal;*
> *XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis e prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da administração pública federal;*

De certa forma, pode-se sintetizar que, até 2015, sob a égide dos Atos Regimentais AGU nº 1, de 22 de janeiro de 2002, e nº 5, de 27 de setembro de 2007, os pareceres em si eram elaborados individualmente por um Consultor da União, amparados na competência da CGU/AGU de produzir tais peças, concedida pelo já mencionado art. 10 da LC nº 73, de 1993, e regulamentada em decretos estabelecedores das estruturas regimentais da época, e, como regra geral, se manifestavam sobre casos concretos, podendo, então, versar sobre diversos assuntos que eram postos em discussão a cada processo e formavam uma espécie de jurisprudência administrativa. A peça jurídica da lavra do Consultor da União era diretamente submetida à apreciação do Advogado-Geral da União.

Naquela fase, as manifestações jurídicas propriamente ditas inicialmente recebiam uma numeração anual com a sigla do nome do Consultor da União signatário. Assim, apenas no que tange a manifestações sobre temas disciplinares, têm-se, em séries anuais individualizadas, pareceres nº AGU/WM (de Wilson Teles de Macêdo); AGU/MF (de Mirtô Fraga); AGU/LS (de Luiz Augusto Paranhos Sampaio); AGU/PRO (de Miguel Pró de Oliveira Furtado); AGU/LA (de Luiz Alberto da Silva) e AGU/MS (de Marcelo de Siqueira Freitas).

Uma vez que, com o Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1997 (atualizado pelo Decreto nº 11.123, de 7 de julho de 2022), o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado a competência para julgar processos disciplinares e aplicar penalidades de demissão e de cassação de aposentadoria e como, à época, em geral, os pareceres decorriam de casos concretos (sobretudo os de maior gravidade) levados à apreciação da AGU, verificou-se um forte decréscimo na sua quantidade a partir de 2001, já que as manifestações jurídicas de maior relevância em matéria disciplinar passaram a se concentrar nas Consultorias Jurídicas (ConJur) dos respectivos Ministérios. De se destacar que, no caso específico do Ministério da

Economia (ME), esta competência delegada para pena expulsiva foi subdelegada ao respectivo Secretário-Executivo, por força do diferenciador inciso II do § 3º do art. 1º do mesmo Decreto.

Após escassas quantidades de pareceres da AGU entre 2002 e 2015 (inclusive com alguns destes anos sem nenhuma manifestação e, de forma mais específica, tendo sido elaborado apenas um único parecer sobre tema disciplinar), a partir de 2016 esta atribuição institucional foi revigorada, com uma nova normatização interna. Em síntese, o trabalho de assessoramento evoluiu de pareceres monocráticos e concentrados em casos concretos para manifestações jurídicas em tese, discutidas em instâncias colegiadas no âmbito da CGU/AGU e ainda amparadas na atribuição concedida pelo sobredito art. 10 da LC nº 73, de 1993, e nas competências estabelecidas infralegalmente pelo inciso V do art. 10 e pelos incisos IV a VI do art. 20, ambos do Anexo I do também já mencionado Decreto nº 10.994, de 2022, para sistematizar o conhecimento consultivo e uniformizar os entendimentos, por meio não só de pareceres jurídicos mas também de enunciados e de orientações normativas. Diferentemente da primeira fase, até 2015, em que, em geral os pareceres passavam diretamente da lavra do Consultor da União para a adoção pelo Advogado-Geral da União, no novo formato, a partir de 2016, as manifestações, ainda que eventualmente assinadas apenas por um relator, decorrem de discussão colegiada e tramitam por um crivo interno de aprovação, na linha hierárquica dentro da CGU/AGU, até chegarem ao Consultor-Geral da União e deste, se for o caso, ao Advogado-Geral da União. A construção condicional no final da frase anterior decorre de que os comandos acima citados do Anexo I do Decreto nº 10.994, de 2022, de 2021, não só atribuem competência para a CGU/AGU emitir manifestações jurídicas mas também conferem atribuição para o Consultor-Geral da União, quando julgar necessário, a seu critério, poder submeter - ou não - os pareceres à aprovação do Advogado-Geral da União.

> *Decreto nº 10.994, de 2022 - Anexo I - Art. 10. À Consultoria-Geral da União compete:*
> *V - emitir manifestações jurídicas e, se necessário, submeter ao Advogado-Geral da União proposta de solução de controvérsias entre os órgãos consultivos que lhe são subordinados e os órgãos jurídicos integrantes da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal, da Procuradoria-Geral do Banco Central, da Procuradoria-Geral da União, da Secretaria-Geral de Consultoria, da Secretaria-Geral de Contencioso e da Corregedoria-Geral da Advocacia da União;*
> *Art. 20. Ao Consultor-Geral da União incumbe:*
> *IV - aprovar os pareceres, as notas, as informações e outros trabalhos jurídicos elaborados no âmbito da Consultoria-Geral da União e submetê-los ao Advogado-Geral da União, se necessário;*
> *V - editar e consolidar as orientações da Consultoria-Geral da União, com fundamento em pareceres, notas ou informações aprovados pelo Advogado-Geral da União; e*
> *VI - propor ao Advogado-Geral da União a edição de orientação normativa e a emissão de parecer para fins do disposto no art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.*

Neste novo contexto, primeiramente, cite-se o Ato Regimental AGU nº 1, de 4 de fevereiro de 2016, que instituiu a Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos (CNU/CGU/AGU). Em paralelo, a Portaria CGU/AGU nº 5, de 9 de fevereiro de 2017, criou, no âmbito da CGU/AGU, comissões temáticas permanentes, dentre as quais aqui interessa a Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares (CPPAD/CGU/AGU). Posteriormente, o Ato Regimental AGU nº 1, de 22 de março de 2019, extinguiu a CNU/CGU/AGU e previu a constituição de câmaras nacionais temáticas também no âmbito da CGU/AGU. Na sequência, a Portaria CGU/AGU nº 3, de 14 de junho de 2019,

efetivamente constituiu as câmaras nacionais, em substituição às comissões permanentes, mantendo análogas nomenclaturas e objetos e absorvendo suas composições, de forma a passar a importar para o presente a Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares (CNPAD/CGU/AGU), que substituiu a CPPAD/CGU/AGU, conforme os incisos I e IV e os §§ 1º e 2º do seu art. 2º, o inciso V do seu art. 3º, o inciso III do seu art. 4º, o seu art. 17 e o § 1º do seu art. 18. Por fim, a Portaria Normativa AGU nº 27, de 27 de setembro de 2021, ao dispor sobre a CGU/AGU, revogou o Ato Regimental nº 1, de 2019, praticamente mantendo as mesmas previsões, em seus arts. 27 a 30.

> *Portaria CGU/AGU nº 3, de 2019 - Art. 2º Observado o seu âmbito temático de atuação, incumbe às Câmaras Nacionais:*
> *I - propor a uniformização de questões afetas à prestação de consultoria e assessoramento mediante elaboração de pareceres jurídicos, em tese, enunciados e orientações normativas;*
> *IV - realizar, de ofício ou por provocação, a revisão e atualização das manifestações, manuais, enunciados, orientações normativas, modelos, listas de verificação e demais documentos; e*
> *§ 1º Os trabalhos jurídicos, previstos nos incisos I a IV do caput, realizados pelas Câmaras Nacionais dar-se-ão sempre em tese, não abrangendo a análise dos casos concretos sob a responsabilidade dos órgãos consultivos competentes.*
> *§ 2º As manifestações jurídicas, as orientações normativas, os manuais, os enunciados, os atos normativos, os modelos e listas de verificação e demais trabalhos elaborados pelas Câmaras Nacionais serão submetidos à apreciação do órgão supervisor competente, do Consultor-Geral da União e, quando necessário, do Advogado-Geral da União.*
> *Art. 3º Ficam constituídas as seguintes Câmaras Nacionais no âmbito da CGU:*
> *V - Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares (CNPAD);*
> *Art. 4º A supervisão das Câmaras Nacionais, de que trata o art. 3º, caput, será exercida:*
> *III - pelo Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR), em relação às demais.*
> *Art. 17. O parecer consubstanciará documento autônomo com essa denominação, e conterá:*
> *I - ementa;*
> *II - relatório;*
> *III - fundamentação; e*
> *IV - conclusão, com proposta de redação de enunciado de orientação normativa a ser emitida ao final do processo de uniformização, se for o caso.*
> *Art. 18.*
> *§ 1º A critério do Consultor-Geral da União, as manifestações aprovadas poderão ser submetidas ao Advogado-Geral da União para fins dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.*
>
> *Portaria Normativa AGU nº 24, de 2021 - Art. 27. O Consultor-Geral da União poderá constituir Câmaras Nacionais no âmbito da Consultoria-Geral da União.*
> *Parágrafo único. Ato do Consultor-Geral disciplinará a competência, a estrutura e o funcionamento das Câmaras.*
> *Art. 28. Incumbe às Câmaras Nacionais:*
> *I - propor a uniformização de questões afetas à prestação de consultoria e assessoramento mediante elaboração de pareceres jurídicos, em tese, enunciados e orientações normativas;*
> *II - produzir manuais, estudos, pareceres parametrizados e a edição de atos normativos de interesse público;*
> *IV - realizar, de ofício ou por provocação, a revisão e atualização das*

> *manifestações, manuais, enunciados, orientações normativas, modelos, listas de verificação e demais documentos;*
> *Art. 29. Ato do Consultor-Geral da União designará os integrantes das Câmaras Nacionais e indicará o seu Coordenador, observando a experiência e especialização em relação ao tema da Câmara Nacional.*
> *Art. 30. As Câmaras Nacionais ficarão vinculadas ao órgão da Consultoria-Geral da União, a ser indicado no ato de sua criação.*
> *Parágrafo único. As manifestações jurídicas, as orientações normativas, os manuais, os enunciados, os atos normativos, os modelos e listas de verificação e demais trabalhos elaborados pelas Câmaras Nacionais serão submetidos à apreciação do órgão supervisor competente, do Consultor-Geral da União e, quando necessário, do Advogado-Geral da União.*

A CNPAD/CGU/AGU tem seus integrantes e seu coordenador designados pelo Consultor-Geral da União e seus trabalhos são supervisionados pelo Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da CGU/AGU (Decor/CGU/AGU). Os pareceres da CNPAD/CGU/AGU recebem numeração anual e devem seguir a padronização de serem estruturados em ementa, relatório, fundamentação e conclusão, em que pode haver proposta de redação de enunciado. Os pareceres e eventuais propostas de enunciados fundamentados naquelas manifestações jurídicas, uma vez aprovados no colegiado, são submetidos, por sucessivos despachos a partir do coordenador, hierarquicamente, à apreciação do Diretor do Decor/CGU/AGU, do Consultor-Geral da União e, quando este julgar pertinente obter a aprovação do titular máximo do órgão, do Advogado-Geral da União. Aqui, pertine ressalvar que o Parecer CNPAD/CGU/AGU aprovado pelo Consultor-Geral da União, a rigor, não dispõe de poder vinculante sequer internamente. Mas, na prática, já se consubstancia em uma relevante peça jurídica à qual, por praxe, em vista da natural e desejada tendência à uniformização, os membros das carreiras jurídicas e os órgãos jurídicos componentes da AGU (em especial as ConJur dos Ministérios) seguem seus termos e os adotam como diretrizes, até para evitar que seus trabalhos de execução possam ser internamente questionados.

Importante destacar que aqui, ao se mencionar a segunda fase, se sintetizou a produção de pareceres da CPPAD/CGU/AGU e mais recentemente da CNPAD/CGU/AGU. Mas deve-se registrar que, no exercício da competência uniformizadora da CGU/AGU, não necessariamente todas as manifestações jurídicas, sobre qualquer tema e em especial sobre matéria disciplinar, eram ou são elaborados no âmbito da respectiva Comissão Permanente ou Câmara Nacional, podendo haver manifestações jurídicas do Decor/CGU/AGU ou até mesmo da CGU/AGU.

É importante reiterar que a submissão dos pareceres elaborados no âmbito da CGU/AGU (e, de especial interesse, dos pareceres da CNPAD/CGU/AGU) à aprovação do Advogado-Geral da União, a fim de obter efeito vinculante (que, como se exporá adiante, pode ter diferentes alcances), é a critério do Consultor-Geral da União. Assim, neste modelo atual, pode haver pareceres emitidos no âmbito da AGU (mais especificamente, no âmbito da CGU/AGU) que tramitam no máximo somente até o Consultor-Geral da União e outros que tramitam até o Advogado-Geral da União e daí podem chegar até ao Presidente da República.

Sendo submetido ao Advogado-Geral da União e caso seja por ele adotado, o parecer com a manifestação jurídica propriamente dita (seja ao tempo da elaboração monocrática, seja ao tempo da elaboração colegiada na CNU/CGU/AGU ou na CPPAD/CGU/AGU ou na CNPAD/CGU/AGU ou da elaboração no Decor/CGU/AGU ou na CGU/AGU), sem perder sua qualidade de peça autônoma, é anexado à sucinta aprovação daquele dirigente máximo, e passa enfim a assumir a tipologia de parecer AGU com numeração própria e contínua (não reiniciada anualmente) ao longo de todo período em que dirigir o órgão, precedida das iniciais do seu nome. Assim, novamente apenas no que tange a manifestações sobre temas

disciplinares, têm-se pareceres AGU nº GQ (de Geraldo Magela da Cruz Quintão, de 1993 a 2000), nº GM (de Gilmar Ferreira Mendes, de 2000 a 2002), nº AC (de Álvaro Augusto Ribeiro Costa, de 2003 a 2007), nº GMF (de Grace Maria Fernandes Mendonça, de 2016 a 2019), nº AM (de André Luís de Almeida Mendonça, em 2019) e nº JL (de José Levi Mello do Amaral Júnior, em 2020), ratificando-se que, até os presentes dias, há maiores quantidades concentradas nos anos iniciais, com os pareceres AGU nº GQ (sobretudo) e nº GM.

Só de ser aprovado pelo Advogado-Geral da União, o parecer AGU já adquire força vinculante interna - que, lembre-se, em sentido estrito formal, até então não possuía, ao contar com aprovação apenas do Consultor-Geral da União -, conforme leitura a *contrario sensu* do inciso II do art. 28 da LC nº 73, de 1993. Como este comando legal veda que se contrarie parecer adotado pelo Advogado-Geral da União, daí se depreende eu tal peça jurídica, quando aprovada pelo titular máximo do órgão, torna-se de atendimento obrigatório para todos os membros das carreiras jurídicas e, consequentemente, por lógica, também para todos os órgãos jurídicos componentes da AGU (em especial as ConJur dos Ministérios).

> *LC nº 73, de 1993 - Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado:*
> *II - contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União;*

Antes de prosseguir com a descrição da procedimentalização, cabe aqui antecipar uma ressalva. Embora se venha descrevendo uma instrumentalidade que caminha interna e ascendentemente na AGU, até o parecer da lavra da CNPAD/CGU/AGU aprovado pelo Consultor-Geral da União e chegar à adoção pelo Advogado-Geral da União, a leitura sistemática da LC nº 73, de 1993, indica que o comando do art. 40, que a seguir será abordado, é aplicado como natural consecução do comando do art. precedente, o art. 39, que trata da hipótese em sentido inverso, de cima para baixo, em que o Presidente da República provoca o Advogado-Geral da União a se manifestar e que tal manifestação pode se dar por parecer.

Feita esta ressalva, aplicando aqui o *caput* do art. 40 da LC nº 73, de 1993, de forma isolada (ou seja, sem ser o caso de o Advogado-Geral da União ter sido provocado pelo Presidente da República), depois de aprovar o parecer que veio da CGU/AGU, aquele titular máximo da AGU pode ainda, a seu critério, submetê-lo à aprovação desta autoridade máxima do Poder Executivo federal, a fim de dar à peça caráter vinculante além dos limites das carreiras jurídicas e dos órgãos jurídicos componentes da AGU. E esta submissão ao Presidente da República ainda se desdobra em duas possibilidades de resultados.

> *LC nº 73, de 1993 - Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.*

De acordo com o § 2º do art. 40 da LC nº 93, de 1993, se o parecer AGU é apenas aprovado pelo Presidente da República, mas não enviado por este para publicação oficial, a peça passa a vincular os órgãos ou entidades consulentes ou envolvidos no caso específico ou nele de alguma forma interessados, a partir do momento em que dela tenham ciência. Por fim, na hipótese de maior repercussão, nos termos do § 1º do citado comando legal, se o parecer AGU é aprovado e oficialmente publicado juntamente com o despacho presidencial no Diário Oficial da União (DOU), a peça passa a vincular toda a Administração Pública federal, ficando todos os órgãos e entidades do Poder Executivo federal, além dos que porventura tenham provocado e/ou consultado a AGU, obrigados a lhe dar fiel cumprimento (mas ressalve-se que não alcança os Poderes Legislativo e Judiciário, conforme assevera a própria AGU, em seu Parecer AGU nº GQ-11).

> *LC nº 73, de 1993 - Art. 40.*
> *§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a administração federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a*

> *lhe dar fiel cumprimento.*
> *§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.*
>
> *Parecer AGU nº GQ-11, vinculante: "18. (...) o ´caput´ do art. 131 da Constituição Federal de 88, ao dispor sobre a Advocacia-Geral da União, estabelece a ela competir a representação judicial e extrajudicial da União, ´cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.´ Desse modo, do exame conjunto desse dispositivo constitucional com os transcritos da Lei Complementar nº 73/93, resta-me a convicção de que a expressão ´Administração Federal´, nestes insertas, equivale ao Poder Executivo, não incluídos o Legislativo e o Judiciário. Isso, aliás, já decorreria do princípio da separação de Poderes, estipulado no art. 2º da Constituição."*

Toda a construção acima exposta, da procedimentalização atualmente praticada, embora tenha se baseado em normas internas recentes, como não poderia ser diferente, tem amparo desde sempre na LC nº 73, de 1993, e mais especificamente em seu art. 41, que, em leitura conjunta com o antecedente art. 40, atribui aos pareceres emitidos no âmbito da CGU/AGU o mesmo valor jurídico dos pareceres do Advogado-Geral da União, desde que tenham sido por este aprovados. Os pareceres que interessam para fim disciplinar, na instrumentalidade acima detalhada, justamente advêm da CGU/AGU e, uma vez aprovados pelo Advogado-Geral da União, passam a ter força vinculante sobre todos os membros das carreiras jurídicas e sobre todos os órgãos jurídicos componentes da AGU (em especial as ConJur dos Ministérios), à luz do inciso II do art. 28 da LC nº 73, de 1993. Ademais, caso sejam submetidos pelo Advogado-Geral da União ao Presidente da República, passam a também adquirir poder vinculante em toda Administração Pública federal ou apenas nos órgãos consulentes ou envolvidos ou interessados, dependendo de terem sido, ou não, publicados oficialmente. Uma vez que, na verdade, a elaboração de pareceres AGU para fixação e uniformização de entendimentos acerca de processo ou de regime disciplinar tem tramitação ascendente dentro da AGU, desde a CNPAD/CGU/AGU, passando pela aprovação do Consultor-Geral da União, até chegar à adoção pelo Advogado-Geral da União, sua base legal reside precipuamente no art. 41 da Lei nº 73, de 1993, ao qual o antecedente art. 40 - que protagonizou a explanação linhas acima acerca da atribuição poder vinculante além dos limites funcionais e orgânicos da AGU - é agregado aqui apenas para suplementar a leitura conjunta.

> *LC nº 73, de 1993 - Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.*

Mas é de se reiterar que podem os pareceres elaborados no âmbito da CGU/AGU não ser submetidos à adoção pelo Advogado-Geral da União, eis que, ao lado dos "pareceres AGU" *stricto sensu* adotados pelo titular máximo do órgão, igualmente passa-se a se ter de considerar, de forma conglobante e inclusiva, os pareceres da CNU/CGU/AGU, da CPPAD/CGU/AGU, da CNPAD/CGU/AGU, do Decor/CGU/AGU ou da CGU/AGU emitidos a partir de 2016 sobre tema disciplinar e que, embora aprovados pelo Consultor-Geral da União, não tenham sido remetidos para apreciação superior. Mesmo não tendo sido submetidos à aprovação pelo Advogado-Geral da União, tal fato não lhes retira a qualidade de serem relevantes manifestações jurídicas da AGU (ou seja, não deixam de ser "pareceres da AGU" em sentido amplo) e, como tal, também são fortes referências de entendimento advindas do órgão máximo de assessoramento jurídico no Poder Executivo federal.

No contexto do comando estabelecido pelo inciso II do art. 28 da LC nº 73, de 1993,

segundo qual o parecer advindo da CNPAD/CGU/AGU aprovado pelo Consultor-Geral da União e consecutivamente adotado pelo Advogado-Geral da União - ainda que não submetido à apreciação do Presidente da República -, assume poder vinculante interno diante dos membros das carreiras jurídicas e dos órgãos jurídicos componentes da AGU, dentre os quais as ConJur dos Ministérios, deve-se destacar, em particular, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). A PGFN, que desempenha o papel de ConJur no âmbito do ME, é órgão subordinado técnica e juridicamente ao Advogado-Geral da União e administrativamente subordinado ao Ministro de Estado da Economia, incumbido da consultoria e do assessoramento jurídicos na Pasta, conforme o § 1º do art. 2º e os arts. 12 e 13, todos da LC nº 73, de 1993, e também nos termos regulamentados pelo § 2º do art. 1º do Anexo I do Decreto nº 10.994, de 2022.

> *LC nº 73, de 1993 - Art. 2º*
> *§ 1º Subordinam-se diretamente ao Advogado-Geral da União, além do seu gabinete, a Procuradoria-Geral da União, a Consultoria-Geral da União, a Corregedoria-Geral da Advocacia-Geral da União, a Secretaria de Controle Interno e, técnica e juridicamente, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.*
> *Art. 12. À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente:*
> *Art. 13. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desempenha as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito do Ministério da Fazenda e seus órgãos autônomos e entes tutelados.*
> *Parágrafo único. No desempenho das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional rege-se pela presente Lei Complementar.*
>
> *Decreto nº 10.994, de 2022 - Anexo I - Art. 1º*
> *§ 2º As Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios são órgãos de execução da Advocacia-Geral da União, integrantes da estrutura organizacional dos respectivos Ministérios, e subordinadas, técnica e juridicamente, ao Advogado-Geral da União.*

Portanto, os pareceres CNPAD/CGU/AGU que logram aprovação do Advogado-Geral da União, independentemente de terem, ou não, sido submetidos à apreciação do Presidente da República (e de serem, ou não, publicados oficialmente), tão somente em razão da adoção pelo titular máximo do órgão já devem ser seguidos pela PGFN ao julgar os processos disciplinares instaurados em todo âmbito do ME e em especial no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), pela Corregedoria (Coger) ou pelos Escritórios de Corregedoria (Escor).

Retomando a descrição dos comandos da LC nº 73, de 1993, o seu art. 42 estabelece que os pareceres das ConJur dos Ministérios, aprovados pelos respectivos titulares das Pastas, obrigam os órgãos e entidades que provocaram o parecer. Assim, os pareceres da PGFN versando sobre matéria disciplinar, se aprovados pelo Ministro de Estado da Economia - e, em geral o são -, vinculam os feitos disciplinares instaurados pela Coger ou pelos Escor. Conforme já afirmado acima e reiterado em **4.10.3.1**, os casos envolvendo aplicação de pena capital bem como os pedidos de revisão processual, de acordo com o que se exporá em **5.1.3.3**, são de competência ministerial, cabendo então assessoramento da PGFN. E informe-se que, como regra, aquela condição (de o parecer da PGFN lograr aprovação ministerial) é satisfeita na grande maioria destas peças, o que as torna vinculantes no âmbito da RFB.

> *LC nº 73, de 1993 - Art. 42. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.*

Então, de uma forma indireta, se vislumbra um caminho para que os pareceres CNPAD/CGU/AGU não submetidos à apreciação do Presidente da República (ou seja, sem força vinculante para além da própria AGU) influenciem a atividade correcional na RFB. Sendo a PGFN vinculada ao parecer aprovado pelo Advogado-Geral da União ou ainda, tendo a PGFN a boa prática de seguir o teor de parecer aprovado apenas pelo Consultor-Geral da União, de uma forma ou de outra, ao julgar os processos disciplinares transcorridos na RFB, o órgão de assessoramento jurídico ministerial adota, em sua própria peça de assessoramento jurídico, aprovada pelo Ministro de Estado da Economia, o conteúdo manifestado no parecer CNPAD/CGU/AGU. Assim sendo, este conteúdo técnico exarado pela CNPAD/CGU/AGU termina assumindo valor vinculante na RFB, por via encadeada, por força do art. 42 da LC nº 73, de 1993.

Todo este tema acerca da vinculação das manifestações jurídicas exaradas no âmbito da AGU e da PGFN é ratificado nos arts. 20 e 21 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamenta dispositivos do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB).

> *Decreto nº 9.830, de 2019 - Art. 20. O parecer do Advogado-Geral da União de que tratam os art. 40 e art. 41 da Lei Complementar nº 73, 10 de fevereiro de 1993, aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União juntamente com o despacho presidencial, vincula os órgãos e as entidades da administração pública federal, que ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.*
> *§ 1º O parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.*
> *§ 2º Os pareceres de que tratam o caput e o § 1º têm prevalência sobre outros mecanismos de uniformização de entendimento.*
> *Art. 21. Os pareceres das consultorias jurídicas e dos órgãos de assessoramento jurídico, de que trata o art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 1993, aprovados pelo respectivo Ministro de Estado, vinculam o órgão e as respectivas entidades vinculadas.*

Conforme se detalhará em **3.3.6**, no sítio eletrônico da Controladoria-Geral da União (CGU) encontra-se uma lista com diversas manifestações jurídicas exaradas no âmbito da AGU que, ao que se presume, o órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) entende como relevantes, no link https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/1795 acessado em 29/07/20.

No **Anexo I**, estão agrupadas as principais passagens de pareceres da AGU sobre matéria disciplinar, que se encontram distribuídas ao longo deste texto.

3.3.6 - Manifestações Jurídicas e Base de Dados da Controladoria-Geral da União

Conforme já exposto em **2.1.1**, o Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, não só sistematizou a atividade correcional, criando o Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), como também atribuiu à Controladoria-Geral da União (CGU) a condição de ser seu órgão central, nos termos do *caput* do seu art. 1º e do inciso I do seu art. 2º.

Nesta condição, obviamente, a CGU, com quadro funcional selecionado, capacitado e dedicado exclusivamente para os temas de controle, sempre figurou como uma fonte irradiadora do conhecimento técnico especializado na matéria correcional e propagadora dos esforços de uniformização de entendimentos, tanto no desenvolvimento e na sedimentação do

Direito Administrativo Disciplinar material quanto no aprimoramento e na segurança jurídica da processualística disciplinar, exercendo a competência atribuída pelo inciso I do art. 4º, com o efeito imposto pelo § 2º do art. 2º, ambos do mesmo Decreto.

> *Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 2º*
> *§ 2º As unidades setoriais ficam sujeitas à orientação normativa e à supervisão técnica do Órgão Central do Sistema de Correição. (Redação dada pelo Decreto nº 10.768, de 13 de agosto de 2021)*
> *Art. 4º Compete ao Órgão Central do Sistema:*
> *I - definir, padronizar, sistematizar e normatizar, mediante a edição de enunciados e instruções, os procedimentos atinentes às atividades de correição;*

E, desde a criação do SisCor, ao longo do tempo, diferentes estruturas orgânicas internas da CGU desempenharam esta importante competência.

Inicialmente, em sua redação original, o Decreto nº 5.480, de 2005, previa, no inciso IV do art. 2º e nos arts. 3º e 6º, a Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC) como um dos integrantes do SisCor, organicamente subordinado diretamente ao Ministro de Estado da CGU (não era uma unidade da Corregedoria-Geral da União - CGU/CRG). A CGU/CCC foi um colegiado de função consultiva, com o fim de integrar e de uniformizar entendimentos no âmbito do SisCor, composta pelo Ministro de Estado da CGU, pelo Secretário-Executivo, pelo Corregedor-Geral da União, pelos então três Corregedores Adjuntos e ainda por titulares de três unidades setoriais de correição e de três unidades seccionais de correição.

Dentre as competências que o art. 6º do Decreto nº 5.480, de 2005, e que seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria CGU nº 824, de 28 de abril de 2011, sobretudo no inciso V do seu art. 3º, atribuíam à CGU/CCC, destacava-se, para o presente foco de interesse, que as suas manifestações jurídicas (enunciados, instruções e orientações normativas) tinham o "*intuito de padronizar a interpretação referente às atividades de correição*".

Desta feita, na sua linha de produção de maior visibilidade externa, a CGU/CCC emitiu 26 enunciados entre 2005 e 2018, numerados continuamente ao longo deste período, os quais, pode-se dizer, compuseram a coleção das primeiras manifestações jurídicas institucionais exaradas pela CGU para todo SisCor. Em princípio, estes Enunciados CGU/CCC não possuíam força normativa, pois a lei não lhes conferia tal condão. Todavia, tendo sido assinados pelo Corregedor-Geral da União, o que equivale dizer pelo titular do órgão que efetivamente executa as atividades do órgão central do SisCor, e oficialmente publicados, entendia-se, ao tempo em que produziram efeitos, que assumiam a qualidade de orientações jurídicas de atendimento obrigatório por parte das atuais unidades setoriais de correição, tendo em vista os já mencionados e reproduzidos comandos do § 2º do art. 2º e do inciso I do art. 4º, ambos do Decreto nº 5.480, de 2005. A obrigatoriedade da observância dos enunciados da CGU/CCC, ao tempo de sua eficácia, especificamente pelo sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), foi objeto de manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), em seu Parecer PGFN/Cojed nº 1.172/2013.

> *Parecer PGFN/Cojed nº 1.172/2013: "22. Como parte integrante do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, na qualidade de unidade específica, compete à Corregedoria-Geral da Receita Federal do Brasil a observância dos enunciados emitidos pelo órgão central do Sistema, no caso a CGU. Registre-se, por oportuno, o posicionamento contrário ao mencionado enunciado, o que, por óbvio, não retira sua vigência e eficácia.*
> *23. A Comissão de Coordenação de Correição-CCC é um colegiado de autoridades integrantes do Sistema de Correição-SisCOR. Atua como uma instância consultiva e tem com objetivo promover a integração e uniformizar entendimentos dos órgãos e unidades do SisCOR."*

Todavia, em razão das fortes alterações impostas na estruturação orgânica de todo o Poder Executivo federal e, em especial, na CGU, com a vigência da Medida Provisória (MP) nº 870, de 1º de janeiro de 2019, e do Decreto nº 9.681, de 3 de janeiro de 2019, a CGU/CCC já havia sido tacitamente excluída do organograma da CGU. Esta exclusão tácita se deu desde 01/01/19, data de publicação da citada MP nº 870, de 2019, que não mencionava a CGU/CCC e que veio a ser convertida na citada Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, também sem prever o colegiado - embora, contraditoriamente, o Decreto nº 9.681, de 2019, publicado já em 03/01/19, não só a contemplasse, na alínea "c" do inciso IV do art. 2º e no art. 27, ambos do seu Anexo I, como também não tivesse revogado suas previsões constantes do Decreto nº 5.480, de 2005.

Era então cabível se questionar alguma incerteza sobre este tema, diante da incoerência dos dois Decretos com a MP e com a Lei. Neste contexto, a CGU/CCC somente veio a ter sua inequívoca extinção no Decreto nº 10.087, de 5 de novembro de 2019, que expressamente revogou tanto os comandos acima do Decreto nº 9.681, de 2019, quanto também o inciso IV do art. 2º e os arts. 3º e 6º, todos do Decreto nº 5.480, de 2005, que a instituíam, a definiam e lhe atribuíam competências. Obviamente, na sequência, o Decreto nº 11.102, de 23 de junho de 2022, também não mais contempla a CGU/CCC. As competências da CGU/CCC foram, de certa forma, absorvidas por unidade da CGU/CRG criada no Decreto nº 9.631, de 2019, conforme adiante se detalhará.

Importante ressaltar que, não obstante a extinção da CGU/CCC em 01/01/19, toda a coleção dos seus enunciados não perdeu o valor de orientações técnicas de cumprimento obrigatório no âmbito do SisCor, enquanto tiveram eficácia, já que a descontinuidade orgânica da instância colegiada que as elaborava em nada interferia em seu valor jurídico e em sua aderência ao ordenamento vigente. Diga-se, inclusive, que, quando se deu o contrário, ou seja, quando se detectou que determinados enunciados não mais se mostravam recepcionados pelo ordenamento ou por outras fontes (como o entendimento jurisprudencial, por exemplo), o Corregedor-Geral da União os declarou cancelados por meio de portarias oficialmente publicadas. Mas, efetivamente, os enunciados da CGU/CCC perderam sua eficácia em 31/03/22, por motivos que se exporão adiante neste tópico.

Independentemente deste pormenor temporal, o fato é que, na estrutura orgânica bastante diferente da CGU a partir de 01/01/19, o papel importante desempenhado até então pela CGU/CCC não só não deixou de ser executado como até - pode-se dizer - ganhou maiores repercussão, elaboração e agilidade. Aquela instância colegiada, situada fora da CGU/CRG, de composição heterogênea e de procedimentalização dependente de eventuais reuniões entre os integrantes, passou a ser uma unidade interna, diretamente subordinada ao Corregedor-Geral da União e integrada apenas por servidores da CGU, a saber, a Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos (CGU/CRG/CGUNE), que, nos termos já expostos em **2.1.1**, faz o papel de projeção transversal sobre todas as unidades setoriais de correição, dedicada ao importante tema específico de uniformizar entendimentos sistêmicos. O Regimento Interno da CGU, aprovado pela Portaria CGU nº 3.553, de 12 de novembro de 2019, define suas competências no art. 49 do Anexo I, com destaque para seu inciso I, deixando claro que esta Coordenação-Geral não só atende necessidades internas de uniformização sistêmica de entendimentos mas também responde a consultas e provocações advindas de fora da CGU.

> *Portaria CGU nº 3.553, de 2019 - Regimento Interno da CGU - Anexo I - Art. 49. À Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos - CGUNE compete:*
> *I - propor elaboração de atos normativos, orientações e padronização de entendimentos relacionados à atividade correcional;*
> *II - coordenar a elaboração e a atualização de manuais e orientações acerca da atividade de correição no Poder Executivo federal;*

III - coordenar estudos para o aprimoramento da atividade correcional;
IV - compilar e disseminar a jurisprudência em matéria correcional;
V - promover a capacitação de agentes públicos em matéria correcional; e
VI - responder a consultas relacionadas a matéria correcional.

Diferentemente da extinta CGU/CCC, a CGU/CRG/CGUNE, na sua linha de atuação de maior visibilidade externa à CGU e voltada para o SisCor, se manifesta, como regra, por meio de notas técnicas, de numeração anual, assinadas pelo respectivo Coordenador-Geral, acerca de um determinado tema específico causador de dúvida ou suscitador de consulta. Em substituição aos verbetes concentrados em forma de enunciados da CGU/CCC, as notas técnicas da CGU/CRG/CGUNE, emitidas a partir de 01/01/19, são construções de maior grau de elaboração, uma vez que concatenadas em forma de texto propositivo, com sumário do tema a ser discutido ou enfrentado, análise e conclusão, e constituem a segunda geração das manifestações jurídicas do órgão, propiciando um vasto rol exposições institucionais de entendimentos. Como a CGU/CGG/CGUNE se manifesta não apenas em tese sobre situações hipotéticas e conceituais mas também sobre casos concretos individualizados, a coleção de notas técnicas se torna bastante extensa e numerosa.

E ao se ler o rol de competências regimentais da CGU/CRG/CGUNE, verifica-se também a relevância da atividade de manualização. Mais uma vez fazendo jus de sua condição de órgão central do SisCor, a CGU produz, atualiza e disponibiliza uma série de manuais correcionais, que condensam os posicionamentos, conceitos e procedimentalizações recomendados. Diferentemente das notas técnicas, que são arrazoados curtos e propositivos sobre determinado tema, os manuais tentam esgotar a abordagem de toda uma área de atuação correcional, descrevendo seus aspectos materiais e suas instrumentalidades desde a deflagração até a decisão final, irrigados por menções de fontes jurisprudenciais e doutrinárias. Os manuais oficiais da CGU, apesar de seu caráter institucional, positivada e inequivocamente obrigam seus próprios servidores, conforme o comando do art. 127 do seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria CGU nº 3.553, de 12 de novembro de 2019, mas não são vinculantes para as demais unidades setoriais de correição, funcionando fora dos limites do órgão central como relevantes referências técnico-doutrinárias, de livre adesão. Mesmo sem caráter vinculante, não se nega a extrema importância para o SisCor que as unidades setoriais contem com as manifestações técnicas do órgão central, como balizamentos da segurança jurídica dos trabalhos a serem desenvolvidos.

A propósito, revela-se o acerto da estratégia de a CGU adotar manuais procedimentais que ao mesmo tempo abordam com qualidade todos os temas de interesse e de necessidade de uma determinada linha de ação e o fazem de forma enxuta, sintética a direta. Como contraponto a este próprio texto (fortemente detalhado e pormenorizado e o mais exaustivo possível, que torna quase impossível sua leitura integral, valendo apenas para pesquisas pontuais aprofundadas), é extremamente eficiente e produtivo que a CGU elabore e disponibilize manuais suficientemente concisos e de fácil compreensão e aplicação por servidores que começam a atuar na atividade correcional em unidades setoriais incipientes e distantes e que precisam de rápidas soluções para problemas concretos que surgem no decorrer dos trabalhos.

Toda esta base de informações fica publicamente disponível no sitio eletrônico da CGU - na verdade, não apenas as mencionadas notas técnicas e os manuais, mas sim muito mais, pois esta plataforma virtual institucional experimentou inegáveis incremento e aprimoramento a partir da estruturação orgânica imposta em 01/01/19. Atesta-se ao menos aqui um concreto exemplo do acerto da mudança da organização das antigas unidades setoriais, de supervisoras verticalmente da atuação correcional em cada Ministério para unidades de especialização temática que influenciam transversalmente todo SisCor, como é caso da CGU/CRG/CGUNE. E aqui se traz à tona também a atuação de outra Coordenação-Geral, ao lado da CGU/CRG/CGUNE, igualmente subordinada de forma direta ao

Corregedor-Geral da União, desta feita a Coordenação-Geral de Modernização e Comunicação (CGU/CGR/CGMC), que possui, dentre suas competências regimentais, destacadamente no inciso III do art. 48 do Anexo I do Regimento Interno da CGU, o múnus de gerir e administrar as páginas institucionais, pois de nada adiantaria a produção institucional se não fosse organizadamente disponibilizada.

> *Portaria CGU nº 3.553, de 2019 - Regimento Interno da CGU - Anexo I - Art. 48. À Coordenação-Geral de Modernização e Comunicação - CGMC compete: III - gerir e administrar as páginas institucionais da CRG;*

A navegação virtual por este extenso material disponibilizado pode se iniciar por dois caminhos diferentes do que se chama "Centrais de Conteúdo" do sítio eletrônico da CGU: pela central de conteúdo das "Publicações" ou pela central de conteúdo da "Base de Conhecimento".

A central de conteúdo das "Publicações" se ramifica em materiais disponibilizados de diversas áreas de atuação, tais como "Atividade Disciplinar", "Responsabilização de Pessoas Jurídicas", "Ética Pública", dentre outras. Aprofundando a navegação, as publicações sobre "Responsabilização de Pessoas Jurídicas" disponibilizam manuais sobre o tema; e as publicações sobre "Atividade Disciplinar", a título de exemplo, disponibilizam os manuais oficiais da CGU, os entendimentos da CGU (destacadamente as já mencionadas notas técnicas), os atos normativos (dentro dos quais se inclui a jurisprudência), os materiais de treinamentos da CGU e os materiais de outros órgãos (em que se incluem materiais da RFB e em especial este texto), conforme os links abaixo, acessados em 29/07/20:

- para manuais oficiais da CGU: https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/1801
- para entendimentos da CGU (como as notas técnicas, por exemplo): https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/7409
- para atos normativos em geral: https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/33258, dentro dos quais se encontram jurisprudências: https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/33282
- para materiais de treinamentos da CGU: https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/7983
- para materiais de outros órgãos https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/atividade-disciplinar/normativos-de-outros-orgaos

A aba "Base de Conhecimento" conduz ao chamado "Repositório de Conhecimento da CGU", disponível em https://repositorio.cgu.gov.br/, que se ramifica em blocos de informações chamados "Comunidades", subdivididos em "Coleções", de que se listam, a título de exemplos, informações institucionais da CGU (destacadamente para os enunciados), atos administrativos, eventos, entendimentos de outros órgãos (formulações do Departamento Administrativo do Serviço Público - Dasp, já mencionadas em **3.3.4**, e pareceres de diversas instâncias internas da Advocacia-Geral da União - AGU, já mencionados em **3.3.5**), conforme os links abaixo, acessados em 29/08/20:

- para os enunciados da CGU/CCC: https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/44183
- para atos administrativos: https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/31152
- para eventos: https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/160

Destaque-se que, no material disponibilizado sobre os enunciados da CGU/CCC, há também a reprodução das atas de reunião do colegiado e as exposições de motivos de diversos enunciados, cuja leitura se recomenda, por seu didatismo, visto registrarem a inteligência que norteou tais posicionamentos institucionais.

Por fim, mencione-se ainda a existência do Portal de Corregedorias, outra plataforma virtual criada pela CGU, que fomenta notícias sobre alterações normativas, ocorrências de

interesse disciplinar e eventos em geral e de capacitação, fóruns de debates entre agentes públicos previamente inscritos, apresenta um roteiro unificado de métodos operacionais (Rumo) em processo discplinar e disponibiliza o painel de sanções do Poder Executivo federal, chamado “Correição em Dados”, que informa penalidades por ano, por órgão, totaliza enquadramentos punitivos, no link https://www.corregedorias.gov.br/, acessado em 29/07/20.

Todo este tema acerca da competência emanador da CGU, na condição de órgão central do SisCor, é ratificado nos arts. 22 e 23 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamenta dispositivos do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB).

> *Decreto nº 9.830, de 2019 - Art. 22. A autoridade que representa órgão central de sistema poderá editar orientações normativas ou enunciados que vincularão os órgãos setoriais e seccionais.*
> *§ 1º As controvérsias jurídicas sobre a interpretação de norma, instrução ou orientação de órgão central de sistema poderão ser submetidas à Advocacia-Geral da União.*
> *§ 2º A submissão à Advocacia-Geral da União de que trata o § 1º será instruída com a posição do órgão jurídico do órgão central de sistema, do órgão jurídico que divergiu e dos outros órgãos que se pronunciaram sobre o caso.*
> *Art. 23. A autoridade máxima de órgão ou da entidade da administração pública poderá editar enunciados que vinculem o próprio órgão ou a entidade e os seus órgãos subordinados.*

Por fim, o ordenamento interno sobre o tema foi novamente inovado, com a edição da Portaria CGU nº 1.973, de 31 de agosto de 2021, que dispõe sobre a edição de atos normativos, enunciados e manuais no âmbito da CGU. Primeiramente, cabe rápida menção no que se refere a atos normativos: na linha padronizada pelo Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019, e nos temas de interesse para este texto, as espécies destes atos emitidos no âmbito da CGU são as portarias normativas, da lavra do Ministro de Estado ou do Secretário-Executivo, e as instruções normativas (IN), que podem ser da lavra do Corregedor-Geral da União, além de outras autoridades internas, conforme os incisos I e II do caput do art. 5º, os incisos I e II do art. 6º e o inciso V do art. 7º.

> *Portaria CGU nº 1.973, de 2021 - Art. 5º Nos termos do disposto no art. 2º do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019, as espécies de atos normativos a serem editadas no âmbito da Controladoria-Geral da União são:*
> *I - portarias - atos normativos editados por uma ou mais autoridades singulares;*
> *II - instruções normativas - atos normativos que orientem a execução das normas vigentes pelos agentes públicos no âmbito da unidade administrativa da autoridade signatária; ou*
> *III - resoluções - atos normativos editados por colegiados presididos pela Controladoria-Geral da União.*
> *§ 1º Para fins de assegurar maior racionalização, transparência e segurança jurídica aos atos normativos da Controladoria-Geral da União, as portarias a que se refere o inciso I do caput serão denominadas portarias normativas, para diferenciá-las das demais portarias de cunho meramente administrativo que não possuam caráter geral e abstrato.*
> *Art. 6º As portarias normativas serão editadas pelas seguintes autoridades:*
> *I - Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União; ou*
> *II - Secretário-Executivo.*
> *Parágrafo único. As autoridades indicadas no caput poderão delegar de forma específica a competência para editar portarias normativas às autoridades elencadas nos incisos III a VII do art. 7º.*
> *Art. 7º As instruções normativas serão editadas, no âmbito de suas respectivas*

> *competências, pelas seguintes autoridades:*
> *I - Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União;*
> *II - Secretário-Executivo;*
> *III - Secretário Federal de Controle Interno;*
> *IV - Ouvidor-Geral da União;*
> *V - Corregedor-Geral da União;*
> *VI - Secretário de Transparência e Prevenção da Corrupção;*
> *VII - Secretário de Combate à Corrupção;*
> *VIII - Dirigentes ocupantes de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS ou de Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE da categoria 101 de nível igual ou superior a 5, ou equivalente; e*
> *IX - Superintendentes das Controladorias Regionais da União nos Estados.*

No que aqui mais interessa da Portaria CGU nº 1.973, de 2021, os enunciados, definidos como manifestações elaboradas com o fim de condensar entendimentos, preceitos ou decisões reiteradas de modo sumário e abreviado, de forma similar aos verbetes anteriormente editados pela CGU/CCC, passaram a ter edição centralizada nas mãos do Ministro de Estado da CGU, conforme o art. 23. Esta norma interna determinou, ainda, no parágrafo único do seu art. 27, que os enunciados emitidos pela CGU/CCC deverão ser revisados ou consolidados em até seis meses da sua vigência (ou seja, até 31/03/22), por meio de novas manifestações da lavra exclusiva do titular da Pasta, sob pena de perderem seus efeitos.

Assim, a partir da vigência da Portaria CGU nº 1.973, de 2021, deu-se início à emissão de enunciados CGU, assinados pelo Ministro de Estado da CGU, com nova numeração própria e oficialmente publicados.

> *Portaria CGU nº 1.973, de 2021 - Art. 23. O Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União poderá editar enunciados, os quais terão por finalidade condensar entendimentos, preceitos ou decisões reiteradas de modo sumário e abreviado.*
> *Art. 27. Os enunciados, inclusive os de caráter não normativo, serão:*
> *I - numerados de forma própria e sequencial;*
> *II - publicados no Diário Oficial da União; e*
> *III - divulgados de forma individual e compilada na forma do caput e do inciso IV do § 1º do art. 16 do Decreto nº 10.139, de 2019.*
> *Parágrafo único. Os enunciados, orientações normativas, súmulas e demais espécies similares de consolidações de entendimentos editadas no âmbito da Controladoria-Geral da União ficarão sem efeitos no prazo de seis meses, a contar da entrada em vigor desta Portaria Normativa, caso não sejam revisadas ou consolidadas no citado período.*

Já os manuais, nos termos do *caput* do art. 24 da Portaria CGU nº 1.973, de 2021, podem ser editados, dentre outras autoridades, no que aqui interessa, pelo Corregedor-Geral da União, como obras referenciais e orientativas de boas práticas executivas e procedimentais na área de atuação correcional.

> *Portaria CGU nº 1.973, de 2021 - Art. 24. As autoridades indicadas no art. 7º poderão editar manuais destinados a compilar noções e boas práticas a respeito das matérias atinentes às competências das unidades que chefiam ou a orientar sobre a forma de execução de tarefas ou procedimentos relacionados a tais matérias.*

Concluindo esta apresentação da Portaria CGU nº 1.973, de 2021, destaque-se o *caput* do seu art. 25 ratificou que tanto os enunciados quanto os manuais emitidos e disponibilizados no âmbito da CGU não se confundem com atos normativos dotados de força vinculante, possuindo natureza meramente opinativa e orientadora, sendo de livre adesão, inclusive

dentro daquele próprio órgão central do SisCor e com ainda mais ênfase nas demais unidades setoriais de correição. É importante realçar este cristalino dispositivo normativo, que supera completamente as discussões que havia ao tempo dos enunciados da CGU/CCC, para os quais se contemplava natureza vinculante por intermédio de interpretação sistemática do ordenamento.

> *Portaria CGU nº 1.973, de 2021 - Art. 25. Os enunciados e os manuais possuem natureza meramente orientativa e persuasiva, não constituindo atos normativos em caráter estrito para os fins de uniformização e padronização previstos nesta Portaria Normativa.*
> *Parágrafo único. Caso haja expectativa de normatividade, nos termos do art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, e dos artigos 22 e 23 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, os enunciados e os manuais deverão ser editados de acordo com o Capítulo II desta Portaria Normativa e serão publicados sob a forma de anexo de uma das espécies de atos normativos previstas no art. 5º.*

3.3.7 - Jurisprudência Extraída das Decisões Judiciais e Entendimentos Doutrinários

Embora se reconheça que, no que diz respeito ao Direito Administrativo Disciplinar, a jurisprudência judicial e, principalmente, a doutrina ainda não ostentam a mesma envergadura e sedimentação que se encontram para o Direito Penal e para o Direito Processual Penal, a busca supletiva de entendimento naquela fonte e nesta ferramenta de pesquisa (no sentido amplo do termo), por parte do aplicador do Direito, se justifica, sobretudo por se situarem distantes do caso concreto sob análise e, portanto, imunes às suas particularidades.

Primeiramente, define-se jurisdição (de *juris dicere*) como a atividade de a autoridade, de qualquer Poder (Executivo, Judiciário ou Legislativo), “dizer o Direito”, ou seja, de decidir na sua esfera de competência, interpretando e aplicando a lei. Em espécie, chama-se ato judicial (ou jurisdição judicial) a decisão com poder de coisa julgada exclusiva do Poder Judiciário, no exercício da função da judicatura (ou da magistratura) por seu membro. Neste rumo, a jurisprudência (de *jus prudentia*, a “sabedoria ou a prudência do Direito”) reflete o conjunto de decisões colegiadas reiteradas, em um determinado sentido, acerca de determinados temas, emanadas pelos Tribunais, no exercício de suas respectivas jurisdições judiciais.

A doutrina (de *docere*, “ensinar, mostrar, instruir”), por sua vez, é um termo que congrega as manifestações, conceitos, estudos, ensaios, reflexões, teses, teorias, interpretações e obras autorais das mais variadas espécies, por meio de artigos, monografias, tratados ou livros ou quaisquer formas de ensinamento, dos jurisconsultos, dos juristas, dos estudiosos e, enfim, dos autores e especialistas na ciência jurídica. A doutrina sintetiza a produção e o pensamento científico da área jurídica.

A jurisprudência, apesar de se manifestar sobre casos concretos levados à apreciação do Poder Judiciário, desde que empregada pelo aplicador com o filtro das peculiaridades daquela lide apreciada pela judicatura, torna-se uma rica fonte, por fornecer entendimentos jurídicos reinantes nas altas Cortes; já a doutrina, quando aprofundada e imparcialmente técnica e científica, encontra aplicabilidade por propiciar conhecimentos de natureza teórico-conceitual, imunes às particularidades de cada caso concreto.

E o emprego da fonte jurisprudencial e da ferramenta de pesquisa doutrinária qualifica-se ainda mais quando o aplicador do Direito elabora o entendimento delas extraído com a leitura atenta de toda a gama de princípios reitores,

Relembrando-se que os princípios jurídicos sedimentam valiosa fonte supletiva,

pairando sobre todo o ordenamento com inesgotável riqueza teórico-conceitual para auxiliar o operador da ciência jurídica a dirimir soluções quando se parece que as condições de contorno da situação concreta, à luz das normas positivadas, permitem duas decisões conflitantes ou, ainda, não apontam decisão alguma.

É de se destacar que a linha de formação do presente texto não tem por objetivo apresentar e aprofundar discussões naturais e salutares da ciência jurídica, em que é comum a coexistência de correntes jurisprudenciais ou doutrinárias contrárias sobre determinado tema. Em sentido oposto, visando unicamente a fornecer informações de emprego direto e prático, este texto expõe uma linha autoral coerente em si mesma e, quando é o caso, apresenta as manifestações jurisprudenciais e doutrinárias que, em posição majoritária, a apóiam. Como regra, a menos de situações específicas em que a divergência integra essencialmente a discussão, não há neste texto a apresentação de julgados ou de trabalhos doutrinários que se contrapõem, como forma de se deixar em aberto dois possíveis posicionamentos. Embora se respeite - mais que isto, até se compreende que aí residem a grandeza e a evolução do Direito - a existência de entendimentos antagônicos, o objetivo deste texto é de, operacionalmente, suprir ao aplicador uma clara resposta aos questionamentos que surgem em qualquer momento de emprego do Direito Administrativo Disciplinar.

Feita esta introdução, abordando primeiramente de forma mais detida a jurisprudência, é de se dizer que, mesmo na tradição romanística do Direito pátrio que se vincula mais à força da lei que à força vinculante dos precedentes judiciais baseados em usos e costumes, como seria na tradição anglo-saxônica, não se nega poder constituinte de Direito à forma reiterada de manifestação judicial. Ainda que não obriguem, sabe-se que interpretações uniformes e constantes, ou seja, a chamada jurisprudência pacífica dos tribunais, ao interpretar, orientar e aplicar o ordenamento e ao revelar o Direito, ao longo do tempo, se fazem prevalecer.

Em princípio, podem ser adotadas como referências não vinculantes, na Administração Pública como um todo e em particular pelas comissões disciplinares, as decisões judiciais dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal - STF - e Superior Tribunal de Justiça - STJ, ambos de jurisdição nacional) e também dos cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs, com jurisdição regional nos seguintes Estados - 1ª Região: Distrito Federal, Goiás, Tocantins, Mato Grosso, Minas Gerais, Bahia, Piauí, Maranhão, Pará, Amazonas, Amapá, Rondônia, Roraima e Acre; 2ª Região: Rio de Janeiro e Espírito Santo; 3ª Região: São Paulo e Mato Grosso do Sul; 4ª Região: Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul; e 5ª Região: Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte e Ceará).

Não obstante, o ordenamento prevê, no art. 103-A da Constituição Federal (CF) e no *caput* e no § 1º do art. 2º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, a edição de súmulas, exclusivamente pelo STF, com poder vinculante não só no âmbito de todo o Poder Judiciário mas até mesmo na Administração.

> *CF - Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de fevereiro de 2004)*
> *§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*
> *§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula*

> *aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*
>
> *Lei nº 11.417, de 2006 - Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.*
> *§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.*

Resgata-se também os comandos do art. 1º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, cujo *caput* determina a observância pela Administração das decisões do STF que interpretam a CF. No caso de declaração apenas incidental de inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, cabe ao Senado Federal suspender sua execução; sem prejuízo, sobretudo diante de inércia ou omissão da casa legislativa, podem o Ministro de Estado ou o Advogado-Geral da União proporem ao Presidente da República que autorize a extensão dos efeitos da decisão judicial.

> *Decreto nº 2.346, de 1997 - Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.*
> *§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.*
> *§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.*
> *§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.*

Nos termos do inciso XII do art. 4º e o *caput* do art. 43, ambos da Lei Complementar (LC) nº 73, de 10 de fevereiro da 1993 (a lei orgânica da Advocacia-Geral da União - AGU), e também do art. 2º do Decreto nº 2.346, de 1997, as súmulas editadas pelo Advogado-Geral da União, reconhecendo jurisprudência reiterada dos tribunais, uma vez publicadas oficialmente, são de observância obrigatória pelas unidades jurídicas da Administração Pública. Devem, pois, ser reconhecidas também pelas comissões e autoridades disciplinares.

> *LC nº 73, de 1993 - Art. 4º São atribuições do Advogado-Geral da União:*
> *XII - editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais;*
> *Art. 43. A Súmula da Advocacia-Geral da União tem caráter obrigatório*

> *quanto a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 desta lei complementar.*
>
> *Decreto nº 2.346, de 1997 - Art. 2º Firmada jurisprudência pelos Tribunais Superiores, a Advocacia-Geral da União expedirá súmula a respeito da matéria, cujo enunciado deve ser publicado no Diário Oficial da União, em conformidade com o disposto no art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.*

Mas, acrescente-se que, em que pese o STF ser a mais alta Corte do Poder Judiciário, é de se destacar não só a maior quantidade como também a relevância dos julgamentos emitidos pelo STJ sobre matéria disciplinar. Em suas competências originárias, respectivamente nos arts. 102 e 105 da CF, enquanto se tem o STF como um órgão de guarda da CF, o STJ é um órgão de defesa do ordenamento jurídico federal, sendo intitulado como a Corte Superior de uniformização infraconstitucional, por lhe competir não só a verificação da legalidade das normas infraconstitucionais federais mas também a uniformização da sua jurisprudência. Como a normatização da matéria de interesse encontra-se precipuamente em lei federal (a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990) e é menos frequente a aplicação de processo e de regime disciplinares suscitar discussões ao redor de temas constitucionais, há uma maior demanda ao STJ que ao STF. Além disto, a ida ao Poder Judiciário por motivo disciplinar se dá principalmente por meio de mandado de segurança contra ato de aplicação de pena capital e a aplicação de tais penas foi delegada pelo Presidente da República para os Ministros de Estado, por meio do Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999 (atualizado pelo Decreto nº 11.123, de 7 de julho de 2022). Uma vez que ao STF cabe julgar mandado de segurança contra o Presidente da República (dentre outros) e ao STJ cabe fazê-lo para o caso de Ministros de Estado, também por este motivo esta última Corte passou a ser mais provocada, tendo uma jurisprudência bastante rica sobre a matéria disciplinar. De se destacar que, no caso específico do Ministério da Economia, esta competência delegada para pena expulsiva foi subdelegada ao respectivo Secretário-Executivo, por força do diferenciador inciso II do § 3º do art. 1º do mesmo Decreto.

Quanto à doutrina, na esteira do que se expôs em **3.3**, ao se introduzir o tema das fontes jurídicas, não obstante o inegável valor científico e técnico das manifestações e estudos dos autores e dos juristas, é formalmente excluída, pela teoria dogmática, do conjunto das fontes porque não possui poder de emanar o Direito, sendo, portanto, considerada como a ferramenta de apoio suplementar ao aplicador de menor valor hierárquico.

No caso específico do Direito Administrativo Disciplinar, além do já comentado problema do limitado universo de manifestações quando se compara com outras instâncias jurídicas mais sedimentadas, soma-se a peculiaridade de que parte dos doutrinadores, talvez por manterem atuação profissional na advocacia privada, defendendo interesses de servidores que figuram no polo passivo de processos disciplinares, ainda preserva e até manifesta uma impressão equivocada e distorcida acerca da atuação estatal no exercício do seu poder-dever disciplinar.

Desta feita, na contramão da constante e crescente elaboração e aprimoramento com que a Administração (aí se incluindo todo o Sistema de Correição do Poder Executivo federal - SisCor, mencionado em **2.1.1**) exercita sua competência legal, parte dos autores ainda manifesta em suas obras autorais críticas que até poderiam ser plausíveis ao tempo do revogado contexto constitucional de exceção de então, mas que não refletem nem o ordenamento atual e muito menos o grau de amadurecimento crescentemente almejado e atingido nas estruturas correcionais administrativas, com profissionalismo, capacitação e, sobretudo, atenção a princípios e garantias fundamentais.

Percebe-se em parte da doutrina militante na seara administrativa disciplinar certa relutância - que, por vezes, pode ser confundida não com convicção tecnicamente defensável

mas sim com conveniência de interesses profissionais - em acatar que o Direito Administrativo Disciplinar, embora não seja autônomo (como não o é nenhum ramo jurídico), tem suas próprias normas, princípios, institutos e valores, não sendo correta a constante tentativa de fazer prevalecer, no rito do processo e no regime disciplinares, toda a inteligência das leis penal e processual penal. Embora estas instâncias guardem similaridades e afinidades, pois são todas de Direito público punitivo, o Direito Penal tutela bens jurídicos distintos e de maior relevância que a instância disciplinar, fazendo ao mesmo tempo o infrator merecer sancionamento mais grave e, por consequência, maior grau de garantias e de segurança do que ocorre com o servidor acusado na instância administrativa, de forma que nem todas as garantias de defesa daquela instância necessariamente se refletem nesta instância.

Ademais, embora se saiba que os modelos doutrinários, na verdade, permeiam toda a construção vinculante de comportamentos emanada pelas fontes, já que não se cogita de elaboração de normas e regras à margem do conhecimento científico, a doutrina em si com elas não se confunde. Enquanto as regras e normas obrigam, a doutrina atua apenas revelando e auxiliando na compreensão do significado daquelas e de como elas se aplicam. Mesmo que se cogite de uma determinada corrente doutrinária majoritária ou dominante diante de um determinado tema, esta razão jurídica ali emanada não tem o condão de emanar o Direito, mas tão somente de interpretá-lo, como, por exemplo, uniformizando entendimento acerca de termos legais vagos e imprecisos.

Decerto, tanto a jurisprudência quanto a doutrina, embora possam ser invocadas nos atos em geral e nas decisões administrativas, não valem como norma de cumprimento obrigatório.

3.3.8 - Apostilas, Notas Técnicas e Orientações da Corregedoria

Em sentido extensivo para o termo “fontes”, conforme se antecipou em **3.3**, incluem-se aqui três linhas de manifestações emanadas pela própria Corregedoria (Coger), a saber, as cinco Apostilas Orientadoras da Aplicação do Processo e do Regime Disciplinar, as Notas Técnicas Coger e as Orientações Coger. Este tipo de externalização de entendimentos por parte do sistema correcional nada mais é que o cumprimento de uma de suas competências regimentais, conforme o *caput* e o inciso VI do parágrafo único do art. 18 do Anexo I do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017, que estabelecem competir à Coger gerenciar as atividades de sua área de atuação e manifestar-se sobre todas as matérias relacionadas ao regime e ao processo disciplinares.

> *Portaria MF nº 430, de 2017 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 22. À Corregedoria (Coger) compete gerenciar as atividades relativas ao desenvolvimento da integridade funcional dos servidores da RFB e à responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei.*
> *Parágrafo único. No exercício de suas competências, caberá à Coger:*
> *VI - apreciar consultas e manifestar-se sobre matérias relacionadas a condutas, deveres, proibições e demais temas que versem sobre disciplina funcional.*

Estes materiais se encaixam em um eixo de trabalho típico de unidade central, que é a busca da uniformização, com que se visa a superar controvérsias relevantes, a adotar o correto entendimento acerca das inúmeras questões jurídicas atinentes ao processo e ao regime disciplinares e a firmar a correta interpretação da legislação de regência, da jurisprudência e da doutrina. Em outras palavras, com estas formas de se manifestar, o sistema correcional busca suprir a estabilidade e a segurança jurídica necessárias na interpretação e na aplicação do ordenamento, indo além das fontes de alcance e de escopo mais abrangente, de forma a contemplar as peculiaridades e os enfoques específicos da RFB, impossíveis de serem

refletidos nas manifestações advindas de órgãos externos.

O primeiro material a se mencionar aqui são as cinco Apostilas Orientadoras da Aplicação do Processo e do Regime Disciplinar. A existência deste material é praticamente simultânea à criação da Coger, pois desde, seus primórdios, o sistema correcional sempre dispôs de um conjunto de apostilas com coletâneas de legislação e jurisprudências administrativa e judicial e ainda de um enxuto manual. Em 2004, aquele antigo material ganhou uma forte reformulação formal e material, tendo-se chegado ao conjunto atual, de cinco apostilas, e, a partir daí, passou a contar com automáticas atualizações de conteúdo. Inicialmente restrito ao uso interno, o conjunto ganhou publicidade e visibilidade internas ao passar a disponibilizado na intranet institucional após a sua aprovação formal, operada pela Portaria Coger nº 41, de 5 de julho de 2012, que também lhe atribuiu o atual nome e caráter vinculante no âmbito da Coger.

> *Portaria Coger n° 41, de 2012 - Art. 1º Ficam aprovadas as Apostilas Orientadoras da Aplicação do Processo e do Regime Disciplinar, bem como suas atualizações, disponíveis na Biblioteca Virtual da Corregedoria-Geral, na intranet da Secretaria da Receita Federal do Brasil.*
> *Art. 2º As Unidades da Corregedoria-Geral, seja por seus servidores lotados e em exercício, seja, no que cabível, por servidores convocados ou designados como colaboradores eventuais, no desempenho de suas atribuições referentes a formalização, condução e demais atividades relativas a processos administrativos disciplinares e sindicâncias disciplinares de que trata o art. 143 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, deverão observar as orientações constantes das mencionadas Apostilas.*

No formato atual, a "Apostila n° 1 - Consolidação de Normas e Manifestações Vinculantes Aplicáveis ao PAD e Notas Técnicas Coger" (que, em versões anteriores, era tratada como o manual institucional), compõe-se de duas partes, ambas com a característica comum de se limitarem a comandos de aplicação obrigatória. A primeira parte, da Consolidação de Normas e Manifestações Vinculantes Aplicáveis ao PAD é uma coletânea de dispositivos normativos (desde a Constituição Federal - CF, passando por leis, até normas internas infralegais) e de manifestações administrativas (pareceres da Advocacia-Geral da União - AGU, enunciados da Comissão de Coordenação de Correição da Controladoria-Geral da União - CGU/CCC e formulações do Departamento Administrativo do Serviço Público - Dasp). A segunda parte contém as Notas Técnicas Coger, abaixo descritas, que são textos emitidos pela Coger com o fim de uniformizar entendimento interno acerca de temas de interesse correcional.

O conjunto compreende também duas apostilas de legislação, as de nº 2 e nº 3, que apresentam normas atualizadas, com informações acerca da publicação, das alterações sofridas e das revogações. Para facilitar a pesquisa, as duas apostilas contêm índices explicativos, com reprodução dos assuntos abordados na norma (via de regra, reproduzindo a ementa), indicação se está reproduzida na íntegra ou em parte e lista das normas supervenientes que a alteraram.

A "Apostila nº 2 - Legislação Básica" contém as normas de aplicação direta e cotidiana, tais com a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, os dispositivos de interesse do Regimento Interno da RFB e a norma interna (e suas antecessoras), atualmente a Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, que regulamenta a atividade correcional no âmbito do órgão.

A "Apostila nº 3 - Legislação Complementar" contém as normas de grande relevância para a matéria, que podem ser consideradas como fontes do processo disciplinar em geral e no âmbito da RFB, agrupadas em função do objetivo de seu emprego ou do assunto tratado.

O conjunto compreende ainda duas apostilas, de nº 4 e nº 5, com decisões e pareceres

sobre a matéria disciplinar.

A “Apostila nº 4 - Jurisprudência (Decisões Judiciais) contém um ementário de julgados das Cortes Superiores do Poder Judiciário federal, organizados por assunto, em ordem alfabética.

Por fim a “Apostila nº 5 - Pareceres da AGU, Enunciados da CGU/CCC e Formulações Dasp” contém a íntegra de praticamente todos os pareceres emitidos pela AGU sobre matéria disciplinar, desde 1993. Os pareceres estão organizados por assunto, em ordem alfabética, com alguns mecanismos para facilitar a busca em função do assunto desejado. O índice contém a reprodução da ementa e dos tópicos abordados. Além da pesquisa por assunto, o índice também permite pesquisa por numeração, tanto pelo nome do Advogado-Geral da União que o aprovou, quanto do Consultor que o redigiu. Além disso, ao final de cada grupo por assunto, destacam-se remissões a pareceres que, embora estejam em outro grupo, também abordam secundariamente aquele assunto. Quando aplicável, foi dado destaque ao fato de o parecer ser vinculante (aprovado e publicado). Constam ainda da apostila todas as formulações, pareceres e orientações normativas do antigo Dasp que se mantêm aplicáveis por estarem de acordo com o atual ordenamento e os enunciados emitidos pela CGU/CCC.

Tanto as Notas Técnicas quanto as Orientações da Coger, em geral, registram conclusões maduras a que se chegou após a realização de foros internos de debates e de discussões e têm por objetivo elucidar entendimentos, soluções ou rotinas de trabalho sobre temas de relevante controvérsia jurídica - destacadamente aquelas que demandam respostas no âmbito do órgão - que clamam por uma clara notícia de qual posicionamento institucional o sistema adota.

Para diferenciá-las, mencione-se que as Notas Técnicas da Coger são editadas com aprovação vinculante do Corregedor, sem uma periodicidade pré-definida e em geral após algum debate interno - que tanto pode coincidir e decorrer de demarcados eventos de capacitação promovidos justamente para este fim quanto pode ser alçado à linha de premência por individualizada avaliação da necessidade de se ter um imediato posicionamento acerca do tema. As Notas Técnicas da Coger, numeradas anualmente, apresentam-se em corpo concatenado e redigido segundo as praxes de elaboração de atos administrativos, contendo em si mesma uma integral análise de determinado tema, desde a ementa, apresentação das controvérsias ou das demandas de enfrentamento e conclusão com o posicionamento institucional adotado e assinatura do Corregedor, o que inibe que qualquer integrante do sistema correcional paute sua atuação em sentido conflitante ao teor desta fonte.

Já as Orientações da Coger são pequenos verbetes, como enunciados, súmulas ou formulações, emitidas no corpo de compêndios por meio dos quais se registram teses e discussões apresentadas em eventos de capacitação promovidos com este fim específico. As Orientações da Coger disseminam e sedimentam sinteticamente apenas as conclusões a que porventura se chega em alguns temas no curso destes eventos - não contém corpo estruturado em ementa, introdução e conclusão e não são assinadas pelo Corregedor - e são sequencialmente numeradas, independentemente do ano de edição. Como não possuem caráter vinculante, uma vez que apenas indicam o posicionamento da maioria dos participantes que presenciaram os tais debates, figuram como balizamentos e recomendações para as rotinas e praxes a serem desenvolvidas em situações concretas similares aos temas debatidos.

3.4 - SINDICÂNCIA DISCIPLINAR DA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990

3.4.1 - Conceituação e Base Principiológica da Sindicância Disciplinar

Antes de se abordar especificamente o conceito estatutário de sindicância disciplinar, se faz necessário resgatar o contexto histórico da mudança jurídico-normativa operada na passagem do pretérito regime de exceção para o atual Estado Democrático de Direito, em 1988. À luz da Constituição Federal (CF) que até à época vigia, a Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (o então Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - EF), contemplava exclusivamente a expressão "processo administrativo disciplinar" para se referir ao rito de fim correcional com o qual se garantia o exercício apenas do direito de ampla defesa previamente à aplicação de penalidades mais graves, quais sejam, pena de suspensão de mais de trinta dias e penas capitais. A rigor, naquele ambiente de limitadas garantias constitucionais, o regramento estatutário então vigente não contemplava a participação contraditória na fase de todo o inquérito, assegurando apenas a contestação do servidor ao fim da instrução probatória, por meio de peça de defesa escrita, e sequer previa rito algum para aplicação de penalidades mais brandas, quais sejam, de advertência e de suspensão de até trinta dias. Pode-se extrair que prosperava, então, de forma tácita, a aplicação destas duas penas sem o devido processo legal e à luz da chamada verdade sabida, em que o ostensivo conhecimento, por parte da autoridade, do cometimento de suposta irregularidade, a autorizava a imediatamente aplicar a pena cabível ao infrator, à margem de procedimento apuratório.

Uma vez que tal ordenamento legal não foi recepcionado pela nova ordem constitucional democrática, garantista e participativa, fez-se necessário inovar a normatização estatutária, tendo vindo a lume a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, fazendo refletir na instância disciplinar os primados do devido processo legal e de seus dois principais corolários, da ampla defesa e do contraditório. Daí, o legislador ordinário foi obrigado a suprir a lacuna instrumental outrora existente, com o estabelecimento de um rito contraditório também para aplicação de penas de advertência e de suspensão de até trinta dias, desatrelando-a da precipitada verdade sabida e condicionando-a à instrução probatória com participação da defesa.

Neste rumo, a Lei nº 8.112, de 1990, em seus Títulos IV e V, que tratam da matéria disciplinar, empregou não só a expressão "processo administrativo disciplinar" mas também o termo "sindicância". E já desde este ponto surgem as críticas ao legislador ordinário, pois incorreu-se na impropriedade de denominar o rito contraditório de que se cogitava estabelecer na Lei com o mesmo nome que desde sempre a doutrina do Direito Administrativo emprega para fazer menção a procedimentos de natureza investigativa, o que obriga o aplicador do Direito se manter atento quando se refere à sindicância, devendo deixar inequívoco se a menção se faz à sindicância de natureza investigativa ou à sindicância de natureza disciplinar.

O fato é que, independentemente de crítica à pouca criatividade terminológica legislativa e sem prejuízo da manutenção daquele emprego doutrinário e que posteriormente veio a receber disciplinamento no art. 19 da Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, e no inciso II do art. 3º da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, para o termo "sindicância", já descrito em **2.5.3.2.2**, como rito empregado em fase de admissibilidade, com fim meramente investigativo preparatório e inquisitorial, a Lei nº 8.112, de 1990, expressamente passou a prever a específica sindicância disciplinar (ou contraditória ou punitiva ou autônoma ou acusatória ou apuratória).

Neste aspecto terminológico, convencione-se que, ao longo deste texto, em contraposição à sindicância investigativa, se empregará a denominação de sindicância disciplinar para o rito contraditório e punitivo (não obstante, a Controladoria-Geral da União referir-se a este rito como sindicância acusatória, grafando a sigla Sinac, na IN CGU nº 14, de

14 de novembro de 2018..

É provável que a intenção do legislador - em atenção ao inciso LV do art. 5º da CF, que passou a não dispensar as garantias de ampla defesa e de contraditório sequer em rito administrativo onde alguém figure como acusado e sujeito a qualquer pena - tenha sido dotar a Administração de um instrumento célere para apurar aqueles fatos irregulares de menor gravidade, os quais, no antigo ordenamento, sequer mereciam devido processo legal e busca de verdade material, quando tinham sua concretização renegada à mera constatação da verdade sabida. E, de fato, assim realmente se o fez, constando do inciso II e do parágrafo único do art. 145 da Lei nº 8.112, de 1990, que a sindicância disciplinar é o rito próprio para apurar infrações puníveis com penas de advertência ou, no máximo, de suspensão de até trinta dias e para o qual se concedeu prazo de apenas trinta dias, prorrogável por igual período.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 145. Da sindicância poderá resultar:*
> *II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;*
> *Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior.*

Todavia, a crítica à técnica redacional vai além da mera terminologia, pois em maior omissão incorreu o legislador ao estabelecer um nome jurídico para determinado instituto instrumental mas não descrever sua procedimentalização. Em outras palavras, a Lei nº 8.112, de 1990, possui em seu bojo disciplinar o nome "sindicância" mas em nenhuma passagem sua cuidou de descrever o que seja tal rito e muito menos como se o procedi mentaliza. A mencionada Lei não cuidou de expressar um rito para a sindicância disciplinar, somente o tendo feito para o processo administrativo disciplinar (PAD).

Tendo em vista que esta sindicância disciplinar de que aqui se trata - unicamente a sindicância prevista nos Títulos IV e V da Lei nº 8.112, de 1990, de natureza acusatória e contraditória - pode redundar em punição, torna-se necessária a eleição de um rito, com o fim de se obedecer a máxima do devido processo legal (e, simultaneamente, aos dois princípios dela decorrentes, da ampla defesa e do contraditório).

Ora, na ausência de específica previsão legal e diante da necessidade de se estabelecer um rito, a solução mais coerente é, sistematicamente, estender para a sindicância disciplinar o rito que a própria Lei previu para o PAD. Com isto, devem ser igualmente adotados na sindicância disciplinar instaurada com base no *caput* do art. 143 e no art. 145, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, todos os atos normatizados entre os arts. 143 e 182 da mesma Lei, na linha também compreendida pela doutrina.

> *"A Lei nº 8.112/90, no entanto, acabou por legitimar a sindicância, também, como meio processual hábil para aplicação de penalidade administrativa de advertência e suspensão de até 30 dias, com a inafastável observância do contraditório e da ampla defesa - art. 146, sem lhe oferecer, todavia, a conformidade procedimental adequada.*
> *Realmente, no tocante à sindicância, a Lei nº 8.112/90 não estabelece nenhuma fase. Entretanto, nada obsta tudo recomenda e se impõe que o regramento do processo disciplinar seja igualmente adotado na sindicância, notadamente quando esta tiver o propósito punitivo, isto é, não apenas de investigação preliminar.*
> *Tendo por parâmetro as fases do procedimento disciplinar e seus princípios, além dos requisitos básicos a ele aplicáveis, a sindicância de caráter punitivo será processada no prazo reduzido à metade (de 60 para 30 dias - arts. 152 e 145, parágrafo único da Lei nº 8.112/90 - admitida sua prorrogação por igual prazo), salvo em relação à defesa, cujo prazo legal não poderá ser diminuído, por compreensão extensiva, notadamente porque essa redução implicaria*

> *prejuízo para o indiciado." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 127, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

E tal interpretação aqui proposta encontra apoio na percepção de que a leitura dos Títulos IV e V da Lei nº 8.112, de 1990, sugere que o legislador, em diversas passagens, empregou indistintamente a expressão "processo administrativo disciplinar", por vezes atribuindo-lhe o sentido específico da forma processual mais completamente ali prevista (o PAD *stricto sensu*) e, em outras passagens, atribuindo-lhe o sentido amplo, em que cabem o PAD em si e a sindicância disciplinar, sempre sob princípios do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, conceitualmente, pode-se interpretar que a expressão genérica "processo administrativo disciplinar" comporta as espécies PAD e a sindicância disciplinar prevista na Lei nº 8.112, de 1990. E, ao se deparar com aquela expressão no texto da citada Lei, somente a leitura do contexto pode indicar se o legislador está se referindo ao gênero *lato sensu* ou à espécie *stricto sensu*. Tal percepção se resolve atendo-se às poucas passagens da Lei em que o texto explicita peculiaridades e diferenciações da sindicância disciplinar em relação ao PAD; no mais, não havendo positivação diferenciadora, prevalece a interpretação sistemática de que os comandos legais se aplicam a ambos os ritos.

Em termos concretos, assenta-se que, mesmo a partir deste ponto, em que pela primeira vez no curso deste texto, se dedicou a mencionar a existência de nomes de dois ritos legais, se prossegue no emprego da convenção de, em regra, se grafar, de forma genérica, apenas "processo disciplinar", dispensando-se a menção também da sindicância disciplinar. À vista da certeza de que os dois conceitos seguem o mesmo e único rito estabelecido na Lei nº 8.112, de 1990, e obedecem aos mesmos princípios de Direito, já que ambos convergem como apuratórios de índole disciplinar, resta então subentendido que, salvo expressa menção em contrário, tudo o que se escrever para o PAD é absolutamente válido também para a sindicância disciplinar. Assim, aqui, como regra geral, convenciona-se que a expressão "processo disciplinar" (ou mesmo "processo administrativo disciplinar", muito lida nas manifestações jurisprudenciais e doutrinárias) compreenderá tanto o PAD *stricto sensu* quanto a sindicância disciplinar. Quando se quiser se referir especificamente a um ou a outro tipo de apuratório específico, far-se-á expressa ressalva, empregando-se a sigla PAD para se referir apenas à forma mais completa.

O que importa repisar é que, tratando-se de ritos de igual natureza correcional, instaurados exclusivamente com o fim de reestabelecer o equilíbrio interno administrativo por meio da possível sanção em face do infrator, tanto o PAD quanto a sindicância disciplinar devem ser conduzidos sob irrestrita atenção à mesma gama principiológica e devem ser procedimentalizados segundo o devido processo legal estabelecido na Lei nº 8.112, de 1990.

A sindicância disciplinar encontra definições normativas no *caput* do art. 30 da IN CGU nº 14, de 2018 (que adotou a terminologia sindicância acusatória - Sinac), no inciso III do art. 3º da Portaria MF nº 492, de 2013, e no inciso III do art. 1º da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017. Ademais, como de outra forma não poderia ser, aplicam-se, no âmbito do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), os dispositivos instrumentais dos arts. 30 e 31 da mencionada IN CGU.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 30. A SINAC constitui procedimento destinado a apurar responsabilidade de servidor público federal por infração disciplinar de menor gravidade, quando não cabível TAC ou TCA.*
>
> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 3º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidos os seguintes procedimentos correcionais no âmbito do Ministério da Fazenda:*
> *III - sindicância disciplinar: procedimento sumário, instaurado com fim de*

apurar responsabilidade por irregularidades de menor gravidade;

Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 1º A apuração de irregularidade de natureza disciplinar no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) será feita mediante os seguintes procedimentos correcionais:
IV - sindicância disciplinar: procedimento sumário, instaurado com o fim de apurar responsabilidade por irregularidade de menor gravidade;

3.4.2 - Instauração de Sindicância Disciplinar, Quantidade de Integrantes e Suas Possibilidades de Conclusão

Relembrando que o estágio inicial de desconhecimento do binômio materialidade e autoria pode ser suprido em fase de admissibilidade (no qual a sindicância investigativa se insere como um dos ritos possíveis, nos casos em que se precisa de maior formalismo), quando já se dispõe de satisfatórios indícios de ambos os elementos responsabilizadores, deve-se instaurar a instância disciplinar e a questão que reside é identificar qual parâmetro indica a opção entre instaurar sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar *stricto sensu* (PAD). Em síntese, pode-se dizer que a escolha, a cargo da autoridade instauradora, entre instaurar sindicância disciplinar ou PAD, quando já se possuem elementos que indicam tanto a autoria quanto a materialidade, dá-se basicamente em função da gravidade da infração denunciada.

Isto porque, quanto à sindicância disciplinar, pode-se reiterar que a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, instituiu-a mas não a descreveu; tão somente, no seu art. 145, demarcou algumas diferenciações em relação ao PAD, a saber, no prazo de conclusão e no alcance das penas. Enquanto a sindicância disciplinar deve ser concluída em até trinta dias a partir da instauração, prorrogáveis por igual período, para aplicação das penas estatutárias brandas (advertência e suspensão até trinta dias), o PAD deve ser concluído em até sessenta dias a partir da instauração, prorrogáveis por igual período, para aplicação de qualquer pena estatutária, branda ou grave.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 145. Da sindicância poderá resultar:
I - arquivamento do processo;
II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;
III - instauração de processo disciplinar.
Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior.

Mas, na prática, é de se reconhecer um indicador de efeito mais pragmático e concreto que favoreça a residual instauração da sindicância disciplinar em detrimento do PAD.

De forma coerente com a postura de se estender para a sindicância disciplinar os princípios, institutos e atos previstos na Lei para o PAD (a menos de expressa determinação em contrário), a interpretação sistêmica do *caput* do art. 149 da Lei nº 8.112, de 1990, impõe, em princípio, que a comissão de sindicância seja composta por três membros estáveis. Todavia, além do prazo legal e do alcance da pena, pode-se mencionar ainda a terceira diferenciação entre PAD e sindicância disciplinar, no sentido de que, como a Lei manifestou apenas que o PAD, obrigatoriamente, deve ser conduzido por comissão composta por três integrantes, a *contrario sensu*, a sindicância disciplinar pode ser conduzida por comissão de dois ou três integrantes (já que a Lei nº 8.112, de 1990, menciona comissão de sindicância, no § 2º do art. 149, afasta-se de plano a designação de apenas um sindicante).

Neste rumo, é de se citar a normatização da Controladoria-Geral da União (CGU), na condição de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), por

meio do § 1º do art. 31 da Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018 (que chama o procedimento de sindicância acusatória, com sigla Sinac), bem como a sua própria manualização e a doutrina, aceitando a designação de comissão de sindicância disciplinar com dois ou mais servidores estáveis.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observando o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
> *§ 2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.*
>
> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 31.*
> *§ 1º A comissão de SINAC será composta por pelo menos dois servidores estáveis, designados pela autoridade competente, por meio de publicação de ato instaurador que indicará, dentre eles, o seu presidente, o qual deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do acusado..*
>
> *"De fato, tendo em vista a praxe administrativa e a escassez de servidores para comporem comissões de sindicância e de processo administrativo disciplinar, admitem-se comissões de sindicância compostas por apenas dois integrantes.*
> *A propósito, o art. 12, § 2º, da Portaria-CGU nº 335/2006 sana definitivamente a questão. Com efeito, referido dispositivo estabelece, que, no caso de sindicância acusatória ou punitiva, a comissão deva ser composta por dois ou mais servidores estáveis.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 83, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/ Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD. pdf, acesso em 07/08/13*
>
> *"A instauração de sindicância singular (elaborada por agente sindicante) somente se legitima na modalidade inquisitorial, em que o feito procedimental, por não contar com a figura formal do servidor imputado, deverá ser realizada sem obediência ao princípio do contraditório e sob a regência da sigilosidade e da discricionariedade." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 339, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Para os casos residuais em que se cogita de instaurar sindicância disciplinar, embora não seja o ideal, mas contemplando as limitações de pessoal reinantes na Administração Pública federal e da praxe administrativa de determinados órgãos públicos ou mesmo de alguns Escritórios de Corregedoria (Escor), desde que o apuratório seja conduzido em estrito respeito às garantias da ampla defesa e do contraditório, excepcionalmente, aceita-se a sindicância disciplinar, instaurada com base no art. 145 da Lei nº 8.112, de 1990, conduzida por apenas dois integrantes.

Assim, tem-se que, legalmente, o critério diferenciador entre instauração de sindicância disciplinar e de PAD residiria na gravidade da infração e na consequente pena associada. Mas, na prática, o único efeito infralegalmente previsto que ainda justifica o sistema correcional lançar mão de sindicância disciplinar é economia de um dos membros, à vista da carência de pessoal e da excepcional decisão a favor da instauração da instância disciplinar em face de ato de pequena gravidade.

Todavia, ressalte-se que nada impede que o PAD resulte na aplicação de penalidade de advertência ou de suspensão de até trinta dias e que a autoridade competente possa instaurar de imediato aquele rito, não sendo a sindicância disciplinar pré-requisito. O inciso II do art.

145 e o art. 146, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, estabelecem apenas que, se a pena cabível for suspensão superior a trinta dias ou demissão, a apuração deve se dar através de PAD, sem vedarem, todavia, que este rito seja imediatamente adotado, mesmo para casos que posteriormente se resolvam em cominações mais brandas. Neste rumo, a literalidade do *caput* do art. 143 da mesma Lei estabelece o caráter alternativo, a critério da autoridade instauradora, para que esta, à vista da notícia de cometimento de suposta irregularidade, deflagre a sindicância disciplinar ou o PAD, sendo certo que aquela não é pré-requisito obrigatório deste, nem mesmo quando não seja conhecida a autoria da suposta infração ao tempo da instauração.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 146. Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar.*

Neste sentido, seguem as manifestações da Advocacia-Geral da União (AGU), nos Pareceres AGU nº GM-1 e nº GQ-37, ambos vinculantes, e também da jurisprudência e da doutrina:

> *Parecer AGU nº GM-1, vinculante: "6. As normas pertinentes à sindicância e ao processo disciplinar não prescrevem a realização da primeira, em regra previamente à instauração deste. A simples leitura dos arts. 153 e 154 da Lei nº 8.112, de 1990, já o demonstra. Atenta à natureza da infração e às circunstâncias em que esta se verifica, a autoridade competente deve aquilatar se da sua apuração poderá resultar a advertência, a suspensão de até trinta dias ou a inflição de penalidade mais grave, a fim de determinar a modalidade de apuração, se a realização de sindicância ou a abertura de processo. Em se insinuando dúvida razoável a respeito da prática da infração ou de sua autoria, e dependendo de sua gravidade, a autoridade competente deverá ter discernimento suficiente para determinar a realização de investigação prévia (a sindicância), com vistas à verificação da necessidade de proceder, ou não, à cabal apuração das irregularidades, através do processo disciplinar."*
>
> *Parecer AGU nº GQ-37, vinculante: "25. No pertinente à nulidade da sindicância, é necessário dirimir que, 'de lege lata', as irregularidades se apuram mediante sindicância ou processo disciplinar, prescindindo este da preliminar verificação das infrações através da primeira.*
> *26. Efetua-se a apuração da conduta anti-social do servidor por intermédio de sindicância ou processo disciplinar, dependendo da infração e das circunstâncias em que foi cometida. No art. 143, supramencionado, o legislador utilizou a alternativa 'ou' considerando haver variação na natureza das irregularidades e no grau de dificuldade de sua constatação. Há aquelas facilmente verificáveis de consequências revestidas de tal gravidade que a lei preconiza medidas drásticas restritivas de direitos, mais compatíveis com uma apuração de rigor, cujos ritos são contidos em lei. Em vista dessa linha de valorização, não discrepou a lei ao estatuir que da sindicância exsurge a aplicação das penalidades de advertência, ou suspensão de até trinta dias, ou instauração de processo disciplinar. Inexiste exigência legal, ou necessidade em determinados casos, de que todo processo disciplinar seja precedido de sindicância, nem sua prescindibilidade implica inobservância de qualquer princípio de direito."*
>
> *STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 22.789: "Ementa: Do sistema da Lei 8.112/90 resulta que, sendo a apuração de irregularidade no serviço público feita mediante sindicância ou processo administrativo, assegurada ao acusado ampla defesa (art. 143), um desses dois procedimentos terá de ser adotado para essa apuração, o que implica dizer que o processo administrativo não pressupõe necessariamente a existência de uma sindicância, mas, se*

> *instaurada for a sindicância, é preciso distinguir: se dela resultar a instauração do processo administrativo disciplinar, é ela mero procedimento preparatório deste, e neste é que será imprescindível se dê a ampla defesa do servidor; se, porém, da sindicância decorrer a possibilidade de aplicação de penalidade de advertência ou de suspensão de até 30 dias, essa aplicação só poderá ser feita se for assegurado ao servidor, nesse procedimento, sua ampla defesa."*
> *Idem: STF, Mandados de Segurança nº 21.726 e 22.055*

> *"Assim, se acolhida a denúncia, deve o Administrador considerar a pena administrativa, em tese, passível de aplicação compatível com a gravidade e a tipicidade dos fatos sob investigação para, então, determinar o procedimento apuratório: sindicância, processo disciplinar ou procedimento sumário. (...)*
> *Nada impede, no entanto, que se utilize o processo disciplinar para apuração de faltas que impliquem pena de menor intensidade, como a de advertência e a de suspensão por prazo igual ou inferior a 30 dias, investigáveis por meio de sindicância." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pgs. 104 e 105, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

> *"Quando se diz que, para aplicação de penalidade inferior a 30 dias de suspensão, usa-se a sindicância, não se deve entender, por isso, que está vedado o uso do processo disciplinar. Por vezes, no curso de um processo disciplinar evidencia-se a responsabilidade de servidor punível com simples advertência ou com suspensão menor do que 30 dias, sem que haja necessidade, nem conveniência, nem exigência legal, para transformar o processo em sindicância, por isso.*
> *Já a recíproca não é verdadeira. Se a penalidade aplicável é superior a uma suspensão acima de 30 dias, é indispensável a instauração do processo disciplinar, sob pena de nulidade." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 93, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Pelo exposto, tendo que se submeter ao mesmo rito contraditório do PAD, podendo este adotar todas as conclusões possíveis e defendendo a conveniência de, em princípio, se designar comissão de sindicância também com três membros, na prática, torna-se pouco recomendável a instauração de sindicância disciplinar, conforme também pontua a doutrina (sem prejuízo de se respeitar, conforme abordado linhas acima, a praxe administrativa, de alguns órgãos públicos federais ou mesmo de alguns Escor, de designar comissão de sindicância com apenas dois membros, como forma de atenuar a carência de pessoal). Resta como uma justifica plausível para instaurar sindicância disciplinar diante de fato inequivocamente não alçado a patamar de gravidade a economia de mão de obra.

> *"Portanto, a sindicância deve ser evitada, mesmo porque, se concluirmos que a sindicância não tem rito próprio e isto nos obriga a adotar os mesmos ritos do PAD; e ainda, considerando que o prazo reduzido para a conclusão da sindicância, na prática, não é cumprido, não traz nenhum benefício para a Administração a abertura de sindicância no lugar de PAD.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 72, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Além da hipótese de a sindicância disciplinar, ao se deparar com infração grave, ter de se converter em PAD, aquela primeira forma impõe à Administração um menor prazo de interrupção da contagem prescricional (como se verá em **4.13.2.1**).

Neste contexto, seguindo os três incisos do art. 145 da Lei nº 8.112, de 1990, a sindicância disciplinar pode resultar em proposta: de arquivamento; de punição com advertência ou suspensão de até trinta dias; ou de abertura de PAD, para que neste se possibilite apurar ilícitos mais graves e que possa redundar na aplicação de penas de

suspensão superior a trinta dias, demissão ou cassação de aposentadoria ou de disponibilidade ou de destituição do cargo em comissão.

Quando a comissão de sindicância vislumbra indícios de irregularidade grave, convém que de imediato solicite à autoridade instauradora a conversão em PAD, conforme assevera a doutrina. Não faria sentido prosseguir na instrução, indiciar, coletar defesa, para somente depois, em relatório sintetizador de todo o trabalho, provocar a instauração do PAD. De um lado, é certo que tal conversão, mediante pedido para extensão dos poderes apuratórios (e sem manifestação conclusiva responsabilizadora, que poderia inquinar o trio de pré-julgamento) é legal e doutrinariamente aceita. De outro lado, não há como omitir que tal caso demonstra a execução insatisfatória da fase de admissibilidade. Esta fase conduzida sem os necessários aprofundamento e esgotamento das investigações leva a uma percepção precipitada dos fatos e a conversão em PAD acarreta perda no prazo prescricional.

> *"(...) sem ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, e diante de superveniente constatação inequívoca de falta de natureza grave, pode a sindicância ser encerrada de plano, sem que se cumpram todas as demais fases (...), com proposta de imediata instauração de processo administrativo disciplinar. E ocorrendo tal hipótese, não há falar em cerceamento de defesa, visto que não configurada ainda uma acusação formal. Ademais, no processo administrativo disciplinar, o acusado terá oportunidade de exercitar com toda plenitude o contraditório e a ampla defesa, rebatendo, assim, ponto por ponto, as imputações contra si formuladas." Sebastião José Lessa, "Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância", pg. 100, Editora Brasília Jurídica, 4ª edição, 2006*

Uma questão interessante a se abordar, embora incomum no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), diz respeito à pena de destituição do cargo em comissão. O *caput* do art. 135 da Lei nº 8.112, de 1990, estabelece que são puníveis com destituição do cargo em comissão o servidor comissionado que incorre em infrações a que aquela Lei impõe penas de suspensão e de demissão. Como também defende a doutrina da CGU, sendo sabido que uma sindicância disciplinar pode concluir por infração à qual se associa proposta de pena de suspensão de até trinta dias, no caso de acusado ocupante apenas de cargo em comissão e não detentor de cargo efetivo, este procedimento não é instrumento hábil para redundar na pena de destituição daquele provimentos comissionado, visto que o art. 146 da Lei nº 8.112, de 1990, exige PAD para tal apenação expulsiva.

> *"Finalmente, outro ponto que merece atenção especial é a hipótese em que a comissão sindicante propõe penalidade de suspensão para servidores públicos ocupantes apenas de cargo em comissão. Nota-se do art. 135 da Lei nº 8.112/90, que o servidor sem vínculo efetivo pode ser destituído do cargo em comissão em razão de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão. Por outro lado, extrai-se da leitura do art. 146 da Lei nº 8112/90, que nos casos de aplicação das penalidades de suspensão superior a 30 dias, de demissão, de cassação de aposentaria ou disponibilidade, ou de destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar. Dessa forma, pode-se concluir que a sindicância não é meio hábil para se propor destituição de cargo em comissão, mesmo se a infração for sujeita, originariamente, à penalidade de suspensão inferior a 30 dias. Isso porque, a própria lei já exige o processo administrativo disciplinar em sentido estrito para a imposição da penalidade de destituição de cargo em comissão, independentemente de a infração ser punível com suspensão ou demissão.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 86 e 87, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/ Arquivos/ ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

A despeito de toda exposição acima, é de se reconhecer que, conforme já aduzido em **2.5.7**, na prática, a CGU, já desde a edição da sua IN nº 2, de 30 de maio de 2017, posteriormente aprimorada pela IN CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, ao instituir o termo de ajustamento de conduta (TAC) no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), permitiu o emprego de um rito simplificado e menos oneroso como um substitutivo em alternativa à sindicância disciplinar, de instrumentalidade muito mais rigorosa, pois deve obedecer àquela Lei e aos princípios reitores da processualística disciplinar. A norma administrativa igualou o significado jurídico de infração de menor potencial ofensivo ao alcance punitivo da sindicância disciplinar, nos termos do inciso II do art. 145 da Lei nº 8.112, de 1990, qual seja, de aplicabilidade limitada a infrações puníveis com pena de suspensão de até trinta dias. Com a concordância da doutrina, é possível afirmar que, desde sua implementação, em 2017, crescentemente o TAC ocupa o espaço que o legislador havia atribuído à sindicância disciplinar, um rito excessivamente burocrático e cada vez mais ultrapassado, superado e em franco desuso.

> *"Passados alguns anos a sindicância ficou ultrapassada e passou a ser considerada excessivamente burocrática, criando-se o TAC como alternativa mais dinâmica em 2017, diante da carência de mecanismos cada vez mais céleres e menos formais de solução de conflitos, embora a possibilidade de se chegar à justiça por outras caminhos não seja nada nova.", Luciano Rosa Vicente, "O Impacto dos Instrumentos Desburocratizantes na Celeridade Processual da Corregedoria da Receita Federal do Brasil", Dissertação de Mestrado em Direito no Centro Universitário de Brasília, pg. 73, 2021*

3.4.3 - Conversão da Sindicância Disciplinar em PAD

Conforme permite o inciso III do art. 145 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, pode a persecução correcional, iniciada por meio de sindicância disciplinar (quando se presume que a fase de admissibilidade vislumbrou indícios de irregularidade de menor grau de gravidade e/ou quando se quis poupar um integrante da comissão), ser convertida em processo administrativo disciplinar *stricto sensu* (PAD). Tal conversão se dá quando o colegiado se depara com possibilidade de comprovação de ilícito de média ou alta gravidade, punível com pena de suspensão superior a trinta dias ou com pena expulsiva, para as quais a sindicância disciplinar deixa de ser instrumento capaz.

Mas, antes de adentrar em tal instrumentalidade, destaquem-se e demarquem-se aqui duas hipóteses distintas, a fim de deixar claro que não se confundem. Primeiramente, relembre-se o já aduzido em **2.5.2** de que não convém que integrantes de sindicância investigativa (e também para integrantes de análise preliminar ou de investigação patrimonial ou de sindicância patrimonial) instaurem ou integrem comissão disciplinar (seja em sindicância disciplinar, seja em PAD) a ser designada como decorrência de seus trabalhos investigativos, cujas conclusões são tomadas unilateralmente, sem direitos à ampla defesa a favor do investigado. Mas não é desta hipótese de que agora se trata. Aqui, cogita-se da hipótese diferente, de se instaurar PAD em decorrência de sindicância disciplinar, cujos atos foram realizados sob manto de ampla defesa e de contraditório a favor do acusado (não se podendo afirmar que a convicção preliminar dos sindicantes tenha sido formada de maneira inquisitorial e unilateral), em que é possível que membro desta comissão de sindicância disciplinar faça parte da comissão de inquérito do PAD decorrente.

Tal hipótese se configurará, e até se tornará recomendável, à vista do princípio da eficiência, quando a sindicância disciplinar provocar a autoridade instauradora de forma a tão somente, à luz de suas apurações iniciais, solicitar uma extensão de seus poderes apuratórios sem manifestar de forma expressa uma prévia convicção de mérito acerca de suposta responsabilização funcional, conforme também se expressam a jurisprudência e o

posicionamento doutrinário da Controladoria-Geral da União (CGU).

> *TRF da 3ª Região, Apelação em Mandado de Segurança n.º 0002197-19.1998.4.03.6000: "Ementa: 2. A alegação de suspeição ou impedimento dos membros da comissão processante, por terem atuado em sindicância anterior, é obliterada se não comprovada a ocorrência das hipóteses previstas no § 2º do art. 149 e art. 150 da Lei n. 8.112/90, bem como no art. 18 e seguintes da Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (STJ, MS n. 13986, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 09.12.09, REsp n. 585156, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 02.10.08).*
>
> *TRF da 5º Região, Apelação Cível nº 385.720: "Ementa: 1. Alega o apelante que os membros da comissão processante do procedimento administrativo disciplinar seriam impedidos de exercer tal atribuição, ex vi do art. 18 da Lei 9.784, de 1999, motivo pelo qual o processo padeceria de nulidade. 2. O fato de os servidores integrantes da comissão processante do processo administrativo disciplinar terem atuado na sindicância que o antecedeu não os torna suspeitos ou impedidos, por não incidirem em nenhuma das hipóteses legalmente previstas de suspeição ou impedimento (art. 18 e 20 da Lei nº 9.437/1999 e art. 149, parágrafo 2º, da Lei nº 8.112/1990)."*
>
> *Nesses termos, vale ressaltar a questão da necessidade de imparcialidade de membros de comissão processante que teriam participado anteriormente de sindicância disciplinar com emissão de juízo preliminar de valor. Assim, caso contrário, se não houver qualquer emissão de juízo de valor acerca de suposta responsabilização funcional, é possível que membro da comissão de sindicância faça parte da comissão de inquérito do PAD decorrente.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 156, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Todavia, também na hipótese de sindicância disciplinar antecedente ao PAD, restará desaconselhável a manutenção dos membros quando a respectiva comissão provocar a autoridade instauradora com manifestação de convicção de cometimento de irregularidade por parte do servidor acusado, enquadrando-a e justificando a conversão, à vista da vinculação existente no regime disciplinar e da limitação punitiva da sindicância disciplinar. Neste caso, diferentemente da hipótese do parágrafo anterior, pode a defesa vir a cogitar da quebra da imparcialidade e da isenção destes integrantes, sendo aconselhável a designação de novos nomes, a fim de evitar incursão em nulidade por prejuízo à defesa.

Em todo caso, na hipótese de se instaurar PAD em decorrência de sindicância disciplinar, tem-se que esta integrará aquele, conforme determina o *caput* do art. 154 da Lei nº 8.112, de 1990.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 154. Os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução.*

E há duas formas de se operacionalizar esta passagem, protocolizando ou não um nº específico de processo para o PAD. Na primeira forma possível, mais de acordo com o texto legal acima, protocoliza-se o novo PAD, que recebe nº próprio de processo e a ele se juntam, por anexação, os autos da sindicância disciplinar. Conforme o item 5.3.1 da Portaria MPOG/SLTI nº 5, de 19 de dezembro de 2002, a anexação é uma forma de juntada em definitivo de dois processos, sendo que o processo acessório (a sindicância disciplinar, no caso) passa a fazer parte integrante do processo principal (o PAD) e tem suas folhas renumeradas, de forma que se mantêm a paginação e o nº do processo principal.

> *Portaria Normativa MPOG/SLTI nº 5, de 2002*
> *5.3 Juntada*

> *5.3.1 Juntada por anexação*
> *Na juntada por anexação, as peças do conjunto processado serão renumeradas a partir do processo acessório.*
> *A metodologia adotada para juntada por anexação é:*
> *a) Colocar em primeiro lugar a capa e o conteúdo do processo principal;*
> *b) Retirar a capa do processo acessório, sobrepondo-o à capa do processo principal e manter os processos sobre as duas capas, formando um único conjunto;*
> *c) Renumerar e rubricar as peças do processo acessório, obedecendo a numeração já existente no principal;*
> *d) Lavrar termo de juntada por anexação na última folha do processo mais antigo;*

Como, neste caso, obrigatoriamente os autos da sindicância disciplinar deverão ser entregues à autoridade instauradora - a fim de que ela, após remeter ao protocolo formador de processos o pedido de formação de novos autos, proceda à anexação -, a forma mais conveniente de a comissão de sindicância provocar a conversão em PAD será por meio de relatório preliminar. Este relatório, dirigido à autoridade instauradora e submetendo-lhe a proposta de conversão, é redigido assim que o colegiado vislumbrar a necessidade de ter seus poderes estendidos, sem necessidade de esgotar apuração, indiciar e coletar defesa. Caso a autoridade instauradora concorde com a proposta relatada, faz emitir a nova portaria de pessoal, designando comissão de inquérito.

Ainda na primeira hipótese, de se protocolizar o PAD, não convém fazer a juntada por apensação, em que o processo acessório apenas acompanharia temporariamente o principal, mantendo suas respectivas paginações e nº de protocolo, para que pudessem ser separados após a decisão.

Na segunda forma possível, não se protocoliza especificamente o PAD; faz-se apenas com que seus autos prossigam nos mesmos autos da sindicância disciplinar, mantendo o mesmo nº de processo e a numeração das folhas já existentes. Neste caso, é recomendável que o PAD se inicie em um novo volume, lavrando-se o seu termo de abertura e o termo de encerramento do volume anterior.

Neste caso, diferentemente da primeira opção, não necessariamente os autos da sindicância disciplinar precisam passar pela autoridade instauradora. Daí, à vista do princípio do formalismo moderado, a provocação de conversão até pode se dar de maneira menos formal, mediante ata de deliberação, na qual a comissão de sindicância decida pelo pedido de extensão de seus poderes, à vista de motivos elencados, encaminhada à autoridade instauradora por meio de ofício. Caso a autoridade instauradora concorde com a proposta, pode enviar para a comissão, também via ofício, a nova portaria de pessoal de designação de comissão de inquérito. Esta ata de deliberação deve ser redigida assim que o colegiado vislumbrar a necessidade de ter seus poderes estendidos, sem necessidade de esgotar apuração, indiciar e coletar defesa. O emprego desta forma de provocação não acarreta perda de tempo com o deslocamento dos autos da comissão para a autoridade instauradora; enquanto há uma troca de ofícios, a comissão de sindicância, desde que dentro de seu prazo, pode continuar trabalhando já que ela continua de posse dos autos e não se dissolve com a entrega do relatório. Assim, esta opção é mais justificável quando se tem prazo enxuto para os trabalhos ou quando a comissão está fora da sede da autoridade instauradora. Por óbvio, não haveria nenhuma ilegalidade se a comissão de sindicância deliberasse agir de maneira mais formal e mais cautelosa, similar à hipótese anterior, redigindo relatório prévio dirigido à autoridade instauradora e lhe remetendo os autos da sindicância disciplinar, para que esta os devolvesse com a portaria de pessoal de designação de comissão de inquérito.

No caso de sindicância disciplinar redundar na instauração de PAD, não necessariamente devem ser refeitos os atos de instrução probatória porventura realizados no

primeiro procedimento, visto que se presume tenham sido coletados sob o manto do contraditório, oportunizando ao acusado e a seu procurador acompanhar sua feitura e dela participar. Apenas se ressalve que, se porventura, atos de natureza contraditória e formadores de convicção, tais como provas orais (oitivas, interrogatórios e acareações), diligências, perícias e assessorias técnicas - tiverem sido feitos no rito prévio (seja sindicância disciplinar, seja qualquer rito investigativo de fase de admissibilidade) sem a necessária oferta do contraditório à defesa, para que possam legalmente serem usados na formação de convicção, deverão ser refeitos no inquérito administrativo do PAD, independentemente de petição da parte. Diferentemente, as provas de natureza pré-constituída (a exemplo de pesquisas em dossiês e em sistemas informatizados internos em geral, remessa de atos de comunicação e de circularizações e respectivas juntadas de documentos e informações recebidos em resposta, por não terem natureza contraditória, não exigem refazimento no PAD, conforme se detalhou em **2.5.3.3.1**.

Tendo sido devidamente apurada a responsabilidade do servidor por meio de PAD, é irrelevante a ocorrência de nulidade na sindicância disciplinar que o antecedeu, conforme já se manifestaram a AGU, no Parecer AGU nº GQ-37, vinculante, e também a jurisprudência e a doutrina:

> *Parecer AGU nº GQ-37, vinculante: Ementa: (...) A legalidade do processo disciplinar independe da validade da investigação, efetuada através da sindicância de que adveio aquele apuratório."*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 22.103: "Ementa: Tendo a pena imposta ao ora impetrante decorrido de processo administrativo disciplinar que se seguiu à sindicância, e pena essa imposta com base nas provas colhidas no inquérito integrante desse processo, é despiciendo o exame dos alegados defeitos que haveria na sindicância, e que não influíram na imposição da pena que foi dada ao ora impetrante."*
>
> *"(...) não há razão para se defender que as nulidades da sindicância atingem o PAD, quando ela for apenas uma peça preparatória deste. Afinal, toda nulidade cometida quando da celebração da sindicância poderá ser corrigida quando da celebração do PAD (...)." Judivan Juvenal Vieira, "Processo Administrativo Disciplinar", pg. 226, IOB Thomson, 1ª edição, 2005*

4 - RITO DO PROCESSO DISCIPLINAR

4.1 - FASES DO PROCESSO DISCIPLINAR

De acordo com o art. 151 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, as fases do processo disciplinar são:

- 1ª fase: Instauração
- 2ª fase: Inquérito administrativo
  - Instrução
    - Busca de provas
    - Indiciação (ou absolvição)
  - Defesa (apenas se indiciar)
  - Relatório
- 3ª fase: Julgamento

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:*
> *I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;*
> *II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;*
> *III - julgamento.*

Antecipando, muito sinteticamente, tudo o que se verá adiante, na regulamentação infraconstitucional da repercussão dos princípios da ampla defesa e do contraditório no processo disciplinar, por um lado, no *caput* do art. 143, a Lei nº 8.112, de 1990, prevê a garantia do direito à ampla defesa no curso de todo o processo. Mas, por outro lado, conforme ratifica a Advocacia-Geral da União (AGU), em seu Parecer AGU nº GQ-55, o art. 153 da mesma Lei garante o direito ao contraditório apenas na segunda fase do processo, chamada de inquérito administrativo (que compreende a instrução, defesa e relatório).

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

Assim, a primeira fase (da instauração), a cargo da autoridade instauradora, após o exame de admissibilidade, na verdade, é pontual e não comporta contraditório. A segunda fase (do inquérito administrativo) tem vedada a participação da autoridade instauradora, sendo conduzida autonomamente pela comissão, e, a rigor, é a única fase contraditória, marcada pela dialética entre a condução imposta pelo colegiado e as contestações do acusado. Por fim, na terceira e última fase (do julgamento), já dissolvida a comissão, não há rito contraditório e atua apenas a autoridade julgadora (que pode ser a mesma autoridade que instaurou).

No **Anexo VI**, demonstra-se, de forma sintética, o rito do processo disciplinar, por meio de fluxogramas.

4.2 - 1ª FASE: INSTAURAÇÃO E DESIGNAÇÃO DA COMISSÃO

Após o transcurso de toda a fase de admissibilidade, que se encerra com juízo de

admissibilidade, como a peça cognitiva da autoridade instauradora - aqui, no caso, decidindo pela deflagração da instância disciplinar -, a primeira fase do processo disciplinar, inaugurando o rito do devido processo legal, é chamada de instauração e, neste tema, uma das questões de maior pertinência reside na identificação de a que autoridade compete fazê-lo. Conforme já aduzido em **2.3.1** e **2.3.2**, para se identificar a autoridade competente para instaurar processo administrativo disciplinar (PAD) ou sindicância disciplinar, no silêncio de tal detalhamento na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, deve-se observar o regramento específico do órgão. No âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), em apertadíssima síntese (pois cabem desdobramentos), o ordenamento interno promove e a aplicação razoável do Direito ratifica que, como regra geral, a competência instauradora recai sobre o Chefe do Escritório de Corregedoria (Escor) da jurisdição da unidade em que o representado ou denunciado exerce as atribuições legais de seu cargo ao tempo da decisão de instaurar.

A rigor, o tema da competência instauradora já foi bastante mencionado quando se descreveu, em **2.5.2**, o juízo de admissibilidade, visto que, obviamente, na regra geral, entrelaçam-se, na mesma autoridade, as competências para executar os dois institutos. Não obstante, a questão da competência instauradora aqui retorna, sendo agora apresentada a partir de sua evolução ao longo do tempo, até se apresentar o detalhamento da regra atual. É inequívoco que a adoção de tal regramento interno decorreu de um processo de aprimoramento da forma como o tema foi tratado no órgão, desde até mesmo antes da criação do seu sistema correcional até se atingir o ápice de grau de elaboração no estágio anterior, com uma queda da qualidade na configuração atual, conforme a seguir se descreve.

4.2.1 - Histórico da Competência para Instaurar Processo Disciplinar na Secretaria da Receita Federal do Brasil

Até 1999, conforme já exposto em **2.2.1.1**, além do então Ministro de Estado da Fazenda e do então Secretário da Receita Federal, de acordo com a regra geral do *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e com os Regimentos Internos da ex-Secretaria da Receita Federal (SRF) então vigentes (aprovados pela Portaria MF nº 606, de 3 de setembro de 1992, ainda à época em que a unidade central se chamava Coordenação-Geral de Auditoria e Correição - Coauc, e pela Portaria MF nº 227, de 3 de setembro de 1998), os titulares das unidades de ocorrência do fato ou de lotação do agente eram competentes para instaurar processo administrativo disciplinar (PAD) e sindicância disciplinar.

Daí, regulamentando o Decreto nº 2.331, de 1º de outubro de 1997, que criara a Corregedoria (Coger) e os Escritórios de Corregedoria (Escor), a Portaria SRF nº 699, de 21 de julho de 1999, restringiu a competência ao então Secretário da Receita Federal e ao Corregedor (até então, entre 01/10/97 e 21/07/99, a competência instauradora da Coger era residual, focando-se no processamento da autoridade local que se omitisse na sua obrigação de proceder às instaurações que lhe cabiam). Em seguida, por meio da Portaria Coger nº 37, de 3 de agosto de 1999, o Corregedor delegou para os Chefes de Escor a competência para instaurarem sindicância disciplinar.

Em 2000, a Portaria SRF nº 825, de 19 de maio de 2000, descentralizou toda a competência disciplinar, atribuindo aos Chefes de Escor da jurisdição da unidade de ocorrência do fato a competência para instaurarem PAD e sindicância disciplinar (obviamente, sem prejuízo da competência das autoridades hierarquicamente acima). Esta competência veio a ser ratificada regimentalmente em 2001 (no Regimento Interno da ex-SRF aprovado pela Portaria MF nº 259, de 24 de agosto de 2001) e sedimentada com a Portaria RFB nº 4.491, de 6 de outubro de 2005, que não só consolidou em um único diploma diversas normas esparsas sobre matéria correcional como também demarcou de forma clara que a

competência instauradora associava-se à jurisdição de ocorrência do fato.

A questão da competência instauradora foi novamente abordada pela Portaria RFB nº 3.131, de 15 de julho de 2011. Ao revogar a Portaria RFB nº 4.491, de 2005, esta norma não só atualizou e até revogou alguns dispositivos daquela primeira Portaria, como também inovou no tema (e, por conseguinte, na competência para emissão de juízo de admissibilidade), passando a regra geral da jurisdição do local da ocorrência do fato para a jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor ao tempo da instauração e estabelecendo que a competência instauradora a cargo do Corregedor é excepcional e residual.

Importa destacar a inequívoca teleologia que norteou a inovação normativa trazida pela revogada Portaria RFB nº 3.131, de 2011, e vigente até os dias atuais. Sem sombra de dúvidas, quis-se propiciar ao acusado em processo disciplinar na RFB a proximidade com os autos, com a comissão e com os trabalhos apuratórios em si, em respeito às garantias de ampla defesa e de contraditório (em que também se reflete a tentativa de reduzir as necessidades de o acusado arcar com custos de deslocamento no acompanhamento processual, o que ocorria, com maior frequência no antigo regramento, quando o acusado tinha lotação ou exercício em jurisdição diferente da de ocorrência dos fatos) e ainda, sob ótica da própria Administração e da comissão, em atenção ao princípio da economia processual nos contatos com a defesa. Reitera-se que este direcionamento adotado pelo ordenamento interno, favorecendo a proximidade da defesa, em detrimento do local de ocorrência dos fatos, encontra respaldo jurisprudencial.

> *TRF da 5ª Região, Agravo de Instrumento nº 64.934: Voto: "4. Significa, portanto, que, num órgão de abrangência nacional, como o é a Superintendência da Polícia Federal, a Comissão Disciplinar Permanente (ou a temporariamente formada para determinada apuração de irregularidade) de um Estado da Federação pode desempenhar suas funções na averiguação de irregularidades ocorridas em outro Estado da Federação. 5. Nos termos do artigo 149 da Lei 8.112/90, ademais, 'o processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado'. 6. Como se vê, os requisitos para a regularidade da formação da comissão processante são apenas a (i) estabilidade dos seus membros, (ii) o seu grau de escolaridade e (iii) a sua designação pela autoridade competente, podendo os fatos a serem investigados ter ocorrido no próprio Estado em que trabalham ou em outro Estado em que o órgão ou entidade tenha representação. 7. Demais disso, é de acrescentar-se que uma Comissão formada por servidores de outro Estado provavelmente será até mesmo mais imparcial nas apurações do que se formada por servidores do mesmo local de trabalho do investigado, servindo ainda mais aos ditames do art. 150 da Lei n 8.112/90, segundo o qual 'A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração'.*

A positivação desta matéria voltou a receber alguns aperfeiçoamentos, com a edição da Portaria RFB nº 136, de 6 de fevereiro de 2013, que revogou a Portaria RFB nº 3.131, de 2011, esclarecendo ainda mais o caráter residual da competência instauradora do Corregedor, postura esta que foi mantida na normatização interna, estabelecida pela Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014.

Mas o tema sofreu forte alteração com o Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017, em razão da quebra do paradigma da exclusividade da competência correcional na Coger e nos Escor, o

que se refletiu na edição da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, que tacitamente revogou a Portaria Coger nº 14, de 2014, e atualmente dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). A relevante inovação deste contexto regimental foi a atribuição de uma parcela concorrente de competência correcional a algumas autoridades fiscais e administrativas na RFB, para infrações de menor potencial ofensivo, puníveis com pena de advertência, conforme se discorrerá a seguir. Após exatos vinte anos de crescente elaboração tanto em capacitação quanto em isenção e imparcialidade, com um sistema próprio e dedicado à matéria, a exclusividade da competência foi mitigada, em favor de titulares de unidades centrais, Superintendentes e Delegados da Receita Federal do Brasil, que, ao amparo dos incisos IV a VI do art. 341 do Anexo I do Regimento Interno da RFB, e reproduzidos no inciso IV do *caput* do art. 2° da Portaria RFB n° 6.483, de 2017, passaram a poder, caso queiram, procedimentalizar a fase de admissibilidade, exararem seu juízo de admissibilidade, arquivando preliminarmente o feito, celebrando termo de ajustamento de conduta (TAC) ou instaurando rito disciplinar e, neste caso, julgar e efetivamente aplicando pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias nos casos de reincidência de fato punível com advertência.

Apresentada esta síntese cronológica, passa-se a analisar o ordenamento atual, a partir das normas infralegais de maior hierarquia. Antes, relembre-se: é comum na Administração Pública federal a normatização interna de cada órgão cuidar apenas de especificar a autoridade competente para instaurar o rito disciplinar, deixando subentender que esta atrai a competência para emitir juízo de admissibilidade e indicando a que autoridade devem ser remetidas as representações e denúncias que dão entrada no órgão. Mas este não é o caso específico da RFB, em que as normas que tratam da competência instauradora também afirmam expressamente a competência para exarar juízo de admissibilidade. Em outras palavras, as mesmas normas já aduzidas quando se especificou a competência para decidir pelo prévio arquivamento do feito ou para instaurar o rito disciplinar, também declaram a competência, em nome das mesmas respectivas autoridades, para a efetiva instauração e, portanto, serão aqui novamente mencionadas.

Mas, antes de se adentrar na análise - que se faz relevante para a aplicação cotidiana da matéria - da diferenciação das competências instauradoras do Corregedor, dos Chefes de Escor e das autoridas fiscais e administrativas, convém de imediato abrir um longo parêntese para primeiramente esgotar a apresentação das hipóteses de excepcionalíssima competência a cargo do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, do Corregedor do Ministério da Economia (ME) e do Ministro de Estado da Economia.

Neste rumo, conforme já afirmado em **2.2.2.1**, não obstante não haver uma expressa previsão regimental, o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, na condição de titular do órgão e de autoridade máxima a que se subordina o Corregedor, concorrentemente com o sistema correcional, em respeito ao princípio da hierarquia, consagrado no art. 15 da Lei nº 9.784, de 1999, é competente para avocar qualquer ocorrência disciplinar para, daí, emitir seu próprio juízo de admissibilidade, arquivando o feito em fase de admissibilidade ou instaurando o rito, ou para determinar a instauração ou até mesmo para avocar a tramitação de processo em curso. Assim, de forma extensiva, o inciso XXIX do art. 327 do Anexo I do Regimento Interno da RFB expressa tal entendimento doutrinário, sem sequer, neste momento, se dedicar a ler a inequívoca normatização interna infraregimental (no caso, o inciso I do *caput* e o § 1º do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017).

> *Portaria MF nº 430, de 2017 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 327. Ao Secretário da Receita Federal do Brasil incumbe:*
> *XXIX - avocar, a qualquer momento e a seu critério, a decisão de assuntos administrativos de competência da RFB;*
>
> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 2º A instauração de sindicância*

> *disciplinar e de PAD bem assim a decisão de arquivamento em fase de admissibilidade cabem:*
> *I - ao Secretário da Receita Federal do Brasil;*
> *§ 1º O Secretário da Receita Federal do Brasil poderá, a qualquer tempo, avocar a instauração ou a tramitação de sindicância disciplinar ou de PAD, sem que isso implique revogação parcial ou total do presente ato.*

Prosseguindo nas regras de exceção, conforme já detalhado em **2.1.2**, as alíneas "a" e "b" do inciso V do art. 12 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019, estabelecem que compete à Corregedoria do ME (Coger-ME) emitir seu próprio juízo de admissibilidade, para arquivar o feito em fase de admissibilidade ou para instaurar processo disciplinar em três situações. A primeira situação, de foco subjetivo bastante restritivo e dependente desde a fase de admissibilidade de ciência do Secretário-Executivo, alcança unicamente servidor que tenha cometido suposto ato ilícito na condição de titular de órgão, conforme é o caso, no âmbito da RFB, exclusivo do ocupante do cargo de natureza especial de Secretário Especial da Receita Federal do Brasil. A segunda situação, de foco objetivo também restrito, alcança apenas fatos relacionados a mais de um órgão qualquer da Pasta (hipótese que somente pode interessar no presente se um destes órgãos for a RFB). Por fim, a terceira situação, também de foco objetivo, mas abrangente, alcança fatos ocorridos em qualquer um órgão da Pasta (seja de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado da Economia; seja específico singular, em que se enquadraria a RFB; seja colegiado, em que se enquadra o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Carf) e sem unidade de correição própria (hipótese que retira o foco de interesse em tela, já que a RFB possui sistema correcional).

Naquela primeira situação, a exemplo do já exposto em **2.1.2**, a PGFN se pronunciou em razão de consulta formulada pela própria Coger-ME, acerca sua competência em face dos seis Secretários Especiais criados do ME, em que se encaixa o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil.

> *Parecer PGFN/Cojed nº 1.992/2019/ME: "14. Conforme se pode extrair do art. 2º , inciso II, do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019, as Secretarias Especiais são órgãos específicos singulares do Ministério da Economia. Assim, a Corregedoria detém a competência, na forma do art. 12, inciso V, alínea b, para instaurar e conduzir, de ofício ou por determinação superior, sindicâncias e processo administrativo disciplinar para apurar, entre outros, atos atribuídos aos titulares dos órgãos do Ministério, com a instauração de eventual procedimento correcional acusatório realizada após ciência do Secretário-Executivo."*

Naquela terceira situação cabe mencionar que, ao alcançar conselheiros de órgãos colegiados da estrutura do ME, inclui o caso dos servidores da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB) atuando no Carf (que é um órgão colegiado, como segunda instância administrativa recursal em matéria tributária autônomo em relação à RFB e diretamente vinculado ao Ministro de Estado da Economia, na função pública de conselheiro representante da Fazenda Nacional, em dedicação integral e exclusiva neste órgão colegiado, ou nele ocupando cargo em comissão ou função de confiança).

> *Decreto nº 9.745, de 2019 - Anexo I - Art. 12. À Corregedoria compete:*
> *V - instaurar e conduzir, de ofício ou por determinação superior, sindicâncias, inclusive patrimoniais, e processos administrativos disciplinares:*
> *a) para apurar irregularidades praticadas no âmbito de órgão de assistência, singular ou colegiado, ou de unidade descentralizada da estrutura organizacional do Ministério que não possua corregedoria própria ou quando relacionadas a mais de um órgão da referida estrutura; e*
> *b) para apurar atos atribuídos aos titulares dos órgãos do Ministério, com a instauração do possível procedimento correcional acusatório realizada após ciência do Secretário-Executivo;*

Na regulamentação interna, operada pela Portaria MF nº 492, de 2013, repetem-se estes comandos acima e acrescentam-se maiores graus de detalhamento. Segundo o inciso IV do art. 7º da mencionada Portaria, a competência do Corregedor do ME para, mediante autorização ministerial, emitir seu próprio juízo de admissibilidade, para arquivar o feito em fase de admissibilidade ou para instaurar processo disciplinar em casos envolvendo titular de órgão se estende tanto para o servidor que comete o fato nesta condição ou que ocupe o cargo ao tempo da decisão em fase de admissibilidade (ou ainda que tenha cometido o fato no exercício interino daquela função, na condição de substituto eventual - o instituto da substituição eventual está previsto no art. 38 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990). Ademais, o inciso II do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 2013, acrescentou mais uma possibilidade de competência a cargo do Corregedor do ME, quando o representado ou denunciado ocupar o cargo de Corregedor ou de Corregedor Adjunto tanto à época dos fatos quanto à época da decisão em fase de admissibilidade ou ainda quando ocupar cargo de direção ou assessoramento superior ao do Corregedor, hipótese que, no caso da Secretaria da Especial Receita Federal do Brasil, atinge apenas os ocupantes de cargos em comissão de Subsecretários, de Subsecretário-Geral, de Diretores de Programa e de Secretário Especial Adjunto, pois estes cargos são, respectivamente, cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores de códigos DAS-101.5, DAS-101-6, DAS-103.5 e DAS-101.6, enquanto o cargo em comissão do Corregedor tem código DAS-101.4. Por fim, de acordo com o inciso III do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 2013, também compete ao Corregedor do ME a decisão de desmembramento quando houver mais de um representado ou denunciado e um deles se enquadrar na hipótese acima.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 7º Compete à Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda:*
> *I - a instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar, bem como a decisão de arquivamento em sede de juízo de admissibilidade, para apurar responsabilidade no âmbito de órgão da estrutura do Ministério da Fazenda que não possua unidade de correição própria, ou quando a apuração relacionar-se a mais de um órgão da estrutura do Ministério da Fazenda;*
> *II - a instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar, bem como a decisão de arquivamento em sede de juízo de admissibilidade, quando, nas unidades dotadas de corregedoria própria, o acusado ou investigado, à época dos fatos ou à época da instauração, for ocupante de cargo de Corregedor, Corregedor-Adjunto, ou ocupante de cargo de direção ou assessoramento superior ao do Corregedor;*
> *III - a instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar, a decisão de arquivamento em sede de juízo de admissibilidade e a decisão sobre eventual desmembramento do processo, quando, nas unidades dotadas de corregedoria própria, houver mais de um investigado e pelo menos um deles se enquadrar nos casos previstos no inciso anterior;*
> *IV - mediante prévia autorização do Ministro de Estado da Fazenda, a instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar quando o acusado ou investigado, à época dos fatos ou à época da instauração, for titular de órgão ou conselheiro dos órgãos colegiados da estrutura do Ministério da Fazenda, assim como em relação ao servidor que praticar, nessas qualidades, atos passíveis de apuração disciplinar.*

Uma vez que esta lista de autoridades contempladas com a competência instauradora a cargo do Corregedor do ME também se reflete no parágrafo único do art. 354 do Regimento Interno da RFB, como hipóteses de exclusão da competência do Corregedor da RFB, é de se reconhecer e esclarecer a existência de um lapso neste comando regimental, ao não ter incluído na regra de exceção os ocupantes dos cargos em comissão de Diretores de Programas, código DAS-103.5. Embora estes cargos não estejam expressos no supracitado

comando regimental, também restam à margem da competência do Corregedor por serem favorecidos pelo inciso II do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 2013.

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

> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 3º Compete ao Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda:*
> *I - a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar para apurar responsabilidade de servidor no âmbito de órgão da estrutura do Ministério da Fazenda que não possua unidade de correição própria, ou quando a apuração relacionar-se a mais de um órgão da estrutura do Ministério da Fazenda;*
> *II - a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar, quando, nas unidades dotadas de corregedoria própria, o acusado ou investigado, à época dos fatos ou à época da decisão de instauração, for ocupante de cargo de Corregedor, Corregedor-Adjunto, ou ocupante de cargo de direção ou assessoramento superior ao do Corregedor;*
> *III - a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar, quando, nas unidades dotadas de corregedoria própria, houver mais de um investigado e pelo menos um deles se enquadrar nos casos previstos no inciso anterior;*
> *IV - mediante prévia autorização do Ministro de Estado da Fazenda, a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar, quando o acusado ou investigado, à época dos fatos ou à época da instauração, for titular de órgão ou conselheiro dos órgãos colegiados da estrutura do Ministério da Fazenda, assim como em relação ao servidor que praticar, nessas qualidades, atos passíveis de apuração disciplinar.*
> *§ 1º Na hipótese prevista no fim do inciso I, quando um dos órgãos possuir unidade de correição própria, o Corregedor-Geral poderá, se a situação assim o recomendar, desmembrar o feito e delegar a essa unidade de correição a instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar para apurar responsabilidade de servidor do respectivo órgão.*
> *§ 2º Na hipótese do inciso III, o Corregedor-Geral poderá, se a situação assim o recomendar, desmembrar o feito e delegar à corregedoria da unidade a instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar em relação ao servidor não enquadrado nos casos previstos no inciso II.*

Avançando ainda mais nas hipóteses de excepcional competência, na mesma linha já esposada acima a favor do princípio da hierarquia, eis que o parágrafo único do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 2013, ratifica que o Ministro de Estado da Economia, como autoridade máxima da Pasta, tem competências para, a qualquer, tempo emitir seu próprio juízo de admissibilidade, para arquivar o feito em fase de admissibilidade ou para instaurar, para determinar instauração ou para avocar (em reflexo do princípio da hierarquia, consagrado no art. 15 da Lei nº 9.784, de 1999) instauração ou tramitação de processo disciplinar em qualquer caso no âmbito da ministerial.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 7º*
> *Parágrafo único. O Ministro de Estado da Fazenda poderá, a qualquer tempo, instaurar ou determinar a instauração de procedimento correcional ou avocar*

> *sua instauração, sem que isso implique revogação parcial ou total da competência das unidades de correição no âmbito do Ministério.*

Por fim, mencione-se um caso especial de competência correcional, em face dos Adidos Tributários e Aduaneiros da RFB. Os comandos inseridos no art. 4° do Anexo I do Regimento Interno da RFB indicam diferentes vínculos para os servidores que titularizam Adidâncias no exterior: primeiramente, um vínculo integrativo com o Ministério das Relações Exteriores (MRE), seguido de um vínculo hierárquico com o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil e sem prejuízo ainda de um vínculo técnico com a Assessoria de Relações Internacionais (Asain).

> *Portaria MF nº 430, de 2017 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 4º As Adidâncias Tributárias e Aduaneiras (ADIRF), localizadas conforme disposto no Anexo III, compõem as missões diplomáticas do Brasil e são diretamente subordinadas ao Secretário da Receita Federal do Brasil.*
> *Parágrafo único. O Adido Tributário e Aduaneiro será considerado membro da missão diplomática e ficará vinculado, administrativamente, ao Gabinete do Secretário da Receita Federal do Brasil e, tecnicamente, à Assessoria de Relações Internacionais (Asain) (Redação dada pelo(a) Portaria MF nº 331, de 3 de julho de 2018)*

A dúvida acerca da autoridade competente para instaurar processo disciplinar em face destes servidores não encontra resposta na varredura das competências a cargo de Chefes de Escor, Corregedor e Corregedor do ME, pois não são lotados em unidades de determinada Região Fiscal, não são ocupantes de cargo em comissão do Grupo-DAS de nível 3 ou inferiores ou de nível 4 ou superiores (a espécie de provimento comissionado destes agentes não é indicada no Regimento Interno da RFB e suas vantagens pecuniárias não são integradas pela retribuição em razão do exercício de cargos em comissão, a exemplo de DAS, de funções de confiança Função Comissionada do Poder Executivo (FCPE) ou Função Gratificada (FG), mas sim por rubricas remuneratórias próprias, estabelecidas pela Lei n° 5.809, de 10 outubro de 1972, regulamentada pelo Decreto n° 71.733, de 18 de janeiro de 1973, que tratam de direitos de servidores em serviço no exterior e ainda encontram-se em vigor) e não são titulares de órgão singular ou integrantes de órgão colegiado na estrutura ministerial. O vínculo integrativo acima destacado, por meio do qual estes servidores compõem, na qualidade de membros, as missões diplomáticas do Brasil, indica que, caso cometam irregularidades no exterior no desempenho de tais atribuições, a competência instauradora recai sobre a estrutura correcional do MRE, enquanto o vínculo hierárquico de subordinação indica que o julgamento recai sobre as autoridades do ME (Ministro de Estado da Economia, em caso de proposta de pena expulsiva, e Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, nos casos de demais propostas). De certa forma, cabe aqui uma analogia com a regra geral de servidor infrator no curso de cessão a outro órgão, que indica que o processo disciplinar transcorre no órgão cessionário e o julgamento se associa à hierarquia original no órgão cedente.

Fechado este longo parêntese das possibilidades excepcionais de competência (tanto de instaurar a instância disciplinar quanto, associadamente, de emitir juízo de admissibilidade), aproxima-se então a abordagem da aplicação cotidiana da matéria, pontuando as hipóteses também excepcionais de competência instauradora atribuída a autoridades fiscais e administrativas estranhas ao sistema correcional e as hipóteses residuais em que compete ao Corregedor instaurar, a fim de diferenciá-las da competência instauradora que, como regra geral, recai sobre o Chefe do Escor que jurisdiciona a unidade de lotação (ou de exercício, se diferente), do servidor envolvido.

Ocorre que, no contexto vigente, nem as duas normas de lavra ministerial de aplicação no órgão e tampouco a norma regulamentadora no âmbito da Pasta esclarecem de forma inequívoca a questão da competência disciplinar.

De um lado, a Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Economia (ME), e a Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Pasta, sequer abordam este tema da competência instauradora na RFB.

Por sua vez, o Regimento Interno da RFB, dispõe, no inciso I do art. 330 e no inciso I do art. 332, ambos do seu Anexo I, respectivamente, as competências para decidir pelo arquivamento em fase de admissibilidade ou pela instauração do processo disciplinar ou ainda para avocar instauração ou tramitação, em favor do Corregedor (no âmbito da toda a RFB) e dos Chefes de Escor (nos respectivos âmbitos de suas Regiões Fiscais - RFs), ressalvando, para ambos, exceções em razão de cargos em comissão ocupados pelo servidor envolvido ou em razão de órgãos de ocorrência; e no inciso IV do art. 341 do Anexo I, dispõe a competência instauradora do Chefe de Gabinete e dos Chefes de Assessoria do Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, dos Subsecretários, dos Coordenadores-Gerais, dos Coordenadores Especiais, do Chefe do Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros (Cetad), dos Superintendentes e dos Delegados da Receita Federal do Brasil, restritivamente a casos de menor potencial ofensivo puníveis com advertência e no âmbito restrito de suas unidades. Mas, nas parcelas em que as jurisdições se superpõem, o Regimento Interno da RFB não especificou se a competência instauradora é concorrente entre o Corregedor e os Chefes de Escor e ainda entre os titulares de unidades estranhas ao sistema correcional (na parcela delimitada de sua competência) ou se a cada um destes agentes cabem parcelas específicas desta competência, restando tal definição para a normatização interna.

> *Portaria MF n° 430, de 2017 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 330. Ao Corregedor incumbe:*
> *I - instaurar ou avocar a instauração de procedimentos correcionais e de responsabilização de pessoa jurídica, nos termos da lei;*
> *Parágrafo único. As atribuições previstas no inciso I do caput não abrangem os atos e fatos praticados pelo Secretário da Receita Federal do Brasil, pelo Secretário-Adjunto da Receita Federal do Brasil, pelos Subsecretários da Receita Federal do Brasil, pelo Corregedor e pelo Corregedor-Adjunto, bem como pelos servidores que praticaram atos passíveis de apuração disciplinar nestas qualidades.*
> *Art. 332. Aos Chefes dos Escors incumbe, no âmbito de sua competência:*
> *I - instaurar, avocar e determinar a realização de procedimentos correcionais relativos aos atos e fatos praticados por servidores lotados ou em exercício nas Unidades Descentralizadas e nas Unidades Centrais localizadas na respectiva região fiscal;*
> *§ 1º As atribuições previstas no inciso I do caput não abrangem os atos e fatos praticados pelos Superintendentes e pelos Superintendentes-Adjuntos da Receita Federal do Brasil, nem aos servidores que praticaram atos passíveis de apuração disciplinar nestas qualidades.*
> *§ 2º As atribuições previstas no inciso I do caput relativas ao Chefe do Escor da 1ª Região Fiscal não abrangem os atos e fatos praticados pelo Secretário, Secretário-Adjunto, Subsecretários, Coordenadores-Gerais e Especiais, Corregedor, Corregedor-Adjunto, Coordenador Disciplinar, Chefe de Gabinete e Chefes de Assessorias da Secretaria da Receita Federal do Brasil.*
> *Art. 341. Aos Subsecretários, ao Chefe de Gabinete, aos Chefes de Assessoria, ao Corregedor, aos Coordenadores-Gerais, aos Coordenadores Especiais, ao Chefe do Cetad, aos Superintendentes e aos Delegados incumbe, no âmbito da respectiva unidade:*
> *IV - instaurar procedimentos correcionais relativos aos atos e fatos praticados por servidores que lhes são subordinados, nos casos de infrações disciplinares de menor potencial ofensivo, puníveis com a pena de advertência, ou*

representar à unidade correcional, nos termos estabelecidos pelo Secretário da Receita Federal do Brasil;

Com o fim de se buscar o necessário detalhamento acerca das competências instauradoras no âmbito da RFB - de um lado, para o Chefe de Escor, como regra geral; e, de outro lado, para o Corregedor, como exceção, e para as autoridades fiscais ou administrativas, como limitada concorrência -, a exemplo do que já se fez em **2.5.2**, quando se discorreu sobre a competência para exarar o juízo de admissibilidade, é de se permear a leitura generalista do Regimento Interno da RFB com a Portaria RFB nº 6.483, de 2017, mais específica.

Iniciando pela competência correcional atribuída de forma concorrente a alguns titulares de unidades fiscais e administrativas por força do inciso IV do art. 341 do Anexo I do Regimento Interno da RFB, eis que o Chefe de Gabinete e os Chefes de Assessoria do Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, os Subsecretários, os Coordenadores-Gerais, os Coordenadores Especiais, o Chefe do Cetad, os Superintendentes e os Delegados da Receita Federal do Brasil passaram a ter competência para instaurar processo disciplinar em face de servidores subordinados seus contra quem se tem notícia de cometimento de infração de menor potencial ofensivo, punível com pena de advertência. Esta previsão regimental restou literalmente repetida no inciso IV do *caput* do art. 2° da Portaria RFB n° 6.483, de 2017.

Conforme descrito detalhadamente em **2.5.2**, e a cuja leitura se remete, onde se descreveu toda procedimentalização até que estas autoridades administrativas ou fiscais estranhas ao sistema correcional possam exercer sua restrita competência disciplinar, a parcela de capacidade de atuação destes titulares de unidades se restringe a fatos de que tenham conhecimento em seus gabinetes, seja por si mesmos originalmente, seja por lhes terem chegado em linha hierárquica, em face de servidores que lhes são direta ou indiretamente subordinados, e sempre delimitada a supostas infrações que desde o início se presumem de menor potencial ofensivo e, como tal, puníveis com pena de advertência.

A competência de Delegados da Receita Federal do Brasil se delimita ao corpo funcional que lhes é direta ou indiretamente subordinado. Como titulares de quaisquer espécies de Delegacias (Delegacias Especiais da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária - Derat, de Fiscalização - Defis, de Fiscalização de Comércio Exterior - Delex, de Instituições Financeiras - Deinf, de Maiores Contribuintes - Demac, de Pessoas Físicas - DERPF, de Comércio Exterior - Decex, de Julgamento - DRJ e da Receita Federal do Brasil - DRF) ou de Alfândegas da Receita Federal do Brasil (ALF), além dos servidores da própria unidade, também podem ter sob sua alçada em termos correcionais servidores em exercício em Postos de Atendimento, Agências (ARF) e Inspetorias da Receita Federal do Brasil (IRF). Analogamente, as competências instauradoras dos Superintendentes e dos titulares de unidades centrais (Chefe de Gabinete, Chefes de Assessorias, Subsecretários, Coordenadores-Gerais, Coordenadores Especiais e Chefe do Cetad) se restringem aos servidores lotados e em exercício nas respectivas Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil (SRRF) e nas respectivas unidades centrais.

Tendo chegado, a qualquer destas autoridades (seja por conhecimento próprio e pessoal, seja por representação ou denúncia encaminhada na via hierárquica), a notícia de suposta irregularidade, envolvendo servidor de sua jurisdição e acerca de fato que se presuma punível com pena de advertência (a saber, por fatos enquadráveis nos incisos I a XII do art. 116 ou nos incisos I a VIII e XIX do art. 117, ambos da Lei n° 8.112, de 1990), e tendo procedimentalizado a fase de admissibilidade e exarado o respectivo juízo de admissibilidade positivo, compete-lhe proceder à instauração de sindicância disciplinar ou de PAD, à vista da parte final da alínea “b” do inciso I do § 2° do art. 4°, em conjunto com o inciso IV do *caput* e com o § 5° do art. 2°, ambos da Portaria RFB n° 6.483, de 2017.

Portaria RFB n° 6.483, de 2017 - Art. 2º A instauração de sindicância

> *disciplinar e de PAD bem assim a decisão de arquivamento em fase de admissibilidade cabem:*
> *IV - aos Subsecretários, ao Chefe de Gabinete, aos Chefes de Assessorias, aos Coordenadores-Gerais, aos Coordenadores Especiais, ao Chefe do Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros (Cetad), aos Superintendentes e aos Delegados da Receita Federal do Brasil, quando tiverem ciência de irregularidade praticada por servidor que lhe seja subordinado, nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, punível com pena de advertência.*
> *§ 5º Os delegados, no uso da competência estabelecida no inciso IV do caput, poderão instaurar procedimentos em relação a servidores lotados nas inspetorias, agências e postos de atendimento da Receita Federal do Brasil que lhes são subordinados.*
> *Art. 4º*
> *§ 2º A autoridade mencionada no inciso IV do caput do art. 2º, tendo recebido a representação ou sendo quem primeiro teve conhecimento da irregularidade:*
> *I - caso a infração se inclua em sua alçada, pode, a seu critério:*
> *a) encaminhar a representação recebida ou representar diretamente ao Escor da respectiva Região Fiscal;*
> *b) decidir pelo arquivamento do feito, por ausência de materialidade ou de autoria, ou pela instauração de sindicância disciplinar ou de PAD; ou*
> *c) celebrar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), se cabível, nos termos da Instrução Normativa CGU nº 2, de 30 de maio de 2017.*
> *II - caso a infração extrapole sua alçada, deve encaminhar a representação recebida ou representar diretamente ao Escor da respectiva Região Fiscal.*

Relembre-se que, mesmo para fatos cabíveis neste espectro material de menor potencial ofensivo e que lhes tenham chegado ao conhecimento, estas autoridadades fiscais e administrativas não são obrigadas a promover a fase de admissibilidade e a decidirem pelo arquivamento do feito ou pelo arquivamento do processo disciplinar, sendo-lhes facultado remeter a ocorrência para o Escor da respectiva RF, nos termos da alínea “a” do inciso I do § 2° do art. 4° da Portaria RFB n° 6.483, de 2017.

O caminho oposto não é aceito, qual seja, de o Chefe de Escor ter conhecimento de fato supostamente punível com pena de advertência e, por algum critério de oportunidade e conveniência, remeter para o titular da unidade de lotação do servidor envolvido para que este procedimentalize a fase de admissibilidade e/ou para que instaure o processo disciplinar. Também não cabe, de forma alguma, por absoluta incompetência, titular de unidade fiscal ou administrativa instaurar processo disciplinar para fato originariamente punível com pena de suspensão ou com pena expulsiva, salvo hipótese de aplicação de pena de suspensão de até trinta dias em razão de reincidência genérica de fato punível com pena de advertência.

Atingindo de vez o patamar mais cotidiano e comum da aplicação da matéria correcional (com o que se abstrai das incomuns hipóteses de instauração a cargo do Corregedor do ME e de instauração ou de avocação por parte do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil ou do Ministro de Estado da Economia e também das autoridades fiscais e administrativas da RFB), a principal questão que resta a ser elucidada se refere ao disciplinamento trazido pela Portaria RFB n° 6.483, de 2017, acerca do esclarecimento de quando cabe ao Corregedor e quando cabe ao Chefe de Escor instaurar o rito disciplinar ou arquivar o feito.

Excluindo aquelas autoridades estranhas ao sistema correcional e não vocacionadas para a matéria e sobretudo por se presumir que titulares de unidades centrais, Superintendentes e Delegados da Receita Federal do Brasil, na imensa maioria dos casos em que forem provocados por representações, denúncias ou qualquer espécie de notícia de irregularidades ainda que cabível no campo material de menor potencial ofensivo, seguirão a

razoável e sensata faculdade concedida na parte inicial da alínea “b” do inciso I do § 2° art. 4° da Portaria RFB n° 6.483, de 2017, tem-se, na leitura conjunta dos incisos II e III do *caput* do art. 2º da mesma norma, que a regra geral vigente na RFB é de a competência instauradora recair sobre o Chefe do Escor que jurisdicione a unidade em que o representado ou denunciado seja lotado (ou em que tem exercício, caso a unidade de exercício seja distinta da de lotação), mesmo sendo unidade central, independentemente de qual era a unidade de lotação (ou de exercício) do servidor ao tempo da identificação dos fatos por ele praticados. O inciso II supra reforça que cabem ao Corregedor, em princípio, hipóteses excepcionais para figurar como autoridade instauradora (todas associadas apenas ao fato peculiar de o objeto da apuração envolver servidor que ocupe ou que tenha ocupado determinados cargos em comissão).

> *Portaria RFB n° 6.483, de 2017 - Art. 2º A instauração de sindicância disciplinar e de PAD bem assim a decisão de arquivamento em fase de admissibilidade cabem:*
> *II - ao Corregedor, quando tiver ciência de irregularidade praticada por servidor que ocupe cargos de Superintendente ou de Superintendente Adjunto da Receita Federal do Brasil, ou, no âmbito das unidades centrais da RFB, que ocupe função ou cargo de direção ou assessoramento superior ao do Chefe de Escor, tanto à época dos fatos quanto à época da decisão, ou que tenha atuado em tais qualidades;*
> *III - ao Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor), quando tiver ciência de irregularidade praticada por servidor lotado ou em exercício em unidade descentralizada ou em unidade central localizada na respectiva Região Fiscal; e*

Em razão da pouco técnica competência correcional atribuída a autoridades fiscais e administrativas, o ordenamento ao menos cuidou de preservar uma cláusula de segurança em termos tanto de preparo e capacitação quanto de isenção e imparcialidade. Não por acaso, além de histórica construção possível de ser feita à luz do princípio da hierarquia, consagrado no art. 15 da Lei n° 9.784, de 1999, a favor do Corregedor, a Portaria RFB n° 6.483, de 2017, no inciso I do § 2° e no § 3° do art. 2°, positivou as competências tanto do Corregedor quanto dos Chefes de Escor de avocarem a instauração de novos processos ou a tramitação de processos já em curso. A inteligência por trás destes institutos é de salvaguardar uma possibilidade de estas autoridades especializadas corrigirem conduções e decisões indevidas ou equivocadas por parte daquelas autoridades despreparadas para o tema.

> *Portaria RFB n° 6.483, de 2017 Art. 2°*
> *§ 2º O Corregedor poderá, a qualquer tempo:*
> *I - avocar a instauração ou a tramitação de sindicância disciplinar ou de PAD, sem que isso implique revogação parcial ou total da competência das autoridades mencionadas nos incisos III e IV do caput; e*
> *§ 3º O Chefe de Escor poderá, a qualquer tempo, avocar a instauração ou a tramitação de sindicância disciplinar ou de PAD na respectiva Região Fiscal, sem que isso implique revogação parcial ou total da competência das autoridades mencionadas no inciso IV do caput.*

Relembre-se, conforme-se o já aduzido em **2.2.2.2.2**, que, com base no inciso II do § 2º do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, o Corregedor pode, mediante critérios definidos e atualizados em norma de sua própria lavra, transferir atribuições dos respectivos chefes e também para estabelecer jurisdição de Escor de forma concorrente em todo território nacional. Com isto, no aspecto que aqui mais pode interessar, a competência para instaurar processo disciplinar pode ser transferida de um Escor para outro.

> *Portaria RFB n° 6.483, de 2017 - Art. 2º*
> *§ 2º O Corregedor poderá, a qualquer tempo:*
> *I - avocar a instauração ou a tramitação de sindicância disciplinar ou de PAD,*

> *sem que isso implique revogação parcial ou total da competência das autoridades mencionadas nos incisos III e IV do caput; e*
> *II - transferir competências entre unidades e subunidades, e atribuições entre dirigentes, mediante critérios definidos e atualizados em ato próprio, bem como estabelecer jurisdição de forma concorrente em todo território nacional.*

Os comandos abrangentes acima alcançam processos em diferentes estágios de elaboração. O processo a ser transferido pode estar com trabalho investigativo sequer iniciado ou já iniciado ou já tido como concluído e até mesmo parecer propositivo de instauração no Escor originariamente competente. Ainda assim, caso a competência instauradora deste processo seja transferida para outro Escor, cabe a este segundo Chefe de Escor reavaliar toda a fase de admissibilidade, seja acatando os trabalhos porventura existentes, seja complementando-os, para, ao final, formar a sua própria convicção de instaurar o processo disciplinar ou de arquivar o feito. A instrumentalidade desta transferência se dá por meio de portaria de pessoal específica do Corregedor, atribuindo, para o processo ou para o grupo de processos a que se referir, tal competência instauradora de um determinado Escor que seria aprioristicamente o competente para outro Escor.

E, nos termos já expostos em **3.2.2.1** e em **3.2.2.2**, este regramento geral, que prioriza a competência instauradora do Chefe do Escor que jurisdiciona a unidade de lotação (ou de exercício) do servidor ao tempo da instauração, não se afasta nem mesmo quando ocorrem incidentes tanto em aspectos espaciais (quando o servidor comete a suposta irregularidade fora de sua unidade de lotação ou de exercício) quanto em aspectos temporais (quando, entre o cometimento da suposta irregularidade e a instauração do rito disciplinar, a situação funcional do servidor se altera em razão de remoção, investidura em novo cargo, aposentadoria, exoneração ou aplicação de pena expulsiva antes da instauração).

Por óbvio, conforme já detalhadamente exposto em **2.3.2** e em **2.5.2** e nos termos expressos nos incisos do *caput* do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, estas competências instauradoras associam às mesmas autoridades a competência prévia para emitir juízo de admissibilidade, por meio do qual pode-se decidir não só pela instauração do rito disciplinar bem como por arquivar o feito, indicando, também, por conseguinte, a quem devem ser remetidas as representações e denúncias.

Uma vez que nos quatro tópicos acima citados (a cuja leitura enfaticamente se remete, sobretudo para o último) abordou-se o tema sempre sob a ótica mais comum da competência recair sobre o Chefe de Escor, cabe aqui esclarecer as hipóteses excepcionalizadas no inciso II do *caput* do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, em que a competência recai no Corregedor.

A hipótese de expressa exceção à regra geral de a competência recair sobre o Chefe do Escor da jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do representado ou denunciado, fazendo migrar a competência para o Corregedor, decorre da limitação de alçada dos Chefes de Escor. Tal hipótese, por estar expressa no inciso II do *caput* do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, é compreendida sem muito esforço com a simples leitura sistemática dos dispositivos normativos.

Antes disto, eis que o Regimento Interno da RFB, nos §§ 1º e 2º do art. 332 do seu Anexo I, estabelece que não compete ao Chefe de Escor (e nem mesmo ao Chefe do Escor da 1ª RF - Escor01), mas sim ao Corregedor instaurar PAD ou sindicância disciplinar ou arquivar o feito quando o suposto ilícito foi cometido por servidor que tenha ocupado à época do fato ou que ocupe à época desta decisão os cargos em comissão de Superintendente ou de Superintendente Adjunto, bem como de Coordenador Disciplinar, Coordenador Especial, Coordenador-Geral, Corregedor Adjunto, Corregedor, Chefe de Gabinete, Chefe de Assessorias do Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, Subsecretário, Secretário Especial Adjunto e Secretário Especial da Receita Federal do Brasil (ou ainda que tenha

cometido o fato no exercício interino daquelas funções, na condição de substituto eventual).

A priori, parece que o inciso II do *caput* do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, tão somente reitera os dois comandos regimentais, com outra literalidade: no âmbito regional, repete-se que a excepcionalidade do foro contempla os ocupantes do cargo em comissão de Superintendente e de Superintendente Adjunto da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, exposta no § 1º do art. 332 do Anexo I do Regimento Interno da RFB; e, no âmbito das unidades centrais, a mencionada Portaria sintetiza com a expressão de ocupantes de "função ou cargo de direção ou assessoramento superior ao do Chefe de Escor" uma lista ainda mais extensa que aquela explicitada no § 2º do mesmo dispositivo regimental.

É no âmbito das unidades centrais que reside a diferença entre o comando do inciso II do *caput* do art. 2° da Portaria RFB n° 6.483, de 2017, e o comando do § 2° do art. 332 do Anexo I do Regimento Interno da RFB. O Chefe de Escor ocupa função de confiança código FCPE-101.2 e a leitura atenta do próprio Regimento Interno da RFB indica haver mais ocupantes de cargos DAS-101.3 ou superiores que aqueles listados no § 2° do art. 332 do seu Anexo I.

A saber, a lista exaustiva dos cargos que extrapolam a competência instauradora dos Chefes de Escor e ascendem à competência residual do Corregedor são: Coordenador Disciplinar (ocupante de cargo em comissão código DAS-101.3), Coordenadores (código DAS-101.3), Ouvidor (código DAS-101.3), Assessores Técnicos (código DAS-102.3), Chefes de Assessorias (código DAS-101.4), Chefe de Gabinete (código DAS-101.4), Coordenadores-Gerais (código DAS-101.4), Coordenadores Especiais (código DAS-101.3), Chefe do Cetad (código DAS-101.4) e Assessores (código DAS-102.4).

Antes de prosseguir, cabem duas ressalvas acerca do texto regimental. Primeiramente, o parágrafo único do art. 356 do Anexo I Regimento Interno da RFB excepciona da competência disciplinar instauradora dos Chefes de Escor, além de todos os cargos que extrapolam a competência até do Corregedor, apenas os Coordenadores-Gerais, os Coordenadores Especiais, o Corregedor, o Corregedor Adjunto, o Coordenador Disciplinar, o Chefe de Gabinete, os Chefes de Assessorias, o Chefe do Cetad, os Superintendentes e os Superintendetes Adjuntos. Mas, para harmonizar com o comando mais abrangente do inciso II do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, acima descrito, devem ser aí considerados os Assessores (ocupantes de cargos em comissão código DAS-102.4), os Assessores Técnicos, o Ouvidor e os Coordenadores. Teoricamente, no âmbito regimental, na hipótese de exercer competência disciplinar instauradora em face destes agentes, o Corregedor estaria exercendo sua competência avocatória, prevista no inciso III do art. 354 do Anexo do Regimento Interno da RFB. Mas a questão é solucionada com a positivação existente no inciso II do *caput* do art. da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, que expressa no rol de competência disciplinar instauradora do Corregedor todo "*servidor (...), no âmbito das unidades centrais da RFB, que ocupe função ou cargo de direção ou assessoramento superior ao do Chefe de Escor*".

Ademais, outro detalhe a destacar é que o mesmo parágrafo único do art. 356 do Anexo I Regimento Interno da RFB menciona Coordenador Disciplinar e Coordenadores Especiais e os itens 1.2.3.1, 2.3.2 e 2.4.2 do inciso I do art. 2º deste mesmo Anexo I, respectivamente. lista a Coordenação Disciplinar (Codis) da Coger e duas Coordenações Especiais (Coordenação Especial de Maiores Contribuintes - Comac e Coordenação Especial de Gestão de Riscos Aduaneiros - Corad), enquanto o Anexo II, ao tabelar os cargos em comissão, menciona apenas Coordenadores, inclusive na posição em que seriam aquele Coordenador Disciplinar e estes dois Coordenadores Especiais, sendo de se subentender correto e mais preciso o detalhamento do parágrafo único do art. 356 do Anexo I.

Ademais, de forma consonante, os textos do Regimento Interno da RFB e da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, são claros ao impor que as condições excepcionais se configuram

tanto ao tempo do cometimento do fato quanto ao tempo da decisão de instaurar o processo ou de arquivar o feito. Em outras palavras, se o fato foi cometido por servidor na condição de Superintendente ou de Superintendente Adjunto, bem como de Coordenador Disciplinar, Coordenador, Ouvidor, Assessor Técnico, Coordenador Especial, Coordenador-Geral, Chefe do Cetad, Assessor, Chefe de Gabinete e Chefe de Assessorias do Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil (ou no exercício interino daquelas funções, na condição de substituto eventual), ainda que ao tempo da decisão de instaurar ou de arquivar já não mais ocupe tais cargos em comissão, ou se o fato foi cometido por um servidor qualquer e, ao tempo da decisão de instaurar ou de arquivar, ele ocupa algum daqueles cargos comissionados, em ambas hipóteses, a competência de instaurar ou para arquivar recai no Corregedor.

De toda forma, sobre este tema da alçada do Corregedor, não resta totalmente suprida a inteligência da norma (que certamente é de evitar a alegação de incompetência ou até mesmo o constrangimento decorrente de o Chefe de Escor ter de processar um servidor que já ocupou ou que ocupa cargo de projeção e competência superiores ou no mínimo similares às suas) posto que, abaixo dos Superintendentes, todos os Delegados de Julgamento e alguns Delegados ocupam cargos em comissão código DAS-101.3 e nem por isso deixam de se incluir na competência regional do respectivo Chefe de Escor.

A esta lista de autoridades cuja competência instauradora (e também para emitir juízo de admissibilidade) vincula-se ao Corregedor também deve se acrescentar a hipótese de o fato supostamente ilícito ter sido cometido por servidor que tenha ocupado à época do fato ou que ocupe à época desta decisão a função de confiança FCPE de Chefe de Escor (ou que tenha cometido o fato no exercício interino daquela função, na condição de substituto eventual). Pelo menos *a priori*, uma vez que o parágrafo único do art. 356 do Anexo I do Regimento Interno da RFB não veda e tampouco a já mencionada regulamentação interna operada pelo inciso II do *caput* do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, remete ao Corregedor, no âmbito de normas do Ministro de Estado da Economia e do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, poderia um Chefe de Escor investigar e apurar infrações estatutárias cometidas por outro Chefe de Escor, salvo se, na iniciativa que parece mais razoável, o Corregedor lançar mão de sua competência avocatória, prevista no inciso III do art. 354 do mesmo Anexo I.

Embora não figure como uma excepcional hipótese de competência instauradora a cargo do Corregedor, merece detalhada menção a hipótese tratada no § 4º do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, por ser fortemente ratificadora do quanto residual deve ser compreendida aquela possibilidade de a autoridade máxima do sistema correcional instaurar processo disciplinar, conforme se expõe a seguir.

> *Portaria RFB n° 6.483, de 2017 - Art. 2°*
> *§ 4º Quando o objeto da apuração envolver servidores lotados ou em exercício em mais de uma Região Fiscal, o Corregedor determinará qual Escor será responsável pela realização dos procedimentos investigativos e pela decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar.*

Se, na regra geral, o que define a competência é a jurisdição da unidade onde o servidor envolvido desempenha as atribuições legais de seu cargo ao tempo da instauração, havendo mais de um representado ou denunciado e sendo estes polos passivos lotados ou possuindo exercício em diferentes jurisdições (em diferentes RFs) e não possuindo as respectivas condutas infracionais qualquer grau de associação e de corelação de forma a impedir ou mesmo prejudicar suas análises individualizadas (em outras palavras, o esclarecimento de uma conduta pode se dissociar e não depende do esclarecimento simultâneo e conjunto da outra), resta mais eficiente proceder ao desmembramento do caso, para que

cada conduta seja apurada isoladamente. Neste caso, a construção principiológica da eficiência permite não se aplicar o comando centralizador do § 4° do art. 2° da Portaria RFB n° 6.483, de 2017. Opera-se o desmembramento porque a regra geral impõe que cada Chefe de Escor figure como autoridade instauradora do processo referente ao servidor lotado (ou em exercício) na RF da respectiva jurisdição, a fim de garantir proximidade para ambas as defesas, em linha de coerência com a teleologia e com a consequente sistemática que nortearam a inovação trazida a lume já desde o art. 1º da revogada Portaria RFB nº 3.131, de 2011.

Mas, por outro lado, possuindo as respectivas condutas supostamente infracionais determinado grau de associação e de corelação que não permite suas análises desmembradas ou que ao menos as prejudica (em outras palavras, dependendo, ainda que minimamente ou em parte, o esclarecimento de uma conduta do simultâneo e indissociável esclarecimento da outra), tem-se então um peculiar contexto em que a regra geral não oferece a exata resposta se a ambos ou se a algum dos dois correspondentes Chefes de Escor competiria a instauração.

Quando o objeto da apuração envolver servidores lotados (ou em exercício) em mais de uma Região Fiscal ao tempo da instauração e que tenham praticado determinada(s) conduta(s) cuja individualização da antijuridicidade seja indissociável do caráter infracional de todo o conjunto fático, em virtude de seu grau de concatenação, interdependência ou de consecutividade, a aplicação da regra geral faria exigir indesejados esforços de apuração simultâneos, indissociáveis e superpostos em mais de uma jurisdição correcional. Em outras palavras, a correta compreensão da possível aplicabilidade do dispositivo encartado no § 4º do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, requer que se tenha um conjunto fático em que, ao se tentar empregar a regra geral das jurisdições associadas às unidades de lotação (ou de exercício) dos envolvidos no momento da instauração, se tivesse de provocar dois ou mais Chefes de Escor para um mesmo dever apuratório.

Mas é de ressalvar que o que o dispositivo em tela quer abarcar, precipuamente, são situações bastante peculiares em que a suposta infração se inicia com condutas, atitudes, operações ou procedimentos cometidos por determinado(s) servidor(es) lotado(s) ou em exercício em uma RF e se conclui ou se aperfeiçoa somente com o cometimento simultâneo ou posterior de outros atos funcionais por parte de outro(s) servidor(es) lotado(s) ou em exercício em outra(s) RF(s) e que, se isoladamente tomados em cada local, não logram o esclarecimento fático como um todo, de forma que não haveria parâmetro a permitir o desmembramento das correspondentes condutas sob cada jurisdição dos Chefes de Escor. Somente em tal cenário incomum - como, por exemplo, qualquer tratamento ou regime tributário indevidamente concedido a um contribuinte por um servidor de uma RF e concluído também de forma irregular e concatenada por outro servidor de outra RF - é que, residualmente, se atende à literalidade inserida na norma para possibilitar que o Corregedor atribua priorização da competência a apenas um dos Chefes de Escor das jurisdições envolvidas.

Reitera-se então que, deste específico contexto fático, pode-se extrair o quão crescente e forte é a refração no ordenamento para que o Corregedor figure como autoridade instauradora. Tanto é extremamente residual a possibilidade com que o ordenamento interno contempla a competência instauradora a cargo do Corregedor que, mesmo nestas hipóteses de fatos cometidos por servidores lotados (ou em exercício) em mais de uma RF e que não comportam desmembramento, ainda assim, o Corregedor determina que a competência recaia sobre um dos Chefes de Escor, não se prevendo a ascensão para o foro instaurador qualificado.

Assim, na peculiaridade da RFB, por um lado, se dois servidores, respectivamente lotados (ou em exercício, se diferente) nas Xª e Yª RFs, cometem um determinado fato ilícito no âmbito de quai(is)quer RF(s), não sendo as condutas claramente dissociáveis,

independentemente do lugar geográfico onde tenham sido concretizadas e onde repercutem, o Corregedor deve determinar o Chefe de Escor responsável pela instauração conjunta.

É forçoso concluir que o § 4º do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, também abarca a situação peculiaríssima em que a suposta infração, com algum grau de indissociabilidade, tenha sido cometida por dois servidores lotados (ou em exercício) em uma mesma RF mas, que ao tempo da instauração, um deles esteja lotado (ou em exercício) em outra jurisdição. Por outro lado, se aquela mesma suposta infração tiver sido cometida por dois servidores lotados (ou em exercício) em diferentes RFs mas, que ao tempo da instauração, estejam lotados (ou em exercício) na mesma jurisdição, a competência instauradora volta-se para a regra geral de recair sobre o Chefe do respectivo Escor, por força do inciso III do *caput* do mencionado art. 2º, e não do seu § 4º

Ademais, é de se ratificar que, mesmo havendo servidores envolvidos lotados (ou em exercício) ao tempo da instauração em distintas Regiões Fiscais, sendo dissociáveis e independentes as condutas a se apurar (ou seja, sendo possível esclarecer cada conduta isolada e independentemente uma da outra), mantém-se a regra geral do inciso III do *caput* do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, desmembrando-se as apurações em processos distintos a serem instaurados pelos Chefes de Escor das respectivas jurisdições das unidades de lotação ou de exercício dos agentes.

De se destacar também que, no âmbito da hipótese tratada no § 4º do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, e (com o que se abstrai da possibilidade de o envolvido ocupar ou ter ocupado determinados cargos em comissão), não há previsão para que qualquer caso que envolva apenas um único representado ou denunciado tenha o foro instaurador determinado pelo Corregedor, uma vez que, de acordo com a regra geral que norteia sistematicamente o tema, para um único servidor, há uma única jurisdição ao tempo da instauração, à qual se associa a competência instauradora do respectivo Chefe de Escor, por força da aplicação automática do *caput* do mesmo artigo.

Neste rumo, à luz do que já se abordou em **3.2.2.1.1**, pouco importa que o servidor, ao tempo de lotação (ou de exercício) em determinada RF, tenha cometido a suposta infração em outra jurisdição ou que, à época do conhecimento do fato ou da efetiva instauração, já esteja lotado (ou em exercício) em outra jurisdição, uma vez que, em todas estas possibilidades, cabe ao Chefe do Escor da jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício) ao tempo da instauração a competência instauradora. Nem mesmo a hipótese pouco comum de um servidor cometer determinada conduta supostamente infracional de forma habitual ou continuada, nos termos já dispostos em **2.5.3.4** (neste último caso, estendendo-se o conceito penal de ilícito continuado para diferentes localidades), e que não comporta desmembramento ao tempo de lotação (ou de exercício) em duas (ou até mais) diferentes Regiões Fiscais, retira a competência instauradora da regra geral do inciso III do *caput* do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, pois, ao final, sempre restará como competente o Chefe do Escor da jurisdição de sua unidade de lotação (ou de exercício) ao tempo da instauração.

De forma mais figurada, se o fato de o servidor ter cometido a infração ao tempo de lotação (ou de exercício) na Xª RF e de já estar lotado (ou em exercício) na Yª RF ao tempo da instauração vincula a instauração ao EscorY, com mais certeza ainda se mantém a instauração no EscorY mesmo quando a conduta continuada ou habitual é cometida em parte tanto na unidade de origem na Xª RF quanto em parte também na unidade de destino e de atual lotação (ou exercício) na Yª RF, não havendo que se cogitar de hipótese de o Corregedor determinar a competência. E ainda prospera a regra geral do inciso III do *caput* do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, mesmo que se as condutas praticadas em das diferentes RFs são independentes a clamarem por apurações separadas, pois, ainda assim, a competência instauradora para os processos distintos recaem no Chefe do Escor da jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício) do servidor ao tempo destas instaurações, como forma de se

atender à teleologia de propiciar ao acusado proximidade com os autos e com a comissão.

A regra geral de as competências para emitir juízo de admissibilidade e para arquivar o feito ou para proceder à instauração da instância disciplinar recair no Chefe de Escor e de apenas muito excepcionalmente migrar para o Corregedor também se aplica em caso de eventuais representações ou denúncias contra servidores lotados no Escor e na Coger ou contra servidores estranhos ao sistema correcional e que excepcionalmente sejam convocados pelo Chefe de Escor ou, de forma ainda mais residual, pelo Corregedor para compor comissão. Os fatos de o servidor ser lotado no Escor (ou na Coger) ou de estar temporariamente convocado pelo Chefe do Escor (ou até mesmo pelo Corregedor) não impedem que recaiam no próprio Chefe do Escor (e, em especial, no Chefe do Escor01, para a hipótese envolvendo servidores lotados na Coger) o juízo de admissibilidade e o arquivamento do feito ou a instauração da instância disciplinar, se for o caso, tanto em razão de desvios comportamentais ou por atos funcionais quaisquer que independam da condição de integrante de comissão, quanto, nesta condição específica, em razão de atos cometidos na relação com o acusado ou com seu procurador ou ainda com outros agentes intervenientes, conforme estes podem vir a representar ou a denunciar, em geral sob alegações de suposto ato de abuso de poder na condução dos trabalhos e em especial na denegação de pedidos protelatórios ou impertinentes ou ainda ao confundirem a postulação de incidente de supostos impedimentos ou suspeição (que se descreverão em **4.2.6**) com representação ou denúncia.

Acerca da aplicação da regra geral a estes casos de representação ou denúncia contra servidor lotado no Escor ou contra servidor convocado para integrar comissão, podem ocorrer duas hipóteses de impedimento para que o Chefe do Escor emita seu juízo de admissibilidade, arquivando o feito ou, se for o caso, instaurando o rito disciplinar, como se descreve a seguir. Quando o Chefe do Escor já tiver atuado no caso na condição de representante contra o seu subordinado ou contra o convocado, ele deve se declarar impedido, em favor da atuação em seu lugar do Chefe Substituto do Escor. E, no caso de representação ou denúncia contra integrante de comissão (lotado no Escor ou convocado) formulada por acusado, procurador ou qualquer outro interveniente no processo em curso em razão de ato ao qual o Chefe do Escor também esteja de alguma forma vinculado, por ter atuado ou interferido, este deve se declarar impedido, em favor da atuação em seu lugar do Corregedor.

Por óbvio, em respeito à regra geral, tanto no caso de servidor lotado em Escor ou na Coger, quanto no caso de servidor estranho ao sistema e que é temporariamente convocado pelo Chefe de Escor (ou até mesmo pelo Corregedor), na hipótese de este agente cometer suposta irregularidade no curso dos trabalhos da comissão para que foi designado, em geral, a competência recai sobre o Chefe do Escor da jurisdição de sua unidade de lotação (ou de exercício). Não obstante esta autoridade instauradora coincidir, na maioria das vezes, com o Chefe do Escor que o designou para compor a comissão ou especificamente com o Chefe do Escor01 no caso de designação por parte do Corregedor (já que é mais comum o servidor, tanto lotado quanto convocado, ser designado em sua própria jurisdição), não necessariamente sempre significam as mesmas autoridades, caso a designação, por qualquer Chefe de Escor ou pelo Corregedor, tenha sido para compor comissão em RF diferente da de sua lotação (ou de exercício).

No caso de se ter servidor lotado (ou em exercício) em determinada RF e que, ao ser designado para compor comissão em outra jurisdição, incorre em suposta irregularidade, a competência para emitir juízo de admissibilidade e para arquivar o feito ou para proceder à instauração da instância disciplinar, em princípio, se mantém na regra geral, qual seja, vinculada ao Chefe do Escor que jurisdiciona a sua unidade de lotação (ou de exercício) - o que, no caso de servidor lotado em Escor, coincide com o próprio Chefe de Escor que é seu superior hierárquico imediato -, e não associada ao Escor da jurisdição de onde transcorre o processo no qual foi cometida a suposta ilicitude. Ainda que valha o comando de que a

aplicação de legislação de pessoal incumbe, ao tempo da convocação, à autoridade convocadora, isto não possui o condão de superar a regra geral da competência instauradora estabelecida no inciso III do *caput* do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017.

Por fim, no caso de servidor lotado na Coger ou de servidor estranho ao sistema e convocado pelo Corregedor para integrar comissão e que cometa suposta irregularidade (seja por ato funcional qualquer, dissociado da condição de integrante de comissão, seja por ato processual diretamente associado à condição de integrante de comissão), as competências acima descritas recaem, como regra geral, respectivamente, sobre o Chefe do Escor01 ou sobre o Chefe do Escor da jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício) do servidor convocado, sendo que este coincide com o mesmo Chefe do Escor01 se o integrante de comissão é lotado (ou tem exercício) em unidade da 1ª RF. O fato de o servidor ser lotado na Coger ou de ser convocado pelo Corregedor não tem o condão de lhe conceder foro privilegiado e de afastar a regra geral, estabelecida no inciso III do *caput* do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, visto que este dispositivo estabelece a competência para Chefes de Escor inclusive sobre servidores lotados (ou em exercício) em unidades centrais situadas nas respectivas RFs.

Ainda no presente tema, merece análise a questão da competência para instaurar processo disciplinar para apurar ilícitos cometidos antes da criação da RFB, por meio da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007. Para isto, se faz necessário o resgate, historicamente, que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia do então Ministério da Previdência Social (MPS), dividia-se em duas grandes áreas de atuação, a saber, a Diretoria de Benefícios (DB) e a Diretoria de Receita Previdenciária (DRP). A partir de 05/10/04, esta segunda área de atuação, englobando arrecadação, fiscalização, lançamento, normatização e recuperação de receita previdenciária, foi repassada para a Secretaria da Receita Previdenciária (SRP), órgão então criado na estrutura direta daquela Pasta e que teve transferidos para seus quadros todos os servidores da Carreira Auditoria-Fiscal da Receita Previdenciária (ARP) e passou ainda a ter em exercício servidores administrativos em geral lotados naquela autarquia e que desempenhavam atribuições legais ligadas à receita previdenciária. Com a criação da RFB, decorrente da fusão dos Fiscos federais, todas aquelas competências da extinta SRP vieram para este novo órgão, bem como seus servidores da Carreira de ARP, enquanto os servidores administrativos que tinham exercício no órgão extinto (cargos do Plano de Classificação de Cargos - PCC, instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970; do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - PGPE, tais como Analista Técnico-Administrativo, de nível superior, e Assistente Técnico-Administrativo, de nível intermediário, instituído pela Lei nº 11.357, de 19 de outubro de 2006; e das Carreiras Previdenciária; da Seguridade Social e Trabalho; do Seguro Social; e da Previdência, Saúde e Trabalho) foram redistribuídos para o novo órgão, com o direito de optar, em 180 dias, por retornar ao INSS, conforme os arts. 10 e 12 da Lei nº 11.457, de 2007. Posteriormente, com a Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, em seus arts. 256 e 256-A, estes cargos administrativos foram transpostos para o Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda (Pecfaz, do Quadro de Pessoal do atual Ministério da Economia - ME), a partir de 01/07/08, com novo direito de optar, em noventa dias, pelo retorno a seu órgão de origem.

Compete à atual estrutura correcional da RFB instaurar processo disciplinar para apurar qualquer irregularidade estatutária cometida ao tempo da extinta Secretaria da Receita Previdenciária e também para apurar irregularidade estatutária vinculada às áreas de arrecadação, fiscalização, lançamento, normatização e recuperação de receita previdenciária ou nas atividades-meio associadas àquelas funções, transferidas do INSS para a extinta SRP, cometidas ao tempo da DRP daquela autarquia, independentemente da lotação ou exercício atual do servidor (ou seja, ainda que o servidor administrativo tenha retornado para o INSS - o que levaria junto para aquele órgão a competência de julgamento, conforme já aduzido em **3.2.2.2.1.c**). Por outro lado, compete à atual estrutura correcional do INSS apurar quaisquer

irregularidades cometidas na área de benefício, seja ao tempo de sua DB, seja após a criação da extinta SRP, independentemente da lotação ou exercício atual do servidor (ou seja, ainda que atualmente este servidor integre os quadros da RFB, o que traria junto para este órgão a competência de julgamento, conforme já aduzido no mesmo tópico acima indicado).

Como exceção à regra geral acima, tem-se que, o caso específico de instauração de processo com o único fim de apurar ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito decorrente de desproporção patrimonial, conforme se descreverá em **4.7.4.4.3.b**, sendo este um ilícito dissociado da comprovação de ato funcional, pode-se ter como concorrente a competência instauradora se a materialidade tiver se configurado ao tempo em que o servidor atuava na área de benefícios do INSS e se este atualmente integra os quadros da RFB.

Por fim, repisa-se a hipótese já mencionada em **3.2.2.2.1.b** de, no curso do processo disciplinar instaurado pelo Chefe do Escor então competente na jurisdição de origem, o servidor obter remoção (seja por provimento judicial, seja com base na autorização excepcionalmente prevista no inciso I do art. 8° da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, ou por qualquer outro motivo) ou ter alteração do exercício ou lograr investidura em novo cargo ainda no âmbito da RFB, para ser lotado (ou ter exercício, se diferente) em unidade situada em outra RF. Sendo processo disciplinar instaurado por Chefe de Escor, ao se ter notícia da entrada em exercício do acusado na outra RF, deve esta autoridade instauradora da jurisdição de origem provocar o Corregedor, a fim de que este decida se a apuração deve ou não ser transladada para o Escor da jurisdição de destino, conforme estabelece o inciso V do § 6º do art. 2º da Portaria RFB n° 6.483, de 2017. Em tese, até se pode cogitar de que, como regra, com o fim de manter a inteligência reinante de facilitar o acesso do acusado aos autos, deve o processo ser transladado para o respectivo Escor da nova jurisdição. Todavia, a apreciação caso a caso se justifica porque, em contrapartida àquele posicionamento apriorístico, pode ocorrer de o inquérito administrativo já estar em fase adiantada a ponto de não se recomendar a migração da competência e dos autos. Operacionalmente, no caso de se justificar a transladação da competência para o Escor da nova jurisdição do acusado, mediante manifestação do Corregedor, pode-se demarcar que deve o Chefe do Escor da jurisdição de origem aguardar o momento de encerramento do prazo da portaria de pessoal vigente, para, em lugar de prorrogar o prazo ou de designar nova comissão, encaminhar os autos para o Chefe do Escor da jurisdição de destino, que passará, a partir deste momento, a incumbir-se da tramitação processual e de todas responsabilidades e competências de autoridade instauradora.

Ainda neste rumo de incidentes no curso do processo disciplinar, é de se ressalvar que se o acusado for inativo ou ex-servidor, mesmo que altere seu domicílio para outra jurisdição, o procedimento prossegue no Escor da jurisdição da sua última unidade de lotação ou de exercício, conforme o § 7° do art. 2° da Portaria RFB n° 6.483, de 2017.

Ademais, se for o caso de ocorrer aquela excepcional remoção de acusado servidor ativo no curso de processo disciplinar instaurado por autoridade fiscal ou administrativa, não há possibilidade de transladação, devendo o procedimento permanecer na jurisdição da unidade de origem, confome o inciso IV do § 6° da Portaaria RFB supra.

> *Portaria RFB n° 6.483, de 2017 - Art. 2°*
> *§ 6º Ocorrendo remoção ou alteração de exercício do servidor:*
> *IV - após a instauração de sindicância disciplinar ou de PAD amparada no inciso IV do caput, a apuração permanecerá na jurisdição de origem.*
> *V - após a instauração de sindicância disciplinar ou de PAD amparada nos incisos II ou III do caput, o Corregedor poderá, no momento da prorrogação do prazo do apuratório ou da designação de nova comissão disciplinar, transferir a competência para o Escor que jurisdicione a nova unidade de lotação ou de exercício do servidor.*

§ 7º Caso o investigado ou acusado seja inativo ou ex-servidor, o procedimento investigativo e a sindicância disciplinar ou o PAD transcorrerão no Escor da jurisdição da última unidade de lotação ou de exercício, sem prejuízo quanto ao disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º.

As informações prestadas no presente tópico podem ser sintetizadas como se segue:

Tipo de competência	Representado ou denunciado	Autoridade instauradora
Competências associadas ao cargo	Corregedor do ME	Ministro de Estado da Economia
Competências residuais, associadas ao princípio da hierarquia	Qualquer servidor	Ministro de Estado da Economia e Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, para instaurar, para determinar a instauração ou para avocar a instauração ou a tramitação referente a qualquer caso nos respectivos âmbitos da Pasta e do órgão
Competências associadas à estrutura do ME	Servidor envolvido em fatos no âmbito de órgão que não possua unidade de correição própria ou fatos envolvendo mais de um órgão	Corregedor do ME
Competências associadas ao cargo em comissão ou função de confiança que o representado ou denunciado ocupava à época dos fatos ou que ocupa à época da instauração (e estendem-se à condição de respectivos substitutos eventuais, por atos cometidos no exercício interino daquelas funções)	Titular de órgão (Secretário Especial da Receita Federal do Brasil), mediante ciência do Secretário-Executivo; Secretário Especial Adjunto, Diretores de Programa, Subsecretário-Geral Subsecretários, Corregedor e Corregedor Adjunto	Corregedor do ME
	Chefes de Escor, Superintendentes, Superintendentes Adjuntos, Coordenadores, Coordenador Disciplinar, Coordenadores Especiais, Coordenadores-Gerais, Chefe do Cetad, Ouvidor, Assessores, Assessores Técnicos, Chefe de Gabinete e Chefe de Assessorias do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil	Corregedor (sem prejuízo ainda das suas competências para avocar a instauração ou a tramitação referente a qualquer caso que seja da competência de Chefe de Escor)
Competências genericamente associadas à jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício) do representado ou denunciado à época da instauração	Servidores lotados (ou em exercício) na RF da jurisdição, inclusive em unidades centrais e no próprio Escor ou na Coger, ou integrantes de comissão designados pelos Chefe de Escor ou pelo Corregedor	Chefes de Escor
	Servidores lotados (ou em exercício) em diferentes RFs	
Competências limitadas à infrações de menor potencial ofensivo, puníveis com advertência	Servidores lotados e em exercício em unidades centrais, regionais ou locais	Chefe de Gabinete, Chefes de Assessoria, Subsecretários, Coordenadores-Gerais, Coordenadores Especiais, Chefe do Cetad, Superintendentes e Delegados

Descrita detalhadamente a competência para instaurar PAD ou sindicância disciplinar no âmbito da RFB, passa-se à apresentação da sua instrumentalização. Assim, a autoridade competente (geralmente, o Chefe de Escor, mas sem prejuízo de hipóteses residuais originariamente atribuídas ao Corregedor e a titulares de unidades fiscais e administrratrivas), diante de indícios de irregularidade, designa comissão (de sindicância ou de inquérito), por meio de portaria de pessoal de instauração.

Embora deva se cuidar para que a instauração emane sempre de ato de autoridade competente, a instauração por autoridade incompetente pode ser objeto de convalidação, conforme respaldam a jurisprudência e a doutrina da Controladoria-Geral da União (CGU).

> *STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 20.631: "Ementa: 1. A circunstância de ter sido determinada a abertura do processo disciplinar por ato do Corregedor-Geral da Polícia Civil do Estado do Paraná, e não pelo Conselho da Polícia Civil, conforme previa a Lei Complementar Estadual 89/01, não enseja nulidade, porquanto o órgão deliberativo acabou por convalidar aquele ato ao julgar o relatório da comissão processante, concluindo pela aplicação da pena de demissão."*
>
> *"Uma eventual instauração de processo disciplinar por autoridade incompetente pode ser objeto de convalidação. Nesse sentido, cite-se a jurisprudência do STJ, que entende incabível a anulação do ato de demissão por mero vício formal, desde que tenham sido devidamente observados os princípios da ampla defesa e do contraditório:*
> *'1. A circunstância de ter sido determinada a abertura do processo disciplinar por ato do Corregedor-Geral da Polícia Civil do Estado do Paraná, e não pelo Conselho da Polícia Civil, conforme previa a Lei Complementar Estadual 89/01, não enseja nulidade, porquanto o órgão deliberativo acabou por convalidar aquele ato ao julgar o relatório da comissão processante, concluindo pela aplicação da pena de demissão.' (STJ - RMS 20631/PR. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2005/0152297-0. Ministro Arnaldo Esteves Lima. 5ª Turma. DJ 10.05.2007.DP 28.05.2007)", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 121, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Conforme já aduzido em **2.5.2**, convém relembrar que se aplicam à autoridade instauradora os mesmos critérios de análise das exceções de impedimento e de suspeição aplicáveis aos agentes intervenientes na instrução e à autoridade julgadora, que serão elencados em **4.4.2** e **4.10.3.3**, vez que a configuração de vinculações pessoais podem viciar a participação de qualquer servidor ou autoridade.

Mas, em especial, em atenção ao primeiro tópico acima mencionado, deve se destacar que, na hipótese de o processo disciplinar decorrer de qualquer procedimento de investigação, o(s) integrante(s) de análise preliminar ou de investigação patrimonial ou de comissão de sindicâncias investigativa ou patrimonial, consubstanciando-se em representante(s) e tendo exarado em sua informação disciplinar ou em seu relatório convicção formada unilateralmente, sem participação contraditória do servidor, não deve(m) atuar no consecutivo rito contraditório nem mesmo como autoridade instauradora, que determina a instauração e/ou que apenas atue nas prorrogações de prazo e nas designações de novas comissões, conforme também pontua a jurisprudência. Mas é de se destacar uma razoável contradição (ou mudança de entendimento) entre os dois julgados temporalmente próximos do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Enquanto no Mandado de Segurança n° 15.107, julgado em 30/09/12, o STJ criticou os fatos de agente que tenha participado da fase de admissibilidade tenha também atuado como autoridade instauradora do processo disciplinar consequente ou tenha atuado como integrante da respectiva comissão disciplinar, estabelecendo duas hipóteses distintas de nulidades, no Mandado de Segurança n° 12.920, julgado em 14/08/13, a Corte não criticou o fato de agente participante da fase de admissibilidade ter atuado como autoridade instauradora subsequente, tendo limitado a nulidade ao fato de ter integrado o trio processante. Não obstante, na dúvida, por questão de cautela, é recomendável adotar a postura mais conservadora e não empregar membro atuante na fase de admissibilidade nem mesmo como autoridade instauradora e responsável pelo impulso da marcha processual (prorrogando prazos

e designando novas comissões) - sendo certo que não deve integrar a respectiva comissão disciplinar.

> *STJ, Mandado de Segurança n° 15.107: "Ementa: 1. A teor do art. 150 da Lei 8.112/90, a imparcialidade, o sigilo e a independência devem nortear os trabalhos da comissão que dirige o procedimento administrativo, assegurando ao investigado a materialização dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 2. O servidor que realizou as investigações em sindicância prévia e exarou juízo preliminar acerca da possível responsabilidade disciplinar do acusado, considerando presentes a autoria e materialidade de infração administrativa, está impedido de determinar, posteriormente, a instauração de processo administrativo disciplinar e de aprovar o relatório final."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança n° 19.290: "Ementa: 4. A prática de atos de mero impulso processual, sem nenhum conteúdo decisório, por servidores que participaram da fase de investigação, não é causa de nulidade do processo administrativo disciplinar, desde que nenhum deles tenha participado como membro da comissão processante."*

Assim, merece especial menção a hipótese de um mesmo agente ter conduzido e instruído procedimentos de investigação na fase de admissibilidade, em rito inquisitorial (não na condição de apenas determinar sua feitura, como autoridade, mas sim de efetivamente tê-las realizado ou delas ter participado, em análise preliminar ou em investigação patrimonial ou em sindicância patrimonial ou ainda em sindicância investigativa) e, como tal, tendo se investido da figura de representante, não deve, por impedimento capitulável no inciso II do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999, posteriormente figurar como autoridade instauradora no mesmo processo, a não só deflagrar o início da instância disciplinar mas também a dar-lhe o devido prosseguimento, com prorrogações de prazo e designações de novas comissões.

Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

> *Orientação Coger nº 12*
> *Servidor que tenha atuado na sede investigativa não pode instaurar o procedimento disciplinar subsequente, prorrogar o prazo ou designar ou reconduzir nova comissão processante e integrar a comissão*

Mas não há impedimento em uma mesma autoridade tenha atuado apenas no cumprimento de seu poder-dever de tão somente ter instaurado o procedimento investigativo (sem dele participar como membro investigador) e venha posteriormente a atuar como autoridade instauradora no mesmo processo, apenas como responsável pela deflagração ou por prorrogações de prazo ou por designações de novas comissões. Também não há impedimento se um mesmo servidor tenha atuado apenas como integrante da comissão disciplinar (de sindicância ou de inquérito) e venha posteriormente a atuar como autoridade instauradora no mesmo processo, apenas como responsável por prorrogações ou por designações de novas comissões.

O tema foi tratado na Nota Técnica Coger nº 2021/9.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/9: "Ementa: A nomeação de servidor público que tenha sido membro de comissão de inquérito para exercer o encargo de autoridade instauradora do processo administrativo disciplinar não configura impedimento ou suspeição, porém impede-o de atuar como autoridade julgadora.*
> *8. Não há norma que impeça um integrante de CI de assumir, em seguida, o encargo de autoridade instauradora sobre o mesmo PAD, podendo, inclusive, emanar atos administrativos de mero dever de ofício de dar prosseguimento, como designação de membros do trio processante, prorrogação de prazos,*

nomeação de perito, etc. Entretanto não deve julgar tal procedimento, uma vez que sua atuação prévia no inquérito pode ter influenciado o seu convencimento e, assim, comprometer a imparcialidade que o julgamento exige."

Caso o incidente de impedimento ou de suspeição seja espontaneamente alegado pela própria autoridade instauradora (em geral, presume-se que a exceção se interponha antes da instauração), soluciona-se o conflito com a simples manifestação circunstanciada deste excepto e com a participação de seu eventual substituto. Caso o incidente decorra de alegação do servidor investigado (seja na excepcional hipótese de este ter ciência da fase de admissibilidade, seja já após a instauração), deve ser protocolizado em autos apartados do processo disciplinar, com a manifestação circunstanciada do excepto, e ser levado à decisão da autoridade correcional hierarquicamente superior, sem efeito suspensivo do transcurso do rito principal enquanto a exceção é analisada.

Uma questão que merece ser enfrentada é a possibilidade de a decisão da autoridade instauradora, de instaurar o processo disciplinar, ser alvo de manifestação de inconformismo por parte do servidor (em geral e provavelmente após vier a ser notificado de sua condição de acusado pela comissão processante), com interposição de qualquer espécie recursal, seja pedido de reconsideração à própria autoridade instauradora, seja recurso hierárquico à autoridade superior. É de se analisar se cabe à respectiva autoridade a quem se dirige a peça interposta pela defesa, questionando a decisão instauradora do processo disciplinar, conhecê-la e analisá-la seu mérito ou se, em preliminar, sequer cabe conhecê-la.

Para este fim, faz-se necessário primeiramente identificar a natureza desta decisão da autoridade instauradora, trazendo à tona, por analogia, os dois conceitos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 203 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), quais sejam de decisões terminativas e de decisões interlocutórias. A decisão de instaurar o processo disciplinar possui natureza interlocutória, visto tratar-se tão somente de uma espécie de determinação, por parte da autoridade instauradora, para que os trabalhos iniciados desde o recebimento da notícia da suposta irregularidade, na subfase investigativa da fase de admissibilidade, tenham prosseguimento, agora sob outro molde procedimental, seguindo o rigor do rito contraditório do processo disciplinar. Esta decisão, tomada à luz da vinculação imposta pelo *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990, sem impor fim à lide, apenas transforma o procedimento correcional investigativo, de natureza inquisitorial, em processo disciplinar, de natureza contraditória. Em outras palavras, não se trata, portanto, de uma decisão terminativa, uma vez que não decide a relação processual estabelecida entre o Estado e o servidor. E, de acordo com a jurisprudência, em construção bastante adequada ao que se abordará em **4.4.1.5**, sem prejuízo de se tomar aqui a frase final do trecho do julgado, - que é o que de fato interessa -, não cabe a interposição de recurso em face de decisão interlocutória exarada no curso de processo disciplinar.

CPC - Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.
§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.
§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.
§ 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.

TRF da 5ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 53.344: "Ementa: (...) - Quanto à 'perícia contábil' - expressão indevidamente usada (certamente para conferir mais força à alegação do suposto cerceamento de defesa) porque se tratava de mera diligência fiscal - vê-se que o pedido do impetrante já fora

> *anteriormente formulado e indeferido, e esse indeferimento foi mantido pela decisão de fls. 104, item 27. Operou-se, quanto à matéria, a preclusão administrativa. (...) Por derradeiro, tampouco houve cerceamento de defesa ao 'não conferir ao acusado, ora Impetrante, oportunidade para recurso administrativo, ao ultimar a instrução simultaneamente com a ciência do Impetrante do indeferimento de seu requerimento de nova diligência fiscal, para que pudesse acompanhá-la e formular quesitos' pelas simples razões de, no âmbito do processo administrativo, não existirem recursos de decisões interlocutórias, e de os recursos, em regra, não terem efeito suspensivo, nos termos do art. 61 caput e parágrafo único da Lei 9.784/99.*

A identificação, acima elaborada, de que a decisão da autoridade instauradora de deflagrar o processo disciplinar possui natureza interlocutória também se reforça caso se tome a integração por analogia com a forma como a instância processual penal resolve a questão. Nesta seara, prevalece a inteligência de que o recebimento, por parte do juiz, da denúncia ou da queixa-crime, fazendo nascer a ação penal, inaugura e estabelece um vasto campo, juridicamente aceito, no qual a defesa possa manejar todos os meios de prova a seu favor, sendo precipitado abortar, em seu nascedouro, com qualquer peça recursal do processo penal, esta rica possibilidade de se exercer a dialética processual. Não sendo os casos em que, em lista exaustiva de hipóteses, se aplicaria o *habeas corpus* para o trancamento do processo penal, não há que se cogitar dos recursos próprios daquela instância em face da decisão judicial que recebe a peça acusatória, em harmonia com a taxatividade recursal que ali impera. Portanto, é de se esclarecer que, na instância processual penal, não se prevê recurso contra a decisão de recebimento da peça acusatória, ou seja, contra a decisão instauradora da ação penal, conforme pontua a doutrina.

> *"Em regra, não há recurso contra a decisão de recebimento da peça acusatória. Se não há previsão legal de recurso contra a decisão de recebimento de peça acusatória, não se pode perder de vista que a jurisprudência tem admitido a impetração de habeas corpus objetivando o trancamento do processo penal. Esse trancamento do processo é tido como uma medida de natureza excepcional, que só pode ser admitido quando evidente o constrangimento ilegal sofrido pelo investigado, nas seguintes hipóteses: a) manifesta atipicidade formal ou material da conduta delituosa; b) presença de causa extintiva da punibilidade; c) ausência de pressupostos processuais ou de condição da ação penal; d) ausência de justa causa para o exercício da ação penal." Renato Brasileiro de Lima, "Manual de Processo Penal", pg. 1183, Editora JusPodivm, 9ª edição, 2021*

Na mesma linha, se reforça o entendimento acima ao se integrar, novamente por analogia, com a normatização interna do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O Regimento Interno deste órgão do Poder Judiciário, aprovado pela Resolução CNJ nº 67, de 3 de março de 2009, estabelece que, nos casos de processos disciplinares transitados em sua esfera, somente são recorríveis decisões monocráticas terminativas que acarretem restrição de direito ou determinação de conduta ou que anulem ato ou decisão. A *contrario sensu*, a decisão monocrática de instaurar o processo disciplinar no âmbito do CNJ se demonstra irrecorrível.

> *Resolução CNJ nº 67, de 2009 - Regimento Interno do CNJ - Art. 115.*
> *§ 1º São recorríveis apenas as decisões monocráticas terminativas de que manifestadamente resultar ou puder resultar restrição de direito ou prerrogativa, determinação de conduta ou anulação de ato ou decisão, nos casos de processo disciplinar, reclamação disciplinar, representação por excesso de prazo, procedimento de controle administrativo ou pedido de providências. (Redação dada pela Emenda Regimental CNJ nº 1, de 9 de março de 2010)*

Na sequência, pode-se importar, para a instância disciplinar, as mesmas inteligências

acima expostas, de que o processo disciplinar é a oportunidade de disponibilização de um vasto campo de exercício dialético que não deve ser afastado *ab initio*; de que também a Lei nº 8.112, de 1990, não prevê a hipótese de pedido de reconsideração ou de recurso hierárquico no momento processual de que aqui se trata; e de que o seu ato instaurador, além de não se enquadra no conceito de decisão terminativa, menos ainda resulta restrição de direito ou determinação de conduta ou anula ato ou decisão anterior. Com isto, enrobustece-se o entendimento de que a decisão administrativa de instaurar processo disciplinar é irrecorrível, na mesma linha da irrecorribilidade da decisão judicial de receber denúncia ou queixa-crime e instaurar ação penal e da irrecorribilidade da decisão administrativa que instaura processo disciplinar no âmbito do CNJ.

Desta forma, não se admitem - ou seja, sequer devem ser conhecidas e muito menos terem seu mérito apreciado - peças recursais apresentadas pela defesa contra a decisão interlocutória exarada, em regra, pelo Chefe de Escor ou, excepcionalmente pelo Corregedor (nas residuais hipóteses em que este for autoridade instauradora), instaurando processo disciplinar. Isto se aplica tanto a pedido de reconsideração dirigido ao próprio Chefe de Escor ou ao Corregedor quanto a recurso hierárquico, cuja competência de julgamento, na linha respectiva, seria, em tese, do Corregedor ou do Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil. Inclui-se aqui a hipótese de apresentação de pedido de reconsideração mas enfatiza-se o entendimento no que tange à interposição de recurso hierárquico, cujo simples conhecimento teria o condão sinalizar a favor do esvaziamento da competência originária da autoridade instauradora e poderia estabelecer na atividade correcional uma situação de descontrole e de perda da condição de condução. Em qualquer caso, cabe à própria autoridade instauradora a quem se dirige a peça recursal declarar de imediato, em preliminar, seu descabimento.

E não há que se cogitar de prejuízo à defesa em tal assertiva, que, em síntese, denega tão somente a imediata apreciação, por parte da autoridade a quem a defesa recorreu em momento impróprio (ou à própria autoridade instauradora, em caso de ter interposto pedido de reconsideração, ou à autoridade superior, em caso de ter interposto recurso hierárquico). Além da construção acima apresentada de que o processo disciplinar pode ser o foro para o exercício da dialética processual, é certo que a apreciação de todo o processo, no que se inclui a análise de eventual ilegalidade no ato deflagrador, obrigatoriamente será realizada na última fase processual, do julgamento, que se inicia, em qualquer caso, independentemente de que autoridade seja competente para julgar o mérito, pela análise formal a cargo da autoridade instauradora. Com isto, então, se supre, ainda que de forma diferida, a intenção precipitadamente manifestada pela defesa para que esta própria autoridade instauradora reavaliasse seu ato deflagrador. E, caso a intenção da defesa fosse ter suas teses apreciadas por outra autoridade, superior àquela que instaurou o processo, desdobram-se duas hipóteses: se a competência para julgamento do mérito recai na própria autoridade instauradora (para aplicação de advertência ou de suspensão), sendo esta sim uma decisão terminativa, pode agora a defesa manejar o desejado recurso hierárquico à autoridade que lhe é superior; e se a competência para julgamento do mérito recai no Ministro de Estado da Economia (para aplicação de demissão ou de cassação de aposentadoria), já estará suprida aquela intenção. Assim, seja na hipótese de a própria autoridade instauradora julgar o mérito, seja na hipótese de tal julgamento caber ao Ministro de Estado da Economia, de uma forma ou de outra, assegura-se a oportunidade para a análise detida de todo o processo, tanto nos aspectos formais, na verificação da ocorrência de nulidades insanáveis desde a instauração, quanto na avaliação da adequação da proposta feita pela comissão às provas dos autos, podendo confirmá-la ou abrandá-la. Ora, o julgado acima soa coerente e lógico, pois, se o objetivo da defesa em interpor recurso é fazer com que a autoridade que instaurou reveja seu próprio ato ou é levar a apreciação de seu pleito para autoridade superior, qualquer um destes dois efeitos se dará, inexoravelmente, em razão da sistematização legal do processo disciplinar, em que se

inclui até a possibilidade de manejo de pedido de reconsideração ou de recurso hierárquico no momento processual adequado.

Ratificando esta compreensão, reitera-se o já exposto em **4.1**, no sentido de que a Advocacia-Geral da União (AGU), em seu Parecer AGU nº GQ-55, esclarece que o art. 153 da Lei nº 8.112, de 1990, garante o direito ao contraditório apenas na segunda fase do processo, chamada de inquérito administrativo (que compreende a instrução, defesa e relatório).

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

Com isto, segundo a manifestação da AGU, a fase de instauração não comporta contraditório e, como tal, eventual interposição de recurso neste momento processual sequer cabe ser conhecida.

Por fim, no extremo, caso a defesa ainda se considere prejudicada e alvo de ato decisório interlocutório supostamente eivado de ilegalidade de parte do Chefe de Escor ou excepcionalmente do Corregedor, resta-lhe apenas formular representação contra esta autoridade instauradora, a ser submetida à toda tramitação da fase de admissibilidade.

4.2.1.1 - Publicação da Portaria de Instauração

Definindo esta que é a primeira fase do processo, o inciso I do art. 151 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, estabelece que a instauração se dá simplesmente com a publicação da portaria de pessoal. A instauração, portanto, a rigor, não compreende uma fase processual, mas sim se condensa em um único ato formal, não comportando contraditório, que se estabelecerá somente na segunda fase, do inquérito administrativo.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:*
> *I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;*

Antes de chegar ao art. 151, no Título V, em que se delineia a parte instrumental do processo disciplinar, a Lei nº 8.112, de 1990, já no § 3º seu art. 142, ao tratar de prescrição, ainda no Título IV, que descreve o regime disciplinar, estabelece que a instauração do processo disciplinar, com a publicação da portaria de pessoal, acarreta o efeito imediato de se interromper a prescrição, conforme será detalhado em **4.13.2**.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 142.*
> *§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.*

E, a partir daí, a Lei nº 8.112, de 1990, não mais volta a abordar a instrumentalidade do ato em si de instaurar o processo disciplinar, encerrando as previsões legais sobre esta fase que se concentra naquele momento da publicação da portaria de pessoal.

Conforme estabelece o inciso I do art. 151 da Lei nº 8.112, de 1990, a instauração do processo disciplinar se dá, de forma instantânea e pontual, com a necessária publicação da portaria de pessoal. Não tendo a Lei exigido o veículo de publicação, este ato de aperfeiçoamento da instauração pode se dar no boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade

instauradora, não se exigindo publicação em Diário Oficial da União (DOU), conforme asseveram a jurisprudência e a doutrina.

> *STF, Mandado de Segurança nº 22.055: "Ementa: (...) Processo administrativo disciplinar conduzido por comissão regularmente constituída (Lei 8.112/90, artigo 149). Portaria publicada no boletim interno: regularidade (Lei 8.112/90, art. 151, I)."*
> *Idem: STJ, Mandados de Segurança nº 6.853 e 8.877*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 12.369: "Ementa: III - É válida publicação de portaria que instaura processo administrativo disciplinar e, a fortiori, da portaria que prorroga o PAD, em boletim informativo interno."*
>
> *"Atendendo ao princípio da publicidade, expresso no art. 37, 'caput', da Constituição Federal, a portaria será publicada no órgão de divulgação da repartição (...)." Sebastião José Lessa, "Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância", pg. 107, Editora Brasília Jurídica, 4ª edição, 2006*

Na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), por força da Portaria RFB nº 872, de 3 de abril de 2014, em seus arts. 1º, 3º e 5º, a partir de 31/07/14, a publicação interna de atos administrativos se dá exclusivamente por meio do Boletim de Serviço da RFB (BS RFB), instituído como um periódico diário eletrônico e de extensão "*portable document format*" (pdf), com conteúdo (dividido tematicamente entre Seção 1 - para atos normativos de forma geral; e Seção 2 - para atos relativos à vida funcional dos servidores) divulgado, acessível e facilmente pesquisável por data de edição, na página inicial da *intranet* institucional. Informe-se que o recebimento de material a ser publicado e a elaboração diária do BS RFB competem à Divisão de Atividades Administrativas do Gabinete da RFB (Gabin/Diadm).

> *Portaria RFB nº 872, de 2014 - Art. 1º Fica instituído o Boletim de Serviço da Secretaria da Receita Federal do Brasil (BS/RFB), periódico diário eletrônico para publicação de atos administrativos da RFB.*
> *Art. 2º O BS/RFB será divulgado na intranet diariamente, em formato PDF.*
> *§ 1º Na hipótese de inexistir matéria para publicação, o BS/RFB não será editado.*
> *§ 2º A divulgação de que trata o caput será efetuada preferencialmente até as 18h (dezoito horas), horário de Brasília.*
> *§ 3º Excepcionalmente, no interesse da Administração, poderá haver edição extra do BS/RFB.*
> *§ 4º A página inicial da intranet da RFB apresentará acesso permanente ao BS/RFB.*
> *Art. 3º Compete à Divisão de Atividades Administrativas (Diadm) do Gabinete da RFB elaborar e divulgar o BS/RFB.*
> *§ 1º Serão publicados na Seção 1:*
> *I - as normas de execução;*
> *II - as portarias com conteúdo normativo;*
> *III - as ordens de serviço;*
> *IV - os atos declaratórios executivos;*
> *V - as resoluções; e*
> *VI - as notas técnicas.*
> *§ 2º Serão publicados na Seção 2 os atos relativos à vida funcional dos servidores da RFB, cabendo à Cogep a regulamentação dos Atos Administrativos de publicação obrigatória no BS/RFB.*
> *§ 3º Os atos que tiverem sua publicação no Diário Oficial da União ou em outro meio oficial exigido por legislação específica não serão publicados no BS/RFB.*
> *Art. 5º Os atos a serem publicados no BS/RFB deverão ser enviados para a*

> *caixa postal BoletimdeserviçoRFB, em formato ODT, acompanhados da respectiva versão em formato PDF com assinatura digital.*

Assim, conforme o § 2º do art. 4º e o art. 8º, ambos da Portaria RFB nº 872, de 2014, no caso específico de portaria de pessoal de instauração de processo disciplinar (bem como de qualquer outro documento de natureza instrumental e de interesse das comissões disciplinares, dos Escritórios de Corregedoria - Escor ou da Corregedoria - Coger), a publicação deve se dar na Seção 2 do BS RFB, viável de ocorrer a qualquer dia útil da semana, sendo dispensada a publicação em outro veículo de divulgação interna no âmbito do Ministério da Economia (ME), tais como Boletins de Pessoal ou de Serviço do Ministério da Economia - BP ME ou BS ME, bem como em qualquer outro canal interno na RFB ou em suas unidades centrais ou descentralizadas.

> *Portaria RFB nº 872, de 2014 - Art. 8º A publicação de ato no BS/RFB exclui a necessidade de sua publicação nos Boletins de Pessoal e de Serviço do Ministério da Fazenda (BP/MF e BS/MF), bem como em outros canais internos utilizados pelas Unidades Centrais e Descentralizadas*

Acrescente-se ainda que a instituição do BS eletrônico trouxe a reboque para o sistema correcional o emprego da ferramenta que possibilita a assinatura digital de documentos no âmbito da RFB, por meio do Sistema Solução de Assinatura de Documentos Digitais (e-Assina RFB), que traz a funcionalidade de assegurar a integridade e a autenticidade do que nele é assinado. Neste sistema informatizado interno, a autoridade competente deve ter cadastrado algum servidor de sua unidade com o perfil de minutador e deve ela mesma ser cadastrada com o perfil de assinador (que engloba o perfil de minutador). Quando o perfil minutador carrega para o e-Assina RFB o documento preparado em editor de texto e o adiciona ao sistema, o aplicativo gera automaticamente uma versão em extensão pdf, que, ao receber a assinatura digital da autoridade competente, é validada por um código de localização situada em uma marca d´água automaticamente aposta no rodapé do documento e recebe, em uma página extra, os registros da base legal da assinatura digital, da identificação da autoridade assinadora, do código QR ("*quick response code*"), do código de barras da localização e do código *hash*. Ao final, esta versão em extensão pdf é enviada, juntamente com a versão original formulada no editor de texto, via correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), à Gabin/Diadm, a fim de ser publicada.

Após a publicação do documento no BS RFB, junta-se aos autos a impressão do arquivo em extensão pdf assinado digitalmente. Como este arquivo apenas informa que o documento foi assinado pela autoridade competente mas não informa a data de sua publicação, é recomendável a adoção da praxe de se juntar(em) aos autos a(s) página(s) do BS RFB, extraídas da *intranet* institucional, de que consta o documento publicado, a fim de se explicitar a data de publicação e o nº do Boletim em que foi veiculado. Informe-se que, a exemplo do DOU, a edição do BS RFB se dá continuamente, ato após ato, e não por página individualizada por ato, de forma que, ao imprimir(em) a(s) página(s) de que consta o documento, muito provavelmente, antes de seu início e após seu término, incluem-se também documentos outros, sem interesse. Mas, por outro lado, dispensa-se a juntada aos autos da página de autenticação que o sistema gera automaticamente (não obstante se recomende que, além da instrumentalidade acima descrita, o Escor - ou a Coger - mantenha arquivadas as vias eletrônicas da portaria de pessoal em extensão do editor de texto e da portaria de pessoal e da página de autenticação em extensão pdf).

Acrescente-se que, com respaldo doutrinário, em atendimento ao Decreto nº 4.520, de 16 de dezembro de 2002, que disciplina a publicação de atos oficiais no DOU, a Imprensa Nacional da Secretaria-Geral da Presidência da República (PR/SG/IN) editou a Portaria PR/SG/IN nº 9, de 4 de fevereiro de 2021, vedando expressamente a publicação de portarias

de pessoal de designação de comissões de constituição ou de atuação interna ao próprio órgão. A publicação da portaria de pessoal em DOU somente é exigível nas hipóteses de se ter apuratório transcorrendo fora do órgão instaurador ou envolvendo servidores de diferentes órgãos ou Ministérios (hipótese em que, em geral, a portaria de pessoal será do respectivo Ministro de Estado, ou, especificamente no âmbito do ME, será do Corregedor do ME) ou órgãos de diferentes Ministérios (hipótese em que, em geral, a portaria de pessoal será interministerial, como ato conjunto de mais de um Ministro de Estado).

> *Portaria PR/SG/IN nº 9, de 2021 - Art. 4º São publicados, na Seção 2 do Diário Oficial da União, os atos relativos a pessoal da União, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, cuja publicação decorra de disposição legal.*
> *Art. 8º É vedada a publicação no Diário Oficial da União de:*
> *I - atos de caráter interno ou que não sejam de interesse geral;*
> *II - atos concernentes à vida funcional dos servidores dos Poderes da União, que não se enquadrem nos termos do art. 4º desta portaria, incluindo-se:*
> *j) designação de comissões de constituição ou atuação interna;*
>
> *"Assim, qualquer ato envolvendo movimentação de pessoal, expediente funcional, constituição de comissões e grupos de trabalho, dá-se em boletim de pessoal, exatamente por se tratar de ato ordinário de execução de providências rotineiras previstas em lei, cuja finalidade e interesse imediato restringem-se ao âmbito interno da repartição, sem ter caráter geral ou normativo.*
> *Outra não me parece ser a orientação que norteou a edição do Decreto nº 4.520, de 16 de dezembro de 2002, que, ao sistematizar normas relativas à publicação dos atos e documentos oficiais pela Imprensa Nacional, expressamente excluiu os de caráter interno dos Três Poderes da República, vedando em seu art. 7º atos de interesse interno e os relativos a pessoal." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 115, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Ademais, embora não se recomende deixar tal lacuna, a eventual falta de publicação da portaria de pessoal, sequer internamente, não necessariamente inquina de nulidade o processo se restar comprovado nos autos que a parte interessada, de qualquer outra forma válida (pela notificação inicial para acompanhar como acusado, por exemplo) teve conhecimento do feito, de forma a não se configurar prejuízo à defesa, conforme entendimento externado pela Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GQ-87.

> *Parecer AGU nº GQ-87, não vinculante: "Ementa: É insuscetível de nulificar o processo disciplinar o fato de não haver sido publicada a portaria de designação de comissão de inquérito, desde que considerada a data do mesmo ato como de início do prazo estipulado para a conclusão do processo disciplinar e, em decorrência, não se constate infringência ao princípio do contraditório.*
> *7. A Lei nº 8.112, de 1990, art. 152, considera a publicação do ato de designação da comissão de inquérito como sendo o marco inicial do curso do prazo de apuração dos trabalhos, porém não exige que seja feita no Diário Oficial; é acorde com o preceptivo a divulgação desse ato em boletim interno ou de serviço."*

Ainda na linha de possíveis guerreamentos contra a portaria de pessoal de instauração, a jurisprudência ratifica que apenas e tão somente o fato de o servidor estar de licença para tratamento de sua saúde à época da deflagração da persecução disciplinar não acarreta nulidade.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 8.102: "Ementa: 4. O fato da impetrante encontrar-se em licença para tratamento de saúde, quando da instauração do*

> *processo administrativo disciplinar, por si só, não enseja a sua nulidade, por ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa."*

Conforme já mencionado em **2.1.1**, nos termos exigidos pelos arts. 3º, 4º e 6º da Portaria Coger-ME nº 12.456, de 29 de novembro de 2019, embora obrigassem a comissão processante, na prática, recai sobre o Grupo Nacional de Comissões (GNC) alimentar a base de dados externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, da Controladoria-Geral da União - CGU) com os dados de instauração. Assim, a cada procedimento disciplinar instaurado, deve o GNC informar os dados da portaria de pessoal instauradora (nº da portaria de pessoal, autoridade signatária, nomes e dados funcionais dos integrantes da comissão, espécie processual e data e meio de publicação).

No reflexo do *caput* do art. 2º da Ordem de Serviço (OS) Coger nº 1, de 2015, se a fase de admissibilidade já tiver se iniciado por representação ou denúncia formalizada desde a unidade de origem no sistema e-Processo, tendo então transcorrido em meio digital e sob este meio sido protocolizada, o processo disciplinar instaurado em decorrência segue com a mesma numeração de cadastro original.

> *OS Coger nº 1, de 2015 - Art. 1º*
> *§ 1º Os processos administrativos formalizados em papel até a data de entrada em vigor desta Ordem de Serviço deverão permanecer assim até a decisão quanto à instauração de processo administrativo disciplinar.*
> *§ 2º Os processos administrativos em papel que forem convertidos em processos administrativos disciplinares devem ser digitalizados e, deverão receber nova numeração Comprot, quando da formalização no sistema e-Processo.*
> *§ 3º Os processos administrativos em papel que forem convertidos em processos administrativos disciplinares deverão ser enviados para arquivamento na Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda jurisdicionante.*
> *Art. 2º Os processos administrativos disciplinares instaurados após a entrada em vigor desta Ordem de Serviço deverão ser formalizados no sistema e-Processo.*
> *Parágrafo único. Os processos administrativos disciplinares em curso permanecerão em papel.*

Conforme também já aduzido em **2.4.3**, instaurado o processo disciplinar, o Chefe do Escor, ou o servidor por ele designado, habilita a visualização do processo digital por parte de toda a equipe composta pela comissão que trabalhará naquele caso, para que todo o trio tenha acesso no curso do inquérito, e também habilita a equipe Diaco, da Divisão de Análise Correcional, somando à equipe Gabin, habilitada desde a fase de admissibilidade. A habilitação da visualização para todas as três equipes não se confunde com a figura que a cada momento ocupa a posição de responsável. Esta condição muda dentro da comissão ao longo do inquérito administrativo, mas não prejudica a visualização de todos integrantes das equipes habilitadas (habilitando as equipes, os integrantes não perdem a visualização a cada mudança de responsável, diferentemente do que ocorre com a habilitação feita individualmente por meio do nº de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF, que se perde a cada movimentação ou redistribuição do processo digital, como é o caso da habilitação do acusado).

4.2.2 - Portaria de Instauração

4.2.2.1 - Alcance, Não Indicação do Fato e da Autoria e Infrações Conexas

4.2.2.1.1 - Informações Constantes da Portaria

A portaria de pessoal de instauração é elemento processual indispensável, devendo não só estar juntada aos autos como também, em sua redação, deve conter determinados requisitos formais essenciais. O ato obrigatoriamente deve identificar os integrantes da comissão (nome, cargo e matrícula), destacando o presidente; o procedimento do feito (se sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar - PAD, antecipando-se que, no caso de rito sumário, há peculiaridades, que serão abordadas em **4.11.2** e **4.11.3**); o prazo concedido pela autoridade instauradora (conforme se mencionará em **4.2.7.1**); e a indicação do alcance dos trabalhos (reportando ao nº do processo).

No caso específico do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), de diferenciado grau de normatização interna, de estruturação e de informatização, com a adoção do processo digital, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), determinada pela Ordem de Serviço Coger (OS) nº 1, de 3 de junho de 2015, e do programa de gestão na modalidade de teletrabalho, disciplinado internamente pela Portaria RFB n° 2.383, de 13 de julho de 2017, e estendido ao processo de trabalho correcional pela Portaria RFB n° 788, de 29 de maio de 2018, com a atualização promovida pela Portaria RFB nº 390, de 21 de fevereiro de 2019, pode-se dispensar a praxe frequente na processualística disciplinar no Poder Executivo federal de fazer constar da portaria de pessoal de instauração a localidade onde se sedia a comissão. Diante daquelas duas ferramentas simplificadoras do trabalho, deixou de existir a configuração tradicional de comissão composta por três servidores lotados e em exercício em determinado Escritório de Corregedoria (Escor), todos residentes na mesma localidade. Como o Direito, ciência dinâmica, não pode estar à margem do contexto social em que se insere, obviamente é de se contemplar na sua aplicação os avanços tecnológicos disponíveis, de forma ser possível um trio composto por servidores localizados em diferentes localidades. Uma vez que a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e as manifestações vinculantes da Advocacia-Geral da União (AGU) e da Controladoria-Geral da União (CGU) não exigem a mera formalidade de indicação da localidade na portaria de pessoal de instauração, sua dispensa não acarreta nulidade.

A portaria de pessoal funciona como um instrumento de mandato, autorizador para o trabalho da comissão, mas somente adquire tal valor jurídico pontualmente, nem antes e nem depois, com a sua publicação. Portanto, a rigor, a comissão não deve praticar nenhum ato antes da publicação, sob o risco de ter de enfrentar arguição - superável - de nulidade. De forma análoga, não se recomenda que a autoridade instauradora consigne que a designação ou que o início dos trabalhos somente se darão a partir de determinada data posterior. Não obstante, se por qualquer imprevisto ou empecilho não for possível para a comissão dar início imediato aos trabalhos, o presidente deve comunicar o fato e os motivos à autoridade instauradora, sem que esta providência tenha o condão de postergar o prazo de encerramento do processo e o transcurso da prescrição, que se mantêm inalterados.

Com a mera publicação do ato constituinte da comissão, decorrente da provocação sob viés do *in dubio pro societate* diante dos indícios levantados em fase de admissibilidade, não se pode afirmar de maneira conclusiva a extensão dos fatos e o responsável pela possível irregularidade denunciada, sob pena de incorrer-se em arbitrária presunção de responsabilidade. É no decorrer do inquérito administrativo de natureza contraditória, e nem poderia ser de outra forma, que serão levantadas as circunstâncias e produzidas as provas indispensáveis à elucidação da materialidade do fato e de sua autoria.

Daí porque quanto à necessária indicação do alcance dos trabalhos, convém que a portaria de pessoal apenas faça referência ao nº do processo no qual estejam descritas as

irregularidades e aos fatos conexos que possam emergir da apuração. Não é recomendável apontar na portaria de pessoal o nome do servidor envolvido e já cogitar da descrição do suposto ilícito e do enquadramento legal. Ao contrário de configurar qualquer prejuízo à defesa, tais lacunas na portaria de pessoal preservam a integridade do próprio servidor e têm o fim de a autoridade instauradora não induzir o trabalho da comissão e de não propiciar alegação de pré-julgamento. A indicação de que contra o servidor paira uma acusação é formulada pela comissão na notificação inicial para que ele acompanhe o processo como acusado; já a descrição da materialidade do fato e o enquadramento legal da irregularidade (se for o caso) são feitos pela comissão em momento posterior, somente ao final da instrução contraditória, com a indiciação (refletindo convicção preliminar, passível de ser afastada pela defesa). Neste sentido, as manifestações da AGU, nos Pareceres AGU nº GQ-12 e nº GQ-35, vinculantes, respectivamente:

> *Parecer AGU nº GQ-12, vinculante: "16 (...) princípios do contraditório e da ampla defesa (...) indicam a desnecessidade de se consignarem, no ato de designação da c.i, os ilícitos e correspondentes dispositivos legais, bem assim os possíveis autores, o que se não recomenda inclusive para obstar influências no trabalho da comissão de inquérito ou alegação de presunção de culpabilidade. É assegurada à c.i. a prerrogativa de desenvolver seus trabalhos com independência e imparcialidade.*
> *17. A notificação dos possíveis autores para acompanharem o desenvolvimento do processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, será feita imediatamente após a instalação da c.i, a fim de garantir o exercício do direito de que cuida o art. 156 da Lei nº 8.112; a enumeração dos fatos se efetua na indiciação do servidor, conforme prescrição dessa Lei, art. 161."*
>
> *Parecer AGU nº GQ-35, vinculante: "15. As opiniões doutrinárias tendentes a reconhecer a necessidade de se indicarem, nos atos de designação das comissões apuradoras, os fatos que possivelmente teriam sido praticados pelos envolvidos, como condição de validade processual pertinente à ampla defesa, não se adequam ao regramento do assunto em vigor, mormente em se considerando os comandos dos arts. 5º, LV, da Carta Magna e 153 da Lei nº 8.112/90, para que se observe o princípio do contraditório na fase processual de inquérito."*

No mesmo rumo, seguem ainda reiteradas manifestações jurisprudenciais e doutrinárias, inclusive da lavra da CGU:

> *STF, Mandado de Segurança nº 25.105: "Ementa: Não se exige, na portaria de instauração de processo disciplinar, descrição detalhada dos fatos investigados, sendo considerada suficiente a delimitação do objeto do processo pela referência a categorias de atos possivelmente relacionados a irregularidades."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.081: "Ementa: (...) IV - Inocorrência de nulidade quanto à portaria de instauração do processo disciplinar, seja porque fora proferida por autoridade no exercício de poder delegado seja porque fez referências genéricas aos fatos imputados ao servidor, deixando de expô-los minuciosamente - exigência esta a ser observada apenas na fase de indiciamento, após a instrução."*
> *Idem: STF, Recursos em Mandados de Segurança nº 2.203, 2.501, 4.174, 4.504 e 6998; e STJ, Mandados de Segurança nº 6.853, 7.066, 8.146, 8.258, 8.858 e 8.877*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 12.369: "Ementa: II - A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração ou na citação inicial."*
> *Idem: STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 900.193*

“Não constitui nulidade do processo a falta de indicação, na portaria inaugural, do nome do servidor acusado, dos supostos ilícitos e seu enquadramento legal. Ao contrário de configurar qualquer prejuízo à defesa, tais lacunas na portaria preservam a integridade do servidor envolvido e obstam que os trabalhos da comissão sofram influências ou seja alegada a presunção de culpabilidade.”, Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 123, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/ Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13

“Tem-se observado, na prática, que a portaria, nem sempre descreve, em seu corpo, os fatos objetos de apuração e nem indica o nome do acusado ou acusados, preferindo fazer remissão aos documentos ou ao processo onde tais elementos se acham descritos, caracterizados e identificados.
Este procedimento não implica limitar o direito do acusado de conhecer, perfeitamente, a imputação que lhe é feita. É mera questão de forma que se supera com a notificação que contenha os exatos termos da acusação.
Realmente, se o processo visa apurar possíveis irregularidades que possam ou não ter ocorrido no âmbito administrativo, seria arbitrariedade, diante da inexistência da certeza da ocorrência, promover, desde logo, a citação de algum servidor para participar da instrução como indiciado.
Urge, portanto, evitar que o ato constitutivo do procedimento apuratório disciplinar se converta em instrumento ensejador da presunção de culpabilidade pelo registro, desde logo, no corpo da portaria, das ocorrências tidas como possíveis ilícitos e seus respectivos dispositivos legais, como também, da indicação da provável autoria. A ausência que ora se preconiza preserva a imagem do servidor investigado da curiosidade alheia e evita nefastas influências externas sobre os trabalhos da comissão. É, portanto, medida que milita a favor do acusado.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pgs. 112 e 113, Editora Forense, 2ª edição, 2006

“Está pacificado pelos tribunais pátrios não ser necessário o detalhamento dos fatos [na portaria]. Basta a referência ao processo no qual a autoria e a materialidade será investigada.” Judivan Juvenal Vieira, “Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 57, IOB Thomson, 1ª edição, 2005

“Pois bem, ao apenas fazer referência ao processo administrativo, a autoridade deu publicidade ao fato e delimitou o campo de atuação da comissão sem precisar expor a Administração, pois não divulgou a ocorrência de fatos irregulares que aconteceram, nem expôs o servidor acusado.
Assim, não há dúvidas de que atualmente, a portaria basta conter a competência da autoridade instauradora, o nome dos membros da comissão e a remissão ao número do processo administrativo onde constam os fatos que serão apurados.
Sugiro, por fim que seja registrada na portaria a possibilidade de a Comissão apurar fatos conexos - que têm ligação com o fato principal (...).” Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pgs. 82, 83 e 84, Fortium Editora, 1ª edição, 2008

A portaria de pessoal de instauração, ao incluir os fatos conexos no seu alcance, determina que a comissão apure não só a conduta inicialmente constante da representação ou da denúncia e que foi analisada na fase de admissibilidade, mas também outras condutas desconhecidas à época da instauração e que porventura venham à tona, mediante novos indícios de materialidade e/ou de autoria, no curso do inquérito administrativo, podendo, inclusive, envolver outro servidor e sob condição ainda de que, no mínimo, além de outros critérios de natureza operacional, guardem relação de conexão com o objeto inicial do processo.

É necessário então resgatar o que já se aduziu acerca da abrangência da expressão “fatos conexos”, que consta da portaria de pessoal. Conforme já se abordou exaustivamente em **2.5.3.4**, dentre inúmeros critérios de se classificar os ilícitos, advindos da doutrina penal, cabe aqui mencionar que, nos casos de multiplicidade infracional, os ilícitos podem ser classificados como independentes ou como conexos.

Sob ótica inicialmente material (extraídas da alínea “b” do inciso II do art. 61 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - CP), as infrações são ditas conexas se entre elas houver uma relação de causa e efeito em que a primeira é cometida para assegurar a execução da segunda; ou quando a segunda é executada para facilitar ou assegurar a ocultação, a impunidade ou a vantagem associada à primeira já cometida; ou ainda quando a segunda é executada em razão da oportunidade ocasionada pela primeira.

Sem prejuízo da conexão decorrente de um ilícito ter ocasionado outro, o art. 76 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), em seu inciso II, reitera as duas definições extraídas da alínea “b” do inciso II do art. 61 do CP, de conexões materiais circunscritas às condutas de um mesmo autor e ainda prevê definições mais abrangentes para a conexão sob ótica instrumental, com o fim de se permitir uma única ação penal abarcando as apurações de mais de um ilícito. O mesmo dispositivo da lei processual penal, no seu inciso III, também considera conexos os ilícitos em que a prova do cometimento ou das circunstâncias elementares de um influem na prova do outro, bem como, no seu inciso I, os ilícitos que envolvem mais de um agente, se cometidos ao mesmo tempo por várias pessoas reunidas no mesmo local (em reunião ao mero acaso) ou independentemente se cometidos em tempo e lugar diversos, por várias pessoas em concurso (em acerto prévio), ou até mesmo se cometidos reciprocamente, por umas pessoas contra as outras.

> *CPP - Art. 76. A competência será determinada pela conexão:*
> *I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;*
> *II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;*
> *III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.*

Em síntese, seja pelo concurso material, seja pelo concurso de pessoas, as infrações são ditas conexas quando têm interligação tamanha que a elucidação do cometimento ou das circunstâncias elementares de uma passa pelo esclarecimento da outra, de forma que a apuração conjunta e simultânea de ambas seja relevante e imprescindível para formar convicção global acerca dos fatos.

Além do conceito de conexão, que, por ser expresso na portaria de pessoal de instauração, se fez necessário abordar no presente tópico, também importa relembrar o que já se aduziu em **2.5.3.4**, acerca da definição de infração habitual. A infração habitual é uma infração única, com a particularidade de se configurar com a reiteração de atos que, por si sós, não comportam caráter ilícito, decorrendo a ilicitude justamente da sua habitualidade. Assim, quando se trata de PAD ou sindicância disciplinar instaurados para apurar uma infração que tem natureza habitual, o surgimento de novos episódios no curso inquérito administrativo, de que não se tinha conhecimento na fase de admissibilidade, deve ser considerado desde sempre viável de ser encampado no escopo de trabalho da comissão, visto que, conceitualmente, não se trata de se estar abarcando nova infração, mas tão somente elementos a mais de prova que podem ser relevantes para a necessária caracterização da habitualidade definidora da infração única sob apuração e que motivou a decisão de instaurar. Tratando-se de fatos integrantes da

própria infração objeto da decisão da autoridade instauradora, nem é de se cogitar de a portaria de pessoal instauradora fazer remissão permissiva à sua inclusão, visto desde sempre fazer parte do escopo apuratório.

E reitere-se também o já exposto em **2.5.3.4**, no sentido que os termos "conexos" e "conexão", comumente expressos na portaria de pessoal de instauração, vão além do sentido estrito e exaustivo da lista de incisos do art. 76 do CPP e venham a assumir um sentido mais elástico e abrangente de qualquer forma de liame - no sentido léxico de coesão, ligação, relação a unir - que, à vista das já mencionadas peculiaridades da base principiológica estruturante da instância disciplinar, autorizem a unidade processual. Com isto, também se leva em conta o conceito jurídico de continência, mencionado nos arts. 77 e 79 do CPP, por meio do qual diversos fatos possam ser considerados, ainda que ficticiamente "contidos" em um único ilícito - como um continente - a ser congruentemente julgado e sob uma visão conglobante de todo o conjunto probatório, em unidade processual, por uma única autoridade julgadora. Importam então, para a instância disciplinar, as hipóteses do inciso I e a primeira remissão constante do inciso II, ambos do art. 77 do CPP, ambas como outras possibilidades de unidade processual, na leitura conjunta do *caput* do art. 79 do mesmo código processual: quando dois ou mais agentes cometem um único ilícito (de se perceber que não se trata de qualquer espécie de conexão intersubjetiva, já que conexão requer multiplicidade de ilícitos e a hipótese em tela comporta apenas um ilícito) e quando se comete crime continuado (leitura atualizada do antigo art. 51 do CP).

> *CPP - Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:*
> *I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;*
> *II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.*
> *Art. 79. A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo:*

Assim, necessário também reproduzir o conceito de ilícito continuado, já exposto em **2.5.3.4**. Segundo o art. 71 do CP, a continuidade delitiva é a resultante de mais de uma conduta em que o agente pratica dois ou mais ilícitos de mesma espécie (não necessariamente idênticos, bastando ter os mesmos elementos descritivos) e sendo o(s) subsequente(s) possível(is) de ser(em) tomado(s) como continuação do primeiro, tanto em termos de condições objetivas, tais como de tempo, de lugar, de modo de execução e outras condições semelhantes, quanto de ânimo subjetivo específico de o autor, em um único impulso volitivo (um único desígnio), querer (com dolo) ou manter (com culpa) a prática ilícita continuada, aproveitando-se, para a execução dos ilícitos posteriores, das mesmas relações e oportunidades propiciadas pelo primeiro ilícito, na forma de um único contexto ou de situações que se repetem ou que se prolongam no tempo. Também recomenda-se que se apurem todos os ilícitos de natureza continuada de que já se tem conhecimento em uma só ação.

> *CP - Crime continuado*
> *Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*
> *Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código. (Redação dada*

pela Lei nº 7.209, de 1984)

À vista do exposto, em razão do fato de que, apesar de haver ilícitos de diversas naturezas jurídicas a pedir unidade processual, o padrão das portaria de pessoals de instauração da instância disciplinar sempre menciona apenas a possível inclusão dos fatos conexos no escopo do inquérito administrativo, faz-se necessário elaborar o entendimento de que este conceito possui uma extensão mais abrangente que a sua própria literalidade. Em síntese, são abarcadas na consideração *lato sensu* como fatos conexos - o que autoriza a inclusão nos mesmo autos - as noções de conexão estrita prevista no art. 76 do CPP (a que a doutrina chama de conexões teleológica, consequencial, ocasional, probatória e intersubjetiva), continência, nos termos do art. 77 do mesmo diploma, que inclui por sua vez a continuidade delitiva (com definição no art. 71 do CP), além do conceito doutrinário de ilícito habitual. Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

> *Orientação Coger nº 40*
> *Conexão, em matéria processual disciplinar, compreende não só as espécies estritas de ilícitos conexos elencadas no art. 76 do CPP mas também os ilícitos tidos como habituais, os ilícitos continuados definidos no art. 71 do CP e os ilícitos compreendidos na definição de continência, constante do art. 77 do CPP.*

Importa ainda destacar que, além do critério essencialmente jurídico de se avaliar se os fatos novos guardam relação de conexão ou de habitualidade (ou ainda de continência, em que se inclui a continuidade delitiva) com os fatos que já faziam parte da provocação original para instauração do PAD ou da sindicância disciplinar, devem ainda ser sopesados pela comissão e pela autoridade instauradora outros critérios informadores da pertinência ou não de os novos fatos serem abarcados no apuratório já em curso. Assim, além do pré-requisito essencial de relação de conexão (seja no sentido mais estrito, à vista da leitura do conceito doutrinário penal, seja no sentido mais amplo, contemplando a maior liberdade de atuação em instância disciplinar, conforme já abordado em **2.5.3.4**, incluindo a relação de habitualidade configuradora da única infração sob apuração e ainda a possibilidade de continência e até de continuidade delitiva), a inclusão dos novos fatos não deve prejudicar a eficiência processual e o direito de defesa e, caso envolva novo servidor, *a priori*, este deve ser lotado (ou estar em exercício) na mesma jurisdição.

Cite-se, por exemplo, para simultaneamente suprir a eficiência processual e as garantias de defesa, que a decisão de estender os trabalhos apuratórios, cumulativamente à verificação da existência de conexão em sentido amplo ou habitualidade ou de continência ou até de continuidade, deve levar em consideração o momento em que se encontra o inquérito administrativo: se já há ou não servidor notificado a acompanhar o processo na condição de acusado, a quem, se for o caso de inclusão de fatos novos, se deverá dar a específica notificação inicial; se ainda se está no início dos trabalhos apuratórios ou se já se está prestes a encerrar, com robusta convicção, a instrução processual, de forma a se poder dispensar ou não os fatos novos; e, destacadamente, se já há ou não servidor indiciado, visto que não se cogita de nenhuma extensão fática após a indiciação, a menos que excepcionalmente se delibere pela reabertura da instrução processual. A doutrina também pondera os aspectos jurídicos e temporais envolvidos nesta questão sob apreço.

> *"Na prática, a inclusão de fato novo, no processo disciplinar, já em andamento, deve ser examinada, cumulativamente, sob dois aspectos:*
> *a) Temporal - viabilidade de se proceder às novas investigações de forma correta, no prazo que resta para conclusão do processo disciplinar.*
> *b) Correlação e conexidade - conveniência de se admitir as investigações, em se tratando de atos continuados, por constituírem agravante e possibilitarem a apuração da extensão do prejuízo.*

> *Devem, portanto, ser examinados no mesmo processo os fatos ligados entre si, por pontos de convergência, cujo conhecimento de um deles ajuda compreender o outro, permitindo conhecer o ocorrido em sua plenitude." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pgs. 116 e 117, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Ressalte-se também que a identificação de participação de outro servidor nos fatos em apuração ou em fatos a eles conexos agrega um complicador se este novo agente for lotado ou tiver exercício em unidade de outra Região Fiscal (RF), sob jurisdição de outro Escor. Sendo este novo fato dissociável dos fatos originais, pode se solucionar a questão com o desmembramento dos autos e representação ao Chefe de Escor da outra jurisdição. Mas, a rigor, em todo caso, sendo os fatos indissociáveis ou mesmo que fossem dissociáveis, o regramento em vigor estabelece que o Chefe do Escor de origem deve consultar o Corregedor, a fim de que esta determine a qual Escor incumbirá todo o apuratório, conforme o § 4º do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017.

Em outras palavras, se por um lado é certo que a conexão (no sentido amplo de qualquer forma de liame) induz fortemente a extensão apuratória nos mesmos autos, por outro lado, a complexidade instrutória que pode advir desta extensão fática pode apontar para as apurações apartadas. Cabe à comissão sopesar e buscar o equilíbrio entre a unidade processual e a complexidade instrutória, sendo certo que a conexão influencia fortemente a favor da primeira solução, mas não a determina de forma inflexível.

É importante destacar a já mencionada maior flexibilidade com que se move a processualística disciplinar nestes temas atinentes à conexão (no sentido amplo de qualquer forma de liame) e à unidade ou à multiplicidade processual. Em reflexo desta maior flexibilidade conceitual, a AGU, no seu Parecer AGU nº GQ-35, já se manifestou admitindo até a absorção, nos mesmos autos já em curso, de apuração de novos fatos, ainda que inexistente relação de conexão, desde que não prejudique as defesas e a celeridade processual.

> *Parecer AGU nº GQ-35: "13. Não raro, durante a apuração das irregularidades exsurgem evidências quanto à autoria, de forma a envolver outros servidores, ou emergem infrações disciplinares conexas, ou não, com o objeto do processo disciplinar. São fatos que devem ser tidos como consentâneos com a finalidade da instauração do processo e incapazes de acarretar sua nulidade, desde que a c.i. adote as medidas procedimentais compatíveis com o contraditório e a ampla defesa, na execução dos trabalhos de apuração.*
> *14. Em casos tais, a comissão deve possuir o discernimento necessário para adotar os atos que se impuserem com vistas a garantir ao servidor faltoso o exercício do direito assegurado no art. 156, suso, mas sem descurar da agilidade processual. Assim, caso a c.i. não tenha concluído seus trabalhos, deve ser notificado o novel acusado para que, se o pretender, requeira o cumprimento de qualquer dos atos assegurados no art. 156, no respeitante à apuração já efetuada, atentando-se, destarte, para a faculdade atribuída ao presidente da comissão no § 1º do mesmo preceptivo. Já as infrações, verificadas no curso do apuratório, serão igualmente apuradas, se conexas com as faltas objeto do processo ou, se inexistente a conexidade, a investigação não compromete a razoável agilidade da conclusão dos trabalhos. Senão, deve a c.i. propor a designação de outro colegiado, sem prejuízo de suas incumbências.*
> *37. d) a infração constatada após a instauração do processo deve ser nele apurada, desde que tenha conexão com a que deu azo ao apuratório. Inexistente a conexidade de ilícitos, poderão ser apurados, todos, no mesmo processo, caso, quanto à infração mais recente, preserve a razoável celeridade. Em sendo contraproducente a apuração das faltas funcionais desprovidas de conexidade, no mesmo processo, deverá a c.i, até mesmo no relatório final, propor a designação de outra equipe, com a finalidade de determinar a*

> *veracidade desses fatos. Verificado o envolvimento de outros servidores já no curso da apuração das infrações, incontinenti deverão ser notificados do seu envolvimento nas irregularidades, cabendo à comissão de inquérito assegurar expressamente o exercício do direito a que alude o art. 156 do novo estatuto dos servidores públicos civis federais, com o que serão observados o contraditório e a ampla defesa;"*

Neste rumo, feita a ponderação acima exposta, afastada a possibilidade de a conexão (no sentido amplo de qualquer forma de liame) ter sido detectada em momento inoportuno, como regra geral, podem ser apuradas no mesmo processo condutas conexas desconhecidas à época da instauração e que venham à tona posteriormente, inclusive envolvendo outro servidor, conforme sustenta a jurisprudência.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 12.492: "Ementa: 2. 'Não há ilegalidade na ampliação da acusação a servidor público, se durante o processo administrativo forem apurados fatos novos que constituam infração disciplinar. O princípio do contraditório e da ampla defesa deve ser rigorosamente observado' (STF - RMS 24.526/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe 15/08/2008)."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 17.053: "Ementa: Se, no curso do processo, a tríade processante encontrar indícios de que um servidor perpetrou alguma outra irregularidade, este fato pode ser investigado dentro do mesmo processo disciplinar, desde que haja conexão com o tema principal da investigação."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.330, Voto: "(...) excesso de poder por parte da comissão processante, em razão de ter se dedicado a apurar fatos não relacionados na portaria inaugural; Alega o impetrante que a autoridade julgadora apreciou fatos não relacionados na portaria instauradora do processo administrativo disciplinar (...) Ora, para investigar a ocorrência dos fatos narrados na portaria instauradora, a comissão processante, com efeito, deveria perquirir sobre outros fatos, de conteúdo instrumental, no contexto da realização dos objetivos atribuídos ao infrator. (...) dessarte, os fatos analisados que isoladamente pareceriam estar, à primeira vista, fora do âmbito gizado para as investigações, uma vez observados no conjunto, fariam ver que a apuração não se desviou de seus fins iniciais, diante da correlação manifesta entre meios e fins, num contexto específico. Sendo o conjunto das operações investigadas complexo até para aqueles que trabalham no mercado financeiro, perfeitamente natural que a investigação partisse para outros fatos não detalhados na portaria instauradora do procedimento disciplinar. O que não se admitiria - e não é o caso dos autos -, é que o indiciado, ao final da apuração, tivesse contra si um juízo de reprovação, calcado em fatos que não guardassem nenhuma relação com aqueles inicialmente perscrutados."*

É importante relembrar que o conceito de conexão, mesmo em seu sentido *lato sensu* aqui adotado, está associado à fixação de competência julgadora, a fim de que, sob unidade processual e submetidos a único ato de um julgador, diversos ilícitos recebam um julgamento congruente. A inclusão, em um mesmo processo, de todos os fatos que guardam um liame de correlação (permitindo uma visão mais completa do panorama probatório) oferta ao julgador uma visão conglobante de todo o conjunto probatório, propiciando economia processual (é possível que sejam aproveitadas as mesmas provas), previne a ocorrência de decisões discrepantes em afronta à segurança jurídica e possibilita a razoável duração do processo e, sobretudo, a segurança jurídica.

Ressalte-se que se, por um lado, a inclusão de novos fatos conexos *lato sensu* conhecidos após a instauração do processo disciplinar é válida desde que ocorra antes da indiciação (a menos que delibere por excepcional reabertura da instrução processual, inclusive com nova indiciação), por outro lado, dispensa qualquer alteração da portaria de pessoal

instauradora, de que consta a expressão “fatos conexos”, e pode ser objeto de soberana e motivada deliberação da comissão, sem necessidade de se submeter à apreciação da autoridade instauradora. Há posicionamentos institucionais neste sentido

> *Orientação Coger nº 41*
> *O conhecimento de novas irregularidades tidas no conceito amplo de conexão permite a sua inclusão no escopo de trabalho de fase de admissibilidade ou de PAD já em curso, desde que, neste último caso, se dê em momento anterior à indiciação.*
>
> *Orientação Coger nº 42*
> *A inclusão de novas irregularidades tidas no conceito amplo de conexão no escopo apuratório de PAD já em curso não impõe alteração da portaria instauradora e pode ser objeto de soberana deliberação da comissão, sem necessidade de submissão à autoridade instauradora.*

E de outra forma não poderia ser já que, à vista dos princípios da autotutela, oficialidade, da indisponibilidade do interesse público e da verdade material, não há que se cogitar de a instância disciplinar, neste momento processual conduzida pela comissão, ficar adstrita ao que originalmente consta da representação ou da denúncia e dos motivos porventura empregados na fase de admissibilidade para propor instauração se, incidentalmente, no curso do inquérito administrativo, vêm à tona outras notícias ou novos indícios, seja acerca da mesma irregularidade original, seja acerca de outros fatos relevantes sob ótica correcional e que guardem relação de conexão (ou de habitualidade em caso de infração única ou ainda de continência e até de continuidade delitiva), nos termos acima expostos, com os fatos que motivaram a decisão de instaurar o feito contraditório.

Mas isto não significa poder arbitrário e ilimitado de investigação, uma vez que os atos administrativos requerem, como elemento de validade, dentre outros, a motivação e competência: motivação aqui se demonstra importante porque são os fatos apreciados na fase de admissibilidade que motivaram a decisão, por parte da autoridade instauradora, de editar uma forma de mandato, em nome da comissão, a fim de que o colegiado proceda a seu esclarecimento; e competência aqui merece destaque porque a comissão é designada por um ato que, se por um lado não enumera exaustivamente o alcance dos trabalhos apuratórios, por outro lado, deixa indicado o seu delimitador, adstringindo o escopo aos fatos narrados no processo até a data da instauração e àqueles que se demonstrem conexos (ainda que se tome este termo em sentido amplo, é necessária alguma relação de conexão para a extensão dos trabalhos).

Grosso modo, pode-se dizer que, em casos com multiplicidade fática a se apurar e/ou com muitos servidores envolvidos, dependendo da forma e do momento em que tais extensões objetivas e/ou subjetivas já estavam ou tenham vindo aos autos, pode-se lançar mão de dois institutos jurídicos que desafogam a unidade processual e acarretam a formação de novos autos, em favor da celeridade e da eficiência, a saber, a representação ou o desmembramento. Ainda em um patamar fortemente superficial de análise, pode-se sintetizar que a representação é uma ferramenta mais utilizada diante do conhecimento de fatos novos não conexos com os fatos originariamente autuados e que, em geral, restam descobertos no curso do procedimento (de apuração, em geral, condicionada a nova fase de admissibilidade e à instauração de novo processo disciplinar, com novo trio processante diferente do representante e com seu próprio cômputo prescricional); por outro lado, o desmembramento é uma ferramenta mais utilizada para casos já conhecidos desde o início do procedimento ou a ele já integrados (de prosseguimento apuratório que, em geral, dispensa nova fase de admissibilidade e outro trio processante e com prazo prescricional atrelado ao primeiro, porque, de um jeito ou de outro, já eram de conhecimento da Administração antes de desmembrar).

Decerto, conforme se abordará em **4.2.2.1.2** e em **4.2.3**, a decisão acerca da conveniência de a comissão solicitar desmembramento dos autos ou de formular representação não se pontua por qualquer normatização ou balizamento, mas sim se conduz unicamente pelo aspecto estratégico da efetiva e célere instrução processual, equilibrada pela segurança jurídica, ponderando-se, caso a caso, as vantagens e desvantagens de cada ferramenta. Há posicionamento institucional neste sentido

> *Orientação Coger nº 11*
> *Em procedimento disciplinar com multiplicidade fática a apurar e/ou com muitos acusados, a decisão acerca da conveniência de a comissão solicitar desmembramento dos autos ou de formular representações não se baliza por qualquer normatização, mas sim pelo aspecto estratégico da efetiva e célere condução processual e da segurança jurídica*

4.2.2.1.2 - Dever de a Comissão Representar

Se, eventualmente, no curso da apuração de uma suposta infração, em sindicância disciplinar ou em processo administrativo disciplinar (PAD), a comissão se depara com indícios de cometimento de outra irregularidade, pelo mesmo servidor já investigado ou por outro, mas em princípio sem nenhuma relação de conexão ou de habitualidade ou sequer de continência (em que se inclui a continuidade delitiva) com o fato original que provocou sua designação (como infrações independentes) ou, mesmo havendo alguma forma de liame entre estes diferentes conjuntos fáticos, em momento do processo em que este novo apuratório postergaria a conclusão já possível de se emitir para a primeira infração ou configuraria prejuízo à defesa, deve a comissão representar diretamente à autoridade instauradora, a fim de que se submeta a específica fase de admissibilidade e, se for o caso, se instaure outro processo para cuidar deste novo fato, sendo possível ter de se operar o desentranhamento de peças, conforme se aduzirá em **4.2.3**. Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

> *Orientação Coger nº 43*
> *O conhecimento de novas irregularidades tidas como independentes em relação aos fatos objeto da fase de admissibilidade ou do PAD em curso recomenda a formalização de procedimento distinto.*

De se reforçar o já exposto linhas acima, em **4.2.2.1.1**, que a existência de conexão em sentido amplo autoriza a unidade processual, mas não a determina. De certa forma, pode-se compreender que a conexão *lato sensu* é um pré-requisito necessário mas não suficiente para justificar que a comissão abarque os novos fatos ao escopo original de seu trabalho. Sem qualquer espécie de relação de conexão (ou seja, no caso de infrações independentes), a extensão dos trabalhos não se justifica; com alguma relação de conexão, a extensão dos trabalhos se autoriza, com o que não se confunde que se obriga. Ainda que existente a relação de conexão, podem os trabalhos em curso já se encontrarem em estágio tal que não se justifica retroceder a instrução probatória para a juntada de novos fatos ou pode também a juntada prejudicar direito de defesa (por exemplo, no caso de servidor lotado ou em exercício em outra jurisdição). Nesta linha, tanto o art. 80 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) quanto o § 1º do art. 55 e o art. 57, ambos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - o Código de Processo Civil (CPC) e também a jurisprudência permitem compreender que a reunião das apurações em um único processo é uma faculdade atribuída ao órgão condutor dos trabalhos - e não uma obrigatoriedade -, a ser exercida com certa margem de discricionariedade para se avaliar, em conjunto, a intensidade de conexão, a economia processual obtida e o risco de decisões conflitantes.

> *CPP - Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou,*

> *quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.*
>
> *CPC - Art. 55.*
> *§ 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado.*
> *Art. 57. Quando houver continência e a ação continente tiver sido proposta anteriormente, no processo relativo à ação contida será proferida sentença sem resolução de mérito, caso contrário, as ações serão necessariamente reunidas.*
>
> *TRF da 1ª Região, Habeas Corpus nº 44.534: "Ementa: Em razão da maior complexidade, podem os processos ser desmembrados, por motivos de conveniência da instrução (...), ainda que eventualmente exista conexão entre as infrações processadas."*

Cabe destacar, mais uma vez, a impropriedade de se ter a fase de admissibilidade esparsa e precipitada, baseada apenas em rápida e superficial amostragem de alguns episódios com indícios de materialidade e de autoria para propor instauração antes de esgotar o universo fático a se apurar, e, posteriormente, no curso do rito contraditório, a comissão ter de aprofundar investigações fáticas e se deparar com eventos relacionados aos iniciais, mesmo que seja com traços de conexão ou de habitualidade ou até mesmo de continência e destacadamente com traços apenas de continuidade.

Uma vez que, em relação aos fatos que originalmente provocaram a instauração, a portaria de pessoal instauradora permite que a comissão abarque em seu foco apuratório tão somente os fatos ligados por conexão em sentido lato e que se subentendem extensíveis também os fatos associados por habitualidade, é de se alertar que a inclusão de fatos novos relacionados apenas por traços de continuidade poderia suscitar alegações de se ter extrapolado os poderes estabelecidos no mandato em que se constitui aquele ato inaugural e de incompetência do colegiado para assim proceder, alegação esta superável, conforme já aduzido em **2.5.3.4**, caso se consiga inserir no conceito jurídico da continência. De toda sorte, novos fatos independentes dos fatos originais *a priori* devem ser objeto de representação.

Ainda neste tema, acrescente-se que, à vista da atual regulamentação interna da competência instauradora no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), também merece representação apartada à autoridade instauradora a hipótese de a comissão identificar indícios de materialidade e de autoria de infração cometida por servidor lotado (ou em exercício) em diferente RF, ou seja, da jurisdição de outro Escor (a rigor, em qualquer caso, configuradas ilicitudes indissociáveis ou mesmo dissociáveis realizadas por servidores lotados ou em exercício em diferentes Regiões Fiscais, o Chefe do Escor de origem deve consultar o Corregedor, a quem cabe determinar a qual Escor competirá o procedimento, nos termos do § 4º do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, conforme já se aduziu em **4.2.1**).

Relembre-se ainda a peculiaridade já aduzida em **2.5.3.4**, estendendo-a aqui já para momento posterior, no curso do processo disciplinar: quando a comissão incumbida de apurar suposto ilícito de natureza patrimonial identifica fatos novos supostamente ilícitos associados a atos funcionais e que, portanto, não guardam conexão ou relação de habitualidade com as supostas desproporções patrimoniais já sob apuração, estes novos fatos devem ser objeto de representação diretamente apresentada à autoridade instauradora. Uma vez que se defende em **4.7.4.4.3.b** a não vinculação da comprovação da ilicitude associada à desproporção patrimonial com irregularidades associadas a ato funcionais, ainda que de um mesmo servidor, seria incoerente a unicidade processual, devendo em geral ser processadas em autos individualizados.

Assim, seja pela ausência de conexão (no sentido amplo de qualquer forma de liame)

entre as infrações, ou seja pelo momento processual inoportuno para a extensão apuratória, seja ainda por envolver servidor de outra jurisdição, deve a comissão, em tais hipóteses de se deparar com novos fatos supostamente ilícitos no curso de sua apuração, como regra geral, proceder à representação - mas sem perder de vista o aspecto estratégico que necessariamente deve permear tal decisão, na busca da célere e efetiva condução processual e da segurança jurídica. Verifica-se a cautela com que a jurisprudência trata o prejuízo à defesa em tais hipóteses.

> *TRF da 1ª Região, Apelação Cível nº 2002.32.00.003347-9, Voto: "Gira a controvérsia no presente mandam us em torno da aferição da legalidade de ato (...) que (...) determinou a reunião de processos administrativos envolvendo a apuração de três sindicâncias com objetos distintos relativos à impetrante (...). Ao que se extrai dos autos, a impetrante logrou demonstrar suposto prejuízo sofrido em razão da reunião das aludidas apurações em um único processo (...), fato que, além de tumultuar o feito que sequer demonstra conexão entre os ilícitos apurados, implicou no óbice ao exercício do contraditório e ampla defesa da impetrante."*

> *TRF da 1ª Região, Apelação Cível nº 1999.38.00.040702-0: "Ementa: 7. A apuração de irregularidades sem qualquer conexão fática entre si dificulta a defesa dos acusados, podendo ainda causar tumulto processual e prolongar o processo de forma desnecessária. A ausência de ligação entre as infrações é tão notória que sua análise é feita de forma totalmente separada no próprio relatório da comissão processante. Por conseguinte, a dificuldade de se observar com rigor o princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como o princípio da razoável duração do processo configura a abusividade da apuração conjunta."*

Destaque-se que a previsão citada acima de a comissão representar pode ser exercida assim que tais fatos novos se revelem materializados, momento este que pode ser incidental, em meio à instrução do rito disciplinar (hipótese em que não deve postergar esta provocação para o fim de seus trabalhos) ou, se for o caso, pode coincidir com as conclusões de seu relatório. Como a comissão é órgão independente e autônomo na Administração Pública, não se vinculando a nenhuma autoridade, nem mesmo à que a designou, conforme **4.3.10.2.2**, não se insere em via hierárquica, podendo representar diretamente à outra que não a instauradora, como, por exemplo, à autoridade jurisdicionante do representado. Não obstante, convém fazê-lo por meio de sua autoridade instauradora.

Assim sendo, cabe à autoridade instauradora proceder ao juízo de admissibilidade acerca desta notícia específica e, se for o caso, instaurar novo processo disciplinar. E, uma vez que os integrantes da comissão originária atuaram como representantes para este novo processo, não devem compor o respectivo colegiado.

Destaque-se que no caso da representação em virtude do conhecimento de novas infrações independentes e desconhecidas até então, como regra geral, opera-se um novo e autônomo cômputo prescricional. Conforme se aduzirá em **4.13.1.2**, estes fatos novos têm o início da contagem do prazo prescricional desvinculado do fato original que provocou a designação, tendo seu termo inicial vinculado a seu específico conhecimento por parte da Administração, que se dá com a mencionada representação dirigida à autoridade instauradora, e a ser verificado até a publicação da portaria de pessoal de instauração do segundo feito disciplinar, em harmonia com o Parecer AGU nº GQ-55.

Como consequência da representação, pode ser necessário desentranhar documentos originais do processo inicial para instruir o(s) novo(s) processo(s) instaurado(s), lavrando-se o devido termo, sem repaginação de folhas. E, tendo sido retirados elementos originais do processo originário, recomenda-se, além da autuação do termo de desentranhamento, reconstituí-lo com cópias autenticadas do que foi desentranhado.

Especificamente nos processos digitais, formalizados no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) e que possuem suporte documental em meio digital, também não há que se falar em renumeração de folhas, pois os documentos, depois de juntados em definitivo, recebem numeração permanente e, mesmo após sua exclusão, permanecem disponíveis e acessíveis a partir da funcionalidade de pesquisa a documentos.

4.2.3 - Desmembramento

Por fim, em hipótese distinta das abordadas em **4.2.2.1.1** e em **4.2.2.1.2**, pode acontecer de figurar em um processo disciplinar uma grande quantidade de servidores como possivelmente responsáveis por ato(s) ilícito(s), seja por seus nomes já terem sido apontados desde a representação ou a denúncia, seja por terem surgido em decorrência do esgotamento dos procedimentos de investigação na fase de admissibilidade. Pode também ocorrer de um mesmo processo, já desde a instauração, abarcar diversos fatos, envolvendo um único ou mais de um servidor. Pode ainda se cogitar da hipótese de multiplicidade fática ou de autores cabíveis nos conceitos de conexões material, probatória ou intersubjetiva ou de ilícito habitual ou ainda ligados por continência, agregados ao foco apuratório já pela comissão, na fase do inquérito administrativo (uma vez que, se não houvesse qualquer espécie de conexão ou sequer habitualidade ou continência ou ainda de continuidade, a rigor, o caso recairia na solução via representação, abordada no segundo tópico acima mencionado). De acordo com as definições e regra já expostas em **2.5.3.4** e no primeiro tópico acima mencionado, havendo qualquer espécie de conexão *lato sensu* interligando estes elementos objetivos ou subjetivos impulsionadores do dever de apurar, ou seja, ainda que reste extenso o espectro de trabalho, se os variados fatos cometidos por um único servidor ou se as condutas de diversos servidores guardarem forte inter-relação e indissociabilidade, é preferível que o processo seja conduzido de forma una, com todos os acusados e fatos conexos a apurar no mesmo procedimento.

Não obstante, é de se ponderar que a grande quantidade de servidores envolvidos e/ou a ampla diversidade de fatos a se esclarecer em um mesmo processo, ainda que guardando conexão ou liame de qualquer natureza, pode(m) dificultar a apuração, uma vez que torna(m) mais trabalhosa e demorada a condução do rito.

Aventando-se desta hipótese excepcional (de uma cadeia de conexões *lato sensu* tão extensa que inviabilize operacionalmente a racional condução da apuração), à vista da parcela de discricionariedade conferida à Administração para decidir sobre a forma mais eficiente de conduzir os trabalhos, já comentada em **4.2.2.1.2**, e agregando-se à análise a possibilidade de a comissão se deparar com multiplicidade fática ou de autores em condutas dissociáveis e que não guardam conexão (infrações independentes), demonstra-se possível - desde que não traga prejuízo para a qualidade do resultado global - desmembrar os trabalhos em mais de um processo, individualizando ou subdividindo em grupos menores as apurações.

Para este fim, de imediato, é de se dizer que se, por um lado, o desmembramento não tem expressa previsão de emprego na instância disciplinar na lei específica (a Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990), também é certo dizer que este diploma legal não o veda. Assim, no silêncio da legislação de regência - e também na lei geral do processo administrativo, Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999 - busca-se o disciplinamento no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), que prevê o instituto em seu art. 80, e também na jurisprudência.

> *CPP - Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.*

> *TRF da 2ª Região, Apelação Cível nº 2009.51.01.003129-8: "Ementa: 1. O instituto do desmembramento de processo não tem expressa previsão de emprego em instância disciplinar na lei específica (Lei n° 8.112/90), porém este diploma legal não o veda. Assim no silêncio da legislação de regência e, também na lei geral do processo administrativo, Lei n° 9.784/99, busca-se o disciplinamento no Código de Processo Penal (CPP), que prevê em seu art. 80, a faculdade separação dos processos quando '(...) pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação'. 3. Não há que se falar em prejuízo de defesa pela falta de conhecimento dos atos praticados pelas comissões de inquérito dos processos desmembrados. Isto porque é evidente que o julgamento acerca das acusações não pode se dar com base em elementos estranhos ao processo, ou seja, qualquer eventual acusação produzida contra o autor exclusivamente dos demais PADs serão desconsideradas, sob pena de incorrer em nulidade. 4. O autor não comprovou o efetivo prejuízo, para caracterizar o cerceamento de defesa em razão do desmembramento, pois o cerceamento de defesa é um fato e, em decorrência, quem o alega deve demonstrar o efetivo dano sofrido no exercício do direito de defender-se, não admitindo sua presunção."*

Assim, se os nomes dos envolvidos ou os diversos fatos constam dos autos desde a representação ou a denúncia ou se surgiram nas investigações prévias em fase de admissibilidade, pode a autoridade instauradora avaliar a viabilidade e, se for o caso, motivadamente, determinar a instauração de mais de um processo, emitindo então mais de uma portaria de pessoal de instauração (ficando a seu critério designar a mesma comissão ou não).

Analogamente, pode a comissão, já no curso do processo, considerar que a grande quantidade de acusados e/ou a diversidade de fatos constantes dos autos desde a instauração ou a que se chegou no curso do inquérito administrativo, ainda que guardem qualquer forma de conexão ou de liame, dificulta(m) o apuratório, seja por obrigar(em) a postergação de sua conclusão, seja por prejudicar(em) o direito de defesa de algum acusado, e, entendendo não haver perda para a qualidade dos trabalhos de apuração, solicitar o desmembramento à autoridade instauradora. Em tais casos, deve ser emitida portaria de pessoal de instauração para o processo desmembrado, que poderá ser conduzido pela mesma comissão, se o colegiado apenas solicitou o desmembramento em razão dos fatos que já constavam dos autos iniciais (reiterando-se que deve ser conduzido por outro trio, caso o colegiado tenha efetivamente figurado como representante).

De forma geral, aqui se cogitando de desmembramento de um processo original em decorrência de multiplicidade fática ou de autores que já constavam dos autos desde antes da instauração ou que foram abarcados ao apuratório pela comissão em razão de conexão material, probatória ou intersubjetiva ou por habitualidade ou ainda de continência (que inclui a continuidade delitiva) em relação aos fatos originários, a rigor, não se cogita de emissão de juízo de admissibilidade específico e o cômputo prescricional segue agregado para todo o conjunto.

Como consequência do desmembramento, pode ser necessário desentranhar documentos originais do processo inicial para instruir o(s) novo(s) processo(s) desmembrado(s), lavrando-se o devido termo, sem repaginação de folhas. E, tendo sido retirados elementos originais do processo originário, recomenda-se, além da autuação do termo de desentranhamento, reconstituí-lo com cópias autenticadas do que foi desentranhado.

Especificamente nos processos digitais, formalizados no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) e que possuem suporte documental em meio digital, o termo de desentranhamento é gerado automaticamente pelo sistema (mediante registro da motivação da

exclusão de peças) e também não há que se falar em renumeração de folhas, pois os documentos, depois de juntados em definitivo, recebem numeração permanente e, mesmo após sua exclusão, permanecem disponíveis e acessíveis a partir da funcionalidade de pesquisa a documentos.

4.2.4 - Comissão de Sindicância ou de Inquérito

A comissão designada pela autoridade instauradora é o foro legalmente competente para proceder ao apuratório, conduzindo a segunda fase do processo disciplinar (verifica-se certa impropriedade da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ao estabelecer, no *caput* do art. 149, que a comissão conduz o processo, visto que nem sequer atua na primeira e na terceira fases).

No caso específico de processo administrativo disciplinar (PAD), a comissão de inquérito (expressão histórica e adotada na Lei nº 8.112, de 1990, no § 2º do mesmo art. 149, sem prejuízo de também se chamar de comissão de processo administrativo disciplinar - CPAD, conforme em geral denomina a Controladoria-Geral da União - CGU) necessariamente deve compor-se de três servidores estáveis (o que pressupõe ocupantes de cargos de provimento efetivo), sendo um presidente e dois vogais (ou membros). No caso de sindicância disciplinar, o ideal é que a comissão também componha-se de três servidores estáveis, em perfeita analogia com o PAD, não obstante poder ter apenas dois integrantes (um presidente e um vogal), conforme já abordado em **3.4.2**. Em ambos os casos, a indicação do presidente da comissão deve constar da portaria de pessoal, por escolha da autoridade instauradora. Diante da existência de dois ritos, pode-se empregar o gênero "comissão disciplinar" (ou "comissão processante" ou simplesmente de forma mais genérica "comissão"), desdobrado nas espécies comissão de inquérito e comissão de sindicância disciplinar (cabe a especificação, para diferenciar das comissões de sindicância investigativa e patrimonial). Salvo a possibilidade de um integrante a menos na segunda espécie, a diferença os dois colegiados resume-se basicamente à mera terminologia.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observando o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
> *§ 2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.*
>
> *"Recomenda-se, no caso de processo de 'sindicância' instaurado 'para o fim punitivo', isto é, que não tenha caráter de mera verificação sobre fatos e autoria, que se adote a regra geral do processo disciplinar - servidores estáveis, cujo presidente seja ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível ou que tenha escolaridade igual ou superior a do indiciado." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 108, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

4.2.4.1 - Estabilidade

Não obstante o aduzido em **3.2.4.2.1**, quando se apresentou que, doutrinariamente, o conceito de estabilidade associa-se a um vínculo estatutário entre o servidor e o serviço público e não apenas com o cargo efetivo que ora ocupa, faz-se aqui necessário analisar o reflexo deste instituto jurídico no que diz respeito a figurar como requisito para que um

servidor integre comissão de inquérito ou de sindicância.

A melhor inteligência do comando inserido no *caput* do art. 149 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ao exigir a estabilidade como requisito para integrar comissões, é no sentido de que o diploma legal quer assegurar a este servidor absolutas independência, segurança, imparcialidade e isenção para atuar nos trabalhos apuratórios, sem risco de sofrer qualquer tipo de ingerência ou pressão por parte de quem quer que seja e, destacadamente, por parte de autoridade superior a quem ainda possa estar submetido nas avaliações de estágio probatório.

Embora se reconheça que os institutos da estabilidade e do estágio probatório, a despeito de guardarem intrínseca correlação, não se confundem, não há como negar que um servidor, mesmo estável no serviço público federal em razão de ter cumprido requisitos para tal em cargo anteriormente ocupado mas ainda em cumprimento de estágio probatório no cargo que ocupa ao tempo da designação para integrar comissão disciplinar, possa vir a sofrer alguma espécie de perturbação ou algum grau de mitigação na independência, segurança, imparcialidade e isenção que a Lei exige do integrante e quer tutelar a bem da qualidade dos trabalhos. Conforme também entende a doutrina, ainda que em menor grau, mesmo este servidor já detentor do vínculo estatutário de estabilidade com o serviço público federal pode sofrer represálias ou acometer-se de inseguranças indesejáveis na sua atuação como integrante de comissão em razão do risco de ser reprovado no estágio probatório do cargo efetivo atual e de ser reconduzido ao cargo efetivo anterior, em confronto inequívoco com a vontade da Lei e com os princípios reitores do processo disciplinar.

> *"(...) quando o art. 149 do Estatuto estabelece que o PAD será conduzido por comissão com três servidores estáveis, visa a assegurar integral independência desses servidores, para evitar que sofram ingerência indevida. Trata-se de uma garantia do investigado similar à garantia do cidadão no tocante às prerrogativas dos membros da Magistratura e do Ministério Público. Por isso, a simples estabilidade no serviço público não asseguraria ao servidor essa independência, uma vez que o atual cargo é fruto da vontade do servidor que se submeteu a um novo concurso público e, portanto, para ele é de considerável importância (...).", Luciano Rosa Vicente, "A Controvérsia sobre a Estabilidade dos Membros de Comissões Disciplinares na Esfera Federal Brasileira", Revista Fórum Administrativo, nº 193, pgs. 57 a 66, Editora Fórum, março de 2017*

> *"Toda ameaça a bem valioso, o atual cargo pode ser assim considerado, seria suficiente para intimidar e causar temor, implicando no comprometimento da imparcialidade no desempenho das funções da comissão processante. Portanto, para os defensores dessa linha, os membros da comissão processante devem ser estáveis no atual cargo que ocupam, e não apenas no serviço público", Luciano Rosa Vicente. "A Estabilidade Prescrita pela Lei 8.112/90 para os Membros de Comissão de Inquérito em Procedimentos Disciplinares é no Cargo ou no Serviço Público?", Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, nº 23, pgs. 61 a 80, Revista dos Tribunais, março e abril de 2016*

Assim, em consonância com a interpretação que vem sendo adotada pela jurisprudência, não deve a autoridade instauradora submeter a risco de declaração de nulidade todos os trabalhos, desde a portaria de pessoal inaugural, designando servidor ainda em cumprimento de estágio probatório no cargo efetivo que ocupa ao tempo da designação, ainda que este já possua a estabilidade no serviço público federal em decorrência de cargo efetivo anterior, de qualquer Poder (Executivo, Legislativo ou Judiciário federais). A autoridade instauradora deve se acautelar e designar apenas servidores que já contem com mais de três anos de efetivo exercício no cargo efetivo ocupado ao tempo da designação.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 16.557: "Ementa: Administrativo. Processo*

> *administrativo disciplinar. Membros da comissão. Art. 149 da Lei 8.112/1990. Cotejo da estabilidade com o estágio probatório. Imparcialidade. 1. Trata-se de Mandado de Segurança contra ato de demissão, por meio de Processo Administrativo disciplinar, no qual figurou, como membro da Comissão, servidor que havia conquistado estabilidade em cargo anterior (técnico do INSS); porém, aprovado em ulterior concurso (analista da CGU), encontrava-se ainda em estágio probatório. 2. A ratio da imposição do art. 149 da Lei 8.112/1990 é blindar, ex lege, os membros da Comissão contra pressão capaz de alterar o equilíbrio na tomada de decisões, influindo de forma espúria sobre a imparcialidade. 3. No caso concreto, o membro da Comissão Processante, quando de sua nomeação, ainda estava em estágio probatório, sujeito a avaliações e, inclusive, à exoneração. 4. A interpretação do art. 149 da Lei 8.112/1990, atrelada à garantia de imparcialidade em processos administrativos, recomenda seja acolhida a pretensão da impetrante. 5. Segurança concedida para anular o PAD."*

É de se destacar ainda que, a rigor, os servidores que ingressaram no serviço público federal sem concurso público no período entre 06/10/83 e 05/10/88 (ou seja, que não possuíam cinco anos de exercício na promulgação da Constituição Federal - CF) não eram e não são estáveis, nos termos do art. 33 da Emenda Constitucional (EC) nº 19, de 4 de junho de 1998, não se recomendando que integrem comissões disciplinares.

> *EC nº 19, de 1998 - Art. 33. Consideram-se servidores não estáveis, para os fins do art. 169, § 3º, II da Constituição Federal, aqueles admitidos na administração direta, autárquica e fundacional sem concurso público de provas ou de provas e títulos após o dia 5 de outubro de 1983.*

4.2.4.2 - Presidente: Requisitos, Atribuições e Voto Igualitário

Ressalte-se que, além da exigência da estabilidade, apenas para o presidente da comissão há o requisito legal de, alternativamente, ter cargo de nível igual ou superior ao do acusado ou ter escolaridade de grau igual ou superior ao do acusado (impropriamente, o *caput* do art. 149 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, menciona "indiciado"). Desta forma, pode um servidor ocupante de cargo efetivo de nível intermediário presidir comissão em que o acusado seja servidor detentor de cargo efetivo de nível superior, desde que também tenha grau de escolaridade igual ou superior.

No caso específico da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), portanto, não há impedimento legal para que servidor ocupante do cargo efetivo de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil (ATRFB) presida comissão em que o acusado seja detentor do cargo efetivo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB), já que ambos cargos são de nível superior, e nem mesmo para que servidor ocupante de cargo administrativo de nível médio o faça em face de acusado ocupante de cargos de AFRFB ou de ATRFB, mas, neste caso, desde que o presidente grau de escolaridade no mínimo igual ao acusado. Todavia, se não por impedimento legal mas sim em função de critérios extralegais de oportunidade e conveniência, quando o processo cuida de apurar irregularidade associada à atribuição legal concorrente dos dois cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), recomenda-se que a presidência da comissão recaia sobre servidor igualmente competente para o ato, ou seja, ocupante de um dos dois cargos e, mais especificamente, se o ato é competência exclusiva de AFRFB, convém que o presidente também seja ocupante do mesmo cargo.

Quanto ao grau (ou nível) de escolaridade, no País, existem apenas três: ensino fundamental, ensino médio e educação superior, conforme o art. 21 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (a Lei de Diretrizes e Bases da Educação). Neste rumo, com amparo

doutrinário, aduz-se que títulos acadêmicos (tais como mestrado ou doutorado ou pós-graduação *lato sensu*) não estão acima do grau superior, sendo nele enquadrados sem diferenciação.

> *"No tocante ao nível de escolaridade que a lei, agora, passa a exigir como requisito alternativo para o servidor presidir comissão de processo disciplinar, há de ser entendido o alcançado pela conclusão de cursos regulares (1º, 2º e 3º graus, ou seja, fundamental, médio e superior), não sendo levado em consideração, portanto, os cursos de aperfeiçoamento, os de extensão universitária, como mestrado, doutorado ou os de especialização, que apenas qualificam, aprimoram e enriquecem o conhecimento, sem, todavia, elevar ou interferir no nível de escolaridade." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 108, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

De forma geral, os cargos tão somente classificam-se em três níveis, respectivamente associados aos graus de instrução: auxiliar (que requer ensino fundamental), intermediário (que requer ensino médio) e superior (que requer ensino superior). Assim, o posicionamento do servidor nos padrões e classes de sua carreira não se reflete na comparação do nível do cargo. Pode, por exemplo, um servidor detentor de cargo de nível superior e posicionado no padrão inicial da primeira classe presidir comissão em que o acusado seja detentor também de cargo de nível superior e posicionado no mais alto padrão da última classe. Tampouco a complexidade das atribuições do cargo se reflete nesta condição legal.

Embora haja atos que sejam de atribuição do presidente, nas deliberações e nas manifestações de convicção, os votos dos três integrantes têm o mesmo valor. Frise-se: não há relação de hierarquia dentro da comissão, mas apenas distribuição não rigorosa de atribuições e uma reserva de competência para a execução de determinados atos ao presidente (e, mesmo assim, em regra, os atos da comissão são previamente deliberados em conjunto pelo trio, podendo apenas a sua posterior operacionalização ser atribuída especificamente ao presidente).

De forma expressa, a Lei nº 8.112, de 1990, reserva ao presidente da comissão designar o secretário (no § 1º do art. 149), denegar os pedidos impertinentes da defesa (no § 1º do art. 156), intimar as testemunhas (no *caput* do art. 157) e citar o indiciado para apresentar defesa (no § 1º do art. 161) - mas sempre respaldado por deliberação colegiada prévia. Não obstante, a praxe - ou seja, mero costume sem rigor - é de caber ao presidente representar a comissão para pessoas estranhas ao processo, receber procuradores dos acusados, dirigir as reuniões e os atos de coleta de prova e emitir mandados, despachos e decisões interlocutórias em geral.

4.2.4.3 - Hierarquia Entre Cargos e Aspectos Extralegais da Composição e da Instalação da Comissão

Segundo entendimento já esposado pela Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GQ-35, não há relação de hierarquia entre servidores ocupantes apenas de cargos de provimento efetivo. A interpretação do órgão de assessoramento jurídico é de que, na Administração Pública federal, o poder hierárquico está associado aos cargos de provimento em comissão ou às funções de confiança, responsáveis pela direção. Assim, por exemplo, não há subordinação funcional entre um ocupante de cargo efetivo de nível superior e um ocupante de cargo efetivo de nível intermediário, ainda que na mesma carreira, tão somente em função da diferença de nível dos dois cargos, se nenhum dos servidores ocupa cargo em comissão ou função de confiança. Por outro lado, haveria a vinculação hierárquica entre estes dois servidores se um deles, além de deter um cargo efetivo, concomitantemente ocupasse também um cargo em comissão ou função de confiança, de chefia, por exemplo

(mesmo, por mera argumentação, se este fosse o servidor ocupante do cargo efetivo de nível intermediário). Da mesma forma, haveria subordinação funcional destes dois servidores ocupantes apenas de cargo efetivo em relação a um terceiro servidor detentor apenas de cargo em comissão, sem cargo efetivo.

> *Parecer AGU nº GQ-35, vinculante: "Ementa: (...) A nulidade processual não se configura se, no ato de designação da comissão de inquérito, forem omitidas as faltas a serem apuradas, bem assim quando o colegiado processante é integrado por servidor de nível funcional inferior ao dos envolvidos. (...)*
> *17. A c.i. é integrada por três servidores estáveis, dela não participando cônjuge, companheiro ou parente do provável responsável pela prática das infrações disciplinares, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau. São exigências insertas na Lei nº 8.112, de 1990, art. 149, a qual não autoriza qualquer resultado interpretativo que conduza à nulidade do processo disciplinar na hipótese de compor-se a comissão sem observar o princípio da hierarquia que se assere existente nos quadros funcionais da administração federal.*
> *18. A organização administrativa da União e de suas autarquias e fundações públicas, no aspecto funcional, consiste em quadros compreendidos por cargos efetivos, cargos de natureza especial, cargos em comissão e funções de confiança (cfr. os arts. 2º e 3º da Lei nº 5.645, de 1970, e 3º da Lei nº 8.112, de 1990). A responsabilidade pela direção e chefia incumbe aos titulares dos cargos e funções de confiança, em relação aos quais se aglutinam o poder de mando e o dever de promover a apuração de irregularidades, integrando sistema de controle da legalidade dos atos praticados pelos agentes do Estado, sem estabelecer hierarquização entre as categorias de servidores efetivos. O posicionamento hierárquico deflui da organização estrutural e funcional dos órgãos administrativos a que correspondem feixes de atribuições de cargos ou funções providos em confiança, em decorrência da natureza dos seus encargos. Inexiste subordinação funcional entre os ocupantes de cargos efetivos. (...)*
> *20. Mesmo que se procedesse à composição de comissão processante com a designação de servidor subordinado administrativamente a dirigente possivelmente envolvido nos fatos objeto do processo disciplinar, o que se não recomenda, a nulidade não resultaria necessariamente desse fato, mas haveria de exsurgir do contexto do apuratório. De qualquer sorte, em princípio, efetua-se o afastamento preventivo de titulares de cargos e funções de confiança a quem se atribua a prática de ilícito administrativo, até mesmo com o objetivo de preservar a apuração imparcial das irregularidades.*

Exemplificando com as relações internas da comissão, não há ilegalidade, uma vez satisfeito um dos critérios alternativos em relação ao acusado, se o presidente for ocupante de cargo efetivo de nível intermediário e um dos vogais ocupar cargo efetivo de nível superior. Também nada impede que a comissão seja integrada por servidores que, na sua atividade cotidiana, têm relação de subordinação funcional entre si e seja presidida por um dos subordinados, figurando o chefe como vogal (e se, ao contrário, o chefe for o presidente, não repercutirá nos trabalhos da comissão a subordinação hierárquica que lhe devem os vogais na atividade cotidiana).

Evidentemente, até pode-se discutir a conveniência destas situações exemplificadas acima, para força de argumentação, mas não a legalidade. A Lei apenas exige a estabilidade para os três integrantes detentores de cargo efetivo e estabelece critério de nível do cargo efetivo ou de grau de escolaridade do presidente em relação ao acusado. Tendo assim se expressado o legislador em termos de requisitos legais, não cabe ao aplicador da lei criar restrições que a norma não previu, tais como requisitos de nível de cargo ou grau de escolaridade dos vogais em relação ao presidente ou ao acusado e de experiência de qualquer dos integrantes na matéria técnica de que cuida o processo. Obviamente, se a autoridade

instauradora dispuser de servidor(es) experiente(s) na matéria e designá-lo(s) para compor(em) o colegiado, buscando qualidades pessoais, estará atuando à vista da eficiência, mas isto não se confunde com requisito essencial.

Assim, como mera recomendação, não exigida em lei, em busca de solução otimizada, mas a ser contraposta a todo instante pelas carências de pessoal na Administração Pública federal, o ideal seria a comissão contar com pelo menos um servidor de formação jurídica e já experiente na matéria processual disciplinar (preferencialmente o presidente) e com pelo menos um servidor conhecedor da matéria técnica de que especificamente trata o apuratório, conforme também já opinou a AGU, por meio do seu Parecer AGU nº GQ-12:

> *Parecer AGU nº GQ-12, vinculante: "18. Integram a c.i. três servidores estáveis, dela não podendo participar cônjuge, companheiro ou parente do provável responsável pela prática das infrações disciplinares, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau. Essas exigências explicitadas no art. 149 da Lei nº 8.112 são suscetíveis de ampliação, a fim de serem abrangidos outros requisitos, em salvaguarda da agilidade, circunspeção e eficácia dos trabalhos, bem assim dos direitos dos servidores envolvidos nos fatos. São os cuidados recomendados no sentido de que sejam as comissões constituídas de servidores com nível de conhecimento razoável do assunto inerente às faltas disciplinares e, preferencialmente, de um Bacharel em Direito, face às implicações de ordem jurídica originárias do apuratório.*
> *19. São meras qualidades pessoais que devem possuir os servidores a serem designados para compor a comissão, prescindindo de autorização de lei, nesse sentido."*

Também como recomendação extralegal, diferentemente do que se defendeu para integrantes de sindicância investigativa (e também de equipe de investigação disciplinar), na hipótese de se instaurar processo administrativo disciplinar (PAD) em decorrência de sindicância disciplinar, uma vez que os atos foram realizados sob manto de ampla defesa e contraditório (não se podendo afirmar que a convicção constante do relatório da sindicância disciplinar tenha sido formada de maneira inquisitorial e unilateral), é possível que membro desta comissão de sindicância disciplinar faça parte da comissão de inquérito do PAD decorrente.

Tal hipótese se configurará, e até se tornará recomendável, à vista do princípio da eficiência, quando a comissão de sindicância disciplinar tão somente solicitar à autoridade instauradora, à luz de suas preliminares apurações, a extensão de seus poderes apuratórios, sem manifestar de forma expressa uma prévia convicção de mérito acerca de suposta responsabilização funcional, conforme já aduzido em **3.4.3**.

Todavia, também na sindicância disciplinar restará desaconselhável a manutenção dos membros quando a respectiva comissão relatar à autoridade instauradora, manifestando convicção de cometimento de irregularidade por parte do servidor acusado, enquadrando-a e justificando, à vista da vinculação existente no regime disciplinar e da limitação punitiva da sindicância disciplinar, a conversão em PAD. Neste caso, diferentemente da hipótese do parágrafo anterior, não se pode crer na perfeita isenção destes integrantes, sendo aconselhável a designação de novos nomes.

Acrescente-se ainda que também não há vedação para que a autoridade instauradora substitua integrante(s) da comissão no curso do inquérito administrativo, podendo tanto somente alterar, dentre aqueles servidores que já compunham, a condição de presidente e de vogal, sem trazer nenhum nome novo para o colegiado, bem como pode excluir algum(ns) integrante(s) e incluir novo(s), seja na mesma posição ocupada por quem sai, seja em outra posição, importando ainda em remanejamento interno na composição do trio, conforme reitera a jurisprudência. Em todos estes casos, se o ato se resumir à substituição (não coincidindo com portaria de pessoal de prorrogação ou de designação de nova comissão), deve a

autoridade emitir portaria de pessoal específica, descrevendo as alterações processadas, submeter à publicação para posterior autuação no processo. Caso a substituição de membro(s) coincida com prorrogação ou designação de nova comissão, sintetizam-se os dois fatos em uma única portaria de pessoal, estabelecendo a nova composição.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 14.827: "Ementa: 2. Não há, no art. 149 da Lei nº 8.112/1990, nem em qualquer outro dispositivo dessa lei, vedação à substituição dos membros da comissão processante, providência que poderá ser levada a efeito desde que os novos integrantes preencham os requisitos legalmente estabelecidos."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 8.213: "Ementa: 2. A alteração no comando dos trabalhos da comissão processante não importou em qualquer irregularidade, porquanto, a teor do art. 149 da Lei nº 8.112/90, o colegiado permanecia composto por servidores estáveis, cujo presidente ocupava cargo de nível igual ou superior ao impetrante."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 17.474: "Ementa: 11. A simples ocorrência de alterações na composição da Comissão Processante durante o curso do PAD não é causa de nulidade, sendo fenômeno plenamente justificável diante das alterações que ocorrem no serviço público ao longo do tempo, onde servidores se aposentam, se exoneram e se transferem de localidades."*

Seja de uma forma, seja de outra, conforme já aduzido em **2.1.1**, nos termos exigidos pelos arts. 3º, 4º e 6º da Portaria Coger-ME nº 12.456, de 29 de novembro de 2019, obrigam a comissão processante a informar alterações na composição do colegiado, na base de dados externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, da Controladoria-Geral da União - CGU).

Ainda na linha das recomendações não previstas em lei, em busca do ideal da solução otimizada, dificultadas pelas carências de recursos na Administração Pública, convém que a autoridade instauradora disponibilize para a comissão acomodações condizentes com o trabalho a se realizar. Uma vez publicada a portaria de pessoal e entregues os autos à comissão, tão somente a ela cabe a guarda do processo, em defesa de sua autonomia e independência e também do caráter sigiloso da instância disciplinar. Para isto, a comissão deve ter uma sala privativa, dotada de porta com fechadura e tranca seguras, divisórias opacas até o teto, armários com trancas para guardar o processo, mesas e cadeiras para a realização de oitivas e interrogatórios e microcomputadores com conexão em rede, além de acesso máquinas xerográfica e digitalizadora e, se possível, sala específica para realização de audiências.

Especificamente para o sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), ainda que com a adoção do programa de gestão na modalidade de teletrabalho, disciplinado internamente pela Portaria RFB n° 2.383, de 13 de julho de 2017, e estendido ao processo de trabalho correcional pela Portaria RFB n° 788, de 29 de maio de 2018, com a atualização promovida pela Portaria RFB nº 390, de 21 de fevereiro de 2019, por meio da qual integrantes das comissões disciplinares não necessariamente cumprirão sua jornada de trabalho na repartição, e com o advento do processo digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), se abstraia de mencionar a entrega e a guarda física dos autos (visto que passam a operar os conceitos de responsável e de habilitado no processo), não se afasta a pertinência acerca das condizentes acomodações infraestruturadas para a atividade correcional.

4.2.5 - Designação dos Integrantes da Comissão

Em complemento às determinações legais e às recomendações extralegais de caráter

geral acerca da composição da comissão, no presente tópico, se abordará com detalhes a questão específica do critério de designação dos integrantes do colegiado em razão de sua unidade de lotação - se integrantes do próprio sistema correcional ou não.

4.2.5.1 - O Emprego de Integrantes e da Infraestrutura do Próprio Sistema Correcional

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ao abordar no seu art. 149 e no *caput* do seu art. 150 a comissão de inquérito e a comissão de sindicância disciplinar, não menciona a lotação dos integrantes do colegiado, não vedando e tampouco exigindo que eles sejam lotados no órgão ou unidade de lotação do servidor representado ou denunciado ou de ocorrência do fato, bem como também é silente quanto ao local de instalação e de transcurso dos trabalhos. Assim, e com apoio jurisprudencial, se o legislador não previu, não cabe à autoridade administrativa, mera aplicadora da lei, acrescentar restrição ao texto legal, sendo certo que, à luz exclusivamente da leitura generalista daquele Estatuto - voltado para toda a Administração Pública federal e editado a um tempo em que não era regra os órgãos públicos federais possuírem unidades de correição e quando o exercício do poder disciplinar se inseria em via hierárquica -, aceita-se, em busca do que seria indicador de eficiência e de economicidade sob aqueles moldes, que os servidores designados para integrar comissões pudessem (e até ainda possam) ter aquelas lotações, agregando aos trabalhos o conhecimento da praxe administrativa local, e que o apuratório transcorresse (ou até ainda transcorra) nos citados órgãos ou unidades, na presunção de que, neles, pudessem (e, de fato, podem) ser encontrados com maior facilidade os elementos probatórios necessários ao esclarecimento do fato.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 14.827: "Ementa: 3. Não contém a Lei nº 8.112/1990 proibição de que a comissão disciplinar seja composta por servidores lotados em unidade da federação diversa daquela em que atuava o servidor investigado."*

Não obstante, na comparação com os demais órgãos públicos federais sobre quais se aplica o comando do art. 7º do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, que ordena o estabelecimento e a capilarização do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), eis que destacadamente a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) conta regimentalmente com uma estrutura correcional especializada e possuidora de quadro funcional próprio. Daí, neste contexto específico, a leitura imediata do *caput* do art. 149 da Lei nº 8.112, de 1990, de que qualquer servidor estável pode integrar comissões disciplinares, merece a devida adequação, dentro dos termos legais.

Conforme aduzido em **4.2.1**, na RFB, por força do inciso I do art. 330 e do inciso I do art. 332, ambos do Anexo I do seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017, e do inciso III do *caput* do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da RFB, a regra da competência instauradora recai *a priori* sobre o Chefe do Escritório de Corregedoria (Escor) da jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do representado ou denunciado ao tempo da instauração e, secundariamente, em hipóteses restritas, sobre o Corregedor.

> *Portaria MF nº 430, de 2017 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 330. Ao Corregedor incumbe:*
> *I - instaurar ou avocar a instauração de procedimentos correcionais e de responsabilização de pessoa jurídica, nos termos da lei;*
> *Art. 332. Aos Chefes dos Escors incumbe, no âmbito de sua competência:*
> *I - instaurar, avocar e determinar a realização de procedimentos correcionais relativos aos atos e fatos praticados por servidores lotados ou em exercício nas*

> *Unidades Descentralizadas e nas Unidades Centrais localizadas na respectiva região fiscal;*
>
> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 2º A instauração de sindicância disciplinar e de PAD bem assim a decisão de arquivamento em fase de admissibilidade cabem:*
> *III - ao Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor), quando tiver ciência de irregularidade praticada por servidor lotado ou em exercício em unidade descentralizada ou em unidade central localizada na respectiva Região Fiscal; e*

Sendo assim, e contando com corpo técnico qualificado, capacitado e especializado na matéria, a praxe é de os Chefes de Escor (ou o Corregedor) precipuamente lançarem mão de seus próprios servidores, lotados no Escor (ou na Corregedoria - Coger), para comporem as comissões, não obstante inexistência de expressa determinação normativa neste sentido. E, em consequência, também como reflexo da melhor organização, infraestrutura e logística de que dispõem as unidades do sistema correcional para os trabalhos específicos de sua alçada, e também visando à otimização do controle gerencial, a regra é de as comissões se instalarem no próprio Escor (ou na Coger), independentemente da unidade de lotação ou de exercício do acusado e do local em que o ato supostamente ilícito foi cometido (os quais, em geral, coincidem). Daí, além da atenção à qualificação pessoal dos integrantes capacitados na matéria, também em termos de localização física, o mais comum é se instalar a comissão no próprio Escor (ou na Coger) para apurar fatos ocorridos não só em unidades do mesmo município mas também para apurar fatos ocorridos em localidades distintas do município em que se situa aquela unidade de correição (mediante a viabilização operacional, com o devido planejamento dos trabalhos e sobretudo dos deslocamentos, em vista da redução de custos). Somente de forma muito excepcional, diante das peculiaridades do caso, pode ainda ocorrer de a comissão composta por servidores do sistema correcional se instalar na própria unidade de lotação ou de exercício do acusado ou de ocorrência do fato.

Mencione-se também a possibilidade - embora não seja a regra - de, em situações peculiares em termos de operacionalidade ou de limitação de pessoal disponível, o Chefe de Escor designar comissão parcial ou até mesmo totalmente composta por servidores lotados em outras unidades do sistema correcional. Não há ilegalidade em o Chefe de Escor compor o colegiado com dois servidores lotados em seu próprio Escor e com um servidor lotado em qualquer outra unidade do sistema correcional, bem como com um servidor lotado em seu próprio Escor e com dois servidores lotados em outra ou em duas outras unidades do sistema correcional e até mesmo com três servidores lotados em outra ou em outras duas ou três unidades do sistema correcional.

A configuração mais extremada, somente justificável em contexto operacional muito peculiar de escassez de pessoal disponível, em que o Chefe de um Escor designa comissão composta por três servidores lotados em diferentes unidades do sistema correcional e situadas em distintas Regiões Fiscais (RF), além de não afrontar a Lei, viabiliza-se diante do atual estágio tecnológico e já refletido e reconhecido pelo ordenamento legal e infralegal.

Com o atual estágio tecnológico para transmissão de sinais de áudio e vídeo em tempo real, o ordenamento, por meio do § 3º do art. 236 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) e da Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 12, de 1º de novembro de 2011, já desde seus arts. 1º e 2º, positivou o emprego de tais recursos em processo, tanto para reuniões deliberativas quanto para feitura de atos de instrução, desde provas orais até diligências em sentido amplo, onde for cabível e viável fazê-lo. Este estágio tecnológico e normativo viabiliza então a construção acima, que não afronta o texto da Lei. No mesmo sentido também aponta a adoção do processo digital e o emprego do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) pelo sistema correcional, por meio do qual o acesso aos autos e a participação processual se viabilizam de forma virtual.

CPC - Art. 236.
§ 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

IN CGU/CRG nº 12, de 2011 - Art. 1º O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal - SisCor-PEF, visando instrumentalizar a realização de atos processuais a distância, poderá promover a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa, na forma disciplinada nesta Instrução Normativa.
Parágrafo único. Nos termos dos artigos 153 e 155 da Lei 8.112/90, os meios e recursos admitidos em direito e previstos no caput serão utilizados no intuito de garantir a adequada produção de provas, de modo a permitir a busca da verdade real dos fatos, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.
Art. 2º Poderão ser realizadas audiências e reuniões por meio de teletransmissão de sons e imagens ao vivo e em tempo real, destinadas a garantir a adequada produção da prova, sem prejuízo de seu caráter reservado, nos procedimentos de natureza disciplinar ou investigativa.

Ademais, é de se ressalvar que, no caso específico do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), de diferenciado grau de normatização interna, de estruturação e de informatização, com a adoção do processo digital, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), determinada pela Ordem de Serviço (OS) Coger nº 1, de 3 de junho de 2015, e do programa de gestão na modalidade de teletrabalho, disciplinado internamente pela Portaria RFB n° 2.383, de 13 de julho de 2017, e estendido ao processo de trabalho correcional pela Portaria RFB n° 788, de 29 de maio de 2018, com a atualização promovida pela Portaria RFB nº 390, de 21 de fevereiro de 2019, deixou de existir a configuração tradicional de comissão composta por três servidores lotados e em exercício em determinado Escor, todos residentes na mesma localidade, e instalada fisicamente em determinada sala da unidade de correição na qual se fazem as reuniões deliberativas e realizam os atos instrucionais.

Obviamente, o posicionamento e a praxe acima descritos, de a designação de integrantes de comissão recair, precipuamente, sobre servidores lotados no sistema correcional e de o colegiado se instalar nas próprias dependências do Escor (ou da Coger), em nada afrontam a Lei e a normatização interna. Ao contrário, além de se alinhar ao ordenamento vigente, esta rotina administrativa concilia-se perfeitamente com o princípio constitucional da eficiência, ao suprir as tarefas disciplinares com a maior organização logística e de infraestrutura das instalações, mencionadas em **4.2.4.3**, e com a melhor qualificação técnica do corpo treinado, capacitado e habilitado para os trabalhos disciplinares, com plena capacidade de atender à vontade legal de conceder dedicação integral à matéria e distante de eventuais pessoalidades do caso concreto - pois se pode presumir maior especialização e isenção da parte de servidores lotados no sistema correcional para conduzirem apurações de supostos ilícitos disciplinares cometidos nas unidades -, ao mesmo tempo em que supre o menor custo tanto pessoal quanto material, não prejudicando a continuidade e a normalidade do desempenho das atividades-fim do órgão, sobretudo na unidade de lotação (ou de exercício) do acusado e de ocorrência do fato.

A já aludida ausência de dispositivo em norma interna que expressamente obrigue a priorização, por parte do Chefe de Escor (ou do Corregedor), de empregar servidores da própria unidade de correição, para comporem as comissões por ele mesmo designada, decorre da desnecessidade de tal mandamento redundante, pois, decerto, a autoridade que dispõe de competência para instaurar processos disciplinares obviamente dispõe do poder de fazê-lo com seu próprio corpo funcional subordinado e, extreme de dúvidas, embute ainda a

competência para suprir-lhe a instalação dos trabalhos em suas próprias e adequadas dependências.

Não obstante, é certo que o Regimento Interno da RFB e a Portaria RFB nº 6.483, de 2017 (e, extensivamente, a Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Economia - ME), estabelecem duas diferentes competências para a autoridade instauradora na RFB. O Chefe de Escor (ou o Corregedor, excepcionalmente) dispõe de uma dupla possibilidade de competências: não só esta que se aborda no presente tópico, para instaurar os processos disciplinares e que, obviamente, engloba a designação de servidores de sua própria alçada hierárquica para desempenhar o múnus apuratório, em hipótese tida como regra geral; mas também a competência para, de acordo com sua discricionariedade, quando se demonstrar oportuno e conveniente, em determinados casos específicos e a seu critério, convocar servidores externos ao sistema correcional para integrarem as comissões que conduzirão aqueles processos, em hipótese tida como excepcional e que se detalhará a seguir.

4.2.5.2 - A Competência da Autoridade Instauradora para Designar Servidores Estranhos ao Sistema Correcional e a Precedência da Matéria Disciplinar

Além da óbvia competência para designar servidores de sua própria subordinação hierárquica, lotados no sistema correcional, a autoridade instauradora na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - RFB (precipuamente, o Chefe de Escritório de Corregedoria - Escor e, residualmente, o Corregedor) tem competência regimental para convocar servidores lotados em outras unidades, locais (Delegacias, Inspetorias, Alfândegas ou Agências da Receita Federal do Brasil - DRF, IRF, ALF e ARF) ou regionais (Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil - SRRF) ou até mesmo centrais, para integrarem comissões disciplinares.

Diante das duas ações verbais, de “instaurar” processos e de “convocar” servidores (respectivamente, no inciso I do art. 330 e no inciso I do art. 332, em contraposição ao inciso IV do art. 330 e ao inciso V do art. 332, todos do Anexo I do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017), ratifica-se a interpretação de que o ordenamento estabelece distintas linhas de competências concorrentes a cargo da autoridade instauradora, reservando o segundo termo para a ação referente a servidores estranhos ao sistema correcional, já que não se cogitaria da necessidade de a autoridade convocar quem já está sob sua subordinação hierárquica. Portanto, é certo afirmar que, além da inequívoca competência reflexa da hierarquia para designar seus próprios subordinados para o desempenho de tarefas de natureza correcional, apriorística e completamente incluída nas competências estabelecidas no inciso I do art. 330 e no inciso I do art. 332 do Anexo I, o Regimento Interno da RFB estabelece em termos gerais a competência da autoridade instauradora para excepcionalmente convocar servidores estranhos à corregedoria a fim de integrarem comissões disciplinares (e também equipes investigativas).

> *Portaria MF nº 430, de 2017 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 330. Ao Corregedor incumbe:*
> *IV - convocar servidor para integrar comissões de sindicância ou de inquérito, ou para integrar equipes de investigação disciplinar;*
> *Art. 332. Aos Chefes dos Escors incumbe, no âmbito de sua competência:*
> *V - convocar servidor para integrar comissões de sindicância ou de inquérito, ou para integrar equipes de investigação disciplinar; e*

Portanto, é certo que, regimentalmente, tanto o Corregedor quanto o Chefe de Escor dispõem de competência para convocar servidores em todo âmbito da RFB (importa destacar que a norma interna não delimita a competência convocatória do Chefe de Escor à respectiva

Região Fiscal - RF). No entanto, o Regimento Interno da RFB não confere natureza irrecusável a estas competências; a visão regimental, macro e harmônica de todo o órgão, sem positivar o caráter irrecusável da convocação, sinaliza que tais competências podem ser empregadas de forma amigável e negociada em acordo com a unidade de lotação ou de exercício (se diferente) do servidor convocado.

Avançando-se na leitura sistemática do ordenamento, verifica-se que a questão da convocação de servidores, genericamente tratada no Regimento Interno da RFB, ganhou disciplinamento mais detalhado com a edição da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, igualmente de lavra ministerial, mas de foco exclusivamente correcional e que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Economia (ME). A citada Portaria MF, primeiramente em seu art. 10, apenas ratifica as competências convocatórias, em favor exclusivamente do Corregedor do ME e do Corregedor, dentro das respectivas jurisdições; e, em seguida, no *caput* do seu art. 11, confere a estas convocações o caráter irrecusável e estabelece um certo grau de instrumentalização para o tema.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 10. O Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda poderá convocar servidores em exercício nos órgãos do Ministério para atuarem em procedimentos correcionais.*
> *Parágrafo único. O Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil poderá convocar servidores em exercício nas unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil para atuarem em procedimentos correcionais.*
> *Art. 11. As convocações referidas no art. 10 são irrecusáveis e não dependem de prévia autorização do titular do órgão a que estiver subordinado o servidor, devendo ser previamente comunicadas ao titular da unidade do respectivo órgão.*

Neste aspecto é que releva a edição da Portaria MF nº 492, de 2013, pois, no âmbito da RFB, conferiu a natureza irrecusável apenas para as convocações realizadas pelo Corregedor (ou seja, quando o próprio atua como autoridade instauradora (seja do rito contraditório, seja do rito investigativo). Ademais, apesar não ter condicionado as convocações do Corregedor à prévia anuência do titular da unidade, estabeleceu que suas convocações devem ser previamente comunicadas àquela autoridade, sem, todavia, conceder a esta a prerrogativa de recusá-las. Ademais, a doutrina é consonante quanto à inviabilidade de o servidor convocado recusar-se a cumprir a determinação superior de integrar comissão, a menos que se enquadre nas hipóteses legais de impedimento ou de suspeição.

> *"O exercício da função dos componentes da comissão de processo, como não poderia deixar de ser, constitui encargo de natureza obrigatória, o que significa dizer que o servidor, uma vez escolhido para tal composição, não poderá escusar-se ao cumprimento desse 'munus publico', a menos que argúa razões de foro íntimo, o que é justificável, pois, nesses casos de suspeição, se expõe a risco a validade do processo." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 199, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*
>
> *"Participar de comissão disciplinar constitui encargo no sentido de obrigação funcional que não comporta escusa, ante o caráter de múnus público, salvo razões justificadas de foro íntimo que coloquem o servidor na condição de suspeito." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 109, Editora Forense, 2ª edição, 2006*
>
> *"(...) existe a hipótese de algum membro da Comissão buscar se eximir do encargo, pretendendo se declarar suspeito, ou alegar a existência de outros interesses de serviço que não podem ser postergados.*
> *Nas duas situações, tanto a doutrina quanto a orientação administrativa brasileiras são no sentido de se recusar uma e outra, por se entender ser encargo obrigatório o servidor fazer parte de comissão de inquérito." Antônio*

> *Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 108, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Ainda na linha da excepcionalidade do afastamento do cumprimento deste dever funcional de integrar comissão, tem-se que até mesmo a alegação de necessidade de serviço para que um servidor tenha a convocação relaxada somente é conhecida se apresentada formalmente e ao amparo de fundamentação, pelo titular da sua unidade de lotação, não bastando, portanto, seu questionamento por parte do próprio convocado e nem por sua chefia imediata. Ademais, deve o titular da unidade oferecer, ao Corregedor, indicação de outro servidor com a mesma qualificação técnica daquele originalmente requisitado, cabendo a apreciação desta substituição àquela autoridade instauradora requisitante, conforme o § 1º do art. 11 da Portaria MF nº 492, de 2013.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 11.*
> *§ 1º O titular da unidade do órgão a que se subordina o servidor convocado poderá, fundamentadamente, alegar necessidade de serviço, oferecendo indicação de outro servidor com a mesma qualificação técnica do substituído, cuja apreciação conclusiva caberá ao Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda ou ao Corregedor da Secretaria Receita Federal do Brasil, conforme o caso.*

Destaque-se que a Portaria MF nº 492, de 2013, atribuiu competência convocatória irrecusável, no âmbito da RFB, apenas ao Corregedor, não tendo contemplado os Chefes de Escor, mas não vedou a delegação de tal competência. Assim, por meio da Portaria Coger nº 23, de 6 de maio de 2014, em seu art. 1º, o Corregedor delegou, exatamente nos mesmos termos, a competência convocatória aos Chefes de Escor. Esta competência delegada também possui caráter irrecusável, independe de prévia autorização do titular da unidade a que se subordina o servidor, não obstante dever ser antecipadamente comunicada, conforme estabelece o *caput* do art. 2º da norma. E, no caso de haver fundamentada alegação de necessidade de serviço com o fim de afastar a convocação, o parágrafo único do mesmo dispositivo delimita que cabe somente ao Corregedor (mesmo que a convocação tenha sido do Chefe Escor) poder solucionar, mediante a apresentação de outro servidor de idêntico perfil profissional, conforme o parágrafo único do art. 2º da norma.

> *Portaria Coger nº 23, de 2014 - Art. 1º Delegar aos Chefes de Escritório da Corregedoria a competência para convocar servidores em exercício nas unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil para atuarem em procedimentos correcionais.*
> *Parágrafo único. A competência de que trata este artigo não poderá ser subdelegada.*
> *Art. 2º A convocação de que trata o artigo anterior é irrecusável, independe de prévia autorização da autoridade a que estiver subordinado o servidor e será previamente comunicada ao titular da respectiva unidade.*
> *Parágrafo único. O titular da unidade a que se subordina o servidor convocado poderá, fundamentadamente, alegar necessidade de serviço, oferecendo indicação de outro servidor com a mesma qualificação técnica do substituído, cuja apreciação conclusiva caberá ao Corregedor.*

É importante ressalvar que o fato de a Portaria MF nº 492, de 2013, ter atribuído competência convocatória irrecusável, no âmbito da RFB, apenas ao Corregedor em nada conflitua com a competência regimental para que este e para que até mesmo o Chefe de Escor realizem convocações de forma amigável e negociável com o titular da unidade de origem do servidor convocado. A Portaria MF e o Regimento Interno da RFB se harmonizam neste tema, não cabendo se cogitar de que aquela tenha revogado tacitamente os respectivos dispositivos regimentais.

Apesar deste maior detalhamento do disciplinamento da convocação na norma

ministerial mais específica, não se deve atribuir precedência a esta forma de compor comissões disciplinares (e também equipes investigativas) em detrimento do emprego de pessoal próprio do sistema correcional. Na ausência de expressa determinação normativa acerca da priorização de critério na designação de servidores para comporem comissões (e equipes), defende-se, principiologicamente, que, nos tempos atuais, com o crescente grau de organização, de elaboração e de capacitação do sistema correcional da RFB, a preferência deve ser dada ao emprego da própria força de trabalho dos servidores lotados no Escor (ou na Coger), nos termos já mencionados em **4.2.5.1**, sobretudo para as apurações de maior relevância ou complexidade.

Não obstante a possibilidade de emprego de caráter irrecusável nas convocações, quando residualmente se mostrar necessário compor comissão com quadros externos ao sistema correcional, nada impede que haja um prévio acerto entre as autoridades envolvidas, evitando o desgaste de a autoridade instauradora designar alguém para compor comissão à margem do conhecimento deste próprio servidor e do titular de sua unidade. Em outras palavras, no caso de convocação da lavra do Corregedor ou do Chefe de Escor, que dispõem de poder irrecusável, é até recomendável que a autoridade instauradora, primeiramente, entre em contato com a autoridade titular da unidade da qual se entende necessário ter servidor(es) convocado(s), com o fim de informar o perfil desejado do(s) integrante(s), a fim de que possa receber a indicação do(s) nome(s) que designará, atendendo da melhor maneira tanto o aspecto técnico-correcional quanto também preservando a continuidade das tarefas cotidianas da unidade local, regional ou central.

Dito isto, eventuais manifestações de inconformismo por parte do servidor convocado (e até mesmo de seus superiores hierárquicos imediatos), seja alegando sua incapacidade técnica, inaptidão, desconforto, constrangimento ou até mesmo suposto desvio de função, não possuem relevância, por si sós, de eximi-lo do cumprimento do dever funcional e de afastar a convocação. Isto porque, de forma geral, além de a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de1990, no *caput* do seu art. 149, estabelecer que qualquer servidor estável, ocupante de qualquer cargo submetido àquele Estatuto, é capaz e competente para integrar comissões disciplinares, tem-se ainda que, especificamente no âmbito da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), independentemente de lotação no sistema correcional ou em qualquer outra unidade do órgão, a atuação em comissões faz parte das atribuições legais de ocupantes de cargos de Auditor-Fiscal e de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil (AFRFB e ATRFB), segundo o inciso V do art. 5º do Decreto nº 6.641, de 10 de novembro de 2008, que regulamenta as atribuições legais dos cargos. Conforme se descreverá em **4.2.6**, apenas as pertinentes alegações de impedimento ou de suspeição, nos termos legais, têm o condão de afastar a regular designação de servidor para compor comissão.

> *Decreto nº 6.641, de 2008 - Art. 5º Os ocupantes dos cargos efetivos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil, em caráter geral e concorrente, poderão ainda exercer atribuições inespecíficas da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil, desde que inerentes às competências da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em especial:*
> *V - integrar comissão de processo administrativo disciplinar.*

Ressalte-se apenas que, se, muito excepcionalmente, for necessário designar servidor de outro órgão público, além dos limites da RFB, convém que a autoridade instauradora proceda à prévia solicitação ao titular daquele órgão, conforme também compreende a jurisprudência.

> *STF, Mandado de Segurança nº 25.105: "Ementa: Entende-se que, para os efeitos do art. 143 da Lei 8.112/1990, insere-se na competência da autoridade responsável pela instauração do processo a indicação de integrantes da comissão disciplinar, ainda que um deles integre o quadro de um outro órgão*

> *da administração federal, desde que essa indicação tenha tido a anuência do órgão de origem do servidor."*

O que importa aqui destacar é que, se assim considerar necessário, a autoridade instauradora tem amparo legal e competência para convocar servidores estranhos à estrutura do Escor (ou da Coger). Nesta hipótese excepcional, recomenda-se que primeiramente se faça valer da competência genérica regimental de convocar de forma amigável e negociada com o titular da unidade de origem do servidor convocado, reservando para um patamar ainda mais restritivo e residual o emprego da competência convocatória irrecusável. Ainda nesta hipótese incomum de se convocar servidor externo, o Chefe de Escor (ou o Corregedor) pode designar servidores lotados tanto na própria unidade de lotação ou de exercício do acusado ou na unidade de ocorrência do fato (se diferentes) quanto em outras unidades porventura existentes na mesma localidade (município) da unidade apontada no critério anterior ou até mesmo em quaisquer outras unidades de qualquer localidade ou RF e podem ainda designar a comissão integralmente constituída de servidores convocados como também podem compô-la com parte de servidores estranhos ao quadro correcional e com parte de servidores deste sistema (o presidente, sobretudo, para agregar experiência na matéria disciplinar). Ademais, qualquer que seja a composição (integral ou parcialmente de servidores estranhos ao sistema correcional), pode o colegiado se instalar na própria unidade local, regional ou central ou até mesmo, mais excepcionalmente, se instalar em dependências do Escor (ou da Coger).

Não havendo regramento em tais termos, nem vedando tal prática, nem estabelecendo algum disciplinamento em seu emprego, o uso da prerrogativa, por parte dos Chefes de Escor (e do Corregedor), para convocar servidor(es) estranho(s) ao sistema correcional subordina-se tão somente a seus critérios de oportunidade e conveniência - obviamente, sopesados por avaliações operacionais de custo e de qualidade - tanto no que diz respeito a em que casos aplicá-la quanto no que se refere à origem do(s) convocado(s) e ao local de instalação do colegiado. No emprego de tal excepcional prerrogativa, é de se ponderar que, ao se convocar servidor(es) lotado(s) na unidade de lotação ou de exercício do acusado ou de ocorrência do fato, prioriza-se o aspecto pragmático e operacional de facilitar o esclarecimento e o entendimento acerca do ocorrido com o presumível conhecimento do contexto, das condicionantes e das praxes administrativas locais por parte destes convocados; por outro lado, ao se convocar servidor(es) de unidades alheias ao local de exercício das atribuições legais por parte do acusado e ao local de ocorrência dos fatos supre-se maior grau de isenção e de distanciamento, conforme prevê a doutrina.

> *"(...) três (3) servidores estáveis, preferencialmente lotados na própria repartição; 'a designação de funcionário de outra repartição dependeria de medidas que importassem no apartamento do serviço (...)'. Nada impede, porém, que tal providência possa ser tomada, quando ocorrerem situações que exijam especial cautela na apuração dos eventos; um dos casos seria o de um processo disciplinar contra dirigente maior de um órgão ou entidade, ou ex-dirigente, sendo inadequado compor a Comissão com seus subordinados ou ex-subordinados (...)." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 105, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Na hipótese de se lançar mão da prerrogativa de convocação de servidor estranho aos quadros do sistema correcional, este ficará subordinado à autoridade instauradora que o convocou e, *a priori*, dedicará tempo integral de sua jornada de trabalho à matéria correcional, conforme melhor se exporá em **4.3.10.2.1**. Ainda neste mesmo tópico ratifica-se que, da mesma forma como obviamente ocorre com os servidores do quadro próprio dos Escor e da Coger, por força desta condição de subordinação temporária, compete à autoridade instauradora, enquanto perdurar a convocação, aplicar ao servidor convocado a legislação de pessoal e proceder aos registros das ocorrências funcionais e às avaliações de desempenho, conforme o § 2º do art. 11 e o *caput* do art. 12, ambos da Portaria MF nº 492, de 2013, e o art.

3º da Portaria Coger nº 23, de 2014. Acrescente-se ainda que, nos termos do art. 9º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Pasta, cabe ao Corregedor, quando necessário, decidir acerca dos deslocamentos, diárias e passagens do servidor convocado, que tenham sido provocados pelo presidente da comissão e propostos pelo Chefe do Escor.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 11.*
> *§ 2º O controle e o respectivo registro das ocorrências funcionais do período de convocação serão de responsabilidade da autoridade que a efetivar.*
> *Art. 12. O servidor convocado para participar de procedimentos correcionais dedicará, sempre que necessário, tempo integral aos seus trabalhos, sendo dispensado do ponto até a conclusão do relatório previsto no art. 165 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*
>
> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 9º O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.*
>
> *Portaria Coger nº 23, de 2014 - Art. 3º Uma vez convocado, o servidor ficará diretamente subordinado à autoridade que o convocou, durante o período de sua convocação, incumbindo à referida autoridade a aplicação da legislação de pessoal, a avaliação de desempenho e a decisão sobre a participação em eventos de capacitação e desenvolvimento.*

Por fim, convém abordar que, ainda que, nos dias atuais, diante do grau de especialização do sistema correcional, seja pouco comum o emprego da competência de convocar servidores estranhos aos quadros dos Escor e da Coger para comporem comissões, nas raras situações em que tal convocação se demonstra necessária, pode a autoridade instauradora se deparar não só com as já mencionadas alegações de inconformismo do próprio servidor mas também com negativas por parte de sua chefia imediata ou de outros superiores hierárquicos, em que pode se incluir até mesmo o titular da unidade. E, neste rumo, duas justificativas são mais frequentemente apresentadas para tentar demover a convocação de servidor: de que a unidade padece de excesso de competências regimentais e de escassez de pessoal e de que o emprego de mão de obra local causa constrangimento interno na unidade.

Em tais situações, a manutenção da convocação ampara-se na interpretação, extraída da leitura sistemática do ordenamento interno vigente, de que a Administração dotou a matéria disciplinar de relevância e até de precedência em relação às matérias fins. Assim, reitera-se o já exposto de que, refletindo o mandamento insculpido já desde a base legal, no § 1º do art. 152 da Lei nº 8.112, de 1990 (“*Sempre que necessário, a comissão dedicará tempo integral aos seus trabalhos, ficando seus membros dispensados do ponto, até a entrega do relatório final.*”), a Portaria MF nº 492, de 2013, no *caput* e no § 1º do seu art. 11, e a Portaria Coger nº 23, de 2014, em seus arts. 1º e 2º, estabelecem, além disto, que a convocação de servidor, por parte do Corregedor ou do Chefe de Escor, para compor comissão, é irrecusável, independendo da comunicação ao titular da unidade local ou regional, e que a alegação de necessidade de serviço somente poderá ser aceita pelo Corregedor.

É de se destacar, portanto, que, nesta hipótese pouco usual de emprego de força de trabalho externa ao Escor (ou à Coger) na composição de comissões, mesmo quando a autoridade da unidade requisitada alega impossibilidade ou inadequação de serem designados servidores de seu quadro, a leitura a ser dada às frequentes justificativas de excesso de competências regimentais ou carência de pessoal ou ainda de constrangimento interno com a matéria sempre passa pelo enfoque disciplinar, a cargo da autoridade instauradora, não sendo determinada pelo enfoque gerencial da unidade local ou regional.

Sem prejuízo do poder discricionário concedido ao Chefe de Escor (ou ao Corregedor) para, motivadamente, lançar mão de suas prerrogativas de designar servidor de sua própria linha hierárquica (ou seja, lotado no Escor ou na Coger) ou de convocar servidor de qualquer outra unidade ou localidade para compor comissão seja de onde for, o acatamento daquele tipo de pedido da autoridade local, regional ou central deve decorrer do interesse da matéria correcional propriamente dita, à vista de parâmetros como independência e qualidade do trabalho disciplinar, recebendo tratamento de excepcionalidade, com a clara teleologia de inibir relutância por parte de titular de unidade a que se subordina o servidor convocado.

Na leitura de que a expressão "necessidade de serviço", contida no dispositivo de exceção do § 1º do art. 11 da Portaria MF nº 492, de 2013, e no parágrafo único do art. 2º da Portaria Coger nº 23, de 2014, contempla, como gênero, as espécies das justificativas de excesso de competências regimentais ou de carência de pessoal, frequentemente empregadas para relutar contra convocação de servidor feita pelo Corregedor, tem-se inequívoco amparo para a desconsideração de tais alegações quando apresentadas informalmente ou como mero reflexo generalizado das limitações operacionais que indistintamente campeiam em grande parte das unidades. Menos ainda se cogita de conceder relevância à outra alegação que sequer recebeu na normatização qualquer hipótese de acatamento, qual seja, de que a matéria disciplinar provoca refração dentro da unidade, uma vez que o desconforto é inerente à presente espécie processual e decorre, de forma natural e inafastável, do fato de servidores da unidade apurarem notícias objeto de representação ou de denúncia contra um ou mais colegas e de outros deporem como testemunhas em tais apurações. Se tais alegações justificassem de plano a não indicação de pessoal da unidade local, regional ou mesmo central, seria bastante provável que a convocação prevista no parágrafo único do art. 10 da Portaria MF nº 492, de 2013, e no *caput* do art. 1º da Portaria Coger nº 23, de 2014, restaria praticamente inaplicável.

4.2.6 - Impedimento e Suspeição dos Integrantes da Comissão

Diante da isenção que se requer para integrar comissão e apurar fatos com possível repercussão disciplinar, deve a autoridade instauradora atentar para vinculações pessoais porventura existentes entre os membros do colegiado e o acusado e, por vezes, também o representante ou denunciante. Embora a primeira fase do processo disciplinar seja pontual e a cargo apenas da autoridade instauradora, não comportando contraditório, inclui-se no direito à ampla defesa, válido em todo o curso do processo, a possibilidade de se questionar a designação dos integrantes da comissão. E tal possibilidade se expressa por meio de dois institutos: o impedimento e a suspeição. Não obstante, existem peculiaridades entre estes dois conceitos jurídicos, que merecem tratamentos distintos.

O impedimento deriva de uma situação objetiva e gera presunção absoluta de incapacidade. Uma vez configurada uma das hipóteses de impedimento, não há possibilidade de refutação pelo próprio impedido ou pela autoridade a que se destina a alegação. Daí, o integrante da comissão (independentemente de ser lotado no Escritório de Corregedoria (Escor) ou na Corregedoria (Coger) ou de ser convocado de unidade estranha ao sistema correcional) fica proibido de atuar no processo, devendo obrigatoriamente comunicar o fato à autoridade instauradora. A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, elenca apenas duas hipóteses de impedimento para o integrante de comissão:

- a primeira, referente a ele próprio, por não ser estável, no *caput* do art. 149;
- e a segunda, referente ao acusado, por ser seu cônjuge, parente ou afim de até terceiro grau, no § 2º do art. 149.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade*

> *competente, observando o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
> *§ 2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.*

E como as hipóteses de impedimento elencadas no art. 18 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, não afrontam as hipóteses da Lei nº 8.112, de 1990, podem ser consideradas, em caráter subsidiário, também para o integrante da comissão:

- ter interesse direto ou indireto na matéria;
- ter atuado ou vir a atuar como representante, testemunha, perito, procurador ou defensor no processo em questão ou se o fizeram ou o farão seu cônjuge, parentes ou afins de até terceiro grau (destacando-se que, na Lei Geral do Processo Administrativo, que não é disciplinar, o termo "representante" tem o significado de "procurador" e não de "servidor denunciante");
- e estar litigando judicial ou administrativamente com o acusado ou com o cônjuge ou companheiro do acusado, desde antes da instauração do processo disciplinar.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:*
> *I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;*
> *II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;*
> *III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.*
> *Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato a autoridade competente, abstendo-se de atuar.*
> *Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.*

Quanto ao inciso I do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999, diante da indesejada parcela de subjetividade encerrada neste comando definidor de impedimento, é de se aplicar uma leitura restritiva. O interesse na matéria tratado de forma impeditiva pelo legislador é algum grau de contaminação de parte do agente capaz de fazer com que impeça ou postergue o andamento das apurações em razão de ele também, de alguma forma, direta ou indiretamente, estar envolvido com o fato. De outra forma de redigir, o comando legal pode ser compreendido como definidor de impedimento cristalino para compor comissão em face de quem, no extremo oposto do dever legal, tem direto ou indireto interesse em que o caso não seja deslindado, esclarecido, esgotado. Obviamente, aqui não se confunde a regular diligência, a esperada dedicação, o cumprimento do dever legal de proceder de forma exaustiva às apurações com o contaminador interesse no deslinde do processo de que trata o inciso em tela.

Já o inciso II do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999, merece uma abordagem mais detalhada, cautelosa e abrangente. De imediato, é de se recomendar uma leitura mais extensiva do comando proibitivo, adotando postura conservadora na designação de integrantes da comissão (já que a designação de servidor impedido poderá acarretar alegação de nulidade). Embora, literalmente, a aplicação do inciso II do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999, como estabelecedor de impedimento à participação de um servidor como integrante de comissão disciplinar, apenas não tolerasse a contaminação desta atuação com participação também como perito, testemunha ou representante (no sentido de procurador), também é de se considerar abarcado neste dispositivo limitador o representante, no sentido estrito da matéria

correcional, qual seja, de denunciante. Divorcia-se do bom senso designar para integrar o trio condutor dos trabalhos justamente aquele que deu causa à notícia inicial, formulando a representação admitida em fase de admissibilidade.

Na esteira, adotando-se conservadoramente um sentido ainda mais amplo para o conceito de representante (no sentido correcional do termo, de denunciante), também já foram mencionadas ao longo deste texto outras situações não recomendadoras da designação de determinado servidor. Em **2.5.2**, já se mencionou a impropriedade de se designar para compor comissão disciplinar o servidor integrante de comissão de sindicâncias investigativa ou patrimonial ou condutor de investigações preliminar ou patrimonial e que, em consequência de tais atuações, culminou em instruir fortemente a decisão da autoridade instauradora para instaurar a instância disciplinar. Em síntese, na já mencionada passagem do presente texto, defendeu-se a inadequação de vir a integrar o colegiado disciplinar o servidor que tenha angariado determinada convicção e tenha emitido algum grau de juízo de valor, além dos estritos indícios iniciais, ainda que preliminar, em rito meramente investigativo, unilateralmente, contrária ao representado ou denunciado e sem a participação dialética e contraditória deste. Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos e também manifestações jurisprudenciais e doutrinária neste sentido.

> *Orientação Coger nº 12*
> *Servidor que tenha atuado na sede investigativa não pode instaurar o procedimento disciplinar subsequente, prorrogar o prazo ou designar ou reconduzir nova comissão processante e integrar a comissão.*
>
> *STJ, Mandado de Segurança n° 14.135: "Ementa: 1 - Insubsistente a afirmação de inadequação da via eleita, pois, no caso, as provas documentais juntadas aos autos constituem acervo suficiente para a formação da convicção do julgador. 2 - Dispõe o art. 150 da Lei nº 8.112/1990 que o acusado tem o direito de ser processado por uma comissão disciplinar imparcial e isenta. 3 - Não se verifica tal imparcialidade se o servidor integrante da comissão disciplinar atuou também na sindicância, ali emitindo parecer pela instauração do respectivo processo disciplinar, pois já formou juízo de valor antes mesmo da produção probatória. 4 - O próprio Manual da Controladoria Geral da União de 2010, obtido na página eletrônica daquele órgão, afirma não ser recomendada a participação de membro sindicante no posterior rito contraditório."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança n° 19.290: "Ementa: 4. A prática de atos de mero impulso processual, sem nenhum conteúdo decisório, por servidores que participaram da fase de investigação, não é causa de nulidade do processo administrativo disciplinar, desde que nenhum deles tenha participado como membro da comissão processante."*
>
> *TRF da 1ª Região, Apelação em Mandado de Segurança n.º 2005.34.00.004511-5: "Ementa: 2. A documentação colacionada aos autos realmente confirma a participação dos membros da comissão processante do processo administrativo disciplinar na fase policial da "Operação Zaqueu". Não obstante, da leitura atenta da Ata de Reunião da Comissão verifica-se que os membros da comissão não participaram de procedimentos investigatórios, resumindo-se sua atuação à identificação de documentos apreendidos pela Polícia Federal. Ademais, os membros da comissão processante não tiveram qualquer envolvimento com fatos imputados especificamente ao impetrante, motivo pelo qual não há falar em comprometimento da imparcialidade. 3. Por outro lado, conforme entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, a suposta participação de servidores componentes da comissão instituída no processo administrativo em refiscalizações de empresas, busca e apreensão e, ainda, em depoimentos prestados na justiça federal, não influem*

> *no aspecto da imparcialidade, não havendo falar-se em impedimento ou suspeição (STJ, MS 200602738890, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), Terceira Seção, DJ data:14/11/2007 pg: 00399).”*
>
> *“Tema ainda relevante dentro dos trabalhos realizados a título de procedimentos investigativos, quer tenham sido feitos sob a forma de Investigação Preliminar, Sindicância Investigativa ou Sindicância Patrimonial, é a recomendação no sentido de que os servidores que atuaram nesses feitos não integrem as eventuais comissões de processos punitivos instaurados para apurar os mesmos fatos, quais sejam, Sindicância Contraditória ou Processo Administrativo Disciplinar,especialmente naqueles casos em que o relatório da comissão prévia tenha sido categórico em especificar as condutas tidas como irregulares.*
> *Tal recomendação estende-se, inclusive, aos servidores que tenham atuado em auditorias e congêneres, posto que todos esses agentes já possuem sua convicção praticamente definida sobre a materialidade e autoria, convicção essa que foi formada sem o contraditório e a ampla defesa. Tudo isso com vistas a evitar futuras alegações de prejulgamento por parte dos membros das comissões disciplinares.”, Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 68 e 69, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/ Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*
>
> *“A sindicância própria, de caráter investigatório, pode ser conduzida por um único sindicante ou por uma comissão constituída por funcionários, estáveis ou não (...). Resultando o apuratório em processo administrativo, de qualquer formato, não poderá nele atuar quem praticou atos ou diligências na fase investigatória.” Léo da Silva Alves, “Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas”, pg. 27, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005*

Por outro lado, já se aduziu em **3.4.3** a viabilidade de, em princípio, desde que não manifestem convicção desprovida de isenção, poderem ser designados para a comissão de inquérito os mesmos integrantes condutores de sindicância disciplinar, que, após a regular dialética contraditória com o acusado, tenham achado por bem solicitar extensão dos poderes apuratórios à autoridade instauradora, conforme aceita a jurisprudência.

> *TRF da 3ª Região, Apelação em Mandado de Segurança n.º 0002197-19.1998.4.03.6000: “Ementa: 2. A alegação de suspeição ou impedimento dos membros da comissão processante, por terem atuado em sindicância anterior, é obliterada se não comprovada a ocorrência das hipóteses previstas no § 2º do art. 149 e art. 150 da Lei n. 8.112/90, bem como no art. 18 e seguintes da Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (STJ, MS n. 13986, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 09.12.09, REsp n. 585156, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 02.10.08).*
>
> *TRF da 5º Região, Apelação Cível nº 385.720: “Ementa: 1. Alega o apelante que os membros da comissão processante do procedimento administrativo disciplinar seriam impedidos de exercer tal atribuição, ex vi do art. 18 da Lei 9.784, de 1999, motivo pelo qual o processo padeceria de nulidade. 2. O fato de os servidores integrantes da comissão processante do processo administrativo disciplinar terem atuado na sindicância que o antecedeu não os torna suspeitos ou impedidos, por não incidirem em nenhuma das hipóteses legalmente previstas de suspeição ou impedimento (art. 18 e 20 da Lei nº 9.437/1999 e art. 149, parágrafo 2º, da Lei nº 8.112/1990).”*

Neste mesmo rumo, embora não se demonstre conveniente, não se verifica, a rigor, vedação para que a autoridade instauradora designe como integrante de comissão disciplinar o servidor do grupo de assessoramento que apenas tenha relatado a fase prévia de admissibilidade e tenha proposto a instauração do procedimento disciplinar, decorrente de

representação ou denúncia formulada por outra pessoa. Embora seja uma situação que se recomende evitar (para afastar de plano uma superável alegação de nulidade), esta participação como mero parecerista não se confunde com a de um investigador inquisitorial ou de um integrante de comissão investigativa, ainda podendo se coadunar com a isenta participação na posterior comissão disciplinar. A condição de parecerista em fase de admissibilidade é distinta da posição de um representante - este sim impedido de compor a comissão. Se este parecerista, tão somente com base em análises jurídicas, apenas tiver relatado os fatos constantes da notícia inicial e tiver proposto instauração, sem ter emitido um juízo de valor que extrapole os meros indícios inicialmente coletados, não há impedimento em sua atuação na comissão (embora não recomendável, se outra solução for viável para a autoridade instauradora). O impedimento advém quando este servidor do grupo de assessoramento se confunde com o representante ou denunciante, ou seja, quando ele, diferentemente do fluxograma proposto em **2.5.3.1**, além de assinar a peça final propositiva da instauração, antes disto, realizou diligências, investigou e angariou uma convicção pessoal a ponto de, na inexistência ou na incipiência de uma representação ou denúncia inicial, restou como um representante ou denunciante de fato.

Ademais, ainda sobre o mesmo inciso II do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999, cabe esclarecer que a hipótese de impedimento, nos estritos termos legais, se limita à atuação de um agente (ou de seus parentes) no mesmo processo sob mais de uma função, conforme atestam a jurisprudência e a doutrina. Ou seja, a primeira leitura que se extrai do dispositivo legal é de que o impedimento não se aplica à hipótese de um agente (ou seus parentes) ter atuado em outro processo administrativo e menos ainda em processo judicial em que figura(ou) o mesmo servidor interessado (acusado). Em princípio, pode integrar a comissão disciplinar quem já atuou em outro processo administrativo ou judicial em que figura(ou) o mesmo servidor acusado.

> *“Por outro giro, os membros de colegiados de processos disciplinares anteriores possuem plena liberdade legal para comporem comissões futuras sobre os mesmos fatos, conforme se depreende do excerto de julgado da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça que afirma que, "Respeitados os aspectos processuais em relação ao impedimento e suspeição, não há prejuízo na convocação de servidores que tenham integrado anteriormente uma primeira Comissão Processante cujo relatório conclusivo fora anulado por cerceamento de defesa. Precedente do STJ. AgRg no MS 15463 / DF.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. III, pgs. 255 e 256, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Mais especificamente, segundo a manifestação da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 16, de 11 de setembro de 2017, sequer se cogita de impedimento ou de suspeição em razão de um servidor atuar em procedimento investigativo envolvendo um mesmo investigado em face do qual já tenha composto ou ainda componha comissão disciplinar em razão de fato distinto.

> *Enunciado CGU/CCC nº 16, de 2017: “Imparcialidade de membro de comissão de procedimento correcional. A atuação de membro da comissão em outro procedimento correcional, em curso ou encerrado, a respeito de fato distinto envolvendo o mesmo acusado ou investigado, por si só, não compromete sua imparcialidade.”*

Todavia, nada impede que, à vista de peculiaridades de eventual caso concreto, em que a participação em outros autos tenha se marcado por fortes manifestações a favor ou contra o servidor acusado no processo em questão, possa se configurar uma contaminação na isenção do agente. Isto mais claramente pode acontecer com quem atuou a favor de determinado servidor como representante (no sentido procurador) à vista de uma posterior atuação em

comissão designada em outro processo em que o mesmo servidor figura como acusado. Excepcionalmente, também pode ocorrer conflito entre uma primeira atuação como testemunha ou perito em determinado processo e uma posterior atuação em outro processo, ambos administrativos, de interesse do mesmo servidor, que mantenha alguma relação de pertinência ou de proximidade fática (fruto de desmembramento, por exemplo) com o primeiro processo.

> *Mandado de Segurança nº 12.684: "Ementa: 9. Não está impedido de funcionar no processo administrativo o servidor que tenha participado, ou venha participar, de outro processo, na condição de testemunha, salvo quando o depoimento prestado carrega opinião ou prejulgamento sobre a conduta do indiciado, o que não ocorreu no caso concreto."*
>
> *"A Lei quer impedir que o agente funcione no processo assumindo mais de uma função, possibilitando a ocorrência de constrangimento em virtude de eventuais posições geradoras de manifestação de vontade antagônicas. De fato, se o indivíduo está em posições jurídicas diversas, não terá como evitar o desconforto de admitir duas soluções para a mesma questão. É isso que o legislador quer impedir.*
> *A participação impeditiva pode dar-se quando o agente é perito; a razão é óbvia: o perito exerce função eminentemente técnica e, portanto, deve situa-se distante de qualquer interesse. Assim, não é compatível que seja perito técnico e ao mesmo tempo encarregado de decidir a matéria do processo. O mesmo se dá quando desempenha o papel de testemunha: como a esta cabe relatar fatos de forma verídica, deve também estar longe das partes, e tal posição se incompatibiliza com a de autoridade incumbida do processo. Como representante, a incompatibilidade é indiscutível: a qualidade de representante implica, como é natural, a defesa dos interesses do representado. Se assim é, nenhuma isenção terá o agente da Administração se estiver ligado por vínculo de representação com o interessado." José dos Santos Carvalho Filho, "Processo Administrativo Federal", pg. 133, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005*

Nesta linha, é de se informar que a normatização infralegal, consubstanciada no parágrafo único do art. 21 da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, igualmente refletido no art. 20 da Portaria RFB n° 6.483, de 29 de dezembro de 2017, inseriu uma hipótese de impedimento que a, rigor, não se alinha aos limites do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999, ao estabelecer como impedido o servidor que atue como perito ou como auxiliar do Poder Judiciário ou do Ministério Público em processo judicial referente aos mesmos fatos objeto de apuração disciplinar conduzida por comissão integrada por aquele agente.

Conforme se reiterará em **4.4.9.2**, de imediato, pode ocorrer (sobretudo em hipótese de transcurso simultâneo de instâncias administrativa e criminal, por exemplo) de o Poder Judiciário ou o Ministério Público ou qualquer outro órgão necessitar que algum servidor atue na instância judicial como perito ou auxiliar, em função de seus conhecimentos técnicos específicos. Caso, em primeiro momento, esta requisição seja apresentada diretamente ao próprio servidor que atua em atividades correcionais, de acordo com o *caput* do art. 21 da Portaria MF nº 492, de 2013, e com o *caput* do art. 20 da Portaria RFB n° 6.483, de 2017, este deve comunicar o fato para a autoridade instauradora e para seu chefe imediato (caso estas autoridades sejam distintas, como na hipótese de servidor convocado), ainda que não integre comissão ou que a comissão por ele integrada conduza apurações sobre fatos distintos dos que originaram a designação como perito ou auxiliar. No foco mais específico do presente interesse, caso a requisição recaia sobre integrante de comissão que conduza apurações sobre os mesmos fatos que justificaram a designação como perito ou auxiliar, ao ter tomado conhecimento da demanda externa, seja por intermédio do próprio integrante requisitado, seja por ter recebido diretamente a requisição do Poder Judiciário ou do Ministério Público, cabe

primeiramente à autoridade instauradora provocar a instância fiscal, com o fim de obter indicação de outro servidor estranho ao processo disciplinar a ser ofertado ao órgão requisitante para desempenhar a tarefa. Isto porque o parágrafo único do mesmo dispositivo normativo determina, como hipótese de impedimento, que o servidor seja imediatamente afastado da comissão que porventura integre e que conduza apurações acerca do mesmo fato objeto de sua designação como perito ou auxiliar, como se operasse a presunção de que a atuação como perito ou auxiliar contamina a isenção para continuar na comissão.

O comando encartado no parágrafo único do art. 21 da Portaria MF nº 492, de 2013, e no parágrafo único do art. 20 da Portaria RFB n° 6.483, de 2017, termina por esclarecer a motivação preventiva do *caput* daquele dispositivo, uma vez que, já sabendo previamente da designação de qualquer servidor como perito ou auxiliar, a autoridade instauradora já não o inclui em comissões. Obviamente, o dispositivo é válido e vigora no ordenamento interno, mas obriga-se a reconhecer que extrapola os limites do impedimento estabelecido no art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999, porque o texto legal restringe a crítica inafastável à isenção à hipótese de o servidor acumular mais de uma atuação no mesmo processo, mas não para processos distintos, como é o caso da hipótese regulamentada pela Portaria MF, já que a atuação em procedimento no âmbito do Ministério Público ou em processo no âmbito do Poder Judiciário passou a também impor vedação intransponível para atuação em outro feito, na instância disciplinar.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 21. O servidor que atue em atividades correcionais e que seja designado para atuar como perito ou auxiliar do Poder Judiciário, do Ministério Público ou de qualquer outro órgão deverá comunicar tal fato à respectiva corregedoria e ao titular do órgão ou da unidade de lotação, independentemente de qualquer ato nesse sentido praticado pela autoridade que o designou.*
> *Parágrafo único. O servidor que for designado para atuar como perito, nas situações previstas no caput deste artigo, será afastado imediatamente das atividades da comissão de sindicância ou de processo disciplinar que trate dos mesmos fatos objeto da perícia.*
>
> *Portaria RFB n° 6.483, de 2017 - Art. 20. O servidor que atue em atividades correcionais e que seja designado para atuar como perito ou auxiliar do Poder Judiciário, do Ministério Público ou de qualquer outro órgão deverá comunicar tal fato à autoridade instauradora da RFB e ao chefe de sua unidade de lotação, independentemente de qualquer ato nesse sentido praticado pela autoridade que o designou.*
> *Parágrafo único. O servidor que for designado para atuar como perito, nas situações previstas no caput deste artigo, será afastado imediatamente das atividades da comissão que trate dos fatos objeto da perícia.*

De se acrescentar que a normatização infralegal ratifica a obrigatoriedade de o servidor convocado manifestar-se, de forma motivada, para a autoridade instauradora caso constate ser impedido de atuar na comissão para a qual foi designado - não obstante a literalidade do parágrafo único do art. 12 da Portaria MF nº 492, de 2013, mencionar a obrigação apenas para o servidor convocado (que faz supor se referir apenas aos servidores lotados em unidades estranhas ao sistema correcional), a melhor interpretação indica o caráter extensivo, de também obrigar eventuais servidores lotados na Coger ou no Escor e que se vislumbrem impedidos de atuar. Tal manifestação, por si só, não possui o condão de desde já excluir o servidor da comissão, pois carece de exame e decisão da parte da autoridade instauradora, ainda que sob viés estritamente objetivo.

> *Portaria MF nº 492, de 2013. Art. 12.*
> *Parágrafo único. O servidor convocado que constatar a existência de impedimento legal ou motivo de força maior que impeça sua participação no procedimento correcional deverá encaminhar exposição circunstanciada à*

autoridade instauradora, para fins de exame e decisão.

Por fim, o inciso III do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999, define como impedido de atuar na comissão disciplinar quem mantenha um litígio judicial ou administrativo em face do acusado ou de seu cônjuge ou companheiro. Novamente, tratando-se de exceção, o impedimento requer leitura restritiva. Primeiramente, em aspecto temporal, não cabe o acusado, já no curso do inquérito administrativo, forjar algum tipo de litígio judicial ou administrativo contra integrante da comissão para então tentar torná-lo impedido, em clara afronta ao comando do art. 565 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), segundo o qual ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza. Ademais, no sentido material, o impedimento em tela requer a figuração do integrante da comissão em confronto com o servidor (ou com seu cônjuge ou companheiro), para que se dê azo ao termo "litígio". O impedimento de aqui se cuida requer posições antagônicas no processo pré-existente, a exemplo do binômio pretensão-resistência da instância civil. Nesta linha o simples fato de um mesmo servidor atuar ou ter atuado no trio processante de um outro processo disciplinar em face do mesmo servidor (ou de seu cônjuge ou companheiro, se também servidor) não configura um litígio, pois a comissão não é parte do processo e não tem interesses a se contrapor ao do acusado.

> *CPP - Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade relativa a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.*
>
> *"Conforme já assentamos linhas acima, ao tratarmos dos pressupostos processuais de validade, cumpre reparar que para os impedimentos decorrentes de as partes litigarem em outros procedimentos administrativos (conforme previsto na Lei 9.784/99), estes somente darão ensejo à parcialidade em processos disciplinares se houver o caráter de lide nos processos administrativos gerais e anteriores ao processo disciplinar, ou seja, se houver interesses diretos e contrapostos, qualificados por uma pretensão de uma parte, resistida pela outra parte. Assim, o simples figurar servidor ou a autoridade, como autoridade julgadora ou instrutora, ou exercício de qualquer outra função processual, em outro processo cuja ação interfira na esfera de direito do servidor, não gera o efeito jurídico de impedimento ou de suspeição em processos disciplinares onde figurem as mesmas autoridades e, como acusado, o servidor submetido à decisão ou atuação delas em outro processo. Daí a necessidade, para o impedimento ou para a suspeição, de lide, no sentido estrito da palavra e em outros processos administrativos, onde a parte tida como impedida ou suspeita tenha figurado de forma pessoal – requisito pessoalidade - em outro processo e não quando tenha exercido funções processuais determinadas pela lei.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pgs. 254, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

O parágrafo único do art. 19 da Lei nº 9.784, de 1999, classifica como "falta grave" a omissão do excepto em se declarar impedido. Não se conhece definição legal ou construção doutrinária ou jurisprudecial que estabeleça o que se consideraça falta grave e a que pena se submete o servidor. Mas, obviamente, aqui o legislador quis abarcar a omissão dolosa, em que o servidor, com consciência e vontade, mesmo se sabendo impedido, não assim se declara e esta conduta pode ser inclusive demissiva. É provável haver omissão culposa por parte do servidor, mas não é desta fatispécie que cuida a Lei, ao chamar de falta grave.

Já a suspeição deriva de uma situação subjetiva e gera uma presunção relativa de incapacidade. Ao contrário do impedimento, não há obrigatoriedade de sua manifestação à autoridade instauradora. Assim, o vício fica sanado se não for arguído pelo acusado ou pelo próprio membro suspeito, conforme assenta a jurisprudência. Além disto, ainda que configurada uma das hipóteses de suspeição, há possibilidade de refutação pelo próprio

suspeito ou pela autoridade instauradora, visto que as alegações de suspeição apresentadas pelo próprio membro da comissão são apreciadas pela autoridade instauradora e as apresentadas pelo acusado, representante ou denunciante são avaliadas pelo membro da comissão e remetidas à autoridade instauradora. Uma vez que a Lei nº 8.112, de 1990, não tratou de suspeição, cabe aplicação subsidiária do art. 20 da Lei nº 9.784, de 1999. Assim, pode ser apontada como principal causa de suspeição de integrante de comissão (independentemente de ser lotado no Escor ou na Coger ou de ser convocado de unidade estranha ao sistema correcional), com relação tanto ao acusado quanto ao representante ou denunciante: ter com eles, ou com seus cônjuges, parentes ou afins de até o terceiro grau, relação de amizade íntima ou de inimizade notória.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.*
> *Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.*
>
> *STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.613: "Ementa: 2. Nas hipóteses de suspeição há presunção relativa de parcialidade, sujeita à preclusão. Se o interessado deixa de arguí-la na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos (art. 138, § 1º do CPC), convalida-se o vício, tendo-se por imparcial o magistrado."*

Releva destacar que a Lei qualificou como íntima a amizade e notória a inimizade, de forma que, em regra, simples relação de coleguismo, ou sua ausência, decorrente do contato profissional cotidiano, não configura a vinculação qualificada prevista como suspeita. A amizade íntima pressupõe relacionamento além dos limites laborais, com visitas familiares, lazer conjunto e ligação afetiva de companheirismo e preocupação pessoal. Por outro lado, a inimizade notória também requer um conflito que ultrapasse mera relação de baixa empatia ou mesmo de antipatia, de conhecimento geral pelo menos dentro do ambiente da repartição. A doutrina também tenta balizar estes conceitos subjetivos.

> *"(...) Normalmente, consideramos como amizade íntima aquela que é notoriamente conhecida por todos ou por grande número de pessoas, em virtude de permanente contato, de frequência conjunta aos lugares e, enfim, de aproximação recíproca entre duas pessoas com ostensividade social. Fora daí, não há razão para suspeitar da autoridade. Fatos como eventual almoço conjunto, ou encontro em cerimônia, ou trabalho em locais próximos, não caracterizam por si amizade íntima (...).*
> *(...) A notoriedade que qualifica a inimizade é aquela que estampa uma divergência por todos conhecida, podendo ser notada de forma clara e por todas as pessoas que conhecem os inimigos. Cuide-se, pois, de inimizade que tem repercussão social. (...). Mal-entendidos, divergências eventuais, posições técnicas diversas, antipatia natural, nada disso se incluirá como fundamento de suspeição. Para esta, é necessário que haja reconhecido abismo ou profundo ódio entre os indivíduos, de modo a considerar-se suspeita a atuação da autoridade." José dos Santos Carvalho Filho, "Processo Administrativo Federal", pgs. 138 e 139, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005*

Além das hipóteses expressas em *numerus clausus* nos dois textos legais acima mencionados, para vinculada manifestação de impedimento ou suspeição, informa-se a existência de entendimento jurisprudencial, que ora pode ser tomado como recomendação de situação a ser evitada, no sentido de ser impedido a integrar comissão processante servidor que esteja respondendo a processo disciplinar ou criminal ou que já tenha sido punido ou condenado naquelas instâncias.

> *STF, Mandado de Segurança nº 23.343, Voto: "(...) Incensurável, a meu ver, o*

> *parecer no nobre órgão do Ministério Público Federal, ao arguir a nulidade decorrente do impedimento do servidor que presidiu a Comissão de Sindicância, enquanto respondia, ele próprio, a processo disciplinar.*
> *Cita, nesse ponto, a bem lançada petição inicial, Circular da Presidência da República, de 10 de outubro de 1966, assinada pelo saudoso Professor Luiz Navarro de Brito, então Chefe do Gabinete Civil, expedindo recomendação aos dirigentes de órgãos da Administração Federal, no sentido de que não venham a ser designados, na constituição das comissões de inquérito, funcionários que estejam respondendo a inquéritos administrativos ou criminais (Circ. Nº 10-66, D.O. 17-10-66, pg. 11.989).”*
> *(**Nota**: A mencionada Circular recomendava que “não podem integrar comissões de processo disciplinar os servidores que: a) tenham sido condenados em processo penal; b) tenham sofrido punição disciplinar; c) estejam respondendo a processos criminais; d) estejam envolvidos em processo administrativo disciplinar”.)*

Em sentido oposto, mencione-se que o fato de um servidor ter atuado em uma comissão em face de determinado acusado (e mesmo de ter proposto aplicação de pena expulsiva) não configura impedimento ou suspeição para integrar outra comissão em face do mesmo acusado. Não obstante, se possível, recomenda-se não incorrer nesta situação, com o fim de evitar o possível enfrentamento da alegação de contaminação de isenção, conforme já se manifestou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), por meio do seu Parecer PGFN/Cojed nº 1514/2010, e a jurisprudência.

> *PGFN/COJED n° 1514/2010: “34. Por sua vez, o acusado (...) atacou a suposta parcialidade do Presidente da Comissão Processante, especialmente por este integrar outra Comissão contra o mesmo servidor, por motivo de suposto abandono de cargo. Não prospera essa alegação, pois ela não se enquadra em nenhuma das hipóteses de suspeição ou impedimento previstos na legislação aplicável a esses casos (CPP e CPC). A alegação do indiciado tornaria impossível, analogamente, um juiz julgar um mesmo Réu por crimes distintos, pois, nesse caso, também teria que se dizer que o juiz estaria suspeito ou seria parcial.”*

> *STJ, Mandado de Segurança nº 15.837: Voto “(...) O fato de o Sr. (...) ter participado de anterior comissão que investigou o abandono de cargo não traduz vício a ensejar a anulação do ato demissório ou do próprio processo administrativo disciplinar, pois as Leis 8.112/90 e 9.784/99 não impedem a convocação do servidor que já figurou como julgador para que faça parte de outra comissão contra o mesmo investigado (...).”*
> *(**Nota**: Embora o julgado mencione a participação como “julgador”, a leitura na íntegra esclarece que a participação anterior havia sido como integrante de comissão.)*

> *STJ, Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 154633: “Ementa: Não foi demonstrado interesse direto ou indireto de membro de Comissão Processante no deslinde do PAD. Respeitados os aspectos processuais em relação ao impedimento e suspeição, não há prejuízo na convocação de servidores que tenham integrado anteriormente uma primeira Comissão Processante cujo relatório conclusivo fora anulado por cerceamento de defesa.”*

> *“STJ, Mandado de Segurança nº 18.887: “Ementa: Participação de membro de comissão disciplinar na apuração de fatos que resultaram na pena de suspensão do servidor. Ausência de impedimento daquele membro para integrar nova comissão disciplinar em processo que resultou na demissão do servidor em razão de outros fatos.”*

É de se destacar que, como a participação de agentes eivados de pessoalidade contra o

acusado pode suscitar alegação de nulidade, repercute aqui neste tema de impedimentos e suspeições a ressalva que se apresentará em **4.12.1**, acerca da inaplicabilidade da arguição de nulidade em benefício de quem lhe tenha dado causa, nos termos já expostos pelo art. 565 do CPP (relembre-se que se pode mencionar, por exemplo, a aferição de litígios administrativo ou judicial, nos termos do inciso III do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999).

> *CPP - Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade relativa a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.*

O tema das pré-condições para servidor integrar comissão processante também já mencionado em **4.2.4.3**, onde se interpretaram as manifestações da Advocacia-Geral da União (AGU), nos seus Pareceres AGU nº GQ-12 e nº GQ-35, e em **3.4.3**, com a análise da participação de integrantes de comissão sindicância disciplinar na comissão de inquérito do processo administrativo disciplinar (PAD) consequente, sendo de se remeter a tais leituras.

Uma vez que as Leis n° 8.112, de 1990, e n° 9.784, de 1999, mencionam relações de parentesco, convém aqui expor como a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC) as define. Juridicamente, o parentesco reflete as diferentes formas de ligação entre pessoas, decorrentes de fato natural (consanguinidade) ou de fato da vida civil (casamento, união estável e adoção), conforme o art. 1.593 do CC. Daí, quanto à espécie, o parentesco pode ser:

- consanguíneo: vínculo que une pessoas descendentes umas das outras, proveniente do nascimento (exemplo: pai, mãe, irmãos, avôs, bisavôs, filhos, netos, bisnetos, tios, sobrinhos e primos);
- por afinidade: é a relação social que une uma pessoa aos parentes consanguíneos do seu cônjuge ou companheiro, no mesmo grau em que este está a eles associado, limitado aos ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge (exemplos: sogro, sogra, genro, nora e cunhado), conforme o *caput* e o § 1º do art. 1.595 do CC;
- civil: vínculo pessoal que surge entre pais adotantes e adotado, e somente entre eles.

O parentesco entre duas pessoas é contado em graus, sobre as linhas que as unem, que podem ser reta ou colateral (ou transversal).

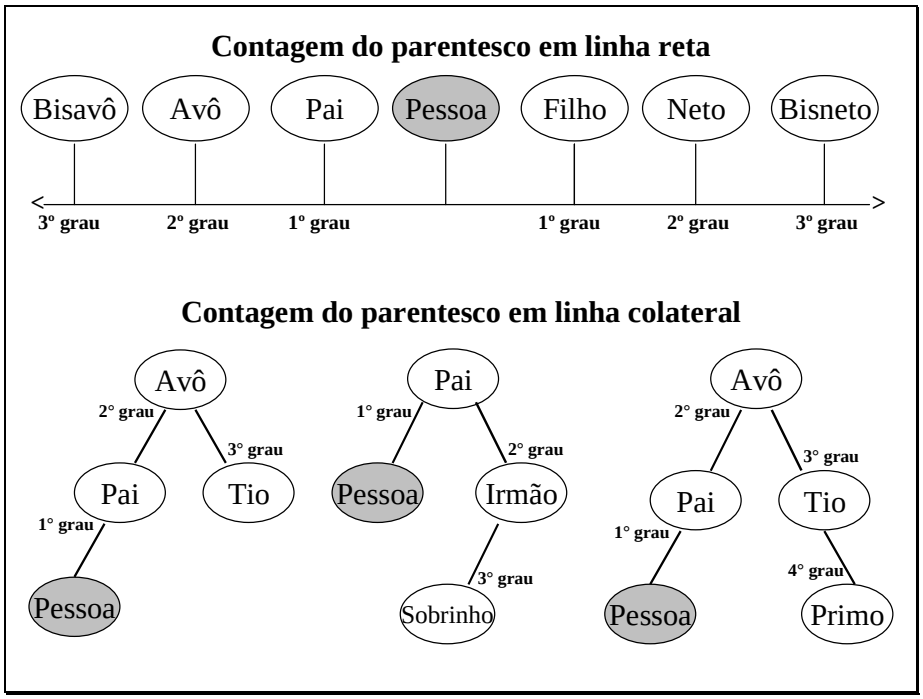
- parentes em linha reta: as pessoas descendem uma das outras (exemplo: bisavós, avós, pais, filhos, netos, bisnetos, da própria pessoa ou de seu cônjuge ou companheiro), conforme o art. 1.591 do CC;
- parentes em linha colateral: as pessoas não descendem uma das outras, mas possuem um tronco ancestral comum, limitadamente até o quarto grau (exemplos: irmãos, tios, sobrinhos e primos, da própria pessoa ou de seu cônjuge ou companheiro), conforme o art. 1.592 do CC.

> *CC - Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.*
> *Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.*
> *Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.*
> *Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.*
> *Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.*
> *§ 1° O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.*

§ 2° Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

Nos parentes em linha reta, como o próprio nome indica, o grau de parentesco é linearmente contado pelo número de gerações que separa duas pessoas. Nos parentes em linha colateral, conta-se o grau de parentesco subindo-se até o ascendente comum às duas pessoas e depois descendo até o outro parente, conforme o art. 1.594 do CC.

A gravura a seguir esquematiza o que acima foi exposto.



O parentesco por afinidade em linha reta, como sogro, sogra, genro e nora, não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável, ao contrário do parentesco por afinidade em linha colateral, como cunhado, conforme o § 2º do art. 1.595 do CC.

E os fluxogramas acima se desdobram em tantos outros para a mesma pessoa, tomados de forma absolutamente similar com os parentes consanguíneos em linha reta e em linha colateral do cônjuge ou companheiro desta pessoa em relação à qual se verifica o impedimento, trazendo à tona seus sogros e cunhados, além de bisavôs, avôs, tios e sobrinhos do cônjuge, definindo então idênticas relações impeditivas por afinidade.

O cônjuge da pessoa em relação à qual se verifica o impedimento, por óbvio, integra as relações interpessoais violadoras da imparcialidade, sendo impedido de atuar; todavia, perceba-se que o CC não o inclui como parente, uma vez que a relação é outra, não de parentesco, mas sim de união conjugal. E este tratamento, isonomicamente, é estendido ao companheiro de união estável.

Sintetizando então o que foi abordado acima, uma vez que as normas de regência para matéria disciplinar em geral reportam-se a parentesco até terceiro grau, incluem-se em tais dispositivos:

- bisavôs, avôs, pai, mãe, filhos, netos e bisnetos da própria pessoa em relação à qual se verifica o impedimento, como seus parentes consanguíneos em linha reta;
- irmãos, tios e sobrinhos desta mesma pessoa, como seus parentes consanguíneos em linha colateral (primos se excluem, por serem de quarto grau);

e os mesmos parentes em relação ao cônjuge ou companheiro:

- bisavôs, avôs, pai e mãe (sogro e sogra) do cônjuge ou companheiro da pessoa em relação à qual se verifica o impedimento, como seus parentes por afinidade em linha reta (normalmente, os descendentes do cônjuge são os mesmos já computados acima para a própria pessoa: filhos, netos e bisnetos);
- irmãos (cunhados), tios e sobrinhos do cônjuge ou companheiro desta mesma pessoa, como seus parentes por afinidade em linha colateral.

Apresentadas as hipóteses materiais de incidentes de impedimento e de suspensão dos integrantes de comissão, quanto à sua instrumentalidade, é de se dizer que, como as Leis nº 8.112, de 1990, e nº 9.784, de 1999, não abordaram o tema, a solução se reporta aos arts. 97 a 101, 105, 111 e 112 do CPP.

Se o próprio integrante da comissão, espontaneamente, demonstra, de forma objetiva, ser impedido ou se manifesta suspeito em face do acusado, apenas cabe à autoridade instauradora, diante da prova irrefutável do impedimento ou da alegação pertinente da suspeição, substituí-lo no colegiado, em analogia com o art. 97 do CPP.

Se o tema vem à tona por provocação da defesa, não se prescinde da manifestação do integrante, de forma que, mesmo se a defesa houver interposto o incidente junto à autoridade instauradora, é necessário que esta, antes de decidir, remeta a provocação ao colegiado; e aí cabem duas possibilidades. Por um lado, se o integrante da comissão acata a tese de ser impedido ou suspeito, novamente, mediante a prova irrefutável do impedimento ou a alegação pertinente da suspeição, apenas cabe à autoridade instauradora substituí-lo no colegiado, em analogia com os arts. 98 e 99 do CPP. Mas, por outro lado, se o integrante da comissão não acata a tese de ser impedido ou suspeito, deve o incidente ser protocolizado em autos apartados, a ser instruído com a peça inicial da parte e com a manifestação do integrante, e em seguida remetido à autoridade instauradora, para sua decisão de manter ou de substituir o integrante, em analogia com o *caput* do art. 100 do CPP.

Em qualquer hipótese de alegação de impedimento ou de suspensão, seja espontaneamente pelo próprio integrante da comissão, seja pela defesa, deve o incidente ser levado à decisão da autoridade instauradora, que é quem detém competência para designar e alterar o colegiado, coletando-se manifestação circunstanciada daquele membro cuja isenção se questiona. À luz dos arts. 111 e 112 do CPP, os questionamentos de impedimento e de suspeição são incidentais e não suspendem o andamento do processo principal enquanto são analisados (a despeito de o inciso III do art. 313 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil - CPC prever a suspensão, elege-se como primeira fonte de integração a processualística penal, em razão da maior afinidade). Mas, por outro lado, uma vez decidido pela ocorrência de impedimento ou de suspeição de determinado membro do colegiado, os atos de cuja feitura ele participou são declarados nulos e devem ser refeitos.

> *CPP - Art. 97. O juiz que espontaneamente afirmar suspeição deverá fazê-lo por escrito, declarando o motivo legal, e remeterá imediatamente o processo ao seu substituto, intimadas as partes.*
> *Art. 98. Quando qualquer das partes pretender recusar o juiz, deverá fazê-lo em petição assinada por ela própria ou por procurador com poderes especiais, aduzindo as suas razões acompanhadas de prova documental ou do rol de testemunhas.*
> *Art. 99. Se reconhecer a suspeição, o juiz sustará a marcha do processo, mandará juntar aos autos a petição do recusante com os documentos que a instruam, e por despacho se declarará suspeito, ordenando a remessa dos autos ao substituto.*
> *Art. 100. Não aceitando a suspeição, o juiz mandará autuar em apartado a petição, dará sua resposta dentro em três dias, podendo instruí-la e oferecer testemunhas, e, em seguida, determinará sejam os autos da exceção remetidos,*

> *dentro em vinte e quatro horas, ao juiz ou tribunal a quem competir o julgamento.*
> *Art. 101. Julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal, pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável; rejeitada, evidenciando-se a malícia do excipiente, a este será imposta a multa de duzentos mil-réis a dois contos de réis.*
> *Art. 111. As exceções serão processadas em autos apartados e não suspenderão, em regra, o andamento da ação penal.*
> *Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser argüido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.*

4.2.7 - Prazos Legais para Conclusão do Processo Disciplinar

Embora a instrumentalidade do processo disciplinar tenha previsão normativa em texto de lei, a saber, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cabe introduzir o tema atinente a prazo processual tomando por ponto de partida a Constituição Federal (CF), pois é certo que um mandamento constitucional, ainda que porventura cronologicamente posterior à base legal, paira acima desta e passa a servir de supedâneo para todo o disciplinamento inferior.

Isto posto, tem-se que o inciso LXXVIII do art. 5º da CF, incluído pela Emenda Constitucional (EC) n° 45, de 8 de dezembro de 2004, passou a prever, como direito e garantia fundamentais individuais, a duração razoável e a celeridade do processo, tanto em via judicial quanto administrativa. Este dispositivo constitucional recepciona a legislação infraconstitucional já existente, de forma que, ao mesmo tempo em que faz por ele irradiar o mandamento, o faz sem alterar as disposições referentes a prazo constantes da Lei nº 8.112, de 1990.

> *CF - Art. 5º*
> *LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

De fato, é imperioso que a Administração, seja por parte das autoridades instauradora e julgadora, seja sobretudo por parte da comissão, deve dedicar severa atenção à celeridade processual. Não raro, o prolongamento da duração do processo disciplinar acarreta diversos efeitos indesejáveis. A credibilidade do sistema correcional; a efetividade da eventual punição; o efeito didático-preventivo que se irradia na unidade e no órgão com a pronta atuação correcional; o grau de tolerância não só do acusado com a comissão mas até mesmo entre os membros; a satisfação social de empregar recursos e esforços a fim de impedir a prescrição da punibilidade, de provocar de forma tempestiva a instância penal e de obter a mais célere reparação civil; e os indicadores gerenciais de eficiência e de produtividade, todos estes indicadores, enfim, dentre outros, em lista apenas exemplificativa, são igualmente atingidos e prejudicados pela demora em suprir uma resposta à provocação que deu entrada na corregedoria.

A longa demora na conclusão dos processos disciplinares acarreta ainda um grande desconforto na unidade de ocorrência dos fatos e/ou de lotação ou de exercício do acusado, pois não raro este servidor e os administradores locais ficam em situação constrangedora acerca da continuação do uso e da alocação de sua força de trabalho, agravada pelo prejuízo aos cofres públicos com a manutenção da remuneração a servidor passível de pena expulsiva. O prolongamento excessivo da fase de inquérito administrativo gera efeitos em cadeia em

todo sistema correcional, desequilibrando a distribuição de mão de obra, com repercussões nas fases de admissibilidade e de julgamento. A postergação da condição de acusado acarreta a vedação da aposentadoria voluntária, da exoneração a pedido, da remoção e de outros direitos legais, o que frequentemente leva o servidor a postular judicialmente contra a demora processual, com risco de o sistema correcional ter de enfrentar provimentos judiciais.

Ainda que se reconheçam as lacunas infraestruturais e logísticas que atingem a Administração e as frequentes estratégias adotadas pelas próprias defesas para impedirem o processamento, impõe-se à autoridade instauradora otimizar seus recursos humanos e distribuir seu pessoal de acordo com o melhor perfil profissional de cada subordinado, a fim de propiciar a mais pronta distribuição das ocorrências a suas equipes de investigação ou a seu grupo de assessoramento e de possibilitar um razoável planejamento na entrega de processos disciplinares a seus trios processantes, bem como incumbe-lhe exigir e cobrar dedicação e comprometimento a todo seu pessoal subordinado - e sem perder de vista a possibilidade de provocar o Corregedor a transferir a competência para outra jurisdição. Dos integrantes de equipes investigativas exige-se que aprofundem com o grau mais exaustivo possível os trabalhos de investigação, a fim de esgotar as buscas fáticas. Aos integrantes das comissões, por sua vez, cabe prever, de forma racional e enxuta, a condução dos trabalhos, visando a conciliar a conclusão satisfatoriamente segura com o menor prazo de duração e mediante a realização de atos de instrução essenciais e indispensáveis, sempre ao amparo de ferramentas tecnológicas ao dispor e juridicamente aceitas, evitando a dispersão do foco apuratório e a divergência interna. Cabe também às comissões, que sabidamente acumulam a condução simultânea de diversos processos disciplinares, harmonizar e conciliar a necessária dedicação e dividir o tempo entre todos os feitos e distribuir tarefas entre os três integrantes, evitando priorizar um em detrimento de outro. E não é menor a responsabilidade a cargo da autoridade competente para julgar, a quem incumbe a mais célere decisão, como desenlace e concretização final de todos os esforços. E, em uma visão mais sistêmica da questão, deve a Corregedoria (Coger), por meio de suas Divisões técnicas, em conjunto com as chefias dos Escritórios de Corregedoria (Escor) exercer as suas atribuições típicas de unidade central (coordenação, supervisão, controle e acompanhamento) com vista a otimizar os trabalhos de execução, uniformizando entendimentos e padronizando procedimentos, estimulando o uso da manualização e da consulta na base de dados acerca de casos pretéritos.

Não obstante tudo o que acima foi exposto, também não se perde o senso de realidade para se asseverar que, na maioria das vezes, a extrapolação de prazo decorre de estratégias e de estratagemas de postergação e de engessamento dos trabalhos apuratórios pela própria defesa, desinteressada no cristalino esclarecimento fático. É de se ponderar o ônus que se impõe de ofício sobre a Administração, para conduzir com celeridade e com eficiência o processo com a responsabilidade crítica que recai sobre a defesa que passa a adotar a deslealdade processual como linha de atuação. Aqui se opera o princípio geral de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza, refletindo-se o comando do art. 565 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), também adotado administrativamente pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), em seu Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017.

> *CPP - Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade relativa a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.*
>
> *Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017: "24. Em decorrência das manobras realizadas pelo acusado, temos, então, a aplicação da teoria da 'Venire contra Factum Proprium' que proíbe comportamentos contraditórios. Segundo Flávio Tartuce, que milita no Direito Civil, 'Pela máxima venire contra factum proprium non potest, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o*

> *dever de lealdade, decorrentes da boa-fé objetiva'.*
> *25. Em termos mais claros, trata-se da proibição de se beneficiar de atos de incoerência. Ora, se foi o próprio acusado que efetuou manobras para não ser notificado do Processo Administrativo Disciplinar e de seus atos, bem como tirou sucessivas licenças que dificultaram a conclusão do processo, não cabe alegação de excesso de prazo. Desse modo, não houve transgressão ao princípio da boa-fé; se isso ocorreu, foi por parte do acusado."*

Na mesma linha de sopesamento causal, cabe expor o posicionamento jurisprudencial acerca de excesso de prazo, indicando que a aferição de que o andamento de determinado processo descumpre a razoável duração não se confunde com mera decorrência da apreciação aritmética do decurso do tempo, mas sim deve ser ponderada por uma gama dinâmica de fatores, em que as estratégias procastinadoras da defesa se destacam no julgado, ao lado da complexidade do caso e da extensão da instrução probatória necessária.

> *STJ, Quinta Turma, Ministro Relator Walter de Oliveira Guilherme, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 50.463/CE, DJe 05/1/2014, Ementa: "3. Conforme entendimento pacífico desta Corte Superior, o excesso de prazo não decorre de uma operação aritmética, mas de uma avaliação do caso concreto, à luz do princípio da razoabilidade. Em situações excepcionais, como retardo injustificado provocado pela defesa, complexidade do feito, necessidade de realização de diligências, expedição de cartas precatórias, bem ainda o número de acusados, podem extrapolar os marcos temporais previstos na lei processual penal e justificar eventual demora na formação da culpa."*

4.2.7.1 - Prazos Originários das Espécies de Processo Disciplinar e sua Forma de Contagem

Em patamar infraconstitucional, como regra geral, extraída do art. 238 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a contagem de prazos processuais é feita em dias corridos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento, este último ocorrendo sempre em dia útil.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 238. Os prazos previstos nesta Lei serão contados em dias corridos, excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do vencimento, ficando prorrogado, para o primeiro dia útil seguinte, o prazo vencido em dia em que não haja expediente.*

O prazo originário máximo de conclusão de sindicância disciplinar é de até trinta dias corridos, enquanto do processo administrativo disciplinar (PAD) é de até sessenta dias corridos, ambos contados da data de publicação da portaria de pessoal, que se dá no boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, no caso, é o Boletim de Serviço da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - BS RFB).

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 145.*
> *Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior.*
> *Art. 152. O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.*

Conforme já exposto em **4.2.2.1.1**, a autoridade instauradora deve fazer constar da portaria de pessoal de instauração o prazo concedido à comissão; em regra, consigna-se o prazo máximo, de sessenta ou de trinta dias para PAD ou sindicância disciplinar, mas nada

impede que, a critério da autoridade instauradora, seja concedido um prazo menor (o que, na prática, não é empregado ou sequer recomendado). Caso a portaria de pessoal instauradora não expresse o prazo, convenciona-se adotar aqueles prazos máximos que a Lei estabelece, conforme também entende a doutrina.

> *"Geralmente se concede o prazo máximo previsto na lei - 60 dias para o PAD e 30 dias para a sindicância -, mas se isto não for feito considera-se que o prazo é o máximo da lei.*
> *(...) nada impede que a comissão conclua os trabalhos antes do prazo fixado na Portaria.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 84, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

O *caput* do art. 152 da Lei nº 8.112, de 1990, estabelece de forma expressa que, no caso específico da contagem do prazo de conclusão de PAD, seu início se dá na data de publicação da portaria de pessoal de instauração (fato estendido à sindicância disciplinar por analogia, diante do silêncio da Lei).

E, desta regra, duas interpretações em geral podem figurar como possíveis, desdobrando-se até uma terceira interpretação mencionável no caso específico de a publicação da portaria de pessoal se dar em uma sexta-feira - ressalte-se que, embora atualmente isto já não mais seja a regra, vez que o BS RFB é diário, já o foi, ao tempo dos boletins regionais, que eram publicados apenas à sextas-feiras.

No caso geral, independentemente do dia da semana em que é feita a publicação, a primeira hipótese interpretativa a se mencionar é a de que o *caput* do art. 152 da Lei nº 8.112, de 1990, seria uma especificidade a se sobrepor à regra geral do art. 238 da mesma Lei, impondo que o primeiro dia de contagem seja considerado já no próprio dia da publicação da portaria de pessoal, seja ele qual for, de segunda-feira à sexta-feira. Em oposição, é bastante plausível que o citado *caput* do art. 152 deva ser lido de acordo com a regra geral, contando como primeiro dia o dia seguinte ao da publicação (inclusive sábado no caso de publicação na sexta-feira, já que a Lei não excluiu o início em dia não útil, mas sim apenas o vencimento). Por fim, apenas para o caso específico de a publicação se dar em uma sexta-feira. ainda se poderia se interpretar que o início efetivo da contagem se postergaria para a segunda-feira subsequente (primeiro dia útil após a publicação), estendendo para a instância administrativa disciplinar a regra do § 2º do art. 184 da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

Sendo as três formas defensáveis, de imediato, destaca-se que, mesmo tendo o marco inicial caído em uma sexta-feira, a regra advinda da lei processual civil, que apontaria como primeiro dia da contagem a segunda-feira subsequente, além de não constar de forma expressa da Lei n° 8.112, de 1990, e nem mesmo da Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999, implicaria em adotar justamente a contagem mais favorável à Administração, quando, na verdade, o CPC a dispõe para prazo de interesse da parte, a fim de cumprir determinada intimação. Assim, por apego aos princípios reitores de instância punitiva, descarta-se de imediato esta interpretação desfavorável à defesa.

Nesta linha, como mera recomendação e tão somente por eleger, dentre as duas hipóteses juridicamente aceitáveis aquela mais benéfica à defesa, convém optar pela contagem mais cautelosa, a se iniciar a contagem do prazo originário de conclusão do processo disciplinar efetivamente já a partir do dia em si da publicação da portaria de pessoal, independentemente de qual dia da semana for (e isto se coaduna mesmo se a publicação se der em uma sexta-feira, a despeito de não se considerar contrário à Lei iniciar a contagem no sábado). Ou seja, recomenda-se a adoção da interpretação de que o *caput* do art. 152 prevalece como uma regra específica para o processo disciplinar em detrimento da regra geral do art. 238, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, que postergaria em um dia útil (ou mesmo não útil) o efetivo início da contagem do prazo processual. Ressalte-se que, a rigor, a repercussão

do dia inicial de contagem do prazo de conclusão se dá somente no cômputo da prescrição.

A partir daí, computam-se até trinta dias em caso de sindicância disciplinar e até sessenta dias em caso de PAD, prorrogáveis em ambos os casos por períodos iguais aos originariamente concedidos.

Se, excepcionalmente, não for possível para a comissão dar início imediato aos trabalhos, o presidente deve comunicar o fato e os motivos à autoridade instauradora, sem prejuízo da manutenção do prazo legal para conclusão dos mesmos e sem que isto importe em nulidade. Em regra, autoriza-se o início dos trabalhos a partir da data de publicação da portaria de pessoal inaugural. Todavia, caso se queira adotar uma postura bastante cautelosa e conservadora, diante da possibilidade, acima descrita e plenamente aceitável, de se interpretar que o prazo de conclusão poderia ter iniciada a contagem a partir do dia seguinte, pode-se recomendar que os trabalhos somente sejam iniciados no dia útil consecutivo ao dia da publicação da portaria de pessoal. Trata-se de mera recomendação, não positivada em norma, cuja inobservância não traria prejuízos nem à defesa e, portanto, não inquinaria de nulidade o processo.

Convém que o presidente comunique à autoridade instauradora a ocorrência de suspensão dos trabalhos da comissão, destacando-se que, com exceção de ordem judicial, razões tais como licença médica do acusado, falta de recursos financeiros para diárias e deslocamentos ou qualquer outro motivo que impeça a realização de atos instrucionais, aguardo de laudos periciais ou técnicos, dentre outros, não têm o condão de suspender o prazo prescricional.

4.2.7.2 - Prorrogação do Prazo para Conclusão dos Trabalhos da Comissão

Caso os prazos originariamente concedidos, de trinta ou de sessenta dias, não sejam suficientes para a conclusão do inquérito administrativo respectivamente em sindicância disciplinar ou em processo administrativo disciplinar (PAD), a própria Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, nos mesmos parágrafo único do art. 145 e *caput* do art. 152, expressamente admite as suas prorrogações, por idênticos períodos.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 145.*
> *Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior.*
> *Art. 152. O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.*

Assim, se perto de esgotar o prazo originário, a comissão percebe que não conseguirá encerrar os trabalhos de apuração, deve comunicar o fato à autoridade instauradora e solicitar a prorrogação do prazo.

Esta solicitação à autoridade instauradora pode ser encaminhada por meio de ofício (preferencialmente em via virtual, por meio de correio eletrônico institucional, nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), contendo breve justificativa (descrição da fase em que se encontra o processo, do que já foi feito, do que está pendente de se fazer e dos deslocamentos previstos, se for o caso), nos termos do art. 9º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, e do art. 14 da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, que dispõem sobre a apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Economia (ME) como um todo e especificamente da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).

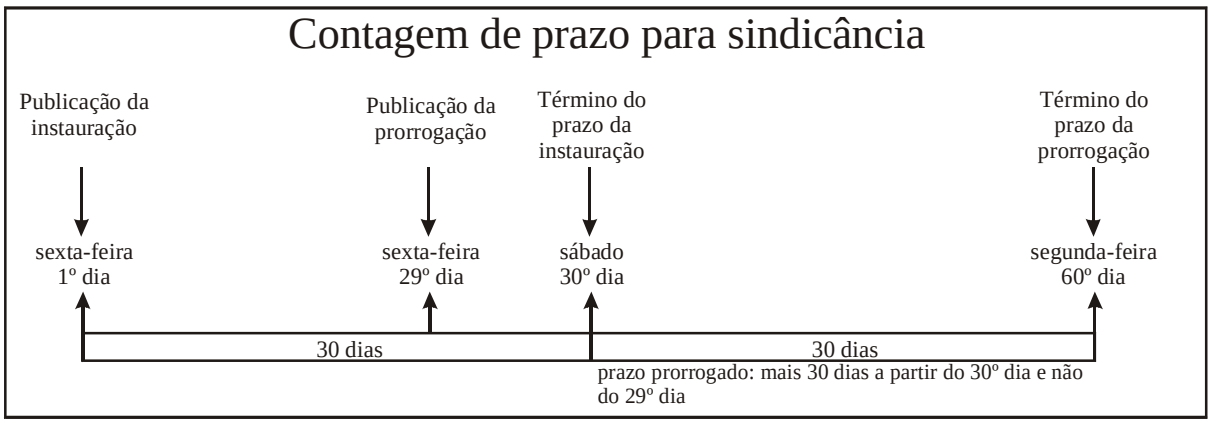
Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 9º O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.

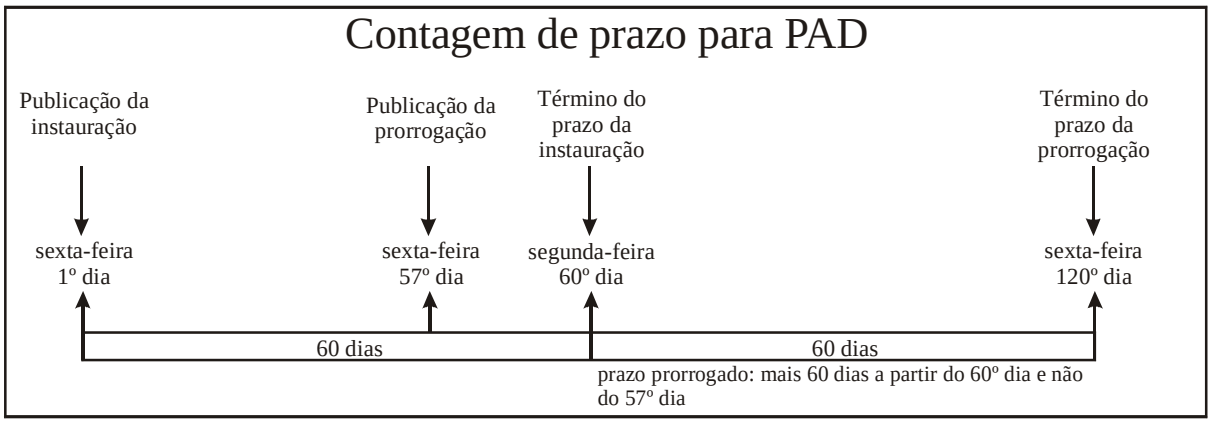
Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 14. O presidente deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes da comissão disciplinar, bem como solicitar prorrogação do prazo de conclusão do trabalho, quando necessário.

E tal pedido deve ser encaminhado antes da data que antecede o encerramento do prazo originário, a fim de que a autoridade tenha tempo hábil para editar nova portaria de pessoal, pois não convém que exista lapso de tempo para prorrogar o prazo de conclusão dos trabalhos da comissão. Mas a existência de pequeno lapso de tempo entre o decurso do prazo original e a publicação da portaria de pessoal de prorrogação, por si só, não acarreta prejuízo à defesa e, portanto, não contamina o processo por nulidade. Para tanto, basta que excepcionalmente a autoridade instauradora designe nova comissão, nos termos que se apresentarão em **4.2.7.3** (ainda que mantendo a mesma composição), conforme também entende a doutrina, em lugar de lançar mão do instituto da prorrogação, a fim de evitar alegação de nulidade por se ter prorrogado um prazo que a rigor já havia se esgotado. Já que se recomenda a designação de novo colegiado, subentende-se que, obviamente, a antiga comissão não deve produzir nenhum ato naquele intervalo desamparado de portaria de pessoal, entre o fim do prazo originário e a publicação da nova portaria de pessoal. Se porventura a comissão tiver produzido atos neste período, estes não devem ser utilizados, nem direta nem indiretamente, como elementos formadores de convicção; para poderem repercutir na formação de convicção, devem ser refeitos após a designação da nova comissão.

"Observe-se que a prorrogação deve ser solicitada com antecedência para evitar interrupções no prazo, que há de ser contínuo. Ademais, não se prorroga o que já foi extinto." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 140, Editora Forense, 2ª edição, 2006

O prazo prorrogado deve ser igual ao prazo originariamente concedido, ou seja, de até mais trinta ou sessenta dias para sindicância disciplinar ou PAD, já que a praxe do prazo originário é de ser dado em seu máximo permitido na Lei. Ademais, a contagem do prazo prorrogado não começa da publicação da portaria de pessoal de prorrogação (que, como afirmado acima, se recomenda acontecer antes do esgotamento do prazo originário, a fim de não haver lapso de tempo), mas sim exatamente no dia seguinte ao trigésimo ou ao sexagésimo dia da instauração da sindicância disciplinar ou do PAD, de forma que são garantidos os prazos totais legais respectivos de até 60 ou 120 dias.





A autoridade impulsionadora dos procedimentos de investigação na fase de admissibilidade, em rito inquisitorial (não na condição de apenas determinar sua feitura, como autoridade, mas sim de efetivamente tê-las realizado ou delas ter participado, em análise preliminar ou em investigação patrimonial ou em sindicância patrimonial ou ainda em sindicância investigativa, conforme já se aduziu em **2.5.2**) que, como tal, tendo se investido da figura de representante, não deve, por impedimento capitulável no inciso II do art. 18 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, posteriormente figurar como autoridade instauradora no decorrente processo disciplinar, a dar-lhe o devido prosseguimento, com prorrogações. Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos. O mesmo já não ocorre caso este agente tenha atuado como integrante da comissão disciplinar (de sindicância disciplinar ou de inquérito) e venha posteriormente a atuar como autoridade instauradora no mesmo processo, apenas como responsável por prorrogações, não se configurando impedimento.

> *Orientação Coger nº 12*
> *Servidor que tenha atuado na sede investigativa não pode instaurar o procedimento disciplinar subsequente, prorrogar o prazo ou designar ou reconduzir nova comissão processante e integrar a comissão.*

É de se destacar que a previsão normativa para que a autoridade instauradora possa apreciar o pedido de prorrogação de prazo à vista do relato das providências já tomadas e daquelas ainda a tomar pela comissão ampara-se no art. 27 da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, e configura-se em instrumento de gerência administrativa daquela autoridade. Advirta-se que não há que se confundir esta competência gerencial com quebra da cediça autonomia ou independência da comissão, uma vez que se objetiva tão somente controlar o andamento dos trabalhos e a dedicação da comissão, sem interferir em sua leitura de mérito. A autonomia da comissão se revela e se restringe no mérito que a própria, de forma independente, extrai dos autos, e não tem o condão de conceder suposta prerrogativa aos integrantes para se considerarem à margem de deveres funcionais elementares (tais como dedicação, assiduidade, etc).

> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 27. A Coger e os Escor acompanharão e avaliarão as atividades correcionais, notadamente quanto aos prazos e à adequação às normas, às instruções e às orientações técnicas.*

A exemplo da portaria de pessoal de instauração, na mesma linha já exposta em **4.2.2.1.1**, as portarias de pessoal de prorrogação não devem indicar o nome do acusado e o fato sob apuração. A propósito, o comando da portaria de pessoal de prorrogação deve se limitar a tão somente determinar que se prorroga pelo mesmo quantitativo de dias, a contar do término do período inicial, o prazo para conclusão dos trabalhos da comissão, com remissão

apenas ao nº do processo e aos dados da publicação da portaria de pessoal anterior.

As portarias de pessoal de prorrogação devem ser publicadas internamente no boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, no caso, é o Boletim de Serviço da RFB - BS RFB). A procedimentalização para a aposição da assinatura digital e para a publicação da portaria de pessoal no BS RFB e a recomendação para que se juntem aos autos a impressão da versão em extensão "*portable document format*" (pdf) da portaria de pessoal e a(s) página(s) do Boletim que a contempla(m) podem ser revistas em **4.2.1.1**, de repetição desnecessária e a cuja leitura se remete. Além de tais instrumentalidades, convém que o Escor ou a Corregedoria (Coger) mantenham arquivadas vias integrais das portarias de pessoal em extensão pdf, juntamente com a justificativa apresentada pela comissão.

De acordo com o aduzido em **2.1.1**, nos termos exigidos pelos arts. 3º, 4º e 6º da Portaria Coger-ME nº 12.456, de 29 de novembro de 2019, obrigam a comissão processante a informar os dados das portarias de pessoal de prorrogação (incluindo nomes e dados funcionais de eventuais novos integrantes), na base de dados externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, da Controladoria-Geral da União - CGU).

4.2.7.3 - Designação de Nova Comissão para Ultimar os Trabalhos

A leitura estritamente literal do *caput* do art. 152 e do parágrafo único do art. 145, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, obriga a interpretar que o Estatuto concede respectivamente à comissão de inquérito e à comissão de sindicância um prazo total de 120 dias e de 60 dias, já contando com a prorrogação dos seus prazos originários.

Esgotados estes prazos prorrogados, aquela comissão originariamente constituída não mais possui amparo legal para proceder a atos processuais em nome da autoridade instauradora, visto que esta lhe concedeu uma espécie de mandato temporário que, no máximo, comporta prorrogação do prazo.

Obviamente, apesar de, a rigor, não haver uma expressa previsão na Lei nº 8.112, de 1990, o ordenamento - no seu sentido amplo, além da positivação escrita normatizada - autoriza uma solução para este dilema em que, de um lado, a precipitada interpretação literal apontaria o precoce fim dos trabalhos, ainda que inconclusos, e, de outro lado, com muito mais profundidade, a base principiológica, à luz dos princípios da indisponibilidade do interesse público, do formalismo moderado, da verdade material e da oficialidade, informa a necessidade de continuidade das apurações até que se esclareçam os fatos.

Para satisfazer a esta base principiológica ordenadora da continuidade dos trabalhos e ao mesmo tempo sem descumprir os dois citados comandos legais que determinam um prazo fatal de existência jurídica do trio processante, faz-se necessário que a autoridade instauradora lance mão do instituto da designação de nova comissão. Perceba-se que o que se refaz é a designação de nova comissão, em nada se alterando no processo disciplinar já em curso: não há uma nova protocolização, mantendo-se o mesmo nº de protocolo e prosseguindo-se os trabalhos nos mesmos autos.

Assim, na hipótese de a prorrogação do prazo ainda não ser suficiente para a conclusão do inquérito administrativo, quando a comissão, perto de esgotar o prazo prorrogado, percebe que não conseguirá encerrar os trabalhos de apuração, deve comunicar à autoridade instauradora e solicitar designação de novo trio, que pode ou não recair nas pessoas dos mesmos integrantes (neste caso particular, a hipótese positiva é chamada de recondução), para dar continuidade ao apuratório (ou seja, para ultimar os trabalhos em curso e ainda inconclusos).

Formalmente, com o esgotamento do prazo originário e do prazo prorrogado (ou seja,

60 dias da instauração da sindicância disciplinar ou 120 dias da instauração do processo administrativo disciplinar - PAD), no rigor formal jurídico, também não mais existe a própria comissão. E, uma vez que não se concluiu o apuratório, deve a autoridade instauradora designar uma nova comissão, da forma idêntica à antecedente, para "ultimar os trabalhos", em princípio reconduzindo os mesmos integrantes, mas sem prejuízo de se alterar integralmente ou em parte a composição. A menos que a autoridade consigne "refazer os trabalhos", presume-se o aproveitamento dos elementos probatórios já autuados pelo colegiado original. Mesmo no caso do refazimento, fica a critério da autoridade instauradora manter ou alterar a composição da comissão.

A superação do prazo prorrogado de 60 dias ou 120 dias para a sindicância disciplinar ou para o PAD não é obstáculo para a ininterrupta atuação dos já mencionados princípios da indisponibilidade do interesse público, da oficialidade, da verdade material e do formalismo moderado, em detrimento do aspecto meramente instrumental do prazo. Em outras palavras, mesmo que a comissão não logre concluir os trabalhos naquele prazo prorrogado, a apuração deve ter prosseguimento, por meio do instituto da designação de nova comissão (ou da recondução da comissão, caso a autoridade instauradora mantenha o trio processante).

E o prazo para conclusão dos trabalhos desta nova comissão designada também é prorrogável, pelo mesmo período da sua nova designação e esta dinâmica, de designação de nova comissão e de prorrogação do prazo, pode se repetir tantas vezes quantas necessárias forem para esgotar a apuração fática e, enfim, até que a comissão consiga concluir a fase de inquérito administrativo. Reiterações de novas designações e prorrogações, por si sós, não são causas de nulidade, mas operam a favor da prescrição e do fim da medida cautelar do afastamento preventivo.

O entendimento que se extrai do instituto da prescrição, a ser detalhadamente pormenorizado em **4.13.2.1 -** de que, após a instauração do PAD ou da sindicância disciplinar, interrompe-se a contagem prescricional e se mantém suspensa esta contagem até a fruição dos respectivos prazos de 140 ou de 80 dias (os vinte dias a mais se referem ao prazo formal para julgamento) e, a partir daí, volta-se a somar os prazos prescricionais associados a cada pena -, fornece o robusto entendimento sistemático de que a própria Lei nº 8.112, de 1990, no § 4º do seu art. 142, contempla a possibilidade de os trabalhos apuratórios prosseguirem após os prazos originários e prorrogados de 120 e de 60 dias. Se a Lei cogita da retomada dos trabalhos, sem não mais interromper a contagem, pelo prazo prescricional de cada pena (quais sejam, de mais 180 dias para advertência ou dois anos para suspensão ou cinco anos para penas expulsivas) e como o ordenamento pátrio não contempla a possibilidade de apenação sem o esgotamento contraditório das apurações em busca da verdade material, é porque a própria Lei não trata o decurso daqueles prazos de 120 e de 60 dias como fatal, mas sim o trata, tão somente, como apto à retomada da contagem prescricional contra a Administração.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:*
> *I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;*
> *II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;*
> *III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.*
> *§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.*
> *§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.*
> *§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.*

Na mesma toada, idêntica interpretação sistemática a favor da continuidade dos trabalhos apuratórios, a despeito do decurso do prazo prorrogado, se extrai da leitura do

regramento para o incidente de afastamento preventivo, conforme o art. 147 da Lei nº 8.112, de 1990, a ser detalhado em **4.3.9**. Ora, se o *caput* do dispositivo prevê que o afastamento preventivo *a priori* se estende por no máximo sessenta dias e o seu parágrafo único prevê a possibilidade de sua prorrogação até atingir os mesmos 120 dias do prazo prorrogável do PAD e menciona que tal marco temporal tem o condão de fazer cessar apenas o efeito da medida cautelar, expressando, concessivamente, que o processo como um todo pode ainda não estar concluído, é cristalino que o legislador contempla que os trabalhos apuratórios prossigam além daquele limite de 120 dias.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.*
> *Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.*

O mesmo entendimento já era esposado desde o tempo do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), como se lê em duas manifestações suas, nos termos das Formulações Dasp nº 216 e nº 279, que amparam as certezas de que deve se dar continuidade ao processo disciplinar ainda que não concluído no prazo legal (ao tempo da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, o então Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - EF, o prazo processual era de sessenta dias prorrogáveis por mais trinta, totalizando os noventa dias a que se refere a Formulação Dasp), por meio do instituto da designação de nova comissão, sem prejuízo, não obstante, da contagem prescricional. Ademais, o tema também é pacificado na jurisprudência e na doutrina.

> *Formulação Dasp nº 216. Inquérito administrativo*
> *Esgotados os 90 dias a que alude o art. 220, parágrafo único, do Estatuto, sem que o inquérito tenha sido concluído, designa-se nova comissão para refazê-lo ou ultimá-lo, a qual poderá ser integrada pelos mesmos funcionários.*
>
> *Formulação Dasp nº 279. Prescrição*
> *A redesignação da comissão de inquérito, ou a designação de outra, para prosseguir na apuração dos mesmos fatos não interrompe, de novo, o curso da prescrição.*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.962: "Ementa: Esta Colenda Corte já firmou entendimento no sentido de que a extrapolação do prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar não consubstancia nulidade susceptível de invalidar o procedimento."*
> *Idem: STF, Mandados de Segurança nº 7.015, 21.494 e 22.656; e STJ, Mandados de Segurança nº 7.066, 7.435 e 8.877 e Recursos em Mandado de Segurança nº 6.757 e 10.464*
>
> *STJ, Primeira Turma, Ministro Relator Luiz Fux, Segundo Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 802.459/PI, DJe 17/04/2012, Ementa: "1. O princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção."*
>
> *STJ, Terceira Seção, Ministro Relator Nefi Cordeiro, Mandado de Segurança nº 13.151/DF, DJe 01/10/2014, Ementa: "III - Este Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a extensão do prazo para conclusão do processo administrativo não enseja a nulidade, quando não demonstrado prejuízo à defesa do processado.*
> *IV - A declaração de possíveis nulidades no processo administrativo, segundo o princípio da instrumentalidade das formas (pas de nullité sans grief), depende da efetiva demonstração de prejuízos à defesa do servidor (MS 12803/DF. Rel.*

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção. DJe 15.04.2014), conforme orientam os precedentes deste Tribunal Superior."

"Se o prazo original de sessenta dias já tiver expirado, poderá ser concedida prorrogação por mais sessenta dias. Havendo estourado esses dois prazos, deverá ser redesignada a comissão ou feita a designação de uma outra." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 178 e 179, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005

"Esgotado o prazo e sua prorrogação, sem a conclusão dos trabalhos, (...) não restará à administração outra alternativa senão designar, de imediato, outra comissão, podendo renovar as indicações dos membros da comissão dissolvida, se acolhidas as justificativas apresentadas e continuarem os citados integrantes merecedores de confiança. (...)
Quanto ao excesso (...) no cumprimento do prazo para encerramento dos trabalhos, convém lembrar que esta circunstância não constitui causa prejudicial à apuração correta dos fatos e não nulifica o processo. (...) Presentes, portanto, motivos prevalentes de ordem pública (apuração da verdade real), não há que se falar em desrespeito às normas legais." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 140, Editora Forense, 2ª edição, 2006

"Não tendo sido cumprido o prazo, nem mesmo com a prorrogação, a autoridade instauradora tem o dever de destituir a Comissão, nomeando-se outra para prosseguir os trabalhos. (...)

A pratica permite (e a Lei não impede) que os membros da Comissão dissolvida possam vir integrar a nova Comissão, se a autoridade instauradora assim entender, levando em conta que o prazo foi ultrapassado, não por negligência ou falta de capacidade, senão por dificuldades naturais na apuração da verdade processual." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pgs. 120 e 121, Editora Consulex, 2ª edição, 1999

Por fim, atenta a todas estas ricas fontes, a Controladoria-Geral da União (CGU) positivou, no § 3º do art. 31 e no § 3º do art. 33, ambos da Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, o entendimento de que, findo o prazo prorrogado sem que os trabalhos estejam concluídos, deve a autoridade instauradora designar nova comissão de sindicância (do rito que a CGU denomina de sindicância acusatória, daí a sigla Sinac) - ou de inquérito.

IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 31.
§ 3º A comissão de SINAC poderá ser reconduzida após o encerramento de seu prazo de prorrogação, quando necessário à conclusão dos trabalhos.
Art. 33.
§ 3º A comissão de PAD poderá ser reconduzida após o encerramento de seu prazo de prorrogação, quando necessário à conclusão dos trabalhos.

Não há que se cogitar nem mesmo de obrigatoriedade de exposição de motivação a cada designação de nova comissão e a cada consecutiva prorrogação de seu prazo de trabalho. Não se nega que a motivação, como regra, faz parte dos elementos de validade do ato administrativo. Todavia, diante de um comando normativo de natureza processual, como é regulamentação do prazo, somada às circunstâncias do tema aqui em análise, a exigência de explícita motivação pode ser dispensada. E é justamente o que ocorre na presente questão, em que o regramento vigente - a saber, o *caput* do art. 152 e o parágrafo único do art. 145, ambos da Lei nº 8.112, de 1990 - estabelece prazos impróprios; ou seja, prazos cujo descumprimento não redunda em sanção. Diga-se que assim já se manifestou a jurisprudência, ao analisar similar questão, não focada na Lei nº 8.112, de 1990, mas sim no art. 49 da Lei nº 9.784, de 29 de jameiro de 1999, de inteligência perfeitamente extensível para o tema do prazo estatutário.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 145.
Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior.
Art. 152. O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.

STJ, Segunda Turma, Ministro Relator Mauro Campbell, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 588.898/RJ, DJe 06/12/2015, Ementa: "3. O entendimento do STJ é no sentido de que o prazo estipulado no art. 49 da Lei n. 9.784/99 é impróprio, considerando a ausência de qualquer penalidade prevista na citada lei ante o seu descumprimento."

Ora, se não há sanção para o agente condutor e impulsionador do processo em razão do descumprimento de tais prazos, é certo que a explicitação da motivação para a edição dos atos administrativos que determinam a continuidade do andamento processual seria mera formalidade dispensável. Compreende-se que a finalidade dos comandos estatutários em tela, mais do que homenagear aspecto meramente formal, é sim de consagrar o fim a que se destina o processo, qual seja, o de ser o meio instrumental que leva à dicção do direito material. Em outras palavras, na análise em tela, o que se interpreta como tutela da Lei nº 8.112, de 1990, não é a submissão da continuidade processual a mero prazo impróprio, mas sim a supremacia do interesse maior da busca da verdade processual acerca do fato supostamente ilícito sob discussão.

Neste rumo, o princípio da instrumentalidade das formas, incidindo em conjunto e em recíproco reforço com os princípios do formalismo moderado e do prejuízo, todos iluminam a convicção de que a motivação para sucessivas designações de novas comissões e de prorrogações de seus prazos de trabalho dispensam expressa manifestação nas respectivas portarias de pessoal e se satisfaz, de forma implícita, com a leitura dos autos, quando esta, de forma segura, indica que o estágio da instrução probatória ainda requer, para o pleno atendimento de outros princípios aqui também informadores - da busca da verdade processual, da indisponibilidade do interesse público e da oficialidade - a continuidade e o desenvolvimento dos trabalhos apauratórios para esclarecimento de fatos controversos e relevantes ainda desconhecidos. Como consequência, não merecem acolhimento eventuais alegações, advindas sobretudo do acusado, de que, sem motivação, seriam nulas as sucessivas designações de novas comissões e prorrogações de seus prazos. Estes atos, longe de causarem prejuízo à defesa, não acarretam nulidade, já que o fim maior desejado pelo regramento (que a necessária instrumentalidade como meio de seguramente se dizer o direito material acerca do fato supostamente ilícito sob apuração) resta atendido. O apego excessivo a formalismos, a ausência de concreto prejuízo à defesa e a mera alegação de nulidade presumida não respaldam este tipo de tese de defesa, reclamando do excessivo prazo processual e da falta de expressa motivação para a sucessão da continuidade apuratória, e não encontram guarida no Direito processual pátrio.

STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Herman Benjamin, Mandado de Segurança nº 24.672/DF, DJe 05/08/2020, Ementa: "Vícios nas prorrogações do prazo de conclusão do processo administrativo disciplinar.
6. O impetrante alega que foram estipulados 60 dias para a conclusão do PAD, mas a sua prorrogação somente ocorreu 12 dias após findo o prazo e que as sucessivas prorrogações carecem de motivação.
7. As sucessivas prorrogações de prazo para conclusão do Processo Administrativo Disciplinar não são, por si sós, causa de nulidade do procedimento. Ademais, a extrapolação do prazo de conclusão do processo disciplinar previsto no art. 152 da Lei 8.213/1991 não constitui nulidade, salvo

> *se comprovado prejuízo à defesa, à luz do princípio pas de nullite sans grief. Alinhados com essa compreensão: MS 22.200/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 6.9.2019; MS 17.727/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 1º.7.2015; MS 16.192/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18.4.2013; MS 15.687/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18.11.2011; AgRg nos EDcl no RMS 30.468/PE, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 19.9.2012; RMS 28.968/MT, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 3.8.2009.*
> *8. Na hipótese dos autos, a parte impetrante não invoca nenhum prejuízo à sua defesa, não podendo, no sistema de nulidade do direito brasileiro, atribuir-se a pecha de nulidade a uma estrita irregularidade formal, que não causa prejuízo algum ao direito dos sujeitos envolvidos, a que a lei não atribui expressamente o estino da invalidade jurídica."*

Analogamente ao já aduzido em **4.2.7.2** para o pedido de prorrogação, esta solicitação à autoridade instauradora, de designação de nova comissão, pode ser encaminhada por meio de ofício (preferencialmente em via virtual, por meio de correio eletrônico institucional, nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), contendo breve justificativa (descrição da fase em que se encontra o processo, do que já foi feito, do que está pendente de se fazer e dos deslocamentos previstos, se for o caso) e o registro da liberalidade a favor daquela autoridade para alterar ou para manter a composição do trio.

E tal pedido deve ser encaminhado antes da data que antecede o encerramento do prazo prorrogado, a fim de que a autoridade tenha tempo hábil para editar nova portaria de pessoal, pois não convém que exista lapso de tempo para designar nova comissão. Mas a existência de pequeno lapso de tempo entre o decurso do prazo prorrogado e a publicação da portaria de pessoal de designação de nova comissão, por si só, não acarreta prejuízo à defesa e, portanto, não contamina o processo por nulidade. Já que, havendo ou não lapso de tempo, aqui se trata de designação de novo colegiado, subentende-se que, obviamente, a antiga comissão (ainda que sua composição venha a ser mantida) não deve produzir nenhum ato naquele intervalo desamparado de portaria de pessoal, entre o fim do prazo prorrogado e a publicação da nova portaria de pessoal. Se porventura a comissão tiver produzido atos neste período, estes não devem ser utilizados, nem direta nem indiretamente, como elementos formadores de convicção; para poderem repercutir na formação de convicção, devem ser refeitos após a designação da nova comissão.

A exemplo do que ocorre com a portaria de pessoal de instauração, em regra, consigna-se o prazo máximo, de sessenta ou de trinta dias para PAD ou sindicância disciplinar na portaria de pessoal de designação de nova comissão, mas nada impede que, a critério da autoridade instauradora, seja concedido um prazo menor e/ou diferente daquele prazo originário (o que, na prática, não é empregado ou sequer recomendado). Caso a portaria de pessoal de designação de nova comissão não expresse o prazo, convenciona-se adotar aqueles prazos máximos que a Lei estabelece, conforme também entende a doutrina.

> *"Geralmente se concede o prazo máximo previsto na lei - 60 dias para o PAD e 30 dias para a sindicância -, mas se isto não for feito considera-se que o prazo é o máximo da lei.*
> *(...) nada impede que a comissão conclua os trabalhos antes do prazo fixado na Portaria.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 84, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

E, diferentemente do que ocorre com a portaria de pessoal de prorrogação, a contagem do prazo da nova comissão começa exatamente da publicação da portaria de pessoal que a designou (que, como afirmado acima, se recomenda acontecer antes do esgotamento do prazo prorrogado, a fim de não haver lapso de tempo). Pode haver então uma superposição da nova

contagem sobre alguns dias derradeiros do período total de 60 ou de 120 dias da prorrogação, obrigando-se, neste caso, que se descartem estes últimos dias superpostos do prazo prorrogado.

Reiteram-se aqui as mesmas situações já expostas em **4.2.7.2**, a cuja leitura se remete, para que se considere ou não a autoridade instauradora impedida para designar nova comissão, com base em posicionamento institucional, em peça propositiva oriunda de debates internos. Também se poupa de reproduzir as mesmas bases normativas para que a autoridade instauradora aprecie o pedido de designação de nova comissão à vista do relato das providências já tomadas e ainda a tomar pelo colegiado (a saber, o art. 27 da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017).

> *Orientação Coger nº 12*
> *Servidor que tenha atuado na sede investigativa não pode instaurar o procedimento disciplinar subsequente, prorrogar o prazo ou designar ou reconduzir nova comissão processante e integrar a comissão.*

A exemplo das portarias de pessoal de instauração e de prorrogação, na mesma linha já exposta em **4.2.2.1.1**, as portarias de pessoal de designação de nova comissão não devem indicar o nome do acusado e o fato sob apuração. A propósito, o comando da portaria de pessoal de designação de nova comissão deve determinar a constituição de novo colegiado, especificando tratar-se de comissão de sindicância disciplinar ou de comissão de inquérito, indicando os três integrantes, com nomes cargos e matrículas, e o seu presidente, com o fim de ultimar, no prazo de trinta ou de sessenta dias, as apurações das irregularidades e das demais infrações conexas que porventura surjam, fazendo remissão apenas ao nº do processo.

Quanto às instrumentalidades da publicação da portaria de pessoal de designação de nova comissão, da preservação da sua via original, da suas vias a serem juntadas aos autos, da justificativa da comissão e da alimentação da base de dados externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, da Controladoria-Geral da União - CGU), reporta-se ao que já se descreveu em **4.2.7.2**.

4.3 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - ATOS INICIAIS E CONDUTAS GERAIS

Seguindo o rito estabelecido no art. 151 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, após a instauração, dá-se início à segunda fase do processo disciplinar, chamada de inquérito administrativo. E desponta aqui uma atecnia do texto legal, ao denominar a segunda fase do processo de “inquérito”, termo que se associa à inquisitoriedade característica de ritos investigativos, à margem das garantias da ampla defesa e do contraditório, a exemplo do inquérito policial. Com o largo e já sedimentado emprego da expressão “inquérito policial” fortemente enraizado na cultura jurídica como rito meramente preparatório, é natural que o leigo, ao se deparar com a expressão “inquérito administrativo”, não cogite que justamente aí resida com toda intensidade e amplitude a natureza contraditória do processo disciplinar. E, a despeito da infeliz terminologia, a segunda fase do processo disciplinar é ricamente contraditória, conforme determina o art. 153 da citada Lei, superpondo-se à contínua garantia da ampla defesa, ofertada em todo curso das três fases processuais, já desde o *caput* do art. 143 da mesma Lei e conforme também entende a Advocacia-Geral da União, por meio do seu Parecer AGU nº GQ-55.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.*
> *Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:*

> *I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;*
> *II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;*
> *III - julgamento.*
> *Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.*

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

Em síntese, o inquérito administrativo (ou, simplesmente, inquérito), comporta os seguintes atos, na ordem: atos iniciais (instalação da comissão processante e designação do secretário); atos de instrução probatória exemplificadamente mencionados no art. 155 da Lei nº 8.112, de 1990 (notificação inicial do servidor, depoimentos, perícias, diligências e interrogatório, dentre outros, além de eventuais indiciação e citação para apresentar defesa escrita); defesa escrita, se for o caso; e relatório.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.*

Após a momentânea instauração, a cargo da autoridade instauradora (o Chefe do Escritório de Corregedoria, como regra), toda a fase de inquérito administrativo - por meio da qual se enriquece o processo com o contraditório - é conduzida pela comissão disciplinar recém-designada na portaria de pessoal inaugural, percebendo-se então mais uma atecnica do legislador ordinário, ao registrar, no *caput* do art. 149 da Lei nº 8.112, de 1990, que a comissão conduziria o processo, quando, na verdade, conduz apenas esta segunda fase, incumbindo-se de manter o diálogo processual com a defesa, à vista da busca do esclarecimento fático.

No **Anexo VI**, demonstra-se, aproximadamente, o rito do processo disciplinar, por meio de fluxogramas, com destaque para esta fase do inquérito administrativo.

4.3.1 - Ata de Instalação e Início dos Trabalhos

Designada a comissão com a instauração do processo disciplinar efetivada com a publicação da portaria de pessoal inaugural, o colegiado recebe os autos, seja fisicamente no caso de processos com suporte documental em papel, seja por meio da habilitação no sistema Processo Eletrônico (e-Processo) no caso de processos digitais. E, de imediato, convém, embora sem previsão legal, que a comissão proceda a seu primeiro ato, qual seja, a elaboração da sua ata de instalação e de início dos trabalhos, inaugurando uma dinâmica recomendada em **4.3.11.1**, a se repetir por inúmeras vezes ao longo da fase do inquérito administrativo, de deliberar a realização de ato(s), apenas expressando sua vontade, seguida da efetiva realização do(s) ato(s) deliberado(s).

Esta ata estabelece o marco inicial do funcionamento da comissão e nela, além de se expressar a data e o local de instalação do colegiado (local este que se refletirá na maioria dos atos de comunicação e termos de atos de instrução, pois assim exige o § 1º do art. 22 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999), com indicação da sala e endereço do prédio, se decide, em regra, designar secretário; analisar os autos do processo; e registram-se, se for o caso, outras

providências imediatas a serem tomadas.

> *Lei nº 9.784, de 1999. Art. 22*
> *§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.*

No caso específico do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), de diferenciado grau de normatização interna, de estruturação e de informatização, com a adoção do processo digital, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), determinada pela Ordem de Serviço (OS) Coger nº 1, de 3 de junho de 2015, e do programa de gestão na modalidade de teletrabalho, disciplinado internamente pela Portaria RFB n° 2.383, de 13 de julho de 2017, e estendido ao processo de trabalho correcional pela Portaria RFB n° 788, de 29 de maio de 2018, com a atualização promovida pela Portaria RFB nº 390, de 21 de fevereiro de 2019, por meio da qual integrantes das comissões disciplinares não necessariamente cumprirão sua jornada de trabalho na repartição, e com a criação do Grupo Nacional de Comisões (GNC), por meio do qual os trios podem ser compostos por membros de diferentes localidades, deixou de existir a configuração tradicional de comissão se instalar fisicamente em determinada sala, em geral nas dependências do Escritório de Corregedoria (Escor). Como o Direito, ciência dinâmica, não pode estar à margem do contexto social em que se insere, obviamente é de se contemplar na sua aplicação os avanços tecnológicos disponíveis, de forma ser possível que, nestes casos, o trio registre que a reunião se dá de forma remota e indique, como sua sala de instalação, a secretaria do Escor, excepcionalmente, ou a secretaria da Corregedoria (Coger), dependendo se a autoridade instauradora foi Chefe de Escor ou o Corregedor.

Se somente neste momento inicial a comissão recebe o processo, é de se presumir que, até então, seus integrantes não têm integral conhecimento dos fatos autuados e que lhes incumbe esclarecer. Por tal motivo lógico, não soa razoável que o colegiado já inclua nesta ata inaugural a deliberação de notificar inicialmente como acusado qualquer servidor.

Neste momento inicial, convém que a comissão faça uma leitura detalhada do processo - se possível, concomitantemente, elaborando um resumo dos autos (que será útil não só para o imediato entendimento do caso mas também para instruir eventos posteriores dos trabalhos) -, com o fim de identificar claramente qual o objetivo (“o que se quer esclarecer?”) e uma estratégia de ação para atingi-lo (“como esclarecer?”).

Neste rumo, é fundamental que a comissão identifique clara e delimitadamente um objetivo a perseguir no processo. Ou seja, o colegiado tem de identificar qual é o fato supostamente ilícito a esclarecer, que provocou o juízo de admissibilidade com decisão de instauração. É sempre extremamente improdutivo, além de acarretar variadas formas de desgaste, quando a comissão abre demasiadamente o foco apuratório. Ato contínuo, sem que aqui se cogite de expressar em deliberação (visto que pode haver justificadas mudanças no rumo originalmente traçado), a comissão deve discutir e elaborar uma sequência de atos instrucionais que, em princípio, levarão a esclarecer o objetivo identificado.

4.3.2 - Desnecessidade de Comunicação da Instalação, Salvo em Caso de Improbidade Administrativa

Além de não haver expressa determinação normativa ordenando que a comissão comunique à autoridade instauradora o início dos trabalhos, o local de instalação, com indicação da sala e do endereço do prédio, e o horário de funcionamento, nem mesmo como mera praxe se justifica adotar esta iniciativa. Embora se reconheça que, no contexto instrumental do início da implantação do sistema correcional da Secretaria Especial da

Receita Federal do Brasil (RFB) já vigorou tal praxe, hoje é totalmente dispensável emitir um documento, ainda que meramente virtual, tão somente para comunicar ao Chefe do Escritório de Corregedoria (Escor) que a tarefa - que ele mesmo acabou de determinar - teve seu início deflagrado, sobretudo com o atual estágio de elaboração, organização, aparelhamento e infraestrutura da corregedoria, em que, na imensa maioria dos casos, as comissões se instalam nas próprias dependências do Escor e se dedicam integralmente nas oito horas de jornada diária à atividade correcional, apenas muito excepcionalmente se utilizando das dependências das unidades locais (de lotação ou de exercício do servidor representado ou acusado ou de ocorrência do fato, se diferentes).

Caso, de forma muito excepcional e residual, a comissão seja composta por servidores convocados, estranhos ao sistema correcional, e se encontre instalada na unidade de lotação ou de exercício do servidor representado ou acusado ou, ainda muito mais residualmente, na unidade de ocorrência do fato, até pode se justificar o envio de tal comunicado à autoridade instauradora, por meio de correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), já que não há a ciência e o controle automáticos propiciados pela proximidade. Em complemento, nesta hipótese pouco frequente, além de informar o início dos trabalhos e o local de instalação, convém ainda que a comissão informe também à autoridade instauradora, no mesmo expediente, o seu horário de funcionamento, que pode ser igual ou menor à jornada diária de oito horas de trabalho, dependendo do quanto o colegiado conceda ou não para si a prerrogativa da dedicação integral ao trabalho correcional, conforme se abordará em **4.3.10.2.1**.

Mas, por outro lado, por expressa determinação legal (a saber, o *caput* do art. 15 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992), no rito que descreverá em **4.4.12.4** e em **4.7.4.4.1.c**, especificamente em casos de apuração de improbidade administrativa, a comissão deve expressar, ao Ministério Público Federal (MPF) e ao Tribunal de Contas da União (TCU), de forma bastante sintética, que, em atendimento àquele comando legal, comunica a instauração de processo disciplinar em face de determinado servidor (indicando apenas o nº do processo, o nome e o nº de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF do acusado). No caso do MPF, o ofício em questão deve ser remetido à sede da Procuradoria da República do estado da Federação do local do fato apurado, situada na respectiva capital. Analogamente, no caso do TCU, o ofício deve ser remetido à sede da Secretaria do TCU, também do mesmo estado da Federação do local do fato apurado, igualmente situada na respectiva capital. Há uma sede da Procuradoria da República e uma sede da Secretaria do TCU em cada estado da Federação. A inteligência deste comando legal resta expressada no respectivo parágrafo único, que é de suprir a possibilidade de os dois órgãos de controle terem interesse em designar membro ou agente seus para acompanharem de perto o feito apuratório contraditório.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.*
> *Parágrafo único. O Ministério Público ou o Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.*

A fim de evitar alegação de pré-julgamento e precipitada provocação do MPF e do TCU, deve a comissão limitar este imediato comunicado logo no início do inquérito administrativo a casos de inequívoca apuração de improbidade administrativa e que possuem expressa e excludente definição legal como tal, quais sejam, de apuração de possíveis atos ensejadores de enriquecimento ilícito ou de dano ao erário, capitulados nos arts. 9° e 10 da Lei n° 8.429, de 1992, ou de atos ou atividades configuradores de conflito de interesses, capitulados nos art. 5° ou 6° e no art. 12, todos da Lei n° 12.813, de 16 de maio de 2013. Em tais casos, em sintéticas palavras, em que todas as possibilidades conclusivas e julgadoras praticamente já advêm desde o fim dos trabalhos investigativos da fase de admissibilidade (a

saber, ou se tem decisão pelo arquivamento ou se tem decisão configuradora do ato de improbidade administrativa), ao analisar os autos após tê-los recebido da autoridade instauradora e tomado as iniciativas iniciais descritas em **4.3.1**, cabe a comissão promover o imediato comunicado.

Mas, de outro lado, salvo especificamente uma inequívoca convicção preliminar por parte da comissão já de início da fase de inquérito administrativo em algum caso concreto peculiar, os demais atos funcionais passíveis de serem enquadrados como improbidade administrativa no art. 11 da Lei n° 8.429, de 1992, em geral também passíveis de terem outros enquadramentos, a exemplo de valimento de cargo, no inciso IX do art. 117 da Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990, por uma postura de cautela e de prudência, podem ser comunicados no momento da indiciação, quando a comissão firma uma primeira convicção externalizável. Esta última hipótese se refere à possibilidade de atos funcionais infracionais que comportam enquadramento tanto em valimento de cargo ou em outro ilícito mais específico quanto enquadramento em improbidade administrativa, ficando tal dosimetria a cargo da comissão em razão direta do grau de refração menor ou maior em relação à conduta funcional, ponderação esta somente possível de se manifestar pela primeira vez nos autos ao fim da instrução probatória, na indiciação.

A cautela se justifica porque, ademais, segundo o art. 16 da Lei n° 8.429, de 1992, havendo indícios de responsabilidade, deve ainda a comissão pedir ao MPF que este requeira ao juízo o sequestro de bens do acusado.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.*

Apenas naqueles três casos de expressa e prévia definição de ato configurador de improbidade administrativa, não deve a comissão postergar a comunicação para o momento em que se configurar a convicção preliminar ou conclusiva do cometimento da infração (que em geral seria na indiciação, ou menos ainda após sopesar a defesa, no relatório).

E em qualquer hipótese material configuradora de ato de improbidade administrativa, seja ao tempo que tiver de ser, não deve a comissão deixar de proceder ao comunicado mesmo em hipóteses em que a instauração tenha decorrido de representação de um daqueles dois órgãos ou de operação conjunta de que o *Parquet* também tenha participado.

Uma vez que a intenção do legislador é salvaguardar a prerrogativa de aqueles dois órgãos de controle acompanharem o feito contraditório em que se apura improbidade administrativa, a interpretação é de que a comissão, no momento em que enfim vislumbra que o fato narrado pode, ainda que em tese, ensejar aquele grave enquadramento, deve fazer breve comunicação àqueles dois órgãos, por meio de ofício assinado pelo presidente, extraído em duas vias (a norma não exige fornecimento de cópias). Não obstante, não se confunda eventual ausência deste comunicado com nulidade processual, conforme alerta a jurisprudência.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 15.021, Decisão: "Isso porque, ao que me parece, a regra do artigo 15 da Lei nº 8.429/92 está direcionada para que o Ministério Público e o Tribunal de Contas tomem providências inibidoras e responsabilizadoras do eventual ato de improbidade no âmbito de suas competências constitucionais próprias, de modo que seria descabida e imprópria a sua intervenção em sede de processo administrativo disciplinar, já que, nessa seara, inafastável o princípio da independências das instâncias.*
> *À falta de ciência desses órgãos pode acarretar a responsabilidade administrativa daqueles que tinham o dever de cientificar aquelas autoridades*

> *e não o fizeram, constituindo, para o processo administrativo disciplinar, mera irregularidade, incapaz de nulificá-lo."*

Ainda acerca desta comunicação ao MPF de existência de apuratório de improbidade administrativa, diante da ramificação e da capilaridade do *Parquet* no território nacional, é pertinente que o ofício seja remetido para sede da Procuradoria da República daquele estado da Federação do local dos fatos apurados, situada na capital do estado (ou para a sede do Distrito Federal - DF, em Brasília, se for o caso). Em cada estado federado (e no DF), há uma unidade da Procuradoria da República em sua capital (e em Brasília) e em alguns outros municípios. Não sendo possível ao sistema correcional da RFB saber qual a atual estrutura regimental de cada Procuradoria da República e qual a especialização de cada unidade (se em combate à corrupção ou se em áreas criminal ou cível), é pertinente a remessa para a sede da Procuradoria da República situada na capital do estado (ou em Brasília), aos cuidados do respectivo Procurador-Chefe naquele estado (ou no DF), a fim de deixar a seu encargo o devido encaminhamento interno. Assim, na hipótese de os fatos sob apuração (ou de a unidade de lotação ou de exercício do servidor, no caso de enriquecimento ilícito, que não se prende a uma territorialidade) repousarem em município (ou até mesmo em município e estado, independentemente de Região Fiscal) diferente(s) daquele(s) em que se sedia a unidade de correição promovedora dos trabalhos apuratórios, deve o ofício ao MPF ser dirigido à unidade da Procuradoria da República situada na capital daquela unidade federativa, para que internamente o próprio *Parquet* diligencie as medidas ministeriais porventura cabíveis.

Já no caso desta comunicação ao TCU de existência de apuratório de improbidade administrativa, é pertinente que o ofício seja remetido para sede da Secretaria do TCU daquele estado da Federação do local dos fatos apurados, situada na capital do estado (ou para a sede do Tribunal, em Brasília, para o caso do DF). O Tribunal tem menores ramificação e capilaridade no território nacional que o MPF: em cada estado federado, há apenas uma Secretaria do TCU em sua capital, além da sede da Corte, em Brasília, na qual é centralizada a Secretaria de Controle Externo da Fazenda Nacional (SecexFazen), responsável pela atuação que aqui interessa. Com exceção dos casos da jurisdição no DF, que podem ser oficiados diretamente para a SecexFazen em Brasília, é pertinente a remessa para a sede da Secretaria do TCU situada na capital do estado, aos cuidados do respectivo Secretário naquele estado, a fim de deixar a seu encargo o devido encaminhamento interno para a aquela unidade central especializada. Assim, na hipótese de os fatos sob apuração (ou de a unidade de lotação ou de exercício do servidor, no caso de enriquecimento ilícito, que não se prende a uma territorialidade) repousarem em município (ou até mesmo em município e estado, independentemente de Região Fiscal), diferente(s) daquele(s) em que se sedia a unidade de correição promovedora dos trabalhos apuratórios, deve o ofício ao TCU ser dirigido à Secretaria do TCU situada na capital daquela unidade federativa, para que internamente o próprio Tribunal diligencie as medidas de controle porventura cabíveis.

Acrescente-se que a Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, determina, em seu art. 8º, que a autoridade instauradora comunique ao órgão de representação judicial (a Advocacia-Geral da União) a existência de indícios de ato de improbidade administratriva suscitador de enriquecimento ilícito ou de dano ao erário, a fim de propiciar a busca da indisponibilidade dos bens do infrator.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 8º Quando identificados indícios de ato de improbidade que cause lesão ao patrimônio público ou enseje enriquecimento ilícito, a autoridade instauradora deverá comunicar ao órgão de representação judicial com vistas à adoção das medidas cabíveis para a indisponibilidade dos bens do investigado, acusado ou indiciado, sem prejuízo de outros encaminhamentos previstos em lei.*

A rigor, este comando normativo menciona a possibilidade de, cautelarmente, a Administração impedir a intenção de o servidor, já desde sua condição de investigado, dispor de seu patrimônio. Ou seja, este comunicado à AGU pode ser feito, a critério da autoridade instauradora, ainda na fase de admissibilidade ou no momento de exaração do respectivo juízo ou no curso do processo disciplinar decorrente.

4.3.3 - Designação do Secretário

Encerrando a concretização dos atos deliberados na ata inaugural, segue-se a designação do secretário da comissão, por exigência do § 1º do art. 149 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. A comissão deve ter um secretário, designado pelo presidentpreferencialmente com prática em digitação e em elaboração de expedientes em geral, pois a ele, a priori (sem ser regra fixa) incumbem os serviços de expediente do colegiado (digitação, extração e fornecimento de cópia, concessão de vista, entrega e recebimento de documentos, etc). O citado dispositivo legal estabelece como requisito que o secretário seja servidor (o que exclui empregado celetista e terceirizado) e prevê a possibilidade de a designação recair sobre um dos membros; mas também pode ser designado algum servidor estranho à comissão e que nem sequer seja estável. Em ambas as possibilidades, o encargo de secretário é irrecusável, a menos de causa justificável.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 149.*
> *§ 1º A comissão terá como secretário servidor designado pelo seu presidente, podendo a indicação recair em um de seus membros.*

No atual grau de elaboração do sistema correcional da secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e atento à escassez de pessoal, não mais é comum a designação deste servidor estranho à comissão, sendo largamente empregado (e até mesmo recomendável, para melhor distribuição e utilização da força de trabalho do quadro próprio) que o presidente escolha, em comum acordo com os dois outros membros, quem acumulará as funções de secretário.

Aduz-se também que, com a irreversível adoção dos avanços tecnológicos pela processualística disciplinar e com o crescente emprego do grupo de atividades administrativas do próprio Escritório de Corregedoria (Escor) para tarefas que obrigam deslocamentos, a tendência é de os encargos meramente repetitivos e mecanizados que recaíam sobre o secretário se diluírem. Ademais, reitere-se que não há uma rígida atribuição de tarefas exclusivamente ao secretário, não havendo qualquer nulidade se atos aprioristicamente de sua alçada sejam realizados pelo presidente ou pelo outro vogal.

Se a indicação recair sobre um dos vogais da comissão, sem qualquer prejuízo para a defesa, a designação pode ser considerada formalizada nos autos por meio simplesmente de uma ata (inclusive da ata de instalação e início dos trabalhos, já indicando neste documento quem será o secretário). Uma vez que, obrigatoriamente, este servidor já foi devidamente qualificado para atuar no processo, por meio de um elemento de muito maior relevância e força, que é a portaria de pessoal de instauração, pode-se dispensar a formalidade de se editar portaria de pessoal específica do presidente da comissão. Neste caso, além de atuar com voz e voto nas deliberações e na condução do apuratório, *a priori*, este servidor se encarrega da parte burocrática dos trabalhos.

Por outro lado, se a indicação recair sobre servidor estranho à comissão, até então não autorizado formalmente a atuar no processo, convém que a designação seja feita por meio de portaria de pessoal específica do presidente e que este ato seja publicado no boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, no caso, é o Boletim de Serviço da RFB - BS RFB). A cautela se justifica, pois esta pode ser a única forma de se amparar o acesso deste servidor aos autos, em eventual deslocamento da sede ou a dedicação de horas de trabalho ao

processo. A procedimentalização para a aposição da assinatura digital e para a publicação da portaria de pessoal no BS RFB e a recomendação para que se juntem aos autos a impressão da versão em extensão "*portable document format*" (pdf) da portaria de pessoal e a(s) página(s) do Boletim que a contempla(m) podem ser revistas em **4.2.1.1**, de repetição desnecessária e a cuja leitura se remete.

Ainda nesta segunda hipótese, o secretário não participa, com direito a voto, das deliberações e não goza das prerrogativas de integrantes da comissão (avaliações funcionais máximas). Em outras palavras, o excepcional recurso, previsto na Lei, de a comissão contar com a força de trabalho de uma quarta pessoa não se confunde com o trio condutor do inquérito administrativo se transformar em uma tétrade. Este secretário não se torna membro do colegiado; apenas o auxilia nas tarefas burocráticas.

4.3.4 - Notificação Inicial do Servidor para Acompanhar o Processo como Acusado

4.3.4.1 - Deliberação Específica, Comunicações e Formas de Entrega

Em princípio, após a fase de admissibilidade em que se levantam indícios de materialidade e de autoria que conduzem à suspeita sobre um servidor, instaura-se o processo disciplinar. Concluídas as providências iniciais dispostas na ata de instalação e início dos trabalhos (em que se incluía analisar os autos), dando efetivamente início à fase de instrução, a comissão deve notificar o servidor da instauração do processo no qual a existência de elementos que *a priori* o relacionam com os fatos a serem apurados indica que deve figurar como acusado (ou imputado). Ressalve-se que "acusado" é o termo (mais uma vez atécnico) que a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, emprega para qualificar aquele a quem se deve garantir acesso aos autos e participação na instrução probatória, a fim de exercitar suas prerrogativas de ampla defesa e de contraditório, asseguradas no seu art. 153 e no *caput* do seu art 156 e também na manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU) exarada no seu Parecer AGU nº GQ-55.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.*
> *Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.*
>
> *Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: "Ementa: Em virtude dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o servidor que responde a processo disciplinar deve ser notificado da instauração deste imediatamente após a instalação da comissão de inquérito e, em qualquer fase do inquérito, cientificado dos atos processuais a serem praticados com vistas à apuração dos fatos, de modo que, tempestivamente, possa exercitar o direito assegurado no art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990. (...)*

Não obstante a forma extremamente restritiva e cautelosa com que se procede à fase de admissibilidade para em cujo final se considerarem os indícios suficientes a se determinar a onerosa instauração de processo disciplinar, o dever de esgotar aqui todas as viabilidades procedimentais obriga a não descartar de todo a hipótese de, neste momento inicial, não haver nos autos alguém a quem se atribuir a condição de acusado. Daí, nesta senda excepcionalíssima, menciona-se a rara possibilidade de a comissão não ter desde já a quem notificar inicialmente como acusado antes de proceder a alguns atos de instrução, conforme se

abordará em **4.3.4.2**.

Deve-se reconhecer que, a rigor, a Lei nº 8.112, de 1990, não previu de forma expressa a notificação inicial da condição de acusado. Mas, por óbvia leitura principiológica, extrai-se a necessidade de se dar notícia ao servidor da existência do processo disciplinar, a fim que ele possa exercitar suas garantias constitucionais de ampla defesa e de contraditório.

Na lacuna legal, a positivação da notificação inicial encontra mais forte repouso na norma de maior envergadura do órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal. A saber, a Controladoria-Geral da União (CGU), não por acaso, diante da omissão do legislador, cuidou de pacificar de forma inconteste a absoluta imprescindibilidade de tal ato processual a cargo da comissão, no § 4º do art. 33 da sua Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 33.*
> *§ 4º O acusado deverá ser notificado pela comissão sobre a instauração do PAD, sendo-lhe facultado o direito de acompanhar todos os atos instrutórios, pessoalmente ou por meio de procurador.*

Na mesma linha, mais próxima ao foco orgânico em tela, antes mesmo da edição da citada IN CGU, o art. 6º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, e o art. 7º da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, que dispõem sobre a apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Economia (ME) como um todo e especificamente da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), já positivavam a necesidade de se entregar a notificação ao acusado logo após instaurado o processo disciplinar.

> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 6º Instaurada a sindicância disciplinar ou o processo administrativo disciplinar, o servidor será notificado para, na condição de acusado, acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, oportunidade na qual o presidente da comissão comunicará expressamente esse fato à autoridade instauradora e ao titular da unidade de lotação ou de exercício do acusado.*

> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 7º Instaurada a sindicância disciplinar ou o PAD, o servidor será notificado para, na condição de acusado, acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, oportunidade na qual o presidente da comissão disciplinar comunicará expressamente esse fato à autoridade instauradora e, se diferente, ao titular da unidade de lotação ou de exercício do acusado.*

Percebe-se na leitura dos diversos comandos ao longo dos Títulos IV e V da Lei nº 8.112, de 1990, que o legislador empregou, equivocada e contrariamente ao adotado na legislação penal, os termos “acusado” e “indiciado. Na instância criminal, primeiramente no curso do inquérito policial, em que se levantam indícios da conduta, o investigado pode ser chamado de “indiciado”; caso o Ministério Público apresente denúncia, passa a ser chamado de “denunciado”; e se o juízo aceitar a peça ministerial, no curso da ação penal, sua situação se agrava para “réu” ou “acusado”. Na processualística disciplinar, em irrefutável demonstração de má técnica redacional por parte do legislador ordinário, na fase inicial da instrução, quando se têm apenas indícios contra o servidor, determinantes tão somente da instauração do processo, e ainda não se faz nenhuma acusação formal, a Lei chama o servidor de acusado. E, ao final da instrução, se for o caso, quando a comissão aperfeiçoa aqueles indícios deflagradores em provas e enfim formaliza a acusação, a Lei chama este ato de indiciação e, por conseguinte, o servidor passa a ser referido como indiciado. No processo disciplinar, por obra desta atecnia legislativa, a condição de indiciado é mais grave que a de acusado, conforme atesta a doutrina.

> *“Na processualística disciplinar, desde a publicação da portaria instauradora*

> *do processo, a pessoa a quem se atribuem as irregularidades funcionais já desponta como acusada ou imputada, vindo a adquirir a classificação de indiciado somente depois, na oportunidade em que a Comissão de Disciplina, com base nos fatos apurados, concluir que o acusado deva ser enquadrado num determinado tipo disciplinar, elaborando, numa síntese articulada da instrução, o rol das acusações existentes (...).” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 141, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*
>
> *“(...) o termo acusado não significa condenado nem culpado. É apenas um termo técnico que deixa claro que aquela pessoa precisa se defender da acusação que contra ela está sendo lançada. No processo penal a pessoa que responde ao processo criminal é chamada de réu e ninguém contesta este termo. Aqui, no processo disciplinar, chamamos de acusado, não há nenhum problema nisso. Aliás, é muito bom que se use esse termo porque o indigitado servidor irá se preocupar com o processo e irá buscar realmente se defender. Se ele é chamado de envolvido pode pensar que a situação não é tão perigosa e negligenciar sua defesa.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 102, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Como mera recomendação, a favor da maior cautela, convém que a notificação inicial seja precedida de uma ata de deliberação específica para este fim, não sendo conveniente fazê-lo na ata de instalação e início dos trabalhos, conforme já exposto em **4.3.1**, antes de formalmente a comissão analisar o processo, de cujo teor ainda não possui pleno conhecimento por ter acabado de recebê-lo, pois isto, em tese, pode suscitar alegação de pré-julgamento. Em que pese a esta alegação ser facilmente contornável, a cautela acima a evita.

Na oportunidade, por expressa determinação dos acima já reproduzidos art. 6º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, do art. 7º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, deve a comissão deliberar também comunicar a notificação inicial do servidor à autoridade instauradora e ao titular da unidade de lotação do servidor (ou de exercício, se diferente). Tais comunicados, a serem concretizados após a efetivação da notificação inicial, podem tomar forma de ofícios, enviados por meio do correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002). O comunicado para o titular da unidade (o qual, obviamente, somente se justifica se este titular não for a autoridade instauradora, no exercício da parcela concorrente de competência correcional atribuída no inciso IV do art. 341 do Anexo I do Regimento Interno da RFB e reproduzida no inciso IV do *caput* do art. 2° da Portaria RFB n° 6.483, de 2017), além de informar a notificação inicial do servidor, deve incluir ainda o teor do art. 8° da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, qual seja, as repercussões na sua vida funcional em razão de sua condição de acusado, que serão apresentadas em **4.3.7.1**. Justamente em razão de tais repercussões, algumas da alçada da Divisão de Gestão de Pessoas (Digep), no caso de fato ocorrido em Agência da Receita Federal do Brasil (ARF), convém que esta comunicação seja dirigida ao Delegado da respectiva Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF).

Estas comunicações a cargo da comissão para a autoridade instauradora e para o titular de unidade local são importantes, imprescindíveis e vinculadas nas normas acima, visto de seus teores não necessariamente os dois destinatários terem inferências, diferentemente da dispensável comunicação de início dos trabalhos que outrora já se utilizou. Ademais, este comunicado à autoridade local a alerta e a vincula a tomar as providências acautelatórias sobre a vida funcional do servidor (sem tal comunicado, aquela autoridade jamais saberá da condição de acusado do seu servidor); e o comunicado à autoridade instauradora a provoca a alimentar as bases de dados necessárias.

Em linha similar, visando aos mesmos fins, de controlar as repercussões da condição de acusado na vida funcional do servidor, a já mencionada IN CGU nº 14, de 2018, no § 7º do

seu art. 33, determina que a comissão comunique a notificação inicial à unidade de recursos humanos do órgão (no caso da RFB, seria a Coordenação de Gestão de Pessoas - Cogep, ou a Divisão de Gestão de Pessoas - Digep). Como esta inteligência resta atendida com o cumprimento dos comandos acima da Portaria MF nº 42, de 2013, e da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, basta o comunicado ao titular da unidade, conforme preconizam as normas mais próximas do foco orgânico.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 33.*
> *§ 7º A comissão de PAD deverá, tão logo realize a notificação prévia do acusado, comunicar a unidade de recursos humanos, para os fins de que trata o art. 172 da Lei nº 8.112, de 1990.*

Conforme já mencionado em **2.1.1** e se detalhará em **4.3.7.1**, nos termos que se extraem extensivamente dos arts. 3º, 4º e 6º da Portaria Coger-ME nº 12.456, de 29 de novembro de 2019, sendo a notificação inicial da condição de acusado uma ocorrência no curso do inquérito administrativo, cabe à comissão alimentar as bases de dados tanto externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, da CGU), quanto de um sistema interno (de gestão de pessoas, o Sistema de Apoio às Atividades Administrativas - SA3), informando nome(s) e dados funcionais do(s) acusado(s), a fim de que a Divisão de Análise Correcional (Diaco que absorveu as competências do extinto Serviço de Controle da Atividade Correcional - Secac a partir do Regimento Interno da RFB aprovado pela Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020) possa ter um rol atualizado dos servidores que respondem a processo disciplinar, visto ser sua competência prestar tal tipo de informação, nos termos atualizados do art. 4º da Portaria Coger/Cogep nº 1, de 18 de novembro de 2011.

Importante esclarecer que, como regra geral, a condição de acusado em processo disciplinar se estende em face de um servidor desde a entrega da notificação inicial que lhe comunica a relação processual inaugurada até o julgamento por parte da autoridade competente. O fim da subfase de instrução probatória (tendo tido ou não indiciação e coleta de defesa escrita) e o início da subfase de elaboração de relatório, ao final da fase de inquérito administrativo, ainda não são suficientes para afastarem aquela condição contrária ao servidor e, em conseguinte, de excluir seu nome do polo passivo da relação processual e do rol de acusados.

Ressalve-se que, no caso específico do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), de diferenciado grau de normatização interna, de estruturação e de informatização, com a adoção do processo digital, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), determinada pela Ordem de Serviço (OS) Coger nº 1, de 3 de junho de 2015, e do programa de gestão na modalidade de teletrabalho, disciplinado internamente pela Portaria RFB n° 2.383, de 13 de julho de 2017, e estendido ao processo de trabalho correcional pela Portaria RFB n° 788, de 29 de maio de 2018, com a atualização promovida pela Portaria RFB nº 390, de 21 de fevereiro de 2019, por meio da qual integrantes das comissões disciplinares não necessariamente cumprirão sua jornada de trabalho na repartição, e com a criação do Grupo Nacional de Comisões (GNC), por meio do qual os trios podem ser compostos por membros de diferentes localidades, há repercussões no conteúdo da notificação inicial.

À vista das ressalvas acima, para atender toda inteligência implícita e explícita dos princípios reitores e da positivação do art. 153 e do *caput* do art. 156, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, o corpo da notificação inicial deve conter informações relevantes para o acusado, que se listam a seguir.

- A condição de acusado do servidor no referido processo, sem descrever os fatos, sequer de forma sucinta, conforme manifestações da AGU, novamente no já citado Parecer AGU nº GQ-55, e da jurisprudência.

Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: "9. Não se coaduna com o regramento do assunto a pretensão de que se efetue a indicação das faltas disciplinares na notificação do acusado para acompanhar a evolução do processo, nem essa medida seria conveniente, eis que seria suscetível de gerar presunção de culpabilidade ou de exercer influências na apuração a cargo da comissão de inquérito."

STF, Recurso em Mandado de Segurança n° 4.147: "Ementa: Inexiste nulidade no fato da notificação decorrente de processo administrativo disciplinar não indicar, de forma precisa, os fatos imputados aos notificados, pois, nessa fase, os mesmos ainda dependem de apuração, de modo que, concluída a fase instrutiva, procede-se através de termo próprio, à indicação das irregularidades apuradas e seus respectivos responsáveis, como meio de propiciar-lhes a efetiva defesa escrita, consoante determina o art. 161 da Lei n° 8112/90."

STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 22.134: "Ementa: (...) 2. A portaria inaugural, bem como a notificação inicial, prescindem de minuciosa descrição dos fatos imputados, que se faz necessário apenas após a fase instrutória, onde são apurados os fatos, com a colheita das provas pertinentes."

STJ, Mandado de Segurança nº 12.983: "Ementa: (...) III - A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração ou na citação inicial."

- Todos os direitos e meios de acompanhar o processo, de contestar provas e de produzir suas próprias provas a seu favor (convém reproduzir o texto do *caput* do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, embora não seja obrigatório e não é causa de nulidade não fazê-lo, visto que a Lei não exige e presume-se de todos os servidores o conhecimento de normas oficialmente publicadas e regularmente em vigor);

- Registro de que todas as petições da defesa, sobretudo para realização de ato de instrução processual, devem ser apresentadas por escrito, preferencialmente por intermédio da funcionalidade de solicitação de juntada de documento (SJD) do sistema e-Processo, na hipótese de acusado ativo não licenciado ou afastado, ou virtualmente, pelos endereços eletrônicos da caixa corporativa criada pelo GNC para cada colegiado ou de seus integrantes, no correio eletrônico institucional; ou ainda, alternativamente, por meio da via postal, endereçadas para a sala onde se encontra instalada a comissão, podendo-se indicar a secretaria do Escritório de Corregedoria (Escor) ou a secretaria da Corregedoria (Coger), dependendo se a autoridade instauradora foi Chefe de Escor ou o Corregedor, caso os membros da comissão tenham aderido ao programa de gestão na modalidade de teletrabalho, ou por entrega pessoalmente nesta mesma sala; registrando sempre quedesde já, as petições sempre devem indicar a relação de pertinência do pedido com o objeto do processo em curso;

- Alerta de que, no caso de acusado ativo não licenciado ou afastado, imediatamente após a realização da notificação inicial, a comissão lhe concederá habilitação, por meio de funcionalidade própria do sistema e-Processo, a fim de acessar a íntegra dos autos, como forma de, desde o início da relação processual e a qualquer tempo, conceder total conhecimento do que consta do processo, suprindo, inclusive, a ausência de especificação dos fatos na notificação inicial (antecipe-se que, em respeito à amplitude de defesa, esta habilitação deve ser preservada até a fase de julgamento);

- Ressalva de que, no caso de acusado ativo licenciado ou afastado ou inativo ou ex-servidor, em lugar da informação acima sobre habilitação, que a notificação inicial se faz acompanhar de cópia integral do processo, com registro do número de folhas,

informando ainda que futuros fornecimentos de cópia se darão nos moldes da Portaria Coger n° 62, de 4 de julho de 2008;

- Com as ressalvas acima introduzidas do uso do sistema e-Processo, da adoção do programa de gestão na modalidade de teletrabalho e da criação do GNC, perde sentido a superada praxe de indicar horário de atendimento presencial na sala de instalação do colegiado, devendo-se, sim, fazer menção à necessidade de a defesa buscar contato prévio pelos endereços eletrônicos da caixa corporativa criada pelo GNC para cada colegiado ou de seus integrantes, no correio eletrônico institucional, ou por linha telefônica da secretaria do Escor ou da Coger quando necessitar de contato a qualquer tempo e em especial para o exercício de qualquer direito de defesa ao longo do inquérito administrativo que dependa de agendamento prévio para reunião presencial ou por intermédio de videoconferência (se entender(em) pertinente e a seu exclusivo critério, caso a caso, um ou todos os membros da comissão pode(m) disponibilizar para o acusado, além de seus endereços eletrônicos, seu(s) telefone(s) fixo(s) e/ou celular(es) pessoal(is), a fim de facilitar o contato da defesa com o colegiado);

- Nos termos já expostos em **2.5.6.2.4.b**, convém que se registrem duas informações, acerca de dados pessoais do acusado eventualmente autuados, em atenção à Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). A primeira informação é de que, em razão do agir da unidade de correição em cumprimento de obrigação legal, amparada no inciso II do art. 7º, combinado com os incisos I e XVI do art. 5º - ou amparada na alínea "a" do inciso II do art. 11, combinada com os incisos II e XVI do art. 5º, se for o caso de se tratar de dados pessoais sensíveis - , e no *caput* do art. 26, todos da Lei nº 13.709, de 2018, para o que se dispensa consentimento de parte do titular, não só o tratamento de dados pessoais, com as devidas proteções legais, é autorizado como também há possibilidade de compartilhamento com outros processos disciplinares, com processos administrativos de responsabilização de pessoal jurídica (PAR) no âmbito da própria Corregedoria ou com outras subinstâncias internas da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB, tais como de fiscalização ou de controle aduaneiro ou de gestão de pessoas) ou com instâncias externas administrativas (como, por exemplo, a Controladoria-Geral da União - CGU ou a Advocacia-Geral da União - AGU) ou judiciais (penal e civil, por exemplo). A segunda informação é de que, nos termos do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, do *caput* do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, e do *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a cláusula do sigilo que acoberta os documentos preparatórios utilizados como fundamento de tomada de decisão (como são os documentos autuados desde a fase de admissibilidade e na fase de inquérito administrativo) é retirada com a edição do ato decisório respectivo (a decisão final do processo disciplinar). E também se faz necessário que se registre o alerta, com relação a dados pessoais de outrem porventura autuados, que o irrestrito acesso aos autos é concedido ao acusado em atenção à garantia da máxima concretização dos direitos à ampla defesa e ao contraditório e que o tratamento irregular daqueles dados ou a utilização indevida de documentos ou de arquivos de imagem ou de áudio e vídeo de terceiros, sem prejuízo de independente repercussão disciplinar, pode sujeitar o servidor ou até mesmo seu procurador ao procedimento específico de responsabilização de que trata o art. 52, em conjunto com o art. 47, ambos da LGPD. A imediata emissão das informações e do alerta acima descritos é estrategicamente interessante porque a cautela passa a se refletir e a se aproveitar para todo o processo disciplinar, dispensando sua repetição ato a ato.

Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º

§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.

Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.

Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:
I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;
XVI - uso compartilhado de dados: comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados;
Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:
II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:
II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:
a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
Art. 26. O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei.
Art. 47. Os agentes de tratamento ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento obriga-se a garantir a segurança da informação prevista nesta Lei em relação aos dados pessoais, mesmo após o seu término.

IN CGU/CRG nº 12, de 2011 - Art. 2º Poderão ser realizadas audiências e reuniões por meio de teletransmissão de sons e imagens ao vivo e em tempo real, destinadas a garantir a adequada produção da prova, sem prejuízo de seu caráter reservado, nos procedimentos de natureza disciplinar ou investigativa.
Art. 7º O registro audiovisual gerado em audiência deverá ser juntado aos autos, sem necessidade de transcrição em ata, sendo disponibilizado à defesa o acesso ao seu conteúdo ou à respectiva cópia. (Redação dada pela Instrução Normativa CGU/CRG nº 5, de 21 de fevereiro de 2020)

- Determinação de que, à luz do art. 162 da Lei nº 8.112, de 1990, e do inciso II do art. 7º da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, o acusado informe à comissão seus afastamentos que possam prejudicar a instrução probatória;

- Pedido de fornecimento de todos os meios de contato que porventura o servidor queira disponibilizar para a comissão, tais como endereço residencial, telefones fixos e celulares, endereços eletrônicos particulares, serviços ou aplicativos de mensagens instantâneas e redes sociais das quais participe e que informe seus afastamentos que possam prejudicar a instrução probatória, ao amparo do art. 1º da IN CGU/CRG nº 9, de

24 de março de 2020, conforme adiante se detalhará.

Embora se saiba que a norma de regência do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), a IN CGU/CRG n° 4, de 21 de fevereiro de 2020, mais especificamente no § 1° do seu art. 5°, preveja o direito de o servidor pedir pela celebração do acordo em até dez dias contados do recebimento da notificação inicial, conforme já aduzido **2.5.7**, por uma simples questão lógica, não se recomenda que se mencione tal possibilidade no corpo desta peça que lhe comunica sua condição de acusado, mesmo que os indícios de materialidade apontem para a plausibilidade de apenação com advertência. Ora, se já se trata de notificação inicial, obviamente o processo disciplinar já se encontra instaurado e a fase de admissibilidade já foi superada, não tendo a autoridade instauradora vislumbrado motivação para ofertar TAC ao servidor. Neste contexto, o destaque dado na notificação inicial para este direito normatizado provavelmente induzirá o acusado à crença da plausibilidade de seu pleito e o levará a peticionar, sendo de se presumir que a autoridade instauradora indeferirá o pedido, o que, por fim, apenas acarretará um desgaste desnecessário e dispensável logo no início da relação processual estabelecida com o inquérito administrativo.

Existindo no processo mais de um servidor acusado, ainda que os fatos que os arrolem sejam exatamente os mesmos, deve a comissão lavrar notificações iniciais individuais, sem menções recíprocas. Prosseguindo na hipótese, caso haja nos autos dados sigilosos de cada um deles (sobretudo de sigilos fiscal e bancário, sem prejuízo também de merecerem atenção especial os dados protegidos por sigilos profissional de forma geral e em especial médico-pericial, de comunicações, telefônico ou de qualquer forma relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem, por exemplo), não há que se opor obstrução ao acesso aos demais coacusados e a seus procuradores. Este entendimento é o cristalino reflexo do principio da comunhão da prova, mencionado em **3.3.3.7**, e restou sedimentado com a manifestação da CGU, por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 19, de 10 de outubro de 2017.

> *Enunciado CGU/CCC nº 19, de 2017: "Direito de acesso integral ao procedimento correcional por todos os acusados. Havendo conexão a justificar a instauração de procedimento correcional com mais de um acusado, a todos eles será garantido o acesso integral aos documentos autuados."*

Embora literalmente o Enunciado CGU/CCC nº 19, de 2017, se volte de forma específica para dados sigilosos de coacusados, seu comando também se estende para dados protegidos de terceiros (contribuintes, de forma geral, envolvidos com os fatos sob apuração). Por exemplo, se em determinado processo disciplinar com mais de um acusado, há dados sigilosos de um terceiro associados a apenas um dos acusados, o Enunciado CGU/CCC, ao mencionar "acesso integral aos documentos autuados", sem restringir se de coacusados ou de terceiros, permite acesso também ao outro acusado.

Não obstante a inteligência do princípio da comunhão da prova e o comando do Enunciado CGU/CCC acima, apenas por uma questão formal de melhor controlar o acesso a informações sensíveis, pode a comissão estabelecer o critério de autuar dados sigilosos em anexos individualizados. Esta linha norteou a edição da IN CGU nº 14, de 2018, em que a CGU positivou, no inciso I do *caput* do seu art. 66, que o material sigiloso deve ser autuado apartado dos autos principais.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 66. A organização dos autos dos procedimentos correcionais observará as seguintes recomendações:*
> *I - as informações e documentos recebidos no curso do procedimento que estejam resguardadas por sigilo legal comporão autos apartados, que serão apensados aos principais;*

Caso opte por esta rotina, se os dados sigilosos de cada um dos acusados já tiverem vindo encartados no processo desde a representação, pode a comissão os desentranhar do

volume principal, por meio de termo próprio, e os autuar novamente, na forma de anexos separados e individualizados. E caso o processo já contenha, desde a fase de admissibilidade, dados protegidos por sigilo que se vislumbre que serão não utilizados como prova por se revelarem desnecessários para a apuração, convém que a comissão registre em termo o seu desentranhamento e devolução para a autoridade instauradora, seja para sua guarda no Escor enquanto transita o processo (caso se vislumbre qualquer possibilidade de uso futuro), seja para sua destruição (caso se tenha certo que não serão objeto de provocações futuras).

Nas peculiaridades decorrentes da adoção do processo digital pelo sistema correcional da RFB, é de se destacar que a comissão, por intermédio do responsável, deve habilitar o acusado a acessar os autos, conforme já exposto em **2.4.3**. Diferentemente da habilitação das equipes Gabin, Diaco e da própria comissão, que são feitas para a íntegra das equipes, a habilitação para o acusado, no sistema e-Processo, obrigatoriamente é feita de forma individualizada, por meio do seu nº de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), habilitação esta que se perde a cada alteração de responsável, devendo, então, a comissão atentar para esta limitação do sistema e refazer a habilitação.

Acrescente-se que não existe funcionalidade no sistema e-Processo para que acusado inativo ou ex-servidor e seus procuradores acessem o processo digital, nem mesmo por meio do Centro Virtual de Atendimento (e-CAC).

Nos processos digitais formalizados no sistema e-Processo, além da aplicação do princípio da comunhão da prova e do comando do Enunciado CGU/CCC nº 19, de 2017, ainda opera, a mesma esteira a limitação operacional, pois sequer há possibilidade de se conceder habilitação a acusado de forma parcial, restringindo acesso à parte dos autos. Com isto, na hipótese de haver mais de um acusado e de se ter que anexar documentos protegidos pelas já mencionadas cláusulas individualíssimas de sigilo, não há como se restringir que um acusado habilitado não visualize aqueles dados do outro. Destarte, visando preservar os documentos protegidos por cláusulas individualíssimas, faz-se necessário autuá-los em processos digitais específicos, juntando-os por apensação ao processo principal. E na hipótese excepcional de as características dos documentos não permitirem a sua juntada a um processo digital, deverá ser formalizado processo em papel, classificado no Sief Processos no grupo “Processo Tributário”, tipo “Outros Tributário” e subtipo “Processo Dossiê em Papel do Processo Digital (PDPPD)”. Neste caso, o processo digital deverá ter o número e a descrição do PDPPD registrados em suas palavras-chave..

Quanto à forma de entrega da notificação inicial, reitera-se que, a rigor, o ato de notificar o servidor de sua condição de acusado no início dos trabalhos não encontra expressa e literal previsão na Lei nº 8.112, de 1990, sendo sua necessidade extraída da leitura sistemática da Lei e dos princípios reitores. Diferentemente, a Lei nº 8.112, de 1990, nos §§ 1º e 4º do art. 161, previu de forma expressa um ato de comunicação posterior, que é a citação para apresentar defesa. Na ausência de previsão legal específica para a notificação inicial, muito do que se precisa para elucidar tal relevante ato é interpretado, sistematicamente, a partir do que a mesma Lei previu para a citação - daí, a presente remissão ao § 4º do seu art. 161.

Assim sendo, adiante-se que o § 4º do art. 161 da Lei nº 8.112, de 1990, ao expressar, em incidente abordado em **4.3.5.1**, a possibilidade de o servidor se recusar a receber a mencionada citação, permite a interpretação de que aquele relevante ato de comunicação deve, a princípio, ser pessoalmente entregue ao servidor.

Ora, uma vez que a notícia primordial da existência de um processo contra o servidor é ainda mais relevante e essencial do que a provocação para que o mesmo apresente sua defesa no curso daqueles autos de que já tem conhecimento, é bastante plausível defender que também a notificação inicial, na mesma linha que o § 4º do art. 161 da Lei nº 8.112, de 1990,

atribuiu à citação, deve ser entregue de forma pessoal ao servidor.

A notificação inicial deve ser entregue pessoalmente por ser uma comunicação de caráter individual e personalíssimo dirigida ao acusado, pois, a partir deste momento, lhe impõe prática ou abstenção de atos a seu exclusivo encargo.

A recomendação da entrega pessoal ao servidor encontra amparo na aplicação extensiva do art. 351 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e do *caput* do art. 105 e do art. 238, ambos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), e pela doutrina, sendo certo que a expressão "citação inicial" constante das leis processuais penal e civil se coaduna com a presente notificação inicial da processualística disciplinar, que inaugura a relação processual.

> *CPP - Art. 351. A citação inicial far-se-á por mandado, quando o réu estiver no território sujeito à jurisdição do juiz que a houver ordenado.*
> *Art. 357. São requisitos da citação por mandado:*
> *I - leitura do mandado ao citando pelo oficial e entrega da contrafé, na qual se mencionarão dia e hora da citação;*
> *II - declaração do oficial, na certidão, da entrega da contrafé, e sua aceitação ou recusa.*
>
> *CPC - Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica.*
> *Art. 238. Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual.*
>
> *"Em regra, as intimações dos atos processuais se fazem na pessoa do advogado da parte. Quando, porém, se trate de ato que deva ser cumprido pessoalmente pela parte, esta, e não o advogado, terá de ser diretamente intimada. (...)*
> *A comunicação do ato processual pode ser real ou presumida (ficta). É real quando a ciência é dada diretamente à pessoa do interessado; presumida, quando feita através de um órgão ou um terceiro que se presume faça chegar a ocorrência e conhecimento do interessado. São reais as intimações feitas pelo escrivão e pelo oficial de justiça, bem como as efetuadas por meio de correspondência postal, presumidas as feitas por edital ou com hora certa e, ainda, pela imprensa.", Humberto Theodoro Junior, "Curso de Direito Processual Civil", pgs. , Forense Editora, 2017, 51ª ediçao*

Ademais, sendo este o momento em que o acusado passa a ter conhecimento da existência do processo disciplinar, até então, como regra, é pouco provável que ele já tenha formalmente apresentado à comissão seu eventual procurador (isto em geral somente pode ocorrer se o servidor tiver tido ciência da fase de admissibilidade). Além disto, mesmo que excepcionalmente já haja nos autos procuração para que terceiro acompanhe o processo em nome do servidor e que este instrumento de mandato não excetue tal poder de receber atos de comunicação processual e em especial a notificação inicial ou até mesmo que expresse a outorga deste poder, o exigido caráter personalíssimo do ato não é suprido com entrega apenas a este representante legal, ainda que este seja advogado.

Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos

> *Orientação Coger n° 54*
> *Os comunicados acerca de atos processuais personalíssimos, que imponham prática ou abstenção ato a cargo do acusado, a exemplos exaustivos da notificação inicial, das intimações para interrogatório e da citação, devem ser-*

> *lhe entregues pessoalmente, o que se supre com entrega em mãos ou vias postal ou virtual com confirmação de recebimento, não suprida com entrega apenas ao procurador, independentemente dos poderes expressos na procuração.*

Esta entrega pessoal pode ser suprida por três diferentes meios: com entrega física em mãos; ou com a remessa em via postal para o seu endereço residencial, com aviso de recebimento (AR); ou por meio dos endereços dos seus correios eletrônicos institucional ou particular ou ainda por meio dos números dos seus telefones móveis particular ou institucional (caso o servidor possua), desde que assegurada a garantia jurídica de recebimento. As hipóteses mais viáveis de emprego de cada um destes três meios serão indicadas adiante.

Não obstante aqui neste texto obviamente se necessite de apresentar consecutivamente os diversos meios de tentativa de entrega da notificação inicial, a sequência da redação ora adotada em nada se confunde com ordem cronológica de seu emprego e muito menos com ordem decrescente de sua validade jurídica. Os meios de tentativa de entrega são igualmente válidos e escolhidos pela comissão de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, *a priori* sem nenhuma supremacia de um em relação a outro, pois, para todos, o aspecto crucial de validade se associa ao mesmo critério: fornecer ou não certeza jurídica de recebimento pelo destinatário. Mas desde já se antecipa que a evolução normativa sobre o tema tem crescentemente eleito como prioritário o meio de entrega através de recursos tecnológicos, conforme se aduzirá adiante. O emprego consecutivo dos diversos meios de entrega, quando é o caso, serve para demonstrar o esgotamento dos esforços e diligências de parte da comissão para efetivamente notificar o servidor de sua condição de acusado nos autos.

O meio de tentativa de entrega pessoal da notificação inicial fisicamente em mãos pode ser justificado ao se lembrar que este, em geral, é o primeiro contato da comissão com o servidor, merecendo maior solenidade, por já embutir certo grau de gravidade e de extrema seriedade.

No caso de ser entregue fisicamente em mãos, a notificação inicial deve ser extraída em duas vias, ficando uma via com o destinatário e coletando-se recibo datado na outra via, que fará parte do processo. A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, já no início da inteligência contida no § 3º do seu art. 26, com a ressalva de ser uma lei generalista disciplinadora do processo administrativo *lato sensu* e por este motivo não reconhecer atos específicos da processualística disciplinar, mencionando apenas a intimação, cabendo ao aplicador compreender que o comando, quando transladado engloba a notificação inicial, reconhece a óbvia ciência do ato de comunicação no próprio processo, ou seja, com a autuação da via recibada e assinada pela destinatário.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 26.*
> *§ 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.*

Quanto ao local da entrega da notificação inicial, aborda-se primeiramente a situação funcional de o acusado ser um servidor lotado ou em exercício na mesma localidade em que se sedia a comissão. O servidor incumbido da tarefa de entregar a notificação inicial pode, de imediato, buscar um primeiro contato, por telefone institucional, com o servidor, a fim de explicar previamente a situação jurídica em que este se encontra e justificar a necessidade e a relevância deste primeiro contato pessoal.

Tendo havido o contato telefônico, pode-se combinar de o servidor comparecer à sala da comissão, até para privilegiar a discrição e a reserva, ou de o portador da notificação inicial se dirigir a seu local de trabalho (sobretudo quando o servidor é lotado ou tem exercício em unidade situada no mesmo prédio em que se sedia o colegiado).

Obviamente, esta iniciativa de buscar o prévio contato telefônico com o servidor pode não ser factível quando, desde cedo, já se presuma que este não colaborará com os trabalhos, inclusive e sobretudo na hipótese de existir fundado receio de este se evadir, dificuldade esta que pode ser contornada com um contato prévio com a chefia do servidor ou com o titular da sua unidade de lotação ou de exercício, a fim que solicitar à autoridade que chame o subordinado a seu gabinete, em horário previamente combinado para que o portador da notificação inicial também lá compareça.

Optando-se por levar a notificação inicial à unidade, a entrega pode ser realizada tanto por apenas um dos membros da comissão (o presidente ou indistintamente qualquer dos dois vogais, não sendo necessária a formalidade de estarem presentes os três integrantes) quanto por um servidor estranho à comissão, seja integrante do grupo de atividades administrativas dos Escor que porventura o possuam, seja ainda por qualquer servidor do Escor ou mesmo de outra unidade (como unidade regional de gestão de pessoas) cedido para esta atividade (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros).

Na segunda situação funcional, de o servidor ser lotado ou ter exercício em unidade situada em localidade distinta daquela em que se sedia a comissão, mantém-se a recomendação de inicialmente se tentar fazer o primeiro contato com o próprio, por telefone institucional, desde que pertinente. Nesta situação, caso se eleja a entrega fisicamente em mãos, somente resta combinar a única e pouco empregada forma de fazê-lo. Esta possibilidade residual de entrega da notificação inicial a servidor lotado ou em exercício em unidade situada em localidade distinta daquela em que se sedia a comissão, contando com concordância doutrinária, é o presidente da comissão encaminhar, por meio de malote, as duas vias do documento e cópia dos autos para o chefe da unidade, na forma de uma carta precatória (cuja definição se encontra no inciso III do art. 237 do CPC, ou simplesmente precatória, conforme lhe dá emprego o art. 353 do CPP), para que aquela autoridade entregue fisicamente em mãos ao servidor e devolva à comissão uma via devidamente assinada e datada (ressalve-se que esta situação em nada se confunde com os dois incidentes narrados a seguir, em **4.3.5**).

> *CPP - Art. 353. Quando o réu estiver fora do território da jurisdição do juiz processante, será citado mediante precatória.*
>
> *CPC - Art. 237. Será expedida carta:*
> *III - precatória, para que órgão jurisdicional brasileiro pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato relativo a pedido de cooperação judiciária formulado por órgão jurisdicional de competência territorial diversa;*
>
> *"Conquanto sejam silentes os regimes disciplinares a respeito da modalidade de citação por precatória, entendemos que inexista qualquer contra-indicação jurídica a que se realize, no processo disciplinar, a citação por essa forma." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 161, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

No terceiro e último grupo de situações funcionais a se mencionar, qual seja, no caso de servidor que se encontra em gozo de licença ou inativo (aposentado ou em disponibilidade) ou de ex-servidor (já punido com pena expulsiva em outro processo administrativo disciplinar - PAD - ou exonerado), são aplicáveis quaisquer tentativas anteriormente expostas de entrega para servidor lotado ou em exercício em unidade situada na mesma localidade em que se sedia a comissão ou em localidade distinta. Qualquer daqueles portadores já indicados acima como aceitáveis deve tentar o contato no último domicílio atualizado dentre todos os constantes das diversas bases de dados ao dispor da RFB. Neste rol, pode-se citar as bases de dados disponíveis no macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas (mais especificamente no

sistema SA3) ou nos processos de trabalho de arrecadação e de fiscalização (tais como no sistema CPF e nas declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - DIRPF).

Por costumar acarretar problemas na celeridade processual, merece maior cautela a hipótese de o servidor em licença médica - a ser descrita em **4.4.9.1** - que se recusa a receber a notificação inicial para figurar como acusado, nos termos já expostos em **3.2.5**. Em tal situação, deve a comissão provocar a junta médica oficial a se manifestar se a doença incapacita o acompanhamento do processo disciplinar. Se a junta médica atestar que não incapacita, a comissão pode tentar notificá-lo (talvez, se for o caso, tendo de lançar mão de instrumentos descritos em **4.3.5**), pois conforme também entende a doutrina, o fato de estar de licença médica não necessariamente o impede de acompanhar o processo disciplinar.

> *"O fato de o servidor acusado estar em gozo de licença médica quando da instalação dos trabalhos não impede a sua notificação prévia, e muito menos significa que irá causar alguma nulidade no processo disciplinar." Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pg. 314, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

O segundo meio de entrega pessoal da notificação inicial que se apresenta é o emprego de recursos tecnológicos atualmente existentes e ao dispor de toda sociedade. O Direito, como uma ciência humana, não pode se abstrair do contexto social em que se insere, o que inclui a sintonia com os meios mais modernos de trabalho.

O contexto legal e normativo experimentou um processo evolutivo descrito em **4.3.11.3** e que desaguou na IN CGU/CRG nº 9, de 2020, em que a CGU, por meio da Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG), regulamentou o emprego de recursos tecnológicos para atos de comunicação em procedimentos correcionais *lato sensu*, incluindo, obviamente, o processo disciplinar. Os arts. 1º e 2º da norma esclarecem que os recursos tecnológicos válidos são endereços de correios eletrônicos e números de telefones móveis, sejam particulares ou institucionais ou ainda outros recursos similares, desde que estritamente de uso pessoal e individual apenas do próprio servidor (endereços e números de uso coletivo, mesmo quando institucionais, não são canais autorizados na norma). Uma vez que são ferramentas de trabalho disponibilizadas pela própria Administração, o endereço de correio eletrônico (conforme o art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 2002, estabelece no âmbito específico da RFB, ainda que a plataforma tenha mudado) e o número do telefone móvel (caso o servidor possua) institucionais não são dados privados e são oficialmente conhecidos. E, a rigor, mesmo os dois canais particulares também devem ser de conhecimento institucional, pois devem estar informados e atualizados pelo próprio servidor em seus assentamentos funcionais, sob pena de incursão na infração disciplinar de descumprir o dever funcional estabelecido no inciso XIX do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990.

> *IN CGU/CRG nº 9, de 2020 - Art. 1º As comunicações referentes aos processos correcionais que tramitam nos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal podem ser efetuadas por meio de correio eletrônico institucional, aplicativos de mensagens instantâneas ou recursos tecnológicos similares, observadas as diretrizes e as condições estabelecidas nesta Instrução Normativa.*
> *Parágrafo único. Os recursos tecnológicos podem ser utilizados para a realização de qualquer ato de comunicação processual, inclusive:*
> *I - notificação prévia;*
> *Art. 2º O encaminhamento de comunicações processuais por meio de recursos tecnológicos pode ocorrer mediante mensagem para o endereço de correio eletrônico ou para o número de telefone móvel pessoal, seja funcional ou particular.*
>
> *Portaria SRF nº 1.397, de 2002 - Art. 1º O Correio Eletrônico, ferramenta de propriedade da Secretaria da Receita Federal - SRF, constitui instrumento de*

> *uso institucional, destinado ao intercâmbio de mensagens, para fins de racionalização do trabalho e aumento da produtividade.*

Não obstante, destaca-se aqui a pertinência e a importância de a comissão solicitar os meios de contato particulares no corpo da notificação inicial. Caso o servidor os informe, é uma sinalização de que se disponibiliza a receber atos de comunicação do colegiado por aqueles canais. A rigor, a IN CGU/CRG nº 9, de 2020, no § 2º do art. 2º, impõe que o servidor e seu procurador mantenham seus endereços de correios eletrônicos e seus números de telefones móveis informados e atualizados, sob pena de incursão na infração estatutária acima indicada. Mas este comando parece de pouca aplicabilidade. A uma, porque o servidor pode nem sequer possuir estes canais particulares de contato ou, mesmo que os possua, pode omiti-los e há de prevalecer a livre condução de sua vida privada e a fé pública e a presunção de veracidade de sua informação. E a duas, porque não se compreende como um dispositivo da Lei nº 8.112, de 1990, poderia obrigar agente estranho aos quadros, como o procurador e, mesmo se se acreditasse em redação infeliz para responsabilizar apenas o servidor por omissão de seu procurador, seria uma afronta à garantia constitucional que impede que a conduta de um penalize outro, insculpida no inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal (CF). E, na ausência de todos estes canais de contato (institucionais e particulares), o art. 3º da IN CGU/CRG remete ao que chama de meios convencionais de entrega dos atos de comunicação, quais sejam, fisicamente em mãos e em via postal.

> *IN CGU/CRG nº 9, de 2020 - Art. 2º*
> *§ 2º O interessado, o representante legal e o seu procurador constituído devem informar e manter atualizados o endereço de correio eletrônico e o número de telefone móvel para os fins previstos no caput, sob pena de incorrer na conduta prevista no inciso XIX do art. 117 da Lei nº 8.112/1990.*
> *§ 3º Quando não identificado endereço de correio eletrônico ou número de telefone móvel, funcional ou pessoal, devem ser utilizados os meios convencionais de comunicação dos atos processuais que assegurem a certeza de ciência da comunicação dos atos processuais.*

Feita esta introdução, ainda como tentativa de entrega pessoal da notificação inicial, em qualquer das situações funcionais já mencionadas acima, é possível encaminhá-la ao acusado por meio dos endereços dos seus correios eletrônicos institucional ou particular ou ainda por meio dos números dos seus telefones móveis particular ou institucional (caso o servidor possua) com que se acessem aplicativos de mensagem instantânea, conforme autoriza de maneira expressa o inciso I do parágrafo único do art. 1º da IN CGU/CRG nº 9, de 2020. Obviamente, no caso de servidor inativo e de ex-servidor, não se aplicam os canais institucionais.

Por ambas as vias, deve-se empregar mensagem escrita acompanhada do arquivo não editável da imagem da notificação inicial e caso, porventura, este ato de comunicação possua anexos sobretudo extensos, podem ser disponibilizados com endereço de acesso ou *link* de seu armazenamento, nos termos do *caput* e dos §§ 1º e 3º do art. 3º da IN CGU/CRG nº 9, de 2020. Obviamente, o art. 4º da IN CGU/CRG não contempla a comunicação realizada por mera conversa telefônica oral, sendo imprescindível o emprego de aplicativos que possuam funcionalidades de troca de mensagem escrita de texto e de troca de arquivos de imagem. Após o envio do ato de comunicação, é necessário coletar confirmação de recebimento pelo destinatário, conforme elencam os cinco incisos do *caput* do art. 5º da norma. Os incisos I a III o consideram confirmado, respectivamente, com a manifestação expressa do destinatário ou com o aviso automático de leitura (o correio eletrônico institucional possui, além do recurso de confirmação de entrega, o recurso de aviso de recebimento, que equivale à exigida comprovação de leitura) ou com sinal gráfico do aplicativo que demonstre a leitura. Embora menos aplicável para a notificação inicial (por ser, em geral, o primeiro ato de comunicação), o inciso IV contempla o recebimento ficto, caso a comissão utilize um endereço de correio

eletrônico ou um número de telefone móvel informado pelo próprio servidor e já usado anteriormente. E o inciso V considera confirmado o recebimento se o destinatário atender o objeto da notificação inicial (no caso, inaugurar a relação processual com a comissão).

> *IN CGU/CRG nº 9, de 2020 - Art. 3º A comunicação feita com o interessado, o seu representante legal, o seu procurador ou o terceiro por meio de correio eletrônico ou aplicativo de mensagem instantânea deve ocorrer na forma de mensagem escrita acompanhada de arquivo de imagem do ato administrativo.*
> *§ 1º O arquivo deve estar preferencialmente em formato não editável.*
> *§ 2º Tratando-se de comunicação com mais de uma página e que demande fragmentação em mais de um arquivo, as mídias devem ser devidamente identificadas, de modo a permitir sua leitura com observância da ordem cronológica da produção do documento original.*
> *§ 3º Os anexos dos atos de comunicação poderão ser disponibilizados mediante indicação do endereço de acesso ou link ao documento armazenado em servidor online.*
> *Art. 4º Os aplicativos de mensagem instantânea utilizados para comunicações processuais devem possuir as seguintes funcionalidades:*
> *I - troca de mensagem de texto; e*
> *II - troca de arquivos de imagem.*
> *Art. 5º Enviada a mensagem pelo correio eletrônico ou pelo aplicativo de mensagem instantânea, a confirmação do recebimento da comunicação se dará mediante:*
> *I - a manifestação do destinatário;*
> *II - a notificação de confirmação automática de leitura;*
> *III - o sinal gráfico característico do respectivo aplicativo que demonstre, de maneira inequívoca, a leitura por parte do destinatário;*
> *IV - a ciência ficta, quando encaminhada para o correio eletrônico ou número de telefone móvel informados ou confirmados pelo interessado; ou*
> *V - o atendimento da finalidade da comunicação.*
> *Parágrafo único. A contagem de prazos terá início no primeiro dia útil que se seguir ao de qualquer das hipóteses constantes do caput deste artigo.*

Inequivocamente, seria mais conveniente para a Administração se o inciso II do art. 5º da IN CGU/CRG indicasse a notificação automática de confirmação da simples entrega da mensagem na caixa de entrada do correio eletrônico ou do aplicativo de mensagem instantânea, em lugar de ter positivado a exigência de notificação de confirmação automática de leitura, que se dá em momento posterior àquele outro marco temporal. No entanto, não seria possível que a norma infralegal assim positivasse, já que o já citado § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999, estabelece que o meio alternativo de entrega de ato de comunicação assegure a certeza da ciência do destinatário. Na mesma linha, o § 8º do art. 33 IN CGU nº 14, de 2018, também exige a comprovação da ciência do destinatário. E mesmo que se busque a fonte supletiva da lei processual civil, eis que CPC, no § 1º-A do seu art. 246, menciona a ausência do recebimento do ato de comunicação. Assim, percebe-se que todas estas fontes referem-se ao momento do efetivo conhecimento ou da efetiva ciência por parte do destinatário e não à simples entrega ou recebimento do ato de comunicação.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 33.*
> *§ 8º A comunicação dos atos processuais poderá ser realizada por qualquer meio escrito, inclusive na forma eletrônica, desde que se assegure a comprovação da ciência do interessado ou de seu procurador com poderes suficientes para receber a comunicação.*

> *CPC - Art. 246.*
> *§ 1º-A A ausência de confirmação, em até 3 (três) dias úteis, contados do recebimento da citação eletrônica, implicará a realização da citação: (Incluído pela Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021)*

O art. 7º da IN CGU/CRG em comento estabelece que devem ser autuadas a mensagem eletrônica, a confirmação de leitura e o arquivo de imagem da notificação inicial (ou, alternativamente, deve a comissão redigir termo com todos os dados do envio e da confirmação e autuá-lo junto com o arquivo de imagem). Por fim, o art. 6º da norma ressalva que, se em cinco dias (que se presumem corridos) não houver alguma forma acima de confirmação de leitura, o procedimento deve ser cancelado e repetido, por meio convencional ou novamente por meio tecnológico, a critério da comissão.

> *IN CGU/CRG nº 9, de 2020 - Art. 6º Na hipótese de não ocorrer alguma das hipóteses do artigo anterior no prazo de 5 (cinco) dias, o procedimento de comunicação deve ser cancelado e repetido por qualquer meio.*
> *Art. 7º A comunicação processual deve ser incorporada aos autos, mediante a juntada da mensagem de correio eletrônico, de aplicativo de mensagem instantânea ou de termo nos quais constem o dia, o horário e o número de telefone para o qual se enviou a comunicação, bem como o dia e o horário em que ocorreu a confirmação do recebimento da mensagem pelo destinatário, com imagem do ato.*

Além das tentativas de entrega fisicamente em mãos e por meio de recursos tecnológicos (endereços de correios eletrônicos e telefones móveis, institucionais e particulares), em qualquer das situações funcionais acima, a entrega pessoal da notificação inicial também pode ser tentada por via postal, para o último domicílio atualizado do acusado, dentre todos os constantes nas bases de dados da RFB, junto à gestão de pessoas no sistema SA3, na base de dados do sistema CPF e em suas DIRPF.

Conforme o já reproduzido § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999, a validade da via postal para entrega de ato de comunicação em processo administrativo requer o emprego do AR, que é um serviço adicional disponibilizado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) para objeto registrado (ou seja, que possui número de registro que permite rastreamento), em que o remetente preenche um formulário próprio, que lhe é devolvido, assinado e datado por quem recebeu a postagem, comprovando que a remessa foi entregue e quando o foi, devendo este comprovante posteriormente ser autuado ao processo. Na mesma linha é a aplicação extensiva na processualística disciplinar do comando estabelecido no § 1º do art. 248 do CPC que, mesmo, voltado para a instância mais formal do processo judicial, deixa inequívoco que, na hipótese de se empregar via postal para entrega da notificação inicial, o único requisito exigido sobre a correspondência é que seja feita por meio de carta registrada com AR.

> *CPC - Art. 248.*
> *§ 1º A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo.*

Destaque-se que o meio de entrega em via postal é válido ainda que a notificação inicial não seja necessariamente recebida de forma direta pelo próprio destinatário. O CPC, no § 4º do art. 248, ratificou a validade da entrega do ato de comunicação a porteiros ou demais empregados em caso de o servidor residir em condomínio ou qualquer outra espécie de moradia com controle de acesso, sendo certo que alcança também o empregado doméstico da sua própria unidade residencial. E, se o destinatário estiver ausente, o comando legal permite que o responsável pelo recebimento de correspondência recuse receber, desde que declare a ausência por escrito.

> *CPC - Art. 248.*
> *§ 4º Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente.*

E é interessante pontuar que, diferentemente dos diplomas legais de instância pública instrumental punitiva (quais sejam, o CPP e a Lei nº 8.112, de 1990), o CPC, no *caput* do art. 246, após uma atualização evolutiva em sua redação, passou não só contemplar o chamamento da parte aos autos por meio de recursos tecnológicos, mais especificamente pelos endereços eletrônicos, como também até elege esta como a forma preferencial de se fazer a citação inicial no processo civil (similar à notificação inicial do processo disciplinar). Para além disto, o § 1º-A, acrescentado ao art. 246 ao tempo daquela sua atualização redacional, indica que o CPC atualmente atribui uma qualidade apenas secundária e suplementar às entregas do termo fisicamente em mãos (no caso, por meio de oficial de justiça) e pela via postal, a serem empregadas apenas quando os recursos tecnológicos não propiciarem certeza jurídica do recebimento do ato de comunicação em via eletrônica. Assim, pode-se dizer que os comandos já expostos da IN CGU/CRG nº 9, de 2020, se encontram fortemente respaldados pela inteligência da lei processual civil.

> *CPC - Art. 246. A citação será feita preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de até 2 (dois) dias úteis, contado da decisão que a determinar, por meio dos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, conforme regulamento do Conselho Nacional de Justiça. (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *§ 1º-A A ausência de confirmação, em até 3 (três) dias úteis, contados do recebimento da citação eletrônica, implicará a realização da citação: (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *I - pelo correio; (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *II - por oficial de justiça; (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *III - pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório; (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *IV - por edital. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)*

Nesta linha evolutiva, o art. 246 do CPC ganhou ainda os §§ 1º-B e 1º-C que demonstram as relevâncias concedidas pelo legislador a favor da priorização do emprego dos recursos tecnológicos e da relevância do compromisso de boa-fé que deve pautar a atuação processual das partes, na contrapartida da segurança jurídica que o órgão processante deve suprir no envio dos seus atos de comunicação, estampada no § 4º.

> *CPC - Art. 246.*
> *§ 1º-B Na primeira oportunidade de falar nos autos, o réu citado nas formas previstas nos incisos I, II, III e IV do § 1º-A deste artigo deverá apresentar justa causa para a ausência de confirmação do recebimento da citação enviada eletronicamente. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *§ 1º-C Considera-se ato atentatório à dignidade da justiça, passível de multa de até 5% (cinco por cento) do valor da causa, deixar de confirmar no prazo legal, sem justa causa, o recebimento da citação recebida por meio eletrônico. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *§ 4º As citações por correio eletrônico serão acompanhadas das orientações para realização da confirmação de recebimento e de código identificador que permitirá a sua identificação na página eletrônica do órgão judicial citante. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)*

Avançando nesta hierarquização dos meios de entrega do ato de comunicação, diante da inquestionável maior facilidade de emprego propiciada pelos recursos tecnológicos e da razoável facilidade agregada à maior segurança jurídica do recebimento de parte do destinatário propiciada pela via postal com AR, o CPC, no *caput* do art. 247, que também recebeu atualização, e no art. 249, expressa de forma inequívoca a preferência a ser dada àquele primeiro meio, seguido pelo segundo, restando a entrega física em mãos como hipótese residual a ser usada subsidiária e concorrentemente aos dois primeiros, sobretudo quando aqueles não suprem razoável certeza de recebimento.

> *CPC - Art. 247. A citação será feita por meio eletrônico ou pelo correio para qualquer comarca do País, exceto: (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *IV - quando o citando residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência;*
> *Art. 249. A citação será feita por meio de oficial de justiça nas hipóteses previstas neste Código ou em lei, ou quando frustrada a citação pelo correio.*

Em **4.3.11.3**, a cuja leitura se remete para evitar desnecessária repetição, apresentam-se as cautelas comprobatórias - e que, portanto, devem ser autuadas - do envio por parte do remetente e do recebimento por parte do destinatário de atos de comunicação por meio de endereços de correios eletrônicos e números de telefones móveis, institucionais ou particulares, e por via postal.

Estando o servidor em local sabido no exterior, poder-se-ia cogitar de adaptar ao processo disciplinar o instrumento da carta rogatória (cuja definição se encontra no inciso II do art. 237 do CPC e conforme lhe dão emprego os arts. 368 e 783 do CPP), com o quê a comissão provocaria a autoridade instauradora a encaminhar ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) o pedido de notificação inicial, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes. Todavia, a jurisprudência entende que, como o instituto da carta rogatória é de competência exclusiva do Poder Judiciário, somente se aplica ao processo judicial, mencionando a possibilidade de provocação mediante ofício dirigido à autoridade consular (embora o julgado mencione expressamente oitiva de testemunha, verificando-se que o entendimento se funda na natureza extrajudicial do ato, também se aplica à notificação inicial). Destaque-se que, estando o servidor em local sabido, ainda que no estrangeiro, não se pode lançar mão de notificação inicial por edital, descrita a seguir, em **4.3.5.2**.

> *CPP - Art. 368. Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996)*
> *Art. 783. As cartas rogatórias serão, pelo respectivo juiz, remetidas ao Ministro da Justiça, a fim de ser pedido o seu cumprimento, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes.*
>
> *CPC - Art. 237. Será expedida carta:*
> *II - rogatória, para que órgão jurisdicional estrangeiro pratique ato de cooperação jurídica internacional, relativo a processo em curso perante órgão jurisdicional brasileiro;*
>
> *TRF da 2ª Região, Apelação Cível nº 381.707: "Ementa: A colheita de prova testemunhal realizada por autoridade consular e requerida mediante ofício não macula o processo administrativo disciplinar a ser por ela instruído, pois, em se tratando de ato extrajudicial (Decretos 1.560/95 e 1.850/96), descabida a expedição de carta rogatória, para a qual seriam exclusivamente competentes as autoridades jurisdicionais."*
>
> *"A carta rogatória, como mecanismo de cooperação jurídica internacional, desenvolve-se entre autoridades judiciárias , a teor do art. 5º do Protocolo de Las Leñas, promulgado pelo Decreto 2.067/96. Portanto, esse instrumento de cooperação não cabe em sede de processo administrativo disciplinar. Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pg. 188, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Na hipótese complexa de o servidor a ser notificado de sua condição de acusado encontrar-se no exterior, deve, obviamente, a comissão emitir a notificação inicial e envidar todos os esforços para concretizar o necessário ato de comunicação (ou, ao menos, para carrear ao processo mínima certeza jurídica de o termo ter chegado ao destinatário). Assim, se é sabido seu endereço, pode a comissão lançar mão da tentativa de envio por via postal, usando da espécie de remessa postal mais segura e confiável que for disponível para o serviço

necessário (a exemplo do *express mail service* - EMS, que é um serviço postal internacional para documentos e mercadorias, com prioridade de tratamento, encaminhamento e entrega sobre outros serviços postais, oferecido pelos operadores postais de cerca de 175 países membros da União Postal Universal - UPU, como é o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT), bem como de via virtual, através de endereços eletrônicos institucional ou particular, serviços ou aplicativos de mensagens instantâneas e redes sociais de que porventura se tenha conhecimento, na forma preconizada pela já citada IN CGU/CRG nº 9, de 2020. Em acréscimo, na linha da jurisprudência acima reproduzida, pode também a comissão repassar a notificação inicial à autoridade instauradora, mediante ofício, com solicitação de que esta encaminhe à Embaixada brasileira no país.

É de se reconhecer que a hipótese de o acusado estar no exterior traz dificuldades para a Administração e que, de um lado, as soluções acima aventadas - de emprego das vias postal, virtual e consular - podem suscitar, a favor da defesa, teses de nulidade com base em suposta afronta à soberania do país estrangeiro. Todavia, de outro lado, além de se crer na baixa possibilidade de sucesso de tal alegação, ainda que assim não fosse, o princípio da oficialidade impõe que a comissão busque, de alguma forma, dar andamento ao processo, com os meios que lhe são disponíveis. Se se pode cogitar de alegação de suposta nulidade por parte da defesa, também se pode crer na capacidade de convencimento da comissão de que, na obrigação de agir, nada mais está fazendo do que tentar cumprir seu mister, à vista das dificuldades impostas, não pela Administração, mas sim pela liberalidade de o acusado se retirar de seu próprio país.

Acrescente-se mais uma possibilidade, no caso específico da RFB, de se o país no exterior contar com Adidância Tributária e Aduaneira da RFB junto à Embaixada do Brasil (caso dos Estados Unidos da América, Argentina e Paraguai), pode a autoridade instauradora remeter a notificação inicial, via ofício, à Adidância, para que esta, junto à Embaixada, diligencie para a realização do ato.

Obviamente, o Direito é ciência flexível e rica em harmonias dinâmicas. Ora, se, de um lado, aqui tanto se professa a cautela de se dar trato personalíssimo a determinados atos processuais, como reflexo do extremo zelo com a defesa, de outro lado, também é de se contrapor, equilibradamente, que, se o servidor, por vontade sua, impõe forte dificuldade ao contato pessoal por residir no exterior mas constitua procurador no Brasil com bastantes poderes, o bom senso favorecedor do andamento processual indica que se aceite a entrega da notificação inicial a este acessível representante legal.

A síntese final desta longa explanação sobre as formas de entrega da notificação inicial é da diversidade de meios válidos. Em qualquer dos casos elencados, para as mais diversas situações ou condições funcionais ou geográficas do servidor, a múltipla possibilidade de formas e de meios de entrega válida da notificação inicial foi referendada pela CGU, por meio da CGU/CCC, conforme o seu Enunciado CGU/CCC nº 10, de 30 de outubro de 2015, desde que feita por escrito (não se aceita o comunicado meramente verbal) e com comprovação da ciência, na linha do § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999. Embora se reconheça que a literalidade do dispositivo mais pareça se reportar apenas às comunicações de atos de instrução processual, não se faz imperativa uma leitura restritiva, podendo se tomar como referência para outros momentos processuais, conforme aqui se faz.

> *Enunciado CGU/CCC nº 10, de 2015: "Validade da notificação de atos processuais. A validade de uma intimação ou notificação real fica condicionada a ter sido realizada por escrito e com a comprovação da ciência pelo interessado ou seu procurador, independentemente da forma ou do meio utilizado para sua entrega".*

Na mesma linha, conforme já explanado acima, posteriormente a CGU ratificou este posicionamento concessivo, promovendo-o ao patamar de comando positivado para o

processo disciplinar, no já reproduzido § 8º do art. 33 da IN CGU nº 14, de 2018, ao ter estabelecido que a entrega de qualquer ato de comunicação, gênero em que se inclui a notificação inicial, pode se dar por qualquer meio escrito, inclusive eletrônico, desde que se propicie a certeza jurídica da ciência do acusado (embora a norma estenda alternativamente para a ciência do procurador com poderes constituídos, a explanação linhas acima justifica a adoção de postura mais cautelosa para a notificação inicial, de recebimento centrado na pessoa apenas do próprio acusado). E, também como já asseverado, esta inteligência permissiva restou ainda mais pacificada com a IN CGU/CRG nº 9, de 2020.

Por fim, em caso de dúvida por parte da comissão acerca do necessário atendimento do caráter personalíssimo por qualquer outro meio de entrega da notificação inicial, o emprego superposto também da via postal com AR, além de pouco oneroso, fornece um bom grau de segurança de se ter cumprido aquele requisito.

4.3.4.2 - Momento de Notificar, Exclusão do Polo Passivo e Inexistência de Defesa Prévia

Preservada a cautela de não se impor precipitada ou levianamente a alguém o ônus de figurar como acusado em processo disciplinar, a notificação inicial do servidor deve ser feita no início da instrução (pois se presume que a representação ou denúncia já a justifique), para evitar nulidade ou refazimento. Não se deve tratar como testemunha ou como qualquer condição de terceiro a quem não se garantam as prerrogativas de ampla defesa e de contraditório o servidor contra o qual já se têm elementos no processo que o apontam como possível autor ou responsável pelo fato sob apuração.

E é praticamente imperativo afirmar que a fase de admissibilidade que tenha redundado na proposta de instauração e que tenha recebido juízo de admissibilidade positivo da parte da autoridade instauradora, no contexto de esgotamento das investigações e das pesquisas, abordado em **2.5**, tem inequívocos indícios não só de materialidade mas também de autoria, de forma que soa incoerente - no estágio de elaboração atual da fase de admissibilidade - que se tenha uma instauração à margem de indícios de autoria. Em outras palavras, é excepcional e até pouco coerente a hipótese de a instauração não ser logo sucedida pela notificação inicial de um servidor (ou até mais de um) como acusado.

Da mesma forma, se, no curso do processo disciplinar, surgirem elementos de convicção que apontam outro servidor (*a priori*, lotado ou em exercício em unidade da mesma Região Fiscal - RF) a figurar como acusado, conforme já abordado em **4.2.2.1.1**, deve a comissão deliberar, motivadamente, neste sentido e notificar de imediato o agente, sem se aventar aqui - obviamente, à vista da independência e da autonomia do colegiado - de submeter tal convicção à apreciação da autoridade instauradora (com o que não se confunde fazer-lhe a devida comunicação, assim como ao titular da unidade de lotação). Na hipótese de o processo ser digital e este novo acusado estar na ativa (e não licenciado ou afastado), o que lhe possibilita ser habilitado, a notificação inicial deve informar ainda a possibilidade de os autos serem consultados a qualquer tempo e que os pedidos de prova podem ser encaminhados por intermédio da funcionalidade solicitação de juntada de documento (SJD) do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), até a fase de julgamento.

Desdobre-se que este servidor pode ter vindo ao polo passivo por terem sido identificados indícios de atuação nos mesmos fatos que acarretaram a instauração e que já se encontravam sob apuração - podendo esta atuação ser uma coparticipação, em concurso de pessoas com outro servidor que já figurava como acusado ou podendo também esta atuação excluir a suposição de autoria que recaía sobre aquele primeiro acusado, por excludência); ou pode ter vindo ao polo passivo por terem sido identificados indícios de atuação em outros fatos que guardam relação de conexão (em sentido amplo) com os fatos originalmente sob apuração. Em ambas hipóteses de extensão do foco apuratório (seja por identificar a atuação

do novo acusado nos mesmos fatos originais, seja por identificar sua atuação em fatos conexos), também atua como condicionante o momento processual ainda justificador do alargamento dos trabalhos; não sendo conexos os novos fatos ou, mesmo que o sejam, sendo identificados em momento processual que já não mais recomenda a extensão, deverá a comissão representar à parte para a autoridade instauradora emitir específico juízo de admissibilidade.

Nos casos acima expostos em que se justifica notificar um servidor da sua condição de acusado já no curso do inquérito administrativo, cabe um desdobramento acerca de como deve proceder a comissão quanto aos atos instrucionais porventura já realizados e autuados antes de seu ingresso no polo passivo. Tratando-se de atos de instrução materializados por meio de provas pré-constituídas (a exemplo de pesquisas em dossiês e em sistemas informatizados internos em geral, remessa de atos de comunicação e de circularizações e respectiva juntada de documentos e informações recebidos em resposta, inclusive provas de natureza originalmente contraditória e trazidas emprestadas de outros processos e procedimentos), que não possuem natureza contraditória, não há que se ofertar refazimento, independentemente do momento em que tenham sido realizados e autuados (seja na fase de admissibilidade, seja já no curso do processo disciplinar, antes desta nova notificação inicial). Já os atos de natureza contraditória (a exemplo de provas orais - oitivas, interrogatórios acareações - diligências, perícias e assessorias técnicas), para poderem ser valorados na formação de convicção referente a este novo acusado, precisam ser refeitos pela comissão, independentemente do momento em que tenham sido realizados e autuados (seja na fase de admissibilidade, seja já no curso do processo disciplinar, antes desta nova notificação inicial) e mesmo que esta defesa não peticione neste sentido, conforme já se detalhou em **2.5.3.3.1**.

É de se ratificar que esta iniciativa de ofício em respeito ao segundo acusado se mantém igualmente mesmo se tais atos tiverem sido realizados e autuados ainda na fase de admissibilidade, com o que se presume terem sido refeitos quando da notificação inicial do primeiro acusado, ou se somente tiverem sido originalmente realizados e autuados já após a notificação inicial do primeiro acusado. Isto porque não basta que se tenha assegurado o pleno atendimento do princípio do contraditório a favor apenas da defesa do primeiro, mas não do novo acusado. A simples oferta de poder questionar e contestar por escrito o conteúdo estático do termo já autuado da prova que originalmente possuía natureza contraditória significa reduzi-la à condição de prova documental e suprimir deste segundo acusado o direito à plenitude do contraditório (a plenitude de poder contraditar um ato probatório reside na possibilidade de presença, participação e contestação no real momento de sua feitura e coleta, depreendendo a natureza e a dinâmica intrínseca do ato, antes de sua fria e estática redução a termo). Portanto, sem tal oferta plena, estes atos de natureza contraditória feitos antes da segunda notificação inicial serão nulos e carrearão nulidade à formação de convicção contrária a esta defesa, se forem considerados na eventual indiciação.

Ainda na linha desta postura cuidadosa, é de se relembrar que, não é porque o comando do *caput* do art. 155 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), veda que o julgador decida com base apenas em elementos investigativos coletados na subfase investigativa da fase de admissibilidade, que se utilizaria interpretação literal estrita de que se a prova de natureza contraditória já tivesse sido realizada a favor do primeiro acusado já no curso do processo disciplinar a base principiológica reitora estaria suprida. Isto não é verdade, pois sabe-se que a inteligência por trás daquele comando legal quer o respeito ao princípio do contraditório e não o simples atendimento de literalidade.

> *CPP - Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei n° 11.690, de 9 de junho de 2008)*

Reitera-se que, nos termos já aduzidos em **3.5.3.5.1**, tanto no caso de um único acusado contra quem se produziram atos de instrução probatória previamente à sua notificação inicial quanto no caso de outro servidor vir a ser notificado como acusado já no curso do inquérito administrativo, é de se ter como automática e obrigatoriamente a serem refeitos todos os atos antecedentes de natureza contraditável (tais como provas orais, diligências e provas periciais *lato sensu*, que também se denominam como provas constituendas, conforme se abordará em **4.4.1.1.3.a**), para que possam validamente ser valorados na construção da convicção final - salvo, obviamente, se desde já a comissão tem certo de que aqueles atos prévios não importarão na convicção acerca deste novo acusado. As provas de natureza pré-constituída, que são essencialmente documentais (tais como pesquisas em dossiês e em sistemas informatizados internos em geral, remessa de atos de comunicação e de circularizações e respectivas juntadas de documentos e informações recebidos em resposta, inclusive provas de natureza originalmente contraditória e trazidas emprestadas de outros processos e procedimentos).não devem ser refeitas.

Reforça-se a recomendação de notificar o quanto antes tanto o servidor já apontado na fase de admissibilidade como possível autor dos fatos a serem apurados como também algum servidor contra quem se levantam indícios de responsabilidade (seja em coautoria, seja por excludência) já no curso do inquérito administrativo. Indistintamente de quem se trata, deve-se destacar que notificar é o primeiro ato de respeito à defesa, pois, para que um servidor possa se defender, antes é preciso saber que existe contra ele acusação.

Assim, embora haja ônus para o servidor figurar como acusado em processo disciplinar, até em respeito à defesa, é melhor notificá-lo o quanto antes, a fim de que ele, exercendo suas garantias constitucionais, contribua para afastar a acusação, em lugar de inquisitorialmente conduzir o processo e formar a convicção de culpabilidade (por vezes até equivocada), com risco de refazimento dos atos.

Tendo a comissão notificado servidor para acompanhar o processo como acusado, convém solicitar ao órgão competente o seu dossiê funcional (dossiê do RH, extraído do Sistema Integrado de Administração de Pessoal - Siape), do qual consta o histórico funcional do servidor (onde se lêem, por exemplo, dentre informações relevantes para posterior dosimetria de eventual punição, o tempo de experiência, as unidades de lotação, os antecedentes disciplinares, os eventos de capacitação e treinamentos recebidos, etc). No caso de servidor da ativa lotado em unidade descentralizada ou em unidade central situada fora de Brasília, o dossiê do RH é de competência da Divisão de Gestão de Pessoas da respectiva Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil (SRRF/Digep); no caso de servidor da ativa lotado em unidade central situada em Brasília, o dossiê do RH é de competência da Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep); e, no caso de inativo ou de ex-servidor, o dossiê do RH é transladado destas unidades da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) para a Superintendência (ou Gerência) Regional de Administração da Diretoria de Administração e Logística da Secretaria de Gestão Corporativa da Secretaria-Executiva do ME (ME/SE/SGC/DAL/SRA ou ME/SE/SGC/DAL/GRA) do estado de residência do agente.

Relembre-se que pode a comissão identificar, no decorrer dos trabalhos, indícios de materialidade e de autoria de infração cometida por servidor lotado (ou em exercício) em diferente RF, ou seja, na jurisdição de outro Escritório de Corregedoria (Escor). Nesta hipótese, se o caso comporta desmembramento, deve-se proceder à representação apartada ao respectivo Chefe de Escor; se o caso não comporta desmembramento, o Escor de origem deve consultar o Corregedor, que define a que Escor incumbe todo o apuratório, conforme o inciso III do *caput* e o § 4° do art. 2° da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017.

Se, em um processo disciplinar, após ter notificado um único servidor como acusado, no curso do inquérito administrativo, a comissão adquire convicção da sua inocência (tendo comprovado a ausência de materialidade ou de autoria ou ainda por qualquer motivo que faça

afastar a imputação original), deve o colegiado proceder ao interrogatório do acusado e apresentar ser relatório final à autoridade instauradora, sem indiciar e sem coletar defesa escrita, propondo arquivamento. Mas uma situação um pouco diferente se configura quando, em um processo disciplinar em que transitem mais de um servidor notificado como acusado, a comissão adquire convicção de não mais se justificar manter um deles no polo passivo (seja em função de notificação inicial de outro servidor que exclua a anterior, seja em função de se ter comprovado a inocência ou por outro motivo qualquer que justifique sua exclusão). Neste caso incomum, recomenda-se que o colegiado delibere tal fato em ata e apresente relatório parcial à autoridade instauradora, descrevendo detalhadamente os motivos de tal deliberação.

Ato contínuo, a autoridade instauradora deve apreciar a provocação da comissão e exarar sua decisão, concordando com a exclusão do servidor originalmente acusado ou discordando de tal proposta, e remeter sua decisão ao colegiado, para juntada aos autos. Destaque-se que o incidente transcorre nos autos do processo disciplinar original, dispensando-se o formalismo de se proceder a desmembramento para que em autos apartados se analisasse a questão da exclusão prévia. Caso a autoridade instauradora acate as razões apresentadas pela comissão, o servidor é considerado excluído do polo passivo e do rol de acusados, tendo como consequência serem afastados, a partir deste momento, os gravames da condição de responder a processo disciplinar. Não obstante, ressalve-se que nada impede que, se for o caso de o julgamento requerer autoridade julgadora de maior hierarquia, pode esta autoridade discordar da decisão inicial e determinar a reabertura do processo em face daquele servidor previamente excluído do polo passivo.

No processo disciplinar, não há previsão legal para que a comissão intime o acusado para que ele apresente defesa prévia. Neste momento do processo, antes de se ter procedido à apuração contraditória e à acusação formal (indiciação, se for o caso), tal iniciativa por parte do colegiado seria inócua e ineficiente, pois, a rigor, o servidor ainda não teria do que se defender. Não obstante, em observância ao princípio da ampla defesa, pode o acusado, espontaneamente, sem ter sido instado pela comissão, trazer tantos quantos arrazoados entender convenientes no curso da instrução, conforme também entende a doutrina.

> *“Em razão do contraditório e da ampla defesa, é recomendável que os memoriais, razões antecipadas de defesa e outros documentos apresentados pelo acusado sejam sempre recebidos, autuados, em separado ou não, e considerados para fim de análise de julgamento final.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 147, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

4.3.5 - Notificações Iniciais Fictas

Como, a rigor, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, não previu de forma expressa a notificação inicial com que se dá notícia ao servidor de sua condição de acusado, menos ainda cuidou o legislador de expressar os remédios jurídicos adequados para a superação de problemas que podem surgir no momento da entrega deste imprescindível ato processual, como, por exemplo, o servidor se recusa a assinar a notificação inicial ou não é encontrado para fazê-lo. Recomenda-se, portanto, buscar analogia para as soluções expostas na mesma Lei quando estas situações ocorrem em outro momento, qual seja, na citação para apresentar defesa, conforme o § 4º do art. 161 e o art. 163, ambos da Lei nº 8.112, de 1990. Há ainda uma terceira situação, não prevista em nenhuma passagem da mencionada Lei, em que o servidor, estando em local certo e conhecido, se oculta para não receber a notificação inicial, para a qual a solução é encontrada em códigos processuais.

4.3.5.1 - Recusa de Recebimento da Notificação Inicial

Inaugura-se aqui a linha de interpretação sistemática para se integrar a lacuna legal, já que a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, não previu a notificação inicial e tampouco o que deve fazer a comissão quando, uma vez encontrado o servidor, este se recusa a receber e a assinar o ato. No momento da tentativa de entrega da notificação inicial da condição de acusado, se o servidor se recusa, busca-se a interpretação sistemática com o que a mesma Lei previu para o momento posterior, de mesmo incidente quando da entrega da citação, no § 4º do seu art. 161.

No caso de o servidor ser encontrado mas se recusar a assinar a notificação inicial, se o portador é um dos integrantes da comissão, este deve consignar o incidente em termo e coletar dois testemunhos, preferencialmente estranhos ao trio processante; se o portador não é membro da comissão (como, por exemplo, um servidor estranho à comissão, seja integrante do grupo de atividades administrativas dos Escritórios de Corregedoria (Escor) que porventura o possuam, seja ainda por qualquer servidor do Escor ou mesmo de outra unidade (como unidade regional de gestão de pessoas) cedido para esta atividade (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros), deve reportar o fato, junto com duas testemunhas, para que integrante da comissão consigne o incidente em termo. Destaque-se que, na hipótese de antecipadamente se inferir a possibilidade desta recusa de recebimento, pode o integrante da comissão ou quem quer que seja o portador da notificação inicial já se fazer acompanhar das duas testemunhas. E, a rigor da literalidade do § 4º do art. 161 da Lei nº 8.112, de 1990 (na verdade, estabelecida para um momento processual posterior, o da citação para apresentar defesa escrita e aqui tomado como remédio jurídico de aplicação extensiva), não se exige que estas testemunhas sejam servidores; mas, por óbvio, podendo sê-lo é melhor, em razão da fé pública que agregam, conforme também converge a doutrina.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 161*
> *§ 4º No caso de recusa do indiciado em apor o ciente na cópia da citação, o prazo para defesa contar-se-á da data declarada, em termo próprio, pelo membro da comissão que fez a citação, com a assinatura de 2 (duas) testemunhas.*
>
> *"(...) se o servidor acusado se recusar a receber a citação, deverá haver uma formalização desse evento. Para o caso, é de se cumprir, por analogia, o disposto no § 4° do art. 161 da Lei nº 8.112, de 1990, que manda seja lavrado um termo de recusa em receber a citação para apresentação de defesa, por um dos membros da comissão." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 127, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*
> *(**Nota**: Embora tenha registrado "citação", nesta passagem acima reproduzida, o autor se refere a o que aqui se nomeou como "notificação inicial".)*
>
> *"Recomenda-se que, neste caso, as duas testemunhas da cientificação não sejam membros da comissão, uma vez que esta, representando a Administração, é parte nesse processo, (...), podendo naquela hipótese ser eventualmente pechada de suspeita." Ivan Barbosa Rigolin, "Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis", pg. 271, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*
>
> *"Se ele se recusar a receber a notificação prévia coletam-se dois testemunhos (analogia com o que está previsto para a citação).", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 101, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*
>
> *"Se o servidor acusado se recusar e receber ou apor o ciente na notificação, o colegiado pode-se valer, por analogia, do art.161, que trata da mesma recusa do servidor para o caso da citação (...) Assim, por analogia, os membros do colegiado podem certificar que o acusado foi cientificado do teor da*

notificação, porém se recusou a assinar o termo. Com essa certidão se supre a assinatura do acusado, dando-se por notificado e, ainda, invertendo-se o ônus da prova, no que concerne ao real conhecimento ou não do teor da notificação em si.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pg. 177, Editora Juruá, 1ª edição, 2013

Da mesma forma como a previsão em si da necessidade de se entregar a notificação inicial ao servidor, para lhe dar notícia de sua condição de acusado, a lacuna legal restou suprida pela Controladoria-Geral da União (CGU), em sua Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018. O § 6º do art. 33 desta norma assevera, na mesma linha que se obteve acima pela interpretação sistemática da Lei, que, diante do quadro de recusa de recebimento de qualquer ato de comunicação, como é o caso em tela, deve-se lançar mão do termo de recusa por membro ou secretário da comissão. Verifica-se que o órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) avançou na sua construção concessiva, permitindo que, se o incidente é protagonizado pelo servidor diante de secretário da comissão (que aqui poderia ser formalmente um servidor designado como secretário *ad hoc*), este já seria competente para lavrar o termo de que trata o comando legal trazido em extensão para o momento processual em apreço. Sendo um servidor estranho à comissão, dentre os portadores já indicados acima, prevalece a cautela acima sugerida, de o termo ser redigido por integrante da comissão.

IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 33.
§ 6º Em quaisquer atos de comunicação processual, no caso de recusa de seu recebimento, deverá ser lavrado termo próprio por membro ou secretário da comissão de PAD, com assinatura de duas testemunhas, o que implicará a presunção de ciência do destinatário.

Ato contínuo ao incidente e lavrado o termo de recusa por integrante da comissão, deve o colegiado deliberar em ata que considera o servidor notificado como acusado a partir da data de lavratura do termo.

4.3.5.2 - Servidor em Lugar Incerto e Não Sabido e Réu Preso

Na tentativa de suprir a recomendação geral de a notificação inicial ser pessoalmente entregue ao servidor, deve-se, preliminarmente, realizar duas tentativas de encontrá-lo, em dias e em horários diferentes, no seu local de trabalho e no(s) endereço(s) residencial(is) declarados nas diversas bases de dados ao dispor da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), bem como, para maior demonstração de exaurimento de tentativas de localização, enviar duas correspondências para o(s) mesmo(s) endereço(s). Neste rol, pode-se citar as bases de dados disponíveis no macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas (mais especificamente no Sistema de Apoio às Atividades Administrativas - SA3) ou nos processos de trabalho de arrecadação e de fiscalização (tais como no Sistema de Cadastro Pessoas Físicas - CPF e nas declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - DIRPF).

A referência à quantidade de duas tentativas de encontrar o servidor, em seu local de trabalho e em seu domicílio (ou em sua residência, conforme definem os arts. 70 a 72 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil - CC), reside no *caput* do art. 252 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC). Tal hipótese, enfrentada com certa frequência por comissões, pode ocorrer, por exemplo, em razão de servidor ativo que, por qualquer motivo, não está comparecendo ao seu local de serviço (ou ainda no caso de se tratar de inativo ou de ex-servidor).

CC - Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.
Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde,

> *alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.*
> *Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.*
> *Parágrafo único. Se a pessoa exercitar profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem.*
>
> *CPC - Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.*

A exemplo do relatado em **4.3.4.1**, estas diligências podem ser realizadas por apenas um membro da comissão ou por um servidor estranho à comissão, seja integrante do grupo de atividades administrativas dos Escritórios de Corregedoria (Escor) que porventura o possuam, seja ainda por qualquer servidor do Escor ou mesmo de outra unidade (como unidade regional de gestão de pessoas) cedido para esta atividade (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros).

Por extrema cautela, pode-se ainda enviar, por duas vezes, correspondências por via postal para aquele(s) endereço(s), com aviso de recebimento (AR), bem como mensagens para os endereços dos correios eletrônicos e para os números de telefones móveis, institucionais e particulares, conforme já exposto em **4.3.4.1**.

Após ter-se comprovadas as tentativas de localizá-lo e de notificá-lo no trabalho e nos locais declarados como de seu domicílio ou de sua residência (por meio de termos de ocorrência, com identificação daqueles que as realizaram, data e hora e coletando, se possível, testemunho assinado de colegas, amigos, parentes ou vizinhos de que não mais é visto naqueles locais ou outras informações porventura prestadas), esta circunstância deve ser registrada por termo assinado pelos membros da comissão, configurando, então, que o servidor está em lugar incerto e não sabido.

Na aplicação extensiva do § 3º do art. 256 do CPC à processualística disciplinar, a condição de estar o servidor em local incerto e não sabido pode se configurar com a infrutífera solicitação de seu endereço, por parte da comissão, a órgãos públicos ou a concessionárias de serviços públicos, a se somar às vãs tentativas por parte do próprio colegiado em localizar o agente.

> *CPC - Art. 256.*
> *§ 3º O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos.*

Percebe-se, portanto, que a procedimentalização a ser adotada deve ser dividida em dois momentos distintos. Primeiramente, deve a comissão exaurir todas as possibilidades legalmente previstas para notificar pessoalmente o servidor, por meio de idas a seu local de trabalho e a seu endereço residencial.

Somente após o esgotamento em vão destas tentativas de notificar pessoalmente o servidor da sua condição de acusado é que, no segundo momento, deve a comissão seguir a mesma regra disposta pelo *caput* do art. 163 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (na verdade, estabelecida para um momento processual posterior, o da citação para apresentar defesa escrita e aqui tomado como remédio jurídico de aplicação extensiva) e lançar mão do edital, publicado no Diário Oficial da União (DOU) e também em um jornal de grande circulação no local do último domicílio conhecido (o último domicílio atualizado nas já mencionadas bases de dados), pelo menos uma vez em cada um destes veículos, conforme

também solucionam o art. 361 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e o *caput* e os incisos do art. 256 do CPC e aceita a doutrina.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 163. Achando-se o indiciado em lugar incerto e não sabido, será citado por edital, publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para apresentar defesa.*
>
> *CPP - Art. 361. Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias.*
>
> *CPC - Art. 256. A citação por edital será feita:*
> *I - quando desconhecido ou incerto o citando;*
> *II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando;*
> *III - nos casos expressos em lei.*
>
> *"Não fala a lei em afixação de edital na repartição.*
> *Por não especificar o número de vezes que o edital deva ser publicado (...), entende-se que é uma só, em cada um dos órgãos de comunicação, obrigatória em ambos. (...)." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 162, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*
>
> *"Ao se referir à 'última publicação', o texto parece indicar que haverá mais de uma publicação em cada órgão. Mas a intenção do legislador, parece-nos, foi mesmo referir-se às duas publicações (Diário Oficial e jornal da localidade), considerando que o edital será veiculado em dias diferentes. Assim, o prazo é contado a partir do dia em que ocorreu a última publicação de um ou de outro desses veículos." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pg. 171, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

Aqui é necessário relembrar que, se a Lei nº 8.112, de 1990, não cuidou de prever a notificação inicial, muito menos o teria feito para elencar remédios jurídicos para incidentes no momento na tentativa de efetivar tal ato. Assim, da mesma forma como a previsão em si da necessidade de se entregar a notificação inicial ao servidor, para lhe dar notícia de sua condição de acusado, a lacuna legal restou suprida pela Controladoria-Geral da União, em sua Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018. O § 5º do art. 33 desta norma assevera, na mesma linha que se obteve acima pela interpretação sistemática da Lei, que, diante do quadro de servidor em local incerto e não sabido, deve-se lançar dos dois editais acima mencionados.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 33.*
> *§ 5º O acusado que se encontrar em local incerto e não sabido deverá ser notificado da instauração do PAD por edital publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido.*

Se o servidor tido como estando em local incerto e não sabido tem domicílio em município diferente daquele em que exerce seu cargo, o edital de notificação em jornal de grande circulação deve ser publicado em jornal da localidade de exercício do cargo (trata-se do instituto do domicílio necessário do servidor, conforme o art. 76 do CC).

> *CC - Art. 76. Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso.*
> *Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença.*

Destes editais de notificação devem constar nome do presidente da comissão, nome do servidor e sua condição de acusado no processo, endereço da sala de instalação da comissão, meios de contato com os membros do colegiado e todos os direitos que se elencam em qualquer notificação inicial. A comissão deve juntar aos autos uma via destes editais, com o recorte de suas publicações. Na hipótese de o processo ser digital e o acusado estar na ativa (e não licenciado ou afastado), o que lhe possibilita ser habilitado, os editais devem informar ainda a possibilidade de os autos serem consultados a qualquer tempo e que os pedidos de prova podem ser encaminhados por intermédio da funcionalidade solicitação de juntada de documento (SJD) do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo).

Havendo mais de um servidor nesta situação, a notificação inicial por edital será coletiva.

O servidor será considerado notificado como acusado justamente na data de publicação do último edital (não há que se confundir com o mandamento do parágrafo único do art. 163 da Lei n° 8.112, de 1990, com a qual se traria à tona interpretação equivocada de que a notificação inicial como acusado somente se configuraria em quinze dias após a última publicação).

Além disto, se as circunstâncias recomendarem, convém o presidente comunicar ao chefe imediato do servidor, à Superintendência (ou Gerência) Regional de Administração da Diretoria de Administração e Logística da Secretaria de Gestão Corporativa da Secretaria-Executiva do ME (ME/SE/SGC/DAL/SRA ou ME/SE/SGC/DAL/GRA) e ao respectivo Chefe do Serviço Médico da jurisdição que o servidor está respondendo a processo disciplinar e encontra-se em lugar incerto e não sabido, solicitando que seja comunicado à comissão seu eventual comparecimento a estas unidades ou órgãos, para fim de imediata notificação inicial.

Recomenda-se também solicitar à autoridade instauradora que, se o servidor se apresentar, não lhe sejam concedidas férias ou outros afastamentos que a lei atribua ao administrador poderes discricionários para sua concessão, enquanto for necessário o seu comparecimento perante a comissão.

Decorridos mais de trinta dias de ausência injustificada do servidor ao serviço, a autoridade instauradora providenciará a imediata abertura de novo processo administrativo disciplinar (PAD) para apurar o suposto abandono de cargo.

O emprego daqueles dois editais neste momento processual supre a necessidade de notificar o servidor de sua condição como acusado nos autos. Mas, no caso de, ainda assim, ele permanecer ausente do processo, os dois editais não afastam a necessidade de notificação da realização dos atos de instrução, conforme se mencionará em **4.4.3.2**, o que, muito provavelmente, caso o acusado não atenda àquela primeira notificação inicial por edital, também importará no emprego de quantos editais se fizerem necessários no curso da instrução processual. Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

> *Orientação Coger nº 37*
> *Na ausência de previsão legal para emprego de defensor dativo no curso da instrução processual, somente cabe tal designação em face da declaração da condição de indiciado revel.*

Por fim, depreende-se do art. 76 do CC, acima reproduzido, que, tendo o réu preso paradeiro certo, ao servidor nesta condição não se aplica a notificação inicial por edital. No mesmo sentido é a clara determinação do art. 360 do CPP, com a qual se harmoniza a doutrina. Em que pese a especificidade da situação, para fins administrativos, deve a comissão, ao máximo possível, tentar empregar o procedimento comum de notificação inicial, seja por meio de diligência no presídio ou unidade carcerária, seja requerendo ao juízo da vara de execuções penais a apresentação do preso ao órgão administrativo, ressalvando-se apenas a

recomendação de também entregar uma cópia a seu procurador, caso exista. Extensivamente, também se assevera que não é caso de empregar edital para servidor que se encontra internado em estabelecimento hospitalar em razão de tratamento de sua saúde.

> *CPP - Art. 360. Se o réu estiver preso, será pessoalmente citado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 01/12/03)*
>
> *"O servidor preso será citado pelo membro da comissão, em diligência ao presídio. Ou, então, será requerida ao Juiz titular da Vara de Execuções Penais a apresentação do preso no órgão público, quando será procedido o ato citatório." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pg. 174, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

O edital também não deve ser empregado na hipótese de o servidor estar em local sabido no exterior. Neste caso, conforme já mencionado em **4.3.4.1**, um dos remédios jurídicos aceitos é o emprego de ofício, via autoridade consular, sendo também conveniente a constituição de procurador na localidade onde corre o processo.

4.3.5.3 - Servidor em Local Conhecido e que se Oculta para Não Receber a Notificação Inicial

Um terceiro incidente pode ainda ocorrer, como uma situação intermediária às duas anteriormente descritas: o servidor tem paradeiro certo e conhecido, mas oculta-se, para não ser notificado, quando um dos membros da comissão (o presidente ou indistintamente qualquer dos dois vogais, não sendo necessária a formalidade de estarem presentes os três integrantes) ou um integrante do grupo de atividades administrativas dos Escritórios de Corregedoria (Escor) que porventura o possuam ou ainda qualquer servidor do Escor vai a seu encontro (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros).

A rigor, não se trata do primeiro caso, em que o portador efetivamente encontra o servidor e ele se nega a assinar a notificação inicial. Tampouco se trata do segundo caso, em que a comissão sequer sabe onde encontrá-lo. Aqui, a comissão sabe onde o servidor pode ser encontrado, mas, diante de sua estratégia de se ocultar, não logra ficar diante dele para tentar lhe entregar a notificação inicial. A hipótese ora tratada alberga, por exemplo, a situação, enfrentada com certa frequência, em que o portador da notificação inicial dirige-se à residência do servidor ativo, que, por qualquer motivo, não está comparecendo ao seu local de serviço (ou ainda no caso de se tratar de inativo ou de ex-servidor), e quem o atende até confirma que ele ali reside mas informa que não se encontra no momento e que não sabe dizer quando estará presente.

Neste caso, primeiramente, deve a comissão conseguir demonstrar nos autos que são conhecidos os locais de trabalho e de residência onde pode ser encontrado o servidor ativo ou o local de residência onde pode ser encontrado o inativo ou o ex-servidor. Por local de residência entendam-se o(s) endereço(s) residencial(is) declarados nas diversas bases de dados ao dispor da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), tais como nas bases de dados disponíveis no macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas (mais especificamente no Sistema de Apoio às Atividades Administrativas - SA3) ou nos processos de trabalho de arrecadação e de fiscalização (tais como no Sistema de Cadastro Pessoas Físicas - CPF e nas declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - DIRPF).

Além disto, deve também registrar nos autos algumas tentativas de encontrá-lo neste(s) local(is), em diferentes dias e horários, redigindo atas de deliberação e termos de ocorrência - com identificação daqueles que as realizaram, data e hora e coletando, se

possível, testemunho assinado de colegas de trabalho e de superiores hierárquicos ou de familiares, empregados, vizinhos, amigos, porteiros ou quaisquer outros prepostos -, com que se comprovem as sucessivas idas infrutíferas àquele(s) endereço(s), a saber, à unidade de lotação ou de exercício e ao endereço residencial do servidor ativo ou ao endereço residencial do inativo ou do ex-servidor. Como referência, pode-se mencionar a quantidade de duas tentativas, conforme estabelecido no *caput* do art. 252 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) - ressalvando-se que pode ocorrer de, na segunda ou na terceira ou até em mais idas sucessivas, de fato, a comissão se deparar com ausências justificáveis do servidor, não podendo se tomar a referência de duas tentativas como limite fatal. A questão crucial no presente tema não reside no simples esgotamento de duas idas ao local em que se presumia poder encontrar o agente, mas sim na existência de indícios de que este intencionalmente se oculta.

Configurada então a hipótese em tela, uma última tentativa prática de solucionar o incidente - antes de se buscar apoio jurídico em integração com outras leis -, seria de quaisquer dos possíveis portadores da notificação inicial se revezarem no(s) tal(is) local(is) conhecido(s), no máximo de tempo possível de abrangência, para ostensivamente tentarem encontrar o servidor. Restando também esta estratégia infrutífera ou até mesmo desaconselhável (por exemplo, por questões de segurança pessoal dos portadores), pode-se buscar uma solução no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), eleito como primeira fonte de integração na processualística disciplinar em caso de lacuna tanto na Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990, quanto na Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999. O *caput* do art. 362 do CPP, por sua vez, remete ao procedimento estabelecido nos arts. 252 a 254 do CPC (atualizando a remissão aos arts. 227 a 229 da revogada lei processual civil).

> *CPP - Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008)*
>
> *CPC - Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.*

Segundo os mencionados arts. da lei de processo civil, quando há suspeita de que o réu se oculta, deve ser intimada qualquer pessoa da família ou um vizinho ou um amigo ou ainda porteiros e outros prepostos ou empregados do condomínio ou residência de que o oficial retornará no dia útil imediato, na hora que designar, para proceder ao ato de comunicação (a chamada “citação com hora certa “), aqui aplicados extensivamente como última tentativa de a comissão encontrar pessoalmente o servidor. Assim, na hipótese em que há indícios de que o servidor, embora de paradeiro certo e conhecido, não é encontrado no local onde seria esperado, em decorrência de intencionalmente se ocultar da comissão, será considerado notificado como acusado na data previamente aprazada, mesmo que nesta oportunidade novamente não seja encontrado.

Nesta instrumentalização excepcional, de se destacar que deve o emissário portar consigo a notificação inicial já pronta (para a hipótese de lograr o encontro pessoal), registrar em termo de ocorrência mais uma ida infrutífera à residência do servidor (no mínimo, a segunda vez) e intimar um parente, vizinho, amigo, porteiro, empregado ou preposto a comunicar ao agente que o colegiado retornará em dia imediatamente posterior e em horário previamente determinado, a fim de proceder à notificação inicial e levar aos autos aquele termo e uma via recibada desta intimação.

Interessante destacar que, a exemplo do que se pontuou para o caso da citação em processo civil por via postal, o CPC, no parágrafo único do art. 252, ratificou a validade da intimação a porteiros ou demais empregados em caso de o servidor residir em condomínio ou qualquer outra espécie de moradia com controle de acesso, sendo certo que alcança também o empregado doméstico da sua própria unidade residencial.

> *CPC - Art. 252.*
> *Parágrafo único. Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a intimação a que se refere o caput feita a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.*

Todos estes registros servem de prova das sucessivas idas infrutíferas da comissão àqueles endereços - sobretudo ao residencial - e das recomendações deixadas com quem atendeu o portador para que informasse o servidor quando se retornaria para tentar novamente encontrá-lo. A cada diligência no endereço residencial, deve-se buscar extrair o máximo de informações de parte de quem atende (seja para lograr um meio seguro de enfim encontrar o servidor, seja para deixar inequívoco nos autos a sua estratégia de se esquivar da comissão), tais como confirmação de que o agente realmente reside naquele endereço, as razões da sua ausência, a previsão de horário de retorno, o horário em que é mais provável encontrá-lo em casa ou ainda alguma outra forma de contato.

Para este último deslocamento, em que se presume a necessidade de redigir um termo conclusivo quanto aos incidentes de ocultação e qualificador da condição de acusado, convém que vá um dos integrantes da comissão. Na data e horário aprazados, novamente não encontrando o servidor, após consignar com quem atender que o agente foi informado do comparecimento anterior do signatário e da data e do horário marcados para esta última tentativa e coletar as informações da razão de sua ausência, conforme o *caput* e o § 1º do art. 253 do CPC, deve o integrante da comissão lavrar novo termo de ocorrência, em duas vias, em que se registram a ausência do acusado e que não se dispõe de previsão de seu horário de retorno, a consideração de que a notificação inicial está realizada e o nome da pessoa que lhe atender, deixando uma via do termo com esta pessoa, como a contrafé a que se refere o § 3º do mesmo dispositivo legal, e levando a outra via para os autos.

Acrescente-se que, de acordo com o § 2º do art. 253 do CPC, a ausência do parente ou vizinho que havia sido intimado ou a sua recusa em receber o ato de comunicação não impedem que se efetive o ato com hora certa.

Obviamente, em nenhum dos dois momentos, pode o portador deixar a notificação inicial em si (embora convenha que sempre a porte já pronta) e muito menos cópia do processo com um estranho aos autos. Por fim, autuados os termos de ocorrência e com a notificação inicial, deve a comissão remetê-los, no prazo de dez dias contados da autuação, juntamente com cópia integral dos autos, na via postal, com aviso de recebimento (AR, em que o remetente preenche um formulário próprio, que lhe é devolvido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, assinado e datado por quem recebeu a postagem, comprovando que a remessa foi entregue e quando o foi), para o endereço residencial do acusado, conforme o art. 254 do CPC.

> *CPC - Art. 253. No dia e na hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou à residência do citando a fim de realizar a diligência.*
> *§ 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca, seção ou subseção judiciárias.*
> *§ 2º A citação com hora certa será efetivada mesmo que a pessoa da família ou o vizinho que houver sido intimado esteja ausente, ou se, embora presente, a pessoa da família ou o vizinho se recusar a receber o mandado.*
> *§ 3º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com*

> *qualquer pessoa da família ou vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.*
> *Art. 254. Feita a citação com hora certa, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu, executado ou interessado, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência.*

Verifica-se abaixo que a Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GM-3, já se manifestou pelo emprego do remédio previsto na lei civil em caso de ocultação (embora o caso em espécie se referisse à entrega da citação para apresentar defesa, é perfeitamente aplicável à notificação inicial como acusado). A mesma interpretação extensiva, a favor do emprego do instituto da hora certa no processo disciplinar, também se extrai da manifestação da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 11, de 30 de outubro de 2015. Embora se reconheça que a literalidade do dispositivo se reporte apenas à citação para apresentar defesa, não se faz imperativa uma leitura restritiva, podendo se tomar como referência para outros momentos processuais, conforme aqui se faz. O mesmo se aplica à doutrina.

> *Parecer AGU nº GM-3, não vinculante: "Ementa: O Direito Disciplinar rege-se por normas específicas e independentes do Direito Penal, inexistindo viabilidade jurídica de serem aproveitadas normas criminais, por via analógica, a fim de nulificar processo disciplinar por haver-se efetuado a citação por hora certa com vistas à apresentação de defesa.*
> *6. A maneira como se efetua o chamamento para o indiciado apresentar sua defesa encontra-se prescrita na Lei nº 8.112, art. 161, § 1º: "será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão". O sentido literal desse comando, por si só, é suficiente para demonstrar a validade do procedimento consistente em o indiciado receber o mandado expedido pelo presidente do colegiado. É norma desprovida da rigidez que representaria a exigência de que se efetuasse a citação, exclusivamente, por edital, em se esquivando o indiciado de recebê-la.*
> *7. A execução do ato processual de citação por hora certa atende à literalidade e à finalidade do art. 161, tanto que nessa maneira de atuar não se vislumbra qualquer dano para o exercício do direito de ampla defesa."*
>
> *Enunciado CGU/CCC nº 11, de 2015: "Citação por hora certa no procedimento disciplinar. No âmbito do Processo Disciplinar, a citação poderá ser realizada por hora certa, nos termos da legislação processual civil, quando o indiciado encontrar-se em local certo e sabido, e houver suspeita de que se oculta para se esquivar do recebimento do respectivo mandado".*
>
> *"A citação por hora certa aplica-se àqueles casos em que há suspeita de que o servidor indiciado está se ocultando para não receber a citação ou a notificação.*
> *Subsidiariamente, aplica-se o Código de Processo Civil (art. 227 e 228) quando, por três vezes o membro-secretário procurar o servidor indiciado para entregar a citação e não o encontrando em casa ou no trabalho, poderá intimar o chefe imediato de que no dia posterior voltará, durante o expediente normal da repartição, a fim de efetuar a citação, na hora designada.*
> *No dia e hora designados, o membro-secretário comparecerá no setor onde trabalha o servidor indiciado, a fim de realizar a diligência.*
> *Se o servidor indiciado não estiver presente, o membro-secretário procurará se informar das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o indiciado tenha se ausentado do setor, com o intuito de se esquivar do ato.*
> *O membro-secretário lavrará certidão da ocorrência e deixará contrafé (cópia) com o chefe imediato do servidor indiciado, mencionando-o na respectiva certidão.*

> *Após, o colegiado registrará tudo em ata e o presidente determinará que seja enviada ao servidor indiciado, para sua residência, por carta registrada com AR de 'mão própria', cópia da certidão e do mandado, dando-lhe ciência." Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pg. 363, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

Acerca do posicionamento adotado pela CGU para superar a estratégia de ocultação do servidor a fim de não receber a notificação inicial de sua condição de acusado, eis que deixou de haver qualquer dúvida de que o órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) também contempla o emprego da ferramenta da hora certa para este momento processual. A saber, a Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, no § 9º do seu art. 33, estendeu o emprego da hora certa para suprir a comunicação de qualquer ato processual.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 33.*
> *§ 9º Para a realização dos atos de comunicação, admite-se a utilização da citação por hora certa, nos termos da legislação processual civil, quando o acusado ou indiciado encontrar-se em local certo e sabido e houver suspeita de que se oculta para se esquivar do recebimento do respectivo mandado.*

4.3.6 - Acompanhamento do Processo

4.3.6.1 - Prerrogativa de Acompanhamento Pessoal, por Procurador ou por Advogado e Defesas Colidentes

O processo disciplinar rege-se, dentre outros, pelo princípio do formalismo moderado. Este princípio, ao lado do princípio da eficiência e do interesse público de buscar a verdade material, se manifesta de inúmeras maneiras e em diversos momentos processuais. Uma de suas manifestações mais indubitáveis, expressa no *caput* do art. 156 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é o direito de o acusado acompanhar o processo, caso queira, na íntegra ou em ato específico, seja pessoalmente, seja por meio de procurador. No processo disciplinar, são previstas tanto a defesa presencial, em que o servidor está presente ao ato, quanto, alternativa ou cumulativamente, a defesa por meio de procurador, em que ele se faz representar, podendo esta ainda ser técnica, quando se faz representar especificamente por advogado.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.*

Ainda como reflexo das assertivas acima, da mesma forma como se aduzirá em **4.3.11.3** e em **4.4.3**, no processo disciplinar, para o acompanhamento do rito instrucional, deve a comissão comunicar à defesa (aqui, indistintamente se mencionando o próprio acusado e seu procurador) não só a realização dos atos de busca de prova como também o resultado de suas decisões, respostas e posicionamentos em face de petições, questionamentos e os mais diversos tipos de provocações com que a parte provoque o colegiado. A exceção a esta regra geral da alternatividade reside na necessidade de entrega pessoal ao acusado dos atos personalíssimos das intimações para interrogatórios e da citação para apresentar defesa.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/6.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/6: "16. Importante destacar que as fontes acima emanadas pela CGU e pelo STJ ratificam a desnecessidade de a CI notificar tanto o acusado quanto a seu procurador, sendo suficiente fazê-lo somente a um deles, conforme for acordado com a defesa e/ou de acordo com os poderes*

concedidos na procuração."

Excetuando-se então do escopo as intimações para interrogatórios e a citação para apresentar defesa, para concretizar os demais atos de comunicação ordinários - que, em sua síntese, viabilizam o direito de acompanhamento do processo -, basta que a comissão cuide de entregá-los apenas ao acusado, como seu apriorístico destinatário, ou, alternativamente, apenas ao seu procurador, como seu destinatário subsidiário e desde que sua procuração não excetue tal poder de receber, conforme se abordará adiante, em **4.3.6.2**.

Ora, se a Lei regente desta processualística sequer exigiu a presença de procurador e tampouco de advogado, menos ainda se cogitaria de exigência de entrega de atos de comunicação a estes representantes legais nos casos em que sejam voluntariamente constituídos. Mesmo na hipótese de o servidor ter constituído alguém que o represente nos autos e ainda que este seja especificamente advogado, não se faz necessário entregar a ambos os diversos atos de comunicação com que se chama a parte a acompanhar o rito, podendo se deixar a critério e ao encargo da defesa sua comunicação interna. Caso a comissão opte por centralizar a entrega de atos de comunicação no próprio acusado, sobre este recairá o ônus de repassar tais informações acerca do andamento processual ao seu representante legal. De forma análoga, caso a comissão opte por centralizar a entrega dos atos ordinários de comunicação (com que se excluem as intimações para interrogatórios e citação para apresentar defesa) no procurador, a este incumbirá o repasse das informações acerca do andamento processual ao acusado.

E, uma vez definido que basta comunicar a um dos dois agentes legalmente autorizados, justifica-se a eleição apriorística do próprio acusado com base na assertiva de que, ainda que tendo constituído procurador e mesmo até sendo este formalmente advogado, ninguém melhor, como regra, que o próprio servidor para cuidar de seus interesses. Nesta senda, antecipe-se que a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regulamenta o processo administrativo federal *lato sensu* e aqui aplicável subsidiariamente à Lei nº 8.112, de 1990, no *caput* do seu art. 26 e no seu art. 41, elege o interessado (o acusado, no caso) como destinatário apriorístico dos atos de comunicação e ainda contempla o meio de entrega por via postal com aviso de recebimento (AR, em que o remetente preenche um formulário próprio, que lhe é devolvido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, assinado e datado por quem recebeu a postagem, comprovando que a remessa foi entregue e quando o foi).

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.*
> *Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.*

A convenção ora exposta somente se altera, centralizando-se os atos de comunicação e a participação processual no procurador, caso as condições do acusado dificultem ou inviabilizem a entrega pessoal (por estar de licença, afastado, preso, afastado ou em paradeiro não sabido) ou caso este não possa, por qualquer outro motivo, ou manifeste não querer receber pessoalmente as comunicações da comissão e acompanhar o processo - além das já mencionadas exceções para intimações para interrogatórios e citação, que devem ser entregues ao próprio acusado, por lhe imporem prática ou abstenção de ato.

É de se destacar o caráter alternativo desta normatização: nem a simples indicação apriorística de que os atos de comunicação podem ser entregues diretamente ao acusado e muito menos a possibilidade concedida de se fazê-lo por meio do procurador podem ser confundidas com algum tipo de obrigatoriedade excludente. O princípio do formalismo moderado opera aqui uma dupla possibilidade, em forma de alternatividade simplificadora e

agilizadora dos trabalhos processuais ordinários e não personalíssimos. Tanto a Administração quanto a defesa podem se harmonizar e escolherem a forma mais conveniente e produtiva de se concretizar a vontade da Lei, no sentido de se estabelecer a dialética processual e de que os atos atinjam os fins a que se proponham.

Ou seja, diferentemente do que ocorre em instância judicial, caso o acusado opte por exercitar o acompanhamento da apuração, pode fazê-lo pessoalmente e de forma exclusiva. O texto legal foi claro ao prever o caráter alternativo do acompanhamento, pessoal ou por procurador, facultando a escolha ao próprio interessado. Não há necessidade de constituir procurador e menos ainda, se for o caso, de este ser advogado (a defesa técnica é uma faculdade na instância disciplinar), conforme também entende a doutrina.

> *"97) O servidor público pode exercer sua autodefesa no processo administrativo disciplinar, sem estar assistido por advogado ou defensor dativo, ainda que não possua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pg. 1069, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Em outras palavras, na seara administrativa em geral e inclusive na processualística disciplinar, é como se operasse uma concessão postulatória ao próprio administrado, ao próprio interessado, aqui mais especificamente na condição de acusado. Diferentemente do processo judicial em geral (em que, salvo exceções a exemplos de juizados especiais cíveis, processo administrativo fiscal e causas trabalhistas, a simples capacidade processual para ser parte e para produzir atos jurídicos personalíssimos no processo não se confunde com a mais específica capacidade postulatória, para a qual se exige alguma técnica como requisito essencial de validade para a prática de determinados atos, normalmente atribuída ao profissional capacitado para o regular exercício da advocacia e detentor da devida procuração), no processo disciplinar, a lei não impôs capacidade técnica para o próprio interessado praticar atos em geral e nem mesmo para peticionar, contestar e recorrer

Sequer ampara a tese da imprescindibilidade de advogado em instância disciplinar o art. 133 da Constituição Federal (CF), que diz ser o advogado "indispensável à administração da justiça", pois o dispositivo constitucional condiciona tal exigência aos "limites da lei". Além de sistematicamente não se encontrar em toda a CF dispositivo expressamente obrigando a defesa técnica, a interpretação a *contrário sensu* do mencionado art. 133 é de que se aceita, nos limites da lei, processo sem advogado (e há exemplos reais disto, como acima já indicados). Ora, esta mesma CF condiciona a apuração punitiva ao devido processo legal; em atendimento, a Lei nº 8.112, de 1990, estabelece o rito e, não obstante, não prevê obrigatoriedade de advogado. Diante da parte final do art. 133 da CF, permitindo que a lei regule o tema caso a caso, não há que se criticar de inconstitucional a Lei nº 8.112, de 1990, por não exigir advogado, tanto que nunca houve tal declaração formal por parte da Corte competente, e assim entende a jurisprudência.

> *STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 244.027: "Ementa: Agravo regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória."*
>
> *STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 207.197: "Ementa: A extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado."*

Idem: STF, Agravo de Instrumento n° 239.029, Recurso Extraordinário n° 396.288 e Mandado de Segurança n° 2.961.

E o tema foi definitivamente soterrado com a edição da Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal (STF), abordada em **4.3.6.3**.

STF, Súmula Vinculante nº 5: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição."

Podem ser feitas algumas ilações acerca da motivação do legislador ordinário em não ter imposto a presença de advogado no processo disciplinar. Mencione-se que tal instância não põe em risco garantia fundamental da pessoa (a saber, a liberdade). Na ponderação de bens tutelados, o processo penal, como melhor exemplo, cuida de bem jurídico mais relevante para a pessoa que o processo disciplinar, que, em sua essência, trata de uma relação jurídico-estatutária que se firma entre servidor e Estado, que, em amplo sentido sociológico, engloba a "relação de trabalho". Ora, se é assim, se, na lei trabalhista, podem os empregados reclamarem pessoalmente à Justiça do Trabalho - conforme o art. 791 do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) -, não se sustenta tratamento tão diferenciado para o servidor. Ademais, em última análise, em caso de afronta a garantias fundamentais, sempre pode o servidor socorrer-se no Poder Judiciário. Acrescente-se que o ônus da prova é da Administração, não necessitando o servidor de comprovar sua inocência. Em reforço, o caráter facultativo da defesa técnica é reiterado na já mencionada Lei nº 9.784, de 1999, mais especificamente no inciso IV do art. 3º da Lei nº 9.784, de 1999. E, por fim, relembre-se o previsto equilíbrio de forças na relação processual, já que, se o Estatuto não exige que comissão e autoridades instauradora e julgadora sejam bacharéis em Direito e advogados, é aceitável que também não o tenha feito para o procurador da parte, se for o caso.

Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:
IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

Uma vez que, no processo disciplinar, o acusado possui capacidade postulatória, a não obrigatoriedade da presença de advogado não acarreta prejuízo, pois ao próprio servidor destinatário das provocações para participar da instrução probatória cabe discernir quando lhe convém buscar a defesa técnica e ter a intervenção do profissional habilitado nos momentos processuais que eleger.

Mas, em contrapartida, não pode este procurador ser servidor (pois, neste caso, ele pode, pelo menos em tese, se ver incurso na vedação prevista no inciso XI do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990).

O acusado pode constituir, em um mesmo instrumento, ou em mais de um, diversos procuradores para acompanhar o processo e todos terão acesso aos autos e aos atos de instrução. E, se porventura em atos instrucionais ou em qualquer forma de contato da defesa com a comissão comparecerem mais de um procurador de um mesmo acusado, todos têm o mesmo direito de pedir a palavra, de se manifestar e de pleitear. É de se compreender que os direitos constitucionais à ampla defesa e ao contraditório devem ser concedidos e estendidos à defesa como um todo (defesa aqui compreendida organicamente, como a íntegra do conjunto de agentes que atuam nas articulações a favor do acusado) e não apenas a um ou a alguns dos procuradores regularmente constituídos.

Ademais, não há vedação ou impedimento na Lei nº 8.112, de 1990, para que um mesmo procurador, sendo advogado ou não, atue na defesa de mais de um acusado em um mesmo processo disciplinar, bastando, para isto, que cada um assine a respectiva procuração individual ou que assinem em conjunto procuração única.

A priori, se contempla que, na imensa maioria dos processos com mais de um acusado

copatrocinado, é possível esta regular e aceitável constituição de um mesmo procurador. Tal possibilidade é cabível tanto nas hipóteses em que os contornos fáticos e as condutas apuradas permitam que as teses, argumentações, estratégias e petições formuladas pelo procurador sejam exatamente as mesmas, uníssonas e convergentes, para todos os copatrocinados quanto também naquelas em que sejam apenas parcialmente coincidentes e até mesmo quando sejam específicas e dissociadas, em linhas autônomas de construção, sem pontos de convergência e de divergência, para cada copatrocinado. Em síntese, aqui se cogita da extensa gama de possibilidades de situações em que o procurador tenha total possibilidade de dispor a integralidade de seus esforços e recursos e de apresentar o mesmo grau de qualidade, compromisso e de capacidade profissional na defesa dos interesses comuns ou específicos de cada um de seus copatrocinados - deixando claro que esta homogeneidade laboral não significa necessariamente ter de valer-se das mesmas técnicas e alegações -, sem ter de privilegiar um(ns) em detrimento de outro(s).

Mas, ao contrário da configuração mais frequente de processos com múltiplos acusados, em que as condutas imputadas a cada um guardam uma fronteira de individualização e de estanqueidade subjetiva, podem ocorrer raras situações em que se encontrem arrolados em um mesmo processo servidores cujas condutas sob apuração guardem relações fáticas de excludência ou tenham como alegações de defesa teses que mutuamente se desmentem ou se contradizem, configurando o que se chama de defesas colidentes (ou defesas conflitantes). Em primeiro momento, estas situações não merecem preocupação se cada acusado tem sua própria linha de defesa, seja pessoal, seja por exclusivos procuradores. Por fim, em resíduo excepcional, o tema se torna de fato sensível e passa a merecer maior grau de atenção quando mais de um acusado no mesmo processo constituem um mesmo procurador e seus interesses de defesa seguem linhas excludentes ou contrárias.

Por óbvia construção lógica, é inconcebível, à luz de toda rica gama principiológica que instrui a processualística disciplinar, que um mesmo procurador consiga ser igualmente técnico e dedicado ao defender acusados cujas linhas de defesa precisam mesmo ser de acusações recíprocas ou se baseiam em alegações que mutuamente se infirmam. Há de prevalecer neste conturbado e incomum contexto a tutela da preservação da amplitude de defesa a favor indiscriminadamente de qualquer acusado. E esta garantia fundamental não será completamente assegurada se os contornos fáticos forem tais que impeçam ou ao menos que mitiguem a total entrega, dedicação e lealdade igualitária e impessoal do procurador constituído em favor de todos os seus constituintes.

Focando especificamente no caso de o procurador ser um advogado, eis que o ordenamento jurídico - aqui em sentido amplo da expressão - busca proteger e assegurar aquela indispensável relação de integralidade dos esforços e de recursos do constituído a favor dos seus constituintes, positivando sua refração à ocorrência do indesejado incidente de defesas colidentes. Seja para um advogado que milite individualmente, seja no âmbito corporativo de uma sociedade de advogados (a exemplo de um escritório de advocacia), a ocorrência de defesas colidentes é proibida e sancionada desde como transgressão ética no diploma comportamental da instância administrativo-classista, por meio da entidade de classe reguladora da atividade advocatícia, conforme os arts. 17 e 18 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), até como tipo criminal, conforme se lê no parágrafo único do art. 355 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP).

> *Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - Art. 17. Os advogados integrantes da mesma sociedade profissional, ou reunidos em caráter permanente para cooperação recíproca, não podem representar em juízo clientes com interesses opostos.*
> *Art. 18. Sobrevindo conflitos de interesse entre seus constituintes, e não estando acordes os interessados, com a devida prudência e discernimento, optará o*

> *advogado por um dos mandatos, renunciando aos demais, resguardado o sigilo profissional.*
>
> *CP - Patrocínio infiel*
> *Art. 355 - Trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado:*
> *Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa.*
> *Patrocínio simultâneo ou tergiversação*
> *Parágrafo único - Incorre na pena deste artigo o advogado ou procurador judicial que defende na mesma causa, simultânea ou sucessivamente, partes contrárias.*

Aqui se quer destacar, sobretudo com a reprodução do comando do CP, que o bem jurídico tutelado, da plena e inabalável relação mútua de confiança entre constituinte e constituído, é tão relevante que a sua fragilização chama até a incidência gravosa do Direito Penal.

Diante da configuração de defesas colidentes, duas possibilidades se apresentam. De um lado, a primeira, requeredora de nenhum esforço oficial, se dá quando o próprio acusado e/ou o próprio procurador percebe(m) a inviabilidade de se manter a relação de patrocínio e, após acertos externos ao processo disciplinar, traz(em) a solução com a espontânea desconstituição, hipótese em que nada cabe a ser feito pela comissão a não ser autuar e acatar a petição. De outro lado, merece muito maior cautela quando é a comissão quem detecta a colidência entre as defesas.

Neste rumo, primeiramente, é de se afirmar que deve ser vista como atípica, rara, residual, cautelosa e até de certa forma constrangedora e invasiva a declaração, da lavra da comissão, de que não devem se sustentar, em razão de um motivo de incompatibilidade, aquela escolha voluntária, por parte do servidor, de determinado procurador para defender seus interesses e a aceitação deste encargo por parte do procurador. Tratando-se especificamente de um advogado, pode se até dizer que tal assertiva por parte da comissão carrega em si um certo tom de crítica seja à lealdade ética profissional seja ao conhecimento técnico do ordenamento regulador daquela atividade laboral. Ademais, trata-se de um incidente que atua em sentido contrário ao fluxo natural do caminhar instrumental em busca de um fim, comum e ordinário do processo, devendo ser visto como excepcional (da mesma forma como é a excepcional, invasiva e constrangedora a declaração de defesa inepta ou insuficiente, que se abordará em **4.8.5.2**)

Daí porque não convém a comissão se expor a manifestar a colidência de defesas por uma mera inferência ou avaliação de risco futuro potencial ainda não concretizado. Relembrando as extensas possibilidades, acima aventadas, de copatrocínio em mesmo processo sem colidência de defesas e das excepcionais configurações fáticas que efetivamente autorizam se cogitar deste traumático incidente processual, somente cabe à comissão declarar sua ocorrência quando há defesas que reciprocamente se acusam ou que se baseiam em teses excludentes (ainda que não sejam de acusações recíprocas). Este entendimento restritivo do que sejam defesas colidentes encontra amparo jurisprudencial.

> *STJ, Habeas Corpus nº 232.620: "Ementa: IV - Só se configura o conflito de defesas na hipótese em que um réu atribui a outro a prática criminosa que só pode ser imputada a um único acusado, de modo que a condenação de um ensejará a absolvição do outro, ou quando o delito tenha sido praticado de maneira que a culpa de um réu exclua a do outro, o que, in casu, não ocorreu (precedentes)."*

Somente neste caso e no momento da cabal percepção do conflito é que cabe à comissão deliberar pela declaração da ocorrência de defesas colidentes e intimar os acusados e seu procurador a que opere(m) a(s) desconstituição(ões). Uma vez detectada pela comissão

a inequívoca ocorrência de defesas colidentes, não deve o colegiado se omitir na intimação para que os acusados e procuradores busquem a solução, já que se presume que o incidente inevitavelmente leva ao prejuízo da garantia constitucional da ampla defesa, o que pode configurar insanável nulidade processual com posterior refazimento de atos.

Aprofundando a questão da possível nulidade decorrente de defesas colidentes, necessário se restringir que aquele efeito somente se concretizará com a comprovação de prejuízo efetivo à defesa de algum(ns) dos copatrocinados. Esta convicção, também sob amparo jurisprudencial, permite estender que, se até determinado ponto da instrução processual, o procurador comum tenha demonstrado o mesmo grau de participação e de dedicação a favor dos interesses de todos os copatrocinados, de forma a até então não se vislumbrar nenhuma mitigação da amplitude de defesa contra os interesses de algum(ns) dos acusados, e, a partir daquele ponto, tenha-se detectado o surgimento de teses conflitantes, basta que neste momento a comissão declare a ocorrência do incidente e diligencie por seu saneamento, não cabendo alegação de prejuízo por parte das defesas nos atos pretéritos e tampouco se justificando seu refazimento. Apenas na hipótese de ter havido um lapso temporal no curso do qual já se identificam as defesas colidentes e prejuízo no patrocínio dos interesses de um ou de alguns dos copatrocinados é que cabe à comissão ofertar-lhes a possibilidade de peticionarem pelo refazimento destes atos inquinados (pontua-se que, mesmo neste caso, não há que se refazer de ofício os atos instrucionais pretéritos, mas sim apenas mediante petição).

> *STJ, Habeas Corpus nº 268.662: "Ementa: 2. A nulidade decorrente da colidência de defesas pressupõe a demonstração de que houve, entre corréus defendidos pelo mesmo causídico, apresentação de teses conflitantes. Na espécie, das razões do writ consta apenas a menção de que o paciente e corréu tiveram o mesmo defensor, sem, analiticamente, elucidar-se o prejuízo que tal circunstância, per se, neutra, poderia ter acarretado."*
>
> *STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 355.608: "Ementa: 2. Esta Corte entende que não há que se falar em nulidade, pois é necessário que se demonstre a colidência de defesas, bem como o efetivo prejuízo advindo dessa contradição."*
>
> *STJ, Habeas Corpus nº 144.542: "Ementa: 4. A colidência de defesas somente se configura se a culpa de um réu excluir a do outro, o que não ocorre na espécie, não havendo, enquanto representados pelo mesmo defensor público, Dr. (...), nenhum tipo de acusação recíproca entre o paciente (...) e o corréu (...). 5. A partir do momento em que o Dr. (...) entendeu pela possibilidade de teses conflitantes, houve a nomeação, a seu pedido, de mais um defensor para o promovendo, ficando, assim, as alegações finais do paciente (...) subscritas pela defensora pública Drª. (...) e as do corréu (...), pelo defensor público Dr. (...), tendo, cada qual, apresentado defesas específicas para a situação retratada nos autos.*

4.3.6.2 - Requisitos da Procuração e Prerrogativas do Advogado

Em todo caso, é necessário formalizar nos autos o poder de representação, seja por meio de procuração que confira ao procurador poderes para, genericamente, atuar na instância administrativa, seja concedendo poderes para, de forma mais específica, representar no curso de determinado processo, seja até registrando o poder de representar apenas no termo correspondente ao ato que irá acompanhar. Não havendo menção a este instrumento na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, se faz necessário iniciar este tópico com a reprodução do *caput* e do § 1º do art. 105 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

> *CPC - Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica.*
> *§ 1º A procuração pode ser assinada digitalmente, na forma da lei.*

O *caput* do art. 105 do CPC trata da procuração geral para o foro, ou seja, descreve os poderes normalmente conferidos ao mandatário apenas para via judicial. A expressão "geral para o foro" possui o mesmo significado da aposição da cláusula *ad judicia*. E, mesmo quando se redige a procuração com esta cláusula seguida da expressão "para o foro em geral", ainda se conferem poderes ao mandatário apenas para via judicial. Em todas estas hipóteses de redação da procuração, a rigor, para que o mandatário possa postular na via administrativa, se faria necessário fazer constar do mandato a expressa manifestação do poder de representar na Administração ou no processo disciplinar específico. A melhor forma de redação da procuração para fim de atuação em processo disciplinar é fazer constar a cláusula *ad judicia et extra*, pois esta sim autoriza o procurador a praticar também todos os atos extrajudicias de representação e de defesa, perante pessoas jurídicas de direito público, seus ministérios, seus órgãos e unidades, suas autarquias e pessoas jurídicas de direito privado e até mesmo diante de pessoas físcas em geral. E o melhor modelo é fazer constar do termo, de forma expressa, aqueles poderes que o *caput* do art. 105 do CPC exige menção específica.

Não obstante, diante dos princípios do formalismo moderado e da instrumentalidade da forma, uma procuração com concessão de poderes de representação em geral pode ser aceita, bem como também pode ser aceita ainda que redigida com atecnia de dispor apenas a cláusula *ad juditia* mas mencionar o processo disciplinar específico ou se mencionar poderes também para representar em instância administrativa. Tampouco se exige instrumento público, aceitando-se instrumento particular. Em outras palavras, tendo a comissão convicção de que a concessão de poderes expressada pelo documento, ainda que de maneira incorreta, atinge o objetivo de informar a intenção do servidor para que aquele procurador atue a seu favor no processo, pode-se aceitar a procuração, mesmo com a cláusula insuficiente. Por outro lado, recomenda-se solicitar nova procuração quando o termo apenas concede a cláusula *ad judicia* ou quando deixa dúvida acerca da extensão dos poderes.

Acerca da extensão de poderes, cabe aprofundar a questão com maior cautela. Além de avaliar a existência da cláusula *ad juditia et extra* ou da cláusula *ad juditia* seguida de expressa manifestação de vontade para outorgar o poder de representação na instância disciplinar ou no processo disciplinar específico, deve ainda a comissão atentar para detalhes da redação do instrumento de mandato. Em conservadora analogia com o comando estatuído no *caput* do art. 105 do CPC, é de se verificar se o acusado, por meio da procuração, transfere integralmente ou em parte todo o seu poder postulatório ao procurador. A lei processual civil não estabelece como *default* a integral transferência do *jus postulandi*, tendo ressalvado que aqueles atos mais específicos e relevantes do poder de representação - que incluem dispor de direitos do constituinte, a exemplo de confessar, transigir, desistir, renunciar - requerem expressa manifestação na procuração. Estes atos mais gravosos de disposição de direitos não podem ser considerados, na instância processual civil, automaticamente transferidos para o advogado constituído. Portanto, este comando legal permite inferir que cabe cogitar de uma não automática e não integral habilitação para o procurador praticar todos os atos processuais.

Preservada a pertinente distância entre o processo disciplinar e o processo civil, destacada sobretudo pela base principiológica irrigada pelo formalismo moderado, convém que a comissão atente, conservadoramente, para os reflexos do comando do *caput* do art. 105 do CPC na condução do inquérito administrativo. Assim, estando diante de uma procuração com cláusula *ad juditia et extra* ou com cláusula apenas *ad juditia* mas que concede o poder

postulatório na instância disciplinar ou no processo disciplinar específico e nada ressalva sobre não transferência de poder para praticar atos específicos e mesmo que nada expresse acerca da concessão de poderes mais específicos, pode a comissão interpretar que o acusado quis transferir integralmente todo o poder de representação ao procurador, sem exceções. De outro lado, ainda que expresse a cláusula *ad juditia et extra* ou apenas a cláusula *ad juditia* com poder postulatório na instância disciplinar ou no processo disciplinar específico e mesmo que agregue a expressão "para o foro em geral" mas ressalve algum poder específico - como, por exemplo, de receber notificações, intimações e citações ou atos de comunicação em geral -, convém que a comissão respeite literalmente esta manifestação de vontade de parte do acusado, interpretando que este limitou a transferência de parte de sua capacidade postulatória para seu procurador, ainda que este seja um advogado.

Em outras palavras, atentando para o direito do acusado de transferir a integralidade da sua capacidade postulatória para o procurador em geral e mais especificamente para o advogado detentor de habilitação legal e de capacitação profissional para laborar sua defesa técnica e tendo sempre à luz o princípio do formalismo moderado, tendo o servidor expressado a outorga de poderes mandatários sem expressar ressalvas e mesmo sem expressar destaques da concessão, é de se compreender total transferência do seu *jus postulandi* para o procurador; do contrário, tendo registrado ressalvas, é de se acatar a limitada vontade de transferir poderes, tendo a comissão de centrar na participação pessoal do acusado aqueles atos porventura excluídos do poder de representação.

Não obstante, em todo este tema em apreço, não se perca de vista que merecem sempre tratamento excepcional a entrega da notificação inicial da condição de acusado, a entrega das intimações que se fizerem necessárias para coletas de interrogatórios, além do ato em si de ser interrogado, e a entrega da citação para apresentação de defesa escrita. Por imporem ao próprio acusado a prática ou abstenção de ato, assumem caráter personalíssimo, não comportando capacidade postulatória em nome do procurador, independentemente da redação da procuração.

É possível que a procuração expressamente permita ao mandatário que subestabeleça os poderes concedidos, na íntegra ou em parte, a favor de submandatário. Ademais, conforme se expresse no respectivo termo, o subestabelecimento pode se dar com ou sem reserva de poderes, que, respectivamente, significam a sua transferência temporária ou definitiva, com que o mandatário original pode reassumir seus poderes ou com que os renunciou definitivamente. No caso de subestabelecimento com reserva de poderes, pode a comissão se referir e se reportar tanto ao procurador subestabelecente quanto ao procurador subestabelecido, conforme aceita jurisprudência.

> *STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 202.184: "Ementa: 1. Por entendimento pacificado no direito pretoriano, o nome de um só dos advogados constituído é suficiente para que se perfaça a intimação. 2. Quando há substabelecimento sem reservas, a intimação só se perfaz quando chamado o advogado substabelecido. 3. Se o substabelecimento é com reserva de poder, a intimação pode ser feita no nome de um deles, substabelecente ou substabelecido, dando-se preferência ao advogado que pratica os últimos atos da instrução."*

Ademais, dispensa-se reconhecimento de firma, a menos que haja dúvida quanto à legitimidade da representação, conforme o § 2º do art. 22 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 199, regulamentado pelo art. 9º do Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, e atualizando o comando do art. 31 da Lei nº 4.862, de 29 de novembro de 1965. Tais dispositivos se fazem reproduzir no ordenamento interno, conforme os arts. 1º e 2º da Portaria RFB nº 1.880, de 24 de dezembro de 2013.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 22.*

§ 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.

Lei nº 4.862, de 1965 - Art. 31. Salvo em casos excepcionais ou naqueles em que a lei imponha, explicitamente, esta condição, não será exigido o reconhecimento de firmas em petições dirigidas à administração pública, podendo, todavia, a repartição requerida, quando tiver dúvida sobre a autenticidade da assinatura de requerente ou quando a providência servir ao resguardo do sigilo, exigir antes da decisão final a apresentação de prova de identidade do requerente.

Decreto nº 9.094, de 2017 - Art. 9º Exceto se existir dúvida fundada quanto à autenticidade ou previsão legal, fica dispensado o reconhecimento de firma e a autenticação de cópia dos documentos expedidos no País e destinados a fazer prova junto a órgãos e entidades do Poder Executivo federal.

Portaria RFB nº 1.880, de 2013. Art. 1º Fica dispensada a exigência de firma reconhecida nos documentos apresentados à Secretaria da Receita Federal do Brasil, exceto quando:
I - houver dúvida fundada quanto à autenticidade da assinatura aposta no documento apresentado; e
II - existir imposição legal.
Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica ao § 1º do art. 3º da Instrução Normativa RFB nº 944, de 29 de maio de 2009.
Art. 2º Verificada, em qualquer tempo, falsificação de assinatura em documento público ou particular, a repartição considerará não satisfeita a exigência documental e dará conhecimento do fato à autoridade competente, dentro do prazo improrrogável de 5 (cinco) dias, para instauração do processo criminal.

Em que pese o princípio do formalismo moderado, não se deve acatar nenhuma postulação apresentada por terceiro qualquer, estranho ao processo e muito menos permitir que ele acompanhe ato de instrução probatória, desacompanhado do acusado e sem o devido mandato, apenas verbalmente se apresentando como procurador. Não obstante, pode o acusado comparecer com terceira pessoa, sendo este advogado ou não, e, mesmo não havendo nos autos ou não portando naquele momento procuração em sentido estrito e formal com concessão de poder para atuar no processo disciplinar em curso, e, presencialmente, expressar sua autorização para que aquele terceiro acesse os autos ou participe do ato especificamente a se realizar, podendo, neste caso específico, a comissão acatar a manifestação de vontade do servidor e fazer constar de termo esta autorização, como uma espécie de procuração *apud acta* (expressão com sentido de “imediata”). Cabe, inclusive, a comissão conferir com o acusado se aquela concessão de poder se restringe somente àquele momento ou àquele ato ou se se deve ser compreendida como uma concessão de poderes para representação em todo curso do processo, devendo registrar também tal opção no termo.

Todavia, tratando-se comprovadamente de advogado, o CPC, no *caput* e no § 1º do seu art. 104, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB), no § 1º do seu art. 5º, autorizam o advogado a postular, alegando urgência, mesmo que com mandato que lhe confira poderes insuficientes ou até sem procuração, sob condição, registrada em termo, de sanar a omissão no prazo de quinze dias, prorrogável por igual período. Todavia, no caso específico dos processos administrivos digitais, com suporte documental em meio digital, como é o caso dos processos em curso na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) em geral e no seu sistema correcional em especial, formalizados no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), à vista do sigilo material que em geral lhes são inerentes, por conterem dados protegidos por sigilo fiscal, e à vista também do sigilo instrumental que o *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, disponibiliza para o processo disciplinar e o § 3° do art. 7° da Lei n° 12.527, de 18 de novembro de 2011, disponibiliza para tanto para o procedimento correcional investigativo quanto para o processo

disciplinar, na leitura conjunta com os incisos XIII e XIV e os §§ 10 e 13 do art. 7º da Lei nº 8.906, de 1994, que exige apresentação de procuração para o exercício das prerrogativas profissionais em autos sujeitos eletrônicos a sigilo, convém recusar o acesso aos autos (sejam estes investigativos, sejam estes acusatórios), enquanto não for apresentado o devido mandato.

> *CPC - Art. 104. O advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente.*
> *§ 1º Nas hipóteses previstas no caput, o advogado deverá, independentemente de caução, exibir a procuração no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período por despacho do juiz.*
>
> *Lei nº 8.906, de 1994 - Estatuto da OAB - Art. 5º*
> *§ 1º O advogado, afirmando urgência, pode atuar sem procuração, obrigando-se a apresentá-la no prazo de quinze dias, prorrogável por igual período.*
> *Art. 7º São direitos do advogado:*
> *XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estiverem sujeitos a sigilo ou segredo de justiça, assegurada a obtenção de cópias, com possibilidade de tomar apontamentos; (Redação dada pela Lei nº 13.793, de 3 de janeiro de 2019)*
> *XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (Redação dada pela Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016)*
> *§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)*
> *§ 13. O disposto nos incisos XIII e XIV do caput deste artigo aplica-se integralmente a processos e a procedimentos eletrônicos, ressalvado o disposto nos §§ 10 e 11 deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.793, de 2019)*

No caso de eventual incidente de um advogado comparecer à sala da comissão postulando vista dos autos ou participação em ato instrucional sem procuração ou qualquer outra forma de prévia comunicação de concessão de poderes por parte do acusado a favor daquele terceiro, para tentar solucionar o conflito momentâneo e requeredor de imediata decisão, pode o colegiado tentar qualquer espécie de contato com o servidor pelas vias oficiais ou particulares acordadas, a fim de que este confirme ter ciência da postulação e, ato contínuo, envie por escrito uma procuração (ou uma simples autorização para o ato), ou ao menos que concorde com a elaboração de termo de ocorrência relatando o fato e que o advogado firme compromisso de fornecer a procuração no prazo legal, sob pena de representação à OAB. Do contrário, na ausência de tais providências, o acesso ou a participação devem ser indeferidos. Reitera-se que qualquer incidente desta natureza, à margem da necessária procuração, protagonizado por um terceiro qualquer que se intitula procurador do acusado mas que não tem a qualidade de ser advogado deve ser inequivocamente indeferido pela comissão.

Em decorrência da citada cláusula de reserva, a ampla representatividade de entidade sindical não se faz refletir no processo disciplinar. O sindicato ou qualquer outra associação de classe do acusado, tão somente em função de sua representatividade coletiva, não tem direito de acesso aos autos e de acompanhar o processo, nem mesmo por algum advogado especificamente integrante do seu corpo jurídico. Obviamente que isto não afasta a prerrogativa, à luz do princípio do formalismo moderado, de o acusado constituir nos autos, mediante regular procuração, algum membro da entidade classista para atuar como seu

procurador, hipótese em que, especificamente como tal, ele terá livre acesso.

Mas, não possuindo o instrumento de mandato, não cabe o representante sindical, alegando seu poder de representatividade classista em defesa do interesse do associado, postular ou acompanhar informalmente (sem procuração ou sem constar do termo ao final por todos assinado) ato de instrução. Se, por um lado, é verdade que a Lei nº 9.784, de 1999, nos incisos III e IV de seu art. 9º, reconheceu direitos a organizações ou associações representativas, por outro lado, restringiu a prerrogativa de atuarem como interessados apenas no tocante a direitos coletivos ou difusos, enquanto o processo disciplinar é subjetivo e pessoal, interessando apenas ao acusado e a seu procurador legalmente constituído.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:*
> *III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;*
> *IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.*

Ainda sobre a atuação do advogado no âmbito da RFB, mesmo que com menor repercussão na atividade correcional, convém trazer a tona a recomendação institucional adotada na Nota Conjunta Suara/Sutri nº 5, de 5 de maio de 2022, por meio da qual a Subsecretaria de Arrecadação, Cadastros e Atendimento (Suara) e a Subsecretaria de Tributação e Contencioso (Sutri) bem destacaram, com base na jurisprudência, que a prerrogativa estabelecida na alínea "c" do inciso VI do art. 7º da Lei 8.906, de 1994, não se opera no âmbito administrativo, mas sim apenas onde a atuação do advogado se faz privativamente essencial, qual seja, na postulação judicial, além das atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, conforme define de forma exaustiva o art. 1º da mesma Lei. Assim, o profissional da advocacia, no âmbito de unidades da RFB, deve se submeter a todo regramentos internos validamente adotados para o fim de disciplinar acesso e atendimento, sem fazer jus a nenhuma espécie de tratamento diferenciado em comparação a qualquer outro interessado, nos casos em que a atuação do advogado não se constituir em ato privativo da advocacia, nos termos estritos do art. 1º da Lei nº 8.906, de 1994.

> *Lei nº 8.906, de 1994 - Estatuto da OAB - rt. 7º São direitos do advogado:*
> *VI - ingressar livremente:*
> *c) em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado;*
>
> *Nota Conjunta Suara/Sutri nº 5, de 2022: "13. Por todo o acima exposto, considera-se que não é obrigatório o atendimento preferencial aos advogados, com base na prerrogativa prevista no art. 7º, inciso VI, alínea "c", da Lei nº 8.906, de 1994, no caso dos serviços realizados no âmbito da RFB. Devem os servidores que realizam o atendimento ao contribuinte verificar com exatidão a natureza do instrumento de mandato apresentado pelos advogados e se tal documento está de acordo com as normas da RFB, sendo importante reforçar que o atendimento presencial deve ser precedido de agendamento, conforme Portaria RFB nº 4.261, de 22 de abril de 2000, salvo exceções previstas neste ato."*
>
> *STJ, 2Segunda Turma, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, Recurso Especial nº 1.582.053/SP, DJe 18/12/2017, Ementa: "1. Não se pode confundir o "exercício da advocacia", no âmbito profissional, com o mero pleito em favor de terceiro, quando é desinfluente a profissão do requerente. Isso porque o art. 1º da Lei 8.906/94 estabelece como atividades privativas da advocacia a postulação perante o Poder Judiciário, bem como as atividades de consultoria*

assessoria e direção jurídicas. No exercício dessas atividades, em juízo ou extrajudicialmente, é necessário a prova do mandato, podendo ser diferida tal comprovação na hipótese de urgência (art. 5º, caput e § 1º, da Lei 8.906/94). No exercício regular dessas atividades privativas, revela-se, em tese, ilegal ato que impeça o livre ingresso de advogado em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado, porquanto se trata de prerrogativa prevista no art. 7º, VI, "c", da Lei 8.906/94.
2. Por outro lado, caso o pleito em favor de terceiro não seja exercido no âmbito dessas atividades privativas (como ocorre no caso concreto), impõe-se o afastamento da prerrogativa, sob pena de se atribuir um privilégio."

STJ, Segunda Turma, Ministro Relator Herman Benjamin, Recurso Especial nº 1.527.216/SP, DJe 13/11/2018, Ementa: "5. A análise da compatibilidade ou não do ato infralegal exige juízo desproporcionalidade e de razoabilidade entre o seu conteúdo e a lei cuja regulamentação é por ele feita.
6. O feixe de prerrogativas asseguradas ao advogado, no desempenho de suas funções, como sói acontecer em relação a qualquer direito subjetivo, não possui caráter absoluto.
7. Evidentemente, não é desconhecida a situação de grande dificuldade enfrentada pelo usuário do serviço público, qualquer que seja o ramo específico - quer do segurado em relação ao INSS, quer do jurisdicionado em relação à demora na tramitação do processo judicial.
8. Se, por um lado, é inegável que o ordenamento jurídico contém mandamento coercitivo ou estabelece princípios programáticos voltados à eficiência na prestação do serviço público, é igualmente incontroverso que os recursos humanos e/ou materiais são desproporcionais à demanda, de modo que é indispensável estabelecer relação de equilíbrio entre esses dois fatores.
9. Mesmo em relação ao advogado, não se vê como desarrazoada a existência de preceito que estabelece a necessidade de protocolo nas mesmas condições do usuário não habilitado em Direito. A verdade é que o atendimento solicitado não se caracteriza como ato privativo de advogado."

4.3.6.3 - Faculdade de Contraditar e Impropriedade de Designar Defensor *Ad Hoc* ou Dativo

Voltando ao direito de acompanhamento do processo disciplinar, o *caput* do art. 156 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, reflete a essência do princípio fundamental do contraditório (consagrado no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal - CF), que, nesta instância processual, se faz refletir na segunda fase - do inquérito administrativo, a cargo da comissão. Daquele dispositivo legal se extrai que a Lei garante ao acusado a faculdade de poder exercer um direito, em nada se confundindo com mandamento impositivo. Como tal, o acompanhamento do processo deve ser visto como uma prerrogativa, que se oferece ao acusado e que por ele será exercida ou não, a seu exclusivo critério, conforme entende a doutrina. O mandamento é tão somente de que a comissão deve garantir a oportunidade deste exercício, sem obstrução.

"(...) esse direito de defesa é, em alguma medida, disponível, pois o Estado não pode, rigorosamente, obrigar alguém a defender-se de uma determinada forma. O que se deve observar é o respeito às oportunidades de defesa, estas sim imprescindíveis à validade do processo. (...)
Veja-se que a técnica do silêncio ou mesmo da omissão pode ser uma forma técnica de defesa, inclusive com a perspectiva de nulificação do processo ou procedimento. Não se pode premiar aquele que fica em silêncio, mesmo

> *dispondo de oportunidades de defesa, com a nulidade processual ou administrativa, retardando indevidamente a prestação jurisdicional (...). Penso que se mostra razoável o caminho de propiciar oportunidades aos acusados para o exercício de defesa. Se essas oportunidades são ou não devidamente aproveitadas, utilizadas, parece-me que é um problema dos acusados e de seus espaços de liberdade." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pgs. 526 e 527, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Esta faculdade já se manifesta desde a notificação inicial para acompanhar o processo como acusado, em que a praxe é de reproduzir no documento o citado dispositivo legal. E, no curso da instrução, a prerrogativa repercute na possibilidade franqueada ao acusado de, se assim quiser, comparecer (pessoalmente ou por seu procurador - com óbvia exceção da alternatividade para os interrogatórios, que, como atos personalíssimos, somente podem ser protagonizados pelo próprio acusado) a cada ato de elaboração de prova, mediante notificação com prazo hábil. Idêntico entendimento já foi externado na manifestação do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), por meio de Parecer.

> *Parecer Dasp. Defesa concedida ao acusado - Meios probatórios*
> *Inassiduidade habitual. Demissão. A oportunidade de defesa foi dada ao acusado, oferecendo-lhe os meios probatórios dos quais não se socorreu. A administração não pode ficar à mercê dos caprichos dos seus servidores.*

O tema também foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/6.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/6: "3. O exercício da defesa durante a instrução é um direito do acusado, ou seja, não é uma imposição, mas uma faculdade. O servidor decide se vai defender-se ou não. À comissão de inquérito (CI) cabe apenas oportunizar esse direito, sem exigir o seu exercício, tampouco o obstruir."*

O entendimento se reforça ao se atentar que, no processo disciplinar, diferentemente do que se observa no processo judicial civil, a ausência do acusado ou de seu procurador ao longo da fase de instrução não gera a favor da Administração presunção de verdade da acusação, uma vez que a ela cabe o ônus probante.

Tratando-se de um direito a ser disponibilizado ao acusado, se este não comparece (e nem se faz representar) à realização de ato de instrução, após ter sido regularmente notificado, não há determinação na Lei para que a comissão designe defensor *ad hoc* ou solicite à autoridade instauradora designação de defensor dativo. A expressão generalista e sem definição legal "defensor *ad hoc* " seria compreendida aqui como o servidor designado pela autoridade superior para atuar em favor dos interesses do acusado em processo disciplinar no curso de um ato probatório específico ou para pelo menos acompanhar a feitura de tal ato e cuidasse de verificar a regularidade de sua condução por parte da comissão, impedindo postura tendenciosamente contrária ao interessado ausente. Já "defensor dativo", antecipando de forma muito sintética o que se abordará detalhadamente em **4.8.5.1**, é uma expressão com definição legal e com previsão de emprego na situação concreta e específica quando o acusado ou seu procurador constituído nos autos deixa de apresentar a defesa escrita, obrigando que a autoridade instauradora excepcionalmente designe um servidor para redigir aquela indispensável peça sem a qual o processo não pode prosseguir seu curso. Se não previsão legal para emprego de defensor *ad hoc* no processo disciplinar e nem sequer para defensor dativo na situação que ora se analisa, muito menos haveria exigência em lei para que estes fossem advogados (conforme já abordado em **4.3.6.1**) e menos ainda existe vedação para que a comissão realize o ato. De se destacar ainda que a Lei nº 8.112, de 1990, não exige que os integrantes da comissão e nem mesmo que a autoridade julgadora tenham formação jurídica, em inequívoca preservação do equilíbrio de forças na relação processual (visto que o processo disciplinar tem apenas dois polos).

Os conceitos mais basilares da Hermenêutica amparam o entendimento de que o legislador foi claro ao expressar, de forma exaustiva, a autorização do emprego de remédio excepcional em caso de omissão do acusado. Apenas para o já supramencionado momento processual específico o legislador cuidou de estabelecer a figura do defensor dativo, a ser designado pela autoridade instauradora: quando o acusado, embora regularmente citado a apresentar defesa no prazo legal, se mantém inerte e tem declarada sua revelia, na letra do art. 164 da Lei nº 8.112, de 1990. Neste caso, não se cuida essencialmente de garantir o contraditório, posto que já suprido com a prerrogativa de acompanhar a instrução, mas sim de cláusula de ampla defesa, de ter peça escrita de defesa autuada antes da decisão, nem que seja redigida por terceiro. Quisesse o legislador autorizar o emprego de um defensor designado para atos processuais, ele teria manifestado de forma expressa, conforme fez no incidente da revelia.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/6.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/6: "3. O exercício da defesa durante a instrução é um direito do acusado, ou seja, não é uma imposição, mas uma faculdade. O servidor decide se vai defender-se ou não. À comissão de inquérito (CI) cabe apenas oportunizar esse direito, sem exigir o seu exercício, tampouco o obstruir.*
> *10. Se o exercício da defesa e a consequente indicação de procurador no PAD são escolhas exclusivas do acusado, nem a CI nem a autoridade instauradora podem nomear defensor dativo ou ad hoc caso esse agente público ou o seu mandatário, embora regularmente notificado um deles, não acompanhem o processo ou não compareçam para a realização de ato instrutório, uma vez que a Lei nº 8.112, de 1990, somente previu a designação de defensor dativo no art. 164, para a hipótese de indiciado revel durante a subfase de defesa - e sequer exigiu que ele seja bacharel em direito:*
> *12. Ademais, além de o sigilo imposto no PAD pelo caput do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, impedir que terceiros desautorizados acessem seus autos, o acusado pode adotar o silêncio como estratégia de defesa, de modo que a nomeação, pela Administração Pública, de defensor dativo ou ad hoc na subfase de instrução pode, em tese, suscitar a alegação de que o interesse do servidor foi violado."*

Daí se extrai que, da forma legalmente prevista, a garantia constitucional da ampla defesa será obrigatoriamente exercida na fase de defesa escrita, pois o processo disciplinar não segue para julgamento sem este requisito essencial, conforme também entende a doutrina.

> *"Assim, durante todo o processo, estando o acusado em local conhecido, mesmo que ele se demonstre apático aos chamados anteriores, continuará a ser avisado de todos os atos da Comissão para poder deles participar e/ou contra eles arguir alguma oposição. Destarte, se ele preferir não se manifestar, ficar alheio ao processo, mesmo tendo a Comissão jamais cessado de convidá-lo a exercer sua ampla defesa durante toda a fase instrutória do processo, a Comissão não precisará designar defensor ad hoc para os atos para os quais o acusado não quis participar. Mas é imprescindível que a Comissão junte ao processo todas as intimações entregues ao acusado, com a sua assinatura de recebimento, sem as quais o processo fatalmente será anulado, pois não haverá nos autos a comprovação imprescindível de que foi dada ao acusado a oportunidade de se defender.*
> *Entretanto, conforme previsto pela Lei 8.112/90, se ele não apresentar a defesa escrita, que é a última peça de defesa prevista no processo disciplinar, apenas neste caso, será dado a ele um defensor dativo, nos termos do § 2º do art. 164 da Lei 8.112/90 (...).*
> *Assim, em princípio, a Súmula nº 5 do STF revigorou a sistemática da Lei 8.112/90 e estabeleceu que o acusado tem apenas a faculdade de se fazer*

> *defender durante todo o processo, não podendo se obrigar a Administração a providenciar a defesa do servidor durante a fase instrutória, mas apenas ao final do processo, se o indiciado regularmente citado não apresentar sua defesa escrita.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 158, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

No curso da fase de inquérito administrativo, a comissão atua como o agente público competente para a condução e, como tal, sujeita-se ao princípio da legalidade, com o que só lhe é dado fazer aquilo que a lei expressamente lhe permite. Assim, independentemente da nomenclatura que se empregue (*ad hoc* ou dativo), age sem amparo da Lei a comissão que, diante da realização de ato instrucional sem a presença do acusado ou de seu procurador, em que pese a regular notificação, designa (ou solicita que se designe) defensor estranho aos autos para acompanhar, em nome da defesa, aquele ato específico, conforme novamente concorda a doutrina.

> *"O servidor implicado tem o direito de acompanhar todo o procedimento e dele participar e não o dever de assim proceder.*
> *Trata-se, portanto, de faculdade que lhe é conferida por lei, exercitável, a seu exclusivo juízo de oportunidade, a qualquer momento. Inafastável, na forma da lei, é a apresentação da defesa escrita, após o ato formal de indiciamento, como se verá mais tarde. (...)*
> *Não se aproveitando o acusado da oportunidade que lhe é assegurada, disso não resultará nulidade. Assume ele os riscos decorrentes de sua omissão. (...)*
> *Muito embora a lei assegure a indisponibilidade do direito de defesa, a administração pública só será compelida a oferecer defensor dativo diante da revelia que, na forma do art. 164 da Lei nº 8.112/90, se opera após o indiciamento e diante da ausência da defesa escrita.*
> *Realmente, no caso de servidor que, regularmente notificado para acompanhar o processo, se faz ausente, a Lei nº 8.112/90 não determina que a administração lhe tutele o direito, indicando defensor dativo para acompanhar o feito. De outra parte, não considera revel o acusado que deixa de participar das diligências investigatórias.*
> *Assim, desde que a notificação para comparecer e praticar os atos seja válida e regularmente realizada, a ausência do acusado à oitiva das testemunhas, o seu não comparecimento às diligências e a falta de especificações de provas, no prazo que lhe foi assinalado, são referências exemplificativas que não trazem consequência prejudicial ao andamento do processo, não constituindo causa de sua nulidade.*
> *Nesse particular, a lei parece completa, dispensando a invocação subsidiária das regras do processo penal. Os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório estão contemplados no devido processo legal que, a seu turno, indica o exato momento em que se deve verificar a designação de defensor dativo, forma legal de preservar íntegro o princípio da indisponibilidade do direito de defesa ou de sua irrenunciabilidade." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pgs. 159, 163 e 164, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

> *"É assegurado ao acusado o direito de acompanhar o processo em todas as suas fases, apresentar rol de testemunhas, especificar provas, pedir exames e diligências. Porém, não se aproveitando o acusado da oportunidade que lhe é assegurada, disso não resultará nulidade. A Administração Pública só será compelida a apresentar defensor dativo diante da revelia que se opera 'após o indiciamento e diante da ausência de defesa escrita'." Simone Baccarini Nogueira, "Manual de Sindicância Investigatória, Sindicância Punitiva e Processo Administrativo Disciplinar do Servidor Público Federal", pgs. 43 e 44, Universidade Federal de Minas Gerais, 1ª edição, 2004*

Além do desamparo da Lei, esta atitude por parte da comissão afronta outro princípio

reitor do processo disciplinar. Sabe-se, conforme leitura do *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, e do § 3° do art. 7° e do § 1º art. 31, ambos da Lei n° 12.527, de 18 de novembro de 2011, que esta espécie de processo rege-se por cláusula de sigilo instrumental. O processo é o devido foro legal para que tão somente a Administração e seu servidor (ou procurador, se constituído) discutam, sob manto de contraditório e ampla defesa, o eventual cometimento de irregularidade estatutária. Neste rito, na fase do inquérito administrativo, atuam apenas a comissão e a parte interessada (o acusado e seu eventual procurador).

Em instância que deve resguardar discrição, se o acusado, devidamente notificado, demonstra desinteresse em exercer sua prerrogativa de contraditar a feitura do ato, mais do que não vislumbrar autorização para trazer aos autos pessoa desautorizada e estranha à lide, verifica-se afronta ao caráter sigiloso que se exige no processo disciplinar. Podendo ser mesmo uma estratégia adotada pela defesa, corre-se o risco de posteriormente a comissão ter de enfrentar a alegação de que a designação de defensor contrariou interesse da parte.

Se este sempre foi o firme entendimento que prevaleceu na Administração, o mesmo não se podia dizer no Poder Judiciário acerca do tema em tela. A rigor, por algum tempo, não havia jurisprudência pacificada, encontrando-se julgados em sentidos opostos. A interpretação defendida acima, da desnecessidade de designação de defensor dativo *ou ad hoc*, faz considerar que o Superior Tribunal de Justiça - STJ, como órgão judicante emanador da maior quantidade de julgados sobre o tema, por razões aduzidas em **3.3.7**, e em que se verificou não só uma discrepância mas até mesmo uma mudança de entendimento -, nos casos em que decidia contrariamente ao entendimento ora esposado trazia para o âmbito específico do processo disciplinar valores e institutos do processo judicial e, por outro lado, justifica a seleção dos julgados contemporâneos a favor da não obrigatoriedade de designação de defensor, conforme se segue.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 6.974: "Ementa: 1. Não há falar em cerceamento decorrente da falta de nomeação de defensor dativo, previsto, tão somente, em caso de revelia do indiciado ou quando houver recusa de sua parte de se encarregar da defesa (arts. 163 e 164 da Lei nº 8.112/90)."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.165, Voto: "(...) Quanto à falta de ´nomeação de procurador ad hoc´, cabe ressaltar que, conforme reza o art. 164, § 2º, somente há a necessidade de nomeação de defensor dativo, no procedimento administrativo, quando o indiciado é revel, o que não se verifica no caso em apreço."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 10.077, Voto: "Evidente, portanto, que foi assegurado o direito ao ex-servidor de participar pessoalmente, ou, querendo, nomear advogado para acompanhar toda a instrução processual. Atendeu, com isso, a Comissão ao preceito fundamental do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Porém, se o servidor preferiu não acompanhar os depoimentos, bem como, não nomeou advogado para acompanhá-los, a Administração, em conformidade com o rito instituído pela Lei 8112/90, não está obrigada a nomear defensor dativo ao servidor. (...)*
> *É importante informar que, nos termos do rito imposto pela Lei 8112/90, a hipótese inafastável para a nomeação de defensor dativo somente ocorre quando o servidor for revel. Nos termos do RJU, considera-se revel o indiciado que, regularmente citado, não apresenta defesa no prazo legal. É o que dispõe o art. 164 da Lei nº 8112/90."*
> *Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 9.076*

Sempre se defendeu, no âmbito da Administração, que a então hesitação do STJ, mencionada acima, em favor não só da necessidade de defensor mas até de que este fosse advogado (ou seja, adotando a obrigatoriedade da defesa técnica na instância disciplinar, em contraposição ao princípio do formalismo moderado), refletindo institutos judiciais (penais,

sobretudo) deveria ser vista com reserva e cautela de aplicação subsidiária ao processo disciplinar. Ademais, reforçava-se ainda que alguns daqueles julgados eram repetitivos e expressavam "conforme pacificado pela jurisprudência deste Tribunal", o que não se confirmava com a demonstração das manifestações discrepantes da própria Corte (e até de determinados relatores) neste tema.

Neste rumo, demonstrando a inconstância do entendimento da Corte Superior de uniformização infraconstitucional, duas manifestações em curto período de tempo figuraram como relevantes na questão. De um lado, veio o julgado do Superior Tribunal de Justiça por meio do qual a Corte demonstrou a possibilidade de alterar seu entendimento acerca da obrigatoriedade de constituição de defensor na instrução do processo disciplinar. Todavia, de outro lado, o Tribunal emitiu a Súmula nº 343 assentando seu entendimento interno em sentido diametralmente oposto.

Não obstante, prevaleciam diversos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), Corte máxima do Poder Judiciário, no sentido aqui defendido:

> *STF, Agravo de Instrumento nº 207.197: "Ementa: A extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado."*
>
> *STF, Agravo de Instrumento nº 239.029, Decisão: "(...) Quanto à defesa, a Corte de origem deixou assentado haver sido dada oportunidade, no processo administrativo, para o Agravante defender-se. Descabe, no caso, ter como indispensável a presença de profissional da advocacia, isso ante a natureza do processo - simplesmente administrativo."*
>
> *STF, Recurso Extraordinário nº 244.027: "Ementa: Agravo regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória."*
>
> *STF, Recurso Extraordinário nº 396.288: "Ementa: (...) 2. No processo administrativo, é admissível a defesa pelo próprio acusado ou por advogado regularmente constituído, de modo que a ausência do advogado no feito administrativo não tem o condão de fulminar de nulidade o procedimento e a decisão correspondente."*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 22.962, Despacho: "(...) Outrossim, a alegada ofensa ao art. 156, da Lei nº 8.112/90 não ocorre. A Lei apenas faculta que o servidor acompanhe o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, inclusive na fase instrutória. Consoante se observa dos documentos constantes de fls. 64/70, o servidor foi cientificado de todos os procedimentos instrutórios promovidos pela Comissão. O princípio do devido processo legal foi observado, assim como a determinação do art. 156, da Lei nº 8.112/90. (...) O princípio do devido processo legal e os dispositivos da Lei nº 8.112/90 foram respeitados."*
> *Idem: STF, Mandado de Segurança nº 24.961*

A discussão sobre a obrigatoriedade da participação de advogado em todas as fases do processo disciplinar restou totalmente superada no STF em 07/05/08, em caso em que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e a União recorreram da decisão do STJ, que, no âmbito de mandado de segurança, na linha que viria a ser adotada em sua Súmula nº 343, entendeu ser obrigatória a presença de advogado e, tendo considerado violados os preceitos

do inciso LV do art. 5º e do art. 133 da CF, decidiu pela anulação do processo administrativo disciplinar (PAD) em que um agente público fora demitido sem contar com a defesa técnica de advogado.

> *STF, Recurso Extraordinário nº 434.059: "Ementa: Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de defesa técnica por advogado. 4. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos."*

Favoravelmente à Administração e em sentido contrário àquele manifestado pelo STJ, o Plenário do STF entendeu, de forma unânime, que, no processo disciplinar, a presença do advogado é uma faculdade de que o servidor dispõe, que lhe é conferida pelo art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, e não uma obrigatoriedade (exatamente da forma como já se discorreu em **4.3.6.1**, sendo tal dispositivo legal um reflexo direto do princípio do formalismo moderado). Ademais, o Excelso Pretório reafirmou o entendimento de que o defensor dativo somente deve ser designado, além da hipótese de revelia prevista no art. 164 da Lei nº 8.112, de 1990, quando a defesa apresentada se mostrar absolutamente incapaz de contestar as imputações, tema que mereceu apreciação doutrinária.

> *"Além disso, mesmo ausente a defesa própria ou por procurador, a lei só exige a nomeação de defensor dativo quando o acusado, ao final do processo, indiciado e citado para apresentar a defesa escrita, não o faz (conforme o art. 164 da mesma lei). Não existe revelia enquanto não se chega a esta fase final do processo disciplinar. Não há previsão de defensor ad hoc nem dativo durante o processo. E mais, mesmo no caso de haver a indicação de dativo por falta de apresentação dessa defesa escrita, este dativo não precisa ser sequer bacharel em direito, basta ser servidor de cargo efetivo superior ou do mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. Este é o comando da Lei 8.112/90.*
> *O que a 5ª Súmula Vinculante do STF explicita é que, quando o acusado segue o art. 156 da Lei 8.112/90 e opta por se defender pessoalmente ou por defensor não inscrito na OAB (não advogado), está abrindo mão de sua faculdade de contratar advogado técnico em Direito, mas a Administração Pública que o condena neste tipo de processo não está ferindo a Constituição, pois o princípio da ampla defesa e o do contraditório não incluem, necessariamente, a presença de defensor especialista em Direito (Advogado inscrito na OAB). Ou seja, o STF vaticinou que basta que ao acusado tenha sido franqueada a possibilidade de exercer sua ampla defesa utilizando todos os meios e recursos admitidos em Direito, e se ele não quis utilizar todos este meios e recursos, não haverá afronta à Constituição.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pgs. 150 e 151, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

De se destacar que tal hipótese de situação excepcional muito bem levantada pelo STF em nada inova o entendimento até então reinante na Administração e muito menos enfraquece o condão e a aplicabilidade do julgado, pois tão somente reflete a possibilidade, desde sempre aceita na processualística disciplinar, de o servidor, devidamente indiciado e citado a apresentar defesa, diante da complexidade que possa exigir a contestação dos fatos a ele imputados e de sua pouca habilidade ou até mesmo desinteresse para fazê-lo, vir a apresentar aquilo que se entende por defesa inepta ou insuficiente, que não satisfaz às máximas da ampla defesa, ou solicitando a designação de um defensor a seu favor para elaborar a peça que o próprio se declara incapaz de fazer, restando então indefeso e justificando-se, em nova situação excepcional, a designação, por parte da Administração, de servidor para atuar como defensor, conforme se abordará em **4.8.5.2** e como também entende a doutrina. Mas é de se destacar que tal situação precisa ser verificada concretamente no processo, como um corolário do princípio do prejuízo (ter sido prejudicada a defesa, em decorrência da incapacidade de o

servidor se defender à vista da complexidade do caso concreto), não se autorizando a simples e precipitada adoção de uma presunção de nulidade, conforme sumulara o STJ.

> *"Todavia, pode acontecer de o indiciado apresentar uma defesa escrita tão ruim, que será como se ele estivesse indefeso. Às vezes, mesmo a defesa apresentada por advogado é tão fraca que a Administração não pode fingir que o acusado se defendeu, pois a defesa precisa ser efetiva, ainda que apenas no final do processo. Portanto, se acontecer de a defesa escrita apresentada pelo acusado ou por seu defensor ser muito fraca, a Administração terá que considerá-lo revel e nomear para ele um defensor dativo.*
> *Entendo que foi nesse sentido que, nos debates entre os Ministros do STF, no julgamento do RE 434059 que deu origem à Súmula vinculante nº 5, se levantou a questão de que, na eventualidade de 'o processo ser muito complexo e fugir à compreensão do servidor para que ele próprio se defenda', seria necessária a nomeação, pela própria Administração, de um defensor que melhor exerça este mister.*
> *O Supremo Tribunal Federal não parece ter criado uma exceção à sua própria súmula. O que se lembrou foi apenas o fato de que não é apenas quando o servidor não apresenta a defesa escrita que ele precisará de um defensor fornecido pela própria Administração, mas também quando se considerar, no caso concreto, que a sua defesa escrita está prejudicada, tendo em vista que a complexidade da matéria não lhe permite efetuar sua própria defesa.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pgs. 158 e 159, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Voltando à manifestação emanada de forma unânime pelo Plenário do STF, tem-se que a Corte máxima não só julgou aquele caso paradigmático da forma como aqui se discorreu como também, atentando para a existência de seus julgados precedentes (acima já reproduzidos), para soterrar de vez a instabilidade jurídica decorrente da controvérsia reinante até então entre o STJ e a Administração, e com base nos dispositivos do *caput* e dos §§ 1º e 3º do art. 103-A da CF, aprovou a emissão de súmula vinculante para a matéria, a saber, a Súmula Vinculante nº 5, *verbis*:

> *CF - Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/02/04)*
> *§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.*
> *§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.*
>
> *STF, Súmula Vinculante nº 5: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição."*

Dois pontos devem ser destacados nesta esteira. Primeiramente, de acordo com o mencionado art. 103-A da CF, a súmula vinculante do STF veda qualquer possibilidade de interpretação contrária não só nas demais instâncias e órgãos do próprio Poder Judiciário

como também estende seu poder vinculante até a Administração (o que não ocorria com a mencionada Súmula nº 343 do STJ, visto que a CF não confere poder vinculante a súmulas daquela Corte), conforme já se aduziu em **3.3.7**, e também reflete a doutrina E, por fim, vê-se definitivamente refletida na mencionada Súmula Vinculante a posição que a Administração sempre defendeu: não há nenhuma refração à participação de advogados nos processos disciplinares. Ao contrário, entende-se que tal presença contribui para um fortalecimento da defesa e do instituto do processo em si; tão somente a ausência da defesa técnica realizada por advogado, por si só, não tem o condão de gerar nulidade processual de forma automática.

> *"Com isso, todos os problemas criados para a Administração Pública pela Súmula 343 do STJ quedam-se resolvidos, pois enquanto esta Súmula do STF não for revista ou cancelada - o que é difícil de acontecer - ela terá de ser seguida até mesmo pelo STJ, não havendo mais o perigo de o Poder Judiciário vir a anular processos disciplinares porque acusados não quiseram exercer seu direito de contratar advogado e a Administração Pública não tinha condições de oferecer um defensor ao servidor desde o início do processo e que, ainda por cima, fosse advogado inscrito na OAB.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 149, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

De se mencionar que, por óbvio e como de outra forma não poderia ser, após a edição da Súmula Vinculante nº 5 do STF, o STJ também pacificou e harmonizou sua jurisprudência pela desnecessidade de advogado no processo disciplinar.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 12.492: "Ementa: 1. Nos termos da Súmula Vinculante nº 5/STF, a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição Federal, desde que seja concedida a oportunidade de ser efetivado o contraditório e a ampla defesa, como no caso."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 13.340: "Ementa: 1. Com a edição da Súmula Vinculante 5, do colendo STF, não há mais que se falar em indispensabilidade, no Procedimento Administrativo Disciplinar, de que a defesa do indiciado seja necessariamente realizada por Advogado, ou que, na ausência deste, a Administração esteja obrigada a nomear-lhe Defensor Dativo. 2. A presença de Causídico, nessa seara, não é essencial, uma vez que a própria lei prevê a manifestação pessoal do Servidor, fato este que, à toda evidência, não exclui a necessidade da existência de efetiva defesa, como decorrência, inclusive, do princípio do devido processo legal; a ausência de Defensor constituído no decorrer da instrução do Processo Administrativo Disciplinar não importa, necessariamente, em sua nulidade, desde que tenha sido oportunizada e efetivamente exercida a defesa do indiciado, ainda que pessoalmente. 4. A não realização do interrogatório do indiciado e sua ausência à audiência de oitiva das testemunhas foram inviabilizadas por culpa exclusiva do próprio impetrante, que desapareceu durante o transcorrer de todo o Procedimento Administrativo Disciplinar, demonstrando sua intenção em não colaborar com o andamento da instrução processual."*

Por fim, cumpre ressaltar que a defesa técnica não é sinônimo de ampla defesa, que existem diversos instrumentos para assegurar este princípio e que o processo disciplinar reveste-se de peculiaridades que o tornam assaz distinto do processo judicial, onde, por sua própria natureza, o equilíbrio jurídico entre as partes envolvidas é exigido.

Existem ainda outros fatores que devem, obrigatoriamente, ser apreciados na presente discussão, e que sem dúvida contribuíram para a consolidação do entendimento esposado pela Corte Suprema.

Não se deve olvidar que existiam casos, que não podem ser ignorados, de servidores que, ao serem notificados de sua condição de acusados no âmbito do processo disciplinar, se mostravam inertes, e, agindo de má-fé, se recusavam a nomear um advogado, já imbuídos do

propósito de, após sua demissão do serviço público, buscar no Poder Judiciário sua reintegração, se valendo do argumento da falta de defesa técnica. Ora, também aqui se opera o princípio geral de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza, refletindo-se no processo disciplinar o comando do art. 565 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), e é notório que antes da edição da Súmula Vinculante nº 5 do STF, isso acontecia de fato, com consequências muito sérias, tais como os elevados valores a título de remunerações atrasadas a que esse servidor teria direito a partir da sua reintegração, além do fato de que, se o cargo desse servidor reintegrado estivesse ocupado por um outro servidor, caso este não fosse estável, seria exonerado do serviço público, sem possibilidade de exercer suas atribuições legais na qualidade de excedente.

> *CPP - Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade relativa a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.*

Ao editar a sua Súmula Vinculante nº 5, o STF não apenas pacificou a polêmica matéria, tanto judicial quanto administrativamente, mas impediu que injustiças sejam cometidas, como os casos de acusados que, ao se valerem da pretensa obrigatoriedade da defesa técnica, apenas se mostravam inertes, renunciando ao direito de nomear um profissional habilitado, e, após sofrerem a aplicação da pena de demissão, conseguiam a sua reintegração por via judicial, acabando por se beneficiar da suposta nulidade a que eles mesmos teriam dado causa.

4.3.6.4 - Ausências ao Trabalho e Deslocamentos para Acompanhar o Processo

Complementando a questão do acompanhamento processual, obviamente, o ordenamento não comportaria a contradição de, por um lado, assegurar o direito à ampla defesa e ao contraditório ao acusado e, por outro, atribuir caráter irregular ao exercício deste direito. Ou seja, é dado ao servidor o direito de afastar-se de seu local de trabalho ou do exercício de suas atribuições legais para acompanhar pessoalmente a realização de atos de instrução probatória. Tendo sido regularmente notificado da realização de ato de instrução, o servidor tem automaticamente assegurado o direito de ausentar-se do serviço no intervalo de tempo necessário para acompanhar, de forma satisfatória, o ato, prescindindo de autorização formal de sua chefia.

Como a garantia legal abarca ainda o direito de o acusado produzir suas próprias provas e contraprovas, o servidor pode, mediante justificativa e motivação, solicitar à sua chefia dispensa de determinado horário, podendo, em contrapartida, a autoridade exigir a posterior comprovação da realização do ato.

Mas destaque-se que, de forma geral, a prerrogativa para se afastar em prol do processo disciplinar é pontual, apenas no período de realização do ato de instrução; não há previsão legal para dispensa do servidor, do cumprimento de seus deveres e atribuições legais, de forma contínua, ao longo de toda a fase de inquérito administrativo e nem mesmo da subfase da instrução.

Esta faculdade de o servidor poder se ausentar de suas tarefas cotidianas no momento de realização de atos instrucionais ou para comparecer ao local de instalação para ter vista dos autos não se confunde com o instituto do afastamento preventivo, previsto no art. 147 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e abordado em **4.3.9**. Enquanto o primeiro é um direito do servidor a ser pontualmente exercido, intercalado e compatibilizado com o exercício de seu cargo, o segundo é uma prerrogativa da Administração de afastar o servidor de suas atribuições legais por um determinado período.

A Lei nº 8.112, de 1990, à luz do inciso I do seu art. 173, não assegura, ao acusado, o

pagamento de despesas com transporte e nem diárias para o exercício do direito de acompanhar ato de instrução a se realizar em localidade diferente de onde ele tem sua lotação, excetuando-se apenas o seu próprio interrogatório, conforme também assentam a jurisprudência e a doutrina. Como a citada Lei prevê a possibilidade de defesa mediante procurador, não exigindo a presença pessoal do acusado aos atos de instrução, não há amparo legal para o ordenador de despesas autorizar tais vantagens em favor do acusado nas mencionadas condições, relembrando-se ainda, em acréscimo, que, por força do inciso III do *caput* do art. 2º da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), a regra é de o processo disciplinar transcorrer na jurisdição em que o acusado é lotado (ou em que tem exercício, se diferente).

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 173. Serão assegurados transporte e diárias:*
> *I - ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado;*
>
> *STJ, Recurso Especial nº 678.240: "10. O alegado cerceamento de defesa ocorreu, segundo o recorrido, porque '[a] comissão processante, ao deslocar-se ao interior do estado, para coleta de provas, não proporcionou as diárias a que tinha direito o A. para que pudesse acompanhar as diligências e tomada de depoimentos' (fl. 4). 11. Em momento algum, a Lei n. 8.112/90 determinou à Administração Pública o pagamento do deslocamento do servidor investigado para acompanhar as diligências realizadas no PAD. Ao contrário, o art. 156, caput, daquele diploma normativo apenas garante o direito de o servidor acompanhar as diligências (obviamente, se quiser e se tiver condições)."*
>
> *"Na condição de denunciado ou indiciado e estando o processo sendo realizado fora da cidade onde trabalha, a locomoção e as despesas com refeições não serão pagas pela administração, pois este inciso é claro quando diz 'convocado para prestar depoimento' e não para assistir depoimento de outras pessoas." Wolgran Junqueira Ferreira, "Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União", pg. 154, Edições Profissionais, 1ª edição, 1992*

De se ressaltar, no entanto, que nem mesmo a atual sistematização de o processo ser instaurado e transcorrer no âmbito do Escritório de Corregedoria (Escor) que jurisdiciona a Região Fiscal (RF) de lotação (ou de exercício, se diferente) do acusado assegura a este a absoluta proximidade com os autos e o poupa de eventuais custos para acompanhamento, pois pode ocorrer de a unidade em que o servidor desempenhe suas atribuições legais não se situar na mesma localidade em que se sedia o respectivo Escor, podendo haver, de toda forma, necessidade de deslocamentos do acusado, às suas expensas, no curso da instrução processual. O que se pode inferir é que, com o atual regramento, o risco de o acusado ter de suportar algum ônus financeiro no acompanhamento processual restará minorado em comparação à regra de o processo se vincular ao local da ocorrência do fato, pois é de se presumir que eventuais deslocamentos se restringirão à abrangência geográfica de apenas uma RF.

Assim, dentro de uma abrangência geográfica delimitada a uma RF, pode ser financeira e operacionalmente viável a comissão realizar alguma(s) oitiva(s) de servidor como testemunha na localidade de lotação (ou de exercício) do acusado, ainda que se façam necessários deslocamentos do próprio colegiado e da(s) testemunha(s), que, sendo servidor(es), gozam de previsão legal para recebimento de diárias e de passagens. Uma outra solução plausível para tentar contornar a ausência de previsão legal para concessão de diárias e de passagens para o servidor acusado acompanhar atos instrucionais realizados fora de sua sede (conforme limita o inciso I do art. 173 da Lei nº 8.112, de 1990), pode a comissão deliberar a realização, em dias subsequentes, de um interrogatório prévio (cuja aceitabilidade se defenderá em **4.4.15.1**) e de outros atos que requeiram acompanhamento pessoal (como

oitivas e diligências, por exemplo).

Obviamente, estas duas soluções acima sugeridas se condicionam àquelas oitivas necessitarem, por avaliação da comissão, de forma indispensável do elemento presencial, pois, do contrário, nos atuais estágios tecnológico e jurídico, o emprego da ferramenta da videoconferência supre a forma mais econômica de se realizar o ato.

Ressalve-se, conforme melhor se abordará em **4.4.1.2**, que incumbe ao Chefe de Escor, como autoridade instauradora, mediante provocação do presidente da comissão, nos termos do art. 14 da Portaria RFB nº 6.483, de 2017 (na linha do art. 9º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito do Ministério da Economia - ME), propor e ao Corregedor, como ordenador de despesas, nos termos do § 1º do art. 80 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, decidir as questões atinentes a deslocamentos, diárias e passagens de servidores integrantes das comissões designadas (sejam eles lotados na Corregedoria - Coger ou nos Escor, sejam convocados de unidades estranhas ao sistema correcional), bem como, por previsão regimental, no art. 232 combinado com o inciso VIII do art. 330, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 430, de 2017, as mesmas decisões no que se refere a deslocamentos, diárias e passagens de servidores intimados a depor ou a prestar interrogatório e de quaisquer outros que sejam de interesse correcional.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 173. Serão assegurados transporte e diárias:*
> *I - ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado;*
> *II - aos membros da comissão e ao secretário, quando obrigados a se deslocarem da sede dos trabalhos para a realização de missão essencial ao esclarecimento dos fatos.*
>
> *Portaria MF nº 430, de 2017 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 232. Ao Serviço de Atividades Administrativas (Sesad) e às Seções de Atividades Administrativas (Sasad) compete gerir e executar as atividades relativas ao pessoal, ao apoio administrativo, à gestão de documentos e aos serviços gerais.*
> *Parágrafo único. Ao Sesad da Coger e à Sasad da Copei compete, ainda, gerir e executar as atividades financeiras e orçamentárias relativas ao deslocamento de servidores e colaboradores eventuais, no interesse das atividades da Coger e da Copei, respectivamente.*
> *Art. 330. Ao Corregedor incumbe:*
> *VIII - praticar os atos de gestão dos recursos orçamentários e financeiros destinados ao pagamento de diárias e passagens, nos deslocamentos de servidores e colaboradores eventuais no interesse da Coger.*
>
> *Decreto-Lei nº 200, de 1967 - Art. 80.*
> *§ 1° Ordenador de despesas é tôda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.*
>
> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 9º O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.*
>
> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 14. O presidente deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes da comissão disciplinar, bem como solicitar prorrogação do prazo de conclusão do trabalho, quando necessário.*

4.3.6.5 - O Caráter Reservado das Reuniões Deliberativas da Comissão

Conforme se abordará detalhadamente em **4.3.11.1**, no curso de seus trabalhos apuratórios, a comissão pratica, em síntese, a seguinte rotina: reúne-se isoladamente para analisar os autos, para elaborar os próximos rumos a serem dados às apurações, para discutir temas técnicos ou procedimentais e, sobretudo para decidir os atos de instrução probatória que pretende realizar. Caso desta reunião se extraia alguma decisão efetiva (seja de tomada de alguma providência, seja de adoção de algum entendimento), ato contínuo, na maioria dos casos, a comissão redige uma ata deliberação, conforme o § 2º do art. 152 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, assinada por todos os integrantes, em que expõe a motivação acerca daquela conclusão e a materializa nos autos como um termo processual. Após notificar o acusado do teor da deliberação, a comissão pratica o ato deliberado.

Neste ponto, convém buscar o correto entendimento do comando do parágrafo único do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, cuja literalidade dispõe que tanto as reuniões da comissão quanto as audiências serão reservadas, trazendo à tona os aspectos sistemáticos e teleológicos de sua interpretação, à vista de toda a gama principiológica que informa a processualística disciplinar.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observando o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
> *Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.*
> *Parágrafo único. As reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado.*
> *Art. 152.*
> *§ 2º As reuniões da comissão serão registradas em atas que deverão detalhar as deliberações adotadas.*
> *Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.*

A Lei nº 8.112, de 1990, estabelece um salutar equilíbrio de forças ao prever, de um lado, no *caput* do seu art. 149, o poder condutor do rito a cargo da comissão e, de outro lado, no *caput* do seu art. 156, ao assegurar ao acusado os direitos ao contraditório e à ampla defesa acerca dos atos instrucionais, *lato sensu*, que atuam de forma direta ou mesmo indireta na formação de convicção e de convencimento. Neste enfoque amplo e abrangente, aquelas garantias fundamentais se concretizam não só na prerrogativa de o acusado (e/ou de seu procurador) participar do ato de coleta de prova e nele atuar, bem como de contestar as provas porventura contra ele coletadas e ainda de apresentar as suas próprias provas, tanto já devidamente materializadas e hábeis para de pronto serem encartadas nos autos quanto ainda na forma de pedidos de atos instrucionais a serem realizados pelo colegiado e, por fim, de manifestar discordância quanto ao resultado de deliberações da comissão de cuja ata tenha sido notificado.

Todavia, esta extensa tutela a favor da defesa não inclui a faculdade de o acusado (ou seu procurador) participar das reuniões deliberativas da comissão, visto que, primeiramente, estes em si são meros atos do mundo concreto ainda à margem do foro jurídico processual e, além disto, jamais se consubstanciam em prova ou em elemento formador de convicção ou de convencimento que possa ser contrário a interesses da defesa. As reuniões deliberativas da comissão não se confundem com atos de coleta de provas; quando muito, podem ser apenas a conjectura e o planejamento da futura realização de um ato processual, este sim sujeito à

faculdade do contraditório.

Ainda antes dos atos de coleta de prova, mencionam-se as atas de deliberação. Estas atas, diferentemente das concretas reuniões de que decorrem, já integram o mundo jurídico, pois consubstanciam como termo autuado no processo os resultados porventura atingidos pelo colegiado em suas discussões, estudos ou conjecturas. Uma vez que a comissão deve notificar o acusado do teor de suas atas de deliberação, estes termos processuais sujeitam-se à faculdade de a defesa exercer sobre eles o contraditório. Ainda assim, destaque-se que mesmo as atas de deliberação tão somente se prestam, em nome da transparência da condução, a registrar nos autos a sequência de atos a serem realizados - seja de ofício, seja por pedido da parte -, e, igualmente às reuniões deliberativas, jamais se confundem com os atos de instrução probatória porventura discutidos e planejados e de futura coleta deliberada.

É de se compreender, portanto, que as reuniões da comissão e a redação das respectivas atas de deliberação são atos exclusivos do colegiado, como resultado da soberana e autônoma condução do rito que o *caput* do art. 149 da Lei nº 8.112, de 1990, lhe confere. E esta visão sistemática da Lei nº 8.112, de 1990, crescentemente enrobustece o entendimento ora defendido ao se verificar que o já mencionado § 2º do seu art. 152, em redação ainda mais inequívoca que a do discutido parágrafo único do seu art. 150, cita as “reuniões da comissão”. O sentido excludente da expressão é cristalino, em que o complemento nominal “da comissão” tem inequívoco efeito possessivo em relação a “reuniões”. Houvesse possibilidade ao contrário (qual seja, de participação do acusado de tais reuniões), neste ponto, o legislador teria expressado a permissão ou empregado complemento mais genérico para se referir às reuniões.

O contraditório a favor do acusado se manifesta e se assegura com a garantia a ele ofertada de contestar aquilo que foi registrado pela comissão nas suas atas de deliberação, mas jamais de participar das reuniões deliberativas e de interferir na redação das atas. Este entendimento em nada fere as inequívocas garantias de ampla defesa, de contraditório, de devido processo legal e de publicidade, visto que, ato contínuo a qualquer deliberação soberana da comissão, este colegiado obriga-se a notificar a defesa, com o que esta pode contestar o objetivo da decisão. Qualquer que seja o teor de uma ata que contrarie interesses do acusado e qualquer que seja a natureza do ato ali deliberado (mero ato interlocutório, resposta a um questionamento, decisão de realização *ex officio* de ato de instrução ou indeferimento de algum pedido da defesa), a garantia ao direito de contraditar restará assegurada com a obrigatória notificação à defesa, com o que a parte poderá, motivadamente, contestar convicções a seu desfavor ou apresentar pedido de contraprovas a seu favor.

Não cabe ao acusado o “abuso de defesa” de se considerar partícipe legal das reuniões internas da comissão. A comissão é um ente jurídico dotado não só de isenta e técnica oficialidade mas também de seus próprios métodos, conhecimentos, certezas, convicções, divagações, presunções, concordâncias, discordâncias, dúvidas e demais balizamentos de quaisquer atividades humanas, que, para serem harmonizados, requerem certo grau de ajuste e de organização de sua dinâmica interna, vez que é um colegiado composto de três pessoas. Fazer com que o acusado participe de suas reuniões internas e atue na lavratura das respectivas atas equivaleria a minar dos integrantes da comissão direitos seus fundamentais e inerentes a qualquer pessoa.

A liberdade na construção intelectual, no encadeamento de ideias, na formação do raciocínio, na conjectura de decisões, na discussão de rumos a serem tomados e na manifestação de pensamentos, de opiniões e de objetivos protegida de constrangimentos ou coações não só constitui, naturalmente, valor intrínseco de qualquer pessoa como também, juridicamente, é pilar fundamental do Estado Democrático de Direito para qualquer cidadão. Não se coaduna com o bom Direito, apenas pelo fato de que, naquele momento, elaboram ato administrativo com potencialidade de atingir relevantes bens jurídicos do acusado, eliminar

daquelas três pessoas integrantes da comissão tais garantias fundamentais, ainda que exercitadas, de forma peculiar, *ex officio* e em trio.

Mais que isto, repisa-se a natureza inafastavelmente abstrata que caracteriza conceitos como convicções, ideias, pensamentos, conjecturas, discussões, estudos, projeções, objetivos ou estratégias. São ilimitadas potencialidades inerentes à condição humana e que, enquanto apenas objeto de reunião entre pessoas, mantêm-se à margem do processo concreto. Os integrantes da comissão, mesmo no exercício de seu múnus público, têm mantidas suas garantias fundamentais para o exercício daquelas potencialidades em momentos reservados somente seus. Mas, uma vez manifestados aqueles conceitos pela comissão por meio de ata de deliberação, materializada como termo no processo, ganham contorno e valor jurídico. A partir deste momento, obriga-se a comissão a dar àquelas suas construções abstratas a devida publicidade a quem interessa, ou seja, ofertando ao acusado a prerrogativa de contestar juridicamente o teor de suas atas de deliberação.

A mera reunião em si dos membros da comissão bem como o ato contínuo de elaborar a ata de deliberação decorrente não trazem nenhum prejuízo à defesa. O que importa para a defesa é apenas o resultado concreto que pode (não necessariamente) advir de tal reunião em termos de elementos processuais autuados na ata de deliberação. Tudo mais que ocorrer envolvendo aqueles três integrantes (tais como seus diálogos, discussões, trocas de informações, de opiniões e de conclusões na sala da comissão ou mesmo em qualquer outro local) até o instante que antecede a autuação no processo da ata de deliberação em nada afronta ou cerceia direitos do acusado, vez que tais manifestações orais ou de qualquer outra natureza informal não se autuam; o prejuízo ao acusado - e consequentemente a tutela jurídica - somente surge com a eventual concretização de alguma decisão autuada como ata no processo, uma vez que somente passa a fazer parte do processo, juridicamente, aquilo que se faz constar da ata de deliberação. Toda a demais dinâmica do ato concreto de três pessoas se reunirem que restar à margem da ata também restará à margem do processo e, consequentemente, de eventual imputação de responsabilidade e, em última análise, não terá provocado o objetivo teleológico do legislador em assegurar a prerrogativa do contraditório a favor do acusado. Tanto é assim que, relembrando o relevante conjunto de bens jurídicos a favor do acusado que o legislador quis tutelar, tem-se que novamente o já mencionado § 2º do art. 152 da Lei nº 8.112, de 1990, determinou o registro formal das deliberações em ata autuadas no processo, a fim de que não possa a comissão agir com arbítrio ou com subterfúgios e a parte seja notificada e possa contestar, exercendo seu contraditório, de forma a não haver nesta dinâmica nenhum prejuízo às suas garantias fundamentais.

O caráter reservado igualmente aplicado às reuniões da comissão e às audiências (aqui entendidas como provas orais, de que são exemplos as oitivas de testemunhas, as acareações e os interrogatórios de acusados) significa que tais atos não podem ser realizados na presença de terceiros que não guardam nenhuma relação com o processo. Mas isto não significa que a Lei nº 8.112, de 1990, tenha igualado os *modus operandi* destes atos distintos e de natureza díspares.

Enquanto as audiências são, em essência, elementos de prova por serem atos de que se coletam convicção e convencimento, as reuniões internas da comissão são meros atos de organização procedimental que até podem, como exemplo, deliberar a realização de ato probatório mas não são em si o ato de prova. Assim, o contraditório recai inequivocamente e sem restrições ou limites, a favor da defesa, sobre aqueles atos formadores de convencimento, de que são rico exemplo as audiências, nas quais a garantia fundamental se concretiza com a efetiva participação do acusado (e/ou de seu procurador), inquirindo e reinquirindo. Mas não há que se cogitar, a menos que se abrace tese distorcida e de abuso de defesa, de garantia de o acusado ser coparticipe das reuniões que refletem o poder-dever exclusivo da comissão de conduzir o rito procedimental.

Ademais, é de se lembrar que o parágrafo único do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, como de outra forma não poderia ser, é de ser lido em harmonia com o *caput* do mesmo artigo. Aquele artigo inicia-se estabelecendo que "*A comissão exercerá suas atividades com independência imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração*", para depois ser sucedido pelo mencionado parágrafo único, que estabelece o caráter reservado das reuniões da comissão e das audiências. Ou seja, antes mesmo de dizer que as reuniões da comissão e as audiências não podem ser presenciadas por terceiros, a citada Lei assegurou, no exercício das atividades da comissão, o sigilo necessário à elucidação do fato. É de se compreender que o termo "reservado" se insere, como espécie, no termo "sigilo", em gênero, de forma que o parágrafo único em nada destoa do *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990. Convém aqui reforçar que o sigilo de que trata o *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, não é, em sua essência, uma cláusula de garantia a favor do acusado, mas sim uma instrumentalidade a favor da Administração, para garantir as devidas apurações, conforme também compreende a doutrina.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.983: "Ementa: (...). 2. A eventual quebra do sigilo das investigações, com suposto vazamento de informações à imprensa, não tem o condão de revelar processo administrativo falho, porquanto o sigilo, na forma do art. 150 da Lei n. 8.112/90, não é garantia do acusado, senão que instrumento da própria investigação."*
>
> *STJ, 13.656: "Ementa: (...) V - O sigilo de que trata o art. 150 da Lei n.º 8.112/90, é aquele "necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração", eis que instrumental à própria investigação."*

Também no mesmo sentido de que reuniões deliberativas e a redação das consequentes atas de deliberação não são franqueadas à participação do acusado leem-se manifestações jurisprudenciais e doutrinárias, seja em clara e direta leitura, seja em leitura a *contrario sensu* quando descrevem ou modelam tais atos a cargo exclusivamente da comissão, o que permite inferir que não cogitam da presença da defesa.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 15.313: "Ementa: 3. No que pertine à realização de reuniões pela Comissão de inquérito sem a presença do acusado, melhor sorte não assiste ao impetrante. Isso porque, como bem explicitado nas informações, tais reuniões foram meramente deliberatórias, objetivando impulsionar os trabalhos realizados pelo trio Processante, razão pela qual prescindem da participação do acusado. Ademais, a própria Lei 8.112/90 garante o exercício das atividades da Comissão com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.Por tal razão, as reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado, segundo as diretrizes estampadas no art. 150 da mencionada lei. O direito do acusado acompanhar o processo administrativo disciplinar em observância ao princípio do contraditório fica preservado, pois as reuniões e audiências serão registradas em atas que deverão detalhar as deliberações adotadas, as quais são juntadas aos autos, tendo o acusado amplo acesso."*
>
> *STJ, Recurso Especial nº 1.104.848: Decisão: "O caráter reservado de tais reuniões não contraria as garantias processuais fundamentais, notadamente a publicidade, ampla defesa e o contraditório, uma vez que as resoluções da comissão processante devem ter sua motivação registrada em ata, a ser juntada aos autos, conforme o art. 152, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, cumprindo ressaltar que somente após a notificação do servidor interessado é que o colegiado pratica o ato deliberado. Nesse sentido é a lição de José Armando da Costa: '(...) No início desta subfase do inquérito administrativo (instrução) deverá ser realizada a primeira reunião da comissão processante. Nesta reunião de trabalho, se fará a deliberação a respeito das primeiras diligências a serem desencadeadas. Obviamente que tais providências se destinam à elucidação das*

irregularidades que foram acoimadas ao funcionário acusado. Sintetizadas em atas as iniciais deliberações, deverá o acusado ser notificado a este respeito, a fim de que possa comparecer ao local dos trabalhos para assistir à tomada de depoimentos das testemunhas, e outras coisas mais (...).' (Costa, José Armando da. Processo Administrativo Disciplinar. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 171)"

TRF da 2ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 2005.51.01.004778-1: "Ementa: I - O princípio do contraditório e da ampla defesa não conferem ao servidor público que responde a processo administrativo o direito de presença nas reuniões da Comissão de Inquérito, 'na medida em que o parágrafo único do art. 150 da Lei 8.112/90 prevê que as reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado'. II - No caso em foco, não houve "audiência reservada" - como autoriza a Lei -, mas apenas reuniões sigilosas em que foram feitas certas deliberações, sendo que o servidor processado teve acesso às Atas das Reuniões, bem como às deliberações. Dessarte, não ocorreram quaisquer atos atentatórios ao direito subjetivo público consubstanciado no exercício da ampla defesa e do contraditório, previsto nos incisos LV e LVI do art. 5º da Lei Fundamental."
Voto: "(...) No contexto em exame, impõe-se asseverar que os argumentos autorais expostos no sentido da nulidade do ato administrativo expedido pela Comissão de Inquérito - segundo o qual o Demandante não teria direito à participar de suas reuniões deliberativas - mostram-se infundados, posto que determinada medida decerto não revela qualquer violação do postulado do 'due process of law'. (...) Em corroboração, citando os artigos 156, 157, 159, 161, 164 e 165, todos da Lei n° 8112/90, o em. órgão ministerial afirmou que 'tais dispositivos regulam a forma como o direito de defesa do servidor, consubstanciado no direito de presença e de audiência, poderá ser exercido no curso do procedimento até a apresentação do relatório conclusivo pela comissão. O servidor poderá participar das audiências realizadas pela Comissão processante, nos termos dos artigos da Lei acima destacados, mas não das reuniões - apesar de ambas terem caráter reservados (parágrafo único do art. 150) -, por absoluta ausência de previsão legal'. (...)"

"Os atos dinamizados pela comissão de processo são formalizados em atas, termos, despachos e ofícios. Toda vez os membros desse colegiado se reunirem para estudo e deliberação sobre o andamento do processo, deverá o secretário fazer constar de ata as soluções adotadas. Daí o comando expresso, nesse sentido, do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112/90), proclamando que 'as reuniões da comissão serão registradas em atas que deverão detalhar as deliberações adotadas (art. 152, § 2º)'.", José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 226, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005

"Primeiras Ações da Comissão (...) a Comissão deverá abrir o processo oficialmente por meio da Ata de Instalação da Comissão. Nessa ata, a Comissão vai dizer quais as medidas iniciais que pretende tomar (...). Em seguida, a Comissão deliberará acerca das diligências e provas que devam ser colhidas, escolherá as testemunhas que serão intimadas para depor (art. 157, parágrafo único, Lei nº 8.112/90) e já poderá, inclusive, marcar as datas dos depoimentos.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 100, Fortium Editora, 1ª edição, 2008

"Instalada a comissão, providência que deverá ser adotada imediatamente após o ato de sua designação, os membros que a integram deverão reunir-se para conhecer os fatos denunciados, sobre eles trocar idéias e estabelecer a melhor forma ou o critério mais adequado para a condução dos procedimentos apuratórios e coleta de provas necessárias, materiais, testemunhais e periciais.", Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do

Servidor Público Civil da União", pg. 117, Editora Forense, 2ª edição, 2006

"O início dos trabalhos de sindicância ou de processo disciplinar exige o planejamento da prova a ser produzida (...). Os responsáveis pela instrução, consequentemente, deverão identificar os meios de esclarecimento dessas questões e organizar uma pauta a ser cumprida, distribuindo, quando for o caso, as diligências e aprazando os atos a serem praticados em audiência. Cumprido o roteiro, a comissão, em nova reunião, decidirá sobre as medidas complementares.", Leo da Silva Alves, "Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas", pg. 44, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005

"Modelo 18 - Ata de trabalhos - Aos ... dias do mês de ... do ano de dois mil ..., às ... horas, na sala de Comissão de ... (CPAD ou CSP), no ...º andar da ..., localizada à Av. ..., nº ..., bairro ... - ..., presentes os servidores ..., ... e ..., respectivamente presidente e membros da Comissão de ..., instituída pela Portaria nº ..., de ... de ... de 20..., publicada no BS nº ..., de .../.../... (modificada pela Portaria nº ..., de ... de ... de 20..., publicada no BS nº ..., de .../.../...), que apura a denúncia constante no processo Administrativo nº ... e apensos nº ..., reuniu-se a referida Comissão, como tem feito diariamente desde a instalação dos trabalhos. Aberta a sessão, foram determinadas as seguintes providências: (...). Nada mais havendo a ser tratado, foi lavrado o presente termo que vai assinado pelo Presidente e demais membros.", Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pgs. 325 e 326, Editora Fórum, 1ª edição, 2007

4.3.7 - Repercussões da Notificação Inicial do Servidor

Conforme se exporá adiante, o simples fato de um servidor figurar na condição de acusado em processo disciplinar, sem prejuízo da constitucionalmente consagrada presunção de inocência, já acarreta algumas repercussões na sua vida funcional. Daí, se, por um lado, não se deve postergar a notificação inicial do servidor envolvido por indícios de autoria (ou de concorrência) com os fatos sob apuração, a fim de propiciar-lhe o quanto antes a prerrogativa de exercer suas garantias constitucionais de ampla defesa e de contraditório, sob pena de os atos instrutórios serem declarados nulos, de outro lado, em contrapartida, tal ato de deve ser feito sem precipitação e leviandade, pois, independentemente do resultado do processo, já importa em ônus funcionais ao servidor.

4.3.7.1 - Férias, Remoção, Afastamentos e Exoneração e Aposentadoria Voluntárias

De acordo com o que já se expôs em **4.3.4.1**, por força do art. 6º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, e do art. 7º da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, que dispõem sobre a apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Economia (ME) como um todo e especificamente da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), a notificação inicial de servidor deve ser comunicada, pela comissão, à autoridade instauradora e ao titular da unidade atual de lotação (ou de exercício, se diferente) do acusado. Tais comunicados podem tomar forma de ofícios, enviados por meio do correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002).

Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 6º Instaurada a sindicância disciplinar ou o processo administrativo disciplinar, o servidor será notificado para, na condição de acusado, acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, oportunidade na qual o presidente da comissão comunicará expressamente esse fato à autoridade instauradora e ao titular da unidade de lotação ou de exercício do acusado.

> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 7º Instaurada a sindicância disciplinar ou o PAD, o servidor será notificado para, na condição de acusado, acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, oportunidade na qual o presidente da comissão disciplinar comunicará expressamente esse fato à autoridade instauradora e, se diferente, ao titular da unidade de lotação ou de exercício do acusado.*

Reitera-se, do tópico acima mencionado, que, em razão do necessário controle das repercussões funcionais que a seguir se apresentarão, recomenda-se que, no caso de fato ocorrido em Agência da Receita Federal do Brasil (ARF), a comunicação dirigida à unidade de lotação (ou de exercício) do acusado seja endereçada ao Delegado da respectiva Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF).

A comunicação, por parte da comissão, de que o servidor passou a figurar como acusado no processo disciplinar se justifica porque a condução do inquérito é protegida por cláusulas de sigilo e de autonomia, de forma que nem mesmo a autoridade instauradora monitora o teor de deliberações e de atos do colegiado. Assim, se não houver o comunicado por parte da comissão informando a condição de acusado, as autoridades competentes não terão como dar efeito ao *caput* do art. 172 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Este dispositivo legal, a fim de evitar que o servidor se evada e prejudique os trabalhos apuratórios, veda a exoneração a pedido e a aposentadoria voluntária enquanto figurar como acusado em instância disciplinar.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.*
> *Parágrafo único. Ocorrida a exoneração de que trata o parágrafo único, inciso I, do art. 34, o ato será convertido em demissão, se for o caso.*

É importante enfrentar a questão de servidor que peticiona por sua exoneração a pedido ou por sua aposentadoria voluntária, apesar de sua condição de acusado em processo disciplinar, sob alegação de prejuízo em decorrência de o prazo legal (de sessenta mais sessenta dias ou de trinta mais trinta dias, e mais vinte dias para julgamento), estabelecido no *caput* do art. 152 ou no parágrafo único do art. 145 e ainda no *caput* do art. 167, todos da Lei nº 8.112, de 1990, já ter sido extrapolado. *A priori*, não cabe à autoridade administrativa (seja do sistema correcional, seja de gestão de pessoas) diligenciar a favor da concessão deste tipo de pleito de parte do acusado, pois a leitura do comando do *caput* do art. 172 da Lei nº 8.112, de 1990, é direta e determinística no sentido de ser vedado o deferimento, sem fazer qualquer remissão ou condicionamento àqueles outros dispositivos referentes a prazo processual. A rigor, não se está diante de uma situação em que a Lei, no seu corpo positivado, permita se cogitar de mais uma possibilidade cabível e menos ainda se está diante de uma situação em que a Lei nada previu. Assim, em primeira leitura, não convém que a autoridade administrativa - vinculada ao texto legal em vigor e sem dispor da visão dinamicamente contextualizada e flexibilizada com que o membro do Poder Judiciário pode aplicar a lei - espontaneamente se antecipe e defira o pedido de exoneração ou de aposentadoria de forma imprevista na citada Lei.

Mas, embora não seja uma decisão exatamente da alçada do sistema correcional, é de se reconhecer que este comando legal sofre questionamentos, no sentido de se permitir a aposentadoria voluntária após o transcurso do prazo que seria razoável para conclusão - de 140 dias após a instauração, no caso específico do processo administrativo disciplinar (PAD) e de 80 dias após a instauração, no caso específico de sindicância disciplinar.

O Tribunal de Contas da União (TCU) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), já em mais de um julgado, manifestaram entendimento que não se obsta a aposentadoria voluntária do acusado após o transcurso daquele prazo legal de conclusão, mas o fazem deixando a

subjetiva ressalva de que o entendimento se modifica caso se demonstre que é o próprio interessado quem dá causa à demora processual.

> *TCU, 1ª Câmara, Acórdão nº 456/2003: "Ora, interpretando-se estritamente essa norma legal, tem-se que não pode a Administração obstaculizar um direito constitucional (no caso, à aposentadoria) sem amarras muito bem estabelecidas. O indeferimento da aposentação voluntária do servidor por tempo indefinido constitui-se uma arbitrariedade, repugnada pelo Direito Administrativo, que distingue discricionariedade do arbítrio. Há que ser definido, portanto, qual é o limite a esse poder da Administração, para que não ocorram situações exageradas, de longa espera do servidor para aposentar-se, decorrente de demora no julgamento do processo disciplinar."*
>
> *TCU, 2ª Càmara, Tomada de Contas nº 017.953/2017-0 : "Adicionalmente, registramos que, na data de início da vigência da aposentadoria, o servidor respondia a Processo Administrativo Disciplinar (PAD), tratado no âmbito do processo TC-03.585/2011-5, sem que tivesse ainda havido julgamento do mérito. Ademais, convém esclarecer que o presente ato recebeu parecer pela legalidade, por esta unidade de Controle Interno, mesmo havendo vedação legal à concessão de aposentadoria voluntária a servidor que responda a processo administrativo disciplinar, enquanto não concluído o respectivo PAD e cumprida a penalidade, acaso aplicada (artigo 172 da Lei n. 8.112.90). Isto em razão de haver farta jurisprudência, no âmbito do Poder Judiciário, já incorporada em decisões administrativas do TCU, no sentido de que, uma vez vencido o prazo máximo de 140 dias para conclusão do PAD (120 dias para a apuração e 20 dias para o julgamento) - o que, de fato, ocorreu no presente caso - não pode ser subtraído o direito de o servidor aposentar-se."*
>
> *STJ, Agravo de Instrumento no Recurso em Mandado de Segurança n° 54.459: "Ementa: II - O acórdão recorrido está em confronto com orientação desta Corte, segundo a qual 'em caso de inobservância de prazo razoável para a conclusão do processo administrativo disciplinar, não há falar em ilegalidade na concessão de aposentadoria ao servidor investigado'. III - Na espécie, conforme constatado (fl. 1071e), já transcorridos mais de quatro anos desde a autuação do processo administrativo disciplinar, sem que o mesmo tenha sido julgado, o que implica em excesso de prazo."*
>
> *STJ, Agravo de Instrumento no Recurso Especial n° 1.656.605: "Ementa: II - O acórdão regional recorrido está em consonância com o entendimento consolidado desta Corte Superior no sentido de que, em caso de inobservância de prazo razoável para a conclusão do processo administrativo disciplinar, não há que se falar em ilegalidade na concessão de aposentadoria ao servidor investigado. Precedentes: Aglnt no REsp 16581130/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5/10/2017, DJe 11/10/2017; REsp 1532392/SE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 7/3/2017, DJe 17/3/2017; e AgRg no REsp 1177994/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 22/9/2015, DJe 19/10/2015.*

Nesta linha acerca da aposentadoria voluntária seguiu também Advocacia-Geral da União (AGU), primeiramente em Parecer da sua Consultoria Jurídica no âmbito do extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG), como integrante da Consultoria-Geral da União (CGU/AGU), e posteriormente em manifestação da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares, também da CGU/AGU (CNPAD/CGU/AGU), estampada em manual interno não vinculante, reiterando a ressalva se a demora tiver sido decorrente de procrastinação da própria defesa..

> *Parecer nº 1.460/2018/ACS/CGRH/Conjur-MP/CGU/AGU: "12. Note-se que a leitura dos dispositivos transcritos acima efetivamente demonstra que a lei considera razoável o prazo de 140 dias para conclusão do Processo*

> *Administrativo Disciplinar (60 + 60 para realização dos trabalhos da comissão mais 20 dias para o julgamento pela autoridade competente). Ultrapassado esse lapso, portanto, a existência de Processo Administrativo Disciplinar não obsta por si só a concessão de aposentadoria voluntária, presentes os demais requisitos.*
> *14. Importante frisar que, como bem apontado pela Secretaria de Gestão de Pessoas deste Ministério, caso seja reconhecida ao final do processo disciplinar a prática pelo servidor de infração passível de demissão, deverá a Administração cassar sua aposentadoria, nos termos do artigo 134 da Lei nº 8.112/90."*
>
> *Enunciado nº 17: "Ultrapassado o prazo legal de 140 (cento e quarenta dias) para a apuração e conclusão do processo administrativo disciplinar, a Administração Pública não poderá obstar, apenas com fundamento no art. 172 da Lei nº 8.112, de 1990, a concessão de aposentadoria voluntária requerida pelo servidor acusado no curso do processo, salvo a demonstração inequívoca de ter sido ele o único responsável pela demora na realização da fase de instrução processual, impedindo, por conseqüência, o julgamento pela autoridade competente em prazo razoável", Câmara Nacional de Procedimentos Administratrivos Disciplinares da Advocacia-Geral da União, "Manual de Boas Práticas em Matéria Disciplinar", pg. 29, 5ª edição, 2021, disponível em https://www.gov.br/economia/pt-br/orgaos/secretaria-executiva/corregedoria/arquivos/apostilas-e-manuais/manual-de-boas-praticas-em-materia-disciplinar-da-agu-5a-edicao-2021.docx, acessado em 20/04/23*

Na mesma toada, a extinta Secretaria de Gestão de Pessoas, do extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG/Segep), na qualidade de então órgão central do Sitema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipec), em suas Notas Técnicas nº 15.507/2018-MP e n° 26.453/2018-MP, converge com o entendimento jurisprudencial e da AGU acima, destacando a legalidade de o processo disciplinar instaurado inicialmente em face de acusado ativo, em seu final, se for o caso, redundar na pena de cassação de aposentadoria do inativo, perdendo objeto penas de advertência e de suspensão.

> *Nota Técnica nº 15.507/2018-MP: "9. De fato, não é razoável que o servidor, que já preenche os requisitos para aposentadoria voluntária, seja impedido de aposentar-se pela mora da administração na conclusão do PAD. Não se admitindo que aguarde, indefinidamente, a prolação da decisão até o final do processo, nos termos do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal: 'a todos, no âmbitojudicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios quegarantama celeridade de sua tramitação.'*
> *12. Ressalte-se ainda que, de fato, reconhecida ao final do processo disciplinar a prática pelo servidor de infração passível de demissão, poderá a Administração cassar sua aposentadoria, nos termos do artigo 134 da Lei n° 8.112/90. Contudo, há casos em que a penalidade a ser aplicada é a de advertência ou suspensão, que têm repercussão na vida funcional do servidor. Entretanto, uma vez permitida a aposentadoria voluntária no curso do PAD, tais penalidades perdem a finalidade."*
>
> *Nota Técnica n° 26.453/2018-MP: "5. Portanto, diante das manifestações destacadas recomenda-se a aplicação do Enunciado n° 17 do Manual de Boas Práticas em Matéria Disciplinar da AGU (...). 6. Ressalte-se, mais um vez, que caso reconhecida ao final do processo disciplinar a prática pelo servidor de infração passível de demissão deverá a Administração cassar sua aposentadoria, nos termos do artigo 134 da Lei n° 8.112/90. 7. Diante do exposto, conclui-se que ultrapassado o prazo legal de 140 (cento e quarenta dias) para a apuração e conclusão do processo administrativo disciplinar, a Administração Pública não poderá obstar, apenas com fundamento no art. 172*

> *da Lei n° 8.112, de 1990, a concessão de aposentadoria voluntária requerida pelo servidor acusado no curso do processo, salvo a demonstração inequívoca de ter sido ele o único responsável pela demora na realização da fase de instrução processual, impedindo, por conseqüência, o julgamento pela autoridade competente em prazo razoável."*

Para complementar o tema, vale também aduzir a manifestação da AGU, novamente por meio da CNPAD/CGU/AGU, estampada no Parecer n° 3/2021/CNPAD/CGU/AGU, desta vez voltada para o instituto da exoneração. Embora, a rigor, o citado Parecer se dedique a afirmar o direito de o servidor acusado em processo disciplinar poder ter deferido pedido de vacância do cargo que ocupa a fim de tomar posse em outro cargo inacumulável (ainda que de outra esfera de Poder ou de outro ente federado), da leitura da peça se extrai que o colegiado concorda também com a flexibilização do comando do *caput* do art. 172 da Lei nº 8.112, de 1990, diante do caso de pedido de exoneração e desde que a demora não tenha sido causada pela defesa.

> *Parecer n° 3/2021/CNPAD/CGU/AGU: "Ementa: 1. A vacância para ocupar cargo público prevista no inciso VIII do art. 33 da Lei 8.112/90 é direito líquido e certo do servidor aprovado em concurso público e que opte por requerer a vacância para tomar posse no novo cargo.*
> *2. A Administração Pública não pode se valer do comando do art. 172 da Lei 8.112/90 para obstarva vacância de servidor que responde a PAD para posse em cargo público inacumulável, porque, além de tal proibição não estar expressa no art. 172, não ser razoável e esbarrar nos princípios da proibição do excesso e presunção de inocência, afronta a jurisprudência dos tribunais.*
> *7. Antes de mais nada, importa lembrar que não obstante a redação do art. 172, consolidou-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o referido impedimento restringe-se ao prazo de 140 dias, equivalente ao prazo legal de 60 dias previsto para apuração, prorrogáveis por mais 60 dias, acrescidos de 20 dias para julgamento, conforme artigos 150 e 167 da Lei nº 8.112, de 1990.*
> *8. Ou seja, além de a vacância não estar expressamente proibida na lei, mesmo a exoneração a pedido e a aposentadoria voluntária só podem ser impedidas ao servidor que responde a PAD dentro de 140 dias. Após este prazo, também elas deverão ser concedidas, ressalvada a hipótese inequívoca de ter sido o acusado o único responsável pela demora na realização da fase de instrução processual.*
> *15. Contudo, não há na Lei previsão de impedimento à vacância para posse em outro cargo público quando oservidor responde a processo administrativo disciplinar. De fato, a partir da interpretação literal da norma, verifica-seque o texto legal não abrange a hipótese de vacância para posse em cargo inacumulável.*
> *16. Outrossim, por não haver previsão legal expressa, também a Administração não poderá, ressalte-se, pretender aguardar os 140 dias do prazo de conclusão do PAD para somente então autorizar a vacância. Mesmo porque, o pedido de vacância, quando ocorre para posse em outro cargo público, não pode aguardar prazo arbitrário algum, sob pena de causar prejuízo praticamente irremediável ao interessado, já que, sendo ele presumidamente inocente, não podese ver privado da chance de tomar posse em outro cargo, cujo prazo de posse é determinado, e a não posse implicaria na perda da vaga.*
> *23. Neste diapasão, a Administração não poderá negar o pedido de vacância sob esse argumento, ainda que o novo cargo não seja na Administração Pública Federal."*

Não obstante, uma vez que concessão de aposentadoria ou de exoneração não é da competência do sistema correcional e os critérios estabelecidos pelas fontes acima citadas embutem uma parcela subjetiva (não se trata de apenas aferir objetivamente o prazo

decorrido, mas sim também avaliar a parcela de responsabilidade da própria defesa na procrastinação do andamento processual), diante de provocações neste sentido, cabe apenas informar, quando for o caso, que o processo disciplinar ainda está em curso e enumerar a lista de demandas e petições que porventura o acusado ou seu procurador tenham interposto, reportando a decisão à autoridade competente.

Neste sentido, atenta ao fato de que, em face de acusados que já cumpriram ou que estão prestes a cumprir os requisitos para aposentadoria voluntária ou que solicitem exoneração, a comissão deve se acautelar diante da possibilidade de vir a ser questionada, administrativa ou judicialmente, se teria sido exclusivamente a defesa a causadora da extrapolação do prazo legal. Ainda com mais ênfase do que se recomenda para qualquer caso comum, aqui convém fortemente que a comissão sempre relate de forma bastante detalhada nos autos as eventuais diversas tentativas que teve de fazer para entregar atos de comunicação ao acusado ou, se for o caso, ao seu procurador e todas as possíveis dificuldades que possam ter causado para a realização de atos intrucionais e para, enfim, o célere e regular andamento processual, a fim de posteriormente propiciar subsídios à AGU na defesa do interesse da União. É de se ter em vista que eventual concessão de aposentadoria ou de exoneração no curso da fase de inquérito, além de tornar sem efeito as penas de advertência e de suspensão, tornam, em todo caso, muito mais difícil o contato da comissão com o acusado, que deixa de ter uma unidade de lotação e de exercício, acesso ao correio eletrônico institucional e ao Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), acarretando maior demora para a conclusão dos trabalhos apuratórios.

De toda forma, reitere-se que eventual concessão da aposentadoria a favor de acusado em processo disciplinar não impede o resultado mais gravoso de que se poderia cogitar, qual seja, de aplicação de pena expulsiva - a cassação de aposentadoria, no caso, conforme converge a jurisprudência.

> *STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 61.108: "Ementa: Ademais, totalmente descabida a tese de que o art. 172 da Lei 8.112/1992 impediria a imposição da pena de cassação de aposentadoria, no caso em exame, em razão de ter sido deferida a aposentadoria antes da conclusão do processo administrativo disciplinar. O citado dispositivo preconiza: 'O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada'. Portanto, tal preceito legal não veda que se casse a aposentadoria deferida antes da conclusão de processo administrativo disciplinar instaurado para apuração de falta sujeita à pena de demissão praticada pelos servidor. Pelo contrário, a interpretação da referida norma deve ser no sentido de se autofizar a cassação da aposentadoria em tal hipótese, após constatada, ao final, a indevida concessão do citado benefício previdenciário. Nessa linha: AgInt no AREsp 1.061.958/sP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 3/4/2019."*
>
> *STJ, Agravo de Instrumento no Agravo em Recurso Especial nº 1.061.958: "Ementa: Consoante o entendimento desta Corte, em caso de inobservância de prazo razoável para a conclusão do processo administrativo disciplinar, não há falar em ilegalidade na concessão de aposentadoria ao servidor investigado. 2. Reconhecida ao final do processo disciplinar a prática pelo servidor de infração passível de demissão, poderá a Administração cassar sua aposentadoria, nos termos do art. 134 da Lei n. 8.112/1990."*
>
> *STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 916.290: "Ementa: 2. Não sendo observado prazo razoável para a conclusão do processo administrativo disciplinar, não há falar em ilegalidade, à luz de uma interpretação sistêmica da Lei nº 8.112/90, do deferimento de aposentadoria ao servidor. Com efeito, reconhecida ao final do pfocesso disciplinar a prática pelo servidor de infração*

> *passível de demissão, poderá a Administração cassar sua aposentadoria, nos termos do artigo 134 da Lei nº 8.112/90."*

De forma análoga, eventual concessão de exoneração a pedido não obsta a conversão deste ato de gestão de pessoas em ato punitivo de demissão, conforme expressa o já citado Parecer n° 3/2021/CNPAD/CGU/AGU. É de se observar que a manifestação da CNPAD/CGU/AGU supre a lacuna legal, pois, a rigor, o parágrafo único do art. 172 da Lei nº 8.112, de 1990, menciona a conversão apenas para exoneração de ofício e, em boa hora e de forma acertada, a peça jurídica expõe o entendimento - sistematicamente coerente e sensato - de que pode a Administração estender a conversão para demissão também em caso de exoneração a pedido.

> *Parecer n° 3/2021/CNPAD/CGU/AGU: "14. Observe-se que mesmo a exoneração, se concedida, o que a lei permite no parágrafo único do seu art. 172, o PAD não fica inviabilizado, podendo, inclusive, ao final, a exoneração ser convertida em demissão."*

Acrescente-se que, mesmo com a ausência de expresso comando legal que permita converter em demissão a exoneração previamente aplicada a servidor efetivo, cita-se que a jurisprudência sinaliza favoravelmente à extensão da conversão de exoneração em pena expulsiva mesmo para servidor ocupante de cargo efetivo.

> *STJ, Recurso Especial nº 1.186.908: "Ementa: 1. Hipótese em que a recorrente, Analista Tributária da Secretaria da Receita Federal do Brasil, encontra-se respondendo a Processo Administrativo Disciplinar, em razão de suposto envolvimento com as irregularidades investigadas pela "Operação Têmis", deflagrada pela Polícia Federal em conjunto com o Ministério Público Federal no ano de 2007. 2. Cinge-se a controvérsia à possibilidade de deferir pedido de exoneração de servidor público quando em curso processo administrativo disciplinar. 3. Ainda que a finalidade específica de aplicação de penalidade possa resultar prejudicada pelo afastamento voluntário do servidor (pedido de exoneração), restam outros fins a serem alcançados pela investigação na esfera administrava, qual seja, a possibilidade de conversão da exoneração em demissão por interesse público, impossibilitando a impetrante de nova investidura em cargo público federal pelo prazo de cinco anos, nos moldes do art. 137 da Lei n. 8.112/90."*

Em linha similar, visando aos mesmos fins, de controlar as repercussões da condição de acusado na vida funcional do servidor, a Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, no § 7º do seu art. 33, determina que a comissão comunique a notificação inicial à unidade de recursos humanos do órgão (no caso da RFB, seria a Coordenação de Gestão de Pessoas - Cogep, ou a Divisão de Gestão de Pessoas - Digep). Como esta inteligência resta atendida com o cumprimento dos comandos acima da Portaria MF nº 42, de 2013, e da Portaria RFB n° 6.483, de 2017, basta o comunicado ao titular a unidade, conforme preconizam as normas mais próximas do foco orgânico.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 33.*
> *§ 7º A comissão de PAD deverá, tão logo realize a notificação prévia do acusado, comunicar a unidade de recursos humanos, para os fins de que trata o art. 172 da Lei nº 8.112, de 1990.*

Quanto a este comando do *caput* do art. 172 da Lei nº 8.112, de 1990, apresentam-se duas ressalvas. A primeira é que, como não cabe ao aplicador da lei acrescentar restrições de direito onde o legislador não previu, tem-se que a notificação inicial como acusado não veda a aposentadoria por invalidez e a aposentadoria compulsória, até porque, presume-se, estes institutos se configuram por motivos alheios à vontade do servidor. A segunda é que aquela condição não impede que o servidor, no decorrer do processo disciplinar, seja exonerado, a pedido, de um cargo para ocupar outro da mesma esfera de governo, desde que continue

vinculado ao mesmo regime disciplinar, segundo a manifestação do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), por meio de sua Formulação Dasp nº 1.

> *Formulação Dasp nº 1. Exoneração a pedido*
> *Não contraria o disposto no art. 231 do Estatuto dos Funcionários a exoneração que não exclua o indiciado do serviço público federal quer porque acumulasse cargos, quer porque a exoneração resulte da posse noutro cargo da mesma esfera.*
> *(**Nota**: O art. 231 do antigo Estatuto vedava a exoneração a pedido de acusado, similarmente ao atual art. 172 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.)*

A propósito, a despeito de o *caput* do art. 172 da Lei n° 8.112, de 1990, não ter expressado, a interpretação sistemática do próprio diploma legal informa e impõe que também não cabe a Administração indeferir pedido de vacância do cargo ocupado por servidor acusado em processo disciplinar na hipótese de posse em outro cargo inacumulável, inclusive com a possibilidade de ser reconduzido ao cargo original, diante de eventual inabilitação no estágio probatório do segundo provimento, conforme preveem em conjunto o inciso I do art. 29 e o inciso VIII do art. 33 daquela Lei.

Aqueles comunicados da condição de acusado às autoridades correcional e local também se justificam por força da normatização infralegal e interna. Desde norma editada ao tempo em que a matéria correcional era exercida na linha hierárquica e sem o aprimoramento sistêmico hoje experimentado (a saber, o art. 10 da Portaria Mare/SRH nº 2, de 14 de outubro de 1998) e agora consubstanciada no *caput* e no inciso I do art. 8º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, e no *caput* e no inciso I do art. 8° da Portaria RFB n° 6.483, de 29 de dezembro de 2017, no curso do processo disciplinar, a possibilidade de ser removido, o gozo de determinados direitos funcionais (tais como férias e licenças e afastamentos que a Administração tenha poderes discricionários para conceder) e até mesmo a realização de deslocamentos para fora da sede da unidade de lotação (ou de exercício), por parte do acusado, dependem de autorização da autoridade instauradora.

> *Portaria Normativa Mare/SRH nº 2, de 1998 - Art. 10. É facultado ao Presidente da Comissão, quando julgar necessário, solicitar à chefia imediata do servidor acusado em processo de sindicância ou processo administrativo disciplinar, a reprogramação de suas férias.*
>
> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 8º O servidor que estiver respondendo a sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar:*
> *I - somente poderá ser removido ou autorizado a entrar de férias, licenças ou qualquer tipo de afastamento que a administração tenha poderes discricionários para conceder, bem assim deslocar-se a serviço para fora da sede de sua unidade, após o julgamento do processo, salvo se expressamente autorizado pela autoridade instauradora;*
> *II - deve atender imediatamente a qualquer convocação da comissão disciplinar.*
>
> *Portaria RFB n° 6.483, de 2017 - Art. 8º O servidor que estiver respondendo a sindicância disciplinar ou a PAD:*
> *I - somente poderá ser removido ou autorizado a entrar de férias, licenças ou qualquer tipo de afastamento que a administração tenha poderes discricionários para conceder, bem assim deslocar-se a serviço para fora da sede de sua unidade, após o julgamento do processo, salvo se expressamente autorizado pela autoridade instauradora;*
> *II - deve atender imediatamente a qualquer convocação da comissão disciplinar..*

Diante dos termos genéricos empregados, na expressão "*ser removido ou autorizado a entrar de férias, licenças ou qualquer tipo de afastamento que a Administração tenha poderes*

discricionários para conceder", é de se buscar o exato alcance do comando normativo.

A remoção, conforme o art. 39 da Lei nº 8.112, de 1990, é o deslocamento do servidor no âmbito da RFB, mudando ou não de sede, e pode ser de ofício (no interesse da Administração) ou a pedido (a critério da Administração ou independente do seu interesse). Uma vez que os dois comandos normativos acima não delimitaram, é claro que a vedação em comento para servidor que figura como acusado em processo disciplinar alcança todas as espécies de remoção, indistintamente (com destaque óbvio para a hipótese de o acusado peticionar por sua remoção, já que a hipótese de a Administração ter intenção de remover servidor que responde a processo disciplinar parece menos factível).

Prosseguindo, a Lei nº 8.112, de 1990, estabelece, em seu Título III, a lista dos direitos e vantagens funcionais. Assim, além do vencimento e da remuneração (no Capítulo I), as vantagens (no Capítulo II) são as indenizações, as gratificações e os adicionais, a que se somam, no que aqui interessa, as férias (no Capítulo III), as licenças (no Capítulo IV) e os afastamentos (no Capítulo V). Da imediata leitura da literalidade legal, extrai-se que, se o Capítulo II congrega as vantagens, os demais Capítulos do Título III apresentam espécies diversas de direitos. Férias, licenças e afastamentos, portanto, são espécies do gênero direitos e, enquanto os arts. 77 e 78 da Lei nº 8.112, de 1990, não permitem margem de discricionariedade na auferição do direito a trinta dias de férias, as licenças e os afastamentos se desdobram em diversas espécies, em geral concedidas a critério da Administração e com poucas hipóteses de direito totalmente à margem do poder discricionário estatal, conforme se apresenta. A Lei nº 8.112, de 1990, estabelece, entre seus arts. 81 e 96-A, a licença por motivo de doença em pessoa da família, a licença por motivo de afastamento do cônjuge, a licença para o serviço militar, a licença para atividade política, a licença para capacitação (que sucedeu a licença prêmio por assiduidade), a licença para tratar de assuntos particulares e a licença para o desempenho de mandato classista; o afastamento para servir a outro órgão ou entidade, o afastamento para exercício de mandato eletivo, o afastamento para estudo ou missão no exterior e o afastamento para participação em programa de pós-graduação *stricto sensu*.

Deste rol, apenas a licença para o serviço militar, a licença para atividade política, a licença para o desempenho de mandato classista e o afastamento para exercício de mandato eletivo não comportam nenhuma discricionariedade a favor da Administração. Some-se que a licença para tratamento de saúde, a licença por acidente em serviço, a licença à gestante e à adotante e a licença-paternidade estão definidas nos arts. 202 a 214 da Lei nº 8.112, de 1990, inseridas no Título VI, da Seguridade Social, e especificamente incluídos como benefícios (Capítulo II) e não como direitos funcionais, estando portanto fora do alcance das normas em comento. O fato de o servidor responder processo disciplinar não prejudica a fruição daqueles direitos e a obtenção destes benefícios, até porque seu gozo não passa por discricionariedade a favor da Administração.

Em resumo, o *caput* e o inciso I do art. 8º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, e o *caput* e o inciso I do art. 8º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, *a priori* - salvo autorização da autoridade instauradora -, vedam que servidor acusado em processo disciplinar seja removido de ofício ou a pedido, entre de férias ou entre de licenças por motivo de doença em pessoa da família, por motivo de afastamento do cônjuge, capacitação (ou prêmio por assiduidade) ou para tratar de assuntos particulares ou ainda entre em afastamento para servir a outro órgão ou entidade, para estudo ou missão no exterior ou para participação em programa de pós-graduação *stricto sensu* ou ainda demais licenças ou afastamentos que porventura venham a contemplar parcela de discricionariedade a favor da Administração para conceder, conforme também pontua a doutrina, inclusive da Controladoria-Geral da União (CGU).

> *"Além disso, férias, deslocamentos, remoção, licenças e afastamentos, também podem impactar negativamente no desenvolvimento dos trabalhos apuratórios*

> *das comissões, sendo possível a suspensão da fruição ou indeferimento dos pedidos.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 163, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*
>
> *"(...) pode ser recusado ou adiado o gozo de licença-prêmio, férias, licença para tratar de assuntos particulares ou para capacitação profissional por longo prazo, pleitos requeridos pelo funcionário acusado que podem ser incompatíveis com a participação dele na fase instrutória em regime contraditorial de processo administrativo disciplinar ou de sindicância investigativa.*
> *55) É legal a suspensão do gozo de férias e de licença-prêmio de servidor público que responde a processo administrativo disciplinar enquanto não concluída a fase de inquérito, em que é fundamental a participação do acusado para a própria validade formal do feito, em vista das garantias de contraditório e ampla defesa." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pgs. 413, 414, 1059 e 1060, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

E, merecendo menor esforço hermenêutico, também se inclui no comando aprioristicamente proibitivo meros deslocamentos a serviço, eventuais ou transitórios, pelo acusado, para fora da sede da sua unidade de lotação (ou de exercício). Tratando-se de deslocamentos realizados no interesse do serviço, embora passíveis de indenizações de diárias e de transportes, possuem natureza mais generalista de prerrogativas do servidor e não especificamente de direitos funcionais.

Apresentados os elementos positivados no *caput* e no inciso I do art. 8º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, e no *caput* e no inciso I do art. 8º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, cabe analisar sua aplicação.

É de se compreender, primeiramente, que, diferentemente da vedação legal sobre exoneração a pedido e aposentadoria voluntária, a normatização infralegal e interna não veda de forma absoluta a aplicação daqueles elementos ao servidor acusado em processo disciplinar mas sim a submete à prévia avaliação do Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor) ou do Corregedor; ademais, eventual manifestação denegatória por parte da autoridade instauradora não possui natureza sancionatória e não se confunde com pena, até porque, não raro, o direito não é cassado, mas sim apenas tem sua fruição postergada (excluindo deslocamentos a serviço, que em geral são pontuais e de necessidade imediata de satisfação, a postergação pode ser aplicada a remoção, férias, licenças e afastamentos, institutos em que o adiamento para outra data não necessariamente significa a perda definitiva daquele direito ou o desinteresse por parte do servidor em gozá-lo posteriormente). Estas repercussões, que têm como inteligência manter o acesso da comissão ao acusado e o acesso deste ao processo, tão somente, refletem garantias em prol da instrução processual. Trata-se de medidas cautelares de proteção do interesse público da efetiva apuração dos fatos e, desta forma, não afrontam ao princípio da presunção de inocência.

Dentre os direitos funcionais aqui elencados, aquele que periódica e mais comumente se contrapõe à continuidade do processo disciplinar, em razão de sua fruição anual, são as férias. Se, de um lado, o incidente da submissão do pedido de férias à autoridade instauradora é o mais frequente, por outro lado é o que se soluciona tanto de forma menos traumática para a vida funcional do servidor, em caso de ser necessária sua postergação, quanto de forma menos prejudicial ao processo, em comparação com remoção, licenças ou afastamentos, com eventual paralisação dos trabalhos por trinta dias ao ano. A unidade de lotação (ou de exercício) não deve deixar de enviar à autoridade instauradora os pedidos de férias do servidor sobre quem recebeu comunicado de que consta como acusado em processo

disciplinar e, *a priori*, não é recomendável que os trabalhos apuratórios sejam prejudicados com interrupção tão somente a fim de que o acusado goze férias. Em virtude da independência e da autonomia da comissão, a autoridade instauradora não possui elementos para avaliar se o período solicitado pelo servidor para gozar férias interfere ou não na programação de atos de instrução de natureza contraditória a serem realizados. Convém, então, que a autoridade instauradora repasse o pedido de férias para o colegiado, para que este avalie sua plausibilidade, de acordo com sua agenda de atos já programados ou não. Em geral, é viável compor o cronograma previsto pela comissão com o período de férias pleiteado pelo acusado, com nenhum ou com pouco prejuízo ao andamento processual, sendo incomum ter de usar o poder para postergar a fruição do direito funcional. E, mesmo nos casos excepcionais em que os interesses e as programações processuais e particulares se superpõem, a matéria disciplinar não cassa o direito de férias do servidor, devendo haver a fruição quando já não mais puder postergá-la em virtude da vedação de acumulação de períodos.

Avançando na inteligência de tutelar e de submeter não só interesses pessoais do acusado na fruição de direitos funcionais, a fim de preservar o interesse público da apuração, além do já mencionado efeito sobre deslocamentos a serviço para fora da sede da unidade de lotação (ou de exercício), o art. 162 da Lei nº 8.112, de 1990, obriga o servidor a comunicar a mudança de seu endereço residencial. Neste ponto, detecta-se mais uma impropriedade da Lei, ao impor ao "indiciado" o dever em comento. Buscando compreender o objetivo da norma, claramente se pode concluir por uma interpretação extensiva, no sentido de se ler o mandamento para o "acusado" no processo. O dispositivo faz mais sentido em fase de instrução, quando a comissão pode ter necessidade de contatar o acusado para notificar da realização de atos de busca de provas, do que após a indiciação. E acrescente-se que a determinação deve se estender à mudança do endereço não só residencial mas também de trabalho.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 162. O indiciado que mudar de residência fica obrigado a comunicar à comissão o lugar onde poderá ser encontrado.*

Cabe também menção ao uso de sistemas informatizados internos, embora tal acesso esteja mais para uma ferramenta necessária de trabalho do que para um direito funcional propriamente dito. Nesta senda, aquelas comunicações à autoridade instauradora e ao titular da unidade de lotação (ou de exercício) do acusado também se justificam porque as normatizações infralegal e interna, consubstanciadas no § 3º do art. 14 da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito da Pasta, e no art. 13 da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, estabelecem que, no curso do processo disciplinar, o acesso do acusado a sistemas informatizados pode ser vedado por qualquer uma das autoridades.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 13. O acesso aos sistemas eletrônicos da RFB por servidor que estiver respondendo a sindicância disciplinar ou a PAD poderá ser vedado, total ou parcialmente, mediante cancelamento da respectiva senha, por iniciativa do titular da unidade de lotação ou de exercício do servidor ou por determinação da autoridade instauradora, sempre por decisão motivada, podendo, se for o caso, ser restabelecido durante ou após a conclusão do processo.*
>
> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 13. O acesso aos sistemas eletrônicos da RFB por servidor que estiver respondendo a sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar poderá ser vedado, total ou parcialmente, mediante cancelamento da respectiva senha, por iniciativa do titular da unidade de lotação ou exercício do servidor ou por determinação da autoridade instauradora, podendo, se for o caso, ser restabelecido durante ou após a conclusão do processo.*

A rigor, esta previsão de limitação de acesso a sistemas informatizados somente se

aplica ao acusado, o que subentende o processo disciplinar já instaurado. Não obstante, caso se faça necessário, uma estratégia pertinente para antecipar a proteção do interesse público em face de servidor que se utiliza irregularmente de sistemas internos é o Chefe de Escor, antes mesmo de proceder à instauração, alertar a autoridade local acerca de juízo de admissibilidade positivo e provocá-la para, à luz de critérios seus de oportunidade e conveniência, rever os perfis de acesso concedidos ao servidor. Obviamente, dependendo da natureza da conduta funcional que se investiga, esta possibilidade há de ser temperada pela possível percepção que o infrator possa a vir a ter sobre o fato de estar sendo investigado e pelo consequente risco de destruir ou obstruir provas.

Aliás, neste sentido, não apenas no que diz respeito a acesso a sistemas informatizados, embora todos os dispositivos legal e infralegal em comento estabeleçam como condição para denegação de determinados direitos funcionais o fato de o servidor se encontrar notificado na qualidade de acusado em processo disciplinar, tendo em vista a inequívoca tutela de impedir que se evada da apuração de eventual responsabilidade disciplinar, é possível defender a postergação de suas fruições já desde quando a autoridade instauradora sabia da existência de indícios de conduta infracional do servidor e procedia à fase de admissibilidade. Na extensão da manifestação a que a jurisprudência se obrigou a expor especificamente para provocação sobre exoneração a pedido, é possível então defender o mesmo tipo de construção para direitos como remoção a pedido, licenças e demais afastamentos e aposentadoria voluntária.

> *STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 20.811: "Ementa: É lícita a recusa da administração em exonerar o servidor se, ao tempo do requerimento, já estava adotando providências necessárias para a instauração de processo administrativo com vistas à responsabilização funcional do servidor."*

Mencione-se a possível repercussão para quem responde a processo disciplinar de ter cassada a autorização de porte de arma de fogo (Apaf) institucional, mediante solicitação da autoridade instauradora, conforme o inciso II do art. 16 da Portaria RFB nº 32, de 29 de abril de 2021. Não se entende como obrigatória mas sim discricionária, a critério, caso a caso, da autoridade. E o servidor pode pedir nova autorização após encerrado o processo disciplinar, conforme o art. 17 da mesma norma.

A autoridade instauradora poderá receber a proposta de cassação da Apaf por parte comissão de inquérito (ou até mesmo de comissão investigativa) ou ainda do titular da unidade de lotação do servidor acusado. Neste ponto, para que a aplicação do dispositivo atenda o interesse institucional e em face das peculiaridades de cada localidade, é recomendável que diversos fatores sejam levados em consideração antes de se propor a cassação da Apaf.

Como exemplos não exaustivos de situações que devem ser analisadas e ponderadas, destacam-se os eventuais riscos ou ameaças a que o servidor poderá estar submetido se desprovido de sua arma de fogo institucional, que para muitos é o principal instrumento de trabalho; a possibilidade de remanejamento interno para setor em que o porte de arma não seja necessário; ou mesmo o momento desta possível cassação. Embora não esteja expresso na norma, é importante que a decisão de cassação seja motivada e fundamentada, pois afeta um direito e está sujeita a recurso administrativo, conforme o art. 22 da Portaria.

> *Portaria RFB nº 32, de 2021 - Art. 16. Sem prejuizo das demais hipoteses de cassacao revistas neste Capitulo, a APAF sera cassada, por ato do Coordenador-Geral da Corep, mediante:*
> *II - solicitacao da autoridade instauradora, em caso de sindicancia disciplinar ou processoa administrativo disciplinar.*
> *Art. 17. O servidor que tiver a APAF cassada somente podera obter nova autorizacao após tornar insubsistente a razao da cassacao.*

> *Art. 22. Do ato que suspender ou cassar a APAF cabera recurso administrativo, a ser apresentado no prazo de 10 (dez) dias contado da ciencia da decisao, nos termos do art. 56 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.*
> *§ 2º O recurso devera ser dirigido ao Coordenador-Geral da Corep, o qual, se nao a reconsiderar, o encaminhara ao Subsecretario de Administracao Aduaneira.*
> *§ 3º O Subsecretario de Administracao Aduaneira devera proferir decisao final no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento do recurso.*

Se, nos parágrafos antecedentes, se enfrentou a questão da possibilidade de se antecipar o efeito vedante dos dispositivos do § 3º do art. 14 da Portaria MF nº 492, de 2013, do *caput* e do inciso I do art. 8º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, do *caput* e do inciso I do art. 8º e do art. 13, ambos da Portaria RFB nº 6.483, de 2017, para antes de o servidor figurar como acusado, agora também se faz relevante abordar a possibilidade de tais gravames serem retirados da vida funcional do servidor antes de formalmente ele deixar de constar do rol de acusados. Para isto, primeiramente informa-se que a condição de acusado se estende desde o recebimento da notificação inicial que lhe comunica tal condição até a efetivação do julgamento a cargo da autoridade competente.

Neste rumo, repisa-se a regra geral já informada em **4.3.4**: a condição de estar respondendo a processo disciplinar, figurando no polo passivo da relação processual (e, por conseguinte, a apriorística manutenção das repercussões de tal fato) e no rol de acusados somente podem ser retiradas pela autoridade competente para julgamento - salvo a hipótese de exclusão prévia em caso de mais de um acusado, em que a análise preliminar é feita pela autoridade instauradora, já especificada em **4.3.4.2**. A exclusão do servidor do foco de apuração, por deliberação da comissão, ou o fim da subfase de instrução processual (com ou sem indiciação e defesa escrita) e o início da subfase de elaboração de relatório não afastam, de imediato, tal condição de acusado e os gravames dela correntes. Não obstante, como aqueles comandos infralegais acima listados precipuamente mencionam direitos sobre os quais a Administração tem poder discricionário de conceder ou não, nada impede que, diante de peculiaridades do caso concreto, a autoridade instauradora, subsidiada por informações prestadas pela comissão, conceda determinados direitos funcionais (a princípio atingidos por aqueles dispositivos) ao servidor que formalmente ainda consta como que respondendo ao processo mas que, na prática, foi excluído do escopo das apurações pela comissão. Obviamente, tal liberalidade jamais alcança as vedações legais de aposentadoria voluntária e exoneração a pedido.

Em decorrência do necessário controle das repercussões acima, além da necessária alimentação da base de dados externa do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, da CGU), as comissões e o Grupo Nacional de Comissões (GNC) devem também alimentar o sistema interno de gestão de pessoas, chamado Sistema de Apoio às Atividades Administrativas (SA3), não obstante este ser gerido pela Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas. A Portaria Coger/Cogep nº 1, de 18 de novembro de 2011, estabeleceu, neste sistema, um módulo específico para cadastramento e consulta de informações correcionais (dados funcionais do acusado e, posteriormente, informações relativas ao julgamento). A notificação inicial da condição de acusado deve ser cadastrada pela comissão e o julgamento deve ser cadastrado pelo GNC e com acesso parcial para unidades estranhas ao sistema correcional, a saber, as unidades de projeção de gestão de pessoas, a fim de que estas possam automaticamente emitir certidão comprobatória de que não constam registros de natureza disciplinar presente ou pretérito para determinado servidor sem necessidade de provocar o Escor ou a Coger. E, em complemento, no caso de haver registros de natureza disciplinar para o servidor, atualmente, incumbe à Divisão de Análise Correcional (Diaco que absorveu as competências do extinto Serviço de Controle da Atividade Correcional - Secac a partir do Regimento Interno da RFB aprovado pela Portaria ME nº 284, de 27 de julho de

2020), prestar a devida informação e tal competência é suprida também consultando os registros existentes no SA3. Isto, mais uma vez, faz destacar as importâncias de a comissão informar a notificação inicial como acusado e de o GNC informar o julgamento, conforme descrito em **2.1.1**, em **4.3.4.1**, no início deste tópico e em **4.10.6.3**.

Melhor detalhando esta rotina de controle de repercussões de gestão de pessoas em função de ocorrência de natureza disciplinar, quando um servidor peticiona, na correspondente unidade de projeção de gestão de pessoas, por qualquer dos direitos aqui mencionados e cujo gozo deve ou pode ser restringido em razão de sua condição de acusado (em razão de o pleito poder prejudicar o regular andamento dos trabalhos correcionais), esta unidade utiliza-se de seu perfil de consulta no SA3, para verificar se há restrições para o peticionante (sem prejuízo de o próprio servidor poder consultar a si mesmo no sistema). Caso não haja nenhum registro atual ou pretérito de natureza disciplinar nos assentamentos do servidor, o sistema disponibiliza tal informação para a unidade de projeção de gestão de pessoas e esta pode emitir automaticamente a certidão de nada consta (que o sistema denomina de "Consulta a Procedimento Disciplinar" ou informalmente chamado de "Nada Consta Coger") e dar o prosseguimento regular ao pleito. Caso haja registro atual ou pretérito de natureza disciplinar nos assentamentos do servidor, o sistema apenas informa a existência de ocorrência (sem descrevê-la) e indica que a unidade de projeção de gestão de pessoas consulte, por via do correio eletrônico institucional, o sistema correcional, a fim de que este se pronuncie sobre a ocorrência.

Na prática, a forma desta consulta da unidade de projeção de gestão de pessoas ao sistema correcional pode variar em função da natureza do pedido do servidor, a qual, por sua vez, pode acarretar diferentes espécies e durações de afastamento pleiteado, importando em distintos graus de rigidez de controle para sua concessão, em face da necessidade de prosseguimento dos trabalhos correcionais. Por um lado, no caso de o pedido ser para apenas gozar férias, a unidade de projeção de gestão de pessoas pode consultar diretamente a autoridade instauradora (que, em geral, é o Chefe do respectivo Escor), a fim de que esta verifique com a comissão a possibilidade ou não de o servidor ser liberado naquele período delimitado. Por outro, no caso de pedidos de maior repercussão, como licenças de média ou longa duração, exoneração e aposentadoria, a unidade de projeção de gestão de pessoas deve consultar, através do correio eletrônico institucional, a Diaco, a fim de que esta se pronuncie, por meio de uma informação disciplinar (que, apesar do nome com que foi positivada, tem natureza jurídica de uma certidão), acerca da possibilidade ou não de o servidor ter seu pleito deferido, em função de haver registro atual (ou até pretérito, dependendo do tipo de pedido) de natureza correcional, nos termos disciplinados pela Portaria Coger/Cogep nº 1, de 2011.

> *Portaria Coger/Cogep nº 1, de 2011 - Art. 3º O documento comprobatório de que o servidor não responde a sindicância ou PAD, não sofreu penalidade e não teve o registro de extinção de punibilidade por prescrição nos assentamentos funcionais, denominado "Consulta a procedimento disciplinar", é emitido com base nos registros lançados no sistema SA3.*
> *Art. 4º Havendo qualquer registro disciplinar relacionado ao servidor pesquisado, o banco de dados emitirá um alerta para que a Corregedoria-Geral seja consultada e se pronuncie por meio do Serviço de Controle da Atividade Correcional (Secac) da Corregedoria-Geral da RFB (Coger), que emitirá uma Informação Disciplinar Coger/Secac.*
> *§ 2º A consulta deverá ser formulada por meio do correio eletrônico corporativo da RFB e encaminhada ao Serviço de Controle da Atividade Correcional da Coger, e deverá conter o nome do servidor, a matrícula siapecad e a motivação da consulta.*
> *§ 3º Os registros disciplinares cadastrados no sistema SA3 não incluem as reintegrações precárias ou definitivas de servidores e não contempla, igualmente, as interrupções, suspensões ou anulações de processos. Nesses*

> *casos, o sistema emitirá um alerta para que a Corregedoria-Geral seja consultada.*
> *Art. 5º A comunicação de que trata o art. 9º, da Portaria RFB nº 3.131, de 15 de julho de 2011, deverá ser estendida ao Chefe do Núcleo de Corregedoria para os processos acompanhados por aquela unidade, exclusivamente para fins de registro no SA3.*

Esclareça-se a necessidade de, além do escopo deste tópico, o sistema correcional e as unidades de projeção de gestão de pessoas também terem controle da existência de registros pretéritos de natureza disciplinar no assentamento do servidor, tais como já ter sido punido ou já ter tido conclusão de cometimento de infração com punibilidade prescrita. Há direitos funcionais cuja regulamentação interna estabelece restrição de gozo não só ao servidor que, ao tempo do pedido, esteja respondendo a processo disciplinar, mas também àquele que já tenha sofrido punição ou que tenha registro de punibilidade prescrita, bem como também pode haver repercussões de natureza gerencial, como vedações para candidaturas em certames internos para ocupação de cargos em comissão ou de funções de confiança. De se destacar, todavia, que todas estas espécies de repercussões pretéritas se limitam aos prazos de três e de cinco anos que o art. 131 da Lei nº 8.112, de 1990, estabelece para as penas de advertência e de suspensão, conforme se aduzirá em **4.10.6.3**.

Nesta linha, relembre-se o já aduzido em **2.5.7**, de que a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) deve ser registrada nos assentamentos funcionais do servidor, e de que a existência de tal registro válido impede a fruição do mesmo benefício pelo autor pelo prazo de dois anos a contar da publicação, conforme estabelecem o inciso II do art. 2º e o *caput* do art. 9º, ambos da IN CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020.

> *IN CGU/CRG nº 4, de 2020 - Art. 2º O TAC somente será celebrado quando o investigado:*
> *II - não tenha firmado TAC nos últimos dois anos, contados desde a publicação do instrumento; e*
> *Art. 9° Assim que celebrado, o TAC deverá ser registrado no sistema CGU-PAD.*

Ainda neste tema, informe-se que, no âmbito da CGU, a Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG) disponibilizou no Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) o Sistema Eletrônico de Certidões da CGU, que tem como dado de saída a certidão negativa CGU-PAD, emitida de acordo com a base de dados constante daquele cadastro.

4.3.8 - Formalidades Iniciais a Cada Designação de Nova Comissão

Conforme expresso em **4.2.77.3**, tendo se esgotado o prazo originário e o prazo prorrogado, totalizando 120 dias ou 60 dias desde a instauração, do *caput* do art. 152 e do parágrafo único do art. 145, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no caso de processo administrativo disciplinar (PAD) ou de sindicância disciplinar, sem que a respectiva comissão de inquérito ou de sindicância tenha concluído seus trabalhos, a autoridade instauradora deve designar novo trio para ultimar os trabalhos, podendo manter ou não a composição (na hipótese positiva, ao gênero “designação de nova comissão” se dá o nome específico de “recondução da comissão”).

As instrumentalidades para o pedido por parte da comissão e para a designação de novo trio por parte da autoridade instauradora já foram detalhadas no tópico acima mencionado, cabendo aqui apenas discorrer sobre eventuais formalidades que devem ser realizadas pela nova comissão designada para ultimar os trabalhos.

Assim, de imediato, se assevera que, não tendo havido longa interrupção nos trabalhos apuratórios, a designação de nova comissão não requer formalidades por parte do colegiado.

A única ressalva é na hipótese atualmente pouco comum de o secretário ser um servidor estranho à comissão. Neste caso específico, mesmo não tendo havido longo lapso temporal com os trabalhos parados, convém fazer redesignação do secretário e ainda que seja o mesmo servidor, publicando a portaria de pessoal do presidente em boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, no caso, é o Boletim de Serviço da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - BS RFB). A cautela se justifica, pois esta pode ser a única forma de se amparar o acesso deste servidor aos autos, em eventual deslocamento da sede ou a dedicação de horas de trabalho ao processo. A procedimentalização para a aposição da assinatura digital e para a publicação da portaria de pessoal no BS RFB e a recomendação para que se juntem aos autos a impressão da versão em extensão "*portable document format*" (pdf) da portaria de pessoal e a(s) página(s) do Boletim que a contempla(m) podem ser revistas em **4.2.1.1**, de repetição desnecessária e a cuja leitura se remete. Caso contrário, sendo o secretário um dos membros, dispensa-se redesignação.

Destaque-se que, em hipótese alguma deve-se fazer nova notificação inicial ao acusado em razão de designação de nova comissão. Apenas se pode ressalvar que, na hipótese de ter havido um longo período com os trabalhos parados até que se designe nova comissão, convém que o trio dê ciência do reinício das apurações ao acusado.

Ademais, tendo se mantido ou não a composição original, apesar de formalmente se tratar de uma nova comissão, esta designação em nada prejudica a validade e o aproveitamento dos trabalhos de instrução já realizados pela comissão antecedente. A simples designação de nova comissão por decurso de prazo, sem declaração de refazimento por nulidade de parte da autoridade instauradora, *a priori*, faz subentender que os atos anteriores são todos válidos, ainda que tenha havido mudança na composição do trio.

E se a comissão tiver algum de seus integrantes substituído, não é necessário que o recém-designado ratifique expressamente os atos instrucionais anteriormente realizados. A menos que faça expressa ressalva de não ratificação de determinado(s) ato(s), subentendendo-se a ratificação tácita na ausência de expressa manifestação.

Por sua vez, meras prorrogações de prazo da comissão não impõem nenhuma formalidade à comissão.

4.3.9 - Afastamento Preventivo e Exercício Provisório do Acusado

Quando se vislumbra que o acusado, caso tenha mantido livre o seu acesso à repartição, na sua qualidade de servidor, traz ou possa trazer qualquer prejuízo ou risco à apuração ou à segurança dos demais servidores, seja destruindo provas, seja coagindo demais intervenientes na instrução probatória, pode a autoridade instauradora, com base no art. 147 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, lançar mão do instituto do afastamento preventivo, pelo qual retira-se do agente sua carga de trabalho e impede-se seu acesso às dependências da repartição como um todo (e não apenas de sua sala de trabalho). Neste sentido, também entendem a jurisprudência e a doutrina que a proibição de acesso à repartição não configura constrangimento ilegal.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.*
> *Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.*
>
> *STJ, 'Habeas Corpus' nº 7.309: "Ementa: Não constitui hipótese de*

> *constrangimento ilegal a proibição de que funcionários envolvidos em sindicância acerca do desaparecimento de processos, e suspensos de suas atividades, continuem a circular no local aonde teriam ocorrido os eventuais ilícitos."*
>
> *"Durante este período, fica o servidor impedido de comparecer ao serviço e também de circular pela repartição, pois do contrário os efeitos preventivos buscados pela Lei desapareceriam.*
> *(...) a regra é fundada num permissivo ('poderá') e não numa determinação (...)." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 95, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*
>
> *"O STJ não concedeu 'habeas corpus' [Habeas Corpus nº 7.309] a servidores que se diziam vítimas de constrangimento ilegal por estarem impedidos de circular no ambiente de trabalho. Veja-se que, na ocasião, estava em curso sindicância para apurar desaparecimento de processos, e os referidos servidores apareciam como envolvidos.*
> *É preciso, nessa linha, entender que a garantia individual do ir-e-vir não é absoluta." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pg. 269, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

Na mesma linha, infralegal e internamente, o dispositivo é refletido no *caput* e no § 1º do art. 14 da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Economia (ME), e no *caput* e § 1º do art. 12 da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), ambos com similar redação.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 14. A autoridade instauradora do feito disciplinar poderá determinar o afastamento do exercício do cargo de servidor que responda a processo disciplinar, nos termos do art. 147 da Lei nº 8.112, de 1990, sempre que o servidor ofereça risco para a devida apuração da irregularidade ou para a segurança dos demais servidores.*
> *§ 1º O servidor afastado deverá atender imediatamente a qualquer convocação da comissão disciplinar, comunicando, previamente e por escrito, qualquer necessidade de ausentar-se do seu domicílio.*
>
> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 12. A autoridade instauradora poderá determinar o afastamento do exercício do cargo de servidor que responda a sindicância disciplinar ou a PAD, nos termos do art. 147 da Lei nº 8.112, de 1990, sempre que este ofereça risco para a devida apuração da irregularidade ou para a segurança dos demais servidores.*
> *§ 1º O servidor afastado deverá atender imediatamente a qualquer convocação da comissão disciplinar, comunicando, previamente e por escrito, qualquer necessidade de ausentar-se do seu domicílio.*

O afastamento preventivo deve ser compreendido como medida cautelar de proteção do interesse público da efetiva apuração dos fatos, a fim de evitar indevida influência do servidor, não configurando imputação de responsabilidade, não possuindo fim punitivo e não afrontando, portanto, o princípio da presunção de inocência. Uma vez que o instituto é aplicado de forma compulsória, não pode imputar prejuízo na remuneração do agente no período afastado.

Ademais, é de ser reforçado o caráter excepcional da medida cautelar, de emprego apenas quando outros meios legais de que dispõem a autoridade instauradora e o titular da unidade (por exemplo, as repercussões de ser notificado como acusado, conforme **4.3.7.1**, e até mesmo a determinação para exercício provisório em outra unidade, mencionada ao final deste tópico) não sejam suficientes, pois, além de retirar a carga de trabalho do servidor e de lhe impedir o acesso à repartição, mantém sua remuneração integral e traz dificuldades para o

contato da própria comissão com o acusado, conforme também pondera a doutrina. Em contrapartida à incolumidade de sua remuneração, o servidor deve ficar à disposição da comissão, de forma a poder atender prontamente a qualquer convocação, devendo ainda comunicar por escrito qualquer necessidade de ausência prolongada de seu domicílio.

> *"O afastamento preventivo do servidor, do exercício do seu cargo, somente deverá ser aplicado quando a Comissão julgar indispensável para a tranquilidade do trabalho apuratório, pois, durante o afastamento preventivo, o servidor deixa de comparecer ao serviço, sem prejuízo de seus ganhos, sendo assegurada sua remuneração integral, na forma da Lei. É prudente que o afastamento preventivo não se transforme em benefício ao servidor acusado." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 95, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Quanto ao momento de aplicação, a rigor, a Lei não condicionou o emprego desta medida cautelar à notificação inicial do servidor para acompanhar o processo como acusado, .Mas como mencionou "autoridade instauradora do processo disciplinar" é cristalino entender que o afastamento somente cabe após a instauração do processo, não cabendo em fase de admissibilidade no curso de procedimento investigatvo. Pode a autoridade instauradora, a seu exclusivo critério e motivadamente, afastar o servidor mesmo antes do início dos trabalhos apuratórios da comissão, já no momento em que instaura o procedimento disciplinar. Pode também ocorrer de, não havendo de início motivos fundamentados para determinar o afastamento preventivo, posteriormente a autoridade instauradora vir a ser provocada pela comissão, por intermédio de ofício acompanhado de ata de deliberação com a devida motivação, que podem ser encaminhados por meio do correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), e determinar então o emprego de tal medida extremada já após a notificação inicial do servidor como acusado no processo, em qualquer momento no curso da instrução, nos termos da Formulação Dasp nº 39. Sem prejuízo de um caso específico requerer a providência imediata por parte da autoridade instauradora, como recomendação geral, ela deve pesar que, uma vez afastado o servidor, a comissão corre maior risco de enfrentar dificuldade para contatá-lo e notificá-lo de seu direito de acompanhar o processo. Sendo assim, tem-se como razoável que é mais justificável a adoção da medida preventiva após a instauração do processo e, consequentemente, após a notificação inicial do acusado, mediante provocação do colegiado.

> *Formulação Dasp nº 39. Suspensão preventiva*
> *A suspensão preventiva pode ser ordenada em qualquer fase do inquérito administrativo.*

Devem ser ponderados, na decisão da autoridade sobre a conveniência de afastar a qualquer tempo o servidor ou de preservar a prestação de serviços, os seguintes fatores exemplificativos: os acontecimentos, as circunstâncias da apuração e a ascendência do servidor sobre os meios de prova, com o objetivo de se aquilatar as possibilidades de sua influência nos trabalhos (por coação, ameaças, pressões diretas ou indiretas). Há previsão normativa interna, inclusive, nos termos do art. 38 da Portaria Cotec nº 19, de 28 de maio de 2007, para revogação de certificado digital e-CPF de servidor afastado preventivamente.

> *Portaria Cotec nº 19, de 2007 - Art. 38. O presidente de comissão de sindicância ou de comissão de inquérito é competente para solicitar a revogação de certificado digital de funcionário da RFB quando, em processo disciplinar, for determinado o afastamento preventivo do servidor do exercício do cargo.*

A Lei define apenas que o prazo deste afastamento preventivo é de até sessenta dias, prorrogável por igual período. Assim sendo, a critério da autoridade instauradora, estes 120 dias que o legislador autorizou para ser aplicada a medida cautelar podem ser distribuídos em intervalos de quaisquer durações, desde que não ultrapassem aquele limite máximo. Nada

impede que seja aplicado por um determinado período e que, uma vez que se entendam cessados os motivos que levaram à imposição do afastamento preventivo, não seja o afastamento prorrogado ou até mesmo seja o ato revogado ainda no curso de seu prazo (por exemplo, caso o servidor já tenha entregue sua defesa escrita e a comissão comece a elaborar o relatório sob vigência da portaria de pessoal de afastamento do indiciado, pode o colegiado propor à autoridade instauradora o cancelamento da medida cautelar), como também entende a doutrina. Por outro lado, nada impede que se retome tal medida uma vez que se vislumbre a repetição dos motivos que levaram à sua primeira adoção, respeitado sempre o limite máximo de 120 dias.

> *"Como todo ato administrativo, o afastamento previsto é revogável a qualquer tempo, pela autoridade que o determinou, uma vez entenda esta que não mais persistem os motivos determinantes da medida." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 96, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

> *"(...) Se o afastamento for inferior a 60 dias, e tiver havido uma prorrogação (exemplo: 30 + 30), nada impede que haja outras prorrogações, por igual período, sem que ultrapasse o máximo permitido, que é de 120 dias." Judivan Juvenal Vieira, "Processo Administrativo Disciplinar", pg. 229, IOB Thomson, 1ª edição, 2005*

Qualquer que seja o momento em que se aplique a medida cautelar, a operação se dá por meio de portaria de pessoal da autoridade instauradora, internamente publicada e com vigência em princípio imediata, determinando o afastamento por determinado período. O ato excepcional de afastar preventivamente o servidor requer, para sua validade, a clara motivação. Assim, se a determinação de afastar preventivamente advém da convicção da autoridade instauradora, esta deve fazer constar a motivação em sua portaria de pessoal; se o afastamento preventivo se dá por provocação da comissão, deve a autoridade fazer remissão ao ofício do colegiado que, por sua vez, menciona como parte integrante a ata de deliberação em que expôs sua motivação para solicitar a medida cautelar. Prosseguindo na instrumentalidade, após a publicação da portaria de pessoal, deve a autoridade instauradora comunicar ao Superintendente, ao Chefe da Divisão de Gestão de Pessoas da respectiva Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil (SRRF/Digep) e ao titular da unidade de lotação do servidor e a aplicação da medida cautelar, informando o período de afastamento, o não prejuízo da remuneração e a vedação de acesso à repartição salvo para direito de petição (na condição de acusado ou de contribuinte) e solicitando o registro do fato nos assentamentos funcionais e que seja dada ciência ao servidor, destacando seu dever de atender qualquer convocação do colegiado, conforme o § 1º do art. 12 da Portaria RFB nº 6.483, de 2017. Este ofício da autoridade instauradora é de dispensável autuação no processo.

É de se atentar que a eventual aplicação do afastamento preventivo não tem o condão de prejudicar o exercício de garantias constitucionais, como o direito à ampla defesa e ao contraditório, conforme ratifica a jurisprudência. Assim, ainda que afastado preventivamente o servidor, deve a comissão cuidar de lhe fornecer todas as necessárias comunicações de realização de atos instrucionais, para que, caso seja de seu interesse, compareça e acompanhe (por óbvio, especificamente no momento da realização de ato instrucional, é de se afastar o efeito de proibição de entrada do servidor nas dependências da repartição). Reforça-se, mais uma vez, a recomendação para que tal medida cautelar seja vista como remédio excepcional, uma vez que, retirando o servidor da sua rotina laboral, a própria comissão passa a experimentar dificuldades para encontrá-lo e para lhe entregar os necessários atos de comunicação. Também é de se reafirmar que o instituto em tela veda o acesso do agente público à repartição como um todo na qualidade de servidor, não podendo alcançá-lo quando este procura a instituição como um contribuinte qualquer.

STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 128: "Ementa: (...) O

> *princípio da mais ampla defesa foi claramente estendido ao processo administrativo, de natureza disciplinar, como garantia constitucional. Todavia, a providência cautelar da administração, baseada em lei, procurando evitar qualquer interferência nas investigações, não importa em cerceamento, desde que se instaure o procedimento adequado à apuração dos fatos, assegurados o contraditório e a ampla defesa."*

Por fim, à vista do dispositivo do parágrafo único do art. 147 da Lei n° 8.112, de 1990, o instituto do afastamento preventivo ampara o entendimento de que o prazo de conclusão do processo não é fatal, conforme já comentado em **4.2.7.3**.

A título de informação, acrescente-se que a lei processual penal, no inciso VI do art. 319 do Código de Processo Penal (CPP), ao tratar de medidas cautelares diferentes da prisão, confere ao juiz o poder de determinar o afastamento do cargo de servidor que esteja respondendo à ação penal, quando entender que a permanência em exercício possa ser utilizada para a prática criminosa. De se destacar que se trata de instituto distinto e independente do afastamento preventivo previsto no art. 147 da Lei nº 8.112, de 1990. Enquanto aquele primeiro tipo de afastamento do cargo decorre de decisão judicial em vista da ação penal em curso e não tem marco final, o segundo tipo compete à autoridade administrativa em virtude de se vislumbrar possibilidade de interferência no curso do processo administrativo e não pode ultrapassar 120 dias. Na mesma linha, também o parágrafo único do art. 20 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, no que diz respeito especificamente à apuração penal ou administrativa de improbidade administrativa, confere tanto às autoridades judicial e administrativa o poder de determinar o afastamento do exercício do cargo, quando relevante para a instrução processual.

> *CPP - Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011).*
> *VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 20.*
> *Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.*

Ainda neste tópico, aproveita-se para mencionar o comando estabelecido no § 2º do art. 14 da Portaria MF nº 492, de 2013, e reproduzido no § 2º do art. 12 da Portaria RFB nº 6.483, de 2017. Segundo tais dispositivos, pode a autoridade instauradora, sob os mesmos motivos justificadores do afastamento preventivo, em outra medida cautelar sem fim punitivo e sem afronta ao princípio da presunção de inocência, determinar o exercício provisório do acusado em qualquer outra unidade, desde que tal medida não importe em ônus para o erário.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 14.*
> *§ 2º A autoridade instauradora também poderá, motivadamente, determinar, pelas mesmas razões referidas no caput e enquanto perdurar a instrução processual, o exercício provisório do servidor em outra unidade administrativa do órgão do Ministério da Fazenda, desde que não haja ônus para o Erário.*
>
> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 12.*
> *§ 2º A autoridade instauradora também poderá, motivadamente, determinar, pelas mesmas razões referidas na parte final do caput e enquanto perdurar a instrução processual, o exercício provisório do servidor em outra unidade administrativa, desde que não haja ônus para o Erário.*

A determinação, por parte da autoridade instauradora, para que o servidor venha a ter exercício provisório em unidade distinta daquela em que exercia suas atribuições legais

também deve ser compreendida como uma medida cautelar, sem fim punitivo e de emprego excepcional, justificável apenas quando a manutenção de sua presença possa influenciar nos trabalhos apuratórios. Acrescente-se ainda que esta medida não pode acarretar qualquer espécie de prejuízo às garantias fundamentais de ampla defesa e de contraditório

Da mesma forma como mencionado no afastamento preventivo, quanto ao momento de aplicação, a rigor, a normatização também não condicionou o emprego desta medida cautelar à notificação inicial do servidor para acompanhar o processo como acusado. O emprego do exercício provisório pode se dar a qualquer momento a partir da instauração do processo disciplinar, seja por imediata decisão da autoridade instauradora, seja por posterior provocação da comissão, diferindo daquela primeira medida no prazo, visto que pode perdurar por toda a instrução processual, não tendo como limite pré-determinado um quantitativo de dias.

Pode a autoridade instauradora, a seu exclusivo critério, motivadamente determinar novo exercício para o servidor mesmo antes do início dos trabalhos apuratórios da comissão, já no momento em que instaura o procedimento disciplinar. Pode também ocorrer de, não havendo de início motivos fundamentados para determinar o novo exercício, a autoridade instauradora vir a ser provocada pela comissão, por intermédio de ofício acompanhado de ata de deliberação com a devida motivação, e determinar então o emprego de tal medida cautelar já após a notificação inicial do servidor como acusado no processo, em qualquer momento no curso da instrução.

Não obstante estas possibilidades, como, neste caso, o servidor é mantido no exercício de suas atribuições legais, pondera-se que esta determinação pode ser compreendida como uma medida possível de, *a priori*, menor efeito constrangedor e que ainda possibilita à comissão mais fácil acesso ao acusado, em comparação aos efeitos de quando este é preventivamente afastado. Assim, por um lado, pode (o que não significa que necessariamente deve) ser tomada como uma tentativa de manutenção da normalidade antes de se chegar ao ponto de se adotar a providência mais forte do afastamento preventivo, de forma a ser inicialmente aplicável em situações quaisquer em que se vislumbre um menor espectro do poder de atuação do servidor sobre a apuração ou sobre os agentes intervenientes e em contextos em que a simples mudança do local de exercício de suas atribuições legais já assegurem a normalidade necessária. Mas, por outro lado, em sentido oposto, também pode ser tomada em situações extremadas, já após o esgotamento do prazo de 120 dias de afastamento preventivo e sem que tenham cessado os motivos da medida de exceção.

Qualquer que seja o momento em que se aplique a medida cautelar, a operação se dá por meio de portaria de pessoal da autoridade instauradora, internamente publicada e com vigência em princípio imediata, determinando o novo exercício em outra unidade por toda instrução processual. O ato excepcional de alterar a unidade de exercício do servidor requer, para sua validade, a clara motivação. Assim, se a determinação de alterar o exercício advém da convicção da autoridade instauradora, esta deve fazer constar a motivação em sua portaria de pessoal; se a alteração do exercício se dá por provocação da comissão, deve a autoridade fazer remissão ao ofício do colegiado que, por sua vez, menciona como parte integrante a ata de deliberação em que expôs sua motivação para solicitar a medida cautelar. Prosseguindo na instrumentalidade, uma vez que a mudança de unidade de exercício obrigatoriamente passa pela Digep e pela unidade local, não é necessário que a autoridade instauradora comunique aquelas autoridades regional e local, bastando, após a publicação da portaria de pessoal, que a chefia da Digep registre o fato nos assentamentos funcionais e dê ciência ao servidor.

Em harmonia com a determinação expressamente contida no dispositivo em tela de que esta medida não pode impor ônus ao erário e com o entendimento principiológico de que também não pode acarretar prejuízos à defesa, tem-se que, em leitura sistemática com o inciso III do *caput* do art. 2º da mesma Portaria RFB nº 6.483, de 2017, que determina que o

processo disciplinar transcorra na jurisdição da unidade de lotação ou de exercício do acusado, este exercício provisório obrigatoriamente deve se dar em unidade situada na mesma Região Fiscal (RF) e, preferencialmente, localizada na mesma localidade em que originalmente o servidor exercia seu cargo.

4.3.10 - Condução dos Trabalhos a Cargo da Comissão

4.3.10.1 - A Busca da Verdade Material

A Administração (que, no processo disciplinar, se faz representar precipuamente pela comissão e também pelas autoridades instauradora e julgadora) é ininterruptamente movida pela indisponibilidade do interesse público. Assim, configura verdadeiro poder-dever esclarecer as notícias de supostas irregularidades que chegam a seu conhecimento. O trabalho de apuração por parte da comissão tem como mote esclarecer o fato concreto objeto da representação ou denúncia e transformá-lo em realidade processual, buscando a chamada verdade material, já desde o início da instrução probatória, conforme melhor se aduzirá em **4.4.1.2**.

Para este fim, em função dos princípios da oficialidade e da verdade material, a comissão pode investigar, por impulso próprio, todos os dados, documentos e informações do mundo real de que tem conhecimento, relacionados ao fato. Como resultado, pode trazer para os autos tudo aquilo que colabora para esclarecer o fato, desde que juridicamente lícito e sem se deixar levar por vieses de pessoalidade. Assim já se manifestou a Advocacia-Geral da União (AGU), no Parecer AGU nº GQ-35, vinculante, ao se referir à forma de atuação da comissão:

> *"10. A atuação da comissão processante deve ser pautada pelo objetivo exclusivo de determinar a verdade dos fatos, sem a preocupação de incriminar ou exculpar indevidamente o servidor, motivo por que lhe é atribuído o poder-dever de promover a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências, com vistas à obtenção de provas que demonstrem a inocência ou culpabilidade, podendo recorrer, se necessário, a técnicos e peritos. Com esse desiderato, efetua a completa apuração das irregularidades e, em consequência, indicia somente aqueles em relação aos quais são comprovadas a existência da infração e sua autoria."*

Diz-se então que, no processo disciplinar, a comissão age por oficialidade na busca da verdade material, não se limitando à verdade formal trazida aos autos com apenas o que lhe provoca a parte. Tendo a comissão conhecimento da existência de determinada prova que se mostra relevante para o esclarecimento do fato, independentemente de ser contrária ou favorável à defesa e mesmo que esta sequer tenha provocado a realização de ato de instrução a seu favor, deve a comissão buscar a sua materialização como prova juridicamente válida nos autos. No processo disciplinar, não deve a Administração se contentar apenas com a verdade formal, uma vez que a verdade material prepondera.

Ademais, no atual estágio do Estado Democrático de Direito em que se vive, menos ainda se cogita de se aceitar o que se chamava de verdade sabida, em que a responsabilização prescinde de apuração contraditória, conforme também entende a doutrina.

> *"Assim, não cabe mais falar no instituto da 'verdade sabida'. Se este permitia à autoridade que tomasse conhecimento pessoal e imediato de fato punível, poder aplicar a sanção independentemente de apuração em processo disciplinar ou sindicância, com o advento da citada norma constitucional do art. 5°, LV, passa-se ao entendimento de que 'mesmo nas penalidades de advertência e suspensão de até 30 dias, impõe-se a instauração de sindicância para apuração*

de responsabilidades, observando-se o princípio da ampla defesa - Parecer SAF n° 83/92, DOU 23.03.92." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 69, Editora Consulex, 2ª edição, 1999

"A afirmação de que provar é convencer não pressupõe que esse convencimento sempre condiz com a verdade, senão com o provável. Ainda que a atividade instrutória se guie pela busca da verdade, a busca da certeza tornaria infindável o processo, esbarrando não apenas em questões fáticas, mas também epistemológicas." Luiz Fux, "Processo Civil Contemporâneo", pg. 136, Editora Forense, 1ª edição, 2019

4.3.10.2 - Os Instrumentos de Atuação da Comissão

4.3.10.2.1 - Possibilidade de Dedicação Integral

Para atingir o fim acima descrito, de trazer à tona a verdade material, os integrantes designados para compor a comissão têm o dever funcional de esgotar as apurações sobre o fato que a autoridade competente, em seu juízo de admissibilidade, considerou relevante. Para isto, a Lei nº 8.112, 11 de dezembro de 1990, no § 1º do seu art. 152 (ainda refletindo o contexto em que foi editada, quando não era comum os órgãos públicos federais disporem de estruturas especializadas na matéria correcional, o que importava na necessidade de convocar servidores estranhos à matéria para comporem comissões), estabelece que os integrantes dos colegiados, se necessário, podem se dedicar integralmente aos trabalhos disciplinares, priorizando-os em relação a suas tarefas cotidianas, com dispensa de assinatura de folha de frequência em sua unidade de lotação. Na mesma linha, infralegal e internamente, o dispositivo é refletido no *caput* do art. 12 da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Economia (ME), estabelecendo que o servidor convocado para integrar comissão, *a priori*, deve dedicar tempo integral à matéria disciplinar, com dispensa de registro de folha de frequência. Em outras palavras, a normatização de regência faculta à comissão adotar como seu horário de funcionamento a íntegra das oito horas diárias de jornada de trabalho, conforme também assenta a doutrina.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 152.
§ 1º Sempre que necessário, a comissão dedicará tempo integral aos seus trabalhos, ficando seus membros dispensados do ponto, até a entrega do relatório final.

Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 12. O servidor convocado para participar de procedimentos correcionais dedicará, sempre que necessário, tempo integral aos seus trabalhos, sendo dispensado do ponto até a conclusão do relatório previsto no art. 165 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

"Desde que seja necessário, a comissão dedicará todo o tempo aos trabalhos apuratórios do processo, ficando os seus membros, por conseguinte, dispensados do serviço na repartição e do livro de ponto, até a feitura do relatório final (art. 152, § 1°, da Lei nº 8.112/90). A esse respeito, já havia pacificado o velho Dasp que, havendo a comissão sido dispensada do serviço na repartição, ficarão os seus integrantes desobrigados de tal exigência. Acrescente-se que a competência para aferir sobre a necessidade dessa dedicação exclusiva é da própria comissão, a qual é dotada de plena autonomia para decidir questões relacionadas com o processo respectivo." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 200, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005

Por óbvio, para o contexto atual, sobretudo na Secretaria Especial da Receita Federal

do Brasil (RFB), que conta com sistema especializado e exclusivamente competente para a matéria correcional, com lotação própria de servidores que precipuamente compõem as comissões designadas no órgão, conforme já abordado em **4.2.5.1**, a previsão legal de dedicação integral à matéria disciplinar facultativa é praticamente inócua e redundante. Na peculiaridade da Corregedoria (Coger) e dos Escritórios de Corregedoria (Escor), a praxe é de as comissões terem como funcionamento a íntegra da jornada diária de oito horas de trabalho.

O comando legal que trata da dedicação integral reserva sua relevância apenas para os residuais casos em que a autoridade instauradora, a seu critério, lança mão da prerrogativa de convocar servidores estranhos ao sistema. Para estes casos específicos é que se faz necessário interpretar que, a rigor, a dedicação integral é uma faculdade legal ao dispor da comissão e não uma exigência da Lei. Não há impedimento legal para que os integrantes de comissão composta por servidores convocados, no intervalo entre um ato processual e outro, a seu critério, façam alguma tarefa de sua atividade cotidiana. E, conforme aduzido em **4.3.2**, neste caso residual, convém que a comissão informe à autoridade instauradora o seu horário de funcionamento (de oito horas diárias ou menos).

Dada a relevância e preponderância da matéria disciplinar, com a qual a Administração exercita o poder-dever de esclarecer as notícias de supostas irregularidades, o *caput* do art. 172 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, veda a exoneração a pedido e a aposentadoria voluntária do servidor que estiver respondendo a processo disciplinar (até o limite de 140 dias da instauração do processo disciplinar, conforem se expôs em **4.3.7.1**. Na mesma esteira, as possibilidades de o acusado obter remoção (a pedido ou de ofício) e de se deslocar para fora da sede da sua unidade de lotação ou de exercício bem como o gozo de direitos funcionais tais como férias, licenças e afastamentos que a Administração tenha poderes discricionários para conceder, dependem de autorização da autoridade instauradora, conforme o *caput* e o § 1º do art. 8º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Pasta, e o *caput* e o inciso I do art. 8º da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, que dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da RFB. Mas recomenda-se que a autoridade instauradora, face à independência e autonomia da comissão, remeta o pedido ao colegiado, para que este avalie sua plausibilidade, de acordo com os atos já programados ou não, nos termos já aduzidos em **4.3.7.1**.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.*
> *Parágrafo único. Ocorrida a exoneração de que trata o parágrafo único, inciso I, do art. 34, o ato será convertido em demissão, se for o caso.*
>
> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 8º O servidor que estiver respondendo a sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar:*
> *I - somente poderá ser removido ou autorizado a entrar de férias, licenças ou qualquer tipo de afastamento que a administração tenha poderes discricionários para conceder, bem assim deslocar-se a serviço para fora da sede de sua unidade, após o julgamento do processo, salvo se expressamente autorizado pela autoridade instauradora;*
> *II - deve atender imediatamente a qualquer convocação da comissão disciplinar.*
>
> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 8º O servidor que estiver respondendo a sindicância disciplinar ou a PAD:*
> *I - somente poderá ser removido ou autorizado a entrar de férias, licenças ou qualquer tipo de afastamento que a administração tenha poderes discricionários para conceder, bem assim deslocar-se a serviço para fora da sede de sua unidade, após o julgamento do processo, salvo se expressamente autorizado pela autoridade instauradora;*

> *II - deve atender imediatamente a qualquer convocação da comissão disciplinar.*

Ainda nesta linha, de homenagear o interesse público encartado no processo disciplinar em eventual detrimento do interesse pessoal, o art. 10. da Portaria RFB n° 6.483, de 2017, reitera a percepção óbvia de que não coaduna com o bom senso que o transcurso do procedimento seja prejudicado por episódios ocorridos na vida funcional não só do acusado mas também do integrante da comissão, sobretudo quando este servidor é lotado no sistema correcional e subordinado à autoridade instauradora. Segundo o comando normativo acima, a autoridade instauradora pode determinar que sejam reprogramadas férias, licenças e afastamentos de concessão discricionária de interesse tannto de acusados quanto de subordinados e convocados para integrar comissões.

> *Portaria RFB n° 6.483, de 2017 - Art. 10. O Corregedor e os Chefes de Escor, no interesse do serviço, especialmente do regular andamento das sindicâncias disciplinares e dos PADs, poderão determinar que sejam reprogramadas as férias, licenças e afastamentos que a Administração tenha poderes discricionários para conceder, dos servidores subordinados e dos acusados ou indiciados em sindicância disciplinar ou em PAD, bem assim daqueles designados para integrarem as respectivas comissões.*

Destacadamente para o pessoal da própria corregedoria, as hipóteses de remoção de ofício ou a pedido, de férias, de licenças e de demais afastamentos que a Administração possua poder discricionário para conceder devem receber o devido tratamento gerencial por parte da autoridade instauradora, em termos de controle e de melhor gestão de sua força de trabalho. É certo que eventuais gozos de férias ou licenças ou demais afastamentos não acarretam prejuízo à continuidade dos trabalhos, pois a autoridade instauradora tem competência para substituir o membro na composição do trio, seja apenas pelo período da ausência, seja em definitivo até o fim do inquérito administrativo; já diante de remoção do membro, tanto pode a autoridade instauradora mantê-lo na comissão quanto pode substituí-lo em definitivo (sobretudo quando tenha sido removido para unidade situada em outra localidade)

Embora seja ferramenta gerencial de emprego mais residual, pode-se defender também que, nos limites do *caput* do art. 80 da Lei nº 8.112, de 1990, e ainda com base no art. 11 da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, de forma extremamente excepcional, a autoridade instauradora tem competência para interromper férias de subordinados, dos integrantes de comissões e de acusados.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 80. As férias somente poderão ser interrompidas por motivo de calamidade pública, comoção interna, convocação para júri, serviço militar ou eleitoral, ou por necessidade do serviço declarada pela autoridade máxima do órgão ou entidade. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

> *Portaria RFB nº 6.483, de 20117 - Art. 11. Fica subdelegada competência ao Corregedor e aos Chefes de Escor para declararem a necessidade de interrupção de férias dos servidores subordinados e dos acusados ou indiciados em sindicância disciplinar ou em PAD, bem assim daqueles designados para integrarem as respectivas comissões, quando houver necessidade do serviço, de acordo com o disposto no art. 80 da Lei nº 8.112, de 1990, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997.*
> *§ 1º A competência de que trata este artigo não poderá ser subdelegada.*
> *§ 2º Considera-se, também, necessidade do serviço a convocação do servidor acusado em sindicância disciplinar ou em PAD para comparecer às respectivas comissões a fim de receber notificação, intimação, citação ou praticar qualquer ato processual.*

4.3.10.2.2 - Autonomia da Comissão e o Sigilo da Instância Disciplinar

Na busca da verdade material, a comissão constitui-se em órgão autônomo na Administração Pública federal. O colegiado não se subordina hierarquicamente nem mesmo à autoridade que o designou e muito menos a qualquer outra. Não obstante cada um dos servidores que compõem o colegiado, quando individualmente tomado, inserir-se em sua própria linha de hierarquia e dever obediência funcional a seu chefe (que, no caso do sistema correcional, coincide com a própria autoridade instauradora) e submeter-se a seus controles gerenciais de gestão de pessoal, quando tomados em conjunto, no trio, formam uma entidade autônoma e à margem da linha hierárquica dos seus componentes e de qualquer outra linha hierárquica.

Como tal, a comissão deve agir com independência e imparcialidade. A rigor, mais que conceder uma prerrogativa, um poder ou um direito, a parte inicial do *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, dirige um comando, uma determinação à comissão, a fim de que esta aja de forma exclusivamente independente e imparcial. Sendo comando impositivo, significa não o livre arbítrio à margem de qualquer controle administrativo, mas sim determina que a comissão busque instruir os autos para a autoridade que a designou e para a autoridade que irá julgar o feito sem se acomodar, sem se intimidar e sem se submeter a quem quer que seja e ainda sem qualquer ânimo pessoal favorável ou desfavorável em relação ao acusado.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 150. A comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.*
> *Parágrafo único. As reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado.*

Em síntese, extrai-se da base legal da processualística disciplinar que a autoridade competente que tiver ciência de suposta irregularidade deve promover sua imediata apuração, designando para isto comissão de três membros.

Após esta atuação pontual na instauração, designando a comissão, a autoridade instauradora sai de cena, ficando toda a segunda fase, contraditória (do inquérito administrativo), a cargo da comissão; a autoridade instauradora volta a atuar novamente apenas na última fase (do julgamento), que pode ainda contar com outra autoridade, de maior hierarquia, para aplicar pena de maior gravidade.

Portanto, a comissão é o foro legalmente competente para proceder às apurações, no inquérito contraditório. Nesta fase, não é concedido à autoridade instauradora direito ou poder para interferir na condução dos trabalhos realizados pela comissão e para influenciar na convicção, segundo a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GQ-98. Isto não afasta a possibilidade de recepcionar e encaminhar pleitos da comissão com vista à formação de provas, por exemplo. Muito menos afasta a regular atuação da autoridade ao final dos trabalhos da comissão, em que se inclui a legítima hipótese de determinar refazimento de atos realizados com vício ou coleta de atos que não haviam realizados.

> *Parecer AGU nº GQ-98, não vinculante: "11. Porém, à investigação se procede com o objetivo exclusivo de precisar a verdade dos fatos, sem a preocupação de incriminar ou exculpar indevidamente o servidor. (...)*
> *12. É defeso à autoridade que instaura o processo, por qualquer meio, exercer influência sobre o colegiado a que a Lei assegura independência no seu mister elucidativo (art. 161 aludido) e, a este, não é admitido prejulgar a culpabilidade do servidor."*

Apesar da cláusula de independência, é certo que o trabalho da comissão primeiramente visa a atender a determinação da autoridade instauradora para que determinado fato seja exaustivamente apurado e, ato contínuo, superada a exigência da instrução satisfativa, visa a subsidiar a autoridade julgadora, a fim de poder emitir seu julgamento. Em síntese, a comissão atua no preparo dos autos para a autoridade julgadora, que pode ou não ser a mesma autoridade que a designou.

Sem prejuízo da autonomia de convicção a favor da comissão, não cabe compreender este colegiado imune a controles tanto de natureza gerencial (que, na verdade, recaem sobre cada um dos seus integrantes individualmente, tais como de dedicação ao trabalho, de cumprimento de jornada, dentre outros) quanto de natureza técnico-procedimental (tais como o poder concedido à autoridade instauradora ou à autoridade julgadora para determinarem a realização de atos de instrução, no que se inclui, extensivamente, até a elaboração de indiciação e a coleta de defesa). Pensar ao contrário significaria crer na tese absurda de que caberia à comissão delimitar o *quantum* a atender da ordem emanada pela autoridade instauradora e delimitar o universo sobre o qual deve se debruçar a autoridade julgadora para emitir sua convicção, decidindo até onde atenderia a ordem estampada na portaria de pessoal inaugural e decidindo com que provas o julgador teria de decidir o processo.

A cláusula de independência concedida à comissão pelo *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, é uma espécie de autonomia técnica na condução de mérito de seus trabalhos, mas sempre condicionada às necessárias motivação e fundamentação, e também é mitigada pelo primado republicano de que todos agentes públicos, indistintamente, devem prestar contas de sua conduta e devem se submeter a controles procedimentais e de desempenho.

Além disto, por serem unidades especializadas na matéria, o Escritório de Corregedoria (Escor) e a Corregedoria (Coger, mais especificamente a sua Diaco de Análise Correcional - Diaco) têm como competência prestar orientação técnica nas ações disciplinares, devendo então a comissão, sempre que necessário, consultar para dirimir dúvidas acerca de aspectos legais (rito processual e forma de atos), sem que jamais se possa invadir o mérito do caso sob apuração. Esta fonte de consulta deve ser explorada pela comissão, com o fim de se evitar erros formais, que acarretem desperdício de tempo e de recursos, uma vez que o trabalho deverá ser refeito em caso de nulidade.

O *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, além de assegurar independência à comissão, também confere que toda a instância disciplinar é protegida por cláusula de sigilo a favor das apurações a cargo da Administração. Assim, uma vez instaurada sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar (PAD), opera-se sobre seus elementos a cláusula de sigilo, de natureza instrumental, para proteger o trabalho apuratório já realizado e para impedir que se frustre ou que se esvazie sua continuidade. É uma espécie de sigilo que irriga a oficialidade, a busca da verdade material e, enfim, o interesse público que movem o processo. Se a regra no ordenamento pátrio é da publicidade, a imposição de sigilo requer motivação. Neste caso, a razão do sigilo da instrumentalidade disciplinar reside na possibilidade da elucidação do fato ou no interesse da Administração, quando a divulgação obstruiria as apurações. Não é uma espécie de sigilo materialmente associada aos dados e informações acobertados, mas sim voltada a proteger o interesse público que faz mover a instância disciplinar em face de interesse particular ou privado.

Embora, na prática, seus efeitos operem sobre os elementos dos autos, esta cláusula de sigilo não decorre da natureza intrínseca dos dados e informações neles contidos, não sendo materialmente associada à qualidade em si dos elementos protegidos, como são diversas espécies de sigilo previstas em leis específicas (a exemplo de sigilos sobre informações de natureza fiscal, bancária ou profissional - em que se inclui documentação médico-pericial -ou extraídas de comunicações telefônicas ou decorrentes de segredo de justiça ou informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem). Não se trata de um sigilo

aprioristicamente e desde sempre incidente sobre um dado ou uma informação já a partir de sua elaboração. Diferentemente, por exemplo, do que ocorre com um dado protegido por sigilo fiscal ou bancário, que possuem esta proteção desde sempre (em razão da sua natureza), à vista tão somente deste comando do *caput* do art. 150 da Lei n° 8.112, de 1990, até se poderia cogitar de se permitir alguma forma de acesso a favor de terceiro a elementos de um processo disciplinar (desde que, claro, não possuíssem natureza protegida com lei específica) se se tivesse convicção que tal franqueamento não causaria prejuízo à elucidação do fato e ao interesse público.

Obviamente, a própria Lei n° 8.112, de 1990, em sua leitura sistemática e irrigada por toda base principiológica que informa a processualística disciplinar, guarda a coerência de não opor esta cláusula de sigilo instrumental ao servidor que figura como acusado nos autos e a seu procurador porventura constituído. Extreme de dúvidas, o sigilo do *caput* do art. 150 daquela Lei sedimenta sua aplicação na proteção de tudo o que já consta autuado e na condução da comissão acerca do que se está por realizar, em face de terceiros, sob a ótica de que tal conhecimento por parte de um estranho à lide pode colocar a perder os trabalhos oficiais de apuração ou, no mínimo, as estratégias institucionais de apurar. Este sigilo instrumental, portanto, não se aplica ao acusado.

Sendo uma cláusula de garantia da instrumentalidade a favor da Administração, para garantir as devidas apurações, este sigilo de que trata o *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, não é de ser considerado como uma garantia ou uma proteção subjetiva a favor do acusado, conforme também sustenta a jurisprudência. Até se reconhece que, secundariamente, pode o sigilo da instância disciplinar atuar em favor da preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do servidor envolvido, mas não é este o fundamento do sigilo em tela.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.983: "Ementa: (...). 2. A eventual quebra do sigilo das investigações, com suposto vazamento de informações à imprensa, não tem o condão de revelar processo administrativo falho, porquanto o sigilo, na forma do art. 150 da Lei n. 8.112/90, não é garantia do acusado, senão que instrumento da própria investigação."*
>
> *STJ, 13.656: "Ementa: (...) V - O sigilo de que trata o art. 150 da Lei n.º 8.112/90, é aquele "necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração", eis que instrumental à própria investigação."*

O tema foi tratado na Nota Técnica Coger nº 2021/14.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/14: "Ementa: O acesso a sindicância acusatória (Sinac) ou a processo administrativo disciplinar (PAD) deve ser garantido ao acusado de forma irrestrita. Ao procurador deve ser garantido o acesso aos autos se outorgado pelo acusado em procuração específica. Terceiros têm acesso restrito a Sinac ou a PAD até o julgamento.*
> *3. O acesso a Sinac ou a PAD - ordinário ou sumário - deve ser garantido de forma irrestrita ao acusado.*
> *5. Quanto ao procurador do acusado, também se deve permitir o acesso a Sinac ou a PAD, observando-se, porém, os limites do instrumento do mandato. Em outras palavras, é imprescindível que a procuração seja específica, com outorga de poder para acesso aos autos.*
> *8. Já em relação a terceiros - agentes públicos ou não -, a regra na esfera disciplinar é o sigilo instrumental de interesse da Administração, no curso da Sinac ou do PAD, determinado pelo art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990:*
> *9. Por força de leitura a contrario sensu do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), e do princípio constitucional da publicidade, o sigilo imposto a terceiro que recai sobre o curso da Sinac ou do PAD é afastado com o seu julgamento, mas sem prejuízo de manutenção das cláusulas especiais de sigilo regidas em leis*

> *próprias. Também nesse sentido a CGU/CCC se manifestou, em seu Enunciado CGU/CCC nº 14, de 31 de maio de 2016:*
> *11. No entanto, em decorrência do direito assegurado pelo inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal (CF), essa restrição pode ser excepcionalmente afastada pela autoridade instauradora quando o terceiro comprovar, de modo fundamentado, direito ou interesse particular legítimo sobre documentos ou informações constantes em procedimento acusatório.*
> *12. Nesse caso, o acesso deve ser limitado ao conteúdo suficiente para garantir o exercício do direito do terceiro ou o atendimento de seu interesse pessoal e 'assegurado (...) por meio de certidão, extrato ou cópia', nos termos do § 2º do art. 7º da LAI, desde que os dados não estejam protegidos por sigilo fiscal, bancário, telemático ou outros legalmente previstos - visto que esses exigem, para compartilhamento, autorização judicial -, não se permitindo, de modo algum, que terceiro acompanhe a Sinac ou o PAD.*
> *13. Reconhecido o direito excepcional de acesso a documentos ou informações de procedimento acusatório por terceiro, se esse desejar realizá-lo por meio de procurador, também é indispensável que o instrumento do mandato seja especial.*
> *14. O sigilo imposto a terceiro vale igualmente para o representante ou o denunciante, bem como a possibilidade excepcional e restrita de acesso aos autos.*
> *15. Por fim, a presente Nota Técnica trata do acesso em sentido amplo, compreendendo o fornecimento de cópias dos autos e de informações neles constantes (...)."*

Tanto é verdade que, conforme se aduzirá em **4.10.6.7**, uma vez encerrado o PAD ou a sindicância disciplinar, com seu julgamento e remessa dos autos para o arquivo, afasta-se a cláusula de sigilo imposta pelo *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, operando a regra geral da publicidade a favor até de terceiros, temperada pelos requisitos e pela instrumentalização imposta pela Lei nº 12.527, de 2011, mais especificamente no § 3° do seu art. 7°, e por suas normas regulamentadoras, já mencionadas em **2.5.6.2.3**.

A propósito de ter sido mencionado, é de se acrescentar que os documentos constantes de sindicância disciplinar e de PAD são protegidos não só pelo sigilo previsto no *caput* do art. 150 da Lei n° 8.112, de 1990, mas também por outra espécie de sigilo, igualmente de natureza instrumental, estabelecido pela leitura a *contrario sensu* do § 3° do art. 7° da Lei n° 12.527, de 2011, conforme já exposto em **2.5.6.2.1**. Segundo esta compreensão do dispositivo daquela Lei cuja regra geral é a publicidade dos atos e documentos públicos, os dados e informações utilizados em procedimentos preparatórios a uma tomada de decisão ou a um ato administrativo podem ter sua acessibilidade mitigada. A leitura direta do dispositivo legal seria de que, ao fim de um procedimento preparatório de uma decisão ou de um ato, tendo esta sido exarada ou este sido emitido, todo aquele rol antecedente passa a ser acessível.

> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º*
> *§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.*

E, como de outra forma não poderia ser, o Decreto n° 7.724, de 16 de maio de 2012, que regulamentou a Lei n° 12.527, de 2011, reiterou este comando no *caput* do seu art. 20.

> *Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão.*

Obviamente, esta cláusula de sigilo sob comento prevista na Lei n° 12.527, de 2011 (de tutela distinta da Lei n° 8.112, de 1990), também deve se harmonizar com as peculiaridades do processo disciplinar. No rito contraditório de índole punitiva, não se cogita

de cerceamento de acesso ao próprio servidor que figura como acusado e a seu procurador porventura constituído. Superada a fase de admissibilidade e instaurada a sindicância disciplinar ou o PAD, conforme já afirmado acima, não há oposição de sigilo instrumental face à defesa em relação aos elementos autuados no processo. Assim, os comandos da Lei e do Decreto que ora se analisam se voltam ao acesso por parte de terceiros.

Na mesma linha óbvia, a Controladoria-Geral da União (CGU), no § 1° do art. 64 da Instrução Normativa (IN) CGU n° 14, de 14 de novembro de 2018, ratifica que, diante de pedido de acesso do próprio servidor acusado ou de seu procurador ao processo disciplinar, não há que se cogitar de restrição.

Ainda na sua IN CGU nº 14, de 2018, a CGU, ao declarar, no art. 65, que são procedimentos considerados concluídos os processos disciplinares definitivamente julgados e os procedimentos investigativos encartados em processos arquivados em fase de admissibilidade ou que antecederam processos disciplinares já definitivamente julgados, fez com que os efeitos ora declarados de sigilo no curso do processo disciplinar se mantenham desde os elementos autuados ainda na fase de admissibilidade. Na leitura residual a *contrario sensu*, são tidos como não concluídos os procedimentos investigativos encartados em processos com fase de admissibilidade ainda em curso e os processos disciplinares ainda em curso, incluindo os procedimentos investigativos da fase de admissibilidade que os antecederam. Dito isto, o inciso V do *caput* art. 64 da mesma norma determina acesso restrito a informações e documentos de tais procedimentos e processos.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 64. As unidades do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal manterão, independentemente de classificação, acesso restrito às informações e aos documentos, sob seu controle, relacionados a:*
> *I - informações pessoais relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas;*
> *II - informações e documentos caracterizados em lei como de natureza sigilosa, tais como sigilo bancário, fiscal, telefônico ou patrimonial;*
> *III - processos e inquéritos sob segredo de justiça, bem como apurações correcionais a estes relacionados;*
> *IV - identificação do denunciante, observada a regulamentação específica; e*
> *V - procedimentos correcionais que ainda não estejam concluídos.*
> *§ 1º A restrição de acesso de que trata este artigo não se aplica àquele que figurar como investigado, acusado ou indiciado.*
> *§ 2º O denunciante, por essa única condição, não terá acesso às informações de que trata este artigo.*
> *Art. 65. Para efeitos do inciso V do art. 64, consideram-se concluídos:*
> *I - os procedimentos correcionais de natureza acusatória, com a decisão definitiva pela autoridade competente; e*
> *II - os procedimentos correcionais de natureza investigativa:*
> *a) com o encerramento do processo por meio da decisão definitiva da autoridade competente que decidir pela não instauração de respectivo procedimento correcional acusatório; e*
> *b) com a decisão definitiva do procedimento correcional acusatório decorrente da investigação.*
> *Parágrafo único. Independente da conclusão do procedimento correcional, deverá manter-se restrito o acesso às informações e documentos de que tratam os incisos I a IV do art. 64.*

Este tipo de construção legal e normativa faz todo sentido; afinal, sabe-se que procedimentos não subsistem por si sós: são instruídos por atos ou por elementos coletados ou produzidos com o fim da dicção do direito, suportada em uma decisão. Daí, a leitura a *contrario sensu* do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, e do *caput* do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012, estabelece que os elementos coletados desde a fase de admissibilidade

preparatória de sindicância disciplinar ou de PAD e este processo disciplinar em si são todos consecutivamente utilizados como fundamento da consequente decisão final julgadora (de arquivamento definitivo do feito ou de imposição de responsabilização funcional ao infrator) e podem ter o acesso preservado em face de terceiros até a edição deste ato administrativo.

Assim como a aplicação do sigilo previsto no *caput* do art. 150 da Lei n° 8.112, de 1990, carece de uma ponderação se há risco à elucidação do fato e ao interesse publico, mesmo para os terceiros, é de se pontuar que a leitura a *contrario sensu* da Lei n° 12.527, de 2011, aqui destacada não impõe mas tão somente permite a mitigação da regra geral da publicidade a elementos encartados no curso do processo disciplinar. Ao assegurar o acesso após a tomada da decisão, a ferramenta hermenêutica aqui empregada deixa claro que tal obrigação não se impõe ao longo de qualquer fase preparatória da decisão. Ou seja, em outras palavras, sem se ater a espécies de sigilos previstas leis específicas (inclusive na Lei n° 8.112, de 1990), na ótica exclusiva da Lei n° 12.527, de 2011, o acesso de terceiros no curso do processo disciplinar até poderia ser concedido, atendendo à regra geral da publicidade, mas também pode ser vedado, à vista da sensibilidade do caso concreto. A doutrina da CGU, manifestando-se para aplicação em geral daquela Lei, também expressa este entendimento.

> *"Diferentemente dos sigilos legais, em que há uma legislação específica determinando o sigilo de determinada informação, esta restrição especial é uma hipótese prevista pela própria LAI e repisada pelo Decreto nº 7.724/2012. Documentos preparatórios, nos termos do parágrafo 3º do art. 7º da LAI, são aqueles que servem para fundamentar tomada de decisão. A LAI não proíbe a entrega de tais documentos, mas garante o seu acesso após a edição do ato relativo à tomada de decisão que os usou como fundamento. Entende-se, portanto, haver relativa discricionariedade da Administração ao conceder acesso a tais documentos antes que o processo de tomada de decisão seja concluído. No âmbito da CGU, por exemplo, processos disciplinares são mantidos sob acesso restrito até sua conclusão, de modo a não prejudicar o andamento das investigações.*
>
> *Em observância ao princípio da máxima divulgação, no entanto, uma negativa que se fundamente na natureza preparatória do documento deve observar alguns critérios a fim de ser adequadamente motivada. Ambos estão diretamente relacionados à ideia de risco: em um caso, risco ao processo; em outro, risco à sociedade.*
>
> *O primeiro critério é a finalidade do processo: quando a disponibilização de uma informação em um processo cuja decisão ainda não foi adotada possa frustrar a sua própria finalidade, é recomendável que esta informação somente seja disponibilizada quando da conclusão do procedimento.", Controladoria-Geral da União, "Aplicação da Lei de Acesso à Informação na Administração Pública Federal", pg. 67, 3ª edição, 2017, disponível em http://www.acessoainformacao.gov.br/lai-para-sic/sic-apoio-orientacoes/guias-e-orientacoes/aplicacao-lai-3a-ed-web-002.pdf, acesso em 19/03/19*

Mas, a despeito da leitura mais permissiva que se obtém do § 3° do art. 7° da Lei n° 12.527, de 2011, e do *caput* do art. 20 do Decreto n° 7.724, de 2012, percebe-se na norma específica da lavra da CGU (de menor *status* jurídico mas, em compensação, de maior proximidade com a aplicação real e cotidiana nas unidades de correição e com a tutela da Lei n° 8.112, de 1990) uma postura mais impositiva no sentido de vedação de acesso aos elementos encartados desde a fase de admissibilidade até o processo disciplinar. A IN CGU n° 14, de 2018, constroi comando, no *caput* de seu art. 64, na forma "*As unidades do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal manterão acesso restrito*" às informações e aos documentos relacionados a procedimentos correcionais que ainda não estejam concluídos. Ao se reportar especificamente para a aplicação concreta da Lei e do Decreto à processualística disciplinar, a CGU, de certa forma, diminuiu o espaço para construções discricionárias acima aventadas a favor da possível disponibilização de acesso de terceiros ao processo disciplinar.

Assim, diante de pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento dos elementos coletados desde a fase de admissibilidade e no processo disciplinar ainda em curso, por parte de terceiros que não o servidor acusado ou o seu procurador, mesmo que calcado na Lei n° 12.527, de 2011, cuja regra geral é da publicidade, pode-se declarar que o deferimento não é de ser concedido até que se tenha a decisão final que por ora se prepara.

Neste sentido, reproduz-se a manifestação da CGU, por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 14, de 31 de maio de 2016.

> *Enunciado CGU/CCC nº 14, de 2016: "Restrição de acesso dos procedimentos disciplinares. Os procedimentos disciplinares têm acesso restrito para terceiros até o julgamento, nos termos do art. 7º, parágrafo 3º, da Lei nº 12.527/2011, regulamentado pelo art. 20, caput, do Decreto nº 7.724/2012, sem prejuízo das demais hipóteses legais sobre informações sigilosas."*

Há ainda uma terceira hipótese de cláusula de sigilo a se opor no curso do processo disciplinar, também advinda da Lei n° 12.527, de 2011. Conforme aduzido em **2.5.6.2.1**, a cuja leitura se remete, o § 1º do art. 31 da citada Lei ratificou a forte proteção sigilosa que deve recair sobre informações pessoais relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas naturais identificadas ou identificáveis. Este dispositivo legal, refletindo a vedação de violação erigida ao patamar de garantia fundamental individual estampada no inciso X do art. 5º da Constituição Federal (CF), tratou materialmente como exceção ao preceito apriorístico da publicidade e da disponibilização das informações em geral sob poder da Administração as informações consideradas como intrinsecamente pessoais associadas àqueles bem jurídicos merecedores de proteção.

Cabe aqui aduzir que, sendo o próprio servidor representado, denunciado ou investigado ou o seu procurador a peticionar acesso, vista, cópia ou esclarecimento dos elementos coletados em fase de admissibilidade, não há que se cogitar de sigilo em relação a suas próprias informações pessoais sensíveis e, em face de informações pessoais sensíveis de terceiros, aplica-se o comando do § 1° do art. 64 da IN CGU n° 14, de 2018, de que não cabe mitigar a amplitude defesa para priorizar a intimidade e a privacidade de outrem.

Naquele mencionado tópico, admitiu-se a ausência de definição legal determinando o que sejam informações pessoais relativas a intimidade, vida privada, imagem e honra e traçou-se um histórico dos esforços neste sentido encetados pelas fontes normativas e legais e também da doutrina. O tema ganhou contornos definitivos com a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que enfim trouxe ao ordenamento a definição de dados pessoais sensíveis, conforme exposto detalhadamente em **2.5.6.2.4.a**, a cuja leitura também se remete. Nos dois tópicos mencionados, discutiu-se a inter-relação entre as tutelas da Lei nº 12.527, de 2011, e a LGPD e também a relação próxima de sinônimo entre as ideias de informações pessoas relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem, daquela Lei, e de dados pessoais sensíveis, desta Lei. Os dados pessoais sensíveis, conforme o inciso II do art. 5º da Lei nº 13.709, de 2018, englobam aspectos de fortíssima individualidade, tais como a origem racial ou étnica, convicções religiosa ou política, filiação a sindicato ou organização de cunho religioso, político ou filosófico, os dados referentes à saúde e à sexualidade e os dados genéticos e biométricos.

> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:*
> *I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;*
> *II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de*

> *caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;*

À vista de tão extenso alcance da sensibilidade de tais informações, por expressa determinação do § 1° do art. 31 da Lei, por cem anos desde a data de sua produção, este círculo mais restrito de informações pessoais é automaticamente protegido por sigilo em face de terceiros, tendo acesso restrito apenas para a própria pessoa a que se referem e para agentes públicos legalmente autorizados; dentro deste período de proteção, apenas a lei ou autorização expressa da pessoa a que se referem podem conceder acesso a terceiros.

> *Lei n° 12.527, de 2011 - Art. 4° Para efeitos desta Lei considera-se:*
> *IV - informação pessoal: aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável;*
> *Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.*
> *§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:*
> *I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e*
> *II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.*
> *§ 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.*

Mas este comando restritivo do § 1º é excepcionado no § 3° do art. 31 acima citado, destacadamente em seus incisos III e V, que afastam a autorização em lei ou de parte da pessoa a que se referem as informações pessoais quando o acesso decorrer de autorização judicial ou refletir proteção do interesse público. O subsequente § 4° estabelece que a vedação de acesso a informações pessoais não pode ser alegada em prejuízo da apuração de irregularidades do titular das informações.

> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 31.*
> *§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:*
> *III - ao cumprimento de ordem judicial;*
> *V - à proteção do interesse público e geral preponderante.*
> *§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.*

A inclusão de informações pessoais relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem no curso do processo disciplinar, indubitavelmente, atrai para este rito a cláusula de sigilo imposta pelo § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011. Afinal, é quase imediato e correto afirmar que qualquer rito correcional contém informações pessoais que revelem a intimidade ou a vida privada ou a honra ou a imagem do servidor representado, denunciado, investigado ou mesmo já acusado.

É bastante viável se defender que pode o processo disciplinar, de forma quase independente da materialidade que se apura, conter elementos reveladores daquelas fortes tutelas de índole pessoal. Seja uma materialidade meramente comportamental, seja uma materialidade grave de ato de forte mácula de caráter, caso se cogite de ali haver informações pessoais que tocam o direito de personalidade do servidor acusado, é então de se agregar, às hipóteses legais específicas de sigilo já desde sempre aplicáveis e mencionadas acima (quais sejam, o § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, e o *caput* do art. 20 do Decreto nº 7.724, de

2012, para toda documentação acostada desde a fase de admissibilidade preparatória de uma decisão; ou o *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, para o processo disciplinar), também o § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011, para se denegar o acesso, vista, cópia ou esclarecimento acerca de tal conteúdo sigiloso.

Aqui, para a tutela de atribuição de publicidade ou de sigilo a informações pessoais em poder da Administração Pública diante de pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento por parte, pode-se fazer a interpretação acima defendida, de acréscimo de uma cláusula a mais de sigilo a acobertar o processo disciplinar, se tal rito contiver as informações pessoais definidas, nos termos do § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011, do servidor acusado.

Ora, se assim se constroi para as informações pessoais relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem tratadas no § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011, ainda com maior certeza também se pode fazer o mesmo caso se queira interpretar a partir da expressão das informações pessoais sensíveis, definida no inciso II do art. 5º da Lei nº 13.709, de 2018. Seja empregando esta expressão com o mesmo sentido da expressão das informações pessoais relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem, seja empregando-a como um núcleo duro inserido naquela, com certeza também é cabível a extensão da cláusula de sigilo previsto no § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2021. Toda esta discussão acerca das duas possibilidades de interpretação se encontra detalhadamente exposta em **2.5.6.2.1**, de absoluta aplicabilidade aqui nesta passagem, e de dispensável repetição, bastando se reiterar a recondação da sua leitura.

Assim, havendo três diferentes regras de sigilo que recaem sobre o processo disciplinar, a hipótese de se conceder acesso, vista, cópia ou esclarecimento dos elementos autuados a terceiros se mostra extremamente residual. Será sempre muito excepcional que não se aplique a determinado caso concreto nenhuma das três espécies de sigilo (duas de natureza instrumental e uma de natureza material).

Com isto, apenas o servidor acusado e seu procurador constituído têm amplo acesso à instância disciplinar, não se concedendo acesso a representante, denunciante e terceiros em geral. Para todos estes eventuais demais intervenientes, o processo disciplinar é sigiloso, tanto para atender ao interesse da Administração na elucidação do fato quanto, secundariamente, para preservar informações pessoais do acusado.

Este quadro perdura até a decisão final julgadora, após a qual o processo disciplinar perde a espécie de sigilo prevista no *caput* do art. 150 da Lei n° 8.112, de 1990, na sua harmonização com o § 3° do art. 7° da Lei n° 12.527, de 2011, tornando-se acessível a terceiros, exceto dados e informações porventura autuados e que recebem proteção de sigilo em leis específicas, em que se incluem informações de natureza fiscal, bancária ou profissional (em que se inclui a documentação referente à perícia médica) ou extraídas de comunicação telefônica, de segredo de justiça e as informações pessoais relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas naturais identificadas ou identificáveis.

Muitos posicionamentos acima foram respaldados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), por meio do Parecer PGFN/Cojed nº 874/2014.

> *Parecer PGFN/Cojed nº 874/2014 - "20. (…)*
> *d) Os Procedimentos Administrativos Disciplinares têm trâmite sigiloso, em atenção ao art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990;*
> *e) Em casos excepcionais, devidamente justificados, podem ser divulgadas a terceiros informações veiculadas em Processos Administrativos Disciplinares ainda em trâmite, se necessários à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais;*
> *f) Em casos tais, recomenda-se a extração de certidão com declaração do conteúdo pretendido pelo interessado, a extração de cópia de documento(s)*

específico(s), a manutenção de documentos sigilosos em autos apartados ou mesmo a extração de cópias com a ocultação de partes/excertos dos documentos ou atos dos Processos Administrativos Disciplinares;
g) Finalizado o Procedimento Disciplinar, o dever de sigilo permanece em se verificando a existência de documentos abrangidos pelo sigilo (fiscal, bancário, interceptações telefônicas) e o terceiro interessado não detenha autorização judicial para analisá-los;
h) Ainda que ausentes documentos alcançados por sigilo, informações pessoais veiculadas nos autos (de partes ou testemunhas) e demais informações que revelem estratégias de atuação do órgão não recomendam a divulgação integral a terceiros de seu conteúdo, exigindo-se uma análise pontual e casuística da possibilidade de divulgação dos documentos; e
i) Em casos tais, recomenda-se a extração de certidão com declaração do conteúdo pretendido pelo interessado, a extração de cópia de documento(s) específico(s), a manutenção de documentos sigilosos em autos apartados ou mesmo a extração de cópias com a ocultação de partes/excertos dos documentos ou atos dos Processos Administrativos Disciplinares."

4.3.10.3 - Os Delimitadores da Atuação da Comissão

A fim de suprir o salutar equilíbrio de forças, no dinâmico jogo de pesos e de contrapesos por que se manifesta a aplicação do Direito público punitivo, eis que, ao lado dos já apresentados instrumentos oficiais de atuação disciplinar (em que se encerram os poderes e prerrogativas indicadoras da relevância da matéria), têm-se necessários condicionantes a esta persecução em face do servidor acusado.

Diferentemente do processo judicial, em que a regra é de o Estado ser provocado a julgar a lide entre duas partes (acusação e defesa), aqui, a Administração age de ofício e simultaneamente como parte e juiz, em desigualdade a ser compensada pela atuação isenta, conforme também entende a doutrina. Esta dupla atuação da Administração, como agente condutor das apurações e como julgador, impõe que se busque o equilíbrio, de forma que as prerrogativas de agente persecutório sejam ponderadas e temperadas por freios delimitadores da ação estatal, em face do acusado, que reage apenas individualmente no processo, sem dispor do mesmo ferramental oficial.

"No procedimento apuratório de ilícito funcional, a relação é bilateral. De um lado, o servidor público e de outro, a administração que, ao proceder às investigações e decidir sobre o feito, o faz no próprio interesse e nos limites que a lei lhe impõe.
Não age a Administração Pública, nesse caso, como terceira pessoa, estranha à relação processual. Apura e decide consoante o mandamento legal, no exclusivo interesse do serviço público.
Essa dupla função de julgar e acusar, atribuída à Administração Pública, é vista por muitos como fator de desequilíbrio nas relações processuais.
No entanto, surgem, por imperativo constitucional, como solução restabelecedora da igualdade processual, as garantias conferidas ao servidor público, consistentes no contraditório, na ampla defesa e na observância do devido processo legal.
A essas garantias, a Lei nº 8.112/90, no art. 150, acresceu outra consistente na obrigatoriedade da comissão atuar com independência e imparcialidade, de modo a satisfazer o equilíbrio entre as partes.
O trabalho elucidatório conferido à comissão apuradora encontrará, portanto, o seu ponto de equilíbrio na descoberta real dos fatos, pela aplicação de métodos científicos, sem a preocupação de ensejar a declaração de inocência ou culpabilidade do servidor acusado." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pgs. 123 e 124,

Editora Forense, 2ª edição, 2006

4.3.10.3.1 - Conduta Reservada, Presunção de Inocência e Ônus Probante

A primeira delimitação à atuação persecutória da Administração que se pode elencar é a forma de agir contida, delimitada e atenta à imagem do acusado. A leitura de mão dupla que se extrai da cláusula de sigilo instrumental específica para a instância disciplinar, imposta pelo *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é que deve a comissão pautar sua conduta na discrição, na reserva, na urbanidade e no respeito pessoal no trato com o acusado e seu procurador.

Uma vez que o processo disciplinar pode ter repercussão punitiva, deve-se atentar para os princípios da razoabilidade, positivado no *caput* do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e já abordado em **3.3.2.6**; da presunção da inocência, positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal (CF), e do *in dubio pro reo*, positivado no inciso VII do art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), já abordados em **3.3.1.4**, além de caber à comissão o ônus de provar a acusação, segundo o comando do *caput* do art. 156 do CPP, segundo manifestações da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio dos seus Pareceres AGU nº GM-3 e nº GM-14, além de ratificação jurisprudencial. Os comandos aqui citados do CPP decorreram das alterações promovidas pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, inseridas no que se denominou minirreforma da parte processual penal. E de outra forma não poderia ser, pois o Estado Democrático de Direito não se harmonizaria com persecução processual e com julgamento condenatório irrazoável, com presunção de culpabilidade e com inversão do ônus probante.

> *CF - Art. 5º*
> *LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;*
>
> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 2º A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*
>
> *CPP - Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*
> *I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*
> *II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*
> *Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:*
> *VII - não existir prova suficiente para a condenação. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*
>
> *Parecer AGU nº GM-3, não vinculante: "Ementa: (...) Incumbe à administração apurar as irregularidades verificadas no serviço público e demonstrar a culpabilidade do servidor, proporcionando seguro juízo de valor sobre a verdade dos fatos. Na dúvida sobre a existência de falta disciplinar ou da autoria, não se aplica penalidade, por ser a solução mais benigna.(...)*
> *50. (...) compete à administração, por intermédio da comissão de inquérito, demonstrar a culpabilidade do servidor, com satisfatório teor de certeza."*
>
> *Parecer AGU nº GM-14, não vinculante: "8. (...) É reiterada a orientação normativa firmada por esta Instituição, no sentido de que o ônus da prova, em*

tema de processo disciplinar, incumbe à administração."

TRF da 3ª Região, Apelação Criminal nº 2.300: "Ementa: (...) III. Se pelos elementos e provas carreadas, que compõem a instrução probatória, a autoria e culpabilidade dos acusados não restaram evidenciadas, de forma indubitável nos autos, a ponto de justificar uma condenação, é de ser aplicado o princípio do ´in dubio pro reo´, insculpido no inciso VI do artigo 386 do Código de Processo Penal."
*(**Nota**: O antigo inciso VI do art. 386 do CPP passou a ser inciso VII, com a redação dada pela Lei nº 11.719, de 09/06/08)*

Não obstante, faz-se necessário esclarecer que a subfase da instrução probatória (que inclui até, se for o caso, a indiciação) rege-se pela oficialidade impulsionada pela adoção temporária da máxima do *in dubio pro societate*, em reflexo à busca da verdade material esperada pela sociedade, autorizando-se, no escopo do trabalho da comissão, a reversão para a máxima do *in dubio pro reo* apenas no momento conclusivo do relatório. Não é dispensável deixar registrado que a adoção, ao final da fase de inquérito administrativo, da máxima do in dubio pro reo significa que os indícios responsabilizadores inicialmente apontados na fase de admissibilidade e que justificaram a instauração do processo disciplinar não foram efetivamente convertidos em prova, tendo restado dúvida na imputação ao acusado, o que em nenhum momento se confunde com comprovação de sua inocência.

Ademais, o ônus probante a cargo da Administração não impõe que a comissão fique refém de alegações vazias apresentadas pelo acusado, com a obrigação de comprovar teses fantasiosas, impossíveis, inverídicas e procrastinatórias. Na contrapartida, cabe ao interessado a prova dos fatos que alega, conforme o art. 36 da Lei nº 9.784, de 1999, e com respaldo doutrinário.

Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.
Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

"(...) a regra do 'in dubio pro reo' se aplica, em geral, somente em relação ao fato típico, cuja prova incumbe ao acusador. As causas justificatórias ou circunstâncias eximentes devem ser provadas pela defesa." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pg. 530, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005

Importante encorajar e estimular a comissão, bem como autoridades que atuem no processo disciplinar, a levarem em conta, à luz do princípio da razoabilidade, o fator humano, as condições de trabalho, os costumes, a praxe administrativa, as peculiaridades e culturas locais e regionais e o contexto onde se deu o fato supostamente ilícito sob apuração, conforme já se discorreu em termos mais jurídico-formais em **3.3**.

Em que pese a legalidade ser um princípio e um valor inafastável da seara pública, o integrante da comissão, ao apurar a conduta de outro servidor, não deve se afastar do conhecimento concreto que ele tem do contexto e exigir do acusado uma conduta além daquela que se exige e que se espera do ser humano normal ou mediano, menos ainda exigir do acusado uma postura que vá além das condições de trabalho que lhe propicia a Administração ou atos de bravura ou heroísmo. Quisesse a lei uma análise fria e distanciada da realidade, teria dispensado o rito contraditório conduzido por três servidores. A presença de três servidores na condução das apurações pode ser compreendida como a autorização, embora tácita, do legislador para que se agregue ao trabalho a visão dinâmica e abrangente que caracteriza o ser humano, além da literalidade das normas e regulamentos.

Verifica-se o que aqui se afirma, em termos de atuação ponderada, razoável, irrigada pelo bom senso de parte da coissão, a título de exemplo, no *caput* e no § 1º do art. 22 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), que adverte que devem ser levadas em conta os obstáculos e as dificuldades do gestor aplicador de normas de gestão pública, regulamentado pelo *caput* e pelo § 1º do art. 8º do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.

> *LINDB - Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018)*
> *§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)*
>
> *Decreto nº 9.830, de 2019 - Art. 8º Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos, as dificuldades reais do agente público e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*
> *§ 1º Na decisão sobre a regularidade de conduta ou a validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, serão consideradas as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente público.*

Ora, tanto é assim que o art. 375 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) reflete esta capacidade humana de o julgador se permitir influenciar por sua percepção do mundo real, por meio da sua experiência e da sua observação comum dos fatos e fenômenos cotidianos.

> *CPC - Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.*

Não age com leviandade e menos ainda com deslealdade institucional o integrante do sistema correcional (e aqui se estende a aplicação desde o agente impulsionador da fase de admissibilidade, passando pelo membro da comissão processante, chegando até a autoridade instauradora ou julgadora) que, ao analisar a conduta alheia, do acusado no processo disciplinar em curso, se permite irrigar e se sensibilizar pela sua própria experiência concreta pretérita na mesma área de atuação sob análise e tendo ele mesmo sofrido com as lacunas operacionais ou sido vítima das incertezas interpretativas da legislação vigente ou ainda se obrigado a tomar decisões imediatas sob condições precárias de trabalho ou obrigado a mitigar aspectos técnicos em razão de limitações pragmáticas, conforme também defende a doutrina.

> *“Ademais, impõe-se aos integrantes dos conselhos disciplinares e autoridades decidir acerca do cometimento de infração funcional pelo servidor, de acordo com a realidade logística e estrutural de trabalho, o ambiente e as circunstâncias nas quais se encontrava o acusado quando do exercício do seu cargo (...), enfim, aplicando o direito administrativo disciplinar sob uma ótica concreta, e não, como sói ocorrer, de se exigir do funcionário processado a perfeição no cumprimento dos seus ofícios públicos (...).”Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pg. 260, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*
>
> *“As praxes administrativas configuram a cristalinização da atividade reiterada e uniforme da Administração no tratamento e na solução de determinados*

> *casos.*
> *Embora haja divergências entre os doutrinadores sobre a validade das praxes administrativas como fonte do direito, desposamos o entendimento de que elas, nos casos em que forem silentes as leis, podem prestar valioso auxílio ao Direito Processual Disciplinar.*
> *As praxes, conquanto não se confundam, em sentido rigorosamente científico, com os costumes, devem, no nosso entender, ter a mesma receptividade conferida a estes.*
> *De conformidade com a Lei de Introdução ao Código Civil, os costumes são fontes secundárias do direito (art. 4º).", José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 47, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

O integrante do sistema correcional, tão somente por ocupar este relevante posto de trabalho voltado para indispensável tarefa de controle interno, não deve perder de vista a condição humana que a todos permeia, a fim de evitar a irrazoabilidade de exigir do outro conduta exemplar que ele mesmo sabe irrealizável na prática.

4.3.10.3.2 - Condução Transparente

Independentemente do princípio do formalismo moderado que vigora no processo disciplinar, a comissão jamais pode perder de vista que seu trabalho deve garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa ao acusado (sob pena de crítica de possível nulidade) e que, ao final, os autos passarão pela análise de diversos outros agentes e autoridades estranhos ao trio e que, por não terem participado das investigações, não sabem como foi conduzida a tarefa.

Portanto, para evitar possíveis críticas (mesmo que improcedentes) não só por cerceamento ao direito de o acusado saber claramente os rumos da peça acusatória, mas também de entendimento por parte de quem vai analisá-lo posteriormente, convém que, não sendo prejudicial à estratégia adotada na busca da elucidação do fato, a comissão torne o processo explicativo e autointeligível, manifestando, no que for cabível, a origem, a motivação, o objetivo e o resultado dos atos processuais praticados.

O processo hermético pode prejudicar o exercício das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e a posterior análise de autoridades intervenientes.

É recomendável que, quando for factível operacional e estrategicamente, as deliberações, as juntadas de documentos, as pesquisas em sistemas informatizados e no ordenamento, as apurações e os atos de instrução probatória em geral sejam expressos nos autos, por meio de atas, termos, despachos ou atos de comunicação, demonstrando, quando for o caso, antes da realização, o porquê daquele ato, o que se busca com ele, e após sua efetivação, o que se conseguiu, o que se está juntando aos autos, que informação relevante se extrai dos documentos juntados, quem praticou o ato e da parte de quem (comissão ou acusado) decorreu a intenção de trazer os documentos para o processo. Especial atenção deve ser dada pela comissão na redação de dois atos de extrema relevância: a indiciação, se for o caso de existir esta peça, e o relatório, que sempre existe - estas duas peças da lavra da comissão requerem respectivos graus de detalhamento e de profundidade, com elementos essenciais que não devem faltar.

À medida que surgem fatos novos ou que se determinem novos rumos a se tomar, não contemplados na fase de admissibilidade e na decisão da autoridade instauradora em deflagrar o processo disciplinar, é necessário que a comissão se reúna, delibere e depois expresse em atas o resultado de tais reuniões.

Afinal, se a própria autoridade julgadora que, em tese, é especializada na matéria

disciplinar, tiver dificuldade de entender o que se fez no processo, é provável que ainda mais incompreensível o procedimento tenha se tornado para o acusado. E é basilar do direito de defesa, antes de tudo, ter clara consciência do que se está sendo acusado.

Destaque-se, todavia, que tais condutas não são exigidas expressamente em lei, aqui figurando como mera recomendação, cujo emprego condiciona-se à viabilidade de cada caso concreto, destacadamente no que se refere à questão estratégica de nem sempre se poder expor as linhas de apuração, sob pena de se por a perder efeitos preservados unicamente no elemento surpresa.

4.3.10.4 - Eventuais Necessidades de Designação de Secretário Remoto ou *Ad Hoc* em Casos de Ausência ou Distância dos Membros da Comissão

A despeito dos esforços da Administração e da normatização interna para que a comissão esteja instalada e que o processo disciplinar transcorra, sempre que possível, na mesma localidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do acusado, ainda podem ocorrer situações em que, simultaneamente, atentando-se também para o grau de especialização e de qualidade que se obtém ao se concentrar o uso da força de trabalho apenas nos servidores lotados no próprio Escritório de Corregedoria (Escor) ou na própria Corregedoria (Coger), esta configuração se demonstre inviável. No atual estágio infraestrutural do sistema correcional, esta situação pode ocorrer sobretudo quando o servidor se encontra lotado ou em exercício em unidade situada em município distinto da sede da respectiva unidade de correição.

Nestes casos, embora fosse possível convocar servidor da própria unidade de lotação ou de exercício do acusado ou ainda, mais excepcionalmente, da unidade de ocorrência do fato, de acordo com a praxe atual de apenas muito raramente se lançar mão da prerrogativa de convocar servidores estranhos ao sistema correcional, muito provavelmente, a autoridade instauradora designa servidores lotados no próprio Escor para comporem a comissão. E, em razão da necessária cautela que se deve ter com o ônus de arcar com despesas para diárias dos integrantes, recomenda-se que, de fato, a comissão, tanto em termos formais como fisicamente, se instale e se mantenha no próprio Escor, e que, após deliberação conjunta, designe um secretário lotado (ou com exercício) na unidade de lotação (ou de exercício) do acusado.

Esta designação deve atender ao formalismo já apresentado em **4.3.3**, qual seja, este secretário remoto deve ser um servidor, não necessariamente estável (visto que ele não participa das decisões e elaborações de mérito da comissão), cujo nome pode partir de indicação do titular de sua unidade, solicitada pelo presidente do colegiado ou pela autoridade instauradora, e deve se dar por meio de portaria de pessoal do presidente, a ser publicada no boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, no caso, é o Boletim de Serviço da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - BS RFB). A cautela se justifica, pois esta pode ser a única forma de se amparar o acesso deste servidor aos autos, em eventual deslocamento da sede ou a dedicação de horas de trabalho ao processo. A procedimentalização para a aposição da assinatura digital e para a publicação da portaria de pessoal no BS RFB e a recomendação para que se juntem aos autos a impressão da versão em extensão "*portable document format*" (pdf) da portaria de pessoal e a(s) página(s) do Boletim que a contempla(m) podem ser revistas em **4.2.1.1**, de repetição desnecessária e a cuja leitura se remete.

Por mera liberalidade, ao longo deste texto, se concederá adjetivar este incomum secretário de "remoto", como forma de diferenciar do secretário ordinariamente previsto no § 1º do art. 149 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que se presume atuar fisicamente

junto à comissão (e, frequentemente, na maioria das vezes, compondo mesmo o colegiado) e, uma vez que pode ter sua atuação prolongada por toda a fase de inquérito administrativo, também para não se superpor à denominação de *ad hoc*, aceita na hipótese a seguir descrita, mas condicionada a colaboração em atos pontuais ou demarcados em curto período de tempo. Em outras palavras, do acima exposto se extrai ser aceitável que, com a motivação de facilitar o acesso do acusado aos autos, uma comissão possua mais de um secretário com atuação prolongada na fase de inquérito administrativo, sem se cogitar de ilegal extensão do citado comando legal e muito menos de nulidade processual, visto em nada prejudicar a defesa.

A solução ora sugerida permite contemplar que os integrantes da comissão possam desempenhar suas demais atribuições legais no Escor (que precipuamente são de integrar outros colegiados, inclusive adotando idêntica configuração para conduzir simultaneamente mais de um processo com acusado distante, ou até mesmo compor outros grupos ou equipes de trabalho dedicados a outras atividades do processo de trabalho correcional) e se deslocar apenas para a eventual realização de atos de instrução probatória fora da sede do colegiado, ao mesmo tempo em que propicia que a defesa não sofra prejuízo no acesso aos autos e que o secretário remoto mantenha inalterado o cumprimento de suas atribuições legais cotidianas em sua unidade, visto que sua dedicação ao processo disciplinar em questão não se dá de forma ininterrupta (grosso modo, atua apenas quando surgir alguma provocação da defesa e caso se realizarem atos instrucionais em sua unidade). O processo original deve ficar de posse do secretário remoto (a quem incumbe a preservação de sigilo e, para tal, devem lhe ser fornecidas condições de preservação de segurança dos autos, já elencadas em **4.2.4.3**), a fim de que este conceda vista e cópia dos autos, quando solicitadas, e autue todas as petições que porventura a defesa apresentar.

Para que a dinâmica acima sugerida se efetive, faz-se necessário que a designação do secretário remoto seja notificada à defesa já na própria notificação inicial que dá ciência ao servidor de sua condição de acusado - ou por meio de qualquer outra notificação específica, caso esta configuração se concretize, por qualquer motivo (em decorrência de remoção, por exemplo), já no curso da instrução probatória.

A rotina de trabalho exige que a comissão mantenha em dia o fornecimento de cópia digitalizada (escaneada) do processo para o secretário remoto conceder vista ou cópia e que este encaminhe, precipuamente via malote, eventuais petições do acusado para o colegiado autuar e realizar seus trabalhos de deliberação e de análises em sua sede.

Analogamente à situação acima descrita, de a comissão, permanentemente ao longo de todo o trabalho apuratório, se encontrar geograficamente afastada da unidade de lotação (ou de exercício) do acusado, também pode o colegiado necessitar de algum remédio juridicamente válido para suprir um curto e delimitado período de tempo em que todos seus integrantes, simultaneamente, precisem se afastar da sua sede onde transcorre o processo disciplinar. Isto pode ocorrer, a título de exemplos não exaustivos, em função de inscrição voluntária ou de convocação *ex officio* para participar ou para atuar em eventos de qualquer natureza (reuniões de trabalho, treinamentos, cursos, execução de tarefas ou mandados ou ordens judiciais, dentre outros) ou de férias, licenças ou quaisquer outros afastamentos ou de recessos comuns em época de fim de ano ou ainda de retorno às unidades de origem no caso excepcional de servidores convocados de outras localidades. Ou seja, trata-se aqui de situações impeditivas da normalidade da condução dos trabalhos apenas temporariamente, de forma que não se cogita de substituição do trio, mas tão somente do breve aguardo de seu retorno.

Nestas situações excepcionais de ausência de todos os integrantes por apenas alguns dias, a comissão deliberar, para o intervalo de tempo delimitado, designar um servidor (em princípio do próprio Escor) para figurar como secretário *ad hoc*, ou meramente, em solução ainda mais simples em termos de instrumentalização (dispensando-se edição e publicação de

portaria de pessoal), solicitar à autoridade instauradora para que aquele servidor ou para que esta autoridade conceda vista ou cópia dos autos, mediante cópia integral digitalizada do processo - que a comissão deve entregar atualizada até o último dia de expediente antes de se ausentar -, e receba quaisquer outras petições porventura apresentadas pela defesa. Por óbvio, a participação destes agentes (secretário *ad hoc* ou autoridade instauradora e, se for o caso, seu substituto eventual, conforme prevê o art. 38 da Lei nº 8.112, de 1990) se resume estritamente a conceder vista ou cópia a partir da versão digitalizada que ficou em seu poder e a recepcionar petições, cujas apreciação e implementação, se for o caso, competem exclusivamente à comissão, após seu retorno.

Tratando-se de situações excepcionais e de curta duração de ausência simultânea de todos os integrantes, não se faz necessário o formalismo de notificar o acusado acerca da designação de secretário *ad hoc* ou da solicitação dirigida à autoridade instauradora, conforme se recomendou acima para a hipótese de a comissão estar permanentemente afastada da localidade onde se encontra o servidor. No caso em tela, pode a comissão, após deliberação conjunta, apenas fixar um aviso na porta da sala de sua instalação, indicando à defesa que, caso compareça no período da delimitada ausência, busque contato com o servidor designado temporariamente como secretário *ad hoc* ou com a autoridade instauradora, a fim de ter vista ou cópia dos autos ou ainda de dar entrada em outras petições a serem oportunamente apreciadas pelo colegiado.

De se destacar, por fim, que a designação de secretário remoto ou de secretário *ad hoc* (seja para todo o curso dos trabalhos apuratórios, seja apenas na curta duração de alguma ausência dos integrantes) ou a solicitação à autoridade instauradora (que automaticamente se estende, em seus impedimentos, para o substituto eventual) para que se concedam vista e cópia dos autos e para que se recebam demais petições da defesa se, por um lado, não obrigam que tais agentes se dediquem exclusivamente a se disponibilizarem e a se prontificarem, por todo o horário de expediente, na sala da comissão, no aguardo de suposta provocação da defesa, também, por outro lado, devem efetivamente contemplar o direito de efetivo acesso do acusado e de seu procurador aos autos. Em outras palavras, o secretário remoto ou o secretário *ad hoc* ou a autoridade instauradora (e seu substituto eventual) podem manter suas rotinas de trabalho e dedicação às suas tarefas cotidianas, mas sem prejuízo de atentarem para o fato de que, na medida do possível, devem estar presentes na repartição em horário comum de expediente, a fim de poderem ser localizados na hipótese de a defesa comparecer para apresentar qualquer petição, sob pena de posteriormente se ter de enfrentar alegação de que houve suposta obstrução ao direito de acesso aos autos.

Com o advento do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), restou possível ao acusado na ativa (e não licenciado ou afastado) consultar e gerar cópia a qualquer tempo o processo em formato digital, praticamente tornando sem sentido a concessão de vista ou o fornecimento de cópia dos autos, o que pode mitigar, dependendo dos contornos de cada processo em si, a importância da designação das duas espécies de secretários acima descritas. Assim, nada impede que se conceda vista ou cópia dos autos a acusado não habilitado (acusado ativo afastado ou licenciado ou inativo ou ex-servidor) ou até mesmo, de forma muito eventual, a acusado habilitado (e não licenciado ou afastado), embora este tenha acesso aos autos a qualquer tempo, que porventura queira consultá-los por meio de estação de trabalho do secretário remoto ou *ad hoc*, redigindo, nestes caso, o termo de concessão de vista ou de cópia.

4.3.10.5 - Divergência na Comissão

A comissão deve ter como regra a necessidade de ser o mais coesa e uniforme possível ao longo do processo disciplinar. Todavia, em função da própria natureza da matéria jurídica,

que comporta entendimentos e interpretações pessoais, pode ocorrer de haver divergência entre os integrantes da comissão acerca de determinado rumo a tomar ou conclusão a exarar, seja em alguma ata de deliberação para realizar ou não determinado ato, seja sobre a forma de realizar o ato, ou seja acerca de questões relevantes de mérito ou de convicção acerca de absolvição ou de responsabilização na indiciação ou no relatório. Nesta hipótese, de imediato e independentemente se a divergência reside no presidente ou em algum dos vogais, incumbe ao colegiado discutir e debater ao máximo o assunto, com o objetivo de uniformizar o entendimento interno. Não sendo isto possível e à vista de que o integrante da comissão, como agente público, tem o direito inafastável de manifestar sua convicção, caso este membro divergente não concorde com algum termo do processo e faça questão de consignar sua discordância, pode ele, então, expor seu voto em separado.

Embora, a rigor, a divergência possa se estabelecer em qualquer momento do inquérito administrativo, no caso excepcional de tal incidente se fazer insuperável dentro da comissão, é mais recomendável que, se, pela natureza da divergência, for possível postergar sua manifestação, o integrante divergente o faça apenas no relatório. Obviamente tal recomendação é mais viável de ser acatada se a divergência repousa em questão de mérito ou de convicção e não na discussão se deve ou não ser realizado determinado ato processual ou na forma de realizá-lo. No caso de divergência insuperável na comissão quanto a realizar ou não determinado ato de instrução processual, em razão da exaustividade da busca da verdade material, pode se fazer mais pertinente acatar pela realização, conforme também entende a doutrina.

> *“É possível, inclusive, que haja um relatório final, em separado, de um dos membros, caso discorde da opinião dos demais. Obviamente, o ideal é que antes de partirem para a cizânia, os membros discutam entre si e cheguem a um acordo, mas nunca deve haver imposições por parte do presidente. Nos casos em que a divergência for sobre a produção de uma prova é sempre melhor optar pela sua produção, pois a finalidade do processo é a busca da verdade.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 92, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Já na hipótese de divergência sobre mérito ou convicção, pode, por exemplo, tal incidente se estabelecer na deliberação de indiciar ou não o servidor, ao final da instrução probatória. Neste caso, alguns argumentos se apresentam para a recomendação de postergá-lo para o relatório. Primeiramente, se menciona que o integrante divergente poderá melhor amparar sua convicção tomando a cautela de permitir que o processo esteja devida e mais completamente instruído e o fato de o servidor ser indiciado e forçado a apresentar defesa escrita pode ao final suprir ainda mais argumentos a favor do integrante que era favorável a não indiciar; indica-se também o conflito que pode ocorrer na defesa do servidor caso haja divergentes convicções de indiciação, sendo cabível o questionamento de para qual delas deve apresentar suas teses de defesa; aponta-se ainda a relevância de se suprir a autoridade julgadora com completos elementos para sua decisão. Ademais, em caso de divergência neste momento processual, deve-se tomar como esteio o princípio do *in dubio pro societate*, procedendo à indiciação de forma mais gravosa, ainda que seja postura minoritária, a fim de provocar a defesa a trazer todos os seus argumentos e de possibilitar que a autoridade proceda ao julgamento com os autos exaustivamente instruídos, desde que a indiciação comporte todos os fatos de que se acusa o servidor, sem necessidade de determinar a ultimação de atos processuais, risco que pode se concretizar caso se decida preliminarmente pela não indiciação. Destaque-se que esta recomendação não afronta o entendimento geral de que, já a partir da deliberação de se dar por encerrada a instrução processual e deliberar por indiciar ou não, opera-se a inversão do *in dubio pro societate* para o *in dubio pro reo*, conforme se expõe em **4.4.17.1**, pois esta máxima se opera na presunção de normalidade dos trabalhos e de uniformidade de convicção, ou seja, quando os três membros, unanimemente, se sentem

inseguros para prosseguir, devendo então todos acatarem a presunção de inocência. Não é o caso de que aqui se trata, quando pelo menos um dos membros cogita de indiciar ou de fazê-lo de forma mais gravosa.

Seja em virtude uma divergência configurada já desde a deliberação de indiciar o acusado, seja uma divergência que se manifesta somente no momento de externar a conclusão final, na esteira do que se aduziu acima, indiferentemente, o incidente somente terá registro no relatório. E como é fácil presumir que a discordância reside em algum aspecto específico, não se crê em divergência na íntegra de um documento extenso e politemático como o relatório e menos ainda em toda a condução do processo. Tendo-se chegado a este ponto incontornável, na hipótese residual de a comissão não lograr a uniformidade de entendimento e o integrante fazer questão de registrar sua discordância, deve-se redigir um relatório único, primeiramente com a peça integral, em que se inclui o trecho divergente merecedor da posição majoritária do trio, assinada pelos três integrantes, seguida de um tópico extra ao final, com o voto divergente vencido acerca daquele ponto específico, assinado apenas pelo membro destoante, conforme também entende a doutrina.

> *"Cabe ao (...) divergente dar seu voto em separado, que seguirá como primeiro anexo ao texto do relatório. O relatório deverá ser, como todas as demais peças de deliberação coletiva, assinado por todos os membros da Comissão. (...)." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 172, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Relembre-se, com amparo doutrinário, que o direito a voto na comissão é igualitário; ou seja, o voto do presidente tem o mesmo peso que o voto de cada vogal, podendo aquele ser posição vencida em relação aos outros dois integrantes.

> *"Não há hierarquia entre os membros da comissão. Entretanto, o vencido deve se submeter à maioria e assinar todos os termos, inclusive a indiciação e o relatório. Fica a ele reservado o direito de consignar voto em separado." Léo da Silva Alves, "Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas", pg. 72, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005*

A despeito de aqui se ter destacado o tema da divergência em um tópico, é de se ressaltar que, em que pese a esta possibilidade de se consignar a divergência nos autos, antes de tudo, a comissão deve sempre atentar que a existência de voto divergente pode, em tese, enfraquecer a conclusão e que, por isto, o incidente deve ser ao máximo evitado.

4.3.11 - Tipos de Atos Processuais e Suas Formas

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, não se dedicou a discriminar os tipos de atos processuais e muito menos a estabelecer rigorosos e pormenorizados requisitos formais para sua feitura, validade e autuação. E este silêncio pode ser compreendido com a aplicação do princípio do formalismo moderado no processo disciplinar, segundo o qual a verdade material prevalece sobre a forma e a validade dos atos processuais não depende, como regra, de forma determinada, a menos de expressas previsões legais, podendo-se ainda ter como válidos os atos que, mesmo realizados de modo distinto, alcancem sua finalidade essencial.

Mas, ainda que assim seja, em complemento à regra geral da liberdade de forma, é de se ressaltar que alguns requisitos formais são necessários aos atos. Uma vez que a Lei nº 8.112, de 1990, praticamente não estabeleceu forma para os atos do processo disciplinar, é válido buscar os regramentos gerais de forma previstos na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e por fim na lei processual civil. Daí, a Lei nº 9.784, de 1999, no *caput* e no inciso IX do parágrafo único do art. 2º e no *caput* e no § 1º do art. 22, refletindo dispositivos art. 188, do art. 277 e do § 2º do art. 282, todos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), além de expressamente consagrar a aplicação do princípio do

formalismo moderado, em instância administrativa, também estabeleceu alguns requisitos de forma para validade de determinados atos processuais. Não obstante, ratifica-se que, não sendo a forma requisito preponderante para a validade do ato processual em instância administrativa, a eventual inobservância de alguma destas recomendações não necessariamente fulmina por nulidade o ato realizado ou todo o processo, visto que a nulidade requer a comprovação de efetivo prejuízo à defesa.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 2º A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*
> *Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
> *IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;*
> *Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.*
> *§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.*
>
> *CPC - Art. 188 Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial..*
> *Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.*
> *Art. 282.*
> *§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.*

Acrescente-se que, na condução de toda atividade disciplinar, desde os procedimentos investigativos da fase de admissibilidade até o processo disciplinar, há atos consubstanciados na forma de portaria. Faz-se necessário diferenciar esta espécie de ato administrativo. Segundo o inciso I do § 1º do art. 1º e o inciso I do *caput*, o inciso III do § 1º e o § 2º do art. 2º, ambos do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019, o gênero "portarias" se subdivide nas espécies "portarias normativas" (ou simplesmente "portarias", como atos normativos editados por uma ou mais autoridades singulares) e "portarias de pessoal" (como atos referentes a agentes públicos nominalmente identificados).

> *Decreto nº 10.139, de 2019 - Art. 2º*
> *§ 2º As portarias de pessoal são os atos referentes a agentes públicos nominalmente identificados.*

Internamente, a Coordenação-Geral de Tributação (Cosit) e a Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep) adotaram a definição para portarias de pessoal como "os atos referentes ao vínculo funcional de agentes públicos nominalmente identificados que guardem relação com os institutos de gestão de pessoas, por disposição legal ou normativa, ou requeiram registro em assentamento funcional ou sistema de gestão de pessoas". Já as portarias (normativas) são definidas como aquelas que precipuamente disciplinam procedimentos, contendo, assim, um grau variável de normatividade (generalidade e abstração).

Obviamente, no curso do procedimento investigativo ou do processo disciplinar, a autoridade competente e a comissão condutora podem vir a editar diversas portarias de pessoal. Aqui, não se trata de portaria normativa, pois estas são construções hipotéticas para regerem a atividade correcional como um todo, não se reportando a um rito em curso exclusivo e específico. A rigor, já desde a deflagração da maioria dos procedimentos

investigativos e desde a instauração do processo disciplinar, tem-se uma portaria inaugural e instauradora, da espécie portaria de pessoal.

Ademais, são diversos os exemplos de portarias de pessoal no curso do processo disciplinar, tais como, da lavra da autoridade instauradora, com apoio do Grupo Nacional de Comissões (GNC), além da portaria de pessoal de instauração, citam-se portarias de pessoal de prorrogação de prazo de comissão, de designação de nova comissão, de substituição de membro, de afastamento preventivo de acusado, de exercício provisório de acusado, de designação de perito ou de assessor técnico, de designação de defensor dativo, de aplicação de penalidade e de declaração de perda (ou de manutenção) de efeito de penalidade em revisão; e, da lavra da comissão, citam-se portarias de pessoal de designação de secretário e de designação de secretário *ad hoc*.

Sendo diferentes das portarias de natureza normativa, as portarias de pessoal seguem numeração própria e anual da unidade editora, não possuem ementa e não seguem as regras sobre entrada em vigor e sobre publicação, estabelecidas no art. 4º do Decreto nº 10.139, de 2019, que exigem, apenas para atos normativos, a anterioridade da publicação em, no mínimo, uma semana, e a concentração da vigência no primeiro dia ou primeiro dia útil do mês.

Feita esta introdução, se é possível afirmar que nem para os atos produzidos pela comissão requerem rigidez formal, menos ainda há de se cogitar de se impor requisitos de forma para se aceitar atos da lavra da defesa. A propósito, enquanto pode-se sintetizar que o acusado ou seu procurador atuam no processo sobretudo por meio de petições, de arrazoados e de sua peça de defesa escrita, é certo que os principais tipos de atos produzidos pela comissão para se manifestar no processo são:

- atas de deliberação, detalhando os rumos da apuração;
- despachos e decisões interlocutórias, destacadamente como meios de resposta a provocações do acusado, aproximando-se dos conceitos estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 203 do CPC;
- termos, materializando a realização de atos de instrução ou registrando diversos tipos de ocorrência em geral;
- e atos de comunicação.

> *CPC - Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.*
> *§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.*
> *§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.*
> *§ 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.*
> *§ 4ª Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.*

Em atendimento ao § 1º do art. 22 da Lei nº 9.784, de 1999, como regra geral, os atos processuais têm registrados o local e a data de sua ocorrência ou feitura. Em alguns, como atos de comunicação, a data vem na forma de cabeçalho e o local vem na forma de rodapé; em outros, como atas de deliberação e termos de ato de instrução, tais informações iniciam o corpo do texto; em outros, como despachos, decisões e julgamentos, vêm no fecho do corpo do texto; por fim, em outros ainda, como termos de ocorrência a data inicia o corpo do texto e o local vem na forma de rodapé.

Além dos dispositivos gerais acerca de forma elencados no art. 22 da Lei nº 9.784, de 1999, na ausência de previsão desta natureza na Lei nº 8.112, de 1990, e também na Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, encontram-se, em patamar infralegal, embora não específicos para o processo disciplinar, detalhados regramentos de forma na Portaria Normativa MPOG/SLTI nº 5, de 19 de dezembro de 2002, e no Manual Prático de Formalização, Preparação, Apreciação, Julgamento e Movimentação do Processo Administrativo-Tributário (Maproc, aprovado pela Portaria SRF nº 374, de 20 de março de 2002.

Alguns destes detalhados regramentos formais podem ser aproveitados e adaptados, no que cabível, para a processualística disciplinar, somados a meras recomendações não positivadas extraídas da prática processual administrativa, destacadamente no que se refere a protocolização do processo, capa, tamanho de papel, padrão de redação, juntada e desentranhamento de documentos, numeração e renumeração de folhas, abertura, organização e encerramento de volumes e anexos, juntada, desapensação e desmembramento de processos. Antecipe-se que tais aspectos formais preservam importância em processos físicos, com suporte documental em papel, restando quase totalmente descartados nos processos digitais, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo). De imediato, reitera-se a introduçao ao tema apresentada **2.4.3**, em que se expôs que a Portaria RFB n° 6.483, de 29 de dezembro de 2017, em seu art. 26, estabeleceu que a tramitação de não só de processos mas também de documentos no âmbito do sistema correcional deve se operar, preferencialmente, por meio do sistema e-Processo.

> *Portaria RFB n° 6.483, de 2017 - Art. 26. O encaminhamento de processo e de documentos previstos nesta Portaria se dará, preferencialmente, por meio do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo).*

A seguir, se apresentará sucinta descrição daqueles principais tipos de atos realizados pela comissão e se fornecerá uma breve síntese, adaptada, no que cabível, à instância correcional, de aspectos normativos referentes à formalização de atos processuais e à instrumentalização do processo disciplinar.

4.3.11.1 - Atas de Deliberação Decorrentes das Reuniões Deliberativas da Comissão

O *caput* do art. 149 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, confere à comissão o poder impulsionador e condutor do rito. Assim, constitui-se em verdadeiro poder-dever daquela comissão, atuando em nome da Administração e, como tal, em última instância, em absoluta convergência com o interesse público, estabelecer a sequência de atos a serem realizados na busca de provas e de demais elementos formadores de convicção e de convencimento, a fim de unicamente esclarecer os fatos supostamente irregulares demandadores da instauração do processo. Esta condução é movida, de forma impessoal e imparcial, tão somente pelos princípios da oficialidade, da verdade material e da finalidade, independentemente de pessoalidades a favor ou contra quem quer que seja ou de manifestações volitivas do acusado.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observando o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

Tal condução do rito, para que seja realizada com a qualidade exigida em trabalho marcadamente intelectual e que pode vir afetar de forma contrária direitos e bens jurídicos tão relevantes e graves para a pessoa (como sua dignidade e sua relação laboral), requer

seriedade, organização e planejamento. É por meio de suas reuniões internas deliberativas que a comissão organiza e planeja a forma de atuar, dedicando o devido respeito não só ao interesse público do bom trabalho mas também à integridade e à honra pessoal e profissional do servidor envolvido, afastando de sua atuação os nefastos descaso, empirismo, despreparo ou improviso.

E, como direto corolário do princípio da finalidade, a materialização deste técnico e imparcial planejamento, reduzida a termo nos autos (uma vez que não se aceita a oralidade no processo), se dá com a elaboração de atas de deliberação, por meio das quais a comissão externa ao acusado seus posicionamentos e os atos que vislumbra realizar (e com o que se respeitam os objetivos de uma condução motivada e transparente). As atas sintetizam as reuniões deliberativas da comissão, devendo, portanto, ser assinadas por todos os integrantes do colegiado. Tanto é relevante esta dinâmica que a Lei nº 8.112, de 1990, no parágrafo único do art. 150 e no § 2º do art. 152, prevê que as reuniões da comissão tenham caráter reservado (como espécie de sigilo) e que sejam registradas em atas que detalhem as deliberações adotadas exclusivamente pelos integrantes do trio processante.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 150.*
> *Parágrafo único. As reuniões e audiências das comissões terão caráter reservado.*
> *Art. 152.*
> *§ 2º As reuniões da comissão serão registradas em atas que deverão detalhar as deliberações adotadas.*

As reuniões deliberativas da comissão e as consequentes atas de deliberação podem ater-se desde a decisão de realização de meros atos interlocutórios formais, sem repercussão na formação de convencimento (como um simples pedido de prorrogação de prazo, por exemplo) até a oferta de resposta a provocações e questionamentos apresentados pelo acusado e a realização de atos de coleta de prova formadora de convicção, sendo que estes últimos podem decorrer de intenção do próprio colegiado ou de pedido da defesa.

A dinâmica da condução processual pode ser sintetizada nos seguintes passos da comissão: reúne-se isoladamente para estudar os autos ou discutir temas técnicos ou procedimentais ou decidir próxima(s) ação(ões), de forma preferencialmente presencial, contando com os seus três integrantes; se for o caso de esta reunião concluir pela adoção de algum entendimento ou pela tomada de alguma decisão (nem sempre a construção intelectual leva a algum resultado concreto), redige a ata de deliberação em que expõe a motivação acerca daquela conclusão e a materializa nos autos como um termo processual; comunica o teor da deliberação ao acusado (e, em se tratando de realização de ato de instrução probatória, notifica-o do local e da data da realização, a fim de que a defesa possa, se quiser, se fazer presente); e, por fim, se for o caso, realiza o ato.

Esta rotina cuida de preservar a unicidade da condução. Ou seja, amparado por uma reunião interna da comissão e por uma ata de deliberação assinada pelo trio processante, posteriormente, um ato processual em si, dependendo de sua natureza, tanto pode ser praticado conjuntamente pelo colegiado, redundando em um termo assinado por todos os integrantes (atos formadores de convicção em geral, como oitivas, diligências, interrogatórios, etc), como também pode ser praticado por apenas um dos integrantes e ter o termo apenas por ele assinado (mandados a cargo do presidente ou atos meramente operacionais, que podem ser assinados apenas pelo secretário). O que importa é que, como regra geral, sendo o termo assinado por apenas um integrante, haja o prévio respaldo da anuência dos demais em ata de deliberação, afastando qualquer alegação de condução unilateral dos trabalhos. Este entendimento é refletido no julgado abaixo, de sorte a se poder estender o entendimento jurisprudencial emitido especificamente para a indiciação para qualquer ato processual decorrente de deliberação colegiada.

> *STJ, Recurso Especial nº 1.258.041: Ementa: (...) Ainda que ultrapassado o óbice da Súmula 283/STF, melhor sorte não socorre ao recorrente quanto ao mérito da controvérsia. Isso porque a Lei 8.112/90 não exige que o chamado "termo de indiciamento" no procedimento administrativo disciplinar conte com outra assinatura além da do Presidente da Comissão Processante."*

Do exposto extrai-se então que, sem desqualificar sua importância como elemento que torna o processo autoexplicativo, em síntese, a ata de deliberação é apenas um documento que reduz a termo uma conduta que a comissão tomará, como resultado de uma deliberação interna do colegiado. A ata de deliberação é apenas uma manifestação de intenção da comissão e não um ato instrutório em si mesma, aqui entendido ato instrutório como aquele capaz de carrear aos autos novo fato ou entendimento. Sendo assim, à vista do caráter reservado (como espécie de sigilo) das reuniões deliberativas da comissão (estabelecido no parágrafo único do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990), tem-se que, conforme já aduzido em **4.3.6.5**, não há previsão legal para direito de o acusado acompanhar as reuniões internas da comissão e muito menos de atuar na redação das consequentes atas de deliberação. O contraditório há de ser garantido com o registro por escrito na ata, que é juntada aos autos, ao qual o acusado tem amplo acesso, bem como na posterior realização do ato deliberado.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 150.*
> *Parágrafo único. As reuniões e audiências das comissões terão caráter reservado.*
> *Art. 152.*
> *§ 2º As reuniões da comissão serão registradas em atas que deverão detalhar as deliberações adotadas.*

Convém que a comissão numere, de forma crescente e ininterrupta (para não parecer que há elementos faltantes nos autos), suas atas, a fim de facilitar remissões. Sugere-se numeração contínua e única para o transcurso de todo o inquérito administrativo, ao longo do tempo e de todas as prorrogações e designações de novas comissões. Como não há padronização em manuais oficiais de redação para atas de deliberação, pode-se dispensar a contagem anual com reinício a cada passagem de ano. E não é recomendável reiniciar a numeração a cada nova designação, visto que a referência pode ficar confusa e induzir a erros.

Acrescente-se que, sendo a reunião deliberativa da comissão um ato processual, *a priori*, por força do § 1º do art. 22 da Lei nº 9.487, de 29 de janeiro de 1999, o corpo do respectivo termo deve informar data e local da sua realização.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 22.*
> *§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.*

Obviamente, trazendo à tona o contexto histórico em que foi editada a citada Lei e a Lei nº 8.112, de 1990, não presumia o legislador os avanços tecnológicos atualmente disponíveis. Assim, tomando também o princípio do formalismo moderado (que rege que a forma de um ato processual é mero meio para que se alcance o fim a que se destina o ato e não um fim em si mesma), o termo "reunião" pode comportar nos dias atuais uma interpretação extensiva, além do encontro físico e concreto dos integrantes. Sem prejuízo de se ratificar que preferencialmente as reuniões devem contar com a presença física e simultânea dos três integrantes em determinado local (*a priori*, a sala de instalação da comissão), mas sem perder de vista que basta que as atas noticiem no processo que as deliberações foram tomadas de forma colegiada e não isolada por determinado integrante, estas decisões podem decorrer tanto de reuniões presenciais como também, dentre outras formas, exemplificadamente, de reuniões remotas realizadas por meio do correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), seja utilizando mensagens eletrônicas padrão do aplicativo, enviadas e recebidas pelas caixas de entrada de cada usuário, seja utilizando a ferramenta de mensagens instantâneas

(*Sametime*), em forma de *chat on time*, quanto ainda de conversas telefônicas, desde que posteriormente reduzidas em atas que demonstrem a concordância de todos os integrantes. Sendo as atas meras manifestações de conjugação de vontade dos integrantes da comissão e não se confundindo com os atos processuais em si nelas deliberados, nenhum prejuízo (e, consequentemente, nulidade) se configura na forma com que se dá a manifestação, no meio que se emprega e no(s) local(is) envolvido(s).

Tanto é assim que, mais ágil que o processo legislativo *stricto sensu*, refletindo a modernização do estágio tecnológico, o ordenamento legal e infralegal prevê a realização de reunião exclusiva de integrantes da comissão por meio da ferramenta da videoconferência, como forma de suprir agilidade e economia de recursos públicos quando um (ou mais) dos membros do colegiado se encontra(m) em diferente localidade dos demais, conforme o § 3º do art. 236 do CPC e o art. 1º da Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 12, de 1º de novembro de 2011. De se destacar que, embora aqui se remeta à leitura da instrumentalização da videoconferência para oitiva de testemunha, que se apresentará em **4.4.4.7.3**, para o caso de reunião da comissão aproveita-se apenas o que cabível, destacadamente o que se refere à infraestrutura de equipamentos e de auxílio técnico.

> *CPC - Art. 236.*
> *§ 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.*

Ainda com mais razão, no caso específico do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), de diferenciado grau de normatização interna, de estruturação e de informatização, com a adoção do processo digital, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), determinada pela Ordem de Serviço (OS) Coger nº 1, de 3 de junho de 2015, e do programa de gestão na modalidade de teletrabalho, disciplinado internamente pela Portaria RFB n° 2.383, de 13 de julho de 2017, e estendido ao processo de trabalho correcional pela Portaria RFB n° 788, de 29 de maio de 2018, com a atualização promovida pela Portaria RFB nº 390, de 21 de fevereiro de 2019, pode-se justificar a mitigação do comando expresso no § 1º do art. 22 da Lei nº 9.784, de 1999, de indicar, na ata de deliberação, o local da reunião. Diante daquelas duas ferramentas simplificadoras do trabalho, deixou de existir a configuração tradicional de comissão composta por três servidores lotados e em exercício em determinado Escritório de Corregedoria (Escor), todos residentes na mesma localidade, e instalada fisicamente em determinada sala da unidade de correição na qual se fazem as reuniões deliberativas. Como o Direito, ciência dinâmica, não pode estar à margem do contexto social em que se insere, obviamente é de se contemplar na sua aplicação os avanços tecnológicos disponíveis, de forma ser possível um trio composto por servidores localizados em diferentes localidades utilizar recursos de áudio e vídeo para realizar remotamente suas reuniões. Em tais casos, obviamente, não cabe indicar local de realização do ato processual, cabendo à comissão registar no corpo da ata que a reunião se deu de forma remota.

Uma vez que não é facultado à defesa participar das reuniões deliberativas da comissão, independentemente da forma como se realizem e do local onde realizem, a mitigação do comando do § 1º do art. 22 da Lei nº 9.784, de 1999, é superada, sem nulidade, homenageando-se aqui os princípios do formalismo moderado e do prejuízo.

Embora a norma infralegal de regência, a saber, a IN CGU/CRG nº 12, de 2011 - com que a Controladoria-Geral da União (CGU), mais especificamente por meio da Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG), que efetivamente exerce as atividades do órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), regulamentou, de forma vinculante, o emprego da videoconferência -, preveja a possibilidade de uso desta ferramenta tanto para a realização de audiências (provas orais, destacadamente oitivas de testemunhas e, excepcionalmente, interrogatórios de acusados) quanto para a realização de reuniões da

comissão, necessário se destacar as inafastáveis diferenças procedimentais destes atos, em razão de suas inconfundíveis naturezas.

Assim, embora aquela norma, em seu próprio corpo, mencione tanto um tipo de ato quanto outro e, em razão da natureza contraditável das provas orais realizadas no curso do inquérito administrativo, seja obrigada a mencionar a faculdade de participação da defesa, tal extensão, conforme já defendido em **4.3.6.5** não é de ser aplicada para as reuniões via videoconferência de participação exclusiva dos membros do colegiado.

> *IN CGU/CRG nº 12, de 2011 - Art. 1º O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal SisCor-PEF, visando instrumentalizar a realização de atos processuais a distância, poderá promover a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa, na forma disciplinada nesta Instrução Normativa.*
> *Art. 2º Poderão ser realizadas audiências e reuniões por meio de teletransmissão de sons e imagens ao vivo e em tempo real, destinadas a garantir a adequada produção da prova, sem prejuízo de seu caráter reservado, nos procedimentos de natureza disciplinar ou investigativa.*

Acrescente-se ainda a possibilidade de, na ausência de um dos integrantes, os dois outros membros deliberem em ata pela realização de determinado ato e o concretizem para posterior ratificação do membro ausente, em nova ata, assinada pelo trio. Por óbvio, aqui se cogita de mero ato interlocutório, como, por exemplo, a lavratura e a entrega de um ato de comunicação para quem quer que seja. Pode-se ainda ter como válida a deliberação em ata de dois membros para a feitura de um determinado ato de instrução probatória e esta ata vir a ser ratificada pelo membro ausente no momento da reunião, em nova ata, assinada pelo trio, e todos estarem presentes na posterior feitura do ato de coleta de prova, vez que não se recomenda a prática de ato de instrução probatória com algum membro ausente.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 21.647: Ementa: 8. Em que pese da Ata da Deliberação 24 conter apenas a assinatura do Presidente da Comissão Processante, no Relatório Final do PAD a Comissão argumentou que todos os seus membros participaram daquela deliberação, de forma que, por força do Princípio da Presunção da Legalidade dos atos administrativos conjugado à ausência de provas pré-constituídas, no sentido de que tal deliberação teria sido tomada isoladamente pelo Presidente da Comissão Processante, não há como acolher-se a sustentada nulidade. 9. O reconhecimento de eventual nulidade do referido ato processual, em razão da ausência da assinatura dos demais membros da Comissão Processante, revelaria um formalismo exacerbado, ainda mais quando no Processo Administrativo Disciplinar vige o Princípio do Formalismo Moderado, ainda mais quando se trata da prática de meros atos de expediente, nada relativo à valoração de elementos probatórios, de modo que, mesmo que tal ato fosse praticado unicamente pelo Presidente da Comissão não haveria como se reconhecer a sua nulidade, diante da ausência de relevância e tendo em vista que o impetrante deixou de demonstrar os prejuízos sofridos."*
>
> *"No que tange ao afastamento temporário (tais como licenças médicas ou férias), eventuais atos praticados na ausência de algum membro do colegiado, ressalvada a necessária participação do presidente da comissão, podem ser confirmados posteriormente pelo membro faltante, ou mesmo dispensados de confirmação, quando esses atos sejam dotados de pequena carga decisória ou não provoquem prejuízos para a defesa. De toda a sorte, vigora para todos os casos, inclusive para os de afastamento sem previsão legal, tais como faltas injustificadas, o princípio de prejuízo, carecendo à defesa demonstrar que foi prejudicada em seus direitos ao contraditório ou à ampla defesa, com a*

ausência de membro do colegiado processante.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pg. 271, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.

4.3.11.2 - Despachos e Termos da Comissão

Podem receber a denominação genérica de despachos as diversas respostas ou arrazoados a que se obriga a comissão a redigir em decorrência de petições formuladas pela defesa. Até é possível que determinada provocação da defesa de abrangência mais pontual e delimitada seja objeto de análise e registro em ata de deliberação, no corpo da qual a comissão não só manifesta seu entendimento acerca do que foi peticionado como também delibera dar ciência à defesa de seu posicionamento adotado. Mas também pode ocorrer de a provocação da defesa albergar tema técnico de maior complexidade ou elaboração, de forma a exigir extensa resposta, que se demonstre inviável manifestar no escopo de uma ata deliberação.

Neste caso, pode a comissão adotar a prática de redigir a pormenorizada resposta à provocação em um despacho e, ato contínuo, elaborar uma ata de deliberação em que apenas manifeste a intenção de dar ciência de sua manifestação já juntada aos autos na forma do mencionado despacho.

Mais uma vez, ratifica-se a delimitada importância destes aspectos formais, não sendo relevante a denominação e a forma empregada para determinado ato processual, mas sim que, por meio dele, se atinja o fim desejado, qual seja, de a comissão manifestar um entendimento, com posterior notificação à defesa. É igualmente válido que a comissão elabore todo seu arrazoado no corpo de uma ata de deliberação na qual também decida notificar a defesa ou que o faça em um despacho seguido de ata de deliberação em que se decide apenar proceder à mencionada notificação.

Já a denominação de "termo" pode se aplicar para descrever todo tipo de ocorrência com que se depare a comissão ao longo de seu trabalho, desde fatos esperados e corriqueiros, até os mais incomuns ou inusitados, bem como para os atos de instrução probatória. Relembre-se a adequação da convenção adotada pois são atos "reduzíveis a termo", ou seja, são ocorrências ou buscas de provas que podem ser descritas em um termo.

Apenas para fim exemplificativo, apresentam-se listas com alguns dos principais termos de atos de instrução, em regra decorrentes de ata de deliberação (a que se somam, em especial, a indiciação e o relatório), e de alguns termos de ocorrência em geral, que podem surgir no processo disciplinar.

Exemplos de termos de atos de instrução:

- Termo de oitiva de testemunha;
- Termo de oitiva de declarante;
- Termo de diligência;
- Termo de diligência de busca e apreensão de bens e documentos na unidade;
- Termo de apreensão de bens e documentos na unidade;
- Termo de reprodução simulada;
- Termo de acareação;
- Termo de reconhecimento de pessoa (ou coisa);
- Termo de interrogatório do acusado.

Exemplos de termos de ocorrência:

- Termo de abertura de volume (ou de anexo) de processo;
- Termo de encerramento de volume (ou de anexo) de processo;
- Termo de renumeração de folhas;
- Termo de juntada de documentos;
- Termo de juntada de processos (ou de anexos);
- Termo de desentranhamento;
- Termo de desmembramento;
- Termo de concessão de vista (ou de entrega de cópia dos autos);
- Termo de recusa de recebimento de notificação (ou de citação);
- Termo de não comparecimento de intimado a ato de instrução;
- Termo de declaração de revelia;
- Termo de entrega de processo.

Não há praxe de as comissões numerarem estes termos de atos de instrução, sem prejuízo, obviamente, se determinado colegiado adotar alguma convenção para a numeração crescente, ininterrupta e individualizada de cada tipo de termo, seja a sugerida para atas de deliberação (contínua e única ao longo de todo o inquérito administrativo), seja a sugerida para atos de comunicação (reiniciada a cada passagem de ano, seguida do ano).

4.3.11.3 - Atos de Comunicação da Comissão

Em regra, os atos de comunicação são mandados assinados pelo presidente. Em abordagem sintética e sem grande rigor na intenção de classificar, costuma-se ter no processo disciplinar atos de comunicação dirigidos ao acusado e dirigidos a terceiras pessoas.

Os atos de comunicação dirigidos, de forma apriorística, ao acusado (ou, secundariamente, a seu procurador, porventura formalmente constituído e desde que sua procuração não excetue tal poder de receber, conforme já abordado em **4.3.6.2**), são:

- Notificação inicial: comunica ao servidor sua condição de acusado e informa a amplitude de seus direitos, ato de peculiar caráter personalíssimo que obriga a entrega à pessoa do acusado, não comportando entrega alternativamente exclusiva ao procurador, ainda que este tenha poderes conferidos para tal;
- Notificação: comunica ao acusado a realização de atos de instrução e respostas, decisões interlocutórias ou despachos decorrentes de petições ou questionamentos das mais diversas espécies com que a defesa provoca a comissão - à vista do formalismo moderado, é indiferente que tais termos sejam diretamente cientificados à defesa, nos seus próprios elementos autuados, sem a existência de uma específica notificação;
- Intimação: convoca o acusado para realização de algum ato processual a seu encargo ou para participação em algum procedimento, em especial para ser interrogado, que, a exemplo da notificação inicial, também é ato peculiar caráter personalíssimo, que deve ser comunicado exclusivamente ao acusado e não ao procurador. Mesmo o acusado não sendo obrigado a produzir prova contra si mesmo, em vista da natureza pública do processo disciplinar, a comissão deve intimá-lo a prestar qualquer tipo ato relevante para o deslinde dos fatos. Especificamente para ser interrogado, a comissão deve intimar o acusado (seja servidor ativo ou inativo ou ex-servidor) com base nos arts. 157 e 159 da Lei nº 8.112, de 1990. E, para a realização de demais atos instrucionais genéricos a

acusado ativo, pode a comissão capitular seu poder de intimar no inciso II do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990 e no inciso IV do art. 4º e no art. 39 e, talvez até, dependendo das peculiaridades do caso específico, ainda reforçar, se cabível, no mandamento do art. 28, todos da Lei nº 9.784, 29 de janeiro de 1999; sendo o acusado inativo ou ex-servidor, para estes demais atos que não o interrogatório usam-se apenas os citados comandos da Lei nº 9.784, de 1999, não cabendo o inciso II do art. 116 do Estatuto.

- Citação: comunica ao servidor sua condição de indiciado e abre prazo de defesa, com caráter personalíssimo idêntico à notificação inicial e à intimação para ser interrogado, a exigir entrega pessoal ao acusado.

Conforme já se introduziu em **4.3.6.1** e melhor se aduzirá em **4.4.3.2**, para que se concretize a necessária comunicação da comissão para a defesa (aqui, indistintamente se mencionando o próprio acusado e seu procurador), por meios dos atos acima, em princípio, basta que o colegiado cuide de comunicar apenas ao acusado, como seu apriorístico destinatário, ou apenas ao seu procurador, como seu destinatário subsidiário. A Lei nº 9.784, de 1999, no *caput* do seu art. 26 e no seu 41, impõe a comunicação apenas ao interessado (acusado), não a prevendo também para seu procurador (destaque-se que esta Lei, sem índole punitiva, emprega apenas o instituto da intimação no gênero dos atos de comunicação). Não se faz necessário entregar atos de comunicação ao acusado e a seu procurador, podendo se deixar a critério e ao encargo da defesa sua comunicação interna, conforme também entende a jurisprudência. De um lado, uma vez definido que basta comunicar a um dos dois agentes legalmente autorizados, justifica-se a eleição apriorística do próprio acusado com base na assertiva de que, ainda que tendo constituído procurador e ainda que este seja formalmente advogado, ninguém melhor, como regra, que o próprio servidor para cuidar de seus interesses. A convenção ora exposta somente se altera, centralizando-se os atos de comunicação no procurador, caso as condições do acusado dificultem ou inviabilize a entrega pessoal (destacadamente quando este se encontra em licença, afastado, preso ou em paradeiro incerto e não sabido) ou caso este não possa, por qualquer motivo, ou manifeste não querer receber pessoalmente as comunicações da comissão. Mas, de outro lado, relembrem-se a ressalva de que três atos em especial encerram caráter personalíssimo, a exigir entrega pessoal ao acusado e não ao procurador, independentemente de poderes expressos na procuração, que são a notificação inicial, a intimação para prestar interrogatório e citação para apresentar defesa.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.*
> *Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 10.404: "Ementa: 2. A ausência de intimação dos procuradores dos impetrantes não acarreta nulidade destes atos, haja vista a intimação pessoal dos acusados."*
>
> *STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.741: "Ementa: IV - Inexiste vício a macular o processo administrativo disciplinar no fato de as intimações terem sido feitas apenas ao advogado nomeado pelo servidor indiciado."*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/6.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/6: "16. Importante destacar que as fontes acima emanadas pela CGU e pelo STJ ratificam a desnecessidade de a CI notificar tanto o acusado quanto a seu procurador, sendo suficiente fazê-lo somente a um deles, conforme for acordado com a defesa e/ou de acordo com os poderes concedidos na procuração."*

Os atos de chamamento de outras pessoas ao processo, de forma também apriorística, são:

- Intimação: para servidores ativos não autoridades, inativos, ex-servidores, procuradores e demais pessoas (particulares, terceiros e administrados em geral). Sendo especificamente para testemunhar, o mandado para servidor ativo tem por base legal bastante e suficiente o *caput* do art. 157 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que determina, de forma genérica, que "As testemunhas serão intimadas a depor"; para todos os demais, este art. 157 estatutário deve ser somado ao inciso IV do art. 4º e ao art. 39, ambos da Lei nº 9.784, de 1999. Para realizar qualquer outro ato ou qualquer outra participação processual (em que se incluiu eventual intimação para depor na condição de declarante), também se deve intimar e, em tais casos, para servidor ativo, convém que o mandado tenha por base legal o inciso II do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, e o inciso IV do art. 4º e o art. 39 e, talvez até, dependendo das peculiaridades do caso específico, ainda reforçar, se cabível, com o mandamento do art. 28, todos da Lei nº 9.784, de 1999; para todos os demais, usam-se apenas os citados comandos da Lei nº 9.784, de 1999, não cabendo o inciso II do art. 116 do Estatuto. Uma vez que a imensa maioria dos comandos da Lei nº 8.112, de 1990, dirige-se de forma mais específica ao servidor ativo (embora expresse de forma aparentemente genérica apenas "servidor"), se poderia cogitar de não haver poder para intimar pessoas alheias a este disciplinamento (tais como para obrigar participações outras de inativo ou de ex-servidor que não nos seus interrogatórios, já que, como acusados, aplica-se a regra geral da intimação, acima descrita, ou quaisquer participações de demais pessoas), mas esta ilação é totalmente afastada pela natureza pública do processo, conforme também manifesta a doutrina da Controladoria-Geral da União (CGU). Decerto, não se recomenda o uso do termo "convite" ou da expressão "solicitação de comparecimento" para nenhuma espécie de destinatário, por expressarem forte grau de discricionariedade e de voluntariedade na decisão de atender ou não ao chamado;

  > *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 157. As testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da comissão, devendo a segunda via, com o ciente do interessado, ser anexada aos autos.*
  >
  > *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:*
  > *IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.*
  > *Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.*
  > *Art. 39. Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.*
  > *Parágrafo único. Não sendo atendida a intimação, poderá o órgão competente, se entender relevante a matéria, suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão.*
  >
  > *"Portanto, não cabe, em tese, ao cidadão negar-se a atender a intimação das comissões disciplinares, tendo novamente como fundamento os arts. 4º, IV , 39 e 28 da Lei nº 9.784/99, com a simples alegação de que não há interesse seu no processo administrativo disciplinar.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 169, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

- Ofício: além dos atos de comunicação acima, de viés processual, a manualização e a praxe administrativas sempre consagraram, em síntese, três diferentes espécies de atos

de comunicação oficiais, a saber, o memorando, o ofício e o aviso. O memorando era empregado para comunicações entre autoridades do mesmo órgão, o ofício atendia às demais comunicações dirigidas a autoridades de outros órgãos e o aviso era comunicação exclusiva entre Ministros de Estado. A terceira edição do Manual de Redação da Presidência da República, aprovada pela Portaria PR/CC n° 1.369, de 27 de dezembro de 2018, aboliu com o memorando e com o aviso, restando, para todos os casos, apenas o ofício.

É necessário diferenciar o emprego do ofício do emprego da intimação. Recomenda-se o uso de ofício para atos de comunicação, sem comando impositivo, com fins de prestar, solicitar ou encaminhar qualquer espécie de informação ou outras ações que não sejam de intimar, para destinatários internos da RFB; e também para qualquer ato de comunicação dirigido a autoridades pertencentes a pessoas jurídicas de direito público, para as quais não se cogita de intimar. E recomenda-se o uso de intimação para atos de comunicação, com comando impositivo, com fim de requisitar apresentação, resposta, esclarecimento, informação ou qualquer outro dado ou ação que se possa exigir de pessoa física (inclusive servidor ou mesmo autoridade da RFB que seja objeto da atuação correcional) ou de pessoa jurídica de direito privado.

E especificamente quanto à intimação, é imprescindível remeter, neste ponto, à exposição realizada em **2.5.3.2.5**, cuja leitura ora se recomenda, acerca da natureza anômala de que este instrumento pode, por vezes, se revestir no processo disciplinar.

Aduzindo primeiramente as intimações dirigidas ao acusado, é de se lembrar a preponderância dos preceitos constitucionais, erigidos ao patamar de direitos e garantias fundamentais individuais, de que ninguém é obrigado a fazer prova que considere ser contrária a si mesmo e a seus interesses e de que até mesmo o silêncio se amolda como válido na livre amplitude de defesa, nos termos decorrentes dos incisos LV e LXIII do art. 5º da Constituição Federal (CF), e da excludente de ilicitude prevista na parte final do inciso III do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), qual seja, do exercício regular de direito. Em outras palavras, não obstante caber sempre à comissão intimar o acusado a, de alguma forma, participar ou contribuir com a instrução probatória, a este é dado o inafastável direito de não atender ou de atender apenas em parte o teor das intimações sem que se cogite de aperfeiçoamento, neste ato, de nova ilicitude, nem conexa e nem tampouco independente, da infração objeto do processo disciplinar em curso. Para o acusado, o dever imposto de atender a intimações de parte do ente processante tem a natureza anômala de não trazer consigo uma repercussão em razão do descumprimento, como ocorre, aliás, com os deveres estabelecidos pelo art. 4º da Lei nº 9.784, de 1999. Obviamente, de um lado, pelos princípios da comunhão da prova e da livre apreciação da prova, a manifestação expressa ou tácita do acusado de voluntariamente abrir mão da oportunidade de dialogar juridicamente nos autos e a sua omissão em atender a intimação pode ser um dos elementos a dinamicamente atuarem na formação de convicção da comissão; mas, de outro lado, pelos princípios da oficialidade e da busca da verdade material, esta lacuna não autoriza a comissão a dispensar a exaustão da instrução probatória e a ter como admitido pelo acusado o teor que lhe poderia ser contrário em vista da intimação não atendida.

Diferentemente são as intimações dirigidas a terceiros, a exemplo dos intervenientes na instrução probatória (testemunhas, declarantes, peritos, assessores técnicos, dentre outros), sobre quem recai o dever legal colaborar com a Administração, previsto no inciso IV do art. 4º da Lei nº 9.784, de 1999. *A priori*, pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, não lhes é concedida nenhuma liberalidade em não cumprir a intimação de ordem pública, já que, como regra, o processo disciplinar não possui potencialidade de atingir esferas de direitos seus. Sendo o intimado servidor regido pela Lei nº 8.112, de 1990, cogita-se sim de cometimento de infração disciplinar (como deslealdade institucional, prevista no inciso II do

seu art. 116). Sendo o intimado particular, pode-se, no extremo, cogitar de crime de desobediência, conforme o art. 330 do CP. Em ambos os casos, a exceção aceita reside apenas na hipótese de este terceiro, servidor ou particular, ter interesse no objeto do processo disciplinar a ponto de poder ter a seu favor a cláusula de desobrigação de fazer prova contra si mesmo.

Convém que a comissão numere, de forma crescente e ininterrupta (para não parecer que há elementos faltantes nos autos), seus atos de comunicação, a fim de facilitar remissões. Sugere-se numeração individualizada para cada espécie de ato e reiniciada a cada passagem de ano, agregando-se o ano à numeração, seguida sigla "CI" ou "CS", dependendo se é comissão de inquérito ou comissão de sindicância. Esta sugestão, extensível de forma global para todas as espécies de atos de comunição, advém do fato de que manuais oficiais de redação assim padronizam, de forma obrigatória, a numeração para ofícios. Não é recomendável renumerar em bloco todos os tipos de atos de comunição e tampouco reiniciar a numeração a cada nova designação, visto que a referência pode ficar confusa e induzir a erros.

Cabe discorrer com maior detalhe sobre a terminologia empregada nas linhas anteriores. Não é de se confundir a incidência abrangente da Lei nº 9.784, de 1999, sobre todos os administrados em geral, com os ditames mais específicos que esta Lei comporta para uma parcela de seu campo incidental, que são os interessados. É cristalino do texto legal que a Lei Geral do Processo Administrativo Federal tratou os administrados como um gênero no qual pode caber, como espécie, o interessado. Qualquer pessoa, integrante da coletividade, insere-se no gênero administrado e pode vir a se inserir, mais especificamente, na espécie interessado se houver um processo administrativo que o relacione (por meio de ligações de direitos ou deveres) à Administração. A leitura sistemática da Lei nº 9.784, de 1999, é suficiente para afastar qualquer possibilidade de dúvida acerca destes dois conceitos. Em seus dispositivos introdutórios (arts. 1º a 3º), a Lei menciona administrados - como detentores de direitos e de deveres diante da Administração - e, ao tratar da instauração do processo (arts. 5º a 9º), a norma passa a mencionar os interessados - como aqueles que dão início ao processo administrativo ou que possam ter direitos nele afetados, o que não é o caso de alcance do processo disciplinar em relação a particulares. Destaca-se o didatismo com que o inciso II do art. 3º da mencionada Lei trata da diferenciação em comento (na mesma linha, o já reproduzido *caput* do art. 39 da norma também enumera, com inequívoco intuito de diferenciação, interessados e terceiros):

> *Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:*
> *II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;*
>
> *"(...) a lei federal (n. 9.784, de 1999) agrupou-os em dois segmentos: de um lado, a Administração; do outro, os administrados, ora assim denominados, ora tratados sob o rótulo 'interessados' (...). Parece nítido, dos preceitos do referido diploma legal, que o nome 'interessados' está reservado para o administrado quando ele se torna sujeito da relação processual administrativa." Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, "Processo Administrativo", pg. 125, Malheiros Editores, 1ª edição, 2001*

Assim, não cabe a um terceiro, particular ou administrado em geral negar-se a atender qualquer intimação da Administração - e, mais especificamente, do sistema correcional, em cujo âmbito aquela pessoa jamais terá atingido um direito seu -, fundamentada no inciso IV do arts. 4º ou no *caput* do art. 39, ambos da Lei nº 9.784, de 1999, com a frágil alegação de que não se reveste da condição de interessado no processo disciplinar (ou mesmo ainda antes de sua instauração, na fase de admissibilidade).

Nos termos já exemplificados de forma específica para a notificação inicial em **4.3.4.1**, a entrega dos atos de comunicação em geral para qualquer pessoa (seja o acusado ou seu procurador, seja um interveniente em algum ato instrucional), pela comissão no curso do processo disciplinar, e mais especificamente no curso da instrução probatória, pode-se dar por diversos meios, todos igualmente válidos. *A priori*, não há uma ordem de prevalência ou de hierarquia de um meio em relação a outro, bastando que o meio escolhido pela comissão, de acordo com a sua livre e autônoma avaliação caso a caso, propicie segurança jurídica do recebimento pelo destinatário.

Em sintéticas palavras, a entrega de atos de comunicação em geral para qualquer destinatário (aqui se incluem indistintamente notificação inicial, notificações, intimações, citação e ofícios, sem prejuízo da ressalva da peculiaridade do caráter personalíssimo da notificação inicial, das intimações para interrogatórios e da citação) pode ser feita fisicamente em mãos; ou com a remessa em via postal para o seu endereço residencial, com aviso de recebimento (AR); ou por meio dos endereços dos seus correios eletrônicos institucional ou particular ou ainda por meio dos números dos seus telefones móveis particular ou institucional, desde que assegurada a garantia jurídica de recebimento. Mas desde já se antecipa que a evolução normativa sobre o tema tem crescentemente eleito como prioritário o meio de entrega através de recursos tecnológicos, conforme se aduzirá adiante.

A entrega fisicamente em mãos dos atos de comunicação em geral para qualquer pessoa tem inequívoca e imediata base legal na primeira parte da inteligência contida no § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999, com a ressalva de ser uma lei generalista disciplinadora do processo administrativo *lato sensu* e por este motivo não reconhecer atos específicos da processualística disciplinar, mencionando apenas a intimação, cabendo ao aplicador compreender que o comando, quando transladado para a instrução probatória do processo disciplinar, engloba notificações e intimações para a defesa e para terceiros. Aquele dispositivo legal assevera a óbvia ciência no próprio processo, ou seja, com a autuação da via recibada e assinada pelo destinatário, pois, neste caso de se lograr realizar a entrega fisicamente em mãos, o ato de comunicação deve ser extraído em duas vias, ficando uma via com o destinatário e coletando-se recibo datado na outra via, que fará parte do processo.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 26.*
> *§ 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.*

Importante relembrar que o encargo da entrega física em mãos do ato de comunicação pode recair sobre apenas um dos membros da comissão (o presidente ou indistintamente qualquer dos dois vogais, não sendo necessária a formalidade de estarem presentes os três integrantes) quanto por um servidor estranho à comissão, seja integrante do grupo de atividades administrativas dos Escritórios de Corregedoria (Escor) que porventura o possuam, seja ainda por qualquer servidor do Escor ou mesmo de outra unidade (como unidade regional de gestão de pessoas) cedido para esta atividade (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros).

Não obstante a percepção apriorística sempre tender a tentar a entrega dos atos de comunicação fisicamente em mãos, é certo que a melhor aplicação do Direito, obviamente, não pode dissociá-lo do contexto social em que se insere, não restando dúvida de que cabe ao aplicador da ciência jurídica interpretá-la e integrá-la à vista, inclusive, dos avanços tecnológicos de seu tempo. Assim, embora a Lei nº 8.112, de 1990, não pudesse ter previsto a difusão do uso das ferramentas de informática, é de se ter como aceitável a realização de atos de comunicação por via eletrônica, sobretudo se o destinatário é lotado, tem exercício ou reside em localidade distinta daquela em que se sedia a comissão.

Decerto, a Lei nº 8.112, de 1990, à época de sua edição, não previu o avanço tecnológico recentemente experimentado por toda sociedade de forma crescente, sobretudo no campo das comunicações. Mas desde o início desta abordagem é interessante relembrar que a Lei nº 9.784, de 1999, na parte final do já reproduzido § 3º do seu art. 26, novamente ressalvando a menção à intimação, já antevia a possibilidade de extensão dos meios até então conhecidos de comunicação (fisicamente em mãos e por via postal), ao mencionar "outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado". E é interessante aqui relembrar que a Lei Geral do Processo Administrativo Federal consagra a aplicação da lei conforme o bom Direito e a obediência aos princípios do formalismo moderado, da instrumentalidade das formas e da eficiência.

Acresente-se, como relevante reforço, que a instância processual judicial, em geral mais formal que a processualística disciplinar, desde a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, ao informatizar o processo judicial como um todo, consagra em especial o emprego de atos de comunicação eletrônicos, como se depreende do *caput* e do § 2º do seu art. 9º.

> *Lei nº 11.419, de 2006 - Art. 9º No processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico, na forma desta Lei.*
> *§ 2º Quando, por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização de citação, intimação ou notificação, esses atos processuais poderão ser praticados segundo as regras ordinárias, digitalizando-se o documento físico, que deverá ser posteriormente destruído.*

Na esteira, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), já desde sua redação original, no seu Livro IV, que trata de todos os atos processuais (em que se incluem os atos de comunicação), dedicou uma Seção inteira de um dos Capítulos do seu Título I, que detalha a forma, o tempo e o lugar daquele gênero de atos, à sua prática em meio eletrônico. Neste regramento mais genérico, iniciado pelo *caput* do art. 193, até o art. 199, já se estabelecia, desde a entrada em vigor do CPC, a permissão de emprego de atos processuais em formato digital e trabalhados eletronicamente e se registrava a obrigatoriedade da implantação deste meio, com exigência de crescente automação processual, sem prejuízo da segurança da participação e do acesso das partes aos autos e da garantia de recebimento de atos de comunicação.

> *CPC - Art. 193. Os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei.*

Na instância administrativa, a CGU, em sua Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, ensaiou um primeiro passo na adoção de atos de comunicação harmonizados com os recursos tecnologicos quando, no § 8º do seu art. 33, àquele momento ainda limitadamente apenas para o processo administrativo disciplinar (PAD) *stricto sensu*, previu a forma eletrônica destes elementos processuais.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 33.*
> *§ 8º A comunicação dos atos processuais poderá ser realizada por qualquer meio escrito, inclusive na forma eletrônica, desde que se assegure a comprovação da ciência do interessado ou de seu procurador com poderes suficientes para receber a comunicação.*

Por fim, este processo evolutivo desaguou na IN CGU/CRG nº 9, de 24 de março de 2020, em que a CGU, por meio da Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG), regulamentou o emprego de recursos tecnológicos para atos de comunicação em procedimentos correcionais *lato sensu*, incluindo, obviamente, o processo disciplinar. Os arts. 1º e 2º da norma esclarecem que os recursos tecnológicos válidos são endereços de correios eletrônicos e números de telefones móveis, sejam particulares ou institucionais ou ainda outros recursos similares,

desde que estritamente de uso pessoal e individual apenas do próprio destinatário (endereços e números de uso coletivo, mesmo quando institucionais, não são canais autorizados na norma).

> *IN CGU/CRG nº 9, de 2020 - Art. 1º As comunicações referentes aos processos correcionais que tramitam nos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal podem ser efetuadas por meio de correio eletrônico institucional, aplicativos de mensagens instantâneas ou recursos tecnológicos similares, observadas as diretrizes e as condições estabelecidas nesta Instrução Normativa.*
> *Parágrafo único. Os recursos tecnológicos podem ser utilizados para a realização de qualquer ato de comunicação processual, inclusive:*
> *I - notificação prévia;*
> *II - intimação de testemunha ou declarante;*
> *III - intimação de investigado ou acusado;*
> *IV - intimação para apresentação de alegações escritas e alegações finais; e*
> *IV - citação para apresentação de defesa escrita.*
> *Art. 2º O encaminhamento de comunicações processuais por meio de recursos tecnológicos pode ocorrer mediante mensagem para o endereço de correio eletrônico ou para o número de telefone móvel pessoal, seja funcional ou particular.*

Especificamente no que tange aos canais de contato com o acusado, uma vez que são ferramentas de trabalho disponibilizadas pela própria Administração, o endereço de correio eletrônico e o número do telefone móvel (caso o servidor possua) institucionais não são dados privados e são oficialmente conhecidos. E, a rigor, mesmo os dois canais particulares também devem ser de conhecimento institucional, pois devem estar informados e atualizados pelo próprio servidor em seus assentamentos funcionais, sob pena de incursão na infração disciplinar de descumprir o dever funcional estabelecido no inciso XIX do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990.

É de se relembrar que, no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), independentemente da normatização estabelecida pela CGU/CRG, sempre se utilizou da via do correio eletrônico institucional, ao amparo do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 2002 (ainda que a plataforma tenha mudado), se o destinatário é servidor da instituição (seja acusado, seja interveniente na instrução probatória). O simples envio de atos de comunicação no curso do processo disciplinar, por via eletrônica, seja para o acusado, seja para outros destinatários, não se inclui no escopo de obrigatoriedade de uso de criptografia, determinada pela Portaria Coger nº 99, de 27 de agosto de 2020, uma vez que não se obriga que o destinatário possua conhecimento técnico e suporte tecnológico (*softwares*) para abrir os documentos.

> *Portaria SRF nº 1.397, de 2002 - Art. 1º O Correio Eletrônico, ferramenta de propriedade da Secretaria da Receita Federal - SRF, constitui instrumento de uso institucional, destinado ao intercâmbio de mensagens, para fins de racionalização do trabalho e aumento da produtividade.*

Feita esta introdução, há inequívoco amparo normativo para que a comissão encaminhe atos de comunicação em geral, no curso da instrução probatória, para quem quer que seja (acusado ou seu procurador e terceiros intervenientes nos atos instrutórios) por meio dos endereços dos seus correios eletrônicos institucional ou particular ou ainda por meio dos números dos seus telefones móveis particular ou institucional (caso o servidor possua) com que se acessem aplicativos de mensagem instantânea, conforme autorizam de maneira expressa os incisos do parágrafo único do art. 1º da IN CGU/CRG nº 9, de 2020. Obviamente, no caso de servidor inativo e de ex-servidor, não se aplicam os canais institucionais.

Por ambas as vias, deve-se empregar mensagem escrita acompanhada do arquivo não editável da imagem da notificação inicial, da intimação, da notificação, da citação ou do ofício e caso, porventura, este ato de comunicação possua anexos sobretudo extensos, podem

ser disponibilizados com endereço de acesso ou *link* de seu armazenamento, nos termos do *caput* e dos §§ 1º e 3º do art. 3º da IN CGU/CRG nº 9, de 2020. Obviamente, o art. 4º da IN CGU/CRG não contempla a comunicação realizada por mera conversa telefônica oral, sendo imprescindível o emprego de aplicativos que possuam funcionalidades de troca de mensagem escrita de texto e de troca de arquivos de imagem. Após o envio do ato de comunicação, é necessário coletar confirmação de recebimento pelo destinatário, conforme elencam os cinco incisos do *caput* do art. 5º da norma. Os incisos I a III o consideram confirmado, respectivamente, com a manifestação expressa do destinatário ou com o aviso automático de leitura (o correio eletrônico institucional possui, além do recurso de confirmação de entrega, o recurso de aviso de recebimento, que equivale à exigida comprovação de leitura) ou com sinal gráfico do aplicativo que demonstre a leitura. O inciso IV contempla o recebimento ficto, caso a comissão utilize um endereço de correio eletrônico ou um número de telefone móvel informado pelo próprio destinatário e já usado anteriormente. E o inciso V considera confirmado o recebimento se o destinatário atender o objeto do ato de comunicação.

> *IN CGU/CRG nº 9, de 2020 - Art. 3º A comunicação feita com o interessado, o seu representante legal, o seu procurador ou o terceiro por meio de correio eletrônico ou aplicativo de mensagem instantânea deve ocorrer na forma de mensagem escrita acompanhada de arquivo de imagem do ato administrativo.*
> *§ 1º O arquivo deve estar preferencialmente em formato não editável.*
> *§ 2º Tratando-se de comunicação com mais de uma página e que demande fragmentação em mais de um arquivo, as mídias devem ser devidamente identificadas, de modo a permitir sua leitura com observância da ordem cronológica da produção do documento original.*
> *§ 3º Os anexos dos atos de comunicação poderão ser disponibilizados mediante indicação do endereço de acesso ou link ao documento armazenado em servidor online.*
> *Art. 4º Os aplicativos de mensagem instantânea utilizados para comunicações processuais devem possuir as seguintes funcionalidades:*
> *I - troca de mensagem de texto; e*
> *II - troca de arquivos de imagem.*
> *Art. 5º Enviada a mensagem pelo correio eletrônico ou pelo aplicativo de mensagem instantânea, a confirmação do recebimento da comunicação se dará mediante:*
> *I - a manifestação do destinatário;*
> *II - a notificação de confirmação automática de leitura;*
> *III - o sinal gráfico característico do respectivo aplicativo que demonstre, de maneira inequívoca, a leitura por parte do destinatário;*
> *IV - a ciência ficta, quando encaminhada para o correio eletrônico ou número de telefone móvel informados ou confirmados pelo interessado; ou*
> *V - o atendimento da finalidade da comunicação.*
> *Parágrafo único. A contagem de prazos terá início no primeiro dia útil que se seguir ao de qualquer das hipóteses constantes do caput deste artigo.*

Inequivocamente, seria mais conveniente para a Administração se o inciso II do art. 5º da IN CGU/CRG indicasse a notificação automática de confirmação da simples entrega da mensagem na caixa de entrada do correio eletrônico ou do aplicativo de mensagem instantânea, em lugar de ter positivado a exigência de notificação de confirmação automática de leitura, que se dá em momento posterior àquele outro marco temporal. No entanto, não seria possível que a norma infralegal assim positivasse, já que o já citado § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999, estabelece que o meio alternativo de entrega de ato de comunicação assegure a certeza da ciência do destinatário. Na mesma linha, o § 8º do art. 33 IN CGU nº 14, de 2018, também exige a comprovação da ciência do destinatário. E mesmo que se busque a fonte supletiva da lei processual civil, eis que o CPC, no § 1º-A do seu art. 246, menciona a ausência do recebimento do ato de comunicação. Assim, percebe-se que todas estas fontes

referem-se ao momento do efetivo conhecimento ou da efetiva ciência por parte do destinatário e não à simples entrega ou recebimento do ato de comunicação.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 33.*
> *§ 8º A comunicação dos atos processuais poderá ser realizada por qualquer meio escrito, inclusive na forma eletrônica, desde que se assegure a comprovação da ciência do interessado ou de seu procurador com poderes suficientes para receber a comunicação.*
>
> *CPC - Art. 246.*
> *§ 1º-A A ausência de confirmação, em até 3 (três) dias úteis, contados do recebimento da citação eletrônica, implicará a realização da citação: (Incluído pela Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021)*

O art. 7º da IN CGU/CRG em comento estabelece que devem ser autuadas a mensagem eletrônica, a confirmação de leitura e o arquivo de imagem do ato de comunicação (ou, alternativamente, deve a comissão redigir termo com todos os dados do envio e da confirmação e autuá-lo junto com o arquivo de imagem). No caso de emprego de aplicativo de mensagem instantânea por telefone móvel, não convém salvar o destinatário na lista de contatos do remetente, para que a comprovação de envio registre justamente o número do telefone móvel do destinatário e não o nome que se elegesse para salvá-lo naquele diretório e recomenda-se juntar ao processo o comprovante de leitura somente a partir do terceiro dia após o envio, para que fique registrada exatamente a data da ocorrência (e não “hoje” ou “ontem”). Por fim, o art. 6º da norma ressalva que, se em cinco dias (que se presumem corridos) não houver alguma forma acima de confirmação de leitura, o procedimento deve ser cancelado e repetido, por meio convencional ou novamente por meio tecnológico, a critério da comissão.

> *IN CGU/CRG nº 9, de 2020 - Art. 6º Na hipótese de não ocorrer alguma das hipóteses do artigo anterior no prazo de 5 (cinco) dias, o procedimento de comunicação deve ser cancelado e repetido por qualquer meio.*
> *Art. 7º A comunicação processual deve ser incorporada aos autos, mediante a juntada da mensagem de correio eletrônico, de aplicativo de mensagem instantânea ou de termo nos quais constem o dia, o horário e o número de telefone para o qual se enviou a comunicação, bem como o dia e o horário em que ocorreu a confirmação do recebimento da mensagem pelo destinatário, com imagem do ato.*

Acrescente-se também que, a rigor, a Lei nº 8.112, de 1990, não prevê o emprego de via postal para atos de comunicação em instância disciplinar. Entretanto, com base na aplicação subsidiária da Lei nº 9.784, de 1999, no já reproduzido § 3º do seu art. 26, o emprego da via postal é admitido para envio de atos de comunicação, quaisquer que sejam, sobretudo (mas não necessariamente) se o destinatário é lotado, tem exercício ou reside em localidade distinta daquela em que se sedia a comissão ou se é servidor ativo licenciado ou inativo ou se é ex-servidor.

Para a via postal, dependendo das peculiaridades de cada caso concreto, pode a comissão remetar atos de comunicação para o último domicílio atualizado do destinatário, dentre todos os constantes nas bases de dados da RFB, na base de dados do Sistema Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), em suas declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (DIRPF) e junto à gestão de pessoas no Sistema de Apoio às Atividades Administrativas - SA3), se for servidor.

Neste caso de se remeter o ato de comunicação por via postal, deve a comissão emiti-lo em duas vias, ficando uma via no processo, enquanto a outra via é remetida para o destinatário utilizando o serviço de aviso de recebimento (AR), conforme exige o mencionado § 3º do art. 26 da Lei Geral do Processo Administrativo Federal. O AR é um serviço adicional

disponibilizado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) para objeto registrado (ou seja, que possui número de registro que permite rastreamento), em que o remetente preenche um formulário próprio, que lhe é devolvido, assinado e datado por quem recebeu a postagem, comprovando que a remessa foi entregue e quando o foi, devendo este comprovante posteriormente ser autuado ao processo. Na mesma linha é a aplicação extensiva na processualística disciplinar do comando estabelecido no § 1º do art. 248 do CPC que, mesmo, voltado para a instância mais formal do processo judicial, deixa inequívoco que, na hipótese de se empregar via postal para entrega de atos de comunicação em geral, o único requisito exigido sobre a correspondência é que seja feita por meio de carta registrada com AR.

> *CPC - Art. 248.*
> *§ 1º A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo.*

E é importante destacar que o CPC, no § 4º do mesmo art. 248, ratificou a validade da entrega do ato de comunicação a porteiros ou demais empregados em caso de o destinatário residir em condomínio ou qualquer outra espécie de moradia com controle de acesso, sendo certo que alcança também o empregado doméstico da sua própria unidade residencial. E, se o destinatário estiver ausente, o comando legal permite que o responsável pelo recebimento de correspondência recuse receber, desde que declare a ausência por escrito.

> *CPC - Art. 248.*
> *§ 4º Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente.*

Acrescente-se ainda que, segundo a aplicação extensiva do parágrafo único do art. 274 do CPC à processualística disciplinar, na hipótese de mudança de endereço, temporária ou definitiva, sem a devida comunicação à Administração, por parte do acusado (conforme também determina o art. 162 da Lei nº 8.112, de 1990) ou por parte de qualquer agente interveniente na instrução probatória, serão considerados válidas as intimações que lhe tenham sido enviadas, por via postal, para o endereço original, ainda que não recebidos pessoalmente pelo destinatário.

> *CPC - Art. 274. Não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais, aos advogados e aos demais sujeitos do processo pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria.*
> *Parágrafo único. Presumem-se válidas as intimações dirigidas ao endereço constante dos autos, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, se a modificação temporária ou definitiva não tiver sido devidamente comunicada ao juízo, fluindo os prazos a partir da juntada aos autos do comprovante de entrega da correspondência no primitivo endereço.*

Interessante destacar que a Lei nº 9.784, de 1999, no já mencionado § 3º do art. 26, e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), no § 2º do art. 370, equiparam a entrega fisicamente em mãos das intimações à entrega por via postal e até mesmo a entrega por outro meio (que pode ser o eletrônico).

> *CPP - Art. 370.*
> *§ 1º A intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996)*
> *§ 2º Caso não haja órgão de publicação dos atos judiciais na comarca, a*

> *intimação far-se-á diretamente pelo escrivão, por mandado, ou via postal com comprovante de recebimento, ou por qualquer outro meio idôneo. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 1996)*

Mas o que de fato se quer consagrar aqui é o maior arrojo atualizador do CPC, ainda no seu mesmo Livro IV sobre os atos processuais em geral, mas agora já no Título II, que se foca especificamente apenas na comunicação dos atos processuais, na sequência do Título I mais genérico, conforme mencionado acima. Concentrando a análise inicialmente nas intimações, abrangidas no Capítulo IV deste Título II - deixando de lado por ora a citação, abrangida no antecedente Capítulo II, e que possui mesma natureza da notificação inicial do PAD (já abordada em **4.3.4.1**) -, o CPC, no *caput* do art. 270 e no art. 273, expressamente prioriza o meio eletrônico para a sua entrega e iguala os outros dois meios de entrega. E, para além disto, o *caput* do art. 275 do CPC chega mesmo ao ponto de deixar claro que a entrega física em mãos das intimações se resume à última opção, a ser empregada somente em caso de insucesso também na prévia entrega via postal. Indubitavelmente, o CPC atualmente atribui uma qualidade apenas secundária e suplementar às entregas dos atos de comunicação fisicamente em mãos e pela via postal, a serem empregadas apenas quando os recursos tecnológicos não propiciarem certeza jurídica do recebimento em via eletrônica. Assim, pode-se dizer que os comandos já expostos da IN CGU/CRG nº 9, de 2020, se encontram fortemente respaldados pela inteligência da lei processual civil. Esta hierarquização dos meios de entrega do ato de comunicação em geral no curso da instrução probatória nada mais faz que refletir, no ordenamento legal, a inquestionável maior facilidade de emprego propiciada pelos recursos tecnológicos e a razoável facilidade agregada à maior segurança jurídica do recebimento de parte do destinatário propiciada pela via postal com AR. Daí, a preferência a ser dada àquele primeiro meio, seguido pelo segundo, restando a entrega física em mãos como hipótese residual a ser usada subsidiária e concorrentemente aos dois primeiros, sobretudo quando aqueles não suprem razoável certeza de recebimento.

> *CPC - Art. 270. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei.*
> *Art. 273. Se inviável a intimação por meio eletrônico e não houver na localidade publicação em órgão oficial, incumbirá ao escrivão ou chefe de secretaria intimar de todos os atos do processo os advogados das partes:*
> *I - pessoalmente, se tiverem domicílio na sede do juízo;*
> *II - por carta registrada, com aviso de recebimento, quando forem domiciliados fora do juízo)*
> *Art. 275. A intimação será feita por oficial de justiça quando frustrada a realização por meio eletrônico ou pelo correio.*

Relembrando as terminologias próprias dos processos administrativo e judicial, é razoável interpretar extensivamente que os comandos acima do CPP e do CPC, referentes apenas às intimações, uma vez refletidos para a processualística disciplinar, compreendem não só aquelas intimações mas também, indistintamente, as notificações para a defesa.

E complementando a análise com o que o CPC aduz para a citação no Capítulo II do Título sobre comunicação dos atos processuais, reforça-se em definitivo o argumento de que o emprego de recursos tecnológicos, mais do que legalmente aceito, é valorizado na entrega de atos de comunicação em geral no curso da instrução probatória. Reitere-se o já exposto em **4.3.4.1**, onde se destacou que o *caput* e o § 1º-A do art. 246 e o *caput* do art. 247, após uma atualização evolutiva em suas redações, além do art. 249, todos do CPC, priorizam este meio, mais especificamente pelos endereços eletrônicos, como preferencial na entrega do ato de maior relevância dirigido à parte, que é a citação, com que se faz o seu chamamento aos autos (similar, no processo civil, à notificação inicial do processo disciplinar).

> *CPC - Art. 246. A citação será feita preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de até 2 (dois) dias úteis, contado da decisão que a determinar, por meio*

> *dos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, conforme regulamento do Conselho Nacional de Justiça. (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *§ 1º-A A ausência de confirmação, em até 3 (três) dias úteis, contados do recebimento da citação eletrônica, implicará a realização da citação: (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *I - pelo correio; (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *II - por oficial de justiça; (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *III - pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório; (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *IV - por edital. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *Art. 247. A citação será feita pelo correio para qualquer comarca do país, exceto:*
> *IV - quando o citando residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência;*
> *Art. 249. A citação será feita por meio de oficial de justiça nas hipóteses previstas neste Código ou em lei, ou quando frustrada a citação pelo correio.*

O caráter alternativo da entrega das notificações e intimações ao acusado ou ao seu procurador, já defendido acima - salvo para os atos de caráter personalíssimo, como notificação inicial, intimação para o interrogatório e citação para apresentar defesa -, e a múltipla possibilidade de meios e formas de fazê-lo validamente foram referendados pela manifestação da CGU, por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 10, de 30 de outubro de 2015, desde que feita por escrito (não se aceita o comunicado meramente verbal) e com comprovação da ciência, na linha do § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999.

> *Enunciado CGU/CCC nº 10, de 2015: "Validade da notificação de atos processuais. A validade de uma intimação ou notificação real fica condicionada a ter sido realizada por escrito e com a comprovação da ciência pelo interessado ou seu procurador, independentemente da forma ou do meio utilizado para sua entrega".*

Na mesma linha, posteriormente a CGU ratificou este posicionamento concessivo, promovendo-o ao patamar de comando positivado. A saber, a IN CGU nº 14, de 2018, no já mencionado § 8º do seu art. 33, estabeleceu que a entrega de qualquer ato de comunicação, gênero em que se incluem as notificações e as intimações acerca da realização de ato de instrução, pode se dar por qualquer meio escrito, inclusive eletrônico, desde que se propicie a certeza jurídica da ciência do acusado (embora a norma estenda alternativamente para a ciência do procurador com poderes constituídos, ressalve-se a adoção de postura mais cautelosa para a intimação para o servidor ser interrogado, de recebimento centrado na pessoa apenas do próprio acusado). E, também como já asseverado, esta inteligência permissiva restou ainda mais pacificada com a IN CGU/CRG nº 9, de 2020.

Prosseguindo na positivação da CGU, como consequência do princípio do prejuízo, o § 10 do art. 33 da mesma IN CGU nº 14, de 2018, assevera que, mesmo que haja algum defeito formal no ato de comunicação - e até mesmo a sua total inexistência -, o comparecimento espontâneo do acusado supre e supera o vício meramente de forma.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 33.*
> *§ 10. O comparecimento espontâneo do acusado em ato processual supre eventuais vícios formais relativos à comunicação de sua realização.*

Ainda, em caso de dúvida por parte da comissão acerca da necessária entrega das notificações e das demais intimações no curso da instrução probatória, o emprego superposto também da via postal com AR, além de pouco oneroso, fornece um bom grau de segurança de se ter cumprido aquele requisito.

Por fim, inegavelmente, a entrega de atos de comunicação, por parte da comissão, ao acusado ou a seu procurador, pode se configurar em um verdadeiro entrave no bom andamento processual se a defesa adota a estratégica pouco leal de se esquivar do contato, forçando a postergação dos prazos. É de imperar na hipótese o princípio geral de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza, refletindo-se o comando do art. 565 do CPP, também adotado administrativamente pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), em seu Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017. Mas é de se relembrar o já aduzido em **4.3.6.2**, de que não convém a comissão tentar desrespeitar a manifestação de vontade de acusado, expressa na procuração, quando ressalva a não transferência ao procurador da capacidade para receber atos de comunicação.

> *CPP - Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade relativa a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.*
>
> *Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017: "24. Em decorrência das manobras realizadas pelo acusado, temos, então, a aplicação da teoria da 'Venire contra Factum Proprium' que proíbe comportamentos contraditórios. Segundo Flávio Tartuce, que milita no Direito Civil, 'Pela máxima venire contra factum proprium non potest, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade, decorrentes da boa-fé objetiva'.*
> *25. Em termos mais claros, trata-se da proibição de se beneficiar de atos de incoerência. Ora, se foi o próprio acusado que efetuou manobras para não ser notificado do Processo Administrativo Disciplinar e de seus atos, bem como tirou sucessivas licenças que dificultaram a conclusão do processo, não cabe alegação de excesso de prazo. Desse modo, não houve transgressão ao princípio da boa-fé; se isso ocorreu, foi por parte do acusado."*

4.3.11.4 - Forma Escrita, Assinaturas e Rubricas

Todos os atos, independentemente se produzidos pela comissão ou pela defesa, devem ser formalizados no processo de forma escrita (mesmo aqueles marcados pela oralidade, como oitivas, acareações e interrogatórios, devem ser reduzidos a termo) e em vernáculo, por clara exigência do § 1º do art. 22 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Se, por um lado, não são juridicamente válidos atos feitos apenas oralmente, em contrapartida, são válidos os documentos escritos apresentados até de forma manuscrita, desde que legíveis.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 22.*
> *§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.*

Os atos e termos redigidos pela comissão devem primar pela síntese, simplicidade e dessacramentalização formal. Não se justificam redações excessivamente rebuscadas, herméticas, anacrônicas, atávicas, repetitivas, desnecessárias e respeitosas apenas a meras praxes ultrapassáveis e dispensáveis sem qualquer prejuízo ao conteúdo e à compreensão. A forma redacional deve ser compreensível por qualquer servidor leigo em ciências jurídicas e deve conter o núcleo mínimo para atender o fim a que se destina cada ato, sem sobrepor formalismos meramente ritualísticos e sem tampouco chegar a ponto de atingir e cortar as informações relevantes ao pleno exercício da defesa e à inequívoca compreensão das autoridades que atuarão no julgamento.

Ainda em termos de redação, há duas convenções adotadas no Manual de Redação e Elaboração de Atos Administrativos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (Marea), aprovado pela Portaria RFB nº 1.086, de 18 de julho de 2018, que refletem um trabalho zeloso, sendo duas merecedoras de menção e de especial atenção, constantes dos seus itens

2.13 e 5.2.4.

Para nomes extensos e compostos, convenciona-se usar a grafia completa em caso de menção única (por exemplo, “Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil”) e usar a grafia completa seguida de sigla na primeira menção caso o nome ainda se repita no corpo do texto (por exemplo, “Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB)”), empregando-se apenas a sigla nas(s) menção(ões) seguinte(s) (por exemplo, “RFB”). Em especial, destaque-se que as siglas de unidades, divisões, seções, serviços e setores no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil encontram a devida padronização na Portaria RFB nº 2.155, de 21 de fevereiro de 2011.

Para normas, convenciona-se usar a grafia completa “Norma nº x.xxx, de xx de xxxxxx de xxxx” na primeira ou única menção (por exemplo, “Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990”) e a grafia sintetizada “Norma nº x.xxx, de xxxx” na(s) menção(ões) seguinte(s) (por exemplo, “Lei nº 8.112, de 1990”).

Uma questão recorrente na redação de atos processuais é o devido emprego de pronomes de tratamento. Na linha acima mencionada de simplificação formal, eis que a Presidência da República adotou a dessacramentalização redacional ao abolir formas rebuscadas de pronomes de tratamento. Com efeito os arts. 1° e 2° do Decreto n° 9.758, de 11 de abril de 2019, estabeleceram que a única espécie aceitável no âmbito federal é “senhor” (até para o próprio Presidente da República, Vice-Presidente e Ministros de Estado), admitidas flexões para feminino e plural, excepcionando-se da regra os tratamentos para autoridades estrangeiras ou de organismos internacionais, do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas, da Defensoria Pública, do Ministério Público e de outros entes federativos. De forma expressa, os incisos I a VII do *caput* do art. 3° do mencionado Decreto aboliu o uso, entre agentes públicos federais, de pronomes tais como Vossa Excelência, Excelentíssimo, Vossa Senhoria, Vossa Magnificência, doutor, ilustre, ilustríssimo, digno, digníssimo ou respeitável.

> *Decreto n° 9.758, de 2019*
> *Objeto e âmbito de aplicação*
> *Art. 1º Este Decreto dispõe sobre a forma de tratamento empregada na comunicação, oral ou escrita, com agentes públicos da administração pública federal direta e indireta, e sobre a forma de endereçamento de comunicações escritas a eles dirigidas.*
> *§ 1º O disposto neste Decreto aplica-se às cerimônias das quais o agente público federal participe.*
> *§ 2º Aplica-se o disposto neste Decreto:*
> *I - aos servidores públicos ocupantes de cargo efetivo;*
> *II - aos militares das Forças Armadas ou das forças auxiliares;*
> *III - aos empregados públicos;*
> *IV - ao pessoal temporário;*
> *V - aos empregados, aos conselheiros, aos diretores e aos presidentes de empresas públicas e sociedades de economia mista;*
> *VI - aos empregados terceirizados que exercem atividades diretamente para os entes da administração pública federal;*
> *VII - aos ocupantes de cargos em comissão e de funções de confiança;*
> *VIII - às autoridades públicas de qualquer nível hierárquico, incluídos os Ministros de Estado; e*
> *IX - ao Vice-Presidente e ao Presidente da República.*
> *§ 3º Este Decreto não se aplica:*
> *I - às comunicações entre agentes públicos federais e autoridades estrangeiras ou de organismos internacionais; e*
> *II - às comunicações entre agentes públicos da administração pública federal e agentes públicos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, do Tribunal de*

Contas, da Defensoria Pública, do Ministério Público ou de outros entes federativos, na hipótese de exigência de tratamento especial pela outra parte, com base em norma aplicável ao órgão, à entidade ou aos ocupantes dos cargos.
Pronome de tratamento adequado
Art. 2º O único pronome de tratamento utilizado na comunicação com agentes públicos federais é "senhor", independentemente do nível hierárquico, da natureza do cargo ou da função ou da ocasião.
Parágrafo único. O pronome de tratamento é flexionado para o feminino e para o plural.
Formas de tratamento vedadas
Art. 3º É vedado na comunicação com agentes públicos federais o uso das formas de tratamento, ainda que abreviadas:
I - Vossa Excelência ou Excelentíssimo;
II - Vossa Senhoria;
III - Vossa Magnificência;
IV - doutor;
V - ilustre ou ilustríssimo;
VI - digno ou digníssimo; e
VII - respeitável.

Em acréscimo ao tema em apreço, embora se saiba dispor sobre a elaboração de leis, vale reproduzir aqui dispositivos da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, destacadamente em seu art. 11, ao detalhar técnicas de redação legislativa, apresenta comandos muito pertinentes até mesmo para a elaboração de atos e termos processuais no âmbito administrativo.

Lei Complementar nº 95, de 1998 - Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:
I - para a obtenção de clareza:
a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;
b) usar frases curtas e concisas;
c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis;
d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;
e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;
II - para a obtenção de precisão:
a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma;
b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;
c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;
d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;
e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado;
f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; (Redação dada pela Lei Complementar no 107, de 26/04/01)
g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as

> *expressões "anterior", "seguinte" ou equivalentes; (Alínea incluída pela Lei Complementar nº 107, de 26 de abri 2001)*

Todos os integrantes da comissão devem presenciar os atos formadores de convicção (tais como diligências, depoimentos, interrogatórios, etc) e assinar os respectivos termos, atas de deliberação, indiciação e relatório, como forma válida de comprovar sua atuação. Conforme já exposto em **4.3.11.1**, até é possível que a deliberação inicialmente tomada por apenas dois integrantes seja posteriormente ratificada pelo membro ausente, por meio de nova ata assinada pelo trio, mas não se cogita de a feitura do ato de instrução se dar com o colegiado incompleto.

Garante-se a autenticidade destes documentos tão somente com as assinaturas dos integrantes na última folha e suas rubricas nas demais folhas. Destaque-se que quando há o secretário estranho à comissão, ele redige e assina atas de deliberação e termos de atos de formação de convicção apenas para informar esta sua condição de escrivão, sem se confundir com manifestar convicção. A regra, revigorada no § 2º do art. 22 da Lei nº 9.784, de 1999, e existente já desde o art. 31 da Lei nº 4.862, de 29 de novembro de 1965, e regulamentada ainda no *caput* do art. 9º do Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, e refletida ainda internamente nos arts. 1º e 2º da Portaria RFB nº 1.880, de 24 de dezembro de 2013, é a dispensa do reconhecimento de firma em qualquer ato ou documento integrante do processo, a menos que haja dúvida de autenticidade.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 22.*
> *§ 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.*
>
> *Lei nº 4.862, de 1965 - Art. 31. Salvo em casos excepcionais ou naqueles em que a lei imponha, explicitamente, esta condição, não será exigido o reconhecimento de firmas em petições dirigidas à administração pública, podendo, todavia, a repartição requerida, quando tiver dúvida sobre a autenticidade da assinatura de requerente ou quando a providência servir ao resguardo do sigilo, exigir antes da decisão final a apresentação de prova de identidade do requerente.*
>
> *Decreto nº 9.094, de 2017 - Art. 9º Exceto se existir dúvida fundada quanto à autenticidade ou previsão legal, fica dispensado o reconhecimento de firma e a autenticação de cópia dos documentos expedidos no País e destinados a fazer prova junto a órgãos e entidades do Poder Executivo federal.*
>
> *Portaria RFB nº 1.880, de 2013 - Art. 1º Fica dispensada a exigência de firma reconhecida nos documentos apresentados à Secretaria da Receita Federal do Brasil, exceto quando:*
> *I - houver dúvida fundada quanto à autenticidade da assinatura aposta no documento apresentado; e*
> *II - existir imposição legal.*
> *Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica ao § 1º do art. 3º da Instrução Normativa RFB nº 944, de 29 de maio de 2009.*
> *Art. 2º Verificada, em qualquer tempo, falsificação de assinatura em documento público ou particular, a repartição considerará não satisfeita a exigência documental e dará conhecimento do fato à autoridade competente, dentro do prazo improrrogável de 5 (cinco) dias, para instauração do processo criminal.*

Com a edição da Ordem de Serviço (OS) Coger nº 1, de 3 de junho de 2015, que determina a formalização dos processos disciplinares no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), os documentos produzidos pela comissão ou pela defesa de que conste a assinatura do acusado e quaisquer documentos produzidos por terceiros, por força de seu art. 3º, devem, depois de digitalizados (escaneados), ter a sua via em papel arquivada no Escritório de Corregedoria (Escor), até que ocorra a prescrição da pretensão de discussão judicial acerca de

sua autenticidade. Por expressa previsão da norma , não se considera incluído na classificação de documento produzido por terceiro e merecedor de tal cautela se oriundo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) ou de unidades da RFB.

> *OS Coger nº 1, de 2015 - Art. 3º Os documentos produzidos pela Comissão ou pela defesa nos quais conste a assinatura do acusado deverão, após sua digitalização, ser arquivados fisicamente no Escritório até que ocorra a prescrição da pretensão de discussão judicial de autenticidade.*
> *§ 1º O procedimento previsto no caput deverá ser adotado para documentos produzidos por terceiros.*
> *§ 2º Não se enquadram na categoria de documentos produzidos por terceiros aqueles oriundos da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou de qualquer unidade da Receita*

Na verdade, esta norma interna específica da Corregedoria (Coger), em demonstração da sintonia com que atua este sistema correcional, antecipou o que posteriormente viria ser regulamentado para toda a Administração Pública federal, por meio do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015. Este Decreto veio disciplinar, destacadamente nos termos de dispositivos de seus arts. 2º, 5º, 7º, 10, 11 e 12, o uso de meio eletrônico para o processo administrativo *lato sensu* no âmbito da Administração Pública federal (iniciativa também já reconhecida em sede judicial, conforme instituiu a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, já desde o *caput* e o § 1º do seu art. 1º, e refletiu, de forma mais específica, o art. 193 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil - CPC).

> *Lei nº 11.419, de 2006 - Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.*
> *§ 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.*
>
> *CPC - Art. 193. Os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei.*
>
> *Decreto nº 8.539, de 08/10/15 - Art. 2º Para o disposto neste Decreto, consideram-se as seguintes definições:*
> *I - documento - unidade de registro de informações, independentemente do formato, do suporte ou da natureza;*
> *II - documento digital - informação registrada, codificada em dígitos binários, acessível e interpretável por meio de sistema computacional, podendo ser:*
> *a) documento nato-digital - documento criado originariamente em meio eletrônico; ou*
> *b) documento digitalizado - documento obtido a partir da conversão de um documento não digital, gerando uma fiel representação em código digital; e*
> *III - processo administrativo eletrônico - aquele em que os atos processuais são registrados e disponibilizados em meio eletrônico.*
> *Art. 5º Nos processos administrativos eletrônicos, os atos processuais deverão ser realizados em meio eletrônico, exceto nas situações em que este procedimento for inviável ou em caso de indisponibilidade do meio eletrônico cujo prolongamento cause dano relevante à celeridade do processo.*
> *Parágrafo único. No caso das exceções previstas no caput, os atos processuais poderão ser praticados segundo as regras aplicáveis aos processos em papel, desde que posteriormente o documento-base correspondente seja digitalizado, conforme procedimento previsto no art. 12.*
> *Art. 7º Os atos processuais em meio eletrônico consideram-se realizados no dia e na hora do recebimento pelo sistema informatizado de gestão de processo administrativo eletrônico do órgão ou da entidade, o qual deverá fornecer recibo eletrônico de protocolo que os identifique.*

§ 1º Quando o ato processual tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio eletrônico, serão considerados tempestivos os efetivados, salvo disposição em contrário, até as vinte e três horas e cinquenta e nove minutos do último dia do prazo, no horário oficial de Brasília.
§ 2º Na hipótese prevista no § 1º, se o sistema informatizado de gestão de processo administrativo eletrônico do órgão ou entidade se tornar indisponível por motivo técnico, o prazo fica automaticamente prorrogado até as vinte e três horas e cinquenta e nove minutos do primeiro dia útil seguinte ao da resolução do problema.
Art. 10. Os documentos nato-digitais e assinados eletronicamente na forma do art. 6º são considerados originais para todos os efeitos legais.
Art. 11. O interessado poderá enviar eletronicamente documentos digitais para juntada aos autos.
§ 1º O teor e a integridade dos documentos digitalizados são de responsabilidade do interessado, que responderá nos termos da legislação civil, penal e administrativa por eventuais fraudes.
§ 2º Os documentos digitalizados enviados pelo interessado terão valor de cópia simples.
§ 3º A apresentação do original do documento digitalizado será necessária quando a lei expressamente o exigir ou nas hipóteses previstas nos art. 13 e art. 14.
Art. 12.
§ 3º A administração poderá, conforme definido em ato de cada órgão ou entidade:
I - proceder à digitalização imediata do documento apresentado e devolvê-lo imediatamente ao interessado;
II - determinar que a protocolização de documento original seja acompanhada de cópia simples, hipótese em que o protocolo atestará a conferência da cópia com o original, devolverá o documento original imediatamente ao interessado e descartará a cópia simples após a sua digitalização; e
III - receber o documento em papel para posterior digitalização, considerando que:
a) os documentos em papel recebidos que sejam originais ou cópias autenticadas em cartório devem ser devolvidos ao interessado, preferencialmente, ou ser mantidos sob guarda do órgão ou da entidade, nos termos da sua tabela de temporalidade e destinação; e
b) os documentos em papel recebidos que sejam cópias autenticadas administrativamente ou cópias simples podem ser descartados após realizada a sua digitalização, nos termos do caput e do § 1º.

4.3.11.5 - Volumes, Anexos e Quantidade de Folhas

Iniciando a abordagem por processos disciplinares físicos, ou seja, com suporte documental em papel, eis que o processo compõe-se, em princípio, de volumes, que contêm os atos processuais em si (denúncia ou representação, fase de admissibilidade, portarias de pessoal, deliberações da comissão, atos de comunicação, atos de instrução probatória, pedidos da defesa, despachos e decisões interlocutórias da comissão, indiciação, defesa escrita, relatório, julgamento). Os volumes, em síntese, refletem o rito processual e a sequência de atos previstos na Lei.

Sendo assim, é comum, à medida que o processo avança, que se realizem grandes quantidades de atos, os quais, se autuados em um só volume, podem dificultar o manuseio. À vista do disposto no item 5.8 da Portaria Normativa MPOG/SLTI nº 5, de 19 de dezembro de 2002, recomenda-se então a abertura de novo volume dos atos processuais quando se ultrapassar a quantidade referencial de duzentas folhas (obviamente, é um número de

referência aproximada, não sendo conveniente interromper um termo ou documento para seguir fielmente aquele limite). Quando isto ocorre, os volumes seguem numeração contínua e crescente em numerais arábicos (Volume 1, Volume 2, etc), cada um com cerca de duzentas folhas, com paginação contínua.

> *Portaria Normativa MPOG/SLTI nº 5, de 2002 - 5. Procedimentos com Relação a Processos*
> *5.8. Encerramento do Processo e Abertura de Volume Subsequente*
> *Os autos não deverão exceder a 200 folhas em cada volume, (...)*
> *Quando a peça processual contiver número de folhas excedente ao limite fixado nesta norma, a partir do próximo número, formar-se-ão outros volumes.*
> *Não é permitido desmembrar documento, e se ocorrer a inclusão de um documento que exceda às 200 folhas, esse documento abrirá um novo volume.*

Caso se faça necessário autuar uma quantidade tal de documentos acessórios que sua inserção em meio aos atos processuais prejudique a linearidade, o manuseio e a compreensão do rito, pode-se lançar mão de anexos. Os anexos são úteis não só para autuar grandes quantidades de documentos que não sejam termos de atos de instrução; também convém autuar em anexos objetos que assumem valor de prova, tais como livros, brochuras, fitas, CDs, DVDs ou outras mídias eletrônicas.

À vista da reserva do processo disciplinar em que, em princípio, somente a própria defesa tem acesso aos autos, havendo apenas um acusado, podem ser juntados no próprio volume processual os dados protegidos por cláusulas especiais de sigilo referentes ao próprio acusado ou a terceiros (contribuintes, de forma geral, envolvidos com os fatos sob apuração), sobretudo de sigilos fiscal e bancário, sem prejuízo também de merecerem atenção especial os dados protegidos por sigilos profissional de forma geral e em especial médico-pericial, de comunicações, telefônico ou de qualquer forma relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem, por exemplo. Caso haja mais de um acusado e se faça necessário juntar respectivos dados protegidos por aquelas cláusulas de sigilo, pode a comissão adotar a praxe meramente formal de autuá-los fora do volume processual, em anexos separados individualmente, tão somente para ter melhor controle sobre o acesso a dados sensíveis, em harmonia, inclusive com a positivação da Controladoria-Geral da União (CGU), no inciso I do *caput* do art. 66 da Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018. Não obstante, conforme já exposto em **4.3.4.1**, é de imperar a inteligência do princípio da comunhão da prova, mencionado em **3.3.3.7**, e o comando expresso na manifestação também da CGU, por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 19, de 10 de outubro de 2017, de que o acesso aos autos é integral. O mesmo se aplica para dados sigilosos de terceiros.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 66. A organização dos autos dos procedimentos correcionais observará as seguintes recomendações:*
> *I - as informações e documentos recebidos no curso do procedimento que estejam resguardadas por sigilo legal comporão autos apartados, que serão apensados aos principais;*
>
> *Enunciado CGU/CCC nº 19, de 2017: "Direito de acesso integral ao procedimento correcional por todos os acusados. Havendo conexão a justificar a instauração de procedimento correcional com mais de um acusado, a todos eles será garantido o acesso integral aos documentos autuados."*

Os anexos são montados para autuar cada tipo de documento ou de objeto trazidos ao processo. Como tal, recebem numeração sequenciada para cada anexo, crescente na ordem cronológica de autuação e em numerais romanos, para diferenciar dos volumes. Por exemplo, pode-se ter o Anexo I com cinquenta contratos; o Anexo II com quatrocentas notas fiscais; o Anexo III com oitenta extratos de sistemas informatizados; e o Anexo IV apenas com uma mídia eletrônica guardada em um envelope. Cada anexo tem sua própria paginação.

Como também para os anexos se mantém a referência de limite de quantidade de até duzentas folhas, caso se tenha um número maior de folhas de documentos de uma mesma natureza, o anexo a ser formado se desdobrará em mais de um volume (ou tomo). Seguindo no exemplo acima, o Anexo II se divide em dois volumes (Volume 1 do Anexo II e Volume 2 do Anexo II), cada um com cerca de duzentas folhas, mas com paginação contínua entre eles. Atente-se que, sendo quatrocentos documentos de mesma natureza, não se desdobram em dois anexos distintos.

Tanto volumes de atos processuais quanto anexos devem ter termo de abertura (constando número da folha inicial, que é o próprio termo) e termo de encerramento (constando quantidade de folhas, números das folhas inicial e final, que é o próprio termo). Também é altamente recomendável, sobretudo em processos extensos, que se faça um índice em cada volume ou anexo, para facilitar a localização de termos ou documentos.

Com a adoção do processo digital, é de se registrar que o Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) não segrega o processo em volumes e anexos, compondo um corpo processual único, perdendo sentido, então, cogitar-se de termos de abertura ou de encerramento de volume ou de termos juntada, de abertura ou de encerramento anexo, bem como elaboração manual de índice, já que o sistema gera automaticamente um índice único para os arquivos pagináveis e não pagináveis.

4.3.11.6 – Tamanho e Fonte do Tipo e Paginação

Novamente iniciando a abordagem por processos disciplinares físicos, ou seja, com suporte documental em papel, recomenda-se a utilização de folha de papel tamanho A4 (21,0 x 29,7 cm) para formação de documento a ser autuado. Documentos impressos no sentido horizontal do papel, tais como tabelas e quadros, devem ter a furação no lado do cabeçalho, de forma a permitir sua leitura abrindo-se o processo na horizontal.

Havendo documentos maiores do que o tamanho A4, deve-se dobrá-los individualmente, na sua parte inferior, para se adequarem ao padrão. E documentos de tamanho inferior a 2/3 ao padrão A4 devem ser individualmente colados (sem grampos) a uma folha em branco, rubricada e numerada na forma das demais folhas, cuidando de colá-los apenas pela parte superior caso possuam algum dado no verso. Para evitar a retirada fraudulenta destes documentos, convém carimbar e rubricar suas extremidades, de tal forma que o carimbo marque tanto os documentos quanto a folha em branco que lhes serve de suporte.

Na produção de documentos por parte da comissão, recomenda-se adotar o padrão ofício, descrito nos itens 5.1.6 e 10.1 do Manual de Redação da Presidência da República, aprovado pela Portaria PR/CC nº 1.369, de 27 de dezembro de 2018, e refletido nos itens 1.3 e 2.16 do Manual de Redação e Elaboração de Atos Administrativos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (Marea), aprovado pela Portaria RFB nº 1.086, de 18 de julho de 2018, que estabelecem o padrão de fonte Calibri, espaçamento simples entre as linhas e de 6 pontos após cada parágrafo, desdobrado em: tipo normal e tamanho doze no texto geral; tipo normal, tamanho onze e recuo à esquerda de 4 cm nas citações longas, com mais de três linhas (citações curtas, que não excedem três linhas, são inseridas no texto, com tamanho 12 e tipo normal, entre aspas); e tipo normal e tamanho dez nas notas de rodapé.

Os autos processuais são compostos de folhas, que, por sua vez, contêm duas páginas (o seu anverso ou frente, normalmente utilizado, e o seu verso, em geral não utilizado). A rigor, não há vedação legal ou nem mesmo normativa para que se utilizem as páginas de anverso e de verso de cada folha. Apenas não se costuma digitar ou escrever na página de verso por mera praxe, sobretudo porque a grande maioria dos atos processuais se resumem a

conteúdos curtos, que cabem em apenas uma página ou no máximo em poucas páginas e também porque o uso apenas das páginas de anverso facilita e agiliza a automação da extração de cópias. Daí, torna-se pouco eficiente usar as páginas de anverso e de verso para um documento cujo conteúdo caiba em apenas duas páginas, por exemplo, o que faria economizar apenas uma dentre duas folhas. Mas, por outro lado, em documentos mais extensos (como pareceres, informações, indiciação, relatório), que se utilizam de muitas folhas, pode ser útil digitá-los, imprimi-los e autuá-los usando as páginas de anverso e de verso de cada folha.

Importante destacar que, como o que se numera são as folhas dos autos, quando excepcionalmente se utilizarem as duas páginas de determinada folha, apenas a sua página de anverso recebe a numeração, apondo-se na página de verso o mesmo número de folha do anverso, seguido da letra "v", sem acrescentar novo número à numeração de folhas. E, na regra geral, em que não se utiliza a página de verso das folhas, esta deverá conter a expressão "Em branco", escrita ou carimbada, ou um simples risco por caneta, em sentido vertical ou oblíquo.

Como exemplo de formalidade que a lei não dispensa, o § 4º do art. 22 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, determina que as folhas dos autos sejam numeradas e rubricadas, pelo secretário ou qualquer integrante da comissão, de forma contínua através dos volumes (não se numerando capa e contracapa e versos de folhas eventualmente utilizados) e de forma independente para cada anexo. Sempre que se tiver que renumerar as folhas do processo em decorrência de detecção de erro na numeração originalmente aposta, deve-se anular com um traço horizontal ou oblíquo a numeração anterior, conservando-se, porém, sua legibilidade (não se aceita paginação alfanumérica, como fl. 1A, fl. 1B), além de se redigir o termo de renumeração de folhas, descrevendo as numerações que foram corrigidas.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 22.*
> *§ 4º O processo deverá ter suas páginas numeradas sequencialmente e rubricadas.*

Com a adoção do processo digital e o emprego do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) pelo sistema correcional, necessário apontar diferenças acerca de numeração de folhas em razão do meio de suporte documental utilizado. Nos processos físicos, que possuem suporte documental em papel, as peças desentranhadas não ensejarão a renumeração das folhas, devendo serem mantidas em arquivo no Escritório de Corregedoria (Escor) até a decisão definitiva do processo disciplinar, quando então poderão ser destruídas. Nos processos digitais, formalizados no sistema e-Processo e que possuem suporte documental em meio digital, também não haverá a renumeração das folhas, já que os documentos, quando juntados em definitivo, recebem numeração permanente e, consequentemente, não há que se falar em termo de renumeração de folhas. Mas acrescente-se que, mesmo após a exclusão de documentos, em que pese não mais integrarem o processo, permanece sua disponibilidade no sistema e-Processo, acessível a partir da funcionalidade de pesquisa a documentos.

Ao se fazer remissão a algum documento já acostado aos autos, para facilitar a defesa e a análise posterior, convém citar a numeração de folha e o volume ou anexo em que se encontra e, se for o caso, à numeração própria do elemento (sobretudo atas de deliberação e atos de comunicação).

4.3.11.7 - Juntada de Documentos Originais ou em Cópia e Desentranhamento de Elementos dos Autos

Novamente iniciando a abordagem por processos disciplinares físicos, ou seja, com suporte documental em papel, é importante deixar registrado nos autos o recebimento, por parte da comissão, de documentos fornecidos pela defesa ou por outras unidades ou órgãos, consignando data, hora, nome e matrícula do servidor que recepcioná-los. Tal necessidade se

aplica somente a documentos solicitados pela comissão ou a ela trazidos, não se aplicando a termos da própria lavra do colegiado (não se faz um termo de juntada para se autuar indiciação, relatório, termos de atos de instrução probatória, termos de ocorrência e atos de comunicação, por exemplo).

Sendo poucos documentos a se juntar, pode-se adotar maior informalidade, bastando que o presidente determine a juntada por despacho ("Junte-se aos autos"), manuscrito nos próprios documentos para que, de imediato, sejam autuados no processo. Todavia, se a quantidade e a diversidade de documentos forem grandes, convém listar em termo próprio, chamado termo de juntada.

A mera juntada de documentos aos autos não requer imediato exercício de contraditório. Ou seja, não há nulidade na juntada de documentos ocorrida antes de se notificar inicialmente o servidor como acusado. Também, não há necessidade de se notificar o acusado a cada juntada de documentos que se fizer, visto que a decisão em si da comissão para juntar os elementos é soberana e não comporta questionamento da defesa, restando o exercício da garantia do contraditório sobre o conteúdo juntado, que pode ser exercido posteriormente, sem prejuízo, quando do recebimento de cópia e de vista dos autos.

As cópias reprográficas de documentos carreadas para os autos, quando apresentados os originais, sempre que possível, deverão ser autenticadas pelo secretário ou por qualquer membro da comissão, conforme autorizam o § 3º do art. 22 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e o *caput* e o § 1º do art. 10 do Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, e assevera a doutrina.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 22.*
> *§ 3º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.*
>
> *Decreto nº 9.094, de 2017 - Art. 10. A apresentação de documentos por usuários dos serviços públicos poderá ser feita por meio de cópia autenticada, dispensada nova conferência com o documento original.*
> *§ 1º A autenticação de cópia de documentos poderá ser feita, por meio de cotejo da cópia com o documento original, pelo servidor público a quem o documento deva ser apresentado.*
>
> *"Outro aspecto relativo à autenticidade diz respeito à apresentação de cópias xerográficas de documentos. A regra, ainda aqui, deve ser a da presunção de veracidade. Mas se alguma dúvida houver a respeito, é de exigir-se a apresentação do documento original para que se proceda à autenticação das cópias (...). Sempre que possível, deve a autenticação ser firmada pelo órgão administrativo, como autoriza o art. 22, § 3º, porque é meio mais rápido e mais econômico para o interessado. Em relação a cópias juntadas por agentes administrativos, a presunção é, logicamente, mais ampla, de modo que só quando o interessado justificar sua dúvida, de forma clara e razoável, é que o administrador deverá certificar a autenticidade, assim mesmo considerando alguma situação peculiar envolvendo o aspecto de fidedignidade documental." José dos Santos Carvalho Filho, "Processo Administrativo Federal", pg. 149, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005*

Ainda que a Lei nº 9.800, de 25 de maio de 2005, volte-se especificamente para o processo judicial, pode-se estender que há previsão legal em nosso ordenamento para se utilizar sistemas eletrônicos e virtuais de transmissão de dados e imagens para encaminhar petições escritas e documentos em geral, ressalvando-se a responsabilidade do remetente pela qualidade e fidelidade do material transmitido e devendo os originais posteriormente serem entregues, para juntada, ou apresentados, para autenticação. Se tal facilidade é válida para o processo judicial, que sabidamente é mais formal que o processo administrativo, não há porque se impedir que a comissão pratique atos de sua competência à vista de transmissões

eletrônicas ou virtuais comportadas pelo atual estágio tecnológico.

> *Lei nº 9.800, de 26/05/99 - Art. 1º É permitida às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.*
> *Art. 2º A utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término.*
> *Art. 3º Os juízes poderão praticar atos de sua competência à vista de transmissões efetuadas na forma desta Lei, sem prejuízo do disposto no artigo anterior.*
> *Art. 4º Quem fizer uso de sistema de transmissão torna-se responsável pela qualidade e fidelidade do material transmitido, e por sua entrega ao órgão judiciário.*

No curso dos trabalhos, pode se demonstrar necessário, seja por motivação espontânea da comissão, seja a pedido da defesa, que se extraiam folhas ou peças já autuadas no processo. O desentranhamento de elementos dos autos pode decorrer, dentre outros motivos, mais comumente de desmembramento de um processo original para instauração de outro, contendo peças daquele primeiro, ou de se ter detectado alguma juntada de documentos absolutamente impertinentes ou desnecessários ou por decisão judicial. A formalização desta operação se dá por meio do termo de desentranhamento e, dependendo do motivo do desentranhamento, pode-se manter vago o número de folha(s) desentranhada(s), conforme normatiza o item 5.5 da Portaria Normativa MPOG/SLTI nº 5, de 19 de dezembro de 2002, ou pode-se substituí-las por cópias autenticadas pelo próprio servidor encarregado do ato, quando houver necessidade, devendo constar do termo a solução adotada.

> *Portaria Normativa MPOG/SLTI nº 5, de 19/12/02 - 5. Procedimentos com Relação a Processos*
> *5.5. Desentranhamento de Peças*
> *Sempre que houver retirada de folhas ou peças, lavrar, após o último despacho, o "Termo de Desentranhamento".*
> *O processo que tiver sua folha ou peça retirada conservará a numeração original de suas folhas ou peças, permanecendo vago o número de folha(s) correspondente(s) ao desentranhamento, apondo-se o carimbo de desentranhamento.*

Especificamente nos processos digitais, formalizados no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) e que possuem suporte documental em meio digital, não há que se falar em renumeração de folhas, pois os documentos, depois de juntados em definitivo, recebem numeração permanente e, mesmo após sua exclusão, permanecem disponíveis e acessíveis a partir da funcionalidade de pesquisa a documentos.

4.3.11.8 - Juntada de Processos: Anexação e Apensação

Em busca da eficiência, celeridade e uniformidade de decisões, no curso de processo disciplinar, pode-se revelar necessário juntar outro processo administrativo, disciplinar ou não. A juntada pode ser por anexação ou por apensação.

Em se tratando de processo físicos, com suporte documental em papel, a anexação é uma forma de juntada em definitivo de dois processos, em que o processo acessório passa a fazer parte integrante do processo principal e tem suas folhas renumeradas, de forma que se mantêm a paginação e o nº do processo principal. Já a apensação é uma forma de juntada temporária, em que ambos os processos mantêm suas paginações e nº do processo inalterados.

Especificamente nos processos digitais, com suporte documental em meio digital, não existe no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), sistema em que são formalizados os

processos, a funcionalidade de anexação, razão pela qual o procedimento se dá a partir de juntada de cópia de todos os documentos do processo secundário ao principal, mediante despacho do responsável e posterior arquivamento do processo anexado.

Diferentemente do que ocorre com a juntada por anexação, o sistema e-Processo possui funcionalidade específica para fins de juntada por apensação de um processo digital a outro com o mesmo suporte documental, fazendo com que os processos apensados somente percam sua individualidade em relação a movimentações e distribuições, em sentido amplo.

4.3.11.9 - A Preservação da Confidencialidade do Armazenamento e do Envio de Informações por Meio de Criptografia

Em acréscimo às questões formais abordadas nos tópicos antecedentes e em reflexo aos avanços tecnológicos, diante da inafastável preocupação com a inviolabilidade dos termos e autos referentes a todo tipo de atividade correcional, decorrente da cláusula de sigilo que impõe não só no curso do processo disciplinar em si, já estabelecida a relação contraditória, mas já desde a subfase investigativa em fase de admissibilidade, faz-se necessário assegurar a confidencialidade das informações e dados relacionados a todos os procedimentos disciplinares. Assim, no âmbito do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), a Portaria Coger nº 99, de 27 de agosto de 2020, em seus arts. 1º a 3º, estabelece a obrigatoriedade de todos os agentes, sejam servidores lotados e em exercício no sistema, sejam convocados ou colaboradores eventuais, utilizarem aplicativos de informática que criptografam arquivos eletrônicos relacionados a qualquer espécie de atividade correcional, para fins de armazenamento e de transmissão de forma segura.

De um lado, obriga-se o emprego do aplicativo VeraCrypt no armazenamento de volumes inteiros de arquivos, dados ou informações em estações de trabalho situadas tanto na Corregedoria (Coger) ou nos Escritórios de Corregedoria (Escor) quanto em demais unidades onde porventura esteja sendo realizado algum trabalho correcional, em dispositivos móveis (como *notebooks*, *pen-drives*, discos rígidos externos) institucionais de guarda do servidor ou até mesmo particulares, desde que contenham arquivos ou dados referentes a temas disciplinares. De outro lado, obriga-se o emprego do aplicativo AxCrypt no armazenamento de determinado(s) arquivo(s) quando não se justifica fazê-lo para todo um volume, na deleção de arquivo(s) e nas transmissões de arquivo(s) e no envio de arquivo(s) criptografado(s), por meio da rede institucional ou de redes particulars.

> *Portaria Coger nº 99, de 2020 - Art. 1º Os servidores da Corregedoria da RFB (Coger) deverão realizar procedimentos de criptografia, por meio de softwares homologados pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec), para garantir a confidencialidade das informações relacionadas a procedimentos correcionais, especialmente pelo:*
> *I - VeraCrypt - aplicativo de código aberto de criptografia para Windows, Mac e Linux, que cria volumes criptografados que podem ser montados como unidades virtuais; e*
> *II - AxCrypt - aplicativo de código aberto de criptografia de arquivos, que se integra com o Windows para compactar, criptografar, descriptografar, armazenar, enviar, deletar e trabalhar com arquivos individuais.*
> *Art. 2º O estabelecimento de volumes criptografados que podem ser montados como unidades virtuais é obrigatório em estações de trabalho da RFB onde esteja sendo desenvolvido trabalho correcional.*
> *Parágrafo único. A obrigação prevista no caput se estende aos dispositivos de uso particular do servidor, caso estes contenham informações de procedimentos correcionais.*
> *Art. 3º O uso de criptografia é obrigatório nos seguintes casos:*
> *I - Nas deleções de documentos digitais de procedimentos correcionais; e*

II - Nas transmissões de documentos digitais de procedimentos correcionais.

4.3.11.10 - Gerenciamento de Documentos em Processos Digitais Formalizados no Sistema e-Processo

De imediato, reitera-se a introduçao ao tema apresentada **2.4.3**, em que se expôs que a Portaria RFB n° 6.483, de 29 de dezembro de 2017, em seu art. 26, estabeleceu que a tramitação de não só de processos mas também de documentos no âmbito do sistema correcional deve se operar, preferencialmente, por meio do sistema e-Processo.

> *Portaria RFB n° 6.483, de 2017 - Art. 26. O encaminhamento de processo e de documentos previstos nesta Portaria se dará, preferencialmente, por meio do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo).*

Nos processos digitais formalizados no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), não há a separação entre volumes e anexos e não há limite de quantidade dos documentos que integram o corpo processual. Em consequência, todos os documentos compõem um volume único de processo digital dotado de capacidade ilimitada, e sua inclusão (juntada) nos autos prescinde da formalidade de elaboração de termo de juntada. No ambiente da processualística digital, inclusão ou juntada de documentos são expressões sinônimas, aqui empregadas indistintamente.

Mas o sistema e-Processo reconhece e aceita duas diferentes espécies de documentos a serem juntados: os documentos encerrados em arquivos denominados paginá veis e os documentos encerrados em arquivos denominados não paginá veis (e que, doravante, serão chamados, respectiva e simplesmente, de documentos paginá veis e arquivos não paginá veis). Os primeiros recebem paginação numerada automaticamente à medida que são incluídos no processo digital e, em sintéticas palavras, abrangem os atos processuais propriamente ditos e que, em processos com suporte documental em papel, comporiam os volumes. De forma antagônica, os últimos não são automaticamente paginados e abrangem elementos das mais diversas naturezas (papéis e mídias, por exemplo) que comporiam os anexos físicos.

Cabe aqui uma ressalva acerca da inclusão de documentos e arquivos. Diante das duas espécies de elementos processuais acima descritas, o sistema e-Processo permite três diferentes combinações de juntadas em um mesmo ato: pode-se juntar apenas documentos paginá veis, pode-se juntar apenas arquivos não paginá veis e pode-se ainda juntar alguns documentos paginá veis e outros arquivos não paginá veis. À medida que documentos e arquivos são juntados no processo digital, o sistema automatiza a criação de um índice, ordenando tanto aqueles encerrados em arquivos paginá veis quanto aqueles encerrados em arquivos não paginá veis em uma única lista, de forma consecutiva.

A cada ato de inclusão, independentemente do(s) tipo(s) de elementos juntados, o sistema comporta que sejam incluídos arquivos que, no máximo, somem 150 MB (sem limitação quantitativa de arquivos). Esta limitação de tamanho pode levar a diferentes repercussões, dependendo do tipo de elemento a ser juntado. Para documentos paginá veis, pode-se ter de utilizar aplicativos específicos para fragmentar arquivos, antes de se iniciar o procedimento de inclusão, já que os resultados da fragmentação são individualmente juntados ao processo digital. E para arquivos não paginá veis, pode-se ter de utilizar aplicativos específicos, constantes de uma lista da *intranet* institucional, para manipular arquivos de dados de diversas naturezas (como de áudio, de vídeo ou de imagem, por exemplo), antes de se iniciar o procedimento de juntada, pois são as versões resultantes das manipulações que serão incluídas no processo digital.

Inicia-se, a seguir, a descrição do tratamento dispensado a documentos paginá veis e, ao final do presente tópico, faz-se análoga descrição para os arquivos não paginá veis.

Assim, quanto aos documentos paginàveis e elaborados para comporem o corpo processual principal, é de se dizer que, como regra geral, o sistema e-Processo não se presta a ser um editor de texto. Em outras palavras, a grande maioria dos termos e atos processuais típicos de um processo disciplinar continuam sendo editados em aplicativos de editores de texto. Uma vez editados, posteriormente são convertidos em arquivos de extensão "*portable document format*" (pdf), a fim de serem juntados ao processo digital. E, dependendo do tipo de documento, esta geração do arquivo com extensão pdf pode se dar tanto submetendo o documento em papel a um procedimento manual de digitalização (escaneamento) quanto por meio de conversão eletrônica direta utilizando aplicativo de impressão virtual (o que fornece a vantagem de gerar um arquivo com extensão pdf do tipo texto pesquisável).

Convém mencionar que o próprio sistema e-Processo, quando do procedimento de juntada de documento paginável, possui funcionalidade que permite a conversão eletrônica de documentos editados em aplicativos de editores de texto para documentos de extensão pdf. Entretanto, a compatibilidade total do novo documento, ou seja, a manutenção das informações do documento original não é garantida quando do uso desta funcionalidade. Detalhadamente, dependendo das características do arquivo original, esta conversão do sistema e-Processo poderá gerar divergências na formatação ou até mesmo corromper o arquivo, especialmente quando o arquivo a ser convertido possuir macros originados por aplicações não corporativas, marcas d´água, múltiplas planilhas ou qualquer outra característica especial. Destarte, nessas hipóteses, recomenda-se que seja realizada a conversão desses documentos para documento com extensão pdf em ferramenta externa, previamente à sua juntada no sistema e-Processo. Ademais, em havendo a necessidade de se preservar as características especiais mencionadas, a juntada dos documentos poderá ter tratamento de arquivos não paginàveis, que serão adiante abordados.

A juntada definitiva de documentos paginàveis no processo digital passa por um sequenciado procedimento que, como regra geral, inicia-se com a inclusão do arquivo de extensão pdf no sistema e-Processo, avançando para sua classificação e para sua autenticação (estes três primeiros passos para todo e qualquer documento digital desta espécie a ser juntado, salvo as chamadas cópias simples, espécie documental para a qual não se pode fazer a autenticação e que se descreverá em passagem oportuna ao longo deste tópico) e ainda por sua assinatura digital (se for o caso, e a ser feita apenas pelo responsável ou por todos os integrantes da equipe, dependendo do tipo de documento).

Após se iniciar o procedimento marcando no sistema e-Processo a funcionalidade "Inclusão de Documentos" para inserir o documento no ambiente digital, na forma de arquivo paginável de extensão pdf, exige-se que o documento seja classificado e, para isto, o sistema ramifica classificações, subclassificações e tipos pré-definidos. Mas como o sistema foi originalmente elaborado para a processualística fiscal, apesar das contínuas evoluções e adequações experimentadas, os gêneros e as espécies documentais ainda não atendem completamente as especificidades do processo disciplinar. Com isto, de um lado, para alguns documentos muito específicos e de emprego residual, pode se fazer necessário ainda ter de se empregar definições de espécies residuais ("Outros") para que o sistema ofereça o campo "Título", onde o usuário pode definir detalhadamente o tipo de documento e seu nº. Não obstante, de outro lado, já há tipos documentais específicos que podem ser selecionados, a exemplos de "Denúncia", "Ata", "Portaria", "Ofício", "Edital", "Indiciação", "Citação", Parecer", "Informação", "Decisão/Julgamento", "Despacho" e "Defesa"; e há ainda tipos documentais requeredores de maior detalhamento em seu título (como numeração, por exemplo), para os quais há os tipos "Notificação - Outros", "Termos - Outros", "Intimação - Outros", "Relatório - Outros", " Despacho - Outros" e "Representação - Outros", para os quais se abre o já mencionado campo "Título".

Convém interromper a descrição procedimental e informar que o gênero dos

documentos paginàveis se divide nas espécies de documentos digitalizados e de documentos nato-digitais. E, basicamente, é a forma de sua assinatura pelo(s) signatário(s) que define esta natureza do documento (se aposta(s) de forma manuscrita em papel ou se realizada(s) de forma digital).

É chamado de digitalizado o documento feito à moda antiga, formalizado em meio físico, com suporte documental e impressão em papel, no qual se apõe(m) a(s) assinatura(s) manuscrita(s) do(s) subscritor(es), tais como a maioria dos termos e atos processuais, tais como atos de comunicação e termos de atos de instrução, laudos periciais ou quaisquer outros documentos em papel fornecidos ou no mínimo também assinados por agentes estranhos à comissão. Pode-se dizer que este tipo de documento concretamente já existe de forma completa após a aposição em papel de toda(s) a(s) assinatura(s) manuscrita(s) de seu(s) subscritor(es). Em síntese, o que define um documento digitalizado é a assinatura manuscrita.

E é chamado de nato-digital o documento cujo conteúdo é elaborado eletronicamente em um editor de texto e que é imediatamente convertido, por meio de recurso de impressão virtual, em arquivo de extensão pdf (ou ainda, embora não usual, que é impresso por meio do editor de texto para papel e que, sem que seu(s) subscritor(es) aponha(m) sua(s) assinatura(s) manuscrita(s), seja posteriormente digitalizado (escaneado) em arquivo de extensão pdf), tais como termos processuais da lavra exclusiva da comissão e que não requerem participação e assinatura de agentes estranhos, a exemplo de atas de deliberação, indiciação e relatório. Pode-se dizer que este tipo de documento somente passará a existir de forma completa quando seu(s) subscritor(es) fizer(em) sua(s) assinatura(s) digital(is) no sistema e-Processo, decorrente de certificação digital de seu(s) *token*(s). Em síntese, o que define um documento nato-digital é a assinatura digital feita no sistema, que pode ser verificada por meio de consulta à palavra-chave do documento ou por suas marcas d´água (marcas d´água são informações complementares aplicadas automaticamente pelo sistema no cabeçalho e no rodapé de um documento autuado, tais como numeração da folha e identificação de quem o autenticou, assinou e imprimiu, e que não existem no documento original, ou seja, não foram objeto de edição pelo usuário).

Esta definição dos documentos digitais cabíveis no espectro dos documentos voltados a comporem o volume processual principal, como arquivos paginàveis, repercute no prosseguimento da descrição instrumental pois a quantidade de passos restantes no procedimento de inclusão definitiva do documento no processo digital depende da forma pela qual foi elaborado.

Para qualquer dos tipos de documentos digitais paginàveis (seja digitalizado, seja nato-digital), após se ter então marcado a funcionalidade “Inclusão de Documentos” e classificado aquele arquivo de extensão pdf, o responsável deve fazer sua autenticação, por meio de certificação digital de seu *token*. A autenticação equivale ao “confere com o original” do processo físico, por meio da qual o responsável apõe a sua fé pública para declarar a igualdade entre o documento original em papel ou apenas digitado no editor de texto e o documento de extensão pdf incluído no processo digital. Antes disto, qualquer documento juntado ao processo digital na forma de arquivo de extensão pdf e classificado mas que ainda não tenha sido autenticado (ou confirmado, no caso da já mencionada cópia simples) fica no *status* de minuta, o que equivale a um rascunho visualizado apenas pelos integrantes da equipe (comissão).

Como o documento digitalizado (escaneado) já teve a(s) assinatura(s) manuscrita(s) do(s) seu(s) subscritor(es), bastam a inclusão do arquivo paginàvel de extensão pdf, a classificação e a autenticação realizada pelo responsável para encerrar sua juntada de forma definitiva no processo digital. A data do documento digitalizado no sistema e-Processo é a mesma da assinatura do documento físico, figurando a data da autenticação apenas como aquela em que se atestou sua autenticidade.

Já o documento nato-digital, que apenas teve seu conteúdo digitado no editor de texto sem assinatura(s) manuscrita(s), para ter sua juntada de forma definitiva no processo digital, deve ainda ser assinado digitalmente pelo responsável ou, se for o caso, por todos os integrantes da equipe (comissão), por meio de sua(s) assinatura(s) digital(is) decorrente(s) de certificação digital de seu(s) *token*(s). Isto significa que, no caso de comissão, após o responsável fazer sua assinatura digital, deve redistribuir o processo digital para outro integrante poder fazê-lo (o que faz alterar o responsável e cancelar eventuais habilitações por nº de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), conforme já aduzido em **2.4.3**.

Mas antes da autenticação e da(s) assinatura(s) digital(is) propriamente dita(s) do documento nato-digital, convém que se faça o procedimento facultativo prévio (não obrigatório) de definir a(s) assinatura(s) digital(is) do responsável ou dos integrantes da equipe no sistema e-Processo. A rigor, o sistema aceita a definição prévia de assinatura mesmo que somente um servidor venha a assinar o documento e assim se recomenda que seja feito. Definindo-se então previamente a assinatura ou todas as assinaturas digital(is) requerida(s) para a convalidação daquele documento específico, o sistema reconhece que o documento deve permanecer na condição de documento validado, como um documento ainda não definitivamente juntado e visualizável apenas pelos integrantes da comissão, enquanto não receber a assinatura ou todas as assinaturas digital(is) previamente definida(s). Esta rotina é de adoção recomendada sobretudo para documento requeredor de assinaturas de todos os integrantes, como se dá na maioria dos termos e atos processuais da comissão, pois se mostra útil para lembrar ao colegiado que, nestes casos frequentes, todos devem assinar os documentos, para evitar nulidade. Não obstante, a definição prévia de assinatura(s) deve ser feita a cada documento, já que, se fosse feita de forma global para todo o processo digital, aqueles documentos requeredores de apenas uma assinatura (tais como atos de comunicação) ficariam desnecessariamente pendentes como minutas ou como validados.

Portanto, no caso de documento nato-digitalizado, deve-se realizar a seguinte sequência de procedimentos: inclusão do arquivo paginável de extensão pdf, classificação, definição da(s) assinatura(s), autenticação e assinatura(s) digital(is). A data do documento nato-digital é a data da última assinatura necessária, quando for o caso, mesmo que o documento já tenha sido autenticado ou, em última análise, mesmo que a assinatura digital tenha sido registrada após o documento ter sido incluído definitivamente no processo digital - embora, conforme já aduzido, não seja recomendável deixar de definir previamente a(s) assinatura(s) necessária(s).

Embora os atos de comunicação dispensem assinatura de agentes estranhos à comissão, recomenda-se sua feitura como documento digitalizado, com assinatura manuscrita do seu subscritor (ou ainda por intermédio do Sistema Solução de Assinatura de Documentos Digitais - e-Assina RFB), não sendo aceitável fazê-lo como documento nato-digital porque o destinatário não terá como verificar a autenticidade da assinatura digital.

Mencione-se ainda a espécie documental também paginável e que o sistema e-Processo denomina de cópia simples (digitalização obtida de cópia xerográfica ou impressão em papel, executada por uma máquina fotocopiadora ou digitalizadora, com o fim de substituir o documento original, mas desprovida de fé pública, ou seja, sem autenticação por cartório ou sequer por servidor competente). O tratamento a ser dado a uma cópia simples se diferencia da regra procedimental inclusão-autenticação-assinatura digital, não se fazendo autenticação, mas sim confirmação (quando o usuário responsável pela análise não tem competência para autenticar ou quando quem tem competência para fazê-lo não o faz por não estar de posse do documento original). Em outras palavras, a cópia simples excepciona e flexibiliza a presunção geral do sistema e-Processo de que as cópias de documentos, sendo apresentadas com o fim de serem juntadas aos autos acompanhadas dos respectivos originais, devem ser autenticadas por integrante da comissão. Não havendo possibilidade de acesso a

estes documentos originais, a funcionalidade em apreço permite a juntada de documentos com o *status* de confirmado, oriundos de cópia simples, que não requerem autenticação.

Em consequência dos procedimentos acima, o sistema aceita diferentes *status* para os documentos pagináveis, em termos de já terem sido ou não definitivamente juntados ao processo digital:

- Minuta: documento digitalizado ou nato-digital juntado em sua extensão pdf mas que ainda não foi autenticado pelo responsável. Também é tratada como minuta a cópia simples ainda não confirmada. As minutas são tratadas como rascunhos, aparecem no índice de documentos em azul claro e podem ser visualizadas apenas pelo responsável e pelos demais integrantes da equipe.
- Autenticado: documento digitalizado ou nato-digital juntado em sua extensão pdf e já autenticado pelo responsável. Os documentos autenticados existem formalmente no processo digital, recebem numeração de folhas, podem ser visualizados por todos usuários e aparecem no índice de documentos em azul escuro. Também se chama autenticado o documento nato-digital autenticado e assinado digitalmente sem que se tenha feito definição prévia de assinaturas (que não é obrigatória).
- Validado: documento nato-digitalizado juntado em sua extensão pdf e autenticado pelo responsável e para o qual foram definidas previamente assinaturas mas que ainda não foi assinado digitalmente por todos integrantes. Os documentos validados são tratados como documentos não definitivos, aparecem no índice de documentos em vermelho e podem ser visualizados apenas pelo responsável e pelos demais integrantes da equipe.
- Convalidado: documento nato-digitalizado juntado em sua extensão pdf, autenticado pelo responsável e para o qual foram definidas previamente assinaturas e que já foi assinado digitalmente por todos integrantes. Os documentos convalidados existem formalmente no processo digital, recebem numeração de folhas, podem ser visualizados por todos usuários e aparecem no índice de documentos em azul escuro.
- Confirmado: documento gerado e juntado automaticamente pelo sistema e-Processo (termo de desentranhamento, decorrente de exclusão de documento que estava definitivamente juntado, seja por decisão espontânea da própria comissão, em decorrência de percepção de que a manutenção da peça nos autos se faz dispensável, ou por provocação da defesa ou ainda por determinação judicial, e despacho de encaminhamento, possível de ser gerado em movimentação do processo digital); ou cópia simples, documento juntado por quem não pode efetuar autenticação no sistema (terceirizado e empregado do Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro) ou ainda por servidor competente detentor da prerrogativa para o “confere com o original”, mas que não pode fazê-lo por não estar com a posse do documento original ou de cópia xerográfica com autenticação de cartório ou de servidor público competente (enquanto não confirmada, a cópia simples fica como minuta). Os documentos confirmados aparecem no índice de documento em azul escuro.

Uma vez definitivamente juntados ao processo digital, por meio da autenticação e da convalidação ou da confirmação, os documentos digitalizados ou nato-digitais em azul escuro no índice somente podem ser excluídos com a apresentação de justificativa, que será registrada em termo de desentranhamento. Estes tipos de documentos, mesmo excluídos, continuam disponíveis no sistema e-Processo e consultáveis pelos usuários (não de forma direta no processo digital, mas sim por meio de uma funcionalidade de pesquisa a documentos). O sistema gera automaticamente um termo de desentranhamento, que não pode ser excluído do processo digital, e não renumera as folhas para suprimir a exclusão.

Os documentos que figuram no índice em azul claro ou vermelho (minutas e

validados) ainda não foram definitivamente juntados no processo digital e podem ser excluídos sem gerar termo de desentranhamento.

Em outras palavras, pode-se sintetizar que o sistema e-Processo contempla duas espécies de juntada de documentos: provisória (para minuta e validado) e definitiva (para autenticado, convalidado e confirmado). Os documentos provisórios que forem excluídos do processo digital deixam de existir no sistema, sem nenhum registro de seu histórico. Já os documentos juntados em definitivo recebem numeração de folha contínua, sequencial e permanente, não sendo possível, portanto, renumeração de folhas, nem mesmo após a sua exclusão, em que os nº de folhas originais não são reatribuídos a outros documentos subsequentes, causando uma excepcional situação de descontinuidade da paginação.

Conforme introduzido, agora complementando o presente tópico com os arquivos não paginàveis, é de se dizer que, como o sistema e-Processo formaliza os processos digitais em um único volume composto de arquivos de extensão pdf, disponibiliza-se uma funcionalidade que permite autuar elementos processuais em outras extensões ou que não se quer que faça parte do corpo processual. Assim, suprem-se as eventuais necessidades de autuar arquivos de áudio, de vídeo, de imagem e planilhas, por exemplo, ou de autuar conjuntos de documentos que, embora relevantes, não justificam ser inseridos em meio à sequência de atos processuais encartados no volume. Em outras palavras, pode-se dizer que esta funcionalidade em tela reproduz, nos processos digitais, a possibilidade, facilmente contornável, de autuar mídias ou grandes quantidades de documentos em papel em anexos em processos físicos, conforme já exposto em **4.3.11.5**.

O sistema denomina este tipo de elemento de arquivo não paginável e exige como condição de sua juntada que esteja compactado, em extensões zip ou rar. Daí, atendida esta condição, deve-se realizar a simples sequência de procedimentos: inclusão do arquivo não paginável compactado e classificação, sendo que, neste caso específico de inclusão, todos os três níveis (classificação, subclassificação e tipo) devem ser selecionados como arquivo não paginável, para que, por fim, o sistema abra o campo “Título”, onde o usuário pode descrever detalhadamente o conteúdo do arquivo.

Duas ressalvas são necessárias quando se emprega um arquivo não paginável para autuar um conjunto de diversos documentos que devem ficar apartados do volume processual (como os anexos do processo físico). Mesmo estando estes documentos já digitalizados (escaneados) para um arquivo único de extensão pdf, ainda assim é necessário convertê-lo para extensão zip ou rar, pois, diferentemente da juntada de documentos no corpo do processo em arquivos paginàveis, que sempre requer extensão pdf, a juntada de arquivo não paginável somente pode ser feita, em qualquer caso, com arquivo compactado. Ademais, como a própria denominação deste tipo de arquivo sugere, convém que as folhas dos documentos sejam numeradas manualmente antes de serem digitalizadas e inseridas no processo digital, pois, do contrário, remissões a folhas do arquivo juntado ficarão sem sentido, já que não são numeradas automaticamente.

Também convém juntar como arquivo não paginável (o que impõe que seja compactado) o documento cuja versão original já possa ter sido incluída como documento paginável em outro processo ou dossiê digital e da qual se quer que sejam preservadas as marcas d´água, que, conforme já exposto linhas acima, são informações complementares, geradas automaticamente pelo sistema e-Processo, tais como a numeração da folha e a identificação de quem o autenticou, assinou e imprimiu. A juntada, como arquivo não paginável, daquele documento com tal peculiaridade acerca do seu conteúdo a ser mantido sob visualização no segundo processo digital faz-se interessante porque, caso fosse novamente juntado como documento paginável, ao ser autenticado ou confirmado, automaticamente o sistema sobreporia as marcas d´água da nova versão sobre as anteriores, o que prejudicaria a compreensão daquelas informações complementares que se queria que

restassem preservadas e consultáveis.

De forma similar, também convém juntar como arquivo não paginável (e, portanto, compactado) duas espécies de arquivo com extensão pdf que são editadas em aplicativos próprios para manipulação destes arquivos, que são os chamados “arquivo pdf com assinatura encapsulada” e “arquivo pdf com arquivos encapsulados”. Antes de descrever a forma de suas juntadas em processo digital, necessário se faz informar o que são estas duas espécies de arquivos. A expressão “arquivo pdf com assinatura encapsulada” refere-se ao arquivo com extensão pdf já editado no aplicativo gerador, no qual o(s) subscritor(es) utiliza(m) recurso de assinatura digital; ou seja, o arquivo já traz consigo, desde sua edição, a informação extra de conter a(s) assinatura(s) digital(is). Já a expressão “arquivo pdf com arquivo encapsulado” refere-se a arquivo composto de um arquivo propriamente dito com extensão pdf e que traz outro(s) arquivo(s) vinculado(s), com algumas extensões comportáveis pelo aplicativo gerador (tais como extensões de áudio ou de vídeo ou de imagem, a exemplo de um documento processual qualquer que tenha anexados arquivos de imagem com as impressões digitais de seus subscritores). Reitere-se que, no estágio de desenvolvimento atual, o sistema e-Processo não gera estas duas espécies de arquivos de extensão pdf, sendo sempre provenientes de origem externa, não obstante até poder aceitar suas juntadas em processo digital. Mas, para que se mantenha todo seu conteúdo sob visualização no processo digital, suas juntadas devem ser feitas de acordo com as condições que por ora ainda se impõem e que a seguir se descrevem.

O “arquivo pdf com assinatura encapsulada” até poderia ser juntado em processo digital como documento paginável; todavia, ao ser autenticado ou validado, o sistema e-Processo não preservaria como disponíveis para visualização a(s) informação(ões) extra(s) da(s) sua(s) assinatura(s) digital(is) apostas no aplicativo gerador. Caso se queira manter consultável, após a juntada, aquele conteúdo que se encontrava encapsulado no arquivo original, deve-se optar por sua juntada como arquivo não paginável, pois assim o sistema preserva a(s) informação(ões) extra(s) nele contida(s) da(s) assinatura(s) digital(is) e possibilita sua(s) confirmação(ões). Já o “arquivo pdf com arquivo encapsulado” não é aceito de forma alguma no sistema e-Processo como documento paginável, podendo ser juntado ao processo digital apenas como arquivo não paginável e, assim, o sistema preserva consultáveis na íntegra não só o arquivo original como também o(s) outro(s) arquivo(s) vinculado(s).

Conforme já abordado linhas acima, repise-se que em havendo a necessidade de preservar as demais características especiais de quaisquer documentos, como, por exemplo, as macros e as funções de documentos textos ou planilhas eletrônicas, a sua juntada deverá ser processada como arquivos não pagináveis, na medida em que a sua conversão para documento de extensão pdf irá comprometer as informações do documento origem.

O acusado ativo (e não licenciado ou afastado) pode formalizar no sistema e-Processo solicitação de juntada de documento (SJD), autenticado ou confirmado, oriundo de cópia simples que não requer autenticação, ou ainda de arquivo não paginável.

Informe-se ainda que, além das já mencionadas cores dos documentos encerrados em arquivos pagináveis no índice de documentos, o sistema e-Processo fornece outras indicações por cor na tela da caixa de trabalho e no índice do processo digital, com o fim de alertar o usuário acerca de alguma pendência:

- Indicador laranja: solicitação de juntada pendente de análise;
- Indicador verde: documento pendente de autenticação ou assinatura;
- Indicador amarelo: pendência de ciência;
- Indicador azul: pendência de manifestação da ciência;

- Indicador vermelho: pendência de cadastro no sistema Sief (não obrigatório para processos disciplinares).

Quanto à destinação de documentos físicos produzidos no curso do processo digital, cabem alguns desdobramentos em razão da origem.

Os documentos produzidos exclusivamente pela comissão, pela Corregedoria (Coger), pelos Escritórios de Corregedoria (Escor), por qualquer unidade da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) ou pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), sem assinatura do acusado, residem na regra geral da juntada como documento paginável, qual seja, devem ser convertidos para arquivo de extensão pdf, seja por procedimento de digitalização (escaneamento), seja por meio de conversão eletrônica direta de impressão digital, podendo ser descartadas suas respectivas matrizes físicas com suporte documental em papel após a inclusão no processo digital, conforme se extrai do § 2º do art. 3º da Ordem de Serviço (OS) Coger nº 1, de 3 de junho de 2015.

De outro giro, no caso de documentos produzidos pela comissão, pela Coger, pelos Escor, por qualquer unidade da RFB ou pela PGFN e que possuam assinatura do acusado e também os documentos produzidos exclusivamente por terceiros, após os documentos pagináveis de extensão pdf serem incluídos no processo digital, as matrizes físicas de suporte documental em papel devem ser arquivadas fisicamente em dossiê no Escor, até a remessa definitiva do processo digital para arquivo.

Já no caso de qualquer tipo de documento apresentado pela defesa (desde provas documentais, passando por petições e provocações, até a peça de defesa escrita - mas ressalvando-se aqueles que tenham sido levados aos autos por meio de SJD para a hipótese específica de acusado ativo e não licenciado ou afastado), após os documentos pagináveis de extensão pdf serem incluídos no processo digital, as matrizes físicas devem ser devolvidas ao autor, se for possível, mediante coleta de termo de recebimento de documento, a ser também autuado no processo digital. Se a devolução não for possível, as matrizes físicas devem se juntar ao mesmo dossiê arquivado no Escor, mencionado acima, até o fim da tramitação do processo digital.

Ao final de cada ano, os dossiês de documentos físicos referentes a processos digitais definitivamente arquivados no curso daquele período devem ser juntados em um único processo com suporte documental em papel, a ser remetido ao Arquivo Geral da Superintendência (ou Gerência) Regional de Administração da Diretoria de Administração e Logística da Secretaria de Gestão Corporativa da Secretaria-Executiva do ME (ME/SE/SGC/DAL/SRA ou ME/SE/SGC/DAL/GRA).

A rigor, percebe-se que esta procedimentalização manualizada pela Coger difere da positivação do *caput* e do § 1º do art. 3º da OS Coger nº 1, de 2015, que determinaria que o arquivamento das matrizes físicas no Escor se prolongasse até o fim do prazo de prescrição da pretensão de discussão judicial acerca da autenticidade dos documentos.

> *OS Coger nº 1, de 2015 - Art. 3º Os documentos produzidos pela Comissão ou pela defesa nos quais conste a assinatura do acusado deverão, após sua digitalização, ser arquivados fisicamente no Escritório até que ocorra a prescrição da pretensão de discussão judicial de autenticidade.*
> *§ 1º O procedimento previsto no caput deverá ser adotado para documentos produzidos por terceiros.*
> *§ 2º Não se enquadram na categoria de documentos produzidos por terceiros aqueles oriundos da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou de qualquer unidade da Receita Federal do Brasil.*

Por fim, quanto ao arquivamento definitivo, informe-se que o sistema e-Processo reserva um espaço virtual, denominado Arquivo Único, para o qual podem ser movimentados

os processos digitais ao fim de sua tramitação. A rigor, o Arquivo Único é uma equipe, já que processos digitais somente podem ser movimentados para equipes. Mas trata-se de uma equipe peculiar, que não possui usuários integrantes e, consequentemente, para a qual um processo sigiloso pode ser movimentado sem atribuição de responsável. E é de se reconhecer que o sistema e-Processo contempla perfis, não exclusivos de usuários da corregedoria, que dão poder ao usuário de desarquivar qualquer processo digital encaminhado ao Arquivo Único (mais, especificamente, os perfis "Epro-Arquivo" e "Epro-Processo Sigiloso").

Conforme se detalhará em **4.10.6.7**, se, de um lado, é certo que a cláusula de sigilo instrumental imposta pelo *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ao processo disciplinar é afastada com o seu julgamento e com sua remessa definitiva para arquivo, à luz do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, de outro lado, também não se discute que o art. 22 da mesma Lei excepciona a publicidade dos dados protegidos por cláusulas específicas de sigilo de outras naturezas, tais como o sigilo fiscal, o sigilo bancário, o sigilo profissional (em que se inclui a documentação de perícia médica), o sigilo telefônico e demais dados relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem e o segredo de justiça.

> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º*
> *§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.*
> *Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.*

Portanto, os processos disciplinares em meio digital que contenham dados protegidos por sigilo bancário, profissional, telefônico e relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem e sob segredo de justiça não devem ser movimentados para o Arquivo Único do sistema e-Processo, devendo ser arquivados na equipe Arqui de cada Escor ou da Coger. Percebe-se que a mera existência de documentos com dados protegidos por sigilo fiscal, não oponível no âmbito da RFB, não impede a movimentação do processo digital para o Arquivo Único do sistema, mantidas a marcações de sigilo previamente estabelecidas para usuários internos e externos.

4.3.12 - Fornecimento de Cópia e de Vista do Processo

4.3.12.1 - Quem Tem Direito

Desde que para uso na defesa de direitos ou no esclarecimento de situações pessoais, a os incisos XXXIII e XXXIX do art. 5º da Constituição Federal (CF) garantem ao administrado receber informações de interesse particular que estejam em poder de órgão público. Infraconstitucionalmente, a Lei nº 9.051, de 18 de maio de 1995, já em seu art. 2º, regulamentou este direito para terceiro, não diretamente envolvido no processo, condicionando a concessão à demonstração da motivação do pedido, ou seja, exigindo que se comprove a existência de interesse jurídico legítimo e justificável. Na esteira, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, no inciso II do seu art. 3º e no seu art. 46, garante aos interessados, no processo administrativo *lato sensu*, a ciência da tramitação do processo bem como vista e obtenção de cópia (ou certidão) dos autos.

> *CF - Art. 5º*
> *XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no*

> *prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;*
> *XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*
> *a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;*
> *b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;*
> *LXXII - conceder-se-á habeas data:*
> *a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;*
>
> *Lei nº 9.051, de 2005 - Art. 2º Nos requerimentos que objetivam a obtenção das certidões a que se refere esta Lei, deverão os interessados fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido.*
>
> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:*
> *II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;*
> *Art. 46. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.*

Todavia, no processo disciplinar (não obstante vigorar, como em toda a Administração Pública federal, o princípio da publicidade), diante da peculiaridade da matéria, esta publicidade deve ser vista com reserva, conforme já aduzido em **3.3.1.8** e à luz do *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e do § 3° do art. 7° da Lei n° 12.527, de 11 de novembro de 2011. Nesta instância específica, em que a ampla publicidade pode ser prejudicial ao interesse público (no que concerne bom andamento das investigações) e privado (em referência à honra e à privacidade do servidor), aquelas garantias acima se manifestam no fato de que, somente ao acusado ou a seu procurador devidamente qualificado, são asseguradas obtenção de uma cópia integral do processo (a cópia extraída do processo supre a previsão constitucional de fornecer certidão) e vista dos autos.

É de se destacar que o processo disciplinar é público mas não na abrangência generalística do termo. A publicidade aqui é estrita, no sentido de não transcorrer de forma sigilosa e escusa contra quem tem efetivo interesse. Somente a quem o processo deva interessar é garantido livre acesso aos autos.

Em consequência, como regra geral, o representante ou denunciante não tem direito de acesso aos autos, de cópia ou de vista do processo, conforme já se abordou em **2.5.6.2.3**. O mesmo se aplica a representante sindical e terceiros em geral, sem o devido mandato. Excepcionalmente, tais pessoas, caso requeiram, poderão receber, da autoridade instauradora, informações estritamente necessárias à satisfação de sua necessidade, ao final do processo, se comprovarem a motivação para a solicitação (a existência de interesse jurídico legítimo e justificável, não bastando para tal interesse coletivo), conforme leitura extensiva do art. 2º da Lei nº 9.051, de 1995. Por óbvio, nem sequer em via excepcional se contempla a concessão administrativa de qualquer forma de acesso a dados protegidos por cláusulas específicas de sigilo requeredoras de autorização judicial, tais como sigilos fiscal, bancário e telefônico.

O tema foi tratado na Nota Técnica Coger nº 2021/14.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/14: "Ementa: O acesso a sindicância acusatória (Sinac) ou a processo administrativo disciplinar (PAD) deve ser garantido ao acusado de forma irrestrita. Ao procurador deve ser garantido o acesso aos*

autos se outorgado pelo acusado em procuração específica. Terceiros têm acesso restrito a Sinac ou a PAD até o julgamento.
8. Já em relação a terceiros - agentes públicos ou não -, a regra na esfera disciplinar é o sigilo instrumental de interesse da Administração, no curso da Sinac ou do PAD, determinado pelo art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990:
9. Por força de leitura a contrario sensu do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), e do princípio constitucional da publicidade, o sigilo imposto a terceiro que recai sobre o curso da Sinac ou do PAD é afastado com o seu julgamento, mas sem prejuízo de manutenção das cláusulas especiais de sigilo regidas em leis próprias. Também nesse sentido a CGU/CCC se manifestou, em seu Enunciado CGU/CCC nº 14, de 31 de maio de 2016:
11. No entanto, em decorrência do direito assegurado pelo inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal (CF), essa restrição pode ser excepcionalmente afastada pela autoridade instauradora quando o terceiro comprovar, de modo fundamentado, direito ou interesse particular legítimo sobre documentos ou informações constantes em procedimento acusatório.
12. Nesse caso, o acesso deve ser limitado ao conteúdo suficiente para garantir o exercício do direito do terceiro ou o atendimento de seu interesse pessoal e 'assegurado (...) por meio de certidão, extrato ou cópia', nos termos do § 2º do art. 7º da LAI, desde que os dados não estejam protegidos por sigilo fiscal, bancário, telemático ou outros legalmente previstos - visto que esses exigem, para compartilhamento, autorização judicial -, não se permitindo, de modo algum, que terceiro acompanhe a Sinac ou o PAD.
13. Reconhecido o direito excepcional de acesso a documentos ou informações de procedimento acusatório por terceiro, se esse desejar realizá-lo por meio de procurador, também é indispensável que o instrumento do mandato seja especial.
14. O sigilo imposto a terceiro vale igualmente para o representante ou o denunciante, bem como a possibilidade excepcional e restrita de acesso aos autos.
15. Por fim, a presente Nota Técnica trata do acesso em sentido amplo, compreendendo o fornecimento de cópias dos autos e de informações neles constantes (...)."

4.3.12.2 - Cópia dos Autos: Quando Fornecer e Cobrança

Quanto à cópia dos autos, os mesmos dispositivos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, citados no tópico acima - a saber, o inciso II do seu art. 3º e o seu art. 46 - garantem ao acusado o direito de obtenção, mas não lhe asseguram gratuidade. Tanto é verdade que o § 1º do art. 12 da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, autoriza a cobrança do valor referente ao custo material das cópias fornecidas, de forma que a Administração não incorreria em ilegalidade se exigisse o prévio recolhimento deste valor, em documento de arrecadação federal (Darf).

Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 12. O serviço de busca e de fornecimento de informação é gratuito. (Redação dada pela Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021)
§ 1º O órgão ou a entidade poderá cobrar exclusivamente o valor necessário ao ressarcimento dos custos dos serviços e dos materiais utilizados, quando o serviço de busca e de fornecimento da informação exigir reprodução de documentos pelo órgão ou pela entidade pública consultada. (Incluído pela Lei nº 14.129, de 2021)

"Em relação à extração de cópias, exceto a gratuidade assegurada pela Constituição para obtenção de certidões, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (alínea "b" do inc. XXXIV do

> *art. 5°), a Administração poderá cobrar os custos efetivos da reprodução, considerando o interesse do particular na reprodução, a exemplo do que autoriza o § 5º do art. 32 da Lei nº 8.666/93, de licitações e contratos administrativos. O fornecimento de cópias reprográficas não deve constituir meio de obtenção de receita para a Administração, mas simplesmente remunerar seus custos, sob pena de caracterizar abuso ou cerceamento do direito de defesa." Lais Maria de Rezende Ponchio Casagrande, "Dos Direitos e Deveres dos Administrados", in Lúcia Valle Figueiredo (Coordenadora) e outros, "Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo", pg. 55, Editora Fórum, 1ª edição, 2004*

Esse tema, com o emprego cada vez mais difundido dos recursos tecnológicos de informática, merece uma visão atualizada, pois, até recentemente, a expressão "cópia dos autos" se referia exclusivamente à cópia reprográfica, em papel, enquanto atualmente pode também encampar cópia digitalizada (escaneada) em mídia eletrônica. Assim, ao se referir a "cópia dos autos", não necessariamente hoje se limita à cópia reprográfica.

Não obstante esta parcial modernização do abordagem, ressalve-se que, de início, a maior parte do que se expõe no presente tópico refere-se precipuamente ao processo físico, com suporte documental em papel, sem prejuízo de alguns detalhes também se aplicarem ao processo digital, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo).

Para o caso específico da processualística disciplinar e da relação processual do sistema correcional com o acusado ou com seu procurador, a normatização interna, por meio da Portaria Coger nº 62, de 4 de julho de 2008, à luz de seus arts. 1º a 3º e 5º, considera que o fornecimento de uma primeira cópia, caso seja possível na prática e esteja de acordo com as limitações concretas da unidade, seja gratuito, como forma de homenagear a ampla defesa. E, além disto, esta norma infralegal dispõe ainda que este fornecimento de cópia dos autos, na conveniência da Administração (não cabe a escolha ao servidor), deve, preferencialmente, se dar por via digital. A digitalização dos autos do processo, ou seja, a transformação dos documentos em arquivo eletrônico e a sua gravação em alguma mídia, labora a favor da agilização e da economia de recursos, vez que o dispêndio de tempo se dá uma única e definitiva vez e, partir daí, se tem a facilidade de se gerar quantas cópias se necessitar (inclusive cópias em papel).

> *Portaria Coger nº 62, de 04/07/08 - Art. 1º Disciplinar, no âmbito da Corregedoria-Geral, Escritórios de Corregedoria e Comissões de Inquérito e na forma a seguir, o ressarcimento do custo correspondente às despesas incorridas na reprodução de Processo Administrativo Disciplinar.*
> *Art. 2º O fornecimento de uma cópia do Processo Administrativo Disciplinar dar-se-á sem ônus para os acusados.*
> *Art. 3º O fornecimento de cópia do Processo Administrativo Disciplinar dar-se-á preferencialmente por meio digital.*
> *Art. 5º O requerimento e o recebimento de cópias somente poderão ser efetivados pelo acusado ou por seu representante legal.*

Assim, convém que se forneça ao acusado uma cópia dos autos no momento da notificação inicial para acompanhar o processo, a ser complementada juntamente com a citação para apresentar defesa escrita, sem prejuízo de acatar pedidos de cópia de outras folhas, formulados no curso do processo, seja pelo próprio acusado, seja por seu procurador. Importante destacar a necessidade de a comissão sempre coletar recibo por parte do servidor ou parte do procurador, especificando as folhas fornecidas e a via empregada (digital ou, excepcionalmente, reprográfica), em duas vias, uma para o interessado ou procurador e outra, assinada e datada, para o processo. Os pedidos e fornecimento de cópia dos autos somente podem ser efetivados pelo acusado ou por seu procurador.

Nos momentos em que, espontaneamente, a comissão oferecer cópia dos autos à defesa, basta que o faça a um dos dois agentes legalmente autorizados a recebê-las, a saber, ou ao acusado ou a seu procurador, sendo dispensável que, a cada entrega de cópia dos autos, a comissão se considere obrigada a fazê-lo para ambos.

Se, excepcionalmente, não for viável a entrega de cópia digitalizada, devendo ser fornecida cópia reprográfica, esta cópia deve ser feita por integrante da comissão, dentro da repartição. Jamais se deve entregar os autos originais ao acusado ou a seu procurador ou a qualquer outra pessoa estranha e, caso não seja possível à própria comissão providenciar a cópia reprográfica na repartição, sua feitura deve se dar sob acompanhamento de algum integrante da comissão.

Ainda na hipótese de fornecimento de cópia reprográfica, em princípio, dispensa-se a sua autenticação, conforme autorizam o § 3º do art. 22 da Lei nº 9.784, de 199, e o *caput* e o § 1º do art. 10 do Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017. Caso o interessado solicite, atende-se o pedido com um dos próprios integrantes ou secretário apondo o carimbo "Confere com elementos dos autos" (mais conveniente do que "Confere com o original", já que nem sempre o original consta dos autos).

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 22.*
> *§ 3º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.*
>
> *Decreto nº 9.094, de 2017 - Art. 10. A apresentação de documentos por usuários dos serviços públicos poderá ser feita por meio de cópia autenticada, dispensada nova conferência com o documento original.*
> *§ 1º A autenticação de cópia de documentos poderá ser feita, por meio de cotejo da cópia com o documento original, pelo servidor público a quem o documento deva ser apresentado.*

Por fim, o pedido de mais uma cópia reprográfica dos autos, por parte do acusado ou de seu procurador, além da cópia comprovadamente já fornecida em atendimento à garantia de defesa, pode sujeitar-se à cobrança, conforme estipula o art. 4º da já mencionada Portaria Coger nº 62, de 2008.

Para o excepcional fornecimento de cópia reprográfica a terceiros que não a defesa, o disciplinamento reside na Portaria RFB nº 1.087, de 19 de julho de 2018, que estabelece faixas próprias de cobrança no caso de suporte documental em meio físico já desde o primeiro fornecimento (excetuando, obviamente, autoridades judiciárias, legislativas e administrativas. Para terceiros, esta norma também dispensa cobrança no fornecimento de cópia em suporte documental digital se estes fornecem a mídia de gravação.

> *Portaria RFB nº 1.087, de 2018 - Art. 3º Pelo fornecimento de documentos que possam ser reproduzidos em até 10 (dez) folhas de papel tamanho A-4, por requerimento, não será exigido o recolhimento prévio de que trata o § 1º do art. 1º.*
> *§ 1º Pelo fornecimento de 11 (onze) a 30 (trinta) cópias, por requerimento, será exigido o recolhimento prévio da importância de R$ 10,00 (dez Reais), sendo acrescido o valor de R$ 0,30 (trinta centavos) por cópia excedente às 30 (trinta) unidades.*
> *§ 2º O valor será previamente recolhido por meio de Darf com código de recolhimento 3292.*

Sendo assim, independentemente da via que se demonstra realizável na unidade onde transcorre o processo, é recomendável que a comissão trabalhe com cópias atualizadas dos autos, tanto para atender eventual pedido da parte quanto para ser entregue, juntamente com o relatório, à autoridade instauradora, a fim de integrar arquivo da unidade (Escritório de Corregedoria - Escor ou Coger), até ciência do julgamento ou da decisão de eventual pedido

de reconsideração ou recurso.

Havendo dados protegidos por cláusulas especiais de sigilo referentes aos próprios acusados ou a terceiros (contribuintes, de forma geral, envolvidos com os fatos sob apuração), sobretudo de sigilos fiscal e bancário, sem prejuízo também de merecerem atenção especial os dados protegidos por sigilos profissional de forma geral e em especial médico-pericial, de comunicações, telefônico ou de qualquer forma relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem, não há como negar cópia integral dos autos a todos os coacusados no mesmo processo, conforme já exposto em **4.3.4.1** e em **4.3.11.5** - não obstante poder a comissão adotar a praxe de autuá-los em anexos individuais, apenas com o fim de melhor controlar o acesso a informações sensíveis.

Sem prejuízo da concessão de cópia impressa dos autos, seja de forma espontânea pela comissão, seja a pedido da defesa, com a lavratura do devido termo de entrega de cópia, na peculiaridade decorrente da já mencionada adoção do processo digital pelo sistema correcional, informe-se que quando o acusado na ativa (e não licenciado ou afastado) utiliza a funcionalidade "Obter cópia do processo ou documento" do sistema e-Processo, este gera um arquivo de extensão "*portable document format*" (pdf), com toda sequência de documentos que compõem os autos (e, de forma alternativa, havendo arquivos não paginàveis, é possível obter, além do arquivo com extensão pdf, uma pasta compactada com os demais arquivos do processo digital), que pode ser salvo ou impresso.

Importante reiterar que o emprego do processo digital não tem o condão de obrigar o acusado a ler os autos apenas em meio digital ou de imprimi-los à sua conta, sendo pertinente manter a praxe de conceder cópia atualizada para a defesa, registrada em termo.

Ademais, todo *log* de visualização, obtenção de cópia ou extração de impressão de um processo digital fica registrado no sistema e-Processo e há um perfil gerencial que resgata os usuários que o fizeram, mas sem identificar as folhas ou documentos visualizados, copiados ou impressos.

4.3.12.3 - Vista dos Autos

Iniciando a abordagem para o processo físico, com suporte documental em papel, quanto à vista dos autos, deve ser fornecida sempre que o acusado solicitar, exclusivamente na sede da comissão, conforme assinalado na notificação inicial para acompanhar como acusado, nos termos já abordados em **4.3.4.1**. Além da cautela de os autos originais jamais saírem do local de instalação da comissão, na linha que se detalhará **4.8.1.1**, também se deve cuidar de manter pelo menos um integrante ou secretário da comissão ao longo de toda a consulta e de registrar a concessão do direito, por meio de termo próprio de concessão de vista (extraído em duas vias, uma para o interessado e outra, assinada e datada, para o processo).

É de se mencionar a crescente adesão ao programa de gestão na modalidade de teletrabalho, disciplinado internamente pela Portaria RFB n° 2.383, de 13 de julho de 2017, para desempenho das atividades correcionais, e estendido ao processo de trabalho correcional pela Portaria RFB n° 788, de 29 de maio de 2018, com a atualização promovida pela Portaria RFB nº 390, de 21 de fevereiro de 2019, por meio da qual integrantes das comissões disciplinares não necessariamente cumprirão sua jornada de trabalho na repartição, perdendo sentido a superada recomendação de sempre se manter ao menos um integrante da comissão presente na sala de instalação no período que se chamava de horário de atendimento. Deve-se, sim, fazer menção à necessidade de a defesa buscar contato prévio pelos endereços eletrônicos dos integrantes no correio eletrônico institucional ou por linha telefônica da secretaria do Escor quando necessitar de contato pessoal com o trio para o exercício de qualquer direito de defesa.

Havendo dados protegidos por cláusulas especiais de sigilo referentes aos próprios acusados ou a terceiros (contribuintes, de forma geral, envolvidos com os fatos sob apuração), sobretudo de sigilos fiscal e bancário, sem prejuízo também de merecerem atenção especial os dados protegidos por sigilos profissional de forma geral e em especial médico-pericial, de comunicações, telefônico ou de qualquer forma relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem, não há como obstaculizar o acesso integral aos autos a todos os coacusados no mesmo processo, conforme já exposto em **4.3.4.1** e em **4.3.11.5** - não obstante poder a comissão adotar a praxe de autuá-los em anexos individuais, apenas com o fim de melhor controlar o acesso a informações sensíveis.

Ademais, com o advento do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), não faz sentido a comissão manter cópia impressa e encadernada dos autos e restou possível ao acusado na ativa (e não licenciado ou afastado) consultar a qualquer tempo o processo em formato digital, praticamente tornando sem sentido a concessão de vista dos autos na sala da comissão. Não obstante, nada impede que se conceda vista dos autos a acusado não habilitado (acusado ativo afastado ou licenciado ou inativo ou ex-servidor) ou até mesmo, de forma muito eventual, a acusado habilitado (e não licenciado ou afastado), embora este tenha acesso aos autos a qualquer tempo, que porventura queira consultá-los por meio de estação de trabalho de integrante da comissão, redigindo, nestes caso, o termo de concessão de vista.

Acrescente-se ainda a peculiaridade do processo digital de que a habilitação do acusado para acessar os autos, em reflexo da máxima amplitude de defesa, deve ser mantida não apenas no curso da fase de inquérito administrativo, até a entrega do relatório da comissão, mas também ao longo da fase de julgamento. No curso das consequentes movimentações do processo digital, os respectivos responsáveis, seja no âmbito do Escor, seja eventualmente no âmbito da Coger (nos casos de julgamento de alçada ministerial), devem cuidar de manter o acusado habilitado por meio de seu nº de inscrição no CPF.

4.4 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - ATOS DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

4.4.1 - Aspectos Introdutórios

Após os atos iniciais a cargo da comissão, a segunda fase do processo disciplinar, chamada de inquérito administrativo, conforme elenca o inciso II do art. 151 e define o art. 155, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, prossegue com a instrução probatória.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:*
> *I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;*
> *II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;*
> *III - julgamento.*
> *Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.*

A instrução probatória no processo disciplinar compõe-se dos atos em que, em complemento aos elementos informativos advindos desde a fase de admissibilidade (incluindo os que porventura o representante ou o denunciante já havia fornecido) e que deram justa causa à instauração, se buscam as provas faltantes e como tal indicadas na matriz de responsabilização para amparar a formação da convicção por parte da comissão processante e

da autoridade julgadora. Portanto, são o cerne do processo disciplinar e devem ser merecedores de grande atenção e empenho do colegiado. Como será melhor exposto ao longo da explanação, desde já introduza-se que a lista de meios de prova apresentada no art. 155 da Lei nº 8.112, de 1990, é meramente exemplificativa, sem o condão de exaurir as hipóteses de emprego de atos de instrução, e podem decorrer tanto de iniciativa da própria comissão, cumprindo seu dever de ofício de apurar, quanto de pedido do acusado, exercendo seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Diante da relevância e da vastidão do tema, convém apresentar breve conceituação sobre teoria da prova antes de se adentrar nas peculiaridades dos atos de instrução probatória da instância processual disciplinar.

4.4.1.1 - Conceitos Elementares de Teoria da Prova

4.4.1.1.1 - Introdução à Natureza Lógico-Argumentativa da Atividade Probatória

4.4.1.1.1.a - As Visões Processual Tradicional, Epistemológica, Processual Moderna e Lógica Acerca da Atividade Probatória

Introdutoriamente, é indispensável relembrar que o processo, independentemente da instância jurídica em que se estabelece, não guarda um fim em si mesmo e não existe por si só; ao contrário, é mera instrumentalidade por meio da qual, ao seu final, o Estado-juiz cumpre sua função de dizer o direito discutido em uma lide de qualquer natureza, em que interesses antagônicos se qualificam, de forma geral, como uma pretensão resistida. Na instância civil, pode-se ter uma parte que alega ou pleiteia e outra parte que contesta ou resiste; e na instância penal, pode-se ter uma parte, sempre representando o Estado, que acusa e outra parte que se defende - em ambos os casos, o autor pleiteia ou acusa com base no que entende como fatos constitutivos do seu direito ou do seu poder-dever de agir; e a outra parte, para obstar a alegação ou a acusação que lhe é contrária, baseia-se nos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daquele direito ou daquele poder-dever do autor. E, dentre estes dois extremos de relações processuais, a instância disciplinar opera de modo próximo e similar a esta última, já que ambas se inserem no rol do Direito público punitivo, ainda que com suas próprias peculiaridades e individualidades principiológicas e normativas. E, quanto à objetivada dicção do direito ao seu final, enquanto no processo civil está relacionada à comprovação de algum fato do qual, em termos genéricos, se extrai alguma (ou mais de uma) consequência jurídica de diversas naturezas, nos processos penal e disciplinar, de forma mais específica, diante de sua natureza punitiva, está relacionada, respectivamente, à comprovação do crime e da infração estatutária.

Pode-se dizer que o processo operacionaliza e pratica a aplicação do Direito material e efetiva o cumprimento do ordenamento jurídico pelos indivíduos em sociedade. Se as normas em geral e as positivadas em especial, independentemente de sua natureza, impõem comandos, deveres e proibições a fim de balizar o comportamento social, a concretização da vontade da lei não pode dispensar a previsão de repercussões jurídicas a quem as inobservar e é exatamente neste ponto em que entra o processo, como o rito instrumental em que se busca refletir a verdade das circunstâncias reais que envolveram a transgressão, verdade esta consubstanciada na reprodução e na explicação mais fiel possível dos fatos efetivamente ocorridos, a fim de que a conclusão processual, a cargo do julgador, seja a mais justa dicção do direito, a favor de uma parte e contrariamente à outra.

Almeja-se então o processo justo, como instrumento de justiça, externalizada por decisões que, em decorrência da melhor representação possível da verdade nos autos, obtida

pelo resgate probatório dos fatos, apliquem a correta responsabilização aos agentes destinatários do ordenamento pátrio, seja com efeito punitivo a quem comete infrações, seja com efeito de reparação patrimonial a quem causa danos, seja com qualquer outra consequência jurídica em demais relações de Direito e seja com efeito didático-preventivo a todo restante do corpo social. Esta é a melhor qualidade da resposta que o instrumental público do processo logra fornecer às partes envolvidas e à sociedade. E a importância do tema em comento está em que é a prova que traz - até onde possível e viável - a verdade ao processo, que introduz o mundo real nos autos. Portanto, a busca da maior probabilidade da verdade, mediante a correta determinação dos fatos ocorridos, é essencial para o equilíbrio, para a satisfação e para o cumprimento do ordenamento interno. Mas, desde já, é necessário introduzir a ideia crítica e realista de verdade relativa, que guarda alguma - e não total - fidedignidade com o mundo concreto, em contraponto à verdade absoluta, que não passa de mero ideal normativo.

Neste contexto, então, coexistem ao mesmo tempo a indispensável busca da verdade absoluta e a inafastável limitação de que somente é possível trazer ao processo a verdade operacional e teleologicamente provável (não no sentido de frequente ou comum, mas sim no sentido do que é possível de ser provado). Esta verdade relativa - como um eufemismo para se referir aos fatos mais prováveis - que se consegue trazer para o processo não é exatamente a verdade absoluta do mundo real extrajurídico, mas, obviamente, não é dela dissociada, autônoma e distinta. Importante não perder de vista que mesmo figurando a verdade absoluta apenas como um ideal inatingível e mesmo sendo levado a reconhecer que o objetivo do processo não é esclarecer exaustivamente as relações fáticas do mundo concreto como um todo mas sim unicamente solucionar a controvérsia jurídica estabelecida pelas partes, a busca daquela verdade idealizada não deixa de assumir importância e referência, uma vez que, quanto mais a verdade relativa razoavelmente trazida ao processo dela se aproximar, mais provável que a decisão seja justa.

O aplicador deve sempre ter em mente que, se por um lado, não lhe parece viável a segurança irrefutável de configurar no processo a verdade absoluta, plena, una e inquestionável, por outro lado, sabe que o Direito processual se satisfaz com um patamar de verdade relativa, provável, razoável e processualmente necessária e suficiente para ser racionalmente aceita e justificada como crença verdadeira. Se é assim, compreende-se que é possível falar de um espectro de graus de elucidação da verdade trazida aos autos, o que também permite desde já antecipar que é possível obter instruções probatórias de maior e de menor qualidade à vista da exigência probatória caso a caso.

Interessante introduzir que ao longo não só deste mas também de todos os subtópicos do tópico **4.4.1.1**, ao se tratar de conceitos elementares de teoria da prova, que é um tema advindo das instâncias processuais penal e civil, em geral voltado para o juiz, o emprego de termos como “aplicador” e “julgador”, no que tange à sua aplicação na processualística disciplinar, contempla, além das competências da autoridade julgadora, também as prerrogativas de atuação das comissões de inquérito, embora, a rigor, em sentido estrito, não julguem o processo. Isto porque, nas peculiaridades do processo disciplinar, incumbe às comissões não só conduzirem e instruírem a segunda fase, do inquérito administrativo, mas também manifestarem decisões interlocutórias e convicções conclusivas.

Mesmo no processo penal, que, sob a ótica do polo passivo, lida com o relevante bem jurídico da liberdade, já se abstrai da idealização da busca da extrema verdade absoluta. A consciência da impossibilidade de se atingir a idealizada verdade material exaustiva do processo penal (talvez residente exclusiva e inacessivelmente na consciência do infrator, como o único possível conhecedor da integralidade dos fatos) conduziu à elaboração pragmática da instrução probatória, a fim de que, em ponto intermediário em comparação ao extremo oposto da verdade formal simbólica do processo civil, se busque a verdade

processual. Em harmonia com a linha mais moderna da fonte jurisprudencial e da doutrina, defende-se a superação da tradicional dicotomia entre a busca infinda da verdade material e a satisfação resignada com a verdade formal, compreendendo-se e aceitando-se que o processo tem por fim esclarecer a maior verdade possível, que não necessariamente é a verdade absoluta, mas sim a máxima probabilidade desta verdade idealizada, a sua maior aproximação possível de se obter, harmonizando critérios de licitude probatória e de praticidade. Pode-se dizer que a visão mais moderna de construção da verdade processual irriga-se, dinâmica e simultaneamente, pela atenção aos comandos constitucionais da vedação das provas ilícitas (em tema a ser detalhado em **4.4.1.1.2**) e da duração razoável do processo, estabelecidos nos incisos LVI e LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal (CF), conciliando a busca da máxima probabilidade da verdade com a celeridade processual com a segurança jurídica.

> *CF - Art. 5º*
> *LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;*
> *LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004)*
>
> *"A afirmação de que provar é convencer não pressupõe que esse convencimento sempre condiz com a verdade, senão com o provável. Ainda que a atividade instrutória se guie pela busca da verdade, a busca da certeza tornaria infindável o processo, esbarrando não apenas em questões fáticas, mas também epistemológicas." Luiz Fux, "Processo Civil Contemporâneo", pg. 136, Editora Forense, 1ª edição, 2019*

Importando tais percepções para a processualística disciplinar, a verdade processual, como um aprimoramento instrumental do processo, é construída a partir de elementos informativos e de provas em sentido estrito necessários e ao mesmo tempo minimamente suficientes acerca da materialidade e da autoria da infração, desde que licitamente coletados nos rigores específicos de cada fase processual, para fornecer convencimento às autoridades instauradora e julgadora e segurança jurídica ao processo. Este norte se harmoniza com as necessárias preocupações de todos os agentes do sistema correcional a fim de que se tenha a deflagração e a condução de procedimento correcional investigativo e a instauração, condução e julgamento do processo disciplinar sempre calcados em meios lícitos de obtenção e em justa causa fundamentada, a fim de evitar possíveis alegações de incursão em crime de abuso de autoridade, conforme tipificam os art. 25, 27 e 30 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

E cabe acrescentar que, se o processo penal, que lida com bem jurídico mais relevante que a relação laboral objeto do processo disciplinar, já não mais necessariamente busca exaurir a prova, com mais certeza o princípio da busca da verdade processual também opera no processo disciplinar. Nesta senda, pode-se citar, a título de exemplo reforçador da tese, o termo de ajustamento de conduta (TAC), que conduz à conclusão do processo com a adoção de um acordo de vontades (a Administração se poupa de instaurar processo disciplinar e o servidor é poupado de respondê-lo na condição de acusado passível de apenação) que não necessariamente reflete a verdade absoluta mas sim apenas uma verdade consensuada.

A busca da verdade processual se opera por meio da relação entre prova e fato e obtém-se trazer aquele objetivo aos autos com a correta demonstração dos fatos (exatamente como são ou como ocorreram) e a estes se chega com o emprego das provas. A prova de um fato permite concluir que a afirmação sobre este fato é verdadeira. Então, o interesse e a finalidade da prova é o fato: não se prova o direito, mas sim o fato para, a partir daí poder se dizer o direito. A relação da prova com o fato é direta e indireta com o direito.

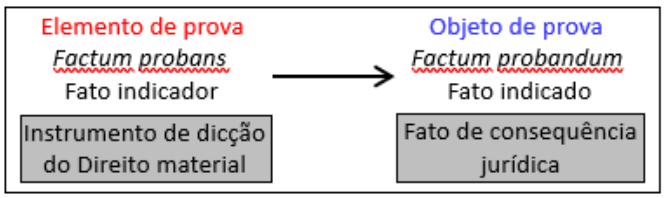
Dentre diversos outros aspectos que dinamicamente interagem na atividade probatória, a ação de provar um determinado fato, no sentido de demonstrá-lo, inclui a dificuldade de não

ser apenas uma construção cognitiva humana. A atividade probatória, para além de ser cognitiva, também se dedica a reconstruir, da forma mais próxima possível da verdade, um fato pretérito, ocorrido no tempo passado, com o fim de ser avaliado e valorado no tempo presente e até no tempo futuro. A ação de provar um fato é, de certa forma, uma reconstrução temporal e não uma mera observação contemporânea e simultânea à ocorrência. O agente condutor da atividade probatória enfrenta o desafio de, por meio da prova, reconstruir um fato que ele mesmo não observou, não vivenciou, não viu ocorrer. Esta percepção de que a prova é uma reconstrução de um fato pretérito reforça a aceitação de que o melhor que se obtém no processo, em sua instrução probatória, é a mais provável aproximação da verdade real, por meio da verdade processual.

Assim, a imensa maioria dos processos, sejam judiciais, sejam administrativos, envolve a discussão sobre provas, utilizadas para a busca da verdade processual, por meio da reconstituição de fatos pretéritos que tenham relevância para a decisão e para a aplicação de consequências jurídicas, ou seja, para a dicção do direito, como é o caso, quando cabível, da imputação de responsabilidade por ato infracional e da consequente cominação de punições.

Mesmo com esta percepção realista acerca da verdade processual, é de se reconhecer que discorrer sobre prova não é tarefa simples, a iniciar pela complexidade e pela importância que o conceito jurídico assume dentro de qualquer instância de Direito processual. E a dificuldade aumenta também por razões terminológicas, uma vez que a mesma palavra, polissêmica, assume diversos sentidos e suas derivações morfológicas são empregadas em distintas funções sintáticas em um texto escrito ou falado, não só coloquialmente mas até em trabalhos jurídicos formais. Diante desta complexidade e do objetivo bastante superficial e meramente introdutório deste texto, não se tem aqui a menor ambição ou ilusão de esgotar assunto que, de forma tão profunda, controversa e polêmica, é debatido na fonte jurisprudencial e na doutrina, às quais se remete para estudo mais abalizado.

Decerto, prova é um conceito elástico e multifacetado e, dentre as diversas concepções deste termo, iniciando a abordagem sob a visão processual mais tradicional, interessam prova como elemento de prova e prova como objeto de prova. O termo “prova”, como elemento de prova, se reporta ao fato que demonstra (no sentido de comprovar) outro fato (*factum probans*), como, por exemplo, seriam o testemunho de um depoente ou o laudo de um perito (que são fatos) para o ato infracional (outro fato). E prova, como objeto de prova (ou fato comprovado), é o fato sobre o qual incide o elemento de prova, ou seja, é aquilo (fato) que se quer provar (*factum probandum* - que, por vezes, também é grafado como *thema probandum*), como, por exemplo, o ato infracional propriamente dito. Há, portanto, estreita relação entre elemento de prova e objeto de prova, pois este é o fato demonstrado por aquele.



Como não poderia ser diferente, a já exposta necessidade de ajuste entre o todo e o contexto jurídico também repercute no conjunto fático de interesse processual. Diante da realidade ilimitada, de todo universo fático possível de se cogitar na visão doutrinária tradicional acima, que envolve pessoas, objetos, lugares e eventos que sintetizam todo o mundo concreto, e do objetivo instrumental conciso do processo de solucionar uma determinada controvérsia jurídica, o interesse se concentra nos fatos que podem ser considerados como prova, ou seja, que guardam relação de relevância e de pertinência para a dicção do direito. Em outras palavras, interessam apenas os fatos que, juridicamente, comportam algumas qualidades, dentre as quais principalmente se destacam, em lista não exaustiva, de serem controversos, relevantes e pertinentes, segundo a normatização material

que rege o direito em discussão.

Isto leva a digressão até as definições mais elementares do Direito Civil. Ainda que o Direito se origine de fatos, no sentido bruto e lato do termo, não é qualquer fato, como evento ou acontecimento, seja de causas naturais, seja de ação ou comportamento humano, que interessa ao Direito. Interessam ao Direito apenas os eventos ou acontecimentos já inseridos na normatização, ou seja, aqueles que o próprio Direito, prévia e internamente, já valorou como relevantes em seu campo, por apresentarem um vínculo de significação jurídica, a que se emprega a denominação de fatos jurídicos. Os fatos jurídicos, portanto, provêm da atividade humana ou de fenômenos naturais e são capazes de repercutir juridicamente, em razão de criarem, modificarem, transferirem ou extinguirem relações de Direito. Cabe detalhar que, inseridos como espécie do gênero dos fatos jurídicos, situam-se os atos jurídicos, como especificamente aqueles advindos da ação humana, que, por sua vez, podem ser lícitos ou ilícitos. Quanto ao gênero, a lei civil reflete a relação acima exposta entre prova e fato, a saber, entre prova e fato jurídico, conforme o *caput* do art. 212 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC). Convenciona-se, portanto, que, doravante, ao se mencionar apenas "fato", sabe-se que a menção correta seria a fato jurídico, adotando-se aquela grafia sintética por simplificação.

> *CC - Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:*
> *I - confissão;*
> *II - documento;*
> *III - testemunha;*
> *IV - presunção;*
> *V - perícia.*

Como reforço ao entendimento de que o processo é um ferramental público voltado apenas a solucionar - mas com a máxima qualidade possível - a controvérsia posta nos autos e não a discutir e a compreender a verdade absoluta contida em todo contexto da realidade e a explicar o ordenamento jurídico material como um todo (mas sim apenas a normatização regente do caso em análise), cabem então alguns limites pragmáticos no compromisso de busca do conhecimento fático integral que interessa em seus autos. Adequando as regras processuais da livre admissibilidade probatória, ou seja, da livre adoção dos meios de prova, a exemplo dos comandos do art. 369 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), do parágrafo único do art. 155 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), e do art. 155 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, os primeiros limites - não por motivo de desinteresse pela correta determinação fática, mas sim por razões jurídicas que dinâmica e simultaneamente também atuam e interferem tutelando outros bens jurídicos igualmente importantes e coabitantes - que se impõem decorrem de critérios temporais e de admissibilidade das provas. Como em toda forma jurídica de pensar, até no objetivo da busca da verdade processual e razoável impera o salutar jogo de pesos e contrapesos, a fim de frear a busca fática a qualquer preço e até antijurídica.

> *CPC - Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.*
> *Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.*
>
> *CPP - Art. 155.*
> *Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 9 de junho*

de 2008)

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.

Antes, cabe aqui a explanação acerca de meios de prova. Estes, cuja regra geral é de que sejam admitidos no processo, são os instrumentos ou as ferramentas utilizadas pelas partes para demonstrar os fatos alegados nos autos e, por fim, para fornecerem convencimento ao julgador. A regra dos diplomas legais processuais é da adoção de listas não exaustivas de meios de prova aceitos (ou contêm uma lista apenas exemplificativa ou fazem remissão generalista de aceitabilidade dos meios). Diante das listas não taxativas, as provas orais (oitivas de testemunhas, oitivas de declarantes, acareações e interrogatórios), as provas periciais *lato sensu* (laudos periciais e laudos técnicos), os documentos, as presunções legais, as diligências, as pesquisas em sistemas informatizados, os reconhecimentos de pessoas ou de coisas são alguns meios de prova aqui exemplificados de forma não exaustiva.

A par de as partes merecerem tratamento isonômico na produção de provas em qualquer espécie de processo inserido em Estado Democrático de Direito, como assegurador do equilíbrio e da imparcialidade, também é certo que o direito à produção de provas deve ter uma cláusula de preclusão, como estabilizadora da relação processual e também com vista à duração razoável do processo, conforme assevera o já reproduzido inciso LXXVIII do art. 5º da CF.

Relembre-se que o processo visa a solucionar o litígio estabelecido pelas partes e é na prova dos autos que o julgador busca esclarecer os fatos. Mas, é certo que o Estado-juiz, em sentido lato, não pode deixar de prestar a tutela jurisdicional, ou seja, omitir-se de dar a solução jurídica à lide, como o fim postulado pelas partes e esperado pela sociedade. Consequentemente, o processo não pode ser um instrumental sem utilidade, como o meio improdutivo de uma busca indefinida da verdade absoluta. Ao contrário, compreende-se o processo como um método de composição dos litígios, sistematizado pela lei para o emprego dos meios de prova, e, portanto de observância obrigatória pelas partes e pelo julgador, na apuração fática e na dicção do direito. Uma vez que, para a própria segurança jurídica das partes, ao julgador é dado decidir a questão de Direito delimitadamente à luz do que se alega, do que se contesta, do que se acusa, do que se defende - por fim, à luz do que se prova nos autos -, caso as partes não tragam ou não permitam que se tragam, tempestivamente, as provas necessárias para a solução do litígio, é certo que a verdade a transparecer nos autos sofrerá mitigações. Isto impõe que as partes devem se submeter às regras processuais para que suas alegações e contestações ou para que suas acusações e defesas sejam plenamente consideradas na decisão. Se, por um lado, as partes têm asseguradas a extensa liberdade de emprego dos meios de provas lícitos e admitidas em Direito e a mais ampla defesa, por outro lado, devem empregar tais prerrogativas processuais dentro do método legalmente sistematizado, em que se incluem, como salutares delimitações, não só a forma e a licitude dos meios de prova, mas também o momento adequado de fazê-lo, atendendo ao prazo da instrução processual.

No caso da processualística disciplinar, esta regra se opera para o fim da instrução probatória, até a citação para apresentação de defesa de parte do indiciado, sendo certo que a produção de prova após este momento deve ser tida como excepcional. Além desta limitação temporal à produção probatória, igualmente não são admitidas no processo as provas ilícitas, assim consideradas aquelas cuja coleta ou feitura se dá mediante violação de Direito material, conforme também assevera o igualmente já reproduzido inciso LVI do art. 5º da CF. Estes limites constitucionais sinalizam a aceitação jurídica da verdade processual que seja moral e eticamente construída e delimitada, em contraposição ao que seria a busca ilimitada, idealizada e exaustiva pela verdade absolutamente material, não se aceitando que esta seja

obtida ao preço do prejuízo de cláusulas fundamentais de direitos indisponíveis da pessoa.

Ademais, ainda que não afrontem a garantia fundamental individual de molde constitucional no que tange à ilicitude inadmissível, os fatos notórios, reconhecidos, incontroversos e presumidos em lei dispensam de serem provados, mesmo quando se mostram relevantes e pertinentes, conforme estabelecem expressamente os incisos I a IV do art. 374 do CPC. Na mesma linha, os fatos tidos como impertinentes, irrelevantes e protelatórios podem ter o pedido de sua prova indeferido (conforme permite o § 1º do art. 400 do CPP, ao tratar da instrução criminal especificamente do processo penal comum). Ressalve-se, para interesse de instância processual punitiva pública, que o inciso II do art. 156 do CPP, ao tratar da prova em sentido geral, para qualquer rito, preserva a autonomia do julgador, caso lhe reste dúvida, para diligenciar acerca de fatos que porventura ainda lhe causem dúvida, fazendo compreender que mesmo aquelas espécies de fatos listados no art. 374 do CPC podem, excepcionalmente, ser objeto de prova. Decerto, diante da mais severa responsabilização sancionadora em comparação com a responsabilização civil, o desprendimento que esta instância pode ter com as espécies de fatos acima listadas como de prova dispensável nem sempre se manifesta no processo punitivo, podendo o maior rigor probatório indicar que se invista mesmo no esclarecimento de fatos que, *a priori*, o processo civil descartaria. Isto faz sentido porque o aspecto dispensador da prova pode residir em elementares do tipo penal, cabendo então estar formalmente provado nos autos, ainda que notório, reconhecido ou incontroverso. E similar cautela pode se fazer necessária também na instância pública punitiva da processualística disciplinar, que possui comando estabelecido no § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, similar ao do § 1º do art. 400 do CPP, também conferindo poder à Administração, ou seja, à comissão processante, para indeferir eventuais pedidos de provas considerados impertinentes, protelatórios ou irrelevantes. Importante destacar aqui que, como o tema foi objeto de expressa menção pelo legislador na Lei nº 8.112, de 1990, o comando do § 1º do seu art. 156 impera (com o reforço do § 1º do art. 400 do CPP) e o comando do art. 374 do CPC integra o arcabouço jurídico do processo disciplinar como uma fonte supletiva.

> *CPC - Art. 374. Não dependem de prova os fatos:*
> *I - notórios;*
> *II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;*
> *III - admitidos no processo como incontroversos;*
> *IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.*
>
> *CPP - Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*
> *II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)*
> *Art. 400.*
> *§ 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008)*
>
> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 156.*
> *§ 1º O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.*

Fatos notórios, previstos no inciso I do art. 374 do CPC, são aqueles que se inserem no acervo cultural e no patrimônio de conhecimento comum de certa coletividade, em que se incluem as partes e o julgador. De se destacar que o critério de notoriedade não necessariamente se confunde com generalidade; ou seja, aqui se trata de fato cujo conhecimento se possa presumir por parte do homem médio da coletividade onde se insere o

processo, dispensando-se que seja conhecido por toda universalidade de indivíduos. Importante também esclarecer que o fato notório dispensa a sua prova, mas não a sua alegação de parte de quem o aproveita, a fim de trazê-lo aos autos.

Também se dispensa a prova do que é objeto de confissão, prevista no inciso II do art. 374 do CPC, em que a parte reconhece um fato que lhe é desfavorável. A confissão é um meio de prova que estabelece uma espécie de presunção legal relativa, cabível de arrependimento ou ainda de prova em contrário de parte de quem a fez. A parte beneficiada pela confissão desonera-se de provar o fato confessado, sem prejuízo de a parte confessora, agora sob seu ônus, vir apresentar nova prova que supera sua própria confissão. Caso já não existam provas autuadas e não advenham provas posteriores que contradigam a confissão, esta assume uma presunção de veracidade diante do julgador. Mas, não obstante a confissão e a não apresentação de nova prova que a desminta por parte de quem confessou, ainda assim, o julgador racionalmente a valorará, sem lhe atribuir nenhum valor prévio insuperável, dentro do procedimento dinâmico de testes de hipóteses que se abordará em **4.4.1.1.5**. Por sua relevância instrumental, a confissão também possui previsão específica no CPP, nos seus arts. 197, 199 e 200, que estabelecem que esta prova é válida, passível de ser apresentada sobre a integralidade ou sobre uma parcela das imputações e retratável mas não soberana, a ser valorada (tanto a confissão em si quanto eventual posterior retratação) no cotejo dinâmico juntamente com todas as demais, sob os mesmos critérios valorativos. Propositalmente, não se mencionou o art. 198 do CPP, que ainda estabelece que o silêncio do acusado não importa em confissão mas poderia ser usado em seu desfavor, o que se compreende incompatível não só com a garantia fundamental individual estampada no inciso LXIII do art. 5º da CF de ninguém ser obrigado a se autoincriminar e de poder ficar calado e com o parágrafo único do art. 186 do mesmo CPP, que, refletindo o direito constitucional, ratifica que o silêncio não significa confissão e não pode ser empregado contrariamente à defesa.

> *CF - Art. 5º*
> *LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;*
>
> *CPP - Art. 186.*
> *Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003)*
> *Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.*
> *Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.*
> *Art. 199. A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195.*
> *Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.*

Os fatos incontroversos, previstos no inciso III do art. 374 do CPC, não se confundem com os fatos confessados, posto que são aqueles que restam sem contestação de uma parte, embora tenham sido alegados pela parte contrária. Enquanto a confissão é comissiva, a incontrovérsia é omissiva. Sendo uma conduta meramente inercial, sem declaração, não se configura um meio de prova mas sim pode figurar como mero indício de prova de assistir razão à parte contrária que fez a alegação não contestada. De forma similar ao acima exposto para a confissão, sob ótica processual civil, a ausência de contestação pela parte opositora acerca do que foi alegado dispensa comprovação a cargo de quem o alega, pode ainda ser objeto de contestação tempestiva pela parte inerte e gera no julgador uma presunção legal apenas relativa de sua veracidade. Mas é de ponderar que, no rito processual público punitivo

da processualística disciplinar, a incontrovérsia deve ser valorada no procedimento dinâmico com extremas cautela e até mesmo resistência, em cotejo com todas as demais provas, visto a atuação de princípios garantidores de presunção de inocência e de busca de verdade processual com oficialidade.

As presunções legais, contempladas no inciso IV do art. 374 do CPC, dada a sua importância no tema da teoria da prova, receberão abordagem específica e detalhada em **4.4.1.1.4.b**.

Já na construção do § 1º do art. 400 do CPP e do § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, de compreensão até mais intuitiva que os incisos do art. 374 do CPC (e, portanto, requeredora de menor esforço redacional), provas impertinentes podem ser consideradas aquelas acerca de fatos que já constam como demonstrados no processo e de desnecessária repetição; provas irrelevantes são aquelas que não interessam para o esclarecimento dos fatos porque não se reportam ao objeto de apuração no processo; e provas protelatórias são aquelas absolutamente inúteis para a dicção do direito por serem solicitadas com o único objetivo de impedir ou de prejudicar o andamento processual. Neste último ponto, também o CPC prevê o indeferimento de pedidos de provas protelatórias, no parágrafo único do art. 370. Obviamente, aqui cabe de novo a aplicação do comando permissivo e extensivo do inciso II do art. 156 do CPP, assegurando ao julgador a prerrogativa não só de indeferir os pedidos acima rotulados como também de diligenciar acerca de fatos que ainda lhe causem dúvida, o que pode incluir até mesmo as espécies de fatos listados no § 1º do seu art. 400 e no parágrafo único do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990.

> *CPC - Art. 370.*
> *Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

Por fim, acrescente-se que, obviamente, não se deve dar nenhuma atenção probatória a alegações de natureza meramente axiomática, assim entendidas quaisquer proposições consensualmente tidas como incontestáveis e evidentes na sociedade ou na academia, ou ainda a alegações que se refiram a fatos de ocorrência impossível e a ficções construídas pela própria lei.

Aqui, foram apresentadas as definições materiais de diversas espécies fáticas dispensadoras de prova e merecedoras, portanto, de motivado indeferimento por parte da comissão caso venham a ser objeto de petição. Grosso modo, abarcam-se aqui, de forma não exaustiva, as espécies de fatos notórios, confessados, incontroversos, presumidos em lei, impertinentes, irrelevantes, protelatórios, axiomáticos, impossíveis e fictícios. A forma e a instrumentalidade da realização do indeferimento serão abordadas em **4.4.1.5**.

Cabe então afirmar a existência de um corte limitador no objetivo da busca da verdade processual por meio das provas que demonstram os fatos. Em rápido parêntese, permite-se antecipar, neste ponto do texto, já se tendo avançado na apresentação, que, adiante, este objetivo será denominado como epistemológico. Mas, por ora, o que importa é asseverar que este objetivo da busca da verdade para os autos não é absoluto, pois precisa conviver em equilíbrio dinâmico e temperado com outras tutelas, também indispensáveis, como a duração razoável do processo, a inadmissibilidade de provas ilícitas e a eleição, pelo próprio legislador, de que determinados fatos não devem ou ao menos não precisam ser objeto de prova (por exemplo, os fatos marcados pela notoriedade, pela confissão, pela incontrovérsia, pela construção por presunção, pela impertinência, pela irrelevância e pela protelação), sem que estas limitações prejudiquem o fim maior, de se instrumentalizar uma justa dicção do direito e de se fazer justiça. Pode-se dizer, em resultado, que, como regra geral e apriorística, a prova se volta e se destina, sobretudo e principalmente, mas não necessariamente de forma rigidamente exaustiva, aos pontos controversos e ao mesmo tempo relevantes da lide e que causam discussão e dúvida pertinente de se esclarecer. Mas isto não quer dizer que o contexto

fático global, incluindo os fatos notórios, confessados, incontroversos e objeto de presunções ou até mesmo impertinentes, irrelevantes e protelatórios, seja desprezado na formação da convicção. Obviamente que não; a dispensa de ser envolvido em procedimento probatório não se confunde com descarte para a formação da verdade processual.

Estabelecida a relação processual com a parte autora apresentando sua pretensão, baseada em elementos informativos fáticos (ainda a serem submetidas ao contraditório da parte oponente), incumbe-lhe, a partir daí, o ônus probante, com exceção para os fatos beneficiados com a dispensa instrutória (fatos notórios, confessados, incontroversos ou tidos como presumidamente verdadeiros pela lei ou ainda fatos impertinentes, irrelevantes ou protelatórios). No caso do processo disciplinar, este papel recai sobre a comissão, embora sua atuação não se confunda com a atuação de uma parte acusatória em sentido estrito, mas sim apuratória, conforme melhor se abordará em **4.4.1.2**.

Mesmo dentro deste universo já delimitado dos fatos jurídicos, uma vez que a prova em si é um fato (um testemunho ou uma perícia, por exemplo, são fatos), faz-se necessário compreender porque determinados fatos alcançam a qualidade de serem considerados como tal e outros não. A característica essencial para que um fato seja chamado de prova é que haja ligação entre este fato (que vem a ser a prova em si, o *factum probans*) e o fato provado (o *factum probandum*), ligação esta que esclarece o cerne da questão.

E já cabe aqui um rápido parêntese. Se a prova é um fato, é necessário estar atento ao questionamento de que a própria prova precisaria ser provada. A fim de evitar que o andamento processual fique travado em uma cadeia infinita de justificação de uma prova, esta somente deverá ser provada se a validade do seu poder de provar um fato no processo for objeto de questionamento.

Avançando para além da visão meramente processual tradicionalista, que se limitava às ideias de elemento de prova e de objeto de prova, aborda-se a questão agora sob a ótica da epistemologia, cujo objeto original de estudo filosófico é o conhecimento humano em sentido amplo. Diante desta visão epistemológica, associa-se o conhecimento humano a crenças verdadeiras justificadas, ou seja, crenças para as quais se apresentam razões que permitam tê-las como verdadeiras. Por este caminho, assume importância a justificação (ou a apresentação de razões), por ser um dos três requisitos do conhecimento humano (no sentido de que, para que alguém saiba de algo, é preciso acreditar neste “algo”, que este “algo” seja verdadeiro e que esta pessoa esteja justificada em razões para tal). Aplicando esta área da ciência filosófica que se interessa em estudar as formas de obtenção de conhecimento para o foco especificamente jurídico, busca-se apenas a justificação acerca de questões de fato (e não de Direito) apresentadas no bojo de um processo e que interferem na ação cognitiva de julgar. Sob a ótica epistemológica voltada à instância instrumental, o processo move-se pelo objetivo de trazer aos autos a melhor representação possível da verdade, por meio das provas que buscam fidedignamente demonstrar os fatos pretéritos. Considerando então a epistemologia aplicada ao ramo jurídico, a noção de prova se associa à necessária justificação do conhecimento adquirido, com que se busca a maior aproximação possível da verdade dos fatos, e isto conduz a apresentar a concepção racional da prova.

Obviamente, aqui, ao se falar em crenças verdadeiras, deve-se fazê-lo mediante o ajuste da epistemologia aplicada à ciência jurídica e ainda mais especificamente à questão probatória no curso de um processo. Reitera-se que o processo não visa à dicção acerca de uma crença no sentido de discussão teórica sobre a realidade como um todo, mas sim à tomada de uma decisão racional depois de seguido um rito instrumental legal e de acordo com um critério de suficiência (a ser chamado de *standard* de prova, conforme se definirá em **4.4.1.1.6.a**). E esta metodização inevitavelmente embute a consciência de que o processo não necessariamente revela a verdade absoluta e, daí, assume a busca da minoração do risco de erro de julgamento. No processo, a verdade é um ideal buscado mas nem sempre

completamente atingido. Portanto, aqui, as referências a crenças verdadeiras devem ser compreendidas sob esta ressalva.

Epistemologicamente, o que se busca no processo é a maior aproximação possível com a verdade fática de interesse processual, de como os fatos efetivamente são ou de como efetivamente ocorreram (não se confunde com construções axiológicas, políticas sociais ou morais de juízo de valor de como os fatos devem ser ou de como deveriam ter ocorrido). E, para tal, nesta busca, a estrutura do conhecimento se funda em que crenças justificadoras (ou embasadoras) constituem evidências para as crenças justificadas (ou embasadas). Quando uma crença desempenha papel de suporte ou de fundamento em relação a outra em uma cadeia de justificação, é considerada uma evidência e chega-se a esta relação probatória entre as crenças justificadoras e as crenças justificadas por meio de inferência racional (ou simplesmente inferência, como sinônimo de raciocínio ou construção cognitiva humana). Neste processo, as crenças justificadoras e as evidências se entrelaçam à justificação, amparando o conhecimento, ou seja, amparando a maior aproximação possível da verdade. No exemplo pratico, o testemunho e o laudo pericial fortalecem crenças justificadoras que, somadas ao conhecimento de mundo do aplicador, permitem a inferência racional acerca da ocorrência da crença justificada que, no caso, poderia ser a ocorrência, ou não da infração.

Sob a visão epistemológica, aprofunda-se o discernimento, apresentado originalmente sob molde processual tradicional, acerca de qual crença pode ser considerada como prova. Uma crença não é prova em si mesma; valer como prova não é uma qualidade intrínseca, natural e inafastável de uma crença. Nada é prova quando visto de forma absoluta, estanque, intransitiva e isolada. A noção de prova embute a ideia de relação, requerendo uma função relacional que aquela crença exerce sobre outra. A ideia de prova é sempre relacional, pois uma crença somente é prova se exercer exata e justamente função de prova (a chamada função probatória, que é um papel demonstrativo), determinada e identificada por meio de construção humana inferencial, para outra crença. A qualidade de prova passa pelo papel de a crença cumprir função probatória em relação a outra crença. Sob ótica epistemológica, prova é uma relação entre crenças e compreenda-se que esta percepção é um avanço em relação à doutrina tradicional, pois - precipitadamente - chamar o objeto de prova de fato significa predizer a sua existência ou a sua ocorrência, quando, na verdade, é justamente esta existência ou ocorrência que se quer provar, que se busca no processo. A título de exemplo, um testemunho ou uma perícia não são provas de nada por si sós e se tomados isoladamente; mas assumem a qualidade de prova quando exercem tal função em relação à infração que se quer provar.

E para se avaliar se um fato tem função de prova em relação a outro, compete ao aplicador empregar, além das evidências trazidas pelas crenças justificadoras (pelos fatos que provam), o seu próprio conhecimento de mundo (também chamado de conhecimento de fundo ou de *background*), que sempre vem de sua experiência pretérita e concreta de vida. Esta experiência de vida é a soma acumulada de conhecimentos empíricos, acadêmicos, técnicos e profissionais do aplicador com sua percepção como adulto instruído, informado e inserido no contexto do seu tempo e, aqui, no caso de interesse específico, com sua vivência como servidor e como agente correcional. É necessário buscar este conhecimento de mundo, que, refletindo a experiência de vida do aplicador, atua como uma crença do *background*, fundamental para a crença justificada. O conhecimento de mundo, adquirido pela experiência de vida, irriga e permeia toda percepção que o aplicador pode ter de determinadas evidências. A rigor, o conhecimento de mundo pode refletir não apenas experiência de vida como também pode refletir regras jurídico-normativas e regras de natureza conceitual. Esta crença do *background* se manifesta, por exemplo, quando o agente correcional, diante do fato sob análise, sabe que determinada conduta humana não poderia ter se concretizado se não fosse cometida com dolo, como em um desembaraço aduaneiro ou na lavratura de um auto de infração de forma flagrante, inexplicável e intoleravelmente divorciada do regramento jurídico ou da postura funcional que se esperaria do servidor. Esta experiência de vida, que

perfaz o conhecimento de mundo, atua como mais uma evidência, fortalecendo as crenças justificadoras e, em conjunto, todas amparam e justificam a crença justificada. Esta construção encontra-se positivada no Direito pátrio, conforme se vê no art. 375 do CPC, que autoriza que o julgador empregue não só a sua experiência técnica como também e principalmente o conhecimento de mundo, que reflete a sua própria experiência de vida.

> *CPC - Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.*

Acrescente-se ainda que, uma vez que o objetivo da prova é firmar a convicção do julgador, tem-se um inequívoco aspecto subjetivo em toda esta sua construção intelectual, em que a autoridade a quem se dirige a prova pode evoluir desde o estado de ignorância acerca do fato, avançando para a dúvida, progredindo para o conhecimento e, por fim, culminando no convencimento. Para este fim, vigora no ordenamento pátrio o sistema do convencimento motivado ou da persuasão racional, consagrado no *caput* do art. 155 do CPP e no art. 371 do CPC, que permite ao julgador que valore as provas de acordo com a sua convicção, porém longe da sua livre convicção íntima pessoal e dissociada dos elementos dos autos, pois deve fazê-lo delimitadamente ao que consta do processo e sob molde da motivação e dos fundamentos de sua decisão, conforme já mencionado em **3.3.3.1** e ainda se mencionará em **4.4.1.1.5**. A propósito, informe-se que esta redação do *caput* do art. 155 decorreu da minirreforma da parte processual penal instituída pela Lei nº 11.690, de 2008, que alterou os arts. 155 a 157 do CPP.

> *CPP - Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*
>
> *CPC - Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.*

Para suprir o sistema do convencimento motivado ou da persuasão racional em que o julgador valora as provas, se, por um lado, este deve limitar-se ao conjunto probatório autuado e não pode se manifestar por mera opinião pessoal extra-autos, por outro lado, pode diligenciar para trazer ao processo tudo o que cogita de ser relevante para o seu próprio convencimento e, diante das provas coletadas, não se prende a nenhuma escala prévia de valor absoluto, atribuindo-lhes leitura dinâmica de valor. E a regra geral, advinda da sede processual penal, se aplica à instância disciplinar, em que se busca o convencimento por meio da verdade processual, não se limitando a Administração à verdade formal dos elementos originalmente autuados, e, para tal, também dispõe a autoridade julgadora da liberdade e da elasticidade na atividade de instrução probatória efetivada pela comissão processante, em que o colegiado pode se valer de todos os meios hábeis de prova para fixá-los, materializá-los como elementos válidos no processo a fim de fornecer convencimento ao destinatário.

É necessário que o aplicador expresse nos autos o seu conhecimento de mundo, a fim de convencer o julgador, o que, no caso do processo disciplinar, impõe que a comissão, no curso da instrução probatória, e mais especificamente na indiciação, e também no relatório, manifeste as suas crenças do *background* acerca do fato (acerca das provas como elemento de prova, acerca do *factum probans*). E, dentro de todo universo dos fatos do mundo concreto, é de se compreender que o foco objetivo selecionado pelo aplicador nada mais seja que um recorte da realidade, tomado em extensão (maior ou menor) de acordo com o seu interesse acerca do fato que se quer provar (acerca das provas como objeto de prova, acerca do *factum probandum*), como, por exemplo, o interesse de convencer o julgador acerca da acusação feita

na indiciação e da conclusão formulada no relatório, mas, ao mesmo tempo, sem descuidar das garantias de defesa. Ou seja, é de se ponderar que a comissão deve não apenas encartar no processo as provas que consubstanciam a infração disciplinar, mas também deve fazê-lo de forma atenta ao recorte de suficiência dos fatos que devem ser autuados, trazendo elementos e detalhes suficientes que permitam ao acusado compreender o fato de que é acusado e exercitar sua ampla defesa e que supram a capacidade de o julgador julgar.

As crenças no *factum probans*, ou seja, as crenças justificadoras constituem-se em crenças em evidências e, permeadas pelas crenças no *background*, através do processo cognitivo de inferência racional (aqui, para aproximar da próxima abordagem que adiante será apresentada, já convém expor que este sinônimo de raciocínio também o é de argumentação), conduzem à crença no *factum probandum*, ou seja, à crença justificada, que, na verdade, se constitui em crença em uma hipótese. Há aqui um avanço em comparação à conceituação tradicional, passando-se a chamar o elemento de prova de evidência e o objeto de prova de hipótese, que afinal é o que se discute no processo, hipóteses sobre fatos.

Não se tem dúvida de que a atividade probatória é, na realidade, uma argumentação. Com esta percepção mais qualificada, é possível atualizar a terminologia com que se iniciou esta abordagem, passando a tratar as expressões processuais mais tradicionais de elemento de prova (ou *factum probans*) e de objeto de prova (ou *factum probandum*) com os termos processuais mais modernos, respectivamente, de evidências e de hipóteses. Assim, enquanto o *factum probans* é uma crença em evidência, o *factum probandum*, em realidade, não é um fato, mas sim uma hipótese a ser provada. Então, não apenas o *factum probans* mas também o *factum probandum*, ambos são proposições. A rigor, não se busca provar um fato, mas sim uma hipótese. Cabe, portanto, ao aplicador uma capacidade de convencimento, de persuasão e de dialética, porque, em síntese, pode-se dizer que provar algo é argumentar sobre isto.

Mas, relembre-se e reitere-se que esta argumentação dialética não é arbitrária e fruto apenas e tão somente do convencimento inquestionável do julgador, pois este convencimento deve ser motivado, no sentido de dever ser justificado, ou seja, amparado em razões, à luz das evidências e da inferência racional que conduziram à hipótese adotada. Jamais se perca de vista que, como um salutar jogo de pesos e contrapesos, o sistema do convencimento motivado ou da persuasão racional, conforme já antecipado, ao mesmo tempo que permite ao julgador lançar mão de inferências racionais suas irrigadas por seu conhecimento de mundo, de outro lado o obriga a motivar o seu convencimento.

Chega-se, portanto, à última forma de enxergar estes conceitos, que é sob a lógica, pois aí reside a melhor explicação e a melhor compreensão do que seja a relação probatória. Agora, por fim, sob esta perspectiva, aquela já apresentada relação epistemológica entre as crenças justificadoras e de *background* e as crenças justificadas, segundo a qual prova é relação entre crenças, passa a ser vista como uma argumentação, ou seja, a prova passa a ser entendida como uma relação entre proposições que são objeto das crenças. Sob esta visão, as crenças justificadoras e o conhecimento de mundo (refletindo experiência de vida e/ou também regras jurídico-normativas e/ou regras de natureza conceitual), que fornecem evidências, assumem o papel lógico de premissas e a crença justificada, que se trata de hipótese acerca do fato provado, assume o papel lógico de conclusão, sendo que o caminho que leva das premissas à conclusão é o processo mental da inferência racional. Neste processo, proposições (que fazem o papel das evidências e às quais se dá o nome de premissas) suportam outra proposição (que faz o papel da hipótese e à qual se dá o nome de conclusão), por meio da inferência racional.

Nesta visão, denomina-se argumento o conjunto de proposições iniciais (premissas) que, por meio da inferência racional, conduz a outra proposição (conclusão). A relação probatória se explica, enfim, como inferência racional que guia o aplicador das premissas à conclusão; ou, em outras palavras, é a própria relação inferencial.

A alegação probatória é sempre um argumento de forma lógica. Esta assertiva continua válida mesmo que se proceda a um salto argumentativo, na forma de entimema, ao emprego de argumentação elíptica, suprimindo-se uma premissa, o que pode ser comum no universo jurídico, em que todos os agentes intervenientes possuem equivalentes e similares conhecimentos de mundo, podendo se omitir a primeira premissa se esta é tida como de conhecimento presumido por todos.

A regra geral da representação formal do argumento (descartando a hipótese acima aventada de entimema) é se ter necessariamente duas premissas não suprimíveis, que atuam indispensavelmente como evidências para a conclusão, a que se chega por meio do raciocínio inferencial, irrigado pelo conhecimento de mundo do aplicador.

Assim como, sob a ótica processual, já se afirmou que a noção de prova é totalmente relacional, cabe também apresentar as definições lógicas em que cada conceito é definido em função de outro, relacionando-se circularmente. O argumento contempla um conjunto de proposições, chamadas premissas, que, mediante processo de inferência, como resultado, chega a outro conjunto de proposições, chamadas conclusões. As premissas, então, são proposições das quais outras proposições são inferidas, quando as suas verdades, por processo de justificação inferencial, conferem algum suporte para a verdade das conclusões.

À vista desta construção, é fundamental deixar registrado que a inferência é o processo lógico pelo qual se extraem conclusões a partir das premissas e este processo guarda o dinamismo de, partindo da aceitação (por vezes até provisória) de algumas destas, lograr a aceitação daquelas.

Diante de todo este rol de definições, cabe um curto parêntese na explanação, a fim de organizar e atualizar a terminologia até aqui apresentada, acerca dos diferentes olhares sobre o mesmo fenômeno. Sob a visão processual tradicional, o elemento de prova (ou *factum probans*) conduz ao objeto de prova (ou *factum probandum*). Atualizando para a terminologia processual moderna, passa-se a dizer que a evidência (ou a prova) conduz à hipótese. Caso se adote o enfoque epistemológico, a crença justificadora (ou embasadora) conduz à crença justificada (ou embasada). E, por fim, na percepção lógica do tema, a premissa conduz à conclusão. Como traço comum, indiferentemente do ponto de vista que se adote, em todos os casos, também atua o conhecimento de mundo e o caminho passa pelo processo mental de inferência racional.

Na visão			
processual tradicional,	epistemológica,	processual moderna,	lógica,
os elementos de prova (ou *factum probans*),	as crenças justificadoras,	as evidências,	as premissas,
juntamente com o	e por meio de	conhecimento	de mundo
conduzem	inferência	ao(à)	racional,
objeto de prova (ou *factum probantum*).	crença justificada.	hipótese.	conclusão.

Se é certo que todo encadeamento probatório visa a chegar à validação da hipótese ou da conclusão a ser tomada como elemento de decisão, duas questões se põem. A primeira é a discussão acerca dos critérios e da instrumentalidade que permitem inferir que a hipótese ou que a conclusão é verdadeira; e a segunda diz respeito à avaliação do grau de segurança da afirmação de que a hipótese ou a conclusão está provada. Após ter o julgador extraído uma hipótese ou uma conclusão a partir das evidências ou das premissas, ainda cabe avaliar, sob ótica jurídica, se estas evidências ou premissas são suficientes para ampararem que se tenha

como provada a hipótese ou a conclusão. Enquanto a resposta da primeira questão já está sendo aqui objeto de análise, ao se tratar do raciocício probatório que permite o salto cognitivo das evidências ou das premissas para a hipótese ou conclusão, a segunda refere-se ao tema do *standard* de prova aplicável, a ser abordado em **4.4.1.1.6.a**.

A prova é um fato (*factum probans*) que aponta outro fato (*factum probandum*). Assim, um fato, para ser prova, tem de cumprir o papel de ter uma relação de demonstração do fato provado, de gerar uma nova crença. A prova também pode ser compreendida como uma evidência, que exerce a função probante em relação a uma hipótese sob discussão. E esta relação entre a evidência e a hipótese se infere a partir do conhecimento de mundo (refletindo experiência de vida e/ou também regras jurídico-normativas e/ou regras de natureza conceitual) e também pode ser vista como uma relação entre premissas em conclusão, isto é, como um argumento.

Toda construção conceitual até aqui apresentada encontra apoio doutrinário.

> *"No capítulo anterior, vimos que nada é prova em si mesmo. Prova é 'carimbo' ou papel atribuído a 'algo' em relação a 'outro algo'. Sob a perspectiva epistemológica, a relação se dá entre crenças embasadoras e embasadas, destacando-se o papel do conhecimento de fundo ou de background. Começamos este capítulo com a noção de que a perspectiva epistemológica da relação probatória como uma relação entre crenças, doxástica, é vista pela lógica como uma relação entre proposições, entre premissas e uma conclusão, isto é, um argumento. A evidência (factum probans, elemento de prova) constitui as premissas e a conclusão é a hipótese (factum probandum, objeto da prova). Algo, assim, é evidência porque é a premissa de um argumento no qual o alvo é a hipótese, a qual é por sua vez a proposição sobre um fato que alguém quer provar. Provar é, essencialmente, argumentar.*
>
> *Vimos, em seguida, que toda prova é um argumento, ainda que seja apresentado de modo informal ou elíptico, num entimema, que é utilizado com sucesso quando as premissas omitidas são de conhecimento da audiência.*
>
> *Foram, então, apresentados conceitos básicos de lógica, nomeadamente, os de argumento, premissa, conclusão, lógica, inferência e raciocínio. Observamos que o caminho das premissas à conclusão se dá por meio de uma inferência ou raciocínio, que é objeto da disciplina lógica. Dentro da dinâmica do argumento, a inferência ou raciocínio é a luz que aponta na direção para onde ir, guiando a conclusão." Deltan Martinazzo Dallagnoll, "As Lógicas das Provas no Processo", pgs. 88 e 89, Livraria do Advogado Editora, 1ª edição, 2018*

4.4.1.1.1.b - Espécies de Inferência Racional: Dedução e Indução

Na visão lógica da atividade probatória, diferentes tipos de argumentos revelam variadas espécies de inferência racional. Inicialmente, antecipa-se que existem duas grandes linhas, dentro das quais se encaixam quatro tipos de inferências, em sentido amplo, ou de formas lógicas de argumento ou de relações entre premissas e conclusões, para se mover daquelas para estas. As linhas de inferências são divididas entre não ampliativas e ampliativas do conhecimento. E as espécies inferenciais são a dedução (ou argumento dedutivo ou inferência dedutiva), a indução em sentido estrito (ou indução propriamente dita, que comporta a generalização indutiva e a especificação indutiva ou predição), a analogia (ou argumento analógico ou inferência analógica) e a inferência para melhor explicação (IME ou argumento explanatório). Estes conceitos são a seguir detalhados.

Destes quatro tipos de inferências, em termos probatórios, não se usa a dedução. Toda argumentação probatória ou raciocínio probatório, ou seja, todo o modo de se raciocinar sobre prova sempre é por meio de indução em sentido amplo (ou inferência indutiva ou argumento indutivo). O raciocínio indutivo *lato sensu* busca capturar o passado a partir de uma premissa,

para o quê é indispensável considerar precipuamente não só o conhecimento de mundo do aplicador mas também as regras jurídico-normativas e as regras de natureza conceitual que sobre ele atuam. A inferência indutiva busca fazer com que toda experiência pretérita repetida seja refletida sobre a premissa a fim de fundamentar a conclusão. Ao se mencionar indução em sentido amplo, este gênero resultante engloba todas as formas lógicas de argumento exceto a dedução, contemplando a analogia, a indução propriamente dita em sentido estrito e a IME.

A fim de diferenciar as linhas indutivas da linha dedutiva e de ao mesmo tempo justificar a exclusão desta, por um lado, pontua-se que, enquanto na dedução se têm premissas verdadeiras que sempre levam à conclusão verdadeira, independentemente da quantidade daquelas (bastando que sejam verdadeiras para que as premissas demonstrem a conclusão, sem perdas em termo de validade), na indução em sentido amplo, ao contrário, em todas as suas formas, mesmo com premissas verdadeiras, a conclusão não necessariamente sempre é verdadeira, sendo apenas provável que o seja. A verdade das premissas não necessariamente se transmite de forma perfeita para a conclusão e o grau de incerteza diminui proporcionalmente às quantidades das premissas e consequentemente das inferências aplicadas. Em razão de, apenas na dedução, as premissas demonstrarem a conclusão, a inferência dedutiva também é denominada de inferência demonstrativa, ao passo que as inferências indutivas são chamadas de não dedutivas ou de não demonstrativas.

Por outro lado, na dedução, como a verdade das premissas é transmitida para a conclusão, a inferência dedutiva não expande ou cria conhecimento (daí porque também são chamadas de inferências não ampliativas), restringindo-se ao que já consta das premissas (como a certeza das premissas é transferida para a conclusão, o conteúdo desta já está contido naquelas, não se ampliando conhecimento); já na indução em sentido amplo, novamente ao contrário, como é possível que a conclusão possua algum conteúdo não abarcado desde antes nas premissas, todas as formas de inferência indutiva ampliam o conhecimento (daí porque também são chamadas de inferências ampliativas), mas o faz inserindo inexorável parcela admitida de risco de erro. A indução em sentido amplo comporta um argumento de risco, em que, a partir da evidência e do conhecimento de mundo, infere-se - sem garantia de verdade - a conclusão, não em termos de verdade absoluta mas sim em termos do que é mais provável. Em contrapartida, é justamente este salto inferencial indutivo que confere ganho de conhecimento. Obviamente, em razão das duas características acima destacadas das inferências indutivas (na contrapartida de se ampliar o conhecimento, sempre se tem uma conclusão que apenas é provável e não absolutamente verdadeira), a limitação de não se poder jamais se afastar a possibilidade de erro na decisão é intrínseca e indissociável a esta espécie de argumento lógico empregado no raciocínio probatório.

<table>
<tr><th>Inferências</th><th>Linhas</th><th colspan="2">Espécies</th></tr>
<tr><td rowspan="5">Inferências ou argumentações ou argumentos lógicos ou raciocínios inferenciais ou formas lógicas de argumentos ou relações entre premissas e conclusões</td><td>Não ampliativas do conhecimento ou demonstrativas</td><td colspan="2">Dedução ou inferência dedutiva ou argumento dedutivo</td></tr>
<tr><td rowspan="4">Ampliativas do conhecimento ou não demonstrativas ou induções em sentido amplo ou inferências indutivas ou argumentos indutivos</td><td rowspan="2">Indução propriamente dita ou indução em sentido estrito</td><td>Generalização indutiva</td></tr>
<tr><td>Especificação indutiva ou predição</td></tr>
<tr><td colspan="2">Analogia ou argumento analógico ou inferência analógica</td></tr>
<tr><td colspan="2">Inferência para melhor explicação ou</td></tr>
</table>

		argumento explanatório

Percebe-se uma relação interessante entre as forças do argumento indutivo como um todo e das conclusões. Quanto mais a conclusão se restringe a não estender demais o campo do novo conhecimento alcançado (ou seja, ficando próximo do conhecimento já constante das premissas), mais forte é a conclusão e menor o risco de erro; e quanto mais a conclusão amplia o conhecimento para além das premissas, mais frágil é a conclusão e maior o risco de erro.

As inferências indutivas, por serem ampliativas, possuem a qualidade de uma nova premissa introduzida poder fazer com que se altere a sua força do argumento como um todo, tornando a conclusão - que vinha amparada em todas as demais premissas anteriormente consideradas - mais ou menos provável ou até mesmo descartada, dinamismo que a inferência dedutiva não contempla. O argumento indutivo contempla diferentes graus de força, dependendo da qualidade das premissas. Se as premissas em que se ampara a dedução são verdadeiras, a conclusão obrigatoriamente é verdadeira (a conclusão somente pode ser falseada se as premissas forem falsas), enquanto na indução em sentido amplo é possível a introdução de uma nova premissa que, mesmo sem falsear as premissas anteriores, torna a conclusão falsa.

É em razão destas potencialidades da inferência indutiva que se afirmou acima e agora se ratifica e se sedimenta que as argumentações acerca de prova em processo sempre se calcam em alguma das espécies de indução em sentido amplo, pois a atividade probatória requer a ampliação do conhecimento a partir das premissas conhecidas. Não há como construir o raciocínio probatório sem lançar mão do conhecimento de mundo do aplicador e, consequentemente, sem ter de embutir uma parcela de risco no salto realizado racionalmente na busca da conclusão mais provável. E esta acepção doutrinária, ratificando-se o já exposto em **4.4.1.1.1.a**, encontra previsão legal no art. 375 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), em que a experiência de vida foi contemplada como elemento formador de convicção racional.

> *CPC - Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.*

Ainda que não se empregando a dedução na argumentação probatória (em razão da sua incapacidade de atender a necessidade de o aplicador ter seu conhecimento ampliado em relação às premissas e a seu conhecimento de mundo), cabe dedicar-lhe breves comentários. De um lado, embora o silogismo (que é uma espécie de argumentação em que, de acordo com a combinação de premissas, obrigatoriamente se chega a uma conclusão necessária) não seja uma exclusividade da dedução, é comum que a inferência dedutiva se estabeleça desta forma. Um exemplo desta dedução em forma de silogismo residiria na seguinte construção: toda declaração de nulidade requer prejuízo à defesa; cercear direito de defesa causa prejuízo; logo, cercear direito de defesa gera declaração de nulidade. Mas, de outro lado, aquela assertiva deve ser compreendida também a *contrario sensu*: a estrutura das premissas em forma de silogismo não é elemento suficiente para definir se o argumento é dedutivo ou indutivo. E deve se reconhecer que, mesmo quando se cogita de inferência dedutiva, na verdade, trata-se de uma forma lógica apenas formalmente dedutiva de argumento, pois suas relações entre premissas e conclusões sempre escondem generalizações indutivas da primeira premissa.

Iniciando a breve descrição das inferências indutivas pela analogia, por esta espécie de argumento infere-se que se determinados indivíduos, casos ou situações apresentam determinadas características comuns, também uma outra característica pode lhes ser comum. Pode-se exemplificar o emprego da analogia na seguinte construção: sabe-se que um primeiro

atestado médico assinado por determinado psiquiatra a favor do acusado indicando determinada doença mental incapacitante é ideologicamente falso; a defesa apresenta um segundo atestado médico, muito similar ao primeiro, assinado pelo mesmo médico também atestando doença mental incapacitante; logo, provavelmente, este segundo atestado médico também é ideologicamente falso.

Prosseguindo com a indução em sentido estrito (ou indução propriamente dita ou ainda indução propriamente dita em sentido estrito), detalha-se que esta se desdobra em generalização indutiva e especificação indutiva (também chamada de predição). Em síntese, a primeira espécie generaliza características percebidas em uma amostra de indivíduos, casos ou situações para uma parcela maior do universo ou para todo o universo de análise e a segunda espécie parte da generalização indutiva para atribuir (predizer) determinadas características generalizadas para um novo indivíduo, caso ou situação. Em outras palavras, na generalização indutiva, a partir da observação de determinadas situações individualizadas, tenta-se traçar um regra geral de provável ocorrência, enquanto na especificação indutiva parte-se de uma regra geral de provável ocorrência para inferir a sua também provável aplicação a uma nova situação individualizada. É certo que a especialização indutiva parece se confundir com a dedução, mas a chave de solução diferenciadora reside no fato de que, na dedução, sendo verdadeiras as premissas, com certeza também é verdadeira a conclusão, ao passo que, na especificação indutiva, ainda que verdadeiras as premissas, é apenas provável que a conclusão seja verdadeira.

A fim de ilustrar, pode-se traçar o seguinte exemplo de indução propriamente dita em sentido estrito na espécie generalização indutiva: a primeira declaração de importação analisada, a favor de determinado importador, apesar de parametrizada para o canal vermelho, não foi vistoriada pelo acusado; a segunda declaração de importação analisada, a favor do mesmo importador, apesar de parametrizada para o canal vermelho, também não foi vistoriada pelo acusado; a enésima declaração de importação analisada, a favor o mesmo importador, apesar de parametrizada para o canal vermelho, igualmente não foi vistoriada pelo acusado; logo, provavelmente, todas as declarações de importação a favor daquele importador, parametrizadas para o canal vermelho, não foram vistoriadas pelo acusado. E, a fim de diferenciar, pode-se traçar exemplo de indução propriamente dita em sentido estrito na espécie especificação indutiva: provavelmente, todos os despachos aduaneiros de canal vermelho feitos em poucos minutos são fraudulentos; o despacho aduaneiro em canal vermelho a favor de determinado importador foi feito pelo acusado em poucos minutos; logo, provavelmente, este despacho foi fraudulento.

A argumentação calcada na especificação indutiva é bastante empregada na atividade probatória. E não se deve confundir - e consequentemente, não se deve inviabilizar o emprego deste tipo de argumento - a especificação indutiva com a dedução apenas em razão do fato de sua construção ter a forma lógica de silogismo. Estas duas espécies de argumentos lógicos não se se superpõem, ainda que se consiga defender que a premissa maior do silogismo dedutivo embute generalização indutiva. No silogismo dedutivo, a primeira premissa tem natureza de generalização universal enquanto na especificação indutiva, é produto da experiência, sendo este sim empregado na argumentação probatória.

Tendo mencionado a dedução, a analogia e a indução em sentido estrito, antes de se discorrer sobre a última espécie faltante, a IME, didaticamente, convém se ponderar que existem dois modos principais de se pensar a prova: no primeiro, a evidência torna mais provável a hipótese; no segundo, a hipótese melhor explica a evidência. Cabe aqui esta breve comparação entre os dois métodos porque, de certa forma, discorrer sobre o segundo método já é discorrer sobre a IME, pois são duas ideias entrelaçadas.

O primeiro método, chamado de probabilismo (ou confirmatório), ao partir da hipótese e não da evidência, calca-se na indução em sentido estrito. Neste modo, dada a hipótese,

questiona-se qual a sua probabilidade com base em determinada evidência (analisa-se se a evidência confirma ou nega a hipótese e, caso confirme, o quanto o faz, pois a hipótese é cada vez mais forte conforme a evidência a torna mais provável) e atualiza-se esta probabilidade a cada nova evidência, o que o torna mais complexo e consequentemente menos empregado. O raciocínio exemplificado seria na linha de identificar qual a probabilidade da infração à vista do testemunho e do laudo pericial.

Já o segundo método, de efetivo interesse neste texto de fim probatório, chamado de explanacionismo (ou explanatório), ao partir da evidência e não da hipótese, calca-se na IME. Neste modo, dada a evidência, questiona-se qual é a hipótese que constitui a sua melhor explicação (analisa-se se a hipótese explica ou não a evidência e, caso explique, o quanto o faz, pois a hipótese é cada vez mais forte conforme melhor explica a evidência), sendo então tomada como verdadeira a hipótese que melhor explica a evidência. Há aqui uma antecipação: a explicação antecede a inferência. Este método se amolda à forma como naturalmente se pensa - diante de qualquer fato cotidiano que requeira explicação, o ser humano comum busca hipóteses explanatórias - e que o torna mais frequentemente empregado. O raciocínio exemplificado é na linha de identificar qual a hipótese (infracional ou não) que melhor explica o testemunho e o laudo pericial.

Para fechar a diferenciação ilustrada, pode-se traçar o seguinte exemplo de IME: há evidência de que servidor experiente da malha de imposto sobre a renda de pessoa física (IRPF) aumentou sua própria restituição e de seu cônjuge. Em comparação com as hipóteses de que seu *token* de acesso ao ambiente informatizado e suas senhas de acesso ao sistema foram utilizados indevidamente por outro servidor; ou de que não sabia que favorecia a si mesmo e a seu cônjuge; ou de que era tecnicamente despreparado e que agiu por imperícia; a hipótese de que tinha consciência da conduta da ilicitude e vontade de obter o resultado delituoso dela decorrente é a que melhor explica a evidência; logo, provavelmente, esta é a hipótese verdadeira.

Interessante pontuar que, enquanto a evidência cumpre papel ativo na sua função confirmatória diante do objeto passivo, que é a hipótese, inversamente, a hipótese passa a cumprir papel ativo na sua função explanatória diante do objeto passivo, que é a evidência.

No modo explanacionista de pensar a prova, a relação entre hipótese e evidência sempre tem por base a experiência de vida. Pode-se registrar que raciocinar sobre prova contempla o modo indutivo em sentido amplo porque sempre se depende do conhecimento de mundo (refletindo experiência de vida e/ou também regras jurídico-normativas e/ou regras de natureza conceitual) do aplicador para se chegar à conclusão. Esta constatação traz a assertiva de que nenhuma lógica probatória conduz a uma conclusão detentora de absoluta segurança. Ou, de outra forma, todas as lógicas probatórias são indutivas em sentido amplo (indução em sentido estrito, analogia e IME), conforme já afirmado acima, e, além disto, jamais conduzem à integral segurança.

Ainda na linha explanacionista, o ciclo da investigação (ou da apuração, para usar termo mais condizente com o processo disciplinar), em síntese, consiste em, diante de apenas uma evidência (prova), questionar o quanto a hipótese, se verdadeira, a explica; e, diante de diversidade de evidências (provas), questiona-se quais hipóteses as explicam e busca-se, dentre tais hipóteses, a que melhor o faz. Mais detalhadamente, o ciclo consiste em, diante das evidências existentes, formular hipóteses que as expliquem; daí, buscar novas evidências para testar aquelas hipóteses que restaram plausíveis e também, se for o caso, novas hipóteses podem ser formuladas a fim de serem testadas à vista das novas evidências, fazendo-se predições em um cíclico moto-contínuo. Estabelece-se um ciclo dinâmico e incessante de formular hipóteses, de testá-las e de hierarquizá-las, à vista das evidências: ao mesmo tempo, as hipóteses alimentam a busca de evidências e estas conduzem à formulação de novas hipóteses. E este contínuo teste de hipóteses conduz à indicação de que uma delas é a que

melhor explica as evidências.

A IME é uma procedimentalização concatenada em quatro etapas, em que, a partir da evidência observada, listam-se todas as hipóteses ou explicações que pareçam possíveis (fase da abdução), selecionam-se as prováveis (fase da especificação) e se submetem-nas a algum grau de aferição, descartam-se as improváveis, ranqueiam-se as prováveis, elege-se aquela que melhor explica a evidência (fase da investigação) e, ao final, avalia-se a sua força que justifique ser adotada como hipótese justificadora da crença (fase da valoração, a ser detalhada e **4.4.1.1.5**).

Neste contexto, são importantes não só as hipóteses formuladas pelo agente condutor das apurações, o seu necessário teste à vista das evidências e a sua indispensável submissão ao contraditório por parte da defesa. Fazem-se relevantes também as hipóteses alegadas pela defesa, em alternativa ao teor acusatório. Nesta percepção lógica do processo probatório, é interessante para o agente condutor das apurações que a defesa formule suas hipóteses, a fim de serem testadas diante das evidências, podendo acarretar já de imediato a sua inaplicabilidade e o consequente fortalecimento das hipóteses daquele agente ou, se for o caso, o seu acatamento, que, dependendo do caso, pode até levar ao arquivamento do processo. Pode-se dizer que a omissão da defesa em não apresentar sua versão, na forma lógica de suas hipóteses, ainda no curso da instrução probatória, a fim de postergar até o último momento processual em que pode fazê-lo, não raro se revela uma estratégia, pois impede que o agente condutor as teste diante das primeiras evidências e desde já as desconstrua.

Mas, na prática, ao se avançar neste ciclo contínuo, nem sempre é possível testar todas as hipóteses, cabendo selecioná-las, mediante filtros de plausibilidade, a fim de excluir do escopo as menos prováveis. Não há como negar que este ciclo dinâmico apuratório de formular hipóteses e de testá-las à vista das evidências sempre embute um processo cognitivo que, de certa forma, obriga a reconhecer que não há como impedir que o agente condutor das apurações e até mesmo o julgador produzam provas, no sentido mais amplo desta expressão. Afinal, conforme afirmado linhas acima, a atividade de provar algo é umbilicalmente associada à capacidade de argumentar e argumentação é um processo humano mental somente possível de ser realizado à luz do conhecimento de mundo (refletindo experiência de vida e/ou também regras jurídico-normativas e/ou regras de natureza conceitual).

4.4.1.1.2 - Inadmissibilidade de Provas Ilícitas

Ao se ter reconhecido a percepção de que o objetivo da busca da verdade para os autos não é absoluto, em razão da interação de outras tutelas, além da duração razoável do processo e da dispensa de prova estabelecida pelo legislador para algumas espécies de fatos, em **4.4.1.1.1.a**, mencionou-se - sem adentrar na explicação detalhada - a inadmissibilidade de provas ilícitas. Em virtude da relevância deste tema, faz-se indispensável desde já detalhar os critérios de admissibilidade e de inadmissibilidade de uma prova, que a conduzem a ser admitida, ou não, no processo, em razão de, previamente, ser considerada ilegal em gênero e ilícita em espécie.

No entanto, antes de compreender a admissibilidade, ou não, de uma prova, é necessário apresentar os conceitos do gênero de prova ilegal e das espécies de prova ilícita e, em complemento, de prova ilegítima.

4.4.1.1.2.a - Provas Ilícitas e Provas Ilegítimas

De imediato, cabe esclarecer o alcance do dispositivo que impõe como inadmissíveis as provas ilícitas, previsto no inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal (CF), como uma

garantia fundamental individual de molde constitucional, e reiterado literalmente no art. 30 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

> *CF - Art. 5º*
> *LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;*
>
> *Lei nº 9.784, de 1997 - Art. 30. São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos.*

Para isto, esclareça-se, primeiramente, o que significa uma prova ser inadmissível. Sabe-se que, em termos conceituais, o procedimento probatório se desdobra em quatro consecutivos momentos, após preambularmente o agente condutor da instrução ter identificado as fontes de prova disponíveis - introduzindo-se que fontes de prova são todos os elementos, pessoais (como as pessoas naturais) ou reais (como as coisas), de onde se extraem informações valoráveis pelo julgador. Identificadas as fontes disponíveis, sucedem-se os quatro momentos da prova a seguir: o seu requerimento, a sua admissão, a sua produção e a sua valoração.

O primeiro momento da prova é o seu requerimento (ou pedido ou indicação ou propositura ou proposta). De forma óbvia, o *iter* que desaguará na consideração da prova no julgamento inicia-se quando ela é requerida, pedida, indicada ou proposta pela parte interessada ao agente responsável pela condução do processo (o juiz, no caso do processo judicial, ou a comissão processante, no caso do processo disciplinar). Especificamente no processo disciplinar, em que cabe à comissão também a instrução do feito, quando o ato instrucional decorre de decisão sua de ofício, não há que se falar em requerimento, caracterizando-se o primeiro momento quando o colegiado decide, *sponte sua*, pela realização. Uma vez requerida (ou decidida), a prova tem sua admissão, ou não, pelo agente judicial ou administrativo condutor do processo, ainda em juízo prévio de mera admissibilidade, sem avaliar seu mérito e seu conteúdo. Não obstante desde já se antecipar que a regra geral é da admissibilidade probatória, esta análise do segundo momento - qual seja, da admissão, ou não, da prova nos autos - será objeto de mais detida descrição adiante, no presente tópico. Se for admitida, a prova é produzida (ou realizada) no processo, no caso de prova constituenda, como regra sob manto do imediato contraditório, ou ainda é introduzida aos autos, no caso de prova pré-constituída, como os documentos, em que o contraditório é diferido para este momento da juntada, em ambas as hipóteses com a extração das informações relevantes da fonte de prova. E, por fim, a prova é motivadamente valorada pelo agente público que conduz ou julga o processo, atribuindo-lhe, ou não, valor de convencimento. Portanto, dentre estes quatro momentos, aquele dispositivo constitucional ordena o segundo, ou seja, a admissão da prova.

Prosseguindo-se na análise, tendo-se identificado em que momento se aplica a avaliação de admissibilidade da prova, busca-se agora compreender o significado da expressão “prova ilícita”, que causa a sua inadmissibilidade. Antes, sabe-se que há normas, englobando regras positivadas e princípios, definidoras de Direito material (ou substancial), que estabelecem direitos, obrigações e responsabilidades, reguladoras das relações entre os indivíduos em sociedade ou no âmbito da Administração, como, por exemplo, a CF, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC), e o regime disciplinar da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990). E sabe-se também que há outras normas definidoras de Direito processual (ou instrumental), que descrevem a forma de condução de determinado processo de apuração, como, por exemplo, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), e o rito estabelecido na Lei nº 8.112, de 1990. Assim, compreende-se que pode haver provas tais que, no momento de sua obtenção, ocorra violação a normas de Direito material ou de Direito processual.

Em gênero, provas maculadas com qualquer das duas formas de violação - que desrespeitam o Direito material ou que desrespeitam o Direito processual - são ditas ilegais. E este gênero das provas ilegais se desdobra nas espécies das provas ilícitas e das provas ilegítimas, de acordo com a respectiva área de Direito ofendida, conforme a seguir se descreve.

Diz-se que as últimas provas obtidas com afronta a formalidades de lei processual padecem de ilegitimidade e, portanto, são ilegítimas. Sobre elas, como regra, a própria lei processual violada prevê a sanção cabível, que repercute em sua produção (ou introdução), ou não, no processo (tal sanção pode variar desde a declaração de nulidade absoluta e insanável passando pela declaração de nulidade relativa e sanável até a declaração de mera irregularidade). Em outras palavras, a prova ilegítima ainda pode ser admitida, produzida (ou introduzida) e até mesmo receber valoração associada à sua ilegitimidade. Caberá à teoria das nulidades declarar cada prova ilegítima como simplesmente eivada de mera irregularidade e sem nenhuma repercussão processual ou como relativamente nula requeredora de saneamento para prosseguir válida ou como absolutamente nula e de impossível saneamento e sem possibilidade de prosseguir válida, sem ser possível antecipar um tratamento generalista e apriorístico, visto depender de cada caso concreto. Em termos de processo penal, o *caput* do art. 573 do CPP dá as soluções possíveis para o ato eivado de ilegitimidade, desde o saneamento até o refazimento, o que, de toda forma, importa inferir a sua permanência nos autos, conforme melhor se exporá em **4.12.**

> *CPP - Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.*

Citam-se, como exemplos não exaustivos de ilegitimidades, a realização de ato instrucional sem a prévia notificação ao interessado; a coleta de testemunho de pessoa impedida; a prova pericial sobre fato que dispensa conhecimento específico; a prova sobre fato já comprovado nos autos ou qualquer outro defeito sobre forma processual.

Já as provas obtidas com violação de direito material (constitucional, penal, civil ou administrativo) padecem de ilicitude e, portanto, são ilícitas. Neste caso, diferentemente da ilegitimidade, em que a prova pode ser admitida e produzida (ou introduzida) no processo, após ser submetida a uma sanção legal - declaração de nulidade, por exemplo - que influenciará em sua valoração, a prova ilícita sequer é admitida no processo. Menos ainda se cogita então de ser produzida (ou introduzida) e posteriormente valorada. A ilicitude da prova ceifa o *iter* probatório já no seu segundo momento, não cabendo solução que ainda permita chegar aos terceiro e quarto momentos. A CF, no inciso LVI do art. 5º, não impõe à prova ilícita uma superveniente sanção processual; mais que isto, a declara inadmissível. Para além de anulável e mais até que nula, a prova é juridicamente tida como inexistente, sem potencial para produzir consequências jurídicas regulares. O *caput* do art. 157 do CPP reflete o que acima foi descrito.

> *CPP - Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de de 9 de junho de 2008)*

Citam-se, como exemplos não exaustivos de ilicitudes, a confissão sob coação; as provas obtidas, à margem de autorização judicial, com violação de domicílio (como busca e apreensão, por exemplo), com violação da intimidade (em que se inserem os sigilos bancário e telefônico ou telemático) ou com violação da vida privada, da honra e da imagem, protegidos nos incisos X, XI e XII do art. 5º da CF; em suma, provas que afrontam garantias e direitos fundamentais da pessoa.

> *CF - Art. 5º*
> *X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das*

> *pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*
> *XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;*
> *XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;*

Percebe-se que, sobretudo no caso do inciso X do art. 5º da CF, além de ali se tutelarem bens de difícil, subjetiva e extensa gama de conceituação (intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas), conta-se com escasso regramento legal para disciplinar as hipóteses excepcionais de quebra ou de atenuação da garantia fundamental individual de molde constitucional. Assim, qualquer necessidade de se apreciar aquele dispositivo da CF obriga o aplicador a complexos esforços de interpretação do texto normativo e de conceituação jurídica. Na escassez de definições e de delimitadores legais, o aplicador que necessita produzir provas que possam interferir naqueles bens jurídicos merecedores de forte tutela garantista deve agir com máxima prudência, com o fim de não macular tais elementos com ilicitude. Por serem provas coativas, que invadem e limitam um rol de direitos muito sensíveis da pessoa, exigem, em geral, como medidas cautelares de sua licitude, requerimento ao juiz e o consequente deferimento ou determinação judicial, motivado, para sua realização. Sem tais provimentos cautelares, os meios de obtenção deste tipo de prova (afastamento de sigilos legais tais como sigilo bancário, sigilo telefônico ou telemático e ainda que movidos exclusivamente para fins penais, como captações de comunicações a exemplo de interceptação e escuta telefônicas, mandatos de busca e apreensão domiciliar, dentre outros, conforme melhor se conceituará em **4.4.1.1.3.a**) resvalará na ilicitude, por afrontar bens protegidos no inciso X do art. 5º da CF, tornando a prova inadmissível no processo.

Embora neste tópico se tenha o interesse de abordar o tema da prova ilícita inadmissível, é de se relembrar que a regra geral da sequência de momentos do *iter* probatório é que a prova seja admitida e consecutivamente produzida (ou introduzida) e valorada. Em outras palavras, a admissibilidade da prova é o comum, enquanto a sua inadmissibilidade é excepcional.

Obviamente, aqui se descreveu uma modelação teórica ao se buscar situar a detecção da ilicitude de uma prova no segundo dos quatro momentos consecutivos, entre o requerimento (ou a decisão), a admissão, a produção (ou a introdução) e a valoração. Na prática, na maioria das vezes, a prova é objeto da deliberação da comissão, seja por provocação, seja de ofício, e é de fato produzida (ou introduzida) e somente depois de já estar nos autos é que se detecta a sua ilicitude, sendo então declarada inadmissível, divergindo do modelo conceitual em que a análise de sua admissibilidade e a consequente inadmissão da prova antecederiam a sua realização (ou introdução) a fim de que, caso se vislumbrasse ilicitude, nem sequer se a realizasse (ou introduzisse) e autuasse.

Mesmo que já faça parte do processo, a prova ilícita, mais do que ser tida como inexistente na condição de elemento formador de convicção e embasador da decisão, deve ser excluída dos autos, mediante desentranhamento. Na linha do comando já reproduzido do *caput* do art. 157 do CPP, qualquer prova maculada pela ilicitude, ainda que tenha sido autuada, deve ser desentranhada dos autos (bastante diferente do comando do *caput* do art. 573 do mesmo CPP, também já reproduzido, que aponta soluções que indicam a sua permanência nos autos na hipótese de ilegitimidade).

Por um lado, é importante destacar que, além de acarretar prejuízo ao processo em si e ao interesse público do trabalho de investigação ou de apuração, a existências de prova ilícita na persecução também pode redundar em gravame contra os agentes condutores do rito. Isto

porque o art. 25 25 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, tipifica que proceder à obtenção de prova sabidamente ilícita ou utilizá-la pode vir a configurar a materialidade de crime de abuso de autoridade.

> *Lei nº 13.869, de 2019 - Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito:*
> *Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*
> *Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude.*

Mas, por outro lado, é imprescindível deixar claro que a detecção de prova ilícita, ainda que esta tenha sido autuada, não tem o condão de contaminar com sua ilicitude todo o processo, desde seu nascedouro, atingindo atos que lhe são anteriores. Estando a ilicitude da prova encerrada e delimitada apenas em si mesma, sendo esta prova desentranhada, pode permanecer válido todo o restante do processo. E mesmo que outras provas e/ou que parte da convicção final tenham decorrido desta prova ilícita, com concreta relação de causalidade, o que *a priori* as torna também ilícitas por derivação, a possível contaminação se restringirá a estas provas e/ou à parcela da dicção do direito nelas amparada, podendo restar ainda aproveitáveis os demais elementos dos autos, conforme se depreende da parte inicial do § 1º do já mencionado art. 157 do CPP. A repercussão da ilicitude, restrita à própria prova originalmente inadmitida ou contaminadora por derivação de outros elementos processuais posteriores vinculados àquele por relação de causalidade, merecerá detalhada análise caso a caso, mediante a chamada "teoria dos frutos da árvore envenenada", à vista do que abordará em **4.4.1.1.2.b**, conforme doutrina da Controladoria-Geral da União (CGU).

> *CPP - Art. 157.*
> *§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*

> *"O entendimento preponderante na doutrina e na jurisprudência pátria é o de que as provas ilícitas e as suas derivadas, não obstante sua inadmissibilidade no processo, não têm o poder de anulá-lo; devem, pois, ser desentranhadas dos autos, permanecendo válidos atos e provas já produzidos sem a mácula da contaminação.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 234, 2013, disponível em http:// www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Acrescente-se também que, no processo disciplinar, o fato de a comissão ter tido conhecimento da prova ilícita autuada não a torna subjetivamente impedida ou suspeita de prosseguir conduzindo o feito, já que sua convicção final não se baseará e nem mesmo se contaminará por esta prova inadmitida e excluída, mas sim estará condicionada à valoração motivada apenas das provas constantes dos autos e hábeis para fornecer repercussão jurídica. Consequentemente, não é necessário proceder ao instituto da descontaminação processual, afastando-se os membros, pois estes não concluirão o processo com base na prova ilícita de que tiveram conhecimento e que restou excluída dos autos.

Convém que as provas ilícitas porventura já autuadas e que devam ser desentranhadas sejam preservadas (preferencialmente junto à autoridade instauradora), até a decisão definitiva do processo, quando então podem ser destruídas. Relembre-se que, com os processos digitais, formalizados no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) e que possuem suporte documental em meio digital, não há que se falar em renumeração de folhas, pois os documentos, depois de juntados em definitivo, recebem numeração permanente e, mesmo após sua exclusão, permanecem disponíveis e acessíveis a partir da funcionalidade de pesquisa a documentos.

Um desdobramento mais complexo do tema é quando a ilicitude probatória advém não do agente estatal responsável pela condução dos trabalhos (da comissão processante, por exemplo), mas sim do acusado. Quando o acusado provoca a autuação de prova que atua a seu favor, mas esta prova é inquinada de ilicitude, a resolução não se demonstra simples e imediata. O mais sensato é ponderar casuisticamente a relevância desta prova ilícita dentro do processo e à luz da imputação imposta ao acusado, conforme também entende a doutrina. Se a imputação é leve ou média ou se a prova ilícita não é imprescindivelmente a única a comprovar a inocência, não há justificativa para o sacrifício do comando constitucional que determina a inadmissibilidade da prova ilícita e o mais adequado é declarar sua ilicitude. Mas se a imputação é grave e a prova ilícita é imprescindível para comprovar a inocência, é possível construir uma interpretação favorável ao acusado, a fim de inocentá-lo, seja pela ponderação dos bens jurídicos tutelados pelos princípios em conflito, caso a ilicitude decorra de afronta a preceito constitucional, priorizando a presunção de inocência, o direito à mais ampla defesa e uma espécie de proporcionalidade *pro reo*, em detrimento de uma garantia fundamental de terceiro violada; seja pela solução do concurso aparente de infrações, caso a ilicitude decorra de afronta a preceito legal, argumentando o estado de necessidade daquele que seria punido expulsivamente como excludente de ilicitude de sua conduta violadora de lei.

> *"A norma constitucional brasileira não vincula a admissibilidade das provas ilícitas nos processos ao princípio da presunção de inocência, de modo que caberia realmente refletir a respeito dessa suposta vinculação. Se um acusado, em procedimento administrativo sancionador, ou em processo penal, produz provas por meios ilícitos que comprovem cabalmente sua inocência poderá utilizá-las? Poderá a autoridade competente para o julgamento levar em conta tais provas? E se, abstraída a prova ilícita, resultasse um acervo reprovador satisfatório e suficiente para a condenação? (...) aos acusados em geral certamente é vedada a produção de provas ilícitas (...). Sem embargo, (...) essa prova poderia ser valorada, creio, em benefício do acusado, se for concludente, real, verdadeira, incontestável, definitiva. O acusado poderá ser punido pela obtenção das provas por meios ilícitos, mas a autoridade competente não deverá desconsiderar essa prova no processo, dado que o princípio da presunção de inocência impediria o decreto condenatório." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pg. 516, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

4.4.1.1.2.b - A Aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada e Suas Exceções e as Descobertas Ocasionais

Recomenda-se atenção ao que a doutrina chama de teoria dos frutos da árvore envenenada (ou *fruits of the poisonous tree*). Por tal construção simbólica, os frutos, ainda que quando tomados por si mesmos estejam sãos, por derivarem de uma árvore envenenada, também restarão contaminados. Transpondo para os termos jurídicos, as provas a que se chegou em determinado processo em decorrência exclusiva de uma prova ilícita, ainda que não tenham tido suas coletas em si marcadas por qualquer ilicitude, tendo sido produzidas (ou introduzidas) sem se afrontar garantias constitucionais ou leis materiais, também podem ser consideradas ilícitas por derivação e, consequentemente, inadmissíveis no processo. Importante destacar que o § 1º do art. 157 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), condiciona a ilicitude por derivação somente quando há relação de causalidade entre a prova originalmente ilícita e a prova ilícita por derivação.

> *CPP - Art. 157.*
> *§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as*

> *derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008)*

Esta teoria dos frutos da árvore envenenada, uma vez aplicada, leva à consideração como inadmissíveis e, consequentemente, ao desentranhamento não só da prova originalmente ilícita como também da prova ilícita por derivação, vinculada àquela primeira por inequívoca relação de causalidade.

A noção de ilicitude de prova por derivação relaciona-se com o conceito de cadeia de custódia, a ser apresentado em **4.4.1.8**. A cadeia de custódia é importante para, delimitadamente, identificar eventuais focos de ilicitude causadores de frutos de árvore envenenada, porque, por meio deste instrumental, mantém-se o registro de origem de cada prova. Havendo decisão ou meramente alegação de que uma determinada prova é ilícita, se não houver a cadeia de custódia, o agente responsável pela condução do feito pode vir a ter dificuldade para identificar e para comprovar que determinadas provas sequer advieram de origem que se tem ou que se alega ter como ilícita, auxiliando a salvaguardar a licitude das provas quando se alega suposta ilicitude por derivação.

Conforme já aduzido em **4.4.1.1.2.a**, no ordenamento pátrio, prevalece a regra geral da admissibilidade das provas, que, todavia, é contrariada nos casos específicos em que provas sejam obtidas por meio ilícito, o que as torna excepcionalmente inadmitidas. Tão forte é a regra apriorística que consagra a admissibilidade das provas que, mesmo reconhecendo a indefinição do tema, não pacificado, polêmico e controverso em função de seu subjetivismo e da dificuldade de se traçarem contornos nítidos, expõe-se aqui o entendimento de que a regra de exceção - da inadmissibilidade das provas ilícitas - comporta mitigações de duas espécies, pelo menos. Em outras palavras, mesmo quando parece aplicável a uma prova ilícita a que se chegou por derivação da ilicitude de uma outra prova originária, a teoria dos frutos da árvore envenenada não é absoluta quando há outro caminho ou forma de se chegar (concretamente ou em tese) àquela prova derivada. Em razão das duas exceções abaixo, nem sempre se declara inadmitida a prova ilícita por derivação.

Primeiramente, a teoria da fonte independente, positivada nos §§ 1º e 2º do art. 157 do CPP, trata da hipótese em que se demonstra que se chegou à prova que já se tinha inquinada de ilicitude derivada, agora em decorrência de uma fonte independente da fonte daquela prova ilícita por derivação e que conduziu a atividade probatória por outro caminho. Segundo esta teoria, a prova a que agora se chegou, a mesma a que se tinha chegado inicialmente porque havia a relação causal de derivação, pode ser tida como lícita e admissível no processo porque a ela novamente se chegou ao emprego de fonte independente da fonte da prova ilícita derivada, conforme concordam a jurisprudência e a doutrina. Obviamente a teoria vale tanto da forma concreta como exposta quanto também de forma condicional e hipotética, ou seja, se se chegaria novamente à mesma prova, agora sem relação de causalidade com a prova ilícita originária, por meio da fonte independente.

> *CPP - Art. 157.*
> *§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*
>
> *STF, Habeas Corpus nº 75.892: "Ementa: Descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que exsurgem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita"*
>
> *"(...) excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra*

> *maneira. (...). Isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo.", Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, "As Nulidades no Processo Penal", pg. 154, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2006*

Em segundo lugar, a teoria da descoberta inevitável, reconhecida pela jurisprudência, trata da hipótese em que se demonstra, por fatos concretos, que as diligências que inequivocamente ainda seriam feitas no curso do processo e que não guardam relação de causalidade com a prova originariamente ilícita, adiante e inevitavelmente, conduziriam à prova que já se tinha inquinada de ilicitude derivada. Segundo esta teoria, a prova a que se chegaria, a mesma a que se tinha chegado inicialmente porque havia a relação causal de derivação, pode ser tida como lícita e admissível no processo porque se demonstra que, mesmo que não houvesse a prova ilícita originária que abreviou a sua obtenção, as diligências em curso inevitavelmente a ela conduziriam. Obviamente a teoria vale tanto da forma condicional e hipotética como exposta quanto também de forma concreta, ou seja, se de fato já se tiver chegado novamente à mesma prova, agora sem relação de causalidade com a prova ilícita originária, ao fim das diligências.

> *STF, ´Habeas Corpus´ nº 74.152: "Ementa: 1. Havendo-se apoiado a sentença condenatória, confirmada pelo acórdão impugnado, em provas licitamente obtidas, ou seja, não contaminadas pela prova ilícita, consistente na interceptação de comunicação telefônica, não é caso de se anular a condenação.*
> *Voto: 7. A interceptação telefônica foi requerida para facilitar o trabalho da equipe de investigadores, que estava no encalço do paciente e seus comparsas há algum tempo e já estava ciente de que aconteceria a transação ilícita noticiada nos autos.*
> *8. Pelo visto, se for afastada da sequência de atos que compõem o 'iter criminis' a denúncia anônima recebida pela polícia, certamente não haveria como se chegar à prova da empreitada criminosa, mas se, ao contrário, a interceptação telefônica for esquecida, com certeza a prisão em flagrante se concretizaria, pois a equipe de investigação já vigiava o paciente e seus acólitos em razão das informações anteriormente recebidas e que indicavam os mesmos como traficantes."*
> *Idem: STF, Mandados de Segurança nº 74.530 e 74.599*

As duas relativizações da teoria dos frutos da árvore envenenada passam pela situação de que a prova ilícita por derivação, já obtida em razão da prova ilícita originária, também já foi alcançada ou ainda pode sê-lo de outra forma, sem o nexo de causalidade que ligava aquelas duas provas contaminadas. Ambas teorias também se aplicam indistintamente se for concreta ou apenas hipotética a chegada independente ou inevitável à prova inicialmente ilícita por derivação.

Ou seja, em termos práticos, as teorias da descoberta inevitável e da fonte independente rompem o nexo causal que ligaria a prova originalmente ilícita à prova ilícita por derivação. Satisfeitas as condições de uma destas duas construções, a teoria dos frutos da árvore envenenada, que *a priori* acarretaria ilicitude por derivação, pode não se aplicar em um caso concreto, reestabelecendo a regra geral da admissibilidade das provas a favor daquela prova que seria derivada.

Ademais, aquela regra geral da inadmissibilidade da prova ilícita também pode comportar uma terceira teoria de exceção, decorrente da incidência de outros princípios ou bens constitucionalmente tutelados mais relevantes para determinado caso específico. Conforme já aduzido em **3.3.1.11**, o ordenamento jurídico forma um sistema intercomunicante e articulado em que é comum o conflito entre valores e direitos, tendo-se

que, por vezes, tolerar detrimento de um em favor de outro mais relevante para o caso concreto, à luz do princípio da convivência das liberdades. No que diz respeito ao conflito entre interesse particular e público, a tensão de direitos se resolve caso a caso, ponderando-se os valores e os interesses em confronto. É certo que nenhum direito ou garantia fundamental individual pode ser exercido de forma absoluta quando repercute danosamente na ordem pública e no bem social. Esta ponderação de valores pode ser justificada e reforçada também trazendo à tona os princípios da indisponibilidade do interesse público e da proporcionalidade, aplicando-os na atenuação da máxima constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita. Assim, em determinado caso, a despeito da proteção à intimidade, vida privada, honra e imagem de qualquer pessoa ou de qualquer outro direito ou garantia fundamental individual, pode-se considerar que esteja em jogo um outro bem jurídico, também merecedor de tutela, em favor de uma outra pessoa e que seja mais relevante que o primeiro bem jurídico tutelado. Como consequência, para fim de defesa em processo, permite-se então não só que se afaste a proibição de se produzir prova violando direito ou garantia fundamental individual de outrem como também que tal prova seja efetivamente valorada no julgamento, conforme também entendem a jurisprudência e a doutrina.

> *STF, Mandado de Segurança nº 23.452, Voto: "Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas, individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição."*
> *Idem: STF, Mandado de Segurança nº 24.369 (em **2.5.4**); e Justiça Federal de 1ª Instância, Ação Cautelar nº 2001.5101003489-6*
>
> *TRF da 4ª Região, Habeas Corpus nº 2005.04.01.033419-0: "Ementa: (...) Prova ilícita. Contaminação das provas consequentes. (...) Admissível a tese de preponderância dos interesses constitucionalmente protegidos de repressão à criminalidade organizada, crimes econômicos e economia popular. Denegação da ordem. (...)*
> *8. Admitida pela proporcionalidade a valoração da prova ilícita inicial e suas consequentes, por não restar no habeas corpus claramente demonstrada a ilegalidade da investigação criminal que admite como possível a preponderância do interesse estatal de combate ao crime organizado, em crimes econômicos e com proteção ao dinheiro popular, frente à proteção ao sigilo telefônico de envolvidos em atividade criminosa. 9. O dano individual causado pela interceptação telefônica não atinge o núcleo essencial da personalidade do indivíduo - teoria das três esferas ou graus da intimidade, da Suprema Corte Alemã -, admitindo a intervenção probatória estatal mediante balanceamento no caso concreto. 10. Forte aptidão da prova discutida - e consequentes - para demonstrar a verdade (outro enfoque da proporcionalidade), ou o mais próximo que dela se consiga dentro do processo."*
>
> *"É que os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias." Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, "As Nulidades no Processo Penal", pg. 145, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2006*

Por fim, embora seja apenas tangencial à questão da licitude ou da ilicitude de prova por derivação, ainda cabe aqui apresentar o tema das descobertas ocasionais (ou ao acaso) de elementos informativos, fenômeno que também recebe o nome de serendipidade. Esta

ocorrência processual se dá quando, no curso de um determinado meio de obtenção de prova, a exemplo de lícitos cumprimentos de mandado de busca e apreensão domiciliar ou de captação de comunicações como interceptação e escuta telefônicas (conforme melhor se conceituará em **4.4.1.1.3.a** e se especificará em **4.4.14.1**), regularmente autorizados (ou deliberados, se for o caso de não exigir provimento judicial) para determinado fim probatório no curso de algum procedimento investigativo (ou mesmo excepcionalmente já no curso de algum processo contraditório), os agentes condutores descobrem elemento informativo relevante e pertinente mas que extrapola a motivação original da medida. Em outras palavras, a descoberta ocasional ocorre quando os agentes investigadores deparam-se, de forma inesperada e surpreendente, com novos elementos que transcendem os limites objetivos (no que se refere a fatos) e/ou subjetivos (no que se refere a autores) que inicialmente justificaram a deflagração do ato, podendo estes dados descobertos ao acaso terem, ou não, congruência com o escopo investigativo (ou mesmo apuratório) original. Importante compreender que, no escopo do presente tema, o achado deve ser casual mesmo, ou seja, não pode ter decorrido de esforço de parte dos agentes executores do meio de obtenção de prova para que se encontrasse algo diferente do foco original autorizado. Agora pode-se compreender melhor a ideia inicial deste parágrafo: o tema em apreço não se confunde com mais uma hipótese de exceção da ilicitude por derivação, visto que aqui o pressuposto de toda a construção é que as descobertas ao acaso decorrem de meio de obtenção de prova lícito (nem sequer se cogita aqui da hipótese de ilicitude originária).

O achado casual de elementos é compreendido como um gênero que comporta as espécies dos conhecimentos de investigação e dos conhecimentos (ou encontros) fortuitos. Por um lado, os elementos captados ao acaso são considerados conhecimentos de investigação quando mantêm um liame que os relacione, seja por conexão, seja por continência (nos termos dos arts. 76 e 77 do CPP, conforme se abordou em **2.5.3.4**), ao objeto que suscitou a deflagração do meio de obtenção de prova, ou seja, ao fato supostamente ilícito que tenha justificado a deflagração da medida restritiva de garantia constitucional. Por outro lado, de forma residual, os elementos captados ao acaso são considerados encontros fortuitos quando, ao contrário, não mantêm vínculo, nem por conexão, nem por continência, com o fato que deu origem ao meio de obtenção de prova. Dito de outra maneira, a diferenciação entre conhecimentos de investigação e encontros fortuitos guarda alguma relação com o critério de escolha entre unicidade processual e multiplicidade processual.

Esta diferença conceitual implica em distinto trato processual para conhecimentos de investigação e para encontros fortuitos, no que tange à sua possibilidade de compartilhamento e à sua valoração.

Os conhecimentos de investigação casualmente obtidos, em razão da sua própria definição já embutir a ideia de conexão ou de continência com o escopo do procedimento investigativo em curso, obviamente, podem ser admitidos e valorados dentro destes próprios autos em que são produzidos. Em se tratando de conhecimentos de investigação, o discernimento mais interessante é acerca de compartilhamento com outros autos. Neste rumo, independentemente de serem elementos informativos ou de já terem a qualidade de prova no processo de origem (ou seja, de não terem ou de já terem sido realizados sob contraditório ou submetidos a seu manto a favor do interessado nestes autos), os conhecimentos de investigação podem ser compartilhados para outro processo, seja procedimento investigativo, seja processo contraditório, inclusive de instâncias não penais, como civil e disciplinar. A se ressalvar apenas que, caso a deflagração do meio de obtenção de prova tenha requerido autorização judicial, novamente aqui é necessário provimento judicial para este uso extensivo de seu resultado; e, caso se trate de dados acobertados por cláusula de sigilo legal, dá-se a transferência do compromisso de manutenção do sigilo, nos termos melhor expostos em **4.4.13**.

Já os encontros fortuitos, ao contrário dos conhecimentos de investigação, embutem em sua própria definição a desvinculação com o escopo do procedimento em curso, o que afasta de plano a hipótese de serem admitidos e valorados nestes autos, restringindo-se aqui a análise acerca tão somente das possibilidades de seu emprego unicamente para deflagrar novos procedimentos investigativos ou de seu compartilhamento para outros procedimentos investigativos ou processos contraditórios já em curso. Respondendo à indagação, os encontros fortuitos podem sim ser empregados, como meras notícias fáticas, funcionando como fontes de prova para deflagrar a instauração de novos procedimentos investigativos, ou até mesmo como elementos informativos passíveis de serem compartilhados para outros procedimentos investigativos já em curso. Não obstante sua principal vocação seja de emprego em procedimentos investigativos, os encontros fortuitos até podem também ser compartilhados com processos contraditórios já em curso, mas o serão como elementos informativos gozando de baixa valoração, visto que, tendo sido colhidos em meio de obtenção de prova em outros autos, o contraditório no processo de destino, além de já ser concedido de forma diferida, sempre sofrerá uma mitigação em sua plenitude.

4.4.1.1.3 - Conceituações e Classificações Diversas de Provas, Destacadamente Como Diretas e Indiretas

4.4.1.1.3.a - As Diversas Classificações das Provas, Meios de Prova, Elementos Informativos, Provas em Sentido Estrito, Meios de Obtenção de Provas e Técnicas Especiais de Investigação

Na doutrina tradicional, a prova comporta classificações quanto à forma, quanto ao sujeito ou fonte e quanto ao objeto. Quanto à sua forma, compreendida como a modalidade ou maneira como se apresenta, a prova pode ser classificada em testemunhal, quando decorre da oralidade de uma pessoa; documental, quando decorre do registro escrito ou gravado de forma permanente por uma pessoa (em que se inclui o laudo pericial); e material, quando decorre da percepção que se extrai de coisa ou de vestígio. Quanto ao seu sujeito ou fonte de que emana, compreendida como todo elemento idôneo do qual se pode extrair informações valoráveis pelo julgador, a prova pode ser classificada em pessoal, quando emana de pessoa natural, como são os casos das formas testemunhal e documental; e real, quando emana de coisa, como é o caso da prova material. Por fim, quanto ao seu objeto, ou seja, quanto ao conteúdo que a mesma permite demonstrar, a prova pode ser classificada em direta, quando seu objeto é o fato requerido em lei para a produção do efeito jurídico (o chamado fato de consequência); e indireta, quando seu objeto, mesmo sem ser o fato de consequência, permite a inferência racional deste (a exemplo, respectivamente, da prova que demonstra diretamente a infração e da prova que demonstra outro fato a partir do qual se infere a infração).

Além destas classificações tradicionais, cabe mencionar que a doutrina também divide as provas quanto ao momento e ao ambiente de sua feitura. Primeiramente, cite-se a prova pré-constituída, de que os documentos são os melhores exemplos, que é uma prova que já existe fora e em geral desde antes do processo em que vem a ser autuada. Como sua realização ou elaboração se dá às margens e por vezes antes do processo (podendo inclusive nem sequer contar com a atuação de alguma das partes), a prova pré-constituída possui critérios de admissibilidade e de aceitação no processo menos rigorosos, voltados à possível preclusão apenas do momento de sua autuação e não de sua feitura, já que esta pode até anteceder o próprio processo. A prova pré-constituída também se caracteriza pelo fato de sua submissão ao contraditório ser diferida do momento de sua realização ou elaboração para o momento posterior que somente se configura quando a parte dela tem ciência. Pode-se dizer que a garantia do contraditório no que se refere à prova pré-constituída reflete-se na

prerrogativa de a parte poder contestar não a sua formação mas sim a sua futura valoração. A prova pré-constituída não abarca, obviamente, a dinâmica da contestação no próprio momento da sua feitura, limitando-se apenas à contra-argumentação em geral documental do seu conteúdo estático. Já, ao contrário, a prova constituenda, de que as provas orais são o melhor exemplo, é elaborada e realizada no curso do processo e em sua razão, para este fim de instruí-lo (exceto o conceito de compartilhamento de elementos, nas espécies circulação de elemento informativo e prova emprestada) e, como tal, possui critérios de admissibilidade e de aceitação que se preocupam com a preclusão não só do momento de sua autuação mas sim já desde o momento da sua feitura. A prova constituenda também se caracteriza pelo fato de sua submissão ao contraditório se dar no curso da sua realização ou elaboração, com todo dinamismo da contestação poder se efetivar já no próprio momento exato da sua feitura, daí porque também pode ser chamada de prova de natureza contraditável.

Na sequência da discussão entre provas pré-constituídas e provas constituendas (de natureza contraditável), é pertinente apresentar mais uma conceituação teórica envolvendo a definição de prova. Cabe abordar o sentido estrito do termo "prova" (ou da expressão "elemento de prova"), na contraposição à expressão "elemento informativo". Prova, em sentido estrito e rigorosamente técnico, é todo elemento disponível no mundo real capaz de contribuir para a formação do convencimento da autoridade julgadora a respeito das alegações (ou das acusações) e das contestações (ou das defesas) sobre o fato objeto do processo, após ter sido submetido ao contraditório da parte contrária (o acusado, no caso do processo disciplinar). Já em sentido corrente e informal, o termo pode ser empregado mesmo sem submissão ao contraditório.

Ainda que se abstraia dos rigores formais e conceituais, esta diferenciação faz sentido até mesmo em visão simplista e concreta voltada para Direito público punitivo. Uma vez que não se tolera qualquer espécie de condenação sem que haja elementos formadores de convencimento do julgador e sem que estes tenham sido submetidos ao contraditório por parte do acusado, é até mesmo intuitivo restringir que a melhor definição de prova recai no elemento informativo a que se tenha ofertado ao polo passivo os direitos de contraditar e de se defender.

A rigor, o elemento capaz de contribuir para a formação de convencimento antes da submissão ao contraditório ainda não é prova mas sim apenas elemento informativo. Esta expressão, também grafada de elemento de informação, foi positivada no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal - CPP, no inciso XV do art. 3º-B, que menciona, de forma bem clara "*acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos*"; no *caput* do art. 28, de que consta "*ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza*"; e no *caput* do art. 155, desde a redação dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008 (que, ao alterar os arts. 155 a 157 do CPP, instituiu minirreforma da parte processual penal), que diferencia, de forma bastante didática em sua literalidade, a prova submetida ao contraditório e o elemento informativo no inquérito policial ou, no que aqui mais diz respeito à instância disciplinar, na subfase investigativa da fase de admissibilidade.

> *CPP - Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*

Mais que o didatismo da terminologia diferenciada, o *caput* do art. 155 do CPP destaca-se pela expressa vedação de condenação baseada exclusivamente em elementos informativos coletados em procedimento não contraditório. Obviamente, não há vedação para o emprego de elementos informativos na formação final de convencimento da autoridade

julgadora, desde que atuem em conjunto com provas coletadas na fase contraditória - isto é, desde que não sejam os elementos exclusivos a motivarem a condenação. Não é aceitável que o procedimento não contraditório esgote completamente a busca de provas e esvazie o processo em sentido estrito, que é o devido foro eleito pelo legislador como a instrumentalização do debate contraditório que antecede o julgamento. No que se refere à instância disciplinar, esta questão do não cabimento de condenação baseada exclusivamente em elementos informativos coletados na subfase investigativa da fase de admissibilidade já havia sido antecipada em **2.5.3.3.1**, quando se mencionaram pesquisas e ferramentas próprias daquele momento não contraditório do processo, e vai novamente ser relembrada e destacada em **4.4.1.4**, quando se abordará a sequência da instrução probatória a ser definida no curso da fase de inquérito administrativo do processo disciplinar, já sob manto contraditório.

Como regra, em todo tópico **4.4.1.1** em que se introduzem temas de teoria da prova, salvo menção específica em contrário, permite-se empregar o termo "prova" em seu sentido corrente e informal, abarcando os elementos informativos e as provas em sentido formal e estrito. Salvo alguma passagem específica, tudo o que aqui se aborda, nesta introdução à teoria da prova, se aplica indistintamente para os elementos informativos, que são característicos dos procedimentos correcionais investigativos da fase de admissibilidade, e para as provas *stricto sensu*, que são características da fase contraditória do processo disciplinar.

De certa forma, sem jamais afirmar que são conceitos sinônimos ou superpostos, pode-se sim apontar uma vocação para provas pré-constituídas valerem como elementos informativos, ou seja, serem aptas para instruírem procedimentos investigativos de natureza não contraditória, como são os procedimentos correcionais investigativos empregados na subfase investigativa da fase de admissibilidade. E, em contrapartida, também se vislumbra uma maior afinidade entre as provas constituendas, de natureza contraditável, para valerem como provas no sentido estrito, ou seja, de serem realizadas no curso do rito contraditório, como é a fase de inquérito administrativo do processo disciplinar. Aqueles elementos pré-constituídos produzidos antecipada e extraprocessualmente, sem garantia simultânea de contraditório, quando introduzidos no processo, devem ser submetidos à faculdade de a defesa poder contestá-los, passando então, só neste momento, a se qualificarem como prova no sentido estrito do termo, ao passo que os elementos constituendos já são produzidos sob imediato manto daquela garantia de defesa, o que já lhes confere, desde então, a qualidade de prova. Seja de oferta diferida, seja de oferta imediata, o certo é que a posterior submissão ao contraditório ou a produção já sob o seu manto é condição inafastável para consideração de um elemento (respectivamente, pré-constituído ou constituendo) como prova. Mas, reitere-se que pode haver um cruzamento dos conceitos em tela, ou seja, pode uma prova pré-constituída ser introduzida no processo disciplinar (que tem a possibilidade de contraditório satisfeita com simples ciência da defesa) e pode uma prova constituenda ser realizada no procedimento correcional investigativo (que, certamente, vai ter seu refazimento na fase contraditória).

Também merece menção a classificação das provas entre típicas e atípicas. Provas típicas são aquelas reguladas expressamente na lei processual. Citam-se, a título de exemplos, de provas típicas o testemunho, o interrogatório, a acareação, a diligência, a perícia, o documento, a presunção, o reconhecimento de coisas e de pessoas, dentre outras, conforme se somam os arts. 155 a 160 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, os arts. 155 a 250 do CPP, os arts. 369 a 484 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) e os arts. 212 a 232 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC). As provas atípicas, residualmente, são aquelas cujos meios não estão regulados ou mencionados em lei, mas que nem por isto são vedadas e que gozam de presunção da validade no art. 369 do CPC e também de forma implícita no parágrafo único do art. 155 do CPP.

> *CPC - Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.*
>
> *CPP - Art. 155.*
> *Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)*

Daí, exemplos de provas de ambas as espécies podem ser válidos, a despeito de inexistência de expressa previsão legal para as provas atípicas, já que o princípio da verdade processual não se coaduna com a delimitação dos meios de prova. Em harmonia com o princípio, as listas de atos probatórios constantes dos diplomas legais acima não são exaustivas, restringindo-se apenas, em patamar constitucional, para inadmitir aquelas provas que afrontam a moralidade, a dignidade humana e todas as cláusulas de proteção individual. A regra geral das leis processuais, seja civil, seja penal, seja administrativa, é da aceitação de todos os meios de prova admitidos em Direito, ainda que não expressados, minudenciados, listados; ou seja, ainda que atípicos, são admitidos (reitera-se: o fato de a prova ser atípica não se confunde com ser ilícita e inadmissível).

A propósito, já que se trouxe à baila o instituto dos meios de prova, aqui fica mais claro diferenciá-los das classificações doutrinárias das provas em função das suas fontes e das suas formas. Enquanto pessoas e coisas, ainda que externos ao processo, são consideradas sujeitos ou fontes de provas se fornecem informações e conhecimentos relevantes para a formação do convencimento, os meios de prova funcionam como a ponte que concretiza a sua ligação com os autos (por exemplo, a pessoa com capacidade de externalizar oralmente o que sabe acerca do fato ilícito sob apuração é a fonte testemunhal de prova e a sua oitiva de testemunha é o meio de se trazer aquela fonte para o processo). E, dentro de cada uma das três formas em que tradicionalmente se classificam as provas, como os formatos possíveis de se externalizarem, há diversos meios de prova possíveis de serem usados. Assim, a título de exemplos não taxativos, a forma de prova testemunhal abarca os meios de prova de oitivas de testemunhas, oitivas de declarantes, acareações e interrogatórios; a forma de prova documental abarca os meios de provas com os mais variados registros escritos ou gravados em documentos com suporte em papel ou com suporte em meio digital, incluindo não apenas textos mas também arquivos de imagem de áudio e vídeo, tais como laudos periciais, laudos técnicos e termos de diligência; e a forma de prova material pode ser verificada nos meios de provas de reconhecimento de pessoas ou de coisas.

Vale ainda investir na diferenciação mais sutil, exigidora de maiores esforços redacionais, entre a classificação das provas quanto a suas formas e o conceito de meio de prova. A rigor, as provas podem ser transportadas do mundo real para o processo através dos meios de prova que concretizam a reconstrução ou a reconstituição mais provável possível da verdade dos fatos pretéritos. E esta ponte entre o mundo real e o processo, abarcando os mais diversos meios de prova lícitos e admitidos em lei, se dá, em gênero, por três modalidades, ou formas, como se classificam as provas: mediante a oralidade *lato sensu* (sob a forma testemunhal, da qual as oitivas de testemunhas são exemplos); mediante a representação (sob a forma documental, da qual os laudos periciais ou técnicos são exemplos); ou ainda mediante a reprodução objetiva (sob a forma material, da qual a mercadoria apreendida ou o equipamento danificado são exemplos), sendo necessário diferenciar o meio de prova (o instrumento com que se leva o fato para os autos) da forma da prova, já exposta acima nos termos da doutrina tradicional.

Prosseguindo neste sentido da não taxatividade dos meios de provas, no âmbito infralegal, a Controladoria-Geral da União (CGU), por meio de sua Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, reiterou a possibilidade de emprego de todos os

aqueles admitidos em lei. De se ressaltar que a norma infralegal positivou a aceitabilidade da prova emprestada e, não obstante esta redação mais restritiva, compreende-se que o comando normativo abarca o gênero do compartilhamento de elemento, em que se inclui, além da espécie da prova emprestada, também a circulação de elemento informativo.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 12. Nos procedimentos correcionais regulamentados nesta Instrução Normativa poderão ser utilizados quaisquer dos meios probatórios admitidos em lei, tais como prova documental, inclusive emprestada, manifestação técnica, tomada de depoimentos e diligências necessárias à elucidação dos fatos.*

Convém ressalvar e reiterar o já exposto em **4.4.1.1.2.a** que, não obstante vigorar no ordenamento pátrio a regra geral de que, em princípio, são aceitos todos os meios empregados na comprovação, para que as provas validamente atuem na formação de convicção da autoridade julgadora, devem ser obtidas em obediência a ditames de lei material e processual, sob pena de inadmissibilidade ou de ilegitimidade.

Antes de prosseguir no foco de interesse, acerca da contraposição de provas diretas e provas indiretas, cabe ainda apresentar outra sutil diferenciação conceitual, entre os acima descritos meios de prova e o que a doutrina denomina meios de obtenção de prova, que já haviam sido apenas superficialmente mencionados em **4.4.1.1.2.a** e em **4.4.1.1.2.b**, na abordagem do tema das provas ilícitas. Enquanto os meios de provas funcionam como as pontes que transportam as provas em si do mundo real para o processo (os documentos, as oitivas, os interrogatórios, as diligências, as perícias), os meios de obtenção de prova, como indica a própria literalidade de sua expressão definidora, são instrumentos ou procedimentos regulados em lei e empregados para coletar e obter elementos das fontes de prova, a exemplo dos mandados de busca e apreensão domiciliar, das captações de comunicações como interceptação e escuta telefônicas e dos afastamentos de sigilos legais como sigilo bancário e sigilo telefônico ou telemático.

Como instrumentalidades procedimentais que angariam fontes de prova e/ou elementos por elas gerados, a serem levados posteriormente ao processo, os meios de obtenção de prova não se confundem, obviamente, com o elemento informativo em si ou com a prova decorrente após oferta do contraditório e tampouco são sinônimos do meio pelo qual aquele elemento ingressa nos autos e é disponibilizado para que o julgador o utilize de forma direta em sua decisão.

Doutrinariamente também denominados como meios de pesquisa ou de investigação de prova, os meios de obtenção de prova são procedimentos vocacionados à fase investigativa não contraditória e, em geral, são realizados fora do processo, por agentes diferentes daqueles que o conduzem (como os agentes da polícia judiciária ou os membros do Ministério Público Federal, para o exemplo da investigação criminal). Em outras palavras, os meios de obtenção de prova buscam, extraprocessualmente, fontes de prova e/ou elementos informativos que, por sua pertinência, são levados ao processo, onde têm o contraditório diferido. Se, por um lado, são geralmente baseados no elemento surpresa como condição essencial para o sucesso na obtenção do elemento buscado - o que impede, evidentemente, que sua realização extraprocessual se dê sob crivo contraditório -, por outro lado, possuem regulamentação no próprio CPP ou em leis específicas em cujos dispositivos o legislador estabelece delimitadores para que estas instrumentalidades procedimentais sejam realizadas sem afrontar direitos e garantias fundamentais individuais, sobretudo associadas à intimidade e à vida privada, estampados no inciso X do art. 5º da Constituição Federal (CF). Com isto, aquelas fontes de prova e/ou elementos informativos produzidos ou adquiridos em base procedimental diversa podem ser legitimamente utilizados e valorados no processo. O art. 3º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (que define organização criminosa) é didático neste sentido de apresentar lista não exaustiva de meios de obtenção de prova.

> *Lei nº 12.850, de 2013 - Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:*
> *I - colaboração premiada;*
> *II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;*
> *III - ação controlada;*
> *IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;*
> *V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;*
> *VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;*
> *VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;*
> *VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.*

A partir da noção dos meios de obtenção de prova, pode-se ainda avançar no sentido de apresentar - de forma aqui bastante introdutória e a mero título de informação, diante da baixa probabilidade de emprego administrativo - o conceito de técnicas especiais de investigação (TEI) ou investigações especiais, de vocação para investigação criminal e processual penal. As TEIs compõem um rol de ferramentas investigativas legalmente previstas (algumas em convenções e tratados internacionais) e diferenciadas em termos de sofisticação e de investimentos e cuja natureza jurídica muito se assemelha aos meios de obtenção de prova mas que, a rigor, não podem ser taxativamente consideradas sempre como espécies daquele gênero, pois algumas técnicas melhor se amoldam ao conceito de atividades de inteligência do que ao conceito de atividades de investigação. Cabe elucidar que, enquanto a atividade de investigação visa a fornecer elementos informativos que auxiliam na elucidação de conduta supostamente infracional, a atividade de inteligência visa a subsidiar a autoridade competente na tomada de decisões táticas ou estratégicas, que podem envolver, inclusive, ações governamentais e salvaguarda e segurança da sociedade e do Estado (inteligência para a segurança pública e inteligência para a segurança nacional), conforme define o § 2º do art. 1º da Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999, que institui o Sistema Brasileiro de Inteligência.

> *Lei nº 9.883, de 1999 - Art. 1º*
> *§ 2º Para os efeitos de aplicação desta Lei, entende-se como inteligência a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.*

Assim, algumas ferramentas já mencionadas acima como espécies de meios de obtenção de prova, tais como captações de comunicações a exemplo da interceptação e escuta telefônicas, também se enquadram no conceito de TEI. Igualmente se enquadram na restritividade das TEIs os meios de obtenção de prova denominados colaboração premiada, operação encoberta, exploração de local e testemunha sem rosto. Dito de outra forma, as espécies até aqui listadas, de TEIs de natureza investigativa, também se inserem no gênero dos meios de obtenção de prova, e seguem abaixo descritas:

- Colaboração premiada, que é a negociação processual (*plea bargaining* ou *plea agreements*) entre acusação e defesa em que um dos envolvidos presta informações sobre o esquema delituoso a fim de obter, dentre outros benefícios possíveis, a redução de sua pena ou o regime menos gravoso e que tem a delação premiada como subespécie, quando o colaborador identifica os corréus, a ser detalhada em **4.4.5.1**;

- Operação encoberta, em suas três subespécies:
  - Ação controlada, em que o órgão de persecução apenas monitora, sem controle e interferência, a espontânea ação delituosa, postergando o flagrante esperado, que não se confunde com o criticável flagrante preparado ou provocado, em que o agente estatal induz o infrator à prática delituosa (a intenção criminosa do infrator tem de já existir, iniciada ou mesmo apenas planejada, pois não pode ser viciada, estimulada ou provocada pela ação do agente encoberto);
  - Infiltração de agentes (agente de inteligência, policial ou colaborador) entre os criminosos para obter informações, sendo vedado instigar a conduta criminosa em flagrante preparado e praticá-la; e
  - Vigilância eletrônica, que se assemelha à campana ou ao levantamento de campo, como uma ação de observação de pessoas e de locais, podendo se utilizar de câmeras fotográficas ou de vídeo; de circuitos internos de imagem em locais públicos ou de trabalho; ou ainda de dados de endereços eletrônicos de equipamentos - o chamado *internet protocol* ou endereço IP -; de dados de sistema de localização global por sinais eletromagnéticos via satélite ou por sinais de telefonia móvel via estações rádio-base a exemplo de *global positioning system* - GPS; ou de dados de rastreamento e localização fornecidos por instituição financeira ou administradoras de cartões de crédito, que monitoram em tempo real acessos à rede informática bancária;
- Exploração de local, com entrada sigilosa (que difere de busca e apreensão) em casa ou escritório de trabalho apenas para registro e documentação de seu interior, em arquivos de vídeo ou de imagem ou também para instalar equipamento de interceptação ou de escuta ambiental, sem nada apreender; e
- Testemunha sem rosto (ou ocultação de testemunha), de emprego excepcionalíssimo, que tem seus dados pessoais conhecidos pelo juiz e pelos agentes de persecução mas são ocultados por proteção, não devendo se confundir com as inadmissíveis testemunhas anônimas ou secretas, cujos dados de identificação não são conhecidos.

Por outro lado, não obstante, podem-se citar outras espécies de TEI ainda mais restritivas e seletivas que transbordam o conceito de meios de obtenção de prova, uma vez que mais se assemelham a instrumentos de inteligência do que a ferramentas investigativas propriamente ditas (não são meios de prova ou meios de obtenção de prova, mas sim informações de inteligência e instrumentos para localizar ou para proteger a prova):

- Informantes, que, na qualidade de colaboradores da Justiça, levam, verbalmente, à autoridade policial, notícias-crimes anônimas (ou delações anônimas) hábeis apenas para deflagrar investigações prévias, restando com sua identidade protegida e não se confundindo com testemunhas e tampouco com agentes infiltrados;
- Programas de recompensas, com gratificações ou compensações financeiras a terceiros que tragam informações úteis para a persecução;
- Programas de proteção a vítimas e testemunhas (colaborador e testemunha sem rosto), com ocultação de identidade e do paradeiro e até alteração de dados de registro civil.

As TEIs se diferenciam das atividades investigativas em geral (calcadas basicamente nos meios de prova tradicionais, de que são exemplos não exaustivos as provas orais e documentais). O primeiro traço diferenciador é que as TEIs sempre são sigilosas, afinal, de forma óbvia, não se cogita de que o investigado saiba que é alvo da investigação especial, em razão da necessidade de fator surpresa. Esta cláusula de sigilo pode se operar por meio de duas técnicas. Na técnica da ocultação, o agente estatal se mantém escondido em relação ao

investigado a fim de obter as informações necessárias, como ocorre na interceptação telefônica. Na técnica de dissimulação, o agente estatal lança mão de disfarces, de falsa identidade e de falsos enredos (as chamadas histórias-coberturas) para induzir o investigado a uma falsa percepção da realidade que permita que se extraiam as informações necessárias (importante reiterar que não se provoca o infrator cometer a irregularidade), como ocorre na infiltração policial. O demais traços diferenciadores em relação às atividades investigativas tradicionais residem em que as TEIs utilizam estratégias mais elaboradas e sofisticadas, contam com maior investimento em recursos humanos e materiais e apresentam um elevado grau de coordenação tática e de planejamento prévio das linhas de trabalho e de articulação entre diferentes órgãos atuantes na persecução, podendo incluir até a busca de informações de inteligência.

A leitura atenta da lista exemplificativa de espécies e subespécies expostas acima indica, de forma imediata, que somente de forma muito rara e improvável alguma daquelas técnicas especiais poderá ser empregada na processualística administrativa. Conforme introduzido, as TEIs são vocacionadas para a investigação criminal e para a instrução processual penal e, mesmo nestas instâncias, mostram-se indispensáveis em virtude do alto grau de ocultação de vestígios e de quaisquer elementos rastreáveis e de dissimulação e até mesmo de clandestinidade das condutas com que se caracteriza a criminalidade econômica, difusa e organizada. Diante deste seletivo conjunto fático justificador, as TEIs, nas instâncias da investigação criminal ou da instrução processual penal, somente devem ser empregadas mediante a hipótese de crime grave (cuja referência apriorística é de resultarem em pena máxima superior a quatro anos), não devendo ser banalizadas, na contraposição de jamais se violarem direitos e garantias fundamentais individuais estampados no art. 5º da CF, merecedores de reserva constitucional de jurisdição, como a inviolabilidade domiciliar, o sigilo das comunicações e o direito à liberdade, previstos respectivamente nos incisos XI, XII e LXI. Apontam também no sentido da excepcionalidade do emprego das TEIs os fatos de serem ferramentas que expõem a perigo os agentes executores, de serem dispendiosas e de acarretarem o risco de contaminar o processo por nulidade.

O restrito emprego das TEIs sofre diversos condicionantes. Por um lado, sempre devem ter previsão legal e somente devem ser utilizadas de forma subsidiária na investigação de supostos crimes graves (quando os meios de prova menos gravosos não são suficientes) e na medida proporcional do que for imprescindível, respeitando a dignidade humana do investigado, sem excesso desnecessário mas ao mesmo tempo também com atenção ao princípio da proibição da proteção deficiente (por meio do qual o Estado tem de suprir seguranças pessoal e pública com eficiência). Acrescente-se ainda que as técnicas especiais sempre devem ter a autorização judicial de seu emprego, quando necessária (como ocorre na maioria de suas espécies), condicionada à provocação (já que o julgador não pode decidir de ofício por sua realização), por parte do órgão de persecução (aqui compreendido o MPF, pois a autoridade policial não detém competência para representar por sua realização); e devem se submeter aos controles prévio, concomitante e posterior de sindicabilidade. Por outro lado, as TEIs gozam de confidencialidade, a fim de não se tornarm públicos seus autos e relatórios conclusivos; tramitam em procedimentos específicos nos quais o contraditório é diferido; e harmonizam-se com a serendipidade, que autoriza a admissibilidade de elementos informativos casualmente encontrados no curso de sua execução.

4.4.1.1.3.b - Conceitos de Provas Diretas e Indiretas e Ausência de Diferenciação Valorativa

Fechado este parêntese, retoma-se que aqui importa a classificação, ainda que primeiramente sob o enfoque tradicionalista, segundo o qual a prova direta é aquela que conduziria diretamente ao fato que se quer provar (este é exatamente o objeto da prova direta), enquanto a prova indireta é aquela que, partindo de um fato intermediário já

demonstrado, por inferência racional (este que é o objeto da prova indireta e não o fato que se quer provar), conduz ao fato que se quer provar. Em base conceitual tradicional, a diferença entre prova direta e prova indireta reside exatamente neste aspecto de a última necessitar de uma construção humana de inferência racional para se chegar ao fato que se quer provar.

Vista de outra forma, esta classificação divide as provas em função de seu grau de associação com o fato que se quer provar. E frise-se que esta classificação, como um corte transversal em tudo o que se até aqui se afirmou em **4.4.1.1.3.a**, independe de a prova: ter forma documental, testemunhal ou material; ter fonte pessoal ou real; ser pré-constituída ou constituenda; ser típica ou atípica, ser elemento informativo ou prova em sentido estrito; e ter como meio de prova documento, oitiva de testemunha ou de declarante, acareação, interrogatório, diligência, perícia, dentre outros. Daí, a prova é chamada direta quando levaria ao próprio fato cuja ocorrência ou inocorrência se busca demonstrar, fornecendo ao destinatário da prova a ideia integral que carrega em si mesma e, segundo a doutrina tradicional, dispensaria qualquer construção baseada em inferência racional. Já a prova indireta é aquela que se associa a fato outro que não o fato que se deseja comprovar, mas que, por meio justamente de um trabalho inferencial, leva o destinatário da prova a conhecer o fato de consequência. Ou seja, o julgador comprova o fato de consequência indiretamente, por meio de um fato outro intermediário conhecido.

Este fato intermediário conhecido conduz ao fato que se quer provar, embora com este não se confunda, mas mantenha uma determinada relação inferencial. Destaque-se que ter por conhecido o fato intermediário, por si só, ainda não autoriza que se tenha como provado o fato de consequência, mas sim apenas permite conhecer as circunstâncias que o rodeiam.

Apenas para fim didático de se contrapor com a expressão “prova direta”, por ora se grafará a expressão sintética e historicamente consagrada “prova indireta” (que, nestes termos mais gerais, aceita como sinônimo a expressão “prova por indício”), mas lhe contemplando desde já com o sentido mais moderno de se referir a todo este encadeamento probatório que leva ao fato que se quer provar, indo além do fato intermediário, que é o seu objeto no sentido tradicional da expressão. Adiante, quando se introduzir a denominação de “indício” para o fato intermediário já demonstrado, se passará a adotar a expressão tecnicamente correta de “prova indireta por indício” para todo o encadeamento.

Convém relembrar que, na visão epistemológica, a ideia de prova embute a noção de relação, pois qualquer elemento de prova (que, genericamente, assume a função de fato indicador) somente pode ser considerado como prova se, mediante inferência racional, exercer a função probatória para o respectivo objeto de prova (o fato de consequência, que, genericamente, assume a posição de fato indicado).

Ainda sob a visão conceitual tradicionalista, diferentemente da prova indireta, a prova direta - ao menos teoricamente - dispensaria a construção inferencial para demonstrar o fato de consequência. Para que um elemento de prova condutor ao objeto de prova sem necessidade de inferência racional fosse considerado válido como prova direta, bastaria avaliar apenas a credibilidade que lhe é associada; ou seja, bastaria que a prova fosse crível para se considerar diretamente que o fato existiu. Já a prova indireta, além de também requerer a sua própria avaliação de credibilidade, ainda exige a construção humana da inferência racional e, tão somente por este motivo - de precisar de dois passos em sua construção -, equivocadamente era considerada uma prova mais fraca que a direta.

A comparação fica facilitada com a apresentação de duas construções que empregam diferentes encadeamentos probatórios. A primeira, de prova direta, engloba apenas um encadeamento probatório, ligando um elemento de prova (na função de fato indicador) e o fato de consequência. A segunda, de prova indireta, engloba dois encadeamentos probatórios, ligando antes um elemento de prova (fato indicador que especificamente vai se denominar

prova do indício, expressão que adiante será melhor detalhada) e o fato intermediário (que vai se denominar indício) e em seguida ligando este fato intermediário e o fato de consequência. Na prova indireta, encadeiam-se provas, por meio de duas relações probatórias consecutivas.

Na visão tradicionalista, no caso da prova direta, mediante unicamente a análise de credibilidade daquele elemento de prova (o fato indicador), se chegaria à conclusão de que existiu o fato infracional (autoria e materialidade ou parte desta, em termos de seus elementos constituintes). Neste caso, o elemento de prova indicaria diretamente o fato de consequência. Por exemplo, o testemunho de um depoente de que presenciou o servidor dolosamente ter favorecido o particular em encontro com o representante legal do contribuinte em sua residência, desde que crível, seria prova direta de que o agente público possa ter dolosamente favorecido o particular (que é a infração que se quer provar).

No caso da prova indireta, aquele elemento de prova (a prova do indício) demonstra o fato intermediário, que se denominou indício, a partir do qual racionalmente se infere que existiu o fato infracional (ou parte dele). Ou seja, o indício é fato indicado por aquela prova do indício e ao mesmo tempo é fato indicador do fato de consequência, demonstrando a noção relacional da prova dentro de um encadeamento probatório. Neste caso, a prova do indício demonstra o indício e este, ao mesmo tempo em que é fato indicado daquele primeiro elemento de prova, de forma ambivalente, atua como fato indicador, por inferência racional, do fato de consequência. Prosseguindo no mesmo exemplo, o testemunho de um depoente que afirma ter sido informado por terceiro do encontro do servidor com o representante legal do contribuinte em sua residência é prova do indício de ter havido este encontro e este encontro, mediante inferência racional, é fato indicador de que o agente público possa ter dolosamente favorecido o particular (que é a infração que se quer provar).

No entanto, a dicotomia entre prova direta e prova indireta em termos de valor probante, no sentido de que previamente se avaliava este elemento como menos forte que aquele, se encontra superada. A comparação dos dois últimos parágrafos acima demonstra que há similaridades entre a conclusão direta do cometimento da infração e o encadeamento probatório que infere o mesmo cometimento. Os dois passos necessários no emprego da prova indireta são similares ao passo único necessário no emprego da prova direta, não se sustentando justificativa plausível para defender o entendimento tradicionalista de que aquela primeira prova seria mais fraca que a segunda. Embora as relações probatórias sejam distintas e as quantidades de passos no encadeamento também difiram (uma exige dois passos e a outra se conclui com apenas um), ambas construções chegam com mesma qualidade ao objeto de prova acerca do fato infracional (ou parte dele).

A fim de facilitar a argumentação, antecipe-se o que será abordado com detalhe em **4.4.1.1.4.a**. O art. 239 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), consagra o emprego do indício, aqui como sinônimo da prova indireta, como prova válida no Título das provas admitidas no cauteloso e conservador rito processual penal. Se é assim, com mais certeza se afirma a validade da prova indireta em instâncias cíveis, como na processualística disciplinar, conforme também já se manifestaram a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), em seu Parecer PGFN/CJU/CED nº 978/2009, a jurisprudência e a doutrina.

> *CPP - Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.*
>
> *Parecer PGFN/CJU/CED nº 978/2009: "30. Provas indiretas, como é cediço, são aquelas em que a representação do fato a provar é obtida através de construção lógica: a análise mental parte de um fato conhecido e provado que indica a existência de outro, desconhecido e que se pretende provar; processada logicamente essa informação pode-se chegar, com a certeza*

necessária ao deslinde da questão, à conclusão da ocorrência ou não do fato probando.
32. Alerte-se, ademais, que não há qualquer hierarquia entre as provas denominadas diretas e os meios indiretos de produção probatória, circunstância consectária do princípio da verdade material, que pressupõe, para a sua inteira realização, a livre investigação e valoração da prova.

STJ, Habeas Corpus nº 15.736: "Ementa: 2. Vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, segundo o qual o magistrado, desde que, fundamentadamente, pode decidir pela condenação, ainda que calcada em indícios veementes de prática delituosa."

STF, Habeas Corpus nº 70.344: "Ementa: Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexo com o fato a ser provado seja lógico e próximo."

STF, Habeas Corpus nº 111.666: "Ementa: (...) 3. O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções hominis ou facti, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do ius puniendi, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como "a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias". Doutrina (Leone, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162). Precedente (HC 96062, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em /10/2009, DJe-213 Divulg 12-11-2009 Public 13-11-2009 Ement Vol-02382-02 PP-00336). 4. Deveras, o julgador pode, mediante um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, utilizando raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta. 5. A criminalidade dedicada ao tráfico de drogas organiza-se em sistema altamente complexo, motivo pelo qual a exigência de prova direta da dedicação a esse tipo de atividade, além de violar o sistema do livre convencimento motivado previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, praticamente impossibilita a efetividade da repressão a essa espécie delitiva. 6. O juízo de origem procedeu a atividade intelectiva irrepreensível, porquanto a apreensão de grande quantidade de droga é fato que permite concluir, mediante raciocínio dedutivo, pela dedicação do agente a atividades delitivas, sendo certo que, além disso, outras circunstâncias motivaram o afastamento da minorante."

"Além das modalidades probatórias exemplificadamente elencadas na Lei nº 8.112/90, acrescente-se, também, a que resulta de indícios veementes formados pelo conjunto de circunstâncias capazes de gerar convicção da existência do fato e de sua autoria.
Segundo o art. 239 do CPP:
'Considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra, ou outras circunstâncias.'
A definição legal, constante do CPP, refere-se à indução e não à dedução, o que faz lembrar os métodos filosóficos de investigação da verdade, ou seja, o indutivo e o dedutivo.
Pelo método dedutivo, parte-se do geral para o particular e pelo indutivo, que nos interessa, parte-se do particular para o geral.
O raciocínio indiciário deverá, assim, ser formado a partir de fato restrito, comprovadamente existente, para se chegar, por lógica, à conclusão de fato mais geral, que se pretenda provar.
A prova indiciária é resultante do conjunto de condições, vestígios, indícios ou

> *circunstâncias relacionadas com os fatos investigados. (...)*
> *Indícios, portanto, não são meras suspeitas, são circunstâncias cujo exame conjunto e sequencial permitem formar segura convicção, com base no nexo de causalidade." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pgs. 148 e 149, Editora Forense, 2ª edição, 2006*
>
> *"O indício é um conceito largamente utilizado no Direito Processual Penal e, mais ainda, há de sê-lo no Direito Administrativo Sancionador. (...) O Direito Administrativo Sancionador é especialmente receptivo à prova indiciária enquanto meios probatórios, até porque essa modalidade de prova é fundamental no estabelecimento de pautas de 'razoabilidade' nos julgamentos. No fundo, a razoabilidade do decreto condenatório é muito mais importante do que a suposta 'certeza' subjetiva absoluta do julgador.*
> *No campo das responsabilidades sancionatórias, cabe aduzir que os indícios podem ser suficientes para uma condenação, especialmente no terreno do Direito Administrativo repressor (...)." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pgs. 492 a 494, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

No que tange especificamente à prova indireta, a doutrina tradicional considerava que se estabelecia o indício a partir de mera análise de credibilidade daquele elemento de prova (prova do indício) e que somente se fazia uma inferência racional a partir deste indício para se chegar à conclusão acerca do cometimento do fato infracional e, à vista deste entendimento, tratava a prova indireta como mais fraca. Mas este entendimento se mostrou equivocado, em razão de não contemplar conceitos básicos da argumentação lógica. Na verdade, há inferências racionais em todos os passos do encadeamento probatório, tanto direto quanto indireto, e nem sequer o caminho que conduz à conclusão contém apenas um passo no encadeamento direto ou dois passos no encadeamento indireto, mas sim diversos passos, com diversas inferências a cada passo. A redução em apenas um ou dois passos é apenas um recurso simplificador didático, pois, na realidade, em qualquer raciocício probatório, seja direto, seja indireto, há diversas variáveis e informações a serem consideradas desde o inicio, em inúmeros passos e com inúmeras inferências a cada passo (que, mais frequentemente, refletem a experiência de vida do julgador, sem prejuízo de também refletirem regras jurídico-normativas e/ou regras de natureza conceitual), a fim de serem descartadas as hipóteses não plausíveis inicialmente formuladas.

Prosseguindo na crítica à teoria tradicional, resgatam-se conceitos da argumentação lógica para se verificar que, até mesmo quando se parece estar diante de um encadeamento probatório direto, há inferências. Ao se organizar formalmente o raciocínio (ou argumento) probatório indutivo clássico, quando se tem elemento de prova direta que, como premissa, conduz à conclusão em favor de uma hipótese, em verdade, em muitas vezes, está-se suprimindo uma outra ou até mesmo outras premissas e, consequentemente, está se deixando de considerar outra conclusão ou outras conclusões. Quando se tem, como prova direta, que a testemunha afirmou ter visto o cometimento do fato infracional ou quando se tem que o perito atestou em laudo determinada informação técnica que aponta para o cometimento do fato infracional e daí se passa a ratificação da hipótese de que se pode concluir pelo cometimento, o que se tem, na verdade, em forma de entimema, é a supressão da primeira premissa, de que se supõe que testemunhas falam a verdade e que peritos atestam a verdade, com base na generalização indutiva de conhecimento de mundo.

A construção lógica correta e completa é que a primeira premissa indica que testemunhas sempre falam a verdade ou de que peritos sempre atestam a verdade, por exemplo; a segunda premissa contempla que a testemunha afirmou ter visto o cometimento do fato infracional ou que o perito atestou em laudo determinada informação técnica que aponta para o cometimento do fato infracional; e estas duas premissas são evidências que, por meio

do raciocício inferencial, conduzem à hipótese, que é a conclusão de que houve o cometimento do fato infracional. Mas, conforme afirmado acima, poderia haver diversas outras inferências possíveis, conjecturadas desde o início e descartadas diante de sua implausibilidade (como, por exemplo, a testemunha ou o perito é suspeito ou impedido de atuar no caso ou agiu sob coação ou a testemunha não poderia estar presente no local do cometimento da ilicitude para tê-la presenciado ou o perito não possui capacidade técnica para se pronunciar sobre o caso). Portanto, mesmo no encadeamento probatório direto, que não se dissocia da capacidade inerentemente humana de raciocinar e de argumentar, há inferências, visto que inferência nada mais é que raciocínio ou argumento.

E complementa-se a análise formalmente com o raciocínio (ou argumento) probatório indutivo clássico quando se tem encadeamento probatório indireto. Agora se tem, como prova do indício, que a testemunha afirmou ter tido conhecimento de determinado fato que atua como indício para o fato infracional ou se tem que o perito atestou em laudo determinada informação técnica que atua como indício para o fato infracional e, deste indício, por meio do raciocício inferencial, se passa à ratificação da hipótese de que se pode concluir pelo cometimento. Novamente, a construção lógica correta e completa, a partir do primeiro passo, é que a primeira premissa é de que testemunhas sempre falam a verdade ou de que peritos sempre atestam a verdade, com base na generalização indutiva de conhecimento de mundo; a segunda premissa é que a testemunha afirmou ter ter tido conhecimento do fato que vale como indício para o cometimento do fato infracional ou que o perito atestou em laudo determinada informação técnica que vale como indício para o cometimento do fato infracional e estas duas premissas são evidências que, por meio do raciocício inferencial, conduzem à hipótese, que é a conclusão de que provavelmente houve o fato que atua como indício para o fato infracional. No segundo passo, novamente a partir da generalização indutiva de conhecimento de mundo, a primeira premissa é de que o indício indicado no primeiro passo é fato indicador do cometimento do fato infracional e a segunda premissa é a hipótese do primeiro passo, de que provavelmente houve o fato que atua como indício para o fato infracional e estas duas premissas são evidências que, por meio do raciocício inferencial, conduzem à hipótese, que é a conclusão de que houve o cometimento do fato infracional. Neste encadeamento probatório indireto, o testemunho ou o laudo pericial atua como prova do indício e é evidência para hipótese do indício, que, por sua vez, além de ser hipótese para o testemunho ou para o laudo pericial, é evidência da próxima hipótese, que é o fato infracional. Ou seja, o que é hipótese no primeiro encadeamento probatório, ambivalentemente, se torna evidência no segundo, mais uma vez explicitando a noção relacional de prova Novamente ratifica-se o afirmado acima que poderia haver diversas outras inferências possíveis, conjecturadas desde o início e descartadas diante de sua implausibilidade. Portanto, igualmente ao encadeamento probatório direto, também no encadeamento probatório indireto, que similarmente não se dissocia da capacidade inerentemente humana de raciocinar e de argumentar, há inferências, visto que inferência nada mais é que raciocínio ou argumento.

Isto conduz a compreender que o que faz a diferença em termos de valor probante em um encadeamento probatório não é a quantidade de passos necessários até se chegar à conclusão (se apenas um ou se dois ou se diversos) e, consequentemente, a quantidade de inferências envolvidas, mas sim a qualidade destas inferências e a sua harmonia com as crenças do conhecimento de mundo (refletindo experiência de vida e/ou também regras jurídico-normativas e/ou regras de natureza conceitual). Lembrando a possibilidade de haver diversas inferências a cada passo, mesmo no encadeamento probatório direto, com apenas um passo, pode haver inúmeras inferências, assim como no encadeamento probatório indireto. Não sendo a quantidade de passos necessários (que se associa ao fato de ser encadeamento probatório direto ou indireto) o diferencial no valor probatório, apresenta-se e justifica-se o primeiro motivo pelo qual resta superada a posição doutrinária de que haveria uma força probatória apriorísticamente maior a favor da prova direta em detrimento da prova indireta,

pois este diferencial reside na qualidade das diversas inferências contidas em uma e em outra.

À vista do exposto, deve-se admitir que a conclusão de qualquer argumentação probatória, seja indireta, seja até mesmo direta, não se afasta da impossibilidade de se atingir a certeza, mas sim apenas um grau de probabilidade na conclusão, posto que, em nenhum caso é possível formular, testar e hierarquizar todas as infinitas hipóteses plausíveis que podem, explicando as evidências, levar a uma conclusão. A conclusão sempre se dá em termos da hipótese mais provável, ainda que em argumentação direta, obtida na dialética processual exercida por todas as partes, em que, inexoravelmente algumas hipóteses tiveram, pragmaticamente, de ser descartadas.

4.4.1.1.3.c - Emprego da Prova Indireta na Inferência Racional do Ânimo Subjetivo

Um dos mais robustos exemplos a se fornecer da validade e da imprescindibilidade do emprego de prova indireta reside na identificação da existência ou não do elemento subjetivo, isto é, do estado anímico do agente, seja doloso, seja culposo, de determinada conduta infracional submetida a qualquer instância de Direito público sancionador. Esta necessária identificação do elemento subjetivo é um dos aspectos mais fundamentais na comprovação do ilícito e também na sua repercussão jurídica. Obviamente, neste aspecto, a ênfase e a atenção recaem de forma mais concentrada sobre a segura caracterização do dolo, em razão de este elemento subjetivo encampar maior gravidade da conduta e, consequentemente, redundar em sancionamento mais severo, mas, sem prejuízo de também ser necessário se dedicar à configuração da culpa.

Antecipe-se, nos termos que se exporão em **4.6.2.1**, quando se abordará sob aspecto material a definição analítica do crime, que este se caracteriza pela conduta humana que, sucessiva e cumulativamente, é típica, antijurídica e culpável. De certa forma, aquele tópico mencionado e o presente tópico, no que tange ao ânimo subjetivo, comportam leituras complementares, tendo se concentrado, neste, nos aspectos instrumentais e, naquele, nos aspectos materiais do tema.

Embora tal conceituação do crime advenha do Direito Penal e se faça coerente manter a descrição calcada nos institutos desta seara jurídica, esta apresentação se faz relevante pois se aplica, de forma absolutamente análoga, aos enquadramentos disciplinares. Nesta conceituação, a tipicidade, como primeiro componente analítico do crime, perfaz-se com a amoldagem da conduta concreta, simultaneamente, a dois elementos componentes. De imediato, a conduta humana deve se subsumir à definição descritiva e normativa empregada pelo legislador ordinário na redação da hipótese na lei penal (que compõe o que se denomina “elemento objetivo do tipo”). Também, a ação ou omissão do agente deve conter o elemento anímico exigido nesta definição legal (que se denomina “elemento subjetivo do tipo”, que pode ser, como regra, de dolo, ou excepcionalmente, de culpa).

O dolo, aqui abordado inicialmente de forma geral, é o elemento subjetivo do tipo caracterizado pela consciência, de parte do agente, de todos os componentes do elemento objetivo do tipo e pela sua vontade de realizar a conduta proibida e, consequentemente, de obter o desejado resultado delituoso dela decorrente. Já a culpa, em gênero, é o elemento subjetivo do tipo demarcado pelos requisitos da conduta voluntária que viola o dever de cuidado objetivo e que, em relação de nexo causal, conduz ao resultado delituoso indesejado, embora previsível.

O elemento objetivo do tipo, em geral, é exteriorizado na prática concreta do ato ilícito e até é passível de ter sua comprovação mediante encadeamento probatório direto. Já o elemento subjetivo do tipo e, em especial, o dolo, por residir no mundo interior do agente, se não confessado - como em geral jamais o é -, não é exteriorizado e, portanto, não se torna

concretamente visível e figura-se, no mais das vezes, insondável para o aplicador do Direito e de inviável comprovação direta. Afinal, somente inferindo aspectos íntimos e anímicos do autor para se identificar se a conduta cometida foi marcado pela consciência e pela vontade internas para a prática da conduta infracional ou se foi marcada pelo descuido voluntário que acarretou o previsível resultado indesejado.

A indispensável apreciação se a conduta concreta do agente se amoldou ao elemento subjetivo doloso que como regra a lei penal exige ou, diferentemente, se se amoldou ao elemento subjetivo culposo que só excepcionalmente a lei penal prevê, em ambos os casos como requisito para configuração da tipicidade (nos termos do parágrafo único do art. 18 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP)), ou ainda, de forma antagônica, se não se amoldou a nenhum elemento subjetivo, inexoravelmente - salvo raros casos excepcionais -, requer que aquele operador do Direito, à luz do seu próprio conhecimento de mundo e a partir das condições externas e das circunstâncias objetivas em que o ato foi praticado, se utilize da inferência racional, por meio de encadeamento probatório indireto, a fim de obter o ganho indutivo de ter o ânimo subjetivo configurado. Em outras palavras, à vista da conduta concretamente praticada, por meio de prova indireta, infere-se se o agente agiu com dolo ou com culpa ou sem ambos, avaliando os elementos externos e objetivos da ação ou da omissão humana.

> *CP - Art. 18.*
> *Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*

O elemento subjetivo do tipo, não se amoldando à prova direta, na imensa maioria dos casos, apenas se demonstra a partir das circunstâncias fáticas objetivas extraídas do caso concreto. Provado objetivamente o cometimento da conduta tida na lei como ilícita (ou seja, provada a subsunção ao elemento objetivo do tipo), o conhecimento de mundo do aplicador do Direito permite-lhe inferir, racionalmente, à vista das provas fáticas da ação ou omissão, se tal conduta somente é factível de ocorrer exclusivamente por dolo ou, residualmente, em caso contrário, se é factível a possibilidade de ter se dado apenas por culpa. Obviamente, este fracionamento da conduta humana em elementos objetivo e subjetivo do tipo e a consecução de seus respectivos encadeamentos probatórios é mera ficção jurídico-didática, pois é certo que a ação ou a omissão é una, perfazendo-se de todos seus elementos externos e internos simultaneamente.

É de fundamental importância se destacar que tudo que acima se defendeu acerca da necessidade de encadeamento probatório indireto, permeado pelo conhecimento de mundo do aplicador do Direito e mediante inferência racional encontra amparo nas fontes legal (a exemplo do comando do art. 239 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal - CPP) e jurisprudencial judicial e administrativa. Ao se afirmar o emprego de prova indireta para se configurar nos autos o ânimo subjetivo e, em especial, o dolo, se está afirmando a sua comprovação, ou seja, a necessidade de se tê-lo mediante prova (ainda que indireta). A segurança jurídica aqui exposta e defendida em nada se confunde com o arbítrio de se fazer mera conjectura ou ilação ou suspeita do dolo e nem sequer da culpa, como seria a construção *in re ipsa*, que, ao aceitar apenas a prova do fato objetivamente ocorrido, dispensa a comprovação do ânimo subjetivo para imputação. A construção inferencial do dolo ou da culpa comprova o ânimo subjetivo, não havendo que se falar em dispensa de tal prova, pois tal supressão não é aceita no Direito Público Sancionador, que veda a responsabilização punitiva objetiva.

> *CPP - Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.*

Ora, diante da ocorrência de conduta objetivamente tida como infracional, a diferenciação de ter sido cometida sem nenhum ânimo subjetivo ou com culpa ou, no ápice da gravidade, com dolo é um dos mais importantes elementos formadores de convicção a serem autuados em instância pública punitiva. Em consequência, não poderia haver maior consagração e homenagem à prova indireta que assumir e admitir que o estado anímico da conduta infracional é inferido racionalmente de forma indireta. E esta admissão se torna ainda mais relevante quando se emprega até mesmo como meio de prova do estado anímico doloso, justamente o mais grave e suscitador das mais severas penas e, consequentemente, exigidor de maiores segurança jurídica e grau de convencimento. Tanto é verdade que, em variadas fontes, se encontram diversas manifestações de concordância com a inferência racional do dolo. O destaque dado a tais manifestações a seguir tanto serve para reiterar a segurança do aplicador do Direito de que se deve mesmo empregar a inferência racional e seu conhecimento de mundo para construção da convicção do estado anímico doloso como também serve para, com ainda mais ênfase, estimular o emprego do mesmo meio de prova para se trazer aos autos o ânimo subjetivo culposo, menos grave.

Assim, esta questão da possibilidade - ou, melhor dizendo, da quase necessidade - da inferência do estado anímico do autor (sobretudo quando este é doloso) é tão relevante, imprescindível e crucial para o resultado final da instrumentalidade processual, qual seja, para a dicção do Direito material, seja condenando, seja absolvendo, que a presente passagem muito se enriquece com a visão abrangente do ordenamento e com a citação jurisprudencial judicial e administrativa, sendo extremamente justificável o emprego de tais fontes.

Cite-se, em primeiro lugar, Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, e admitida, portanto, no ordenamento nacional com força de lei. O art. 28 deste diploma normativo, que é referência internacional no tema do combate à corrupção, reconhece a dificuldade da comprovação do dolo, sobretudo em casos mais complexos, e permite a sua inferência a partir das circunstâncias fáticas objetivas.

> *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - Promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 2006 - Artigo 28. Conhecimento, Intenção e Propósito como Elementos de um Delito*
> *O conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas.*
> *(**Nota**: O Supremo Tribunal Federal vaticinou, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP, que tratados, acordos ou convenções internacionais que tratem de direitos humanos, após promulgados por decreto presidencial, ingressam "no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna".)*

Na sequência, apresentam-se julgados das Cortes Superiores. No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), o julgado abaixo, além de conter histórica relevância republicana, uma vez que se insere no bojo do caso que se tornou conhecido, sob forte repercussão e impacto social, mediante o epíteto de "escândalo do Mensalão", ao mesmo tempo oferece um rico e completo didatismo sobre o tema, pois não só manifesta o entendimento em si do Plenário da Corte Suprema como também se ampara em antecedente jurisprudencial, em doutrina internacional e em entendimento externado pelo Grupo de Ação Financeira sobre a Lavagem de Dinheiro (Gafi, que é um órgão intergovernamental de combate internacional ao uso criminoso do sistema financeiro e aqui mais especificamente na segunda de suas quarenta Recomendações, que servem de forte referência para as legislações nacionais dos países-membros).

> *STF, Trinbunal Pleno, Ministro Relator Luiz Fux, Redator para o Acórdão Ministro Luís Roberto Barroso, Sextos Embargos Infringentes na Ação Penal nº*

470/MG, DJe 21/08/2014: "Não se pode esquecer, por outro lado, que a comprovação de elementos subjetivos, oriundos dos íntimos pensamentos do agente, é impossível na forma direta, devendo ser inferida de elementos objetivos que circundam o delito. Outra não é a orientação da segunda recomendação, de um total de quarenta, do Grupo de Ação Financeira sobre a Lavagem de Dinheiro (GAFI), litteris: 'Os países deveriam assegurar que: a) A intenção e o conhecimento requeridos para provar o crime de branqueamento de capitais estão em conformidade com as normas estabelecidas nas Convenções de Viena e de Palermo, incluindo a possibilidade de o elemento intencional ser deduzido a partir de circunstâncias factuais objectivas'.
A respeito dessa matéria, colho o seguinte precedente que se amolda ao caso em testilha:
'O dolo eventual compreende a hipótese em que o sujeito não quer diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável (assume o risco da produção do resultado, na redação do art. 18, I, in fine, do CP). (...) Faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente.' (HC 97252, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009).
Ressalto que a orientação aqui adotada está na linha dos mais modernos especialistas na matéria no Direito Comparado. Winfried Hassemer ensina ser equivocado o entendimento de que o dolo deve ser extraído do âmago interno do autor, na medida em que a sua comprovação apenas pode ser feita de modo indireto, ou seja, o dolo deve ser deduzido a partir de indicadores observáveis externamente (Hassemer, Winfried. Kennzeichen des Vorsatzes. In: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann. Dornseifer, Gerhard et alii (coord.). Köln: Heymanns, 1989).
Merece menção, ainda, o magistério de Klaus Tiedemann, corroborando a tese ora afirmada:
'Na linha dos mais recentes acordos internacionais, que devem ter uma especial importância para o mundo anglo-americano, há que se esclarecer, todavia, que é sim admissível deduzir dolo a partir das circunstâncias do fato. Não é que com isso se retome a teoria do dolus ex re, mas sim que isso se deriva da admissibilidade processual da prova indiciária.
(Tradução livre do trecho: "en la línea de los más recientes acuerdos internacionales, que han de tener una especial importancia para el mundo anglo-americano, hay que aclarar todavía que sí es admisible deducir dolo (etc) a partir de las circunstancias del hecho. No es que con ello se retome la teoría del dolus ex re, sino que esto se deriva de la admisibilidad procesal de la prueba indiciaria.' Tiedemann, Klaus. Eurodelitos: El derecho penal económico en la Unión Europea. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004. p. 15)"

STJ, Segunda Turma, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, Recurso Especial nº 1.245.765/MG, DJe 03/08/2011, Ementa: "13. Pontue-se, antes de finalizar, que a prova do móvel do agente pode se tornar impossível se se impuser que o dolo seja demonstrado de forma inafastável, extreme de dúvidas. Pelas limitações de tempo e de procedimento mesmo, inerentes ao Direito Processual, não é factível exigir do Ministério Público e da Magistratura uma demonstração cabal, definitiva, mais-que-contundente de dolo, porque isto seria impor ao Processo Civil algo que ele não pode alcançar: a verdade real."

STJ, Primeira Turma, Ministro Relator Sérgio Kukina, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 400.779/ES, DJe 17/12/2014: "Ementa: 4. Somente após a regular instrução processual é que se poderá concluir pela existência, ou não, de: (I) enriquecimento ilícito; (II) eventual dano ou prejuízo a ser reparado e a delimitação do respectivo montante; (III) efetiva lesão a princípios da Administração Pública; e (IV) configuração de elemento subjetivo

apto a caracterizar o noticiado ato ímprobo, consistente na alegada existência de 'funcionários fantasmas' em gabinete de parlamentar."

Não obstante a inquestionável relevância dos julgados acima, é preciso reconhecer que, para este tipo de apreciação judicial, que revolve a instrução processual, é mais comum obter decisões de Tribunais Regionais Federais (TRF), que, como cortes de apelação, descem à minúcia da avaliação do conjunto de provas, com muito maior frequência do que as Cortes Superiores.

TRF da 1º Região, Quarta Turma, Relator convocado Juiz Federal Saulo José Casali Bahia, Apelação Criminal nº 0025650-88.2008.4.01.3400/DF, DJe 09/12/2020, Ementa: "5. A arguição de ausência dolo não procede, já que o réu, na condição de funcionário público, não só poderia mas como deveria cientificar-se das informações que lhe são prestadas, o que, no caso, poderia ser feito com uma simples consulta no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS. E, considerando que os fatos e das circunstâncias que envolvem o comportamento do agente são suficientes à aferição do dolo, ante o disposto no art. 239 do CPP e a jurisprudência dos tribunais superiores, não há o que se falar em erro de tipo."
Voto do Ministro Relator convocado Juiz Federal Saulo José Casali Bahia: "A autoria se demonstra por ter sido o réu que, enquanto servidor do INSS, inseriu os dados falsos no Sistema Único de Benefícios.
A arguição de ausência dolo não procede, já que o réu, na condição de funcionário público, não só poderia, mas como deveria cientificar-se das informações que lhe são prestadas, o que, no caso, poderia ser feito com uma simples consulta no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS. E, considerando que os fatos e das circunstâncias que envolvem o comportamento do agente são suficientes à aferição do dolo, ante o disposto no art. 239 do CPP e a jurisprudência dos tribunais superiores [1], entendo que não há o que se falar em erro de tipo.
[1] 'o dolo deve ser deduzido a partir de indicadores observáveis externamente (Hassemer, Winfried. Kennzeichen des Vorsatzes. In: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann. Dornseifer, Gerhard et alii (coord.). Köln: Heymanns, 1989).' (STF, AP 470 EI-sextos, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2014, DJe-161 21-08-2014.)"

TRF da 2ª Região, Terceira Turma Especializada Administrativo e Cível, Desembargador Federal Relator José Antônio Veiga, Apelação Cível nº 0140061-48.2014.4.02.5101/RJ, DJe 13/09/2019, Ementa: "4. A partir de regras de experiência comum, é possível reconhecer a presença de atuar doloso, mesmo nos casos em que testemunhas ou o próprio agente que realizou o ato digam o contrário.
5. Citação doutrinária sobre o intricado tema: A Alegação e Prova do Dolo no Direito Processual Penal: - Em especial: As consequências da falta da sua Alegação na Acusação, pp. 35. '(...) Uma questão diversa e que não poderia deixar de ser abordada, são os meios probatórios que permitem comprovar o dolo, facto já de si de difícil apreensão e que deve ser valorado em sede de julgamento. O Homem enquanto ser racional, é dotado de uma característica de difícil apreensão e que o distingue de todos os outros seres vivos: o pensamento. No mundo interior da mente só podemos conhecer o que é transmitido para o mundo exterior, seja de uma forma expressa e directa (comunicação) seja de uma maneira tácita (conduta). Conforme exposto, o dolo enquanto elemento constituído por uma representação e intenção de perpetuar o facto, pertence aos chamados factos internos ou psíquicos. Daí poder nunca vir a ser conhecido ou apreendido por outro que não o próprio sujeito (...)'."

TRF da 2ª Região, Primeira Turma Especializada, Desembargador Federal

> *Relator Antônio Ivan Athié, Apelação Criminal nº 0000054-52.2011.4.02.5152/RJ, DJe 01/04/2014, Ementa: "IV - A prova do dolo deve ser ele aferido pelas circunstâncias em que praticado o delito, que, no presente caso, apontam para a plena ciência por parte da acusada da ilicitude de sua conduta."*
>
> *TRF da 3ª Região, Quinta Turma, Terceira Seção, Relator Juiz convocado Roberto Jeuken, Apelação Criminal nº 0008382-42.2004.4.03.6104/SP, DJe 05/03/2009, Ementa: "4. A prova do dolo, que é ônus da acusação, sob pena de introdução da responsabilidade objetiva no direito penal, não raras vezes, é de difícil concretização, visto que o elemento anímico, quase sempre insondável pelo julgador, a não ser pela via indireta dos indícios, é comumente negado pela defesa. Entretanto, alguns comportamentos observáveis da experiência comum demonstram, de forma irrefutável, o dolo do agente, especialmente quando este limita-se a infirmar o conhecimento do falso, sem, no entanto, trazer qualquer elemento indiciário suscetível de incutir dúvidas ao julgador, abalando o seu convencimento."*

Na mesma linha, novamente já pacificou também a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), como se exemplifica aqui com a reprodução de trecho de seu Parecer PGFN/PGAA/Coged nº 2.881/2023/MF, no qual cita passagem do Parecer PGFN/CJU/CED nº 978/2009, já citado linhas acima e bem mais antigo, o que demonstra a sedimentação do entendimento.

> *PGFN/PGAA/Coged nº 2881/2023/MF: "134. A jurisprudência criminal, por seu turno, desde há muito reconhece, em face dessa inexistência de hierarquia entre os meios probatórios em sistemas que se orientam pela busca da verdade real, a possibilidade de se prolatar uma condenação com fundamento em prova indiciária, embora recomendando cautela em casos tais.*
> *137. Se assim é no Direito Processual Penal, com maior razão - parece intuitivo - deve ser no Direito Administrativo Disciplinar. Não por outra razão, esta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional também já se manifestou nesse sentido. Veja (Parecer PGFN/CJU/CED nº 978/2009):*
> *'127. Diante de tais observações, contendo fatos indiciários logicamente concatenados que apontam para a caracterização de gravíssima infração funcional, não há como afastar a intencionalidade da conduta do servidor (...) consistente em valimento do cargo para lograr interesse pessoal ou de outrem em detrimento da dignidade da função pública. Atenta às nuances que caracterizam os fatos dessa natureza, dispõe a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (no âmbito do Direito interno, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006), em seu art. 28: 'O conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas.'*
> *128. Assente-se, ainda, que, somando-se aos fatos circunstanciais robustamente demonstrados pelas provas carreadas aos autos e ante o panorama constatado, temos a impossibilidade de se cogitar a ausência de dolo do indiciado (...) em praticar os atos irregulares por se tratar de servidor experiente e qualificado para a função que exercia, conhecedor das normas regentes do procedimento usualmente adotado na Receita Federal. (...). E, dessarte, irreal a mera possibilidade de ocorrência de mero erro, o que vem reforçar a caracterização infração prevista no art. 117, inciso IX, e no art. 132, inciso IV, ambos da Lei nº 8.112, de 1990'."*

Mais uma vez antecipando o que se aprofundará em **4.6.2.1**, o ânimo subjetivo doloso comporta espécies.

Primeiramente, trazendo à tona o inciso I do art. 18 do CP, é preciso relacionar a definição do dolo ao resultado decorrente da conduta proibida. O dolo deve englobar o efetivo

conhecimento, de parte do agente, de que o resultado delituoso pode ocorrer em razão de sua conduta proibida e que sua vontade de realizar tal conduta acarreta uma dentre duas possibilidades, quais sejam, de o autor querer a produção do resultado delituoso decorrente ou de admitir sua possibilidade, não se importando com o risco de sua ocorrência, ainda que não o queira.

> *CP - Art. 18. Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *Crime doloso (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Doutrinariamente, no primeiro caso, o dolo é dito direto quando, além da consciência de todos os elementos constitutivos do tipo (que conduz à previsão do resultado delituoso) e da vontade da realização da conduta, o agente quer aquele resultado dela decorrente; e o dolo é dito eventual quando, apesar da consciência de todos os elementos constitutivos do tipo (que conduz à previsão do resultado delituoso) e da vontade da realização da conduta, o autor não quer este resultado dela decorrente mas não se importa se este vier a ocorrer, se expondo ao risco de acarretá-lo.

Tradicionalmente, havia ainda a já superada classificação do dolo entre genérico e específico. O dolo era denominado de “genérico” quando o agente, a partir da consciência de todos os elementos objetivos do tipo, tinha a vontade do resultado decorrente da conduta proibida mas sem agir em razão de algum fim específico; e era denominado de “específico” quando o autor, a partir da consciência de todos os elementos objetivos do tipo, tinha a vontade do resultado decorrente da conduta proibida orientada por especial fim de agir, não bastando ao agente apenas a realização do resultado, mas sim desejando esta realização com o intuito de suprir uma finalidade específica.

Na atual concepção finalista, posto que, a rigor, sempre se vislumbra um fim buscado pelo homem em qualquer conduta, o emprego apenas do termo “dolo” ou da expressão “elemento subjetivo geral do tipo” (ou simplesmente “elemento subjetivo geral”) equivale à antiga expressão “dolo genérico”, como regra do ânimo subjetivo doloso e do elemento subjetivo do tipo, enquanto a expressão “elemento subjetivo especial do tipo” (ou simplesmente “elemento subjetivo especial”) equivale à antiga expressão “dolo específico”.

Em contraposição à regra geral de o dolo se satisfazer tão somente com os componentes anímicos de consciência e vontade genérica sem fim específico, como é o caso da imensa maioria dos tipos penais (e também dos enquadramentos disciplinares), o elemento subjetivo especial do tipo, exigido apenas em algumas poucas definições legais materiais muito peculiares, conforme o próprio elemento objetivo do tipo exige, se aperfeiçoa quando o agente move-se por um especial fim de agir.

Todo este esforço doutrinário classificatório de espécies de dolo restou apenas para se afirmar que, qualquer que seja o estado anímico doloso, de improvável comprovação por encadeamento probatório direto, sua configuração em geral advém de prova indireta, à luz do conhecimento de mundo do aplicador do Direito, mediante inferência racional. A única ressalva que vale a pena aqui mencionar é que o elemento subjetivo especial do tipo, além de ser elemento subjetivo de alguns poucos tipos (já que o elemento subjetivo geral do tipo é a regra do elemento subjetivo dos demais tipos), é também um componente psíquico mental do agente, caracterizado pelo seu fim especial de agir, que melhor define ou especifica aqueles componentes genéricos de consciência e vontade, e que é ainda menos provável de ser exteriorizado de forma visível na conduta concreta.

Assim, para o fim a que aqui se dedica, de nada importa se o elemento subjetivo doloso é direto (consciência da integralidade do elemento objetivo do tipo e vontade de obter o resultado delituoso sem um fim específico) ou eventual (consciência da integralidade do

elemento objetivo do tipo e assunção do risco do resultado delituoso também sem um fim específico) ou ainda especial (consciência da integralidade do elemento objetivo do tipo e vontade de obter o resultado delituoso com especial fim de agir). Para qualquer destas espécies do estado anímico doloso, é impossível ao aplicador do Direito penetrar na mente do agente para avaliar aspectos subjetivos de consciência e vontade. Qualquer que seja a espécie dolosa de que se cogite, se faz indistintamente necessário que, à luz das provas coletadas dos elementos externos da conduta, aquele operador, ao fim da instrução processual, analise todas as circunstâncias fáticas objetivas, para que possa inferir, racionalmente, se houve ou não o dolo na conduta. Em outras palavras, prova-se objetiva e faticamente a conduta infracional e, ao final da instrução probatória, avalia-se, mediante conhecimento de mundo e inferência racional por parte do aplicador do Direito, se a ação ou a omissão humana somente se poderia se dar mediante estado anímico doloso (de genéricas consciência e vontade, seja querendo o resultado delituoso, seja não se importando com o risco de sua ocorrência) e, caso o elemento objetivo do tipo exija, avalia-se também, de forma ainda menos plausível por encadeamento probatório direto, no campo psíquico mental do autor, se este se moveu em razão de um especial fim de agir.

Reitere-se que toda construção acima, acerca da instrumentalidade para comprovação indireta do ânimo subjetivo, enfatizou, sobretudo a partir da reprodução dos entendimentos externados por diversas fontes (do ordenamento e da jurisprudência judicial e administrativa), a indispensabilidade do emprego da inferência racional para a caracterização do dolo (em qualquer de suas espécies) em razão de sua maior relevância, apenas por este elemento subjetivo ser mais grave e por importar em mais severa repercussão jurídica. Em outras palavras, nada do que se expôs sobre a procedimentalização é exclusivo apenas para o dolo e não se aplica para a inferência da culpa. Ao contrário, a culpa, em quaisquer de suas modalidades (imprudência, imperícia ou negligência, conforme o inciso II do art. 18 do CP) e em quaisquer de suas espécies (consciente ou inconsciente) também é um estado anímico do agente e, como tal, seus elementos probantes residem no seu mundo interior e não prescindem da comprovação mediante prova indireta indiciária.

> *CP - Art. 18. Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *Crime culposo (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *II - culposo, quando a agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Da mesma forma como é improvável que se obtenham por encadeamento probatório direto os elementos formadores de convicção da consciência e da vontade de parte do agente para a prática da conduta infracional, são igualmente não exteriorizados, invisíveis e insondáveis para o aplicador do Direito e de inviável comprovação direta e, na imensa maioria dos casos, são apenas demonstrados a partir das circunstâncias fáticas objetivas extraídas do caso concreto os aspectos da conduta associados à voluntária quebra do dever de cuidado objetivo e sobretudo à previsibilidade do resultado delituoso indesejado. A averiguação, à luz do que se pode esperar e exigir do homem médio, do quanto a conduta se marcou pelo descuido e do quanto o resultado delituoso era previsível para o agente nas condições em que se encontrava no momento do cometimento são elementos indicadores do ânimo culposo fortemente dependentes do emprego da inferência racional e da experiência de mundo daquele operador. Ressalvando apenas as peculiaridades dos requisitos específicos de cada ânimo subjetivo (em síntese, consciência e vontade para o dolo e descuido voluntário e previsibilidade para a culpa), toda a instrumentalidade acima descrita e aceita para a comprovação do ânimo doloso também se aplica, no que cabível, para a comprovação do ânimo culposo.

Acrescente-se também, como estímulo e como amparo do emprego da prova indireta para a culpa, o argumento de que, se tal construção probatória é referendada de forma pacífica por relevantes fontes (legal e jurisprudencial judicial e administrativa) para inferência do dolo,

sendo este o ânimo subjetivo de maior gravidade e suscitador de mais severa repercussão jurídica, com maior segurança também se aplica tal ferramenta intrumental para o estado anímico menos grave e de mais brando sancionamento.

A explanação acima, indicando a necessidade de emprego da prova indireta para a inferência racional do ânimo subjetivo se aplica, com especial relevância, em casos de ilicitudes complexas, pois, para além do dolo em si, as elaboradas e ardilosas estratégias de ocultação empregadas pelos agentes são praticamente impossíveis de serem comprovadas com provas diretas. Desta forma, questionar a validade da prova indireta em tais casos, contrapondo o princípio da presunção de inocência, significaria não só mitigar a força do princípio do convencimento motivado ou da persuasão racional, estabelecido no *caput* do art. 155 do CPP, como também inviabilizar a efetividade da ação estatal repressiva, em favor da impunidade. Na falta de prova direta de acusação, não existindo outra hipótese razoável que explique as evidências de maneira convincentemente diferente da hipótese da acusação, a prova indireta também pode sustentar uma condenação sem violação daquela garantia constitucional, desde que: os fatos indicadores estejam provados; os elementos constitutivos da infração sejam inferidos a partir daqueles fatos indicadores provados; se possa controlar a razoabilidade da inferência, mediante a exteriorização do raciocínio lógico entre os fatos indicadores e os fatos indicados e que este raciocínio esteja assentado nas regras de experiência de vida. Na mesma linha, se destaca a jurisprudência, na decisão em si da Suprema Corte no caso de repercussão acima mencionado, atestando a imprescindibilidade de emprego de provas indiretas em casos marcados por má fé, como um *plus* no ânimo subjetivo doloso, eivado de fraude, desonestidade ou de deslealdade.

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Joaquim Barbosa, Ação Penal nº 470/MG, DJe 22/04/2012, Voto da Ministra Rosa Weber: "Em nada a admissão da prova indiciária implica menosprezo à garantia de inocência. (...)*
> *Não há justificativa de ordem lógica ou racional a amparar a pretensão de se impingir à prova indiciária a pecha de subprova ou prova menor. 'A eficácia do indício', ensina Luchinni, citado por Espíndola Filho, 'não é menor do que a da prova direta, tal como não é inferior a certeza racional à histórica e física'. (...)*
> *Saliento, ainda, que indispensabilidade da aplicação da prova indiciária 'na apuração do dolo, da fraude, da simulação e, em geral, dos atos de má fé' é confirmada cotidianamente pela prática judicial."*

4.4.1.1.4 - Indício de Prova, Prova Indireta por Indício e Presunção

4.4.1.1.4.a - A Diferenciação Entre Indício de Prova e Prova Indireta por Indício

Tendo-se apresentado a diferenciação apenas conceitual - e não de valor apriorístico - entre prova direta e prova indireta, cabe aprofundar uma questão relevante acerca desta segunda espécie, em razão da frequente confusão com a ideia empírica de indício.

Da mesma forma de como se iniciou a abordagem acerca do vocábulo "prova", reconhece-se que a correta compreensão do termo "indício" é dificultada pela complexidade e pela importância que o conceito jurídico assume dentro de qualquer instância de Direito processual e também por razões terminológicas, uma vez que a mesma palavra pode assumir valores diferentes, tanto no seu emprego coloquial quanto no seu emprego juridicamente formal. Neste sentido, em especial, é absolutamente indispensável evidenciar a imensa diferença entre as expressões "indício de prova" e "prova por indicio", para as quais, não raro, se vê, até mesmo na positivação e, ainda com maior frequência, também na doutrina, na jurisprudência e no senso comum, o termo "indício" sendo empregado, de forma pouco

técnica e cuidadosa, como sinônimo indistintamente de ambas, o que gera incompreensões. E, novamente, se reconhece a limitação dos objetivos meramente introdutórios e superficiais deste texto em face do elevado grau de debates que o tema suscita na jurisprudência e na doutrina, às quais se remete para estudo mais aprofundado.

O indício de prova, também chamado historicamente de prova semiplena, pode ser considerado como um início, começo, princípio, indicativo ou sinal de prova ainda não fortemente robusta, que acarreta no julgador um patamar de convicção inferior à certeza e hábil apenas para, em regra, sustentar decisões que se satisfazem tão somente com o que se entende compreendido na tradicional expressão de fumaça de bom direito (*fumus bonis juris*) ou decisões sumárias e ainda não exaurientes, a exemplo de medidas cautelares calcadas em juízo perfunctório e provisório. A expressão "indício de prova" indica muito mais um determinado grau de qualidade (incipiente) de um elemento de prova do que uma prova em si. E o faz de forma bem mais precisa e indubitável que o termo "indício" (que, como dito, também é atecnicamente empregado neste sentido).

Há, no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), diversas passagens em que o legislador cuidou de mencionar, ainda que por meio de outros termos, o indício de prova. Neste sentido, cita-se, figuradamente, por exemplo, que o art. 126, diz que "*para a decretação do sequestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens*"; o art. 134 estabelece que "*a hipoteca legal poderá ser requerida, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria*"; a alínea "b" do § 1º do art. 290 condiciona que "*o executor vai em perseguição do réu, quando sabendo, por indícios ou informações fidedignas*"; o *caput* do art. 312 limita que "a *prisão preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*"; o § 1º do art. 413 permite que a "*fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação*"; o *caput* do art. 414 prevê que "*não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado*"; e, fechando a lista não exaustiva, o art. 417 inclui que se "*houver indícios de autoria ou de participação de outras pessoas não incluídas na acusação, o juiz determinará o retorno dos autos ao Ministério Público*".

Ainda que na lista acima se tenha concedido a liberalidade de sintetizar os comandos legais e de reduzir suas literalidades, não se deixa de perceber a intenção do legislador em condicionar um estágio probatório menos exigente a decisões meramente cautelares, interlocutórias ou não definitivas. O indício de prova é, portanto, um patamar probatório suficiente apenas para formar um juízo de probabilidade inicial do fato (e não um juízo de certeza) capaz de amparar pronunciamentos da autoridade judicial ou da autoridade administrativa menos gravosos que a condenação. De forma prática, harmoniza-se com este conceito a existência de justas causas para a decisão de instaurar procedimento correcional investigativo ou para provocar o afastamento de algum sigilo encartado na proteção constitucional à intimidade, que são patamares de convencimento (ou de suficiência explanatória, conforme adiante se exporá) inferiores ao necessário para a decisão de decisão de instaurar processo disciplinar (requeredora ao menos de elementos informativos da infração, como a justa causa requerida pelo art. 30 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019) e ainda mais para a decisão de mérito condenatória ao fim do rito contraditório (exigidora de prova da responsabilização).

Em contraponto, há a prova por indício, para a qual já se empregou antes, no confronto com a prova direta, a expressão "prova indireta" e que também comporta a denominação como prova circunstancial. Mas, como também já se antecipou, aqui se adotará a expressão mais técnica e completa de "prova indireta por indício", para se referir a todo encadeamento probatório indireto. Seja prova por indício, seja prova indireta por indício, estas expressões

indicam o encadeamento de forma bem mais precisa e indubitável que o termo “indício” (que, como já dito, também é atecnicamente empregado neste sentido abrangente).

Este encadeamento se inicia com a prova do indício, que também aceita a denominação de prova indiciária, significando o elemento de prova (ou fato indicador) que prova o indício (ou fato intermediário) e que, por fim, conduz, inferencialmente, ao fato indicado (ou fato de consequência).

O indício, por sua vez, encontra definição no art. 239 do CPP como a premissa conhecida que, uma vez provada, mantendo relação probante com o fato que se deseja comprovar, autoriza chegar à conclusão de que este fato realmente existiu, mediante raciocínio inferencial - o legislador mencionou indução, interpretada como indução em sentido amplo, que comporta indução em sentido estrito, analogia e inferência para melhor explicação (IME). Em outras palavras, o indício é o fato conhecido e provado a partir do qual é inferido o fato que se deseja comprovar.

> *CPP - Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.*

É necessário compreender a atecnia com que o legislador redigiu o comando, nas duas passagens em que usou o termo “circunstância(s)”. No primeiro momento, ao tê-lo empregado já ao início da definição do indício, o equívoco é superado se o termo é compreendido em sentido amplo, abarcando os elementos, como os requisitos específicos estabelecidos como indispensáveis na literalidade legal da definição de cada tipo penal (ou de cada enquadramento disciplinar), e as circunstâncias agravantes ou atenuantes propriamente ditas, como condicionantes da feitura da ação que atuam aumentando ou diminuindo suas consequências jurídicas (as penas, sobretudo). Já no segundo momento, é necessário maior esforço em acatar a redação, pois o resultado da construção indiciária é o fato de consequência - nos casos mais evidentes, o crime ou a infração disciplinar - e não qualquer circunstância.

Como se vê, enquanto o indício de prova refere-se a um patamar apenas inicial de prova, a prova indireta por indício é um tipo de prova, mais especificamente, de prova indireta, que, como já afirmado anteriormente, contrapõe-se à prova direta na classificação doutrinária em função do objeto, podendo figurar, inclusive, como peça hábil para amparar a condenação. Há manifestação jurisprudencial neste sentido.

> *STF, Habeas Corpus nº 83.542/PE, 1ª Turma, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, 09/03/04: “Ementa: 1. Conforme a jurisprudência do STF ‘ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em testemunhos prestados no inquérito policial, sob o pretexto de não se haver provado, em juízo, que tivessem sido obtidos mediante coação’ (RE 287658, 1ª T, 16.9.03, Pertence, DJ 10.3.03). 2. O caso, porém, é de pronúncia, para a qual contenta-se o art. 408 C. Pr. Penal com a existência do crime ‘e de indícios de que o réu seja o seu autor’. 3. Aí - segundo o entendimento sedimentado - indícios de autoria não têm o sentido de prova indiciária - que pode bastar à condenação - mas, sim, de elementos bastantes a fundar suspeita contra o denunciado.*

Embora não seja expressa no texto do CPP, a leitura atenta dos comandos acima citados indica a diferença entre as diversas menções no sentido de indício de prova, em que não há uma definição legal mas sim a remissão a momento processual ou a condições minimamente satisfativas para alguma ação de menor repercussão, e o comando art. 239, que estabelece uma conceituação do indício, que se insere no encadeamento da espécie prova indireta.

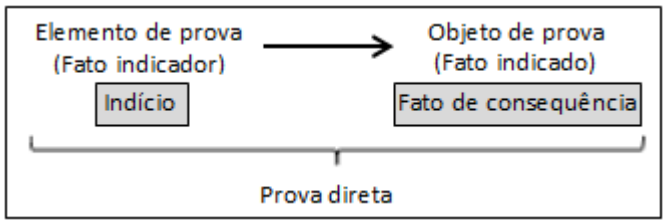
Obviamente, não se deve confundir a diferenciação entre indício de prova e prova

indireta por indício com a classificação já apresentada de provas entre diretas e indiretas e muito menos com a lista atípica dos meios de prova admitidos em Direito. A diferenciação entre indício de prova e prova indireta por indício associa-se ao nível de prova; já a diferenciação de uma prova ser direta ou indireta passa por seu objeto e pelo caminho com que conduz à conclusão, independentemente de sua força, de seu valor, de sua qualidade; e, por fim, cada um dos meios de prova que empregam documentos ou oitivas de testemunhas ou de declarantes ou acareações ou interrogatórios ou diligências ou perícias, dentre tantos outros, tanto pode, caso a caso, em cada processo, valer com a qualidade de prova de indício ou de prova indireta por indício e também pode figurar como prova indireta ou como prova direta. As ideias de indício de prova e de prova indireta por indício, como qualidades da prova, aplicam-se, ambas, tanto a uma prova direta quanto a uma prova indireta e indistintamente a qualquer meio de prova. Assim, por exemplo, de um lado, o testemunho de um depoente que afirma ter presenciado o cometimento de uma ilicitude é uma prova direta, não obstante, pelo menos em tese, poder ter um valor apenas de indício de prova acerca do fato; de outro lado, o testemunho de outro depoente que afirma ter sido informado por terceiro do cometimento da ilicitude insere-se no encadeamento de prova indireta, não obstante, pelo menos em tese, poder ter um valor de prova indireta por indício acerca do fato.

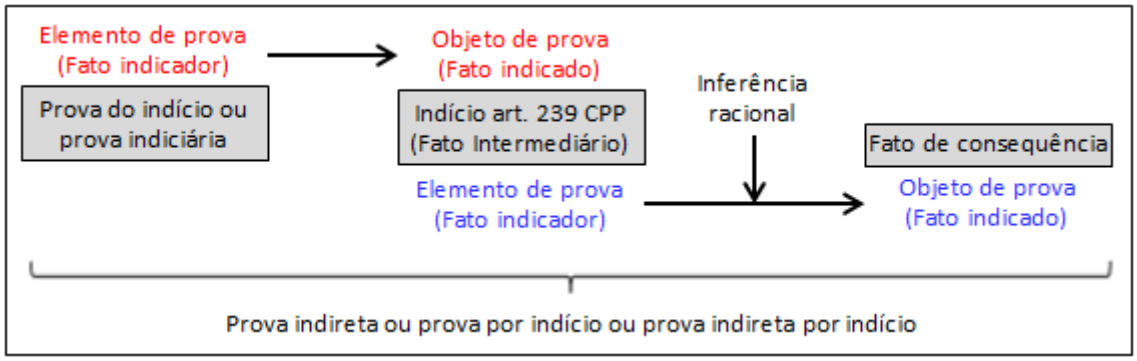
A diferenciação entre indício de prova e prova indireta por indício antecipa a ideia de *standard* de prova. O *standard* de prova, conforme se detalhará em **4.4.1.1.6.a**, é o nível de prova que necessariamente deve conter um procedimento ou um processo, a fim de conceder à autoridade um patamar desejado de segurança para emanar alguma decisão cabível em sua competência na respectiva instância jurídica, ou seja, para firmar sua convicção com uma esperada probabilidade de certeza.

Além da diferenciação contida na noção de que indício de prova é um patamar ainda inicial de prova (ou seja, a rigor ainda não é uma prova propriamente dita em termos de robustez) e de que prova indireta por indício é sim uma espécie de prova (ou seja, já é uma prova propriamente dita), estas expressões também comportam uma diferenciação do estágio de prova disponível, o que, indiretamente, leva-se a estender que se associam aos *standards* probatórios que lhes são inerentes. O indício de prova está em um patamar de qualidade e de força probantes mais baixo que a prova indireta por indício, aceitando-se que o primeiro seja considerado suficiente para um grau de decisão de menor repercussão, a exemplo, como já informado, de medidas cautelares exigidoras de cognição sumária para decisão de juízo perfunctório e provisório, e que a segunda seja exigida para decisão de maior impacto sobre o círculo de direito das partes (sobretudo da parte condenada), como reflexo do menor e do maior grau de probabilidade de segurança jurídica exigido para se decidir em cada um destes estágios.

Assim, toma-se primeiramente uma construção bastante simples, como exemplo de prova do indício em argumentação direta (ou, simplesmente, neste caso, é mais usual chamar de indício, uma vez que, sem encadeamento e fato intermediário, o conteúdo da expressão mais técnica “prova do indício” se superpõe identicamente ao conteúdo do termo mais coloquial “indício”). Este indício atua como elemento de prova ou fato indicador, exercendo função de prova, para o objeto de prova ou fato de consequência (que é o fato infracional ou parte dele). Por exemplo, o encontro do servidor com o representante legal do contribuinte em sua residência é indício de prova de que aquele possa ter dolosamente favorecido este (que é a infração que se quer provar).



E, aprimorando a construção, agora envolvendo o encadeamento de prova indireta por indício, diz-se que uma prova do indício atua como elemento de prova ou fato indicador, exercendo função de prova, para um indício e este mesmo indício, que é objeto de prova ou fato indicado da prova do indício, também atua como elemento de prova ou fato indicador, exercendo função de prova, para o objeto de prova final ou fato de consequência (que é o fato infracional ou parte dele). Prosseguindo naquele exemplo, o testemunho de um depoente que afirma ter sido informado por terceiro do encontro do servidor com o representante legal do contribuinte em sua residência é a prova do indício deste encontro e este encontro é indício de que o agente público possa ter dolosamente favorecido o particular (que é a infração que se quer provar) e todo este conjunto de duas relações probatórias se denomina a prova indireta por indício.



No encadeamento da prova indireta por indício, ressalta-se o conceito relacional de prova, pois o indício é, ao mesmo tempo, objeto de prova ou fato indicado em relação à prova do indício e, exercendo função de prova, de forma ambivalente, é também fato indicador ou elemento de prova em relação ao fato de consequência (que é o fato infracional que se quer provar). Reitera-se a correta terminologia: o primeiro elemento que aqui se chamou de prova do indício não é o próprio indício; a prova do indício comprova o indício e este comprova o fato de consequência. No exemplo acima, o testemunho comprova o encontro entre o servidor e o particular e o encontro comprova o favorecimento que aquele concedeu dolosamente a este (que é a infração que se quer provar). Em outras palavras, na comprovação por meio de prova indireta por indício, há duas relações probatórias e, sob a ótica da visão tradicional, difere-se do encadeamento direto também porque, a partir do indício comprovado, se faz necessária inferência racional para se chegar ao segundo objeto de prova.

Mas deve ficar claro que a modelação aqui proposta pode representar uma simplificação da realidade, uma vez que, nos casos concretos, é possível haver diversos indícios operando simultaneamente. Doutrinariamente pode-se estabelecer um gradiente de definições que indica um crescente grau de força destes argumentos indiciários. Primeiramente, mencione-se o concurso de indícios como o conceito que se satisfaz com a mera existência de pluralidade de indícios, independentemente das conclusões a que levam, que podem, inclusive, ser antagônicas. Intermediariamente, define-se a concordância de indícios quando os indícios em concurso conduzem a conclusões que são ao menos compatíveis, não se repelindo e não necessariamente se reforçando mutuamente. Por fim, na condição almejada, tem-se o conceito de indícios convergentes quando os indícios em concurso, para além de serem convergentes, estabelecem argumentos que apresentam uma

única conclusão ou ao menos apresentam conclusões que se reforçam mutuamente. Na desejada convergência, os diferentes argumentos indiciários possíveis podem conduzir a uma mesma conclusão ou também a conclusão de cada argumento reforça as conclusões dos demais, reciprocamente. Obtém-se o seguinte grau de escalonamento da força das conclusões mais prováveis extraídas de pluralidade de indícios: as conclusões mais prováveis a que leva cada um dos indícios em concurso podem até ser contraditórias; as conclusões mais prováveis a que leva cada um dos indícios concordantes ao menos não se excluem; e as conclusões mais prováveis a que leva cada um dos indícios convergentes são únicas ou se reforçam mutuamente.

Não obstante, relembre-se o já aduzido em **4.4.1.1.3.b**, que não é a quantidade somada de indícios que consagra a força probatória do conjunto, mas sim a sua qualidade de serem convergentes, mediante a análise ponderada do grau de probabilidade das conclusões que deles se extraem. Havendo pluralidade de indícios, como costuma mesmo ser o caso mais comum, para valerem como prova indireta, estes devem ser inter-relacionados com estreita ligação, por meio de enlaces coesos, lógicos e racionais, e não devem apresentar ambiguidades (ou seja, não devem ser conflitantes ou divergentes a ponto de suscitarem dúvida razoável, para antecipar uma expressão que será devidamente explorada quando da abordagem do tema do *standard* probatório). Ou seja, o encadeamento de prova indireta capaz de sustentar uma decisão do julgador, inclusive condenatória, compreende indícios fortemente relacionados, coerentes e harmônicos entre si, que levam, quando analisados em conjunto, à conclusão inevitável de que o fato que se quer provar ocorreu.

4.4.1.1.4.b - Presunções

Para encerrar a apresentação dos conceitos atinentes à argumentação probatória indireta, cabe mencionar as presunções. A presunção não é sinônimo e não guarda relação de espécie do gênero de inferência, seja de dedução, seja de indução, e, consequentemente, tampouco de provas indiretas por indício (e muito menos de provas diretas). Não obstante, é um instituto que, no aspecto jurídico processual, como construção cognitiva racional, reside no campo das provas - sobretudo das indiretas, mas sem prejuízo das diretas. Afinal, desde já, não se perca de vista que o inciso IV do art. 212 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC), contempla a presunção como meio de prova válido no ordenamento pátrio.

> *CC - Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:*
> *IV - presunção;*

Isto porque ao mesmo tempo em que a presunção não se enquadra perfeitamente nos conceitos de argumentações lógicas dedutiva e indutiva, sua noção, em determinados aspectos e peculiaridades, tem pontos comuns com a dedução e com a inferência racional empregada na argumentação probatória indireta por indício, sobretudo na generalização indutiva e na subsequente especificação indutiva (e por vezes também na argumentação probatória direta). Assim, faz sentido abordá-la aqui neste trecho, após a apresentação da prova indireta por indício.

Novamente, a exemplo dos termos e conceitos de provas e de indícios, a exata definição de presunção gera profundos e complexos debates na doutrina, que transcendem o objetivo deste texto. A abordagem do tema, ainda que em nível muito introdutório, enfrenta a dificuldade das controvérsias e divergências doutrinárias acerca da sua conceituação e da sua natureza jurídica, agravada pelo fato de a presunção não contar com definição legal (o inciso IV do art. 212 do CC apenas a menciona, mas não a define). Didaticamente, faz-se interessante então tomar esta espécie de prova como paradigma para apresentar a

conceituação e as aplicações jurídicas da presunção, não só contrapondo os dois conceitos mas também, por vezes, quando cabível, listando suas similaridades. A difícil percepção teórica da presunção fica facilitada quando se faz um dinâmico paralelismo com a prova indireta por indício.

Dito isto, relembre-se que a prova indireta por indício significa um encadeamento probatório calcado em inferência racional, de natureza indutiva - o que significa não lançar mão de nenhum juízo pré-concebido, assegurando sua natureza exclusivamente epistemológica - acerca da existência de outro fato com o qual guarde alguma relação.

Já acerca da presunção, pode-se introduzir que se trata da operação mental de ilação por meio da qual, partindo-se de um fato comprovadamente ocorrido e/ou conhecido (em que pode se enquadrar, dentre outros elementos deflagradores, justamente o indício acima mencionado), chega-se a um outro fato ainda não provado e/ou ainda desconhecido, que passa a ser admitido como verdadeiro. Como sinônimo coloquial de previsão ou de conjectura ou de pressuposição, a presunção, a partir, por exemplo, de indício provado, opera uma espécie de pré-julgamento acerca da veracidade ou não de um fato antes mesmo de sua demonstração. De uma forma mais ampla, a presunção atribui o conteúdo de uma proposição geral tida como certa e sabida (que pode ser o indício) a determinado fato incerto, para predizê-lo, para crer em sua ocorrência.

A presunção não se confunde com indício; a presunção é a construção cognitiva que se extrai de um fato ocorrido e/ou conhecido (este sim pode ser o indício) para se obter o salto de conhecimento de se chegar a um outro fato até então ainda não provado e/ou ainda não conhecido e que passa a ser admitido como verdadeiro e provado. Então, quando é o caso de aplicação da presunção calcada em indício, este funciona como o fato indicativo que, uma vez provado, faz o aplicador, por meio de ilação, presumir o fato indicado. Entre o indício (fato provado) e o fato presumido (fato não provado) existe uma relação consequencial de que, se o primeiro comprovadamente ocorreu e/ou é conhecido, provavelmente o segundo também terá ocorrido ou terá se tornado conhecido. Daí porque se reitera que, como o indício é o meio de se chegar à presunção, estes dois conceitos não se confundem.

Advirta-se que, em termos jurídicos, presunção também não se confunde com suspeita, no sentido de mero juízo preliminar de desconfiança a respeito de indivíduos, casos ou situações, calcado em percepção não fundamentada em elementos qualitativa e quantitativamente sólidos, convincentes e confiáveis.

As ilações estabelecidas pelas presunções, a partir das proposições gerais (de que a existência de um indício provado é espécie), podem ser classificadas em função da origem da construção intelectual em que se fundam, que pode advir do destinatário da prova ou do próprio legislador. Melhor esclarecendo, as presunções podem decorrer de máximas ou regras de experiência baseadas em critérios epistemológicos e racionais; de construções axiológicas, políticas, sociais ou morais de juízo de valor; ou, por fim, de previsão legal. Quando são as supracitadas experiências cotidianas da vida ou as escolhas axiológicas que elevam aquela proposição geral ao patamar de deflagradora da ilação, trata-se das presunções comuns (ou judiciais ou do homem ou do juiz ou *hominis*), que admitem prova em contrário, em harmonia com a doutrina. Quando é a vontade do legislador que faz refletir no ordenamento positivado aquela proposição geral (que, por sua vez, pode ou não decorrer das máximas ou regras de experiência, já que pode atender à escolha de juízo de valor) como deflagradora da ilação, trata-se das presunções legais (ou de direito ou *juris*). Em geral, as presunções legais positivam presunções comuns que decorreram da experiência humana ou de critérios valorativos (tais como senso de justiça, direitos humanos, ônus probatório, dentre outros). Ademais, as presunções legais, a critério do legislador, podem admitir ou não prova em contrário. Denominam-se absolutas (ou *juris et de jure*) quando são irrefutáveis e denominam-se relativas (ou *juris tantum*) quando são refutáveis.

> *“b)Vastíssimo é o campo de aplicação das presunções de homem. Basta, para se ter uma idéia da extensão da sua aplicabilidade, considerar que, em princípio, são elas admissíveis nos mesmos casos em que o é a prova testemunhal. Por meio delas se provam fatos das mais variadas espécies, não só como prova subsidiária ou complementar mas também como prova principal e única.*
> *Mas, onde se manifesta, em toda a sua plenitude, a importância das presunções simples, é quando se cura de provar estados do espírito - a ciência ou ignorância de certo fato, a boa-fé, a má-fé etc. - e, especialmente, de provar as intenções, nem sempre claras e não raramente suspeitas, ocultas nos negócios jurídicos. Tratando-se de intenções suspeitas, ou melhor, nos casos de dolo, fraude, simulação e atos de má-fé em geral, as presunções assumem papel de prova privilegiada, ou, sem que nisso vá qualquer exagero, de prova específica. Salientando a significação das presunções nesse terreno, dispunha o Código de Processo Civil de 1939, art. 252: ‘O dolo, a fraude, a simulação e, em geral, os atos de má-fé poderão ser provados por indícios e circunstâncias’.”, Moacyr Amaral Santos, “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, vol. 2, pg. 513, Editora Saraiva, 24ª dição, 2008*

No contexto das presunções, as máximas ou regras de experiência, mencionadas no art. 375 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), refletem, de forma positivada, o conhecimento de mundo do aplicador, congregando toda sua observação humana, profissional e social acerca do que acontece concreta e ordinariamente no cotidiano real. Em regra, por serem reflexo da experiência de vida de qualquer homem comum, são de conhecimento geral e dispensam comprovação. Como reflexo da própria observação racional humana, estas máximas assumem relevante valor nas presunções comuns, com autorização tácita de emprego dada pelo art. 375 do CPC.

> *CPC - Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.*

Com base no inciso IV do art. 374 do CPC, a presunção é meio de prova hábil para fundamentar uma decisão - reforçando a ideia estabelecida desde o inciso IV do art. 212 do CC, de que esta operação mental é uma construção probatória. Ademais, em se tratando de presunção relativa, a sua força de convencimento somente é afastada no caso de surgirem provas contrárias à sua ilação, ou seja, surgirem fatos que superem o indício ou a regra de experiência ou o critério valorativo deflagrador; e, em se tratando de presunção absoluta, sua força de convencimento não é afastada ainda que surjam provas contrárias à sua ilação ou fatos que superem aquelas proposições deflagradoras.

> *CPC - Art. 374. Não dependem de prova os fatos:*
> *IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.*

Embora se tenha introduzido o tema afirmando que, como regra geral, presunções não se confundem com prova indireta por indício, é preciso reconhecer que especificamente as presunções comuns, por vezes, muito se assemelham à inferência racional indutiva, em que, após observação de repetição de eventos ou acontecimentos, extrai-se a generalização indutiva e, em seguida, aplica-se a especificação indutiva ao caso particular. Trata-se aqui de construções epistemológicas, baseadas na experiência de como os fatos efetivamente são ou de como efetivamente ocorreram e figuram como exemplos relevantes as presunções de veracidade dos testemunhos e dos documentos (que, inclusive, podem despontar como provas diretas). Mas também há outras presunções comuns decorrentes de escolhas calcadas em construções axiológicas, políticas, sociais ou morais de juízo de valor de como os fatos devem ser ou de como deveriam ter ocorrido, dissociadas de regras de experiência e sem racionalidade epistemológica, asseverando aqui a diferença de natureza entre prova indireta por indício e presunção.

Obviamente, as presunções comuns, uma vez que não advêm de lei que lhes confira a qualidade da incontestabilidade, admitem prova em contrário. *A priori*, a conclusão presumida a partir da construção da experiência cotidiana da vida ou de critérios valorativos é verdadeira, até prova em contrário. Isto significa que as presunções comuns embutem a distribuição do ônus probante, passando a incumbir à parte desfavorecida o ônus de trazer a prova em contrário suficiente para superar a construção epistemológica ou axiológica. A parte a quem beneficia a presunção comum desincumbe-se do ônus de provar o fato presumido, não obstante a parte oponente poder diligenciar em contrário, sob pena de assumir os efeitos jurídicos negativos se não o fizer (caso o faça, o ônus fica devolvido à parte que originariamente era favorecida pela presunção).

Ainda acerca das presunções comuns, cumpre abordar se o comportamento omissivo ou obstrutivo de uma parte no processo disciplinar (da defesa, por exemplo) poderia figurar como fato indicativo que permitiria presumir como provado justamente aquilo que ela não contestou, ainda que tivesse a possibilidade, em razão de conhecimento, posse ou acesso, de trazer a prova. Mesmo se a parte tem total possibilidade de trazer aos autos a prova que esclarece a controvérsia e, em lugar desta conduta de lealdade processual, prefere suprimir ou destruir tal elemento, agindo de forma reprovável, não é cabível presumir que aquele elemento - inexistente nos autos - lhe era desfavorável e a partir daí construir convicção contrária à defesa. Até se reconhece que, nas máximas ou regras de experiência do aplicador, esta omissão o leva a cogitar de que a defesa prefere se omitir a trazer a prova que demonstra a convicção que lhe é contrária, que se omite por não dispor de prova que afaste a ilação que lhe desfavorável. Ainda assim, firmar esta presunção equivaleria a admitir na instância processual pública punitiva a inversão do ônus da prova, mediante sua distribuição dinâmica, prevista no § 1º do art. 373 do CPC, o que não é plausível e aceitável, conforme se abordará em **4.4.1.1.6.b**. Além de o CPC regular as relações processuais de uma instância não punitiva, mesmo quando prevê tal atribuição excepcional do ônus probatório, a condiciona a uma decisão do juiz, de forma que soa excessivamente arrojado que a comissão se autoconceda este poder de invertê-lo.

Não dispondo a comissão processante de nenhuma prova, nem direta e nem mesmo indireta por indício, contrária ao acusado acerca da questão fática sob discussão e não tendo o colegiado se desincumbido de seu ônus, assumir convicção contrária à defesa simplesmente diante da sua omissão - que mantém a total lacuna no processo acerca daquele fato - afronta os princípios da presunção de inocência e do direito à não autoincriminação, previstos nos incisos LVII e LXIII do art. 5º da Constituição Federal (CF), ainda que se pudesse ponderar, em sentido contrário, o princípio da boa-fé, consagrado no art. 5º do CPC, mas aqui sem envergadura para superar aqueles dois primados mais vocacionados para instância processual pública punitiva. Não havendo prova de nenhum dos lados, não é possível se afirmar, por presunção comum, que o fato ocultado ou obstruído pela parte que age com deslealdade processual teria restado suficientemente provado pela parte contrária - no caso, a comissão - e que esta teria se desincumbido de seu ônus, ainda que a defesa tivesse a possibilidade, em razão de conhecimento, posse ou acesso, de trazer a prova que elucidaria a questão.

> *CF - Art. 5º*
> *LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;*
> *LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;*

Diferente do caso acima é a situação em que a comissão dispõe de uma prova, ainda que indireta por indício, acerca da questão fática sob discussão e oferta à defesa oportunidade para contraditar o que se depreende de tal elemento e esta, em lugar de apresentar sua versão - ainda que se saiba a sua possibilidade de trazer a prova, em razão de conhecimento, posse ou acesso - se omite, não contestando e se silenciando, por estratégia própria sua. Tendo a

comissão suprido o seu ônus probante acusatório dispondo de prova contrária à defesa, agora esta passa a ter o ônus da contraprova, incumbindo-lhe provar que o fato indicativo não existiu ou ocorreu ou, ainda que tenha existido ou ocorrido, o fato presumido não se configurou. Ou seja, como se vê, neste caso, a regra de ônus probante não sofre alteração na construção em tela, continuando exatamente a mesma. Esta construção ora defendida, ademais, harmoniza-se perfeitamente com o brocardo de que a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza, que se extrai do art. 565 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), e também com o supracitado art. 5º do CPC, que consagra o princípio da boa-fé, agora sim permitindo que se exija postura cooperativa e de lealdade processual da parte. Tendo a Administração se desincumbido de seu ônus, não fere nenhuma garantia fundamental individual estampada no art. 5º da CF e não soa coerente e justo que a conduta condenavelmente omissiva ou obstrutiva acerca de prova relevante para o deslinde do processo e que seja de conhecimento, posse ou acesso da parte venha ao final e a cabo favorecê-la. A situação acima ocorre, a título de exemplo, quando a comissão, dispondo de provas contrárias ao acusado, o intima a se manifestar e a trazer outros elementos probatórios de presumida facilidade de conhecimento, posse ou acesso e que atuem a seu favor e a defesa se mantém inerte.

As presunções legais relativas, ainda que estabeleçam uma proposição geral como provada dispensando-se sua demonstração, aceitam prova em contrário. A própria lei admite comprovação em contrário do fato presumido, mas, até prova em contrário, a conclusão que a lei lhes atribui, a partir do fato comprovadamente ocorrido e/ou conhecido, é verdadeira. Em outras palavras, de forma similar ao que se abordou para as presunções comuns, as presunções legais relativas estabelecem a distribuição do ônus probante, passando a incumbir à parte desfavorecida o ônus de trazer a prova em contrário suficiente para superar a construção legal. A parte a quem beneficia a presunção legal relativa desincumbe-se do ônus de provar o fato presumido, não obstante a parte oponente poder diligenciar em contrário, sob pena de assumir os efeitos jurídicos negativos se não o fizer (caso o faça, o ônus fica devolvido à parte que originariamente era favorecida pela escolha do legislador). Novamente na mesma linha abordada acima para as presunções comuns, igualmente há presunções legais relativas calcadas, algumas, em critérios puramente epistemológicos e, outras, em critérios puramente axiológicos.

Como exemplo relevante de presunção legal relativa e em que se demonstra que a consideração antecipada de que algo é verdadeiro ou falso, não raro, tem como pressuposto valores puramente abstratos (portanto, nem sempre possui pressuposto fático-indiciário), cita-se a consagrada presunção de inocência, prevista no inciso LVII do art. 5º da CF, acima reproduzido. Por esta construção, erigida ao patamar de direito e garantia fundamental individual de molde constitucional, a despeito de todas as provas que possa já haver nos autos contrárias ao acusado, ele será aprioristicamente considerado inocente até a decisão definitiva em seu desfavor, ainda que não exista nenhuma sustentação fática para esta pressuposição. Esta presunção legal relativa de base axiológica, refletindo uma escolha política de parte do legislador, associa-se à noção de *standard* probatório da instância jurídica em tela e estabelece qual parte deve suportar o ônus probante.

Por fim, as presunções legais absolutas, a partir de um fato comprovadamente ocorrido e/ou conhecido, determinam que outro fato passe a ser admitido como verdadeiro, ainda que exista prova em contrário. Como esta espécie de presunção opera uma ficção jurídica, para a qual pouco importa a veracidade ou não do fato presumido, obviamente, é comum que se baseie em critérios puramente axiológicos em que o legislador, a seu critério, quis homenagear determinados juízos de valores.

Por exemplo, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no § 5º do seu art. 133, constroi uma presunção legal absoluta de que a opção por parte do servidor que acumula

ilicitamente dois cargos, se manifestada até o último dia do prazo de defesa, faz com que, inafastavelmente, se configure sua boa-fé, ainda que houvesse elementos de convencimento de que o agente sempre tivesse conhecimento da ilicitude da acumulação.

Permite-se concluir que todas as espécies de presunções (comuns, legais relativas e legais absolutas), apesar de construírem uma convicção probatória, conforme o inciso IV do art. 212 do CC e o inciso IV do art. 374 do CPC, nem sempre contemplam epistemologicamente o objetivo de estabelecer como resultado da ilação um fato efetivamente provável de ter ocorrido ou de ser conhecido. Sempre há a possibilidade de a ilação decorrer de escolhas de axiológicas, políticas, sociais ou morais de juízo de valor, em geral com o intuito de estabelecer uma regra de ônus probante, e que não necessariamente se norteiam por critérios lógicos de regra de experiência, podendo advir de escolhas doutrinárias ou dotadas de outros vieses. A despeito de até haver situações em que a presunção se equipara à generalização indutiva e à subsequente especificação indutiva, é de se ressaltar que não é um tema que exatamente se confunda com a atividade probatória advinda da inferência racional, que ocorre tanto em prova direta quanto em prova indireta por indício.

4.4.1.1.5 - Valoração da Prova

Já se sabendo que o caminho epistemológico que associa evidências e hipóteses, mediante inferência racional, é logicamente representado por argumentos, convém antes relembrar, conforme já exposto em **4.4.1.1.1.b**, introdutoriamente ao tema específico da valoração da prova, que, dos quatro tipos de inferências, destaca-se a inferência para melhor explicação (IME), como a forma lógica mais empregada de argumentação probatória para, a partir de evidências, se chegar à melhor hipótese (explicação) - daí porque o seu nome. A IME é uma procedimentalização em quatro etapas e que se inicia com a abdução de todas as hipóteses (explicações) que pareçam possíveis, seguida pela especificação daquelas que se mostram prováveis, pela investigação ranqueada da hipótese que melhor explica a evidência e concluída, por fim, por sua valoração. Portanto, a valoração da prova que ora se aborda é a etapa final da procedimentalização concatenada da IME.

E ainda cabe lembrar e conciliar que, quando se abordou o tema das provas ilícitas, apresentaram-se os quatro momentos da atividade probatória (requerimento, admissão, produção e valoração). É preciso deixar claro que aqui se trata do mesmo procedimento e do mesmo momento, sob o mesmo *nomen juris* (valoração) embora aplicado a dois distintos enfoques. A prova tem um *iter* próprio de sua formação, desde ser requerida, admitida, realizada e, em seu último momento, enfim, ser valorada, quando então ela se submete às etapas da IME, que se concentram neste quarto momento. O momento final do *iter* probatório, na verdade, engloba quatro passos. O quarto e último momento do procedimento probatório se constitui de todo procedimento da IME que, por fim, vai desaguar na valoração da prova, tema que se abordará no presente tópico.

É imprescindível abordar o tema da valoração probatória, pois a análise do valor de qualquer prova, além de ser importante, não é questão simples. A valoração da prova é a avaliação, realizada pelo julgador, do grau de convicção que esta prova gera em relação ao fato que se quer provar, ou seja, em relação à hipótese sobre a qual se argumenta.

Uma vez que se relaciona com o tema da valoração, importa aqui resgatar o primeiro motivo pelo qual se justificou inexistir diferença apriorística de valor probante entre prova direta e prova indireta. Ao se buscar esta diferenciação meramente teórica, afirmou-se que o valor probante em um encadeamento probatório não é função da quantidade de passos e das inúmeras inferências de cada passo, mas sim da qualidade destas inferências e da sua harmonia com o conhecimento de mundo (refletindo experiência de vida e/ou também regras jurídico-normativas e/ou regras de natureza conceitual). Diante das inúmeras inferências que

podem ser feitas a partir de cada prova, seja direta, seja indireta, a etapa da valoração, ao seu final, conclui o caminho argumentativo que leva das evidências às hipóteses.

Então, a primeira afirmativa introdutória que cabe fazer acerca do tema valoração probatória é que, ainda que no encadeamento probatório haja diferença entre provas direta e indireta, não há diferença de força *a priori* entre estes elementos, pois ambos são inferenciais e embutem inúmeras inferências. Não há um valor intrínseco a se atribuir à prova em razão de ser direta ou indireta e menos ainda concede-se imediato valor maior àquela do que a esta em razão unicamente da diferença de seus encadeamentos lógicos. Em sentido abstrato, ambos tipos de prova têm idêntico valor probatório e esta classificação em razão de seu conteúdo não repercute necessariamente na valoração a lhes ser concedida.

Sabe-se que o método racional de valoração probatória é a última etapa da IME, por meio da qual, dada a evidência, deve o aplicador identificar qual hipótese melhor a explica. Afirma-se, então, que o que se valora não é a prova mas sim a hipótese que se constroi como a que melhor explica a evidência, baseada no conjunto global de provas e nas crenças do julgador, porque não se consegue separar uma das provas de todas as demais provas e do conhecimento de mundo de quem as analisa. E esta segunda afirmação, de que o que se valora é a hipótese - e não a prova -, atua em reforço, como segundo motivo, da afirmação de que não existe diferença apriorística de valor entre prova direta e prova indireta, a favor daquela e em detrimento desta.

E este procedimento, de busca da hipótese que melhor explica as evidências, se dá por formulação e teste de cada hipótese no caso concreto, com base no conhecimento de mundo do julgador, pois somente assim o valor da prova pode ser efetivamente analisado, não cabendo fazê-lo aprioristicamente em abstrato. Afirma-se ainda, então, que o valor de uma determinada prova somente pode ser estabelecido na análise concreta caso a caso, em razão da qualidade do argumento, ou seja, da inferência aplicável. E esta terceira afirmação, de que o valor da prova somente pode ser avaliado no caso concreto, também atua em reforço, circularmente, como terceiro motivo, da afirmação da inexistência de diferença apriorística de valor entre as duas espécies de prova.

Assim, aqui, em meio à explanação sobre o método de valoração da prova, diante da circularidade retroalimentadora do tema, aproveita-se então para reforçar que se elencam três motivos para se defender a inexistência de diferença de valor *a priori* entre prova direta e prova indireta e, portanto, a impertinência de hierarquizá-las em abstrato. Além do fato de que toda prova é composta por inúmeras inferências, agregam-se a percepção de que o que se valora é a hipótese e não a prova em si e a certeza de que somente se valora prova em concreto, através da IME, em que relações entre pessoas, objetos e contextos reais possam ser testadas.

Como surgem diversas hipóteses - inclusive a da parte contrária, que também deve ser abordada, testada e analisada se explica a evidência -, o procedimento de busca da melhor explicação para o conjunto de provas no processo não advém de uma avaliação estática mas sim dinâmica e cada hipótese deve ser testada diante das outras evidências. Em razão da importância da dialética e do contraditório que efetivamente se exercitam no processo punitivo, a melhor hipótese de que se dispõe é melhor apenas provisoriamente, já que sempre pode surgir uma nova prova e mudar a visão sobre a hipótese ou pode ser construída uma nova hipótese a partir dos fatos e das provas que estão disponíveis e vir a suscitar dúvida razoável antes inexistente (para antecipar uma expressão que será devidamente explorada quando da abordagem do tema do *standard* probatório, em **4.4.1.1.6.a**).

> *"Assim, a noção de que uma prova é forte quando demonstra fortemente uma hipótese está errada, porque a análise da hipótese toma em consideração toda a prova disponível ao sujeito. O vértice da análise das evidências conglobadamente é justamente a hipótese, porque é em função justamente dela que algo*

> *recebe sobre si o carimbo de "prova". Em todo o tempo, o que fazemos é pesar e comparar hipóteses que competem entre si, tomando em consideração o complexo conjunto de evidências que podem se relacionar com tais hipóteses. Mais ainda, a força de uma hipótese é sempre comparativa, pois toma em consideração a força de hipóteses concorrentes." Deltan Martinazzo Dallagnol, "A Visão Moderna da Prova Indício", in Daniel Resende Salgado e Ronaldo Pinheiro de Queiroz (Coordenadores) e outros, "A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade", pg. 99, Editora JusPodium, 2ª edição, 2015*

A valoração deve então ser estabelecida de forma estruturada e exaustiva, questionando se a hipótese em tela é a que melhor explica as evidências e, como o processo é dinâmico, envolvendo diversas hipóteses, deve se ainda verificar se o faz de forma significativamente melhor que as outras hipóteses aventadas, a fim de que dela se infira verdade, ainda que provisoriamente, ou se, ao contrário, há outra hipótese que traz melhor explicação. Trata-se de processo contínuo de busca da confiabilidade da decisão. Como sempre pode haver mais de uma possível explicação para um fato, na etapa de valoração probatória estabelece-se uma espécie de competição comparativa entre as hipóteses, pois não se pode aceitar uma determinada inferência calcada tão somente em uma explicação que apenas é possível; a inferência deve se dar com base na melhor dentre todas as explicações, ou seja, na hipótese detentora de maior poder explanatório.

Este jogo dinâmico de comparação das hipóteses leva a um caminho de dupla possibilidade, passo a passo, a cada par de hipóteses confrontadas: ou a hipótese em ponderação é corroborada pelas demais, como todas mutuamente se fortalecendo e ganhando valor ou, em caso de excludência, dá-se a refutação da hipótese que restou inviável e falseada.

E esta escolha deve seguir critérios de valoração, a fim de não parecer arbitrária. Afinal, todo método valorativo da prova trata-se de uma persuasão racional de parte do julgador, que, se de um lado, é livre para adotar e manifestar sua decisão, por outro lado, deve fazê-lo de forma motivada de acordo com os elementos disponíveis, a fim de se ter ao final a exposição de uma crença de verdade calcada em racionalidade. Se, por um lado, é certo que o processo indutivo não contempla a verdade absoluta, por outro lado, mais certo ainda é que em nada se confunde com um método irracional, sendo sua etapa final - a valoração - o coroamento de um tratamento todo racional da complexa questão das provas.

Importante ressaltar que a valoração, além de concretizar a construção racional da escolha da melhor hipótese, indispensavelmente tem de ser motivada. Mais que explicitar sua decisão, deve o julgador explicar, justificadamente, que caminhos seguiu seu raciocínio inferencial até chegar à conclusão acerca da hipótese, dentre tantas, que melhor explica as evidências, sendo racionalmente persuasivo de que sua escolha, embora jamais absoluta, foi a melhor. É a motivação que permite à parte irresignada e não convencida pela decisão compreendê-la e, caso deseje, interpor esfera recursal e propicia o controle público e social da atividade jurídica. Até porque como todo procedimento probatório funda-se em inferências racionais que elegem a hipótese mais provável e, conforme largamente já se admitiu, não autoriza ilusão com certeza irrefutável, sendo sempre possível uma parcela de erro, a externalização da motivação é indispensável para que possa haver revisão e promoção de justiça. A motivação explicita no processo a utilização de critérios racionais de parte do julgador na etapa final da valoração e na própria decisão, legitimando-a como uma verdade processual justificada, com que se afasta a arbitrariedade, no que se inclui a manifestação das razões que levaram a não ser contemplada a hipótese perdedora (sobretudo quando da defesa). Não cabe ao julgador apenas externalizar sua motivação para eleger a hipótese que considerou capaz de melhor explicar as evidências e tratar como se implicitamente estivesse deixando claro que desvalorou a hipótese perdedora e por quais motivos o fez; é necessário motivar também a não aceitação da hipótese não contemplada.

A valoração de uma hipótese nada mais é que definir sua força explanatória, mediante critérios que contemplam a coerência (as proposições apresentam vínculos consistentes com o conhecimento de mundo e sem contradições entre si), a consiliência (a explicação é mais abrangente, abarcando maior variedade de fatos distintos), a profundidade (as proposições são ricamente amparadas por maior número de razões), a simplicidade (as proposições são as mais simples e menos condicionadas à adoção de outras hipóteses auxiliares) e a testabilidade (as proposições são passíveis de teste), conforme defende a doutrina.

> *"Passamos, então, para a valoração da prova (ou melhor, da hipótese), que é idêntica no caso de prova direta ou indireta, segundo a doutrina moderna. Destacamos sete critérios e instrumentos teóricos e práticos que podem auxiliar no processo valorativo: 1) a força dos argumentos que constituem o vínculo entre as hipóteses e as evidências; 2) o conhecimento e demonstração das informações do background necessárias para alcançar conclusões a partir das provas; 3) a análise da relativa adequação da classe de referência; 4) a leitura da prova sob as lentes da inferência para a melhor explicação; 5) a participação das partes na seleção e teste das hipóteses mais plausíveis (contraditório); 6) a avaliação de cada hipótese diante do conjunto probatório (redes de relações explanatórias), ponderando-se aí a convergência, o azar, a falsidade, o contramotivo e as contraprovas; 7) a independência das diferentes evidências analisadas." Deltan Martinazzo Dallagnoll, "As Lógicas das Provas no Processo", pg. 275, Livraria do Advogado Editora, 1ª edição, 2018*

O encadeamento natural é que uma primeira prova coletada (como sinônimo de evidência) traz uma informação intrínseca a si mesma e, *a priori*, se concede a seu favor a hipótese de ser verdadeira. Não obstante, se posteriormente se obtém uma nova prova indicando uma hipótese oposta, este novo elemento não altera o conteúdo informativo do primeiro. A coleta do segundo elemento contendo informação em um determinado sentido não apaga a informação pré-existente no primeiro elemento em sentido oposto e muito menos elimina, sob foco objetivo, a existência deste elemento. O que ocorre é que a hipótese que escora a segunda prova é mais forte que a hipótese que escora a primeira. E, prosseguindo no raciocínio, se surge uma terceira prova que afasta a hipótese amparada por aquela segunda e repõe como verdadeira a primeira, novamente se afirma que este terceiro elemento não refez a informação que o primeiro elemento continha. Reitera-se que não se valora a prova mas sim a hipótese indicada E esta valoração somente pode ser feita em concreto porque a crítica de hipóteses, ou seja, o teste das hipóteses na busca daquela que melhor explica as evidências (as provas) somente pode ser operada à vista da realidade.

O que se quer dizer com isto é que, por exemplo, um testemunho regularmente coletado, como evidência, pode, à luz do conhecimento de mundo e mediante inferência, amparar uma hipótese. Não obstante, ao se juntar ao processo um laudo pericial e uma diligência, como outras evidências, estas novas provas podem, novamente à luz do conhecimento de mundo e mediante outras inferências mais fortes, amparar uma hipótese distinta daquela que o testemunho indicava. Pode-se fazer o procedimento de valoração no sentido de consagrar o entendimento indicado pelo laudo pericial e pela diligência, o que significa, a rigor, valorar não estas duas provas em si mas sim a hipótese que ambas, inferencialmente, amparam. Ou seja, esta hipótese valorada é a que melhor explica as evidências. E, em sentido opostamente complementar, não se deixou de valorar a prova testemunhal em si, mas sim a hipótese que ela amparava, que passa não mais ser a melhor explicação para as evidências. A rigor, o laudo pericial e a diligência, não obstante trazerem novas evidências, não têm o condão de afetar e de alterar intrinsecamente o testemunho, de causar mudança na higidez de sua coleta e no conjunto de informações coletadas. A mudança na valoração não é por razões intrínsecas à própria prova mas sim por motivos que lhe são extrínsecos. Assim, não é o testemunho que passa a ter valor minorado na ponderação dinâmica de todo o conjunto probatório, mas sim a hipótese que nele se amparava.

Importa ainda mencionar a questão da suficiência explanatória obtida pela hipótese que melhor explica as evidências após a aplicação dos critérios de valoração, pois não basta apenas eleger uma hipótese plausível e nem mesmo tão somente eleger a melhor hipótese, sendo ainda necessário avaliar se esta hipótese possui força suficiente para ser aceita. Antecipando um debate se porá adiante, esta discussão introduz a ideia de parâmetros de suficiência explanatória, que estabelece modelos de constatação, denominados *standards* probatórios, que variam conforme a instância de Direito. A explicação eleita como a melhor após todo procedimento da IME, concluído com a sua valoração, deve atender ao critério de suficiência explanatória associado à norma processual cabível ao caso concreto (penal, disciplinar ou civil, por exemplo). Mas é de se atentar que nem sempre isto ocorre, de forma que o método explanacionista, ainda que seguramente mais adequado que o método probabilista, não está totalmente à margem de crítica. A avaliação de atendimento do critério de suficiência explanatória deve ser o teste final no procedimento inferencial de escolha da melhor hipótese e, novamente, aqui deve se submeter a hipótese a uma avaliação do seu próprio valor intrínseco e também a uma avaliação comparativa de quanto ela atende ao critério de forma muito melhor que as demais hipóteses concorrentes. E no caso em que a submissão das hipóteses plausíveis ao modelo de constatação do respectivo *standard* probatório demonstrar que todas restam insuficientes, a fim de não deixar o processo inconcluso, pode ser que a decisão tenha de se basear nas regras distribuidoras de ônus probante (parcelas de ônus que incumbem a cada parte), decidindo-se contrariamente à parte que não se desincumbiu de seu ônus de prova.

Por fim, não obstante a metodização acima proposta, obviamente, no campo da subjetividade inexata do Direito, pode ocorrer de determinada valoração realizada pelo agente competente se revelar equivocada. A contestação da valoração adotada, a cargo da parte que se opõe, para ser bem sucedida, deve centrar esforços em demonstrar que a relação entre premissas e conclusão não está correta ou que a hipótese contemplada não explica as evidências ou que o conhecimento de mundo ou as premissas conduzem à conclusão diversa ou que o *standard* de prova adotado está inadequado.

4.4.1.1.6 - Standards de Prova e Ônus Probatório

4.4.1.1.6.a - Os Diferentes *Standards* de Prova das Instâncias Judiciais

Os *standards* de prova (ou *standards of proof*), também chamados de modelos de constatação ou de módulos de convicção, são os níveis de prova necessários para a formação de convicção em determinados momentos que exijam decisão do julgador, seja cautelar, seja definitiva, nas diferentes instâncias jurídicas. Os *standards* probatórios condensam os critérios de suficiência explanatória das provas necessários para que sejam atendidos os graus de convencimento respectivamente exigidos de parte do julgador, em diferentes níveis, de acordo com o momento e com a instância processuais. De forma mais completa, equivalem à qualidade e à força necessárias de um conjunto probante contido em um procedimento ou em um processo que ampare a autoridade a emanar alguma decisão cabível em sua competência na respectiva instância jurídica com um patamar desejado de segurança, ou seja, com uma esperada probabilidade de certeza.

Pode-se ter, por exemplo, em uma mesma instância, um determinado *standard* de prova para que um julgador emane uma decisão cautelar contrária à defesa e outro *standard* de prova mais exigente para que emita o julgamento condenatório, bem como é provável que os níveis de prova exigidos para decisões cautelar e condenatória em uma instância sejam diferentes daqueles exigidos em outra instância que tutela distintos bens jurídicos.

Uma vez que há instâncias jurídicas punitivas e não punitivas, seus respectivos *standards* probatórios diferem, sendo intuitivo perceber que o processo penal e até mesmo o processo disciplinar exigem níveis necessários de prova condenatória mais rigorosos que o processo civil *lato sensu*, na sua acepção mais comum das disputas cíveis que frequentemente lidam com questões meramente patrimoniais. Embora o processo civil também possua seu próprio *standard* de prova, obviamente a preocupação maior das fontes legal e jurisprudencial e da doutrina repousa no estabelecimento do nível de prova necessário para a formação de convicção condenatória nas instâncias públicas punitivas.

Se não há uma relação entre a classificação das provas em razão de seu objeto - se diretas ou se indiretas - e a sua valoração ao final da inferência para melhor escolha (IME) e se há uma clara proporcionalidade entre o valor exigido para a prova condenatória e o *standard* probatório de cada instância de maior gravosidade, é intuitivo inferir que o modelo de constatação de qualquer instância processual pode ser suprido indistintamente por provas diretas ou por provas indiretas. Em outras palavras, o emprego de provas diretas ou de provas indiretas não se confunde com o *standard* probatório estabelecido.

Não há dúvida de que dois valores extremamente caros e de certa forma conflitantes para qualquer instância de Direito devem ser ponderados no estabelecimento do adequado *standard* de prova. É necessário buscar o ponto ótimo de equilíbrio entre a imprescindível garantia de liberdade de potenciais inocentes e a também indispensável necessidade social de se combater a impunidade e de se efetivar a proteção dos bens jurídicos que a instância tutela.

A complexidade do tema aumenta quando se lembra que, sempre que se cogita de prova, em verdade, está se tratando de argumentos indutivos em sentido amplo e de conhecimento de mundo. A experiência de vida, bem como regras jurídico-normativas ou regras de natureza conceitual, inevitavelmente compõem parte do raciocínio probatório. E isto leva a afirmar que a conclusão da prova necessária para atender o *standard* probatório sempre embute uma questão de probabilidade, o que consequentemente, acarreta um certo grau inexorável de incerteza na decisão (advirta-se que o termo “probabilidade” aqui não assume o significado estatístico referente a um conjunto de situações mas sim se refere ao grau de confirmação de uma hipótese diante das inferências e das evidências). A certeza suficiente para um julgamento, seja em que instância for, jamais atinge o ideal de eliminar qualquer mínimo resquício de dúvida.

Desta complexidade se perfaz o dilema do agente julgador, que consiste no fato de que, por um lado, quanto mais baixo o *standard* de prova que esta autoridade estabelecer, mais culpados serão condenados, mas, em compensação, também mais inocentes serão condenados. Por outro lado, quanto mais alto o *standard* de prova exigido, mais inocentes serão absolvidos, mas, em compensação, também mais culpados serão absolvidos. Portanto, a inevitável possibilidade do erro é intrínseca ao sistema de justiça - no sentido amplo, em qualquer instância, inclusive disciplinar -, elaborado e efetivado pelo homem. É de se reconhecer que, por mais indesejado e intolerável que seja, o erro de julgamento - assim como, *lato sensu*, a possibilidade de erro em qualquer atividade - é indissociável da condição humana, devendo sim ser objeto de estudo, atenção e estratégias para que seja evitado ao máximo, mas não cabendo ser negado. Subjacente à questão de se definir o *standard* probatório de uma instância vem o citado dilema do julgador, que é a distribuição do erro. Em outras palavras, o *standard* de prova trata da distribuição do risco de se ter um julgamento equivocado, buscando impor balizamentos probatórios que visem a diminuir este risco, sem, no entanto, jamais eliminá-lo, pois, ainda que a prova supere o critério de suficiência explanatória, não há juízo de certeza. É impossível negar, pelo prisma científico e lógico, que o sistema de provas pode ser afetado pela falibilidade humana e pode conduzir a decisões com erros.

Daí, o mesmo interesse público que leva a enquadrar determinada conduta também

impõe a necessidade de se adotar um *standard* de provas inferior a 100% em uma escala de probabilidade de segurança jurídica exigida para se decidir em qualquer instância. Com apoio em construções das fontes (nacionais e estrangeiras) jurisprudenciais e doutrinárias, sabe-se que 100% de certeza probatória é inatingível na lógica indutiva permeada pelo conhecimento de mundo. Afinal, inexiste no Direito, ciência naturalmente inexata, "*standard* de certeza", inclusive para condenação penal. A adoção de um irreal e inatingível *standard* de prova no extremo de 100% acarretaria a total impossibilidade de qualquer condenação e, em outras palavras, teria como consequência a necessária absolvição de qualquer acusado (independente de ser efetivamente inocente ou mesmo culpado).

A doutrina tradicional, ao abordar o tema de *standard* probatório - destacadamente no processo penal, onde este conceito assume obviamente maior relevância e sensibilidade -, costuma associar a suficiência explanatória da prova a termos como "verdade" e "certeza", em geral acompanhados de diversas adjetivações, tais como, em lista não exaustiva, "material", "processual", "jurídica" e "relativa". Diante da natureza fortemente excludente e não fracionável da ideia de verdade (ou se tem a verdade ou não se tem) e da compreensão de que a lógica indutiva jamais propicia a absoluta certeza sem nenhuma parcela de infalibilidade, qualquer destas adjetivações figura como eufemismo à constatação de que, epistemologicamente, o máximo que se obtém é uma alta probabilidade de a hipótese escolhida ter ocorrido. Tanto em termos de conteúdo da idealizada e inviável verdade material quanto em termos formais da verdade processual (ou jurídica) factível de ser buscada bem como da certeza infalível mitigada para alta probabilidade, associar a ideia de *standard* probatório ao inatingível patamar conceitual de verdade e de certeza não se mostra pertinente. A rigor, dúvidas sempre existirão; o que não se aceita é que se condene ainda que as hipóteses de defesa suscitem dúvidas razoáveis ou que estas sejam razoavelmente prováveis.

Necessário reiterar que toda busca pela verdade se dá mediante determinado recorte da realidade, limitando o escopo ao que dela se tem como relevante à vista do fato específico que se quer provar, uma vez que é impossível conhecer, explicar e esclarecer todo universo dos fatos do mundo concreto. Para além disto, outros limites também atuam na percepção da impossibilidade da busca da verdade sob o ideal epistemológico. Primeiramente, reconheça-se que o processo, como ferramenta indissociavelmente instrumental e não sobrevivente por si mesmo, visa a precipuamente solucionar um conflito jurídico posto e, para tal, pode mesmo ser obrigado a abrir mão da exaustividade da busca da verdade dita material, em razão de sua obrigação de ter de chegar à dicção do direito em tempo razoável, em que a exigência não superável de ter de dirimir o conflito leva ao momento em que se obriga ter decisão definitiva. Também atuam no mesmo sentido as limitações garantistas de se restringir o conhecimento fático às provas lícitas (já que, mesmo que uma prova ilícita descortine toda a verdade, é dita inadmissível), e de se obrigar a decidir favoravelmente à defesa, à luz do primado da presunção de inocência (ainda que não se a tenha cabalmente comprovada), na sua terceira vertente, como norma de julgamento, do *in dubio pro reo*. Por fim, ao lidar com fatos pretéritos e irrepetíveis, o processo não conta com a repetição mas sim, no máximo, com a reconstrução que se busca ser o mais próximo possível dos fatos. Com isto, não se tem nos autos os fatos, mas sim enunciados, alegações e teses que as partes apresentam sobre os fatos, em cima dos quais o julgador fará seu técnico trabalho de inferência racional. Enfim, em lugar da inatingível verdade material, o julgador deve se satisfazer com a verdade processual, ou, em outras palavras, com a verdade que se revelou processualmente suficiente para amparar o fim da dicção do Direito, também chamada de verdade jurídica. Relembre-se que, ainda que se tenha a seleção da melhor hipótese que explica as evidências, ao final da elaborada etapa de valoração, que fornece justificação à decisão a ser tomada, jamais se pode afirmar certeza absoluta.

Não havendo certeza absoluta, os *standards* probatórios se prestam a indicar estágios intermediários de segurança jurídica obtida que permitam decisão a favor da parte detentora

do ônus de prova, por considerá-lo suprido, e que, abaixo dos quais, obrigam decisão a favor da parte contrária. Visto por outro ângulo, os modelos de constatação auxiliam na racionalização da incerteza, em razão do inexorável risco de a decisão ser tomada com erro, ao estabelecerem condições de aceitação da hipótese considerada provável com suficiente amparo nas evidências.

Os diferentes *standards* probatórios refletem o menor e o maior grau de probabilidade de segurança jurídica exigido para se decidir em diferentes estágios (se decisão cautelar ou se decisão condenatória), em razão das específicas tutelas caso a caso, em cada instância. Sendo assim, já que há *standards* probatórios menos e mais exigentes, torna-se didático representar figurativamente a escala acima mencionada, em um eixo verticalizado e ordenado, com valores percentuais relativamente crescentes daquele grau de probabilidade, dentre os pontos extremos e limítrofes meramente referenciais de 0% a 100% desta probabilidade.

Na ausência de estrita definição legal para os graus de probabilidades de segurança jurídica exigidos a cada instância, a construção desta escala percentual ascendente se vale das manifestações extraídas das citadas fontes jurisprudencial, sobretudo, e também doutrinária. Sendo construções advindas especialmente da tradição do *Commom Law* (de origem anglo-saxônica, fortemente baseada na construção dos tribunais, sem a codificação positivada em leis que caracteriza o *Civil Law*, de origem romano-germânica e adotada no Direito pátrio, em que a lei é a principal fonte) e não positivadas em lei, comportam alguma parcela de subjetividade e de imprecisão e suscitam discussões acerca de possível flexibilização em determinados casos ou de possível maior seletividade em outros. Não se trata, portanto, de definições fechadas, determinísticas e inquestionáveis e imunes a discussões. Os graus de probabilidade que se utilizam para indicar os *standards* probatórios de diferentes instâncias ou momentos processuais refletem convenções extraídas de entendimentos majoritários.

De forma geral, os critérios a serem contemplados no estabelecimento dos *standards* probatórios devem refletir a gravidade da repercussão da aplicação da respectiva instância jurídica e a relevância dos bens jurídicos tutelados na instância de Direito material envolvida, não só da vítima personificada da conduta mas também de toda sociedade, e no momento processual *in casu*.

O fato é que, mesmo não se dispondo de estrita definição legal, faz-se necessário estudar o tema a fim de conseguir apontar o nível abaixo do qual se reconhece que não há segurança suficiente e se declara a absolvição ou, em outras palavras opostas, é de se buscar, nas fontes, qual o nível de probabilidade aceitável para que se tenha a condenação.

Iniciando-se pelos menores graus da escala, a baixa faixa de probabilidade, inferior a 50%, abarca desde o estágio de incipiência até o estágio suficiente para justificar apenas medidas cautelares.

Nesta parte da metade mais baixa do eixo vertical, aceita-se que o escalonamento pode ter como menor grau merecedor de menção quando se tem apenas uma mera suspeita acerca de um fato, insuficiente até mesmo para deflagrar um procedimento investigativo, à vista do grau de exigência necessário para que o Estado já se sinta provocado em seu poder-dever investigador. Um exemplo deste patamar incipiente se verifica quando um trabalho de prospecção correcional detecta meras inconsistências, que, por sua vez, podem redundar na deflagração de auditoria correcional, com o fim de se identificar indícios de irregularidade.

No degrau seguinte, superior ao primeiro, mas ainda abaixo de 50% de probabilidade, chega-se ao *standard* probatório de indício de prova. Um exemplo deste patamar ainda baixo se verifica na análise inicial que deve ser feita de qualquer notícia que chega ao conhecimento do sistema correcional, seja denúncia, seja representação (em que se inclui o caso específico do relatório de auditoria correcional deflagrada após a prospecção ter detectado meras inconsistências) que trazem indícios de prova justificadores da providência de instaurar

procedimento investigativo. É de se reconhecer que não há definição legal de qual *standard* probatório o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), exige, nos diversos dispositivos em que se refere ao indício de prova, bem como qualquer outra lei. Assim, pode-se aceitar que indício de prova comporta uma espécie de nível móvel de prova, variando desde o patamar em que se detecta perigo de demora no agir da Administração até o patamar suficiente para permitir medidas cautelares de constrição de direitos, que podem ser compreendidos na tradicional expressão de fumaça de bom direito (*fumus bonis juris*) comumente adotada na tradição jurídica brasileira a fim de amparar decisões de juízo perfunctório e provisório, em que se enquadra a decisão de deflagrar procedimento investigativo (ao fim do qual se buscarão elementos informativos de ilicitude). O *standard* probatório para indício de prova deve ser aquilatado na escala de probabilidades em função destes dois níveis.

Os estágios condenatórios se iniciam com a superação da fase de admissibilidade de resultado positivo, ou seja, tendo sido transformados os indícios de prova deflagradores de procedimento investigativo em elementos informativos justificadores da instauração do processo punitivo e agora carecedores da submissão ao contraditório para valerem como prova em que se sustente a decisão de mérito que envolve a lide regida pelo Direito material (civil, penal ou disciplinar, por exemplo). Estes estágios condenatórios abarcam a faixa mais alta de probabilidade, iniciada a partir de 50% na escala, em patamares que refletem diferentes graus de certeza à medida que se avança no poder punitivo de cada instância.

Esta parte da metade mais alta do eixo vertical inicia-se justamente na probabilidade imediatamente acima de 50%, equivalente ao *standard* de prova para que se tenha decisão em processo civil *lato sensu*, como nas disputas cíveis de natureza patrimonial, em que se admite como nível suficiente a preponderância de evidência (ou de prova) *(preponderance of the evidence*), também chamado de probabilidade prevalente, seja para dar razão ao autor, seja para condenar o réu. Não havendo forma expressa na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), que o defina, este *standard* probatório se satisfaz com a detecção de existência de uma preponderância de provas em favor da hipótese alegada por uma das partes, permitindo então considerar provada uma hipótese desde que seja mais provável que improvável, isto é, que seja mais provável que todas as demais e em especial que a hipótese que a nega, o que, em outras palavras, indica ser igualmente tão indesejada a injusta condenação civil de um inocente quanto a injusta absolvição de um culpado. Reforça esta compreensão a lembrança de que o processo civil, diferentemente do processo penal, não conta com a garantia fundamental individual da presunção de inocência, estampada no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal (CF). Em outras palavras, o *standard* probatório do processo civil não precisa superar a presunção de inocência de que goza o réu no processo penal. Uma outra forma de aquilatar este modelo de constatação é considerar que sua satisfação depende de as partes gerarem no julgador um convencimento de mera verossimilhança, como o menor grau de convicção a se aceitar como justificador de uma condenação. Obviamente, esta indicação qualitativa de algo a partir de 51% é meramente referencial, pois, dependendo da tutela encartada em cada processo civil (e há uma imensa gama de direitos de diferentes graus de relevância individual e social que podem ser objeto de controvérsia), pode-se exigir uma intensidade probatória mais elevada.

No patamar acima, vem o *standard* de prova para fim de condenação civil por ato que também possa acarretar repercussão penal ou que trate de bem jurídico de elevada envergadura, acima das lides meramente patrimoniais e que exige a existência de evidência (ou prova) clara e convincente (*clear and convincing*) contra o acusado. Como mero exercício figurativo de retórica, apenas como indicação superficial e apenas referencial, se poderia estimar um grau de certeza de no mínimo 75%. Pode-se citar como exemplos relevantes questões de direito de personalidade, de capacidade civil, de nacionalidade, de direitos políticos, de paternidade e de destituição de pátrio poder e sobretudo, considerado como

emblemático, o processo civil de improbidade administrativa. Aqui, diante da maior gravosidade da lide, mais que se contentar com mera preponderância de prova a favor de uma das partes, a condenação requer um patamar de convencimento mais forte, em que o erro da condenação do inocente não se equipara ao erro da absolvição do culpado, como o *standard* probatório das questões civis patrimoniais admite. Uma outra forma de aquilatar este modelo de constatação é considerar que sua satisfação depende de as partes gerarem no julgador um convencimento fidedigno, como um grau intermediário de convicção justificador de uma condenação.

Por fim, como não poderia ser diferente, o mais alto grau de *standard* de prova se associa, obviamente, ao processo penal, pois, em razão dos bens jurídicos tutelados, aceita-se que a condenação criminal requer que haja no processo evidência (ou prova) além de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt* - Bard) contra o réu, para todos os elementos necessários do tipo. Diante da possibilidade de pena de restrição de liberdade, busca-se um alto padrão de exigência probatória, a fim de diminuir o risco de condenação de um inocente. Não obstante, relembre-se que nem mesmo o *standard* de prova exigido para a condenação penal - o mais severo de todos - exige 100% da escala de probabilidade, já que não existe juízo de certeza, devendo figurar abaixo deste limite inatingível. Novamente seguindo a linha meramente referencial, já que se iniciou esta exposição dos principais *standards* probatórios condenatórios indicando o grau de certeza de apenas 51% para as lides civis patrimoniais, apenas para completar sem lacuna esta inferência simplesmente figurativa, pode-se indicar aqui um patamar de suficiência de no mínimo 95%. Ainda que se reconheça que verdade e certeza absolutas são inalcançáveis, este padrão, ao considerar a dúvida razoável, contempla a segurança significativa para condenar. Uma outra forma de aquilatar este modelo de constatação é considerar que sua satisfação depende de as partes gerarem no julgador um convencimento pleno ou absoluto, como o maior grau de convicção a se exigir como justificador de uma condenação.

Apenas a título de referência, informe-se que este *standard* de prova é aceito em relevantes Cortes internacionais, dentre as quais se destaca o Tribunal Penal Internacional, conforme o item 3 do art. 66 do seu Estatuto de Roma, promulgado internamente pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Ademais, no Direito pátrio, embora não expresso de forma literal, esse modelo de constatação é compatível com o CPP, em que o inciso VI e VII do art. 386 determinam a absolvição, respectivamente, diante de fundada dúvida sobre circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena ou diante de inexistência de prova suficiente para condenação. Se é certo que não se pode dizer que o *standard* probatório possui definição expressa na lei processual penal, igualmente também não é errado observar que o CPP consagra o comando de que o grau de suficiência probatória, uma vez estabelecido nas demais fontes, deve ser acatado. E a jurisprudência também faz refletir este comando.

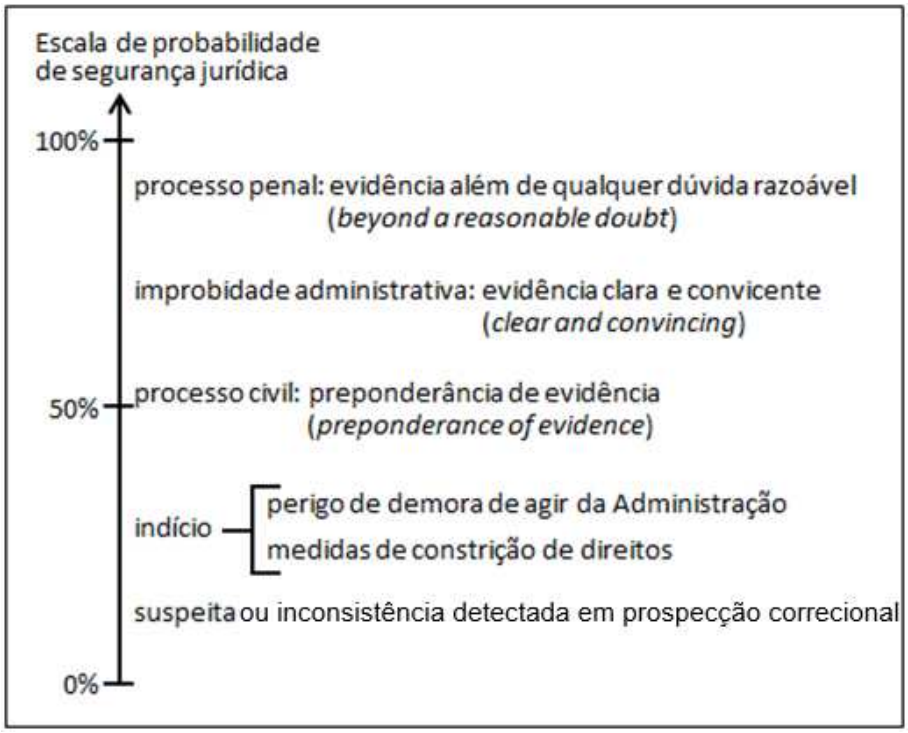
> *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional - Promulgada pelo Decreto nº 4.388, de 2002 - Art. 66.*
> *Presunção de Inocência*
> *1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável.*
> *3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.*
>
> *CPP - Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:*
> *VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, 9 de junho de 2008)*
> *VII - não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº*

11.690, de 2008)

STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Joaquim Barbosa, Ação Penal nº 470/MG, DJe 22/04/2012, Voto do Ministro Luiz Fux: "O critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada para 'além da dúvida razoável' não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório. Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação. Lembremos que a presunção de não culpabilidade não transforma o critério da 'dúvida razoável' em 'certeza absoluta'."

STF, Plenário, Ministro Relator Joaquim Barbosa, Ação Penal nº 470/MG, DJe 22/04/12, Voto da Ministra Rosa Weber: "Certamente, o conjunto probatório, quer formado por provas diretas ou indiretas, ou quer exclusivamente por provas diretas ou exclusivamente por provas indiretas, deve ser robusto o suficiente para alcançar o standard de prova próprio do processo penal, de que a responsabilidade criminal deve ser aprovada, na feliz fórmula anglo-saxã, acima de qualquer dúvida razoável.
Nesse cenário, caberá ao magistrado criminal confrontar as versões de acusação e defesa e com o contexto probatório, verificando se são verossímeis as alegações de parte a parte diante do cotejo com a prova colhida. Ao Ministério Público caberá avançar nas provas ao ponto ótimo em que o conjunto probatório seja suficiente para levar a Corte a uma conclusão intensa o bastante para que não haja dúvida, ou que essa seja reduzida um patamar baixo no qual a versão defensiva seja 'irrazoável', inacreditável inverossímel."

A gravura abaixo visa a sintetizar e ilustrar escala ascendente de graus de probabilidades de segurança jurídica exigidos a cada instância, expressos percentuais.



À vista do exposto, a melhor formulação para *standard* de prova advém da instância processual penal, que é da exigência da prova (ou evidência) para além de qualquer dúvida razoável e que historicamente se vincula ao desenvolvimento da a garantia fundamental individual da presunção de inocência, segunda a qual o ônus da prova da culpa cabe à acusação e não ao réu ter de comprovar sua inocência. Relembre-se o já exposto em **3.3.1.4**,

que a presunção de inocência, prevista no inciso LVII do art. 5º da CF, supera o primado do *in dubio pro reo* e serviu de base histórica alimentadora para que a jurisprudência dos países de tradição da *Commom Law* elaborasse o *standard* probatório da condenação penal. A presunção de inocência é indissociadamente vinculada à questão da suficiência probatória, uma vez que a decisão em processo penal contrária ao réu exige a existência de evidências acima de qualquer dúvida razoável. Ou seja, para que aquela garantia fundamental individual seja derrotada e afastada, é indispensável a superação deste *standard* probatório por parte do polo acusatório; não havendo tal suficiência probatória e restando dúvida razoável, opera-se a terceira vertente do princípio constitucional, qual seja, do *in dubio pro reo* a ser concedido pelo julgador.

> *CF - Art. 5º*
> *LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;*

Não se deve confundir estas definições jurisprudenciais e doutrinárias dos *standards* de prova com qualquer tipo de resgate da medieval tarifação de provas, embora não se deixe de reconhecer que os modelos de constatação operam uma certa pré-definição dos pontos de ônus probante. A rotulagem acima apresentada dos *standards* de provas não deve ser vista como um engessamento artificialmente simplista de uma realidade que se perfaz de uma imensa gama de diferenciações e de individualizações caso a caso, a exemplo de complexidade probatória, gravidade das sanções previstas e diferença de impacto de uma decisão errada para uma parte e para a outra. Há, caso a caso, uma margem de maleabilidade na forma como se vislumbra que o resultado do processo, enfim, satisfaz aos comandos e princípios do Direito material que rege a questão. Em outras palavras, o *standard* de prova pode ter de sofrer o sacrifício de pontual e liminarmente se adequar às peculiaridades de cada caso concreto.

4.4.1.1.6.b - Ônus Probante e Suas Regras de Distribuição Associadas ao *Standard* de Prova

Standard de prova e ônus probante são expressões relacionadas, pois a decisão comporta as avaliações acerca do atendimento ou não da suficiência probatória da instância em tela e da identificação da parte que sucumbirá caso o modelo de constatação exigido não tenha sido atingido. Pode-se afirmar que a questão do ônus probatório insere-se no respectivo *standard* de prova do caso sob análise. Tendo-se atingido o grau de suficiência probatória e suprido o ônus probante, dispensa-se a aplicação da regra de ônus da prova; não atingido aquele grau e não suprido aquele ônus, a decisão se dá à luz daquela regra.

A avaliação se a hipótese alegada por uma parte é mais provável que a hipótese defendida pela parte contrária não se cinge apenas à definição do *standard* probatório, pois atrai simultaneamente a discussão acerca do ônus da prova, ou seja, da identificação de qual das partes sucumbirá caso não se atenda ao critério mínimo da suficiência explanatória probatória. O *standard* probatório indica o nível de prova necessário para a formação de convicção de parte do julgador de que determinada hipótese está comprovada e o ônus da prova estabelece a parte que terá de arcar com a consequência jurídica negativa caso aquele modelo de constatação não seja suprido em decorrência de insuficiência de prova, conforme positivam a parte inicial do *caput* do art. 156 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e o *caput* e seus incisos I e II do art. 373 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

> *CPP - Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:*
>
> *CPC - Art. 373. O ônus da prova incumbe:*
> *I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;*

> *II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*

Em harmonia com o já comentado princípio da busca da verdade processual (abstraindo-se do tradicionalismo com que o autor, em qualquer instância, deveria se obrigar a, unilateralmente, exaurir a verdade material absoluta), ambas as leis processuais indicam o caráter distributivo do ônus probante. Incumbe à parte que apresenta uma pretensão baseada em determinada alegação fática comprovar este fato, como é o caso da acusação, no que diz respeito à materialidade, à autoria, à culpabilidade e ao ânimo subjetivo culposo ou doloso do autor, a fim de gerar a maior probabilidade possível de juízo de certeza no julgador; mas, não obstante, o ônus é distribuído à parte oposta no que tange ao aproveitamento de suas próprias alegações, a exemplo de álibis ou excludentes de ilicitude, de culpabilidade e de punibilidade alegados pela defesa, a fim de ao menos gerar dúvida razoável no julgador.

Exposto de outra forma, sendo a conduta infracional constituída dos seus componentes analíticos (descrição objetiva e ânimo subjetivo, antijuridicidade e culpabilidade), o que significa que, uma vez comprovada nos autos, sob ônus probante da acusação, a ação ou a omissão típica cometida pelo agente (por querer o resultado delituoso ou por assumir o risco de produzi-lo ou ainda por dar-lhe causa involuntária) e não tendo a defesa suprido a parcela de ônus que lhe é distribuída com a prova da presença de alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade ou de punibilidade, resta caracterizado o ilícito. Em síntese, à parte autora, compete provar a ocorrência da conduta infracional no mundo concreto e a sua subsunção à hipótese legal que define a infração; à defesa compete provar alguma daquelas causas de justificação a seu favor, conforme também entende a doutrina.

> *“Por evidente não é dado exigir da Administração Pública o dom da clarividência, nem o da adivinhação, o que não entra em testilhas como o princípio constitucional da presunção de inocência (de que gozam os processados em geral). É dizer: basta a comprovação da conduta e da tipicidade (substancial: objetiva e subjetiva - se for o caso) para que se anteveja (in potentia) o dever de impor a sanção, porque as causas de justificação importam, ordinariamente, em ônus do sindicado, processado ou do acusado.” Daniel Ferreira, “Teoria Geral da Infração Administrativa”, pgs. 294 a 295, Editora Fórum, 1ª edição, 2009*

> *“A acusação deve comprovar que o agente poderia, com um mínimo de diligência, conhecer a figura típica, além de comprovar os fatos. Eis o ônus probatório do acusador. Não necessita provar que o agente efetivamente conhecia a ilegalidade de sua conduta. Basta o potencial conhecimento. (...) A prova dos fatos incumbe ao acusador, mas o erro de tipo e de proibição incumbe à defesa provar, na medida em que a Administração - e, no caso de improbidade, o autor da ação não tem que provar que o agente atuou sem erro. Diga-se que somente o erro inevitável, invencível, há de ser eficaz no Direito Administrativo Sancionador, sendo que o grau de exigência – para o reconhecimento desta modalidade exculpatória – é tanto maior quanto o sejam as qualidades profissionais do agente, o qual passa a ter um dever de conhecimento de determinadas circunstâncias normativas, dentro do seu nível de responsabilidades, o que não inviabiliza as excludentes cabíveis.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pgs. 392 e 393, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2015*

Neste aspecto, não importa o polo ocupado pelo agente processual (acusação ou defesa) no que tange a seus ônus probantes, pois incumbe a cada parte, inclusive ao polo passivo, provar as questões fáticas que alega e que quer aproveitar a seu favor. É de se compreender que, quando uma parte apenas apresenta uma alegação no curso do processo e não se desincumbe do ônus de comprová-la, este argumento pode e deve ser tratado como uma mera alegação vazia ou negativa genérica e sem procedência a que não se concede

acatamento ou deferimento. Esta ideia de distribuição do ônus da prova reside no CPC desde seu art. 7º, situado entre seus comandos mais fundamentais, que reflete a paridade de tratamento acerca de diversos institutos relacionados com encargos processuais, dentre os quais o ônus probatório.

> *CPC - Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.*

E esta divisão do ônus probante também se opera, igualmente, na instância processual administrativa, conforme prevê o art. 36 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, na mesma linha acima já exposta nos processos penal e civil. Em consequência, também no processo disciplinar, incumbe à cada parte, ou seja, à comissão processante e ao acusado, o ônus da prova de suas próprias alegações.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.*

Em consequência, o ônus da prova no processo disciplinar é dividido: a prova não é obrigação exclusiva da Administração, que não tem de provar o que a defesa simplesmente alega. Reitera-se, também para o processo disciplinar, que o conceito de distribuição de ônus probante reforça o princípio da busca da verdade processual, pois, se não fosse a sua compreensão, caberia à Administração buscar exaustivamente a verdade material, mesmo quando a defesa apresentasse alegações sem provas e não se desincumbisse de seu ônus de provar. E, para além disto, na peculiar visão interrelacionada com que princípios podem se reforçar mutuamente em determinada hipótese, a divisão do ônus probante também se harmoniza com a necessária obediência ao princípio da boa-fé, consagrado no art. 5º do CPC, que obriga inclusive e sobretudo a defesa a atuar com espírito colaborativo e com lealdade processual, para que se obtenha a máxima probabilidade possível da verdade.

> *CPC - Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.*

Até aqui, o que se descreveu, como a regra geral do tema, recebe a denominação doutrinária de distribuição estática do ônus da prova, com a lei previamente associando-o a quem alega. Convém esclarecer que, em sentido contrário, *a priori*, não se vislumbra aplicabilidade no processo disciplinar do conceito mais avançado de distribuição dinâmica do ônus da prova, estabelecido no § 1º do art. 373 do CPC (não por acaso nesta instância processual que, *lato sensu*, trata de questões meramente patrimoniais, diferentemente do Direito público punitivo), segundo o qual o juiz poderia, mediante peculiaridades do caso concreto (o que subentende uma decisão *a posteriori*, depois de ter conhecimento do processo), tais como impossibilidade ou dificuldade de comprovação por parte de a quem incumbia originalmente o ônus probante, atribuí-lo à parte adversa, revertendo aquela postura apriorística de distribuição estática feita pela lei. Na instância processual civil, a distribuição dinâmica do ônus da prova seria adequada, por exemplo, diante de discussão acerca de fato negativo indeterminado, que exigiria uma prova impossível ou de extrema dificuldade para se obter, que a doutrina denomina de prova diabólica. Não cabe a comissão, no curso do processo disciplinar, inverter os ônus probantes acusatórios que lhe incumbem e repassá-los para a defesa, ainda que diante de casos em que o acusado poderia ter maior facilidade de produzir a prova necessária - até porque, em instância punitiva, esta inversão feriria a garantia constitucional de ninguém ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, assegurado no inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal (CF).

> *CF - Art. 5º*
> *LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer*

calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

A síntese bastante elucidadora do presente tema é que, enquanto a Administração busca gerar o máximo possível de juízo de certeza no julgador de que houve a ilicitude, para defesa basta gerar dúvida razoável, a fim de fazer operar, a seu favor, o princípio da presunção de inocência, sobretudo por meio de sua terceira vertente, do julgamento iluminado pelo primado do *in dubio pro reo*.

De uma forma geral, o autor de uma postulação, como uma pretensão (na forma de uma alegação) civil ou uma acusação penal ou disciplinar, visa a modificar o estado de direito da parte oposta e somente é contemplado com a decisão a seu favor caso se desincumba do ônus de provar os fatos que a norma abstrata do Direito material estabelece como de ocorrência necessária e suficiente para aquela repercussão prevista (os chamados fatos constitutivos do direito ou, permitindo-se estender o conceito para além da instância processual civil, do poder-dever de o autor agir). Os fatos constitutivos são aqueles que, uma vez provados pelo autor, geram a consequência jurídica da pretensão ou da acusação. Caso a parte autora não se desincumba deste ônus, o estado de direito da parte oposta não é atingido. E mesmo que a parte autora se desincumba de seu ônus, ainda pode a parte contrária, a fim de obstar a pretensão ou a acusação, provar a veracidade de fatos outros, que impeçam, modifiquem ou extinguam o direito ou o poder-dever alegado pelo autor para agir (os chamados fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daquele direito ou, novamente permitindo-se estender o conceito para além da instância processual civil, daquele poder-dever).

Cabe aqui um breve parêntese reiterador: na extensão acima permitida, no que tange especificamente à instância processual disciplinar, é de se lembrar que o poder-dever de a Administração processar seu servidor faltoso não se confunde exatamente com uma pretensão sua, no sentido de buscar uma decisão que lhe seja favorável. O que move a Administração é a impessoal e imparcial busca do esclarecimento fático, da qual pode resultar decisão favorável ou desfavorável ao servidor. Os princípios da oficialidade e da busca da verdade processual impõem que a comissão busque o esclarecimento fático, inclusive realizando atos de instrução probatória cujo resultado seja favorável ao acusado, mas o que não se confunde com o ônus de assumir a comprovação daquilo que alega a defesa.

A regra de ônus de prova, em geral, antecede a questão processual, pois advém da norma de regência do caso no Direito material. É na lei civil ou na lei penal ou na lei estatutária que se encontram as definições dos fatos constitutivos do direito de o autor agir por pretensão ou por acusação e dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos deste direito de ação. Nos casos mais específicos do Direito público punitivo, penal ou disciplinar, se o Estado toma a iniciativa, por meio do processo, de fazer valer seu poder-dever de punir o infrator com as penas previstas na norma jurídica de Direito material (lei penal ou lei estatutária), incumbe-lhe o ônus de provar a ocorrência dos fatos constitutivos da sua competência punitiva que a norma estabelece como necessários e suficientes para autorizar o agir estatal e a consequente aplicação da repercussão, restando sem condenação se tais fatos não forem provados.

Mas este ônus a cargo do Estado não deve ser excessivo a ponto de impedir a sua atuação punitiva, cabendo uma distribuição entre as partes. Não cabe à acusação a iniciativa de ofício de ter de contraprovar todas as teses excludentes de responsabilidade que a defesa possa alegar. Se a defesa vislumbra a interveniência de fatos que, segundo a norma jurídica de Direito material, impeçam, modifiquem ou extinguam o poder-dever punitivo estatal, incumbe-lhe o ônus de prová-los. Não é tão somente a posição da parte no processo que define a quem incumbe o ônus da prova. Em outras palavras, o esclarecimento da questão é complexo e não se limita à identificação simplista de quem ocupa o polo acusatório e de quem ocupa o polo defensivo, mas deve atentar para o regramento do Direito material de regência,

onde residem os critérios de qualificação se determinado fato atua na lide, de um lado, como constitutivo, ou, de outro lado, como impeditivo, modificativo ou extintivo para fim de distribuição de ônus probante, como é o caso dos álibis e excludentes.

Estas regras de ônus probatório tanto indicam à parte autora o que lhe incumbe provar a fim de ter a decisão que lhe favoreça quanto impõe ao julgador a decisão contrária ao autor caso este não se desincumba de seu ônus probatório, que, no caso, seria provar com suficiência o teor acusatório. Ademais, contemplam tanto o aspecto formal de, como regra de conduta, exigirem das partes que provem determinados fatos sob pena de serem considerados não provados, quanto o aspecto material de, como regra de juízo, exigirem do julgador a dicção do direito, impedindo o *non liquet* (ausência de julgamento), ainda que a instrução probatória se conclua de forma insuficiente acerca do que as partes deveriam ter provado. Abra-se aqui um parêntese acerca da regra de ônus probatório voltada ao julgador: assemelha-se a uma regra de presunção legal relativa, pois a ausência ou mesmo a insuficiência de prova condenatória contra o acusado, ainda que não signifique sua inocência, faz que esta seja presumida, embutindo inclusive uma possibilidade de erro na decisão. E sem jamais perder de vista a necessidade de a decisão ser motivada, inclusive com as razões que ponderaram a insuficiência do atingimento do *standard* probatório e o consequente emprego das regras de ônus da prova.

Se, de um lado, em qualquer espécie de processo inserido em contexto de Estado Democrático de Direito, vigora, como regra geral, a liberdade de ampla produção probatória, que, se bem exercitada pela parte, trazendo aos autos ou peticionando pela produção de provas relevantes, lhe confere maior possibilidade de sucesso na lide, de outro lado, esta prerrogativa se transmuta em ônus quando não suprida, pois faz aumentar o risco de uma decisão que lhe seja desfavorável. Anotou-se tratar-se de uma prerrogativa, pois é verdade que o ônus probante não recai sobre a parte como um dever de cumprimento obrigatório mas sim como uma faculdade que lhe é concedida, com a liberdade tanto de exercitar seu direito de produzir ou de requerer provas a seu favor a fim de contestar o que a parte contrária afirma em seu desfavor, na busca de consequência decisória processual positiva, quanto de abrir mão daqueles direitos e de assumir o risco da consequência negativa. O não exercício, pela parte, da faculdade que lhe foi concedida pela regra de ônus probatório pode gerar para este que se omitiu uma consequente situação de desvantagem.

Satisfazer o ônus probatório, no processo penal, por exemplo, significa, em síntese, demonstrar que a acusação possui provas que satisfaçam a exigência para além da dúvida razoável, ou seja, que não suscitem a alegação desta dúvida. Em outras palavras, equivale a demonstrar que a hipótese acusatória é a única que explica todo o conjunto de evidências ou, ao menos, é a que melhor o explica em comparação com as outras hipóteses, e também demonstrar que a hipótese de defesa é incompatível com as provas e com o conhecimento de mundo refletido nos autos. Não obstante, a presunção de inocência não transforma o critério da prova para além da dúvida razoável em critério da prova absoluta. O princípio do *in dubio pro reo* deve ser visto sob esta ótica: a dúvida, decerto, afasta a condenação, a favor da defesa; mas não qualquer dúvida e sim apenas a dúvida razoável.

Para se satisfazer o exigente *standard* de prova penal, é necessário comprovar cada elemento do crime com evidências que superem a dúvida razoável. Do contrário, não havendo prova condenatória para além da dúvida razoável, é de se operar a absolvição. A propósito desta dúvida razoável, é de se posicioná-la mais forte que mera dúvida inconsistente ou fantasiosa e também mais forte até que mera dúvida possível ou imaginária, que não justificam absolvição, e menos exigente que dúvida substancial ou grave incerteza, que, obviamente, também operam a absolvição. Obviamente, este *standard* probatório não impede a condenação diante de alegações da defesa pouco críveis e de mínima ou remota plausibilidade diante das provas. A dúvida dita como razoável e hábil a definir o nível de

convicção necessário no processo penal deve ser uma dúvida justa e honesta baseada na razão, no senso comum, na experiência de vida e no conhecimento de mundo.

Resgatando a procedimentalização já apresentada acerca da valoração da prova - que, a rigor, como dito, dedica-se a valorar a hipótese -, onde se afirmou a necessidade de se questionar se a hipótese em tela explica mesmo as evidências e se o faz de forma significativamente melhor que as outras hipóteses aventadas ou se, ao contrário, existe outra explicação melhor, deve-se também atentar para os respectivos *standards* de prova. Na linha doutrinária, o procedimento de valoração requer que se teste, no processo penal, se a hipótese condenatória explica a evidência além de qualquer dúvida razoável ou, se, ao contrário, a hipótese defensiva suscita este patamar de dúvida; no processo de improbidade administrativa, se a hipótese condenatória explica a evidência de forma clara e convincente; e, no processo civil *lato sensu* (das disputas cíveis), se a hipótese preponderante explica a evidência melhor que a hipótese da parte antagônica.

> *Por fim, uma última reflexão. Demonizar a prova indiciária, assim como endeusar a prova direta, reflete hoje falta de conhecimento ou senso crítico. As vantagens e desvantagens de ambas só podem ser aferidas, em regra, no caso concreto. O cerne da questão probatória não está no tipo de prova presente, mas no grau de convicção que gera. E, quanto ao grau de convicção, a confusão é talvez mais perniciosa do que aquela que reina na matéria indiciária. Exigir, para uma condenação, 'certeza', 'mais que probabilidades' ou 'ausência de dúvidas' reflete novamente a falta de criatividade, de conhecimento ou visão crítica. Toda a epistemologia e a Iógica modernas ensinam, em uníssono, que não temos como conhecer o mundo - e isso inclui fatos do passado - para além de uma grande probabilidade. Por isso, não há como exigir, para uma condenação, mais do que o standard norte-americano exige, que é uma convicção da culpa do réu para além de dúvida razoável. Deltan Martinazzo Dallagnol, "A Visão Moderna da Prova Indício", in Daniel Resende Salgado e Ronaldo Pinheiro de Queiroz (Coordenadores) e outros, "A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade", pg. 122, Editora JusPodium, 2ª edição, 2015*

Cabe aqui relembrar as regras da independência das instâncias. Não por acaso - mas sim refletindo o *standard* probatório mais exigente do processo penal -, tem-se que a condenação civil não necessariamente importa na responsabilização penal; a condenação penal importa também em responsabilização civil, quando cabível, pelo mesmo fato; e a absolvição penal que tenha reconhecido a inexistência do fato ou da autoria ou de excludente de ilicitude também repercute em absolvição civil, conforme o *caput* do art. 63 e o art. 65, ambos do CPP e o art. 935 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC), e como também reflete o art. 126 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

> *CPP - Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.*
> *Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.*
>
> *CC - Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.*
>
> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.*

4.4.1.1.6.c - A Questão do *Standard* de Prova do Processo Disciplinar

Após a apresentação da questão do *standard* probatório para as instâncias processuais civil em sentido amplo, civil em especial para improbidade administrativa e penal, é indispensável enfrentar o desafio de se esboçar uma abordagem de como este instituto pode ser compreendido na processualística disciplinar. É de se reconhecer que qualquer esforço aqui dedicado não passa de uma tentativa incipiente, porque o tema do módulo de convicção adequado ao processo disciplinar, além de jamais ter sido objeto de atenção de parte do legislador, tampouco foi discutido de forma aprofundada e sistematizada por outros atores competentes, a começar pelo Poder Judiciário e por fim até mesmo pela doutrina especializada. Se não se conta com expressa previsão legal codificada e nem sequer com vastas e pacíficas manifestações jurisprudenciais e doutrinárias acerca deste tema para aquelas instâncias judiciais mais tradicionais, menos ainda se pode cogitar de a instância disciplinar já ter sido objeto de dedicação daquelas fontes para estabelecer os balizamentos de seu próprio módulo de convicção.

Ora, na ausência de estudos específicos, é razoável iniciar a abordagem da questão tomando como referências iniciais os *standards* probatórios atribuídos à instância processual civil na especificidade da improbidade administrativa, da exigência da prova clara e convincente, e à instância processual penal, da exigência da prova além de qualquer dúvida razoável. Ainda que de forma empírica e incipiente, soa fortemente defensável concentrar o início do enfrentamento do tema limitando a discussão ao espectro situado entre estes dois módulos de convicção. Não é necessário esforço para, de antemão, descartar o *standard* probatório da instância processual civil *lato sensu*, da preponderância de evidência, aprioristicamente aqui afirmado como baixo demais para servir de parâmetro explanatório de uma processualística associada a uma instância de Direito público punitivo.

Uma vez firmado este balizamento inicial, vale de imediato traçar um paralelo com a instância processual penal e, consequentemente, atrair o Direito Penal, por ser aquela, sem sombra de dúvida, a processualística contemplada com maiores teores de atenção da fonte jurisprudencial e da doutrina acerca de *standard* probatório, visto a maior gravosidade embutida em suas decisões.

Como o Direito Penal é a instância do ordenamento jurídico submetida a critérios mais severos e à maior extensão de limitações para ter sua incidência justificada, como a esfera de Direito mais limitada por garantias dogmáticas em razão dos relevantíssimos bens jurídicos que mantém sob sua tutela, é cabível afirmar que seus parâmetros e requisitos até podem (mas não necessariamente devem) ser aplicados no Direito Administrativo Sancionador e em especial no processo e no regime disciplinares, com a transferência de seu instrumental.

Mas, não obstante, não se deve confundir as responsabilizações administrativa e penal. Não se pode perder de vista que, no âmbito da Administração Pública e no que tange à conduta de servidores, o Direito Administrativo Disciplinar é a instância que tem de primeiramente intervir, de forma prioritária, como a *prima racio*, enquanto o Direito Penal, ao contrário, deve ser compreendido como a última *racio*, sendo provocado a atuar apenas quando todas as demais esferas jurídicas se mostraram insuficientes. Uma vez que, em face de seus respectivos polos passivos, o Direito Penal atua sobre a liberdade enquanto o Direito Administrativo Disciplinar lida apenas com mera relação laboral (embora se reconheça, por óbvio, as peculiaridades da relação estatutária) passível de ser rompida, este deve se permitir reger por uma atuação menos garantista que aquele. Por este motivo, não cabe a tendência de tentar transferir, de forma integral, inquestionável e intransigente, todas as fortes amarras e cautelas penais para a instância disciplinar. Sem prejuízo da óbvia preocupação que o aplicador do Direito Administrativo Disciplinar deve ter com todas as prerrogativas de defesa estabelecidas no texto constitucional, não é necessário e nem mesmo pertinente ampliar para esta esfera a integralidade dos requisitos, direitos e garantias exigidos da instância penal e não

previstos na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. A responsabilidade disciplinar não se submete à mesma legalidade restrita que atua na instância penal e não deve, portanto, ser transmutada em uma indevida espécie de responsabilidade penal. Esta distinção entre as duas instâncias deve ser compreendida e vale como uma regra geral.

Mas a assertiva acima não se aplica quando se trata especificamente da avaliação do *standard* probatório da processualística disciplinar. Uma vez que a teoria dos módulos de convicção vem do Direito anglo-saxão, de menor tradição no Direito Administrativo, não se encontra nesta construção uma resposta precisa acerca da questão do grau de segurança probatória necessário para aplicação de pena, sobretudo expulsiva, no processo disciplinar.

Não obstante esta lacuna, é pertinente tomar como paradigna o *standard* probatório mais elevado e rigoroso, do processo penal, para se iniciar a construção do módulo de convicção cabível no processo disciplinar. Em face da gravidade embutida no fato de o Estado punir seu agente (sobretudo no caso de pena expulsiva), com o impacto de forte consequência jurídica em relevante rol de direitos da vida do punido, não cabe admitir a aplicação de pena estatutária diante de dúvida. Daí porque se entende pertinente permitir refletir no processso disciplinar o mesmo *standard* probatório do processo penal, qual seja, da exigência de prova além da dúvida razoável.

E esta afirmação não contradiz o que foi afirmado acima, da inviabilidade de se importar para a instância disciplinar todos os fundamentos da instância penal. Não se deixa de reconhecer que, enquanto o Direito Penal se caracteriza pela legalidade estrita e pela necessidade de comprovação precisa de todos os requisitos específicos e elementares do tipo, o Direito Disciplinar atua com base em enquadramentos abertos e abrangentes, o que acarreta grande diferença entre o ato de enquadrar uma conduta funcional na lei estatutária e o ato de tipificar uma conduta humana na lei penal (inclusive quando se trata da mesma conduta com dupla repercussão jurídica, marcada pela independência). O respeito àquela manutenção de uma salutar fronteira e parcela de diferenciação entre as duas instâncias, no tema com que aqui se preocupa, se manifesta na diferença entre enquadrar e tipificar, pois uma mesma ação humana e funcional pode, com mais facilidade - ou melhor, com menos requisitos - ser enquadrada disciplinarmente do que pode ser tipificada penalmente. A exigência, a cautela e o garantismo maiores e característicos da instância penal se manifestam, em relação à instância disciplinar, na cognição do aplicador em face das definições materiais do Direito Penal e do regime disciplinar estatutário, para firmar convicção de que a conduta deve ser tipificada ou deve ser enquadrada.

Mas não há esta diferenciação de exigência, de cautela e de garantismo em termos processuais no que tange ao grau de convencimento exigível, à suficiência explanatória da prova para a condenação disciplinar, sobretudo com pena expulsiva, em comparação com a condenação penal, pois a aplicação de demissão e de cassação de aposentadoria deve ser respaldada por absoluto rigor probatório em que não reste dúvida razoável. Não há nada de absurdo em reconhecer que para uma conduta funcional preencher as condições de um enquadramento disciplinar expulsível é menos rigoroso que para preencher as condições de um tipo penal, no sentido de as respectivas leis materiais exigirem menos requisitos elementares. Mas, à luz das correspondentes leis processuais, para se considerar satisfeitos os mais elásticos requisitos elementares daquele enquadramento, como regra geral, se requer o mesmo grau de segurança e de convencimento que se requer para se considerar satisfeitos todos os mais restritivos requisitos elementares daquele tipo, sendo então de se exigir para a grave pena estatutária expulsiva o mesmo grau de certeza de se ter prova além de qualquer dúvida razoável. E reforça-se este entendimento relembrando-se que a discussão de módulo de convicção traz associada a ideia de ônus probante e, em consequência, de presunção inocência e esta garantia fundamental individual estampada no art. 5º da Constituição Federal (CF) não aceita quantificação que a considere maior e mais robusta em uma instância

processual e que a subjugue como menor e mais frágil em outra.

Em outras palavras, no tema que aqui se discute, a diferença salutar entre as instâncias processuais disciplinar e penal não reside no *standard* probatório, ou seja, no *quantum* de provas, sob foco instrumental, se faz necessário para se imputar a uma conduta um enquadramento ou um tipo, mas sim no que se tem de provar, em termos dos elementos constitutivos respectivamente mais abertos e mais restritivos para que possa ser enquadrada, sob foco material, e para que possa ser tipificada.

Até porque, em reforço à tese acima, em análise mais minudente e olhando-se de perto as respectivas regras de Direito material, não há uma estanque e determinística linha de separação e de valoração com que todos os tipos penais estariam acima de todos os enquadramentos disciplinares, sobretudo os expulsivos, em patamar de gravidade e de sancionamento. Afinal, podem ser contrapostos determinados crimes e determinadas infrações disciplinares cujo grau de reprovabilidade, seja social, seja *interna corporis*, e cujas consequentes apenações indiquem uma maior gravidade da ilicitude estatutária. Pode-se cogitar de crimes de menor repulsividade social, merecedores de penas restritivas de direitos, de transação penal ou de acordo de não persecução penal (ANPP) - e nisto se incluem os crimes contra a Administração Pública cometidos por servidores nesta condição -, enquanto alguns enquadramentos mais graves da Lei nº 8.112, de 1990, têm vinculada a capital pena expulsiva, que faz encerrar em definitivo um forte vínculo estatutário laboral. Assim, até com certa contradição, ainda que, de forma bastante sintética e pragmática, a instância disciplinar tutele apenas esta relação laboral (que, em geral, não é mais forte que os relevantes bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal), em razão da especialidade deste vínculo estatutário, não raro sua mais pesada pena supera em gravidade e em efeitos alguns resultados não reclusivos da instância penal. Portanto, contrariando o senso geral, nem sempre é correto afirmar que a instância penal é mais gravosa, em termos de repercussão jurídica final, que a instância disciplinar. Havendo então uma imensa zona cinzenta em que repercussões de grave apenação disciplinar expulsiva soam tão relevantes e impactantes na vida como um todo do apenado como de uma certa faixa mais baixa de condenação penal, é sim pertinente refletir no processo disciplinar o *standard* probatório consagrado no processo penal, da exigência de existência de prova além de qualquer dúvida razoável.

Assume-se que a extensão, para o processo disciplinar, do mais rigoroso *standard* probatório, o mesmo adotado no processo penal, calca-se na ponderação e na valoração da gravidade das repercussões jurídicas advindas de uma condenação administrativa, sobretudo quando expulsiva. De outro lado, se poderia defender a adoção de patamar inferior de módulo de convicção, exaltando que o bem jurídico tutelado pela instância disciplinar, a especial relação laboral estatutária, merece menor relevância, cautela e segurança que os bens jurídicos protegidos na seara penal. Sem desmentir apenas em parte esta verdade (afinal, de fato, a perda da vida da vítima e a sanção sobre a liberdade do réu são efeitos jurídicos mais sensíveis que a cessação da relação laboral do acusado), não se deve contaminar a visão comparativa macro entre as duas instâncias viciadamente olhando apenas para o extremo da proteção jurídica do Direito Penal, que é a vida humana e a consequência sobre a liberdade do criminoso. Há diversas outras tutelas - morais e patrimoniais, por exemplo - também protegidas por esta forte seara, apesar de menos relevantes individual e socialmente, que, ao contrário da vida, se posicionam numa gradação ponderada em um patamar de importância menor que a quebra do vínculo estatutário do servidor com a Administração. Ademais, há condenações criminais que acarretam perda de liberdade por um período não extenso e por vezes até curto mesmo, enquanto a pena expulsiva daquele cargo então ocupado à época da ilicitude se torna permanente (a menos de manejos de vias recursais ou de obtenção de nova investidura) para o punido. Se, mesmo havendo tutelas de menor relevo sob a guarda do Direito Penal e ainda assim se tem seu *standard* vinculado à evidência acima de qualquer dúvida razoável, é perfeitamente cabível defender este mesmo módulo de convicção para o

processo disciplinar, ainda que se reconheça que a tutela da relação laboral não é tão relevante como as tutelas extremadas da vida e da liberdade.

Enfim, na ausência de previsão legal, de manifestações jurisprudenciais no âmbito do Poder Judiciário e de sólidos tratados da doutrina especializada, quer-se aqui lançar a recomendação inicial de que, para que uma comissão de inquérito, em seu relatório, proponha determinada responsabilização disciplinar ao acusado e para que a autoridade julgadora decida neste mesmo sentido, é indispensável que ambos autores se questionem se as evidências que amparam sua hipótese, ou seja, sua conclusão responsabilizadora do servidor, não são afetadas por alguma dúvida razoável, seja interna ao seu próprio grau cognitivo de convencimento, seja provocada pela defesa. Em outras palavras, na grave instância pública punitiva do processo disciplinar, a comissão e a autoridade julgadora precisam estar seguras de que sua convicção supera e afasta qualquer dúvida razoável de que se pudesse cogitar. Para prosseguir na responsabilização disciplinar, não pode haver nenhuma outra hipótese que estes próprios agentes formulem ou que a defesa apresente que semeie uma dúvida razoável em sua convicção imputadora. Neste caso, tem-se como suprido o necessário *standard* probatório do processo disciplinar. Ao contrário, plantando-se qualquer dúvida razoável nos agentes responsáveis pela condução e pelo julgamento do feito, resta desatendida a imprescindível suficiência explanatória obtida nos autos e a convicção responsabilizadora deve ser reparada.

Em apoio à tese, apresenta-se manifestação jurisprudencial administrativa, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), em parecer de assessoramento ao Ministro de Estado da Economia em que se registrou, literalmente, o *standard* probatório da exigência de prova "para além de qualquer dúvida razoável", com três reiteradas menções na mesma peça propositiva.

> *Parecer PGFN/Coged nº 2.025/2022/ME: "77. No caso, os valores aferidos a título de variação patrimonial a descoberto não permitem a conclusão, para além de qualquer dúvida razoável, sobre a ocorrência de valores significativos, realmente desproporcionais, nos termos do Parecer PGFN/CDI/Nº 1986/2006, que motivem o enquadramento da conduta do ex-servidor como ato de improbidade administrativa, com fundamento no artigo 132, inciso IV, da Lei n. 8.112, de 1990, cumulado com o artigo 9º, inciso VII, da Lei n. 8.429, de 1992*
> *79. Quanto aos depósitos bancários sem origem comprovada realizados em benefício do ex-servidor (...), os elementos de prova apontados pela Comissão também parecem insuficientes para motivar, para além de qualquer dúvida razoável, a configuração de enriquecimento ilícito significativo, realmente desproporcional, relativamente às rendas lícitas conhecidas, consoante apurado pela Comissão*
> *87. Por essas razões, avaliadas as peculiaridades da instrução processual, entende-se que, no caso, os valores da variação patrimonial a descoberto e dos depósitos bancários sem origem comprovada são insuficientes para motivar, para além de qualquer dúvida razoável, a configuração de enriquecimento ilícito significativo, realmente desproporcional, nos termos do Parecer PGFN/CDI/Nº 1986/2006."*

Portanto, a instância disciplinar, em que é possível aplicação de pena estatutária, especialmente expulsiva, exige um conjunto probatório robusto, que forneça ao julgador a necessária segurança de que não há qualquer outra hipótese que explique as evidências autuadas de forma diversa ou que ao menos suscite dúvida razoável, a favor da defesa. Sendo a responsabilização em processo disciplinar reflexo da atuação do Direito público punitivo, geradora de consequências jurídicas relevantes, o padrão probatório deve ser o mais elevado, superior à evidência clara e consistente, sendo exigível a evidência além de qualquer dúvida razoável.

Ora, até aqui, se logrou apresentar a tese de que, dentre os dois *standards* probatórios

que *a priori* apareciam como cabíveis, do processo penal e do processo civil de improbidade, elegeu-se o primeiro, da prova acima de qualquer dúvida razoável, como o módulo de convicção cabível no processo disciplinar. Cabe ainda expor os motivos pelos quais se rejeita a suficiência explanatória baseada apenas na prova clara e convincente. Afinal, em primeira vista, esta também seria uma hipótese elegível e não de plano descartável. Não seria absurdo associar ao processo disciplinar o *standard* probatório da evidência clara e convincente, similar ao da improbidade administrativa, visto que, disciplinarmente, este ilícito é grave (podendo até ser considerado o mais grave de todo o rol material de enquadramentos estatutários) e apenado com pena expulsiva.

Para fim de afastar a aplicabilidade do seu *standard* probatório no processo disciplinar, inicialmente não se deve perder de vista que a improbidade administrativa, a que se associa o módulo de convicção da prova clara e convincente, é um ilícito de natureza civil. Como já dito de início, a criação destes módulos de convicção, na tradição do *Common Law*, não teve nenhuma vocação ou intenção de se preocupar com o Direito Administrativo Disciplinar. O fato de a materialidade de improbidade administrativa ter previsão como ilícito de natureza civil e também como infração disciplinar não significa que o grau de rigor probatório exercitado em uma instância obrigatoriamente deva ser transportado para a outra. Inicialmente compreendida como um ilícito de natureza civil, a improbidade administrativa, quando processada nesta instância, preserva suas tutelas não exclusiva e essencialmente punitivas. De outro giro, o processo disciplinar com vista a comprovar, em subinstância administrativa, a conduta humana que estatutariamente recebeu o mesmo *nomen juris* visa precipuamente ao fim punitivo sobre o autor. Portanto, não se deve contaminar a busca da identificação do *standard* probatório do processo disciplinar como um todo, que abarca uma extensa relação de enquadramentos punitivos, com o módulo de convicção atribuído à conduta de mesmo *nomen juris* em outra instância processual, de diferentes tutelas.

A materialidade de improbidade administrativa recebedora, por parte das fontes especializadas, do *standard* probatório de exigência de prova clara e consistente é aquele rol fático de condutas a ser objeto de persecução e de apenação sob a ótica civil, em que, por exemplo, a perda de bens ou a suspensão de direitos políticos ou o pagamento de multa civil ou o ressarcimento do dano ou a proibição de contratação com o Poder Público podem ser repercussões jurídicas suficientes para o reequilíbrio interno da Administração afetado pela conduta infracional. Para fim de estabelecimento de módulo de convicção do processo disciplinar, que engloba diversos outros enquadramentos e que possui índole essencialmente punitiva (destacadamente com a gravidade expulsiva), não se deve deixar levar pelo fato de o ordenamento jurídico contemplar que o mesmo *nomen juris*, sem jamais se afastar o princípio da independência das instâncias, receba previsões em outra esfera, de natureza civil.

Reconhece-se que, até aqui, para se defender a extensão do *standard* probatório do processo penal para o processo disciplinar, em diversas passagens se utilizou a pena expulsiva para se enfatizar e se realçar a argumentação. Não obstante esta técnica de retórica, é de se acrescentar que também não soa razoável defender que se poderia aplicar, na mesma instância, diferentes módulos de convicção para os degraus escalonados das penas estatutárias (advertência, suspensão e penas expulsivas), a exemplo do já mencionado padrão de prova clara e convincente para os ilícitos de baixa ou média gravidade, e reservar o padrão da prova além de qualquer dúvida razoável apenas para os ilícitos graves.

Na ausência de definição legal e também sem contar com aprofundadas análises jurisprudencial e doutrinária, o tema do *standard* probatório no processo disciplinar pode ser iluminado a partir de uma visão bastante simples. A basilar análise sintática da feliz expressão aqui importada do *Commom Law* para a suficiência explanatória do processo penal, qual seja, da necessidade de existência de prova acima de qualquer dúvida razoável, é suficiente para ratificar, de forma bastante empírica, a defesa até aqui apresentada da adoção deste mesmo

módulo de convicção para o processo disciplinar. Ora, do contrário, não há como admitir que um aplicador do Direito, tal como uma comissão processante ou uma autoridade julgadora, prosseguisse com a proposta ou com a decisão de apenação do servidor se vislumbrasse a existência de qualquer dúvida razoável em sentido contrário à acusação. Basta a ponderada leitura, literalmente, da construção consagrada como o *standard* de prova da instância processual penal e se questionar se seria viável uma comissão propor em seu relatório e uma autoridade julgadora aplicar em seu julgamento qualquer pena estatutária (até mesmo advertência) sabendo da existência de alguma dúvida razoável contra a imputação.

Não se justifica conceder tamanho grau de liberdade para a autoridade administrativa atuar em uma área tão fortemente marcada pela vinculação, mudando o *standard* probatório caso a caso. Até porque um mesmo processo disciplinar pode se iniciar com expectativas de configuração de infração de baixa ou média gravidade e, consequentemente, de apenação não expulsiva e, no entanto, se concluir por infração grave punida com sanção capital, bem como, ao contrário, pode se iniciar com expectativas de configuração de infração grave e, consequentemente, de apenação expulsiva e, no entanto, se concluir por infração leve ou média punida com sanção não capital. Ademais, embora se reconheça pouco comum, pode haver caso de ilicitude de menor gravidade mas que, inesperadamente, apresente condições concretas que tornem difícil sua comprovação e, em rota oposta, pode haver caso de ilicitude grave mas que, inesperadamente, apresente condições concretas que tornem fácil sua comprovação. Estas ponderações justificam não ser plausível sustentar diferentes módulos de convicção para diferentes materialidades e consequentes sanções, nos mesmos momentos processuais, quais sejam, na conclusão do relatório ou, sobretudo, no julgamento.

Na mesma esteira, apesar de a doutrina penalista defender a plausibilidade de se flexibilizar o *standard* probatório diante de crimes complexos de maior dificuldade probatória, tal construção não se mostra pertinente para a instância disciplinar, diante do risco que se implantaria de a incapacidade persecutória administrativa em determinado processo disciplinar pudesse ser premiada com o abrandamento da suficiência explanatória. Poderia se argumentar que, nestes casos mais complexos, em que o acusado ostenta maior capacidade para falsear a verdade ou maior poder que lhe facilite ocultar a ilicitude, por meio da elaboração de esquemas velados, de destruição de provas ou de aliciamento de testemunhas, a razoabilidade da dúvida poderia atenuar a rigidez da prova exigida, mas, apesar de plausível, rechaça-se esta alegação tendo em vista que levaria à manipulação casuística do *standard* probatório.

Não cabe admitir um rebaixamento da qualidade probatória exigida em razão da natureza da ilicitude apurada, seja por sua complexidade, seja por sua gravidade (o que, por sua vez, também importa reiterar que o módulo de convicção não deve ser alterado em razão da maior ou da menor severidade da sanção aplicável), como se pudesse se contentar com menor ou menos robusto acervo probatório justo para infrações que se presumem de maior relevância e repulsa. Na mesma linha, defende-se que o padrão exigido de suficiência explanatória não deve se deixar levar pelo bem jurídico tutelado a cada enquadramento. Ademais, ao se atentar para a sintaxe da expressão "*standard* probatório", que remete à ideia de um padrão em termos de qualidade de provas, a possibilidade de se flexibilizar tal padrão soa incoerente com aquela noção.

Não se perca de vista que, diferentemente das discordâncias acima expostas de se flexibilizar o *standard* probatório em determinados processos de uma mesma instância em um mesmo momento processual (como, por exemplo, sua fase final em que se julga pela aplicação de pena leve, média ou expulsiva) ou também em razão da complexidade da prova de determinado caso concreto, é perfeitamente pertinente aceitar a existência de diferentes padrões de suficiência explanatória entre diferentes momentos ou situações processuais no mesmo processo disciplinar, conforme inclusive já se aduziu anteriormente, para a instância

penal. Assim, é correto se cogitar de que o módulo de convicção para a decisão de instaurar procedimento correcional investigativo seja inferior ao padrão exigido adiante, para a instauração do processo disciplinar, e que este seja inferior ao maior rigor de exigência ao final, desde a elaboração do relatório pela comissão até o julgamento pela autoridade julgadora. Também, no curso dos ritos, investigativo ou contraditório, é compreensível que a decisão de alguma medida cautelar de constrição de direitos, de juízo perfunctório e provisório (a exemplo de um pedido judicial de afastamento de sigilo), possua módulo de convicção inferior ao padrão exigido para decisão de mérito contrária à defesa.

Deve ficar bem claro o que aqui se manifesta em termos de mudança do *standard* probatório em função do momento processual. Caso se colocassem, figurativamente, diversos processos disciplinares emparelhados, lado a lado, com seus ritos procedimentais, desde o recebimento da notícia da irregularidade até o julgamento, se projetando verticalmente, primeiramente, o que aqui se diz não parecer justificável é tomar um mesmo determinado momento temporal destes processos - o julgamento, por exemplo, para sintetizar a análise no mais dramático momento - e, para algum deles, em razão da gravidade da sanção a ser aplicada ou em razão da complexidade da conduta humana e consequentemente da dificuldade em comprová-la naquele caso específico, aceitar que o módulo de convicção possa ser menos exigente do que para os demais processos, ferindo a necessária impessoalidade. Em segundo lugar, o que aqui se aceita é que, de forma homogênea e impessoal, se atribuam determinados padrões de suficiência explanatória para determinados momentos comuns a todos os processos emparelhados, de forma que, indistintamente, o padrão de convencimento exigido para o julgamento, em todos, seja igual entre si mas superior ao padrão da instauração do processo disciplinar e que este, de forma similar, em todos, seja igual entre si mas superior ao padrão de instauração de procedimento correcional investigativo, a título de exemplos.

Por fim, uma vez que se compreende que o Direito Administrativo Sancionador, do qual o Direito Administrativo Disciplinar é um dos ramos, possui regramentos e base principiológica próprios e que, portanto, não deve se submeter à integral importação das normas penais, aqui, mais importante que gastar esforços redacionais e terminológicos tentando modelar qual o *standard* probatório adequado ao processo disciplinar, o que releva aduzir é a ratificação do histórico da atuação correcional. Nesta mirada, é certo que o padrão do sistema correcional não só da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) mas sim de todo Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), mesmo que até os presentes dias jamais tenha se atentado para o conceito teórico, sempre primou pela tomada de decisão inafastavelmente amparada em prova robusta, atentando para o ordenamento normativo, seja do regramento positivado, seja da rica base principiológica, em qualquer momento processual e sobretudo no julgamento.

E esta percepção se inicia ratificando o não só válido como também estimulado e necessário emprego da prova indireta, já praticado igualmente antes mesmo que se esmiuçasse toda uma base conceitual calcada na epistemologia ou na lógica para amparar conceitual e teoricamente o que sempre se construiu de forma empírica - afinal, como afirmado de início, o método indutivo da inferência para melhor explicação (IME) muito se assemelha à forma cotidiana de se pensar e de se argumentar. A percepção de que o conjunto probatório acostado aos autos atende o *standard* probatório definido como necessário passa pela averiguação de o quanto a argumentação probatória é sólida e explicativa, calcada em inferências racionais que se coadunam com o conhecimento de mundo do aplicador, sem necessariamente se vincular à existência de prova direta, visto esta nem sempre ser disponível ou existente. O atendimento da necessária suficiência explanatória não se confunde com quantificação do emprego de provas diretas ou de provas indiretas. Estas são tão hábeis quanto aquelas - só que, diferentemente, muito mais frequentes e comuns - para a satisfação do *standard* probatório e não devem jamais ser vistas e empregadas com insegurança pelo aplicador, desde que

calcadas em sólida base argumentativa, conforme reflete o qualificado histórico da atuação correcional.

Em conclusão, apesar de todos os esforços aqui dedicados para tentar levantar, talvez até de maneira inédita e com certeza em grau incipiente, inseguro e insuficiente o tema do *standard* probatório aplicado ao processo disciplinar, de forma quase contraditória, chega-se a este ponto final do tema reconhecendo que a atividade correcional se estabeleceu, avançou, se sedimentou e se elaborou sem talvez jamais ter atentado para este conceito. É de se reconhecer que tudo o que aqui se investiu na tentativa de uma superficial modelação da suficiência explanatória talvez não vá além de um idealismo movido pelo apego ao exaurimento das discussões, até mesmo das mais teóricas que sejam. Não se nega a importância de se aprimorar ainda mais o embasamento teórico-conceitual sobre o qual se ampara toda construção do Direito Administrativo Disciplinar, com a tentativa de se estabelecer o seu próprio modelo de convicção; mas ao mesmo tempo se defende que, ainda que até então não se tenha o conceito firmemente descrito na qualificada fonte jurisprudencial e nem mesmo na doutrina especializada, não se põe a perder e a criticar tudo o quanto já se decidiu e já se julgou nos processos disciplinares no sistema correcional da RFB e em todo SisCor.

Esta assertiva advém da convicção de que mais relevante do que tentar estudar sintaticamente e justificar a importação, desde a tradição jurídica anglo-saxônica, de um dos já consagrados *standards* probatórios das instâncias processuais judiciais (a exemplo da opção ora defendida da adoção da exigência de prova além de qualquer dúvida razoável) ou até mesmo de tentar elaborar uma nova expressão própria com sua sintaxe específica, em tema praticamente inexplorado pelas fontes consagradas, é ter a percepção de que este registro redacional, em forma de um verbete padronizado, seja ele qual for, já se encontra, desde sempre, diluído, encravado, disseminado e enraizado de forma indissociável e inafastável, apesar de imperceptível e não manifestado, no dia a dia da atuação correcional. Ainda que, por mera hipótese, os agentes que atuam desde o recebimento de notícias de irregularidades e que procedimentalizam a fase de admissibilidade, os integrantes das comissões disciplinares e sobretudo as autoridades julgadoras jamais tenham atentado para o rigor teórico do conceito de *standard* probatório adequado à processualística disciplinar, é bastante provável a inferência de que sempre agiram e agem imbuídos de uma imensa percepção empírica e internalizada deste relevante preceito jurídico, bem como também atentam para a questão correlata da necessária satisfação de seu ônus probante. Talvez porque, cortando transversalmente e de forma bastante pragmática toda a complexa discussão teórica envolvendo este tema, se possa sintetizar que o respeito empírico ao módulo de convicção - seja ele qual for - resida na sólida construção humana de todo aquele que atua na instância pública punitiva, em que fazer avançar qualquer proposta de apenação desamparada da prova suficiente, antes e acima de tudo, ofende mesmo a dignidade humana, não por acaso um fundamento republicano da CF, perceptível e intolerado até pelo mais leigo dos agentes. Uma condenação injusta afronta o fundamento da dignidade humana e, em essência, é este risco, seja por mero erro, seja por arbitrariedade, que o conceito do *standard* probatório busca evitar.

É intrínseco aos valores humanos extrajurídicos e à capacitação e à formação técnicas de quem atua nesta gravosa instância buscar não só se assegurar de máximo grau de segurança em sua convicção acerca dos fatos ocorridos (sobretudo quando responsabilizadora) como também garantir à defesa o mais irrestrito exercício de todas as suas prerrogativas constitucionais (a exemplo dos primados da ampla defesa, do contraditório, do devido processo constitucional e da presunção de inocência, dentre outros). Desta forma, ainda que jamais construam mentalmente em suas cognições o conceito de *standard* probatório para o processo disciplinar (e nem sequer como se opera nas instâncias processuais civil e penal), não atuem pensando de forma específica em atendê-lo e menos ainda o expressem em seus

termos processuais, tais como relatório e julgamento, a experiência indica que a busca daquela segurança e a oferta daquelas garantias sedimentam e concretizam o empírico respeito ao supracomando republicano fundamental da dignidade humana e, em síntese, refletem o atendimento do abstrato *standard* probatório, ainda que nem sequer formalizado em um verbete consagrado nas fontes tradicionais, igual ou não ao do processo penal. E, em consequência, respeitam as regras de distribuição de ônus probante.

Mesmo que jamais se tenha lido ou que ainda não se leia a expressão "*standard* probatório" no corpo dos processos disciplinares, é certo que todos os agentes intervenientes de parte da Administração empiricamente o atendem quando buscam instruir o feito da melhor forma possível com as provas necessárias e suficientes, ao mesmo tempo em que atendem a todo aspecto formal de contemplar as garantias constitucionais do acusado e de suprirem o seu necessário ônus probante. Tanto é verdade que também não lê nas defesas a alegação de que se deixou de atender ao módulo de convicção, mas sim se alega, a mero título de exemplo que, em tese, determinada prova requerida foi indeferida com suposta ausência de motivação pela comissão ou que determinada prova foi coletada com algum vício formal. Ora, embora não expressem, o que ambas as partes fazem é estabelecerem uma lícita dialética processual acerca do cumprimento ou não da suficiência explanatória adequada, qualquer que seja (do processo penal ou inferior). E o que se tem ao final é a submissão do trabalho contraditório da comissão a diversos graus crescentes de crivo analítico ainda no âmbito da Administração, desde a própria unidade de correição até a autoridade ministerial competente para aplicação de pena expulsiva, se for o caso, podendo qualquer autoridade interveniente determinar a ultimação ou o refazimento dos trabalhos instrutórios. Por fim, some-se ainda o salutar e frequente crivo do Poder Judiciário a que o servidor apenado irresignado sempre submete a condenação administrativa, passível de anulação judicial.

Sequer se sugere aqui que as comissões e autoridades passem a expressar em suas peças processuais a expressão "*standard* probatório", a fim de não estimular um debate extremamente conceitual e para o qual o Direito pátrio positivado ainda não oferece solução. Não obstante, recomenda-se sim que aqueles agentes expressem a ausência de dúvida razoável para a proposta ou para o julgamento, na mesma linha como expressou a PGFN no seu Parecer acima reproduzido. Ao expressar que não resta dúvida razoável, de forma oblíqua, se está afirmando - sem expressar - que foi suprido o mais rigoroso *standard* probatório e que a instrução probatória foi coletada sempre com atenção ao critério da suficiência explanatória.

Portanto, havendo qualquer incompletude no atendimento do requisito probatório essencial, a atividade correcional goza de tão intrínseca maturidade que, mesmo sem em nenhum momento se ler nos autos a expressão "*standard* probatório", a Administração ilumina todo seu agir por este valor e pode, em seus pareceres de análise ao fim do processo disciplinar, decidir pelo perfeito atendimento do módulo de convicção, determinando a ultimação ou o refazimento de peças processuais, bem como pode ainda ser objeto de provimento judicial saneador de imperfeição. Mas, na prática, o que se verifica é a maciça ratificação, tanto nos crivos administrativos internos quanto no controle externo advindo da livre ida ao Poder Judiciário, dos trabalhos das comissões e das autoridades julgadoras, o que só reforça a tese já exposta de que, intrínseca e empiricamente, a ideia abstrata de que é necessário atender a um patamar mínimo de qualidade e de força explanatória do conjunto de provas autuadas já reside, independentemente de modelação formal (mas que ao final mais uma vez se ratifica que deve ser da exigência da prova além de qualquer dúvida razoável), na essência da atividade correcional, bem como também se percebe a correta satisfação do ônus probante e de suas regras. E também se conclui que a adoção do *standard* probatório equivalente ao processo penal (ou ainda que fosse qualquer outro), a despeito de ser estimulada, deve sempre permanecer e residir no silêncio da cognição humana e técnica de todos os agentes que atuam no processo disciplinar, sendo de todo dispensável sua manifestação expressa nos autos, a fim de não chamar um debate impreciso e

contraproducente.

4.4.1.2 - Peculiaridades da Instrução Probatória em Instância Disciplinar

Não obstante toda a antecedente construção conceitual sobre teoria da prova, é de se destacar que, para a perfeita compreensão da instrução probatória no processo disciplinar, deve-se atentar que, como instância autônoma, o Direito Administrativo Disciplinar se instrumentaliza em um rito procedimental próprio e que, ainda que se permita influenciar, em diversos aspectos, por aquelas ricas fontes do processo judicial civil ou penal, possui seus próprios institutos, valores, princípios e ordenamento. Com isto, sem prejuízo à conceituação já exposta sobre o que seja prova, apresentam-se adiante algumas peculiaridades na base principiológica que informa sua coleta na processualística disciplinar.

Em análise extremamente superficial, no processo judicial, em geral, configura-se uma tríade de integrantes, em que há uma parte que acusa alguém ou ao menos que pleiteia algo; há uma outra parte a se contrapor à primeira e que se defende da acusação ou que contesta a pretensão do demandante; e, sobre esta bipolaridade, situa-se o Estado-juiz que, à vista delimitadamente das provas trazidas pelas partes na forma e no tempo que a respectiva lei processual estabelece, julga, dizendo do Direito e estabelecendo a justiça à vista da verdade formal constante dos autos. A rigor, esta visão simplista é mais fidedigna ao processo civil, em que, por versar em geral sobre direitos disponíveis, o juiz é mais vinculado à verdade formal e excepcionalmente busca a verdade material; no processo penal, diante do relevante bem jurídico tutelado e de interesses indisponíveis, o juiz em geral também busca a verdade material, só que com maiores rigor e condicionantes formais que em instância administrativa. Se na seara cível o juiz se posiciona de forma mais delimitada diante das provas que se expõem à sua frente como confrontação das partes, no Direito público punitivo, o julgador, diante de lacunas que lhe demonstrem inequivocamente os fatos, busca trazer aos autos a verdade, sem limitação da prova.

Já no processo administrativo, não há a bipolarização antagônica de duas partes em acusação ou em litígio diante do Estado-juiz, mas sim uma relação processual composta por apenas dois integrantes. Tal peculiaridade se manifesta mais especificamente no processo disciplinar ao se verificar a seguinte bipartição: de um lado, a Administração atua na condução dos trabalhos apuratórios, já desde o seu poder-dever de instaurar mediante notícia de suposta irregularidade, sempre movida por oficialidade e por interesse público e buscando materializar nos autos todas as provas lícitas que propiciem o esclarecimento dos fatos; de outro lado, ponderando o salutar equilíbrio de forças do contexto jurídico, participa e defende-se o servidor, sob proteções inafastáveis da ampla defesa e do contraditório, gozando ambos da liberdade de provas sem uma estrita preclusão do direito à sua produção; e, ao final, aquele mesmo Estado-Administração, que atuou na apuração, procede ao imparcial julgamento, sob a extensão da verdade material.

Conforme se verifica, em função dos três diferentes momentos processuais (as fases do processo), o polo ocupado pela Administração altera-se em seu agente condutor. Se, na fase de instauração, a decisão de dar início ou não às apurações recai sobre a autoridade legal e regimentalmente competente e se, na fase final de julgamento, retorna a autoridade a atuar, tem-se que, no cerne e na fase mais rica do processo, qual seja, a segunda fase, do chamado inquérito administrativo, onde se coleta a instrução probatória e onde se firma a convicção contrária ou a favor do servidor, é a comissão que atua e conduz os trabalhos apuratórios, mantendo com o acusado a dialética jurídica válida na busca da materialização da prova.

Nesta fase de inquérito administrativo (apesar da infeliz denominação adotada pelo legislador, trata-se de uma fase integralmente contraditória e marcada pela ampla participação da defesa na formação probatória), não se tem no processo disciplinar a bipolaridade

antagônica, diante do juiz, de um agente acusador, em oposição ao polo que se defende. Na verdade, na essência dos princípios reitores da processualística disciplinar (mais sagrados que a literalidade nem sempre feliz da lei), esta segunda fase, marcada pela busca das provas formadoras de convicção, caracteriza-se pela atuação de ofício da comissão na busca da verdade material de tudo aquilo que possa interessar imparcialmente no esclarecimento fático.

Desdobra-se aqui, desde já, uma interessante consequência diferenciadora da processualística disciplinar em comparação com os ritos processuais judiciais. O fato de não haver quem acusa ou pleiteia e quem se defende ou contesta, ou seja, de não litigarem duas partes com interesses antagônicos, faz com que o instituto da preclusão sofra frequentes mitigações. No rito administrativo, mais fortemente fincado na busca da verdade material que os processos judiciais (nos quais o respeito aos interesses e direitos processuais da parte oponente valorizam, por vezes, a verdade formal), os delimitadores formais assumem menor força determinante, em razão da simultânea atuação do princípio do formalismo moderado. Uma vez que concessões e tolerâncias a favor da defesa, que possam ser concedidas em diversos momentos processuais, além do que expressamente se encontra previsto em lei, não geram prejuízo a interesses de parte oponente - visto não existir esta parte antagônica -, aceita-se a mitigação da preclusão de direitos e de prazos de interesse da defesa. Assim, não raro, os prazos concedidos à defesa na fase de instrução probatória não são fatais, prevalecendo, muitas vezes, o maior apego à busca da prova do que ao rigor formal.

O processo disciplinar é um instrumento de ofício por meio do qual a Administração deve ser capaz de atender ao apelo social e suprir respostas a apenas - em síntese - duas perguntas: se realmente houve o fato supostamente ilícito narrado na representação ou na denúncia e quem foi seu autor. Apenas disto deve cuidar o processo disciplinar e, por conseguinte este é o rumo a ser tomado pela comissão quando, na segunda fase processual, ocupa o lugar do Estado-Administração na condução dos trabalhos apuratórios.

Por mais difícil que, de fato, possa ser para quem atua no processo disciplinar - sobretudo para quem se vê em seu polo passivo - , é necessário que se abstraia de qualquer visão maniqueísta e que se compreenda que, neste rito, não há polo acusatório se confrontando com defesa, mas sim, há um ente estatal que, por oficialidade, imparcialidade e interesse público, busca apurar tudo o que possa ser relevante para trazer aos autos, materializado como prova juridicamente válida, a verdade dos fatos e o esclarecimento da representação ou denúncia que provocou a instauração. Em outras palavras, a comissão não acusa, mas sim apura. A comissão não atua como acusação, mas sim como polo de apuração. Apurar não necessariamente se confunde com acusar.

Desta seriíssima construção principiológica que informa o processo disciplinar em sua base - e que também se apóia no princípio da comunhão da prova, já abordado em **3.3.3.7** -, advém um dos pilares de sua sustentação, que é de que, neste rito, não existe a dicotomia de provas de acusação e provas de defesa, bem como não há atos da comissão e atos da parte. Os atos processuais e os elementos de prova no processo disciplinar têm igual valor neste sentido, independentemente de terem sido realizados por diligência de ofício e espontânea da comissão ou de terem sido trazidos pelo acusado ou de terem tido sua realização, por parte do colegiado, a pedido da parte. Seja qual for a forma pela qual o ato ou a prova venha a ser produzido e autuado no processo disciplinar, isto somente ocorre se o ato ou a prova se demonstra de interesse público, ou seja, caso se demonstre relevante para o interesse maior e para o único objeto que move a Administração nesta senda, que é imparcialmente esclarecer o fato representado ou denunciado. Na processualística disciplinar, adota-se o pressuposto de que os atos de instrução probatória que têm sua realização decidida pela comissão, seja de ofício, seja a pedido, são todos, indistintamente, atos ou provas do processo ou atos ou provas da Administração, no sentido oficial e público do termo (não se confundindo com parte persecutória), a quem, em última análise, sempre interessa o imparcial esclarecimento do fato.

Desta base principiológica exsurgem imediatas consequências. A primeira é de que não há limitações quantitativas de provas a serem realizadas de ofício ou a pedido da defesa. Tantas quantas forem as provas que se demonstrem relevantes e imprescindíveis ao esclarecimento fático tantas serão aquelas realizadas, independentemente de que lado tenha partido a iniciativa de fazê-la.

Nesta compreensão se funda a interpretação a se extrair do art. 155 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Em consonância com os dispositivos não taxativos constantes do art. 369 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) e do parágrafo único do art. 155 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e do art. 212 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC), mencionados em **4.4.1.1.1.1** e em **4.4.1.1.3.a**, é certo que a lista de atos instrucionais mencionada no Estatuto é meramente exemplificativa, sem o condão de exaurir as hipóteses de emprego de busca de prova, podendo decorrer sua realização tanto de iniciativa da própria comissão, cumprindo seu dever de ofício de apurar, quanto de pedido do acusado, exercendo seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.*

Mas é de ressalvar que, independentemente de quantitativo, os pedidos de oitiva de testemunha, por parte da defesa, devem ser acompanhados pelo fornecimento do nome completo, profissão ou função pública exercida, endereço de correio eletrônico e número de telefone móvel do arrolado, conforme exige o § 4º do art. 2º da Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 9, de 24 de março de 2020, a fim de propiciar à comissão condições de localizar a pessoa e estabelecer contato prévio.

> *IN CGU/CRG nº 9, de 2020 - Art. 4º*
> *§ 4º O interessado, o representante legal e o seu procurador constituído devem indicar o nome completo, a profissão ou função pública exercida, o endereço de correio eletrônico e o número de telefone móvel das testemunhas por ele indicadas.*

Ainda como consequência, afirma-se que, em princípio, não cabe à comissão impor ou repassar para o acusado os custos de realização de ato instrucional, como também defende a doutrina, a menos que, excepcionalmente, em situações específicas, a Administração não disponha de recursos, quando então deve ser notificado o acusado de que o ato probatório solicitado somente será realizado com sua aquiescência em custeá-lo. Por outro lado, a defesa não tem o condão de, na via administrativa, impugnar determinado ato de instrução, obrigando sua desconsideração na convicção, também com aquiescência doutrinária.

> *"A Administração Pública tem o compromisso de esclarecer a verdade. Ela não pode transferir ao acusado o ônus desse encargo. Dessa forma, custos decorrentes de perícias e traduções, por exemplo, devem ser assumidos pelo Erário. Condicionar uma perícia requerida ao pagamento pelo servidor é cercear a plenitude de defesa.*
> *À comissão processante cabe examinar a necessidade da prova. Uma vez reconhecida como fundamental ao esclarecimento dos fatos, não importa se requerida pelo acusado; há que ser deferida, passando a Administração a cobrir os custos dela decorrentes." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pg. 231, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*
>
> *"Não compete à defesa a impugnação da prova, mesmo porque a apreciação da sua validade é ulterior e nela entra, substancialmente, o critério que difere do Poder Judiciário, baseado na discricionariedade dos atos administrativos, mas pode, isto sim, a defesa irrogá-la como de nenhum efeito jurídico, no seu*

entender." Egberto Maia Luz, "Direito Administrativo Disciplinar - Teoria e Prática", pg. 181, Edições Profissionais", 4ª edição, 2002

Ainda neste tema de custos incursos na instrução processual, incumbe ao presidente da comissão solicitar à autoridade instauradora (que, como regra, é o Chefe do Escritório de Corregedoria - Escor) a autorização para deslocamentos de algum ou de todos os integrantes do colegiado para fim de realização de ato de interesse do processo, conforme o art. 14 da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) - na linha do art. 9º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito do Ministério da Economia (ME). Em consequência, reconhece-se que cabe ao Chefe de Escor, como autoridade instauradora, propor ao Corregedor, como ordenador de despesas, nos termos do § 1º do art. 80 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e a este decidir as questões atinentes a deslocamentos, diárias e passagens do(s) integrante(s) da comissão e de qualquer servidor lotado no Escor ou na Corregedoria (Coger) que seja designado para realizar qualquer tarefa que importe em deslocamento, seja esta tarefa meramente administrativa, seja em virtude de algum processo em andamento, bem como, por previsão regimental, no art. 232 combinado com o inciso VIII do art. 330, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017, no que se refere a deslocamentos, diárias e passagens de servidores intimados a depor ou a prestar interrogatório ou de qualquer outro de interesse correcional. Ressalve-se que estas competências a cargo do Chefe do Escor e do Corregedor se justificam em virtude de suas competências de natureza gerencial, competindo-lhe, se for o caso, não dar o regular processamento às solicitações em razão, por exemplo, de eventual contexto de contingenciamento ou de contenção de despesas, mas jamais se confundindo com interferência no mérito em si da condução dos trabalhos apuratórios, que se desenvolvem sob manto de independência e de autonomia da comissão.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 173. Serão assegurados transporte e diárias:
I - ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado;
II - aos membros da comissão e ao secretário, quando obrigados a se deslocarem da sede dos trabalhos para a realização de missão essencial ao esclarecimento dos fatos.

Portaria MF nº 430, de 2017 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 232. Ao Serviço de Atividades Administrativas (Sesad) e às Seções de Atividades Administrativas (Sasad) compete gerir e executar as atividades relativas ao pessoal, ao apoio administrativo, à gestão de documentos e aos serviços gerais.
Parágrafo único. Ao Sesad da Coger e à Sasad da Copei compete, ainda, gerir e executar as atividades financeiras e orçamentárias relativas ao deslocamento de servidores e colaboradores eventuais, no interesse das atividades da Coger e da Copei, respectivamente.
Art. 330. Ao Corregedor incumbe:
VIII - praticar os atos de gestão dos recursos orçamentários e financeiros destinados ao pagamento de diárias e passagens, nos deslocamentos de servidores e colaboradores eventuais no interesse da Coger.

Decreto-Lei nº 200, de 1967 - Art. 80.
§ 1° Ordenador de despesas é tôda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.

Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 9º O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo

da comissão, quando necessário.

Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 14. O presidente deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes da comissão disciplinar, bem como solicitar prorrogação do prazo de conclusão do trabalho, quando necessário.

Conforme já exposto em **3.3.3.7**, pelo princípio da comunhão da prova, qualquer elemento formador de convicção, independentemente se autuado de ofício pela comissão ou em decorrência de pedido de defesa, passa a pertencer ao processo (e, em última essência, ao interesse público), não sendo propriedade nem do colegiado nem do acusado que porventura o tenha solicitado, e atua homogeneamente, favorável ou contrariamente às teses de qualquer acusado (caso haja mais de um). É lícito à comissão ou mesmo a outro acusado extrair elementos contrários aos interesses de defesa do próprio acusado que provocou a juntada ou realização de determinada prova. Na esteira, em face do entendimento da comissão de que o elemento se faz relevante para o esclarecimento fático, não assiste ao acusado o direito de requerer a desconsideração de realização de ato instrucional ou de juntada de prova ou o seu desentranhamento dos autos.

Os meios de prova mais comuns que se empregam no processo disciplinar são: provas documentais (certidões, atestados, extratos de sistemas informatizados, fotografias, mídias magnéticas e digitais, degravações); provas orais (oitivas, declarações, acareações e interrogatórios); e provas periciais (laudos de forma geral). Mas, independentemente da forma como são coletadas, todas as provas devem ser autuadas no processo em forma escrita, reduzidas a termo.

Uma vez que os atos de busca de prova são o cerne do processo, devem ser merecedores de grande atenção e empenho por parte da comissão. Um dos reflexos de tal comando é que, em tais atos, deve estar presente a comissão completa, com seus três integrantes, não se cogitando de sua feitura com algum membro ausente. E, de maneira geral, no momento da feitura do ato instrucional, cabe ao presidente a manutenção da ordem. A propósito, cabe aqui um parêntese, voltado sobretudo para atos de instrução probatória cuja feitura encerra natureza dinâmica, tais como provas orais, diligência, reprodução simulada. Obviamente, aquela postura apriorística presidencialista não prejudica a salutar e natural liberdade de manifestação e de atuação dos vogais, não havendo de se levar a rigor o formalismo de os vogais dirigirem suas questões e avaliações à apreciação do presidente. De forma geral, até como reflexo da igualitária participação em trio, as manifestações e atuações do presidente ou de cada um dos vogais podem ser levadas a termo genericamente como iniciativas da comissão, mitigando-se a individualização. A exigência de submissão ao controle do presidente se aplica às iniciativas e comportamentos da defesa. Retornando à manutenção da ordem, se for o caso, deve o presidente determinar o registro no termo de que a parte, devido a comportamento inconveniente e perturbador, foi por diversas vezes alertada da possibilidade de ser retirada do local. Após algumas reprimendas, acaso infrutíferas, o presidente possui a prerrogativa de requerer que a parte, comportando-se de forma ameaçadora ou constrangedora, retire-se do local de realização da prova. Todavia, é muito mais conveniente tentar convencer pela normalidade do ato, antes de se lançar mão de tão amargo remédio.

Conforme exposto em **2.5.6.2.4.b**, em qualquer ato instrucional que requeira a participação de terceiros que não o acusado, sejam servidores ou não (como é comum nas provas orais, tais como oitivas de testemunhas e depoimentos de declarantes, mas sem prejuízo de residualmente ocorrer em outras espécies de meios de prova), convém que a comissão de inquérito registre nos autos (verbalizando em sua gravação ou por escrito no termo, dependendo da forma de realização) duas informações, acerca de dados pessoais seus eventualmente autuados, em atenção à Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a chamada Lei

Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). A primeira informação é de que, em razão do agir da unidade de correição em cumprimento de obrigação legal, amparada no inciso II do art. 7º, combinado com os incisos I e XVI do art. 5º - ou amparada na alínea "a" do inciso II do art. 11, combinada com os incisos II e XVI do art. 5º, se for o caso de se tratar de dados pessoais sensíveis -, e no *caput* do art. 26, todos da Lei nº 13.709, de 2018, para o que se dispensa consentimento de parte do titular, não só o tratamento de dados pessoais, com as devidas proteções legais, é autorizado como também há possibilidade de compartilhamento dos termos, imagens, áudios e vídeos do ato com outros processos disciplinares, com processos administrativos de responsabilização de pessoal jurídica (PAR) no âmbito da própria Corregedoria ou com outras subinstâncias internas da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB, tais como de fiscalização ou de controle aduaneiro ou de gestão de pessoas) ou com instâncias externas administrativas (como, por exemplo, a Controladoria-Geral da União - CGU ou a Advocacia-Geral da União - AGU) ou judiciais (penal e civil, por exemplo). A segunda informação é de que, nos termos do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, do *caput* do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, e do *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a cláusula do sigilo que acoberta os documentos preparatórios utilizados como fundamento de tomada de decisão (como são os documentos da fase de inquérito administrativo) é retirada com a edição do ato decisório respectivo (a decisão final do processo disciplinar). Também convém que a comissão de inquérito acrescente em sua dicção inicial, caso seja ato gravado em arquivo de áudio e vídeo (novamente como é comum nas provas orais), que, com base no art. 2º e no *caput* do art. 7º, ambos da Instrução Normativa (IN) CGU/CRG, de 1º de novembro de 2011, sua realização ocorrerá "*por meio de teletransmissão de sons e imagens ao vivo e em tempo real*" e será armazenado (ou seja, custodiado) pela unidade de correição nos autos do processo em curso. Diferentemente das informações registradas apenas uma vez, no primeiro ato de contato, para o servidor acusado, no caso de outros agentes intervenientes na instrução processual, esta informação deve ser feita ato a ato, apenas naqueles em que se vislumbre a autuação de dados pessoais seus. E caso este agente interveniente (a testemunha ou o depoente, nos casos mais comuns) solicite cópia de termo ou a íntegra do arquivo de áudio e vídeo, a concessão deve se fazer acompanhar da ciência de possibilidade de responsabilização pelo tratamento inadequado ou irregular dos dados pessoais ou sigilosos de qualquer natureza, conforme o art. 47 da LGPD.

> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º*
> *§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.*
>
> *Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão.*
>
> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.*
>
> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:*
> *I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;*
> *II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;*
> *XVI - uso compartilhado de dados: comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de*

> *suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados;*
> *Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:*
> *II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;*
> *Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:*
> *II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:*
> *a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;*
> *Art. 26. O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei.*
> *Art. 47. Os agentes de tratamento ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento obriga-se a garantir a segurança da informação prevista nesta Lei em relação aos dados pessoais, mesmo após o seu término.*
>
> *IN CGU/CRG nº 12, de 2011 - Art. 2º Poderão ser realizadas audiências e reuniões por meio de teletransmissão de sons e imagens ao vivo e em tempo real, destinadas a garantir a adequada produção da prova, sem prejuízo de seu caráter reservado, nos procedimentos de natureza disciplinar ou investigativa.*
> *Art. 7º O registro audiovisual gerado em audiência deverá ser juntado aos autos, sem necessidade de transcrição em ata, sendo disponibilizado à defesa o acesso ao seu conteúdo ou à respectiva cópia. (Redação dada pela Instrução Normativa CGU/CRG nº 5, de 21 de fevereiro de 2020)*

Destaque-se que a Coger e os Escor têm competência regimental para verificar aspectos disciplinares em feitos fiscais; realizar diligências; requisitar informações, processos e declarações de renda; e propor ação fiscal, conforme os incisos IV e V do parágrafo único do art. 22, o art. 29, o inciso V do 330 e o inciso VI do art. 332, todos do Anexo I do Regimento Interno da RFB.

4.4.1.3 - Não Atendimento por Parte de Servidor ou de Particular à Intimação para Prestar Ato Processual

À vista do princípio da indisponibilidade do interesse público, uma vez tendo se mostrado relevante na instrução processual a atuação de qualquer agente, seja o acusado, seja terceiro servidor ou particular, este deve ser intimado a comparecer em determinada data e horário ou a praticar algum ato (como, por exemplo, fornecer um documento ou prestar prova oral). À vista da natureza pública do processo, não cabe o emprego de solicitações e muito menos de convites, mas sim deve-se empregar intimações, mesmo para o acusado e para particulares, terceiros e administrados em geral, podendo se basear, além dos cabíveis comandos estatutários, também no inciso IV do art. 4º e no *caput* do art. 39 e, talvez até, dependendo das peculiaridades do caso específico, ainda reforçar, se cabível, com o mandamento do art. 28, todos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, com a concordância doutrinária da Controladoria-Geral da União (CGU).

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 157. As testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da comissão, devendo a segunda via, com o ciente do interessado, ser anexada aos autos.*
>
> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:*
> *IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.*

> *Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.*
> *Art. 39. Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.*
> *Parágrafo único. Não sendo atendida a intimação, poderá o órgão competente, se entender relevante a matéria, suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão.*
>
> *"Portanto, não cabe, em tese, ao cidadão negar-se a atender a intimação das comissões disciplinares, tendo novamente como fundamento os arts. 4º, IV , 39 e 28 da Lei nº 9.784/99, com a simples alegação de que não há interesse seu no processo administrativo disciplinar.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 169, 2013, disponível em http://www.cgu. gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Conforme já detalhado **2.5.3.2.5**, cuja leitura ora se recomenda, e introduzido em **4.3.11.3**, as intimações no processo disciplinar, por vezes, podem se revestir de um caráter anômalo.

Aduzindo primeiramente as intimações dirigidas ao acusado, é de se lembrar a preponderância dos preceitos constitucionais, erigidos ao patamar de direitos e garantias fundamentais individuais, de que ninguém é obrigado a fazer prova que considere ser contrária a si mesmo e a seus interesses e de que até mesmo o silêncio se amolda como válido na livre amplitude de defesa, nos termos decorrentes dos incisos LV e LXIII do art. 5º da Constituição Federal (CF), e da excludente de ilicitude prevista na parte final do inciso III do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), qual seja, do exercício regular de direito. Em outras palavras, não obstante caber sempre à comissão intimar o acusado a, de alguma forma, participar ou contribuir com a instrução probatória, a este é dado o inafastável direito de não atender ou de atender apenas em parte o teor das intimações sem que se cogite de aperfeiçoamento, neste ato, de nova ilicitude, nem conexa e nem tampouco independente, da infração objeto do processo disciplinar em curso. Para o acusado, o dever imposto de atender a intimações de parte do ente processante tem a natureza anômala de não trazer consigo uma repercussão em razão do descumprimento, como ocorre, aliás, com os deveres estabelecidos pelo art. 4º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Obviamente, de um lado, pelos princípios da comunhão da prova e da livre apreciação da prova, a manifestação expressa ou tácita do acusado de voluntariamente abrir mão da oportunidade de dialogar juridicamente nos autos e a sua omissão em atender a intimação pode ser um dos elementos a dinamicamente atuarem na formação de convicção da comissão; mas, de outro lado, pelos princípios da oficialidade e da busca da verdade material, esta lacuna não autoriza a comissão a dispensar a exaustão da instrução probatória e a ter como admitido pelo acusado o teor que lhe poderia ser contrário em vista da intimação não atendida.

Diferentemente são as intimações dirigidas a terceiros, a exemplo dos intervenientes na instrução probatória (testemunhas, declarantes, peritos, assessores técnicos, dentre outros), sobre quem recai o dever legal colaborar com a Administração, previsto no inciso IV do art. 4º da Lei nº 9.784, de 1999. *A priori*, pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, não lhes é concedida nenhuma liberalidade em não cumprir a intimação de ordem pública, já que, como regra, o processo disciplinar não possui potencialidade de atingir esferas de direitos seus. Em ambos os casos, a exceção aceita reside apenas na hipótese de este terceiro, servidor ou particular, ter interesse no objeto do processo disciplinar a ponto de poder ter a seu favor a cláusula de desobrigação de fazer prova contra si mesmo.

Nas hipóteses de conduta omissiva em acatar o comando da intimação em geral (como o fornecimento de um documento, por exemplo) ou em especial de ausência na data e horário aprazados para a feitura de ato requeredor de determinado dinamismo (como prova oral ou reprodução simulada, por exemplo, em que pode-se ainda deliberar por aguardar por um prazo razoável, de, no mínimo, trinta minutos, aqui a mero título de exemplo), esgotada a possibilidade de presença ainda que intempestiva, deve-se registrar o incidente em termo de ocorrência ou em termo de não comparecimento. É de se reconhecer que a indicação de trinta minutos, feita acima, não encontra definição quantitativa em norma. Na ausência de base que estabeleça este tipo de tolerância, trata-se apenas de uma referência inicial, possível de ser adotada ou alterada a cada caso pela comissão, baseada no bom senso em função das distâncias envolvidas entre possíveis deslocamentos e dos tempos envolvidos na mobilidade urbana. Obviamente, se, no curso do prazo de tolerância aprioristicamente adotado, o intimado mantém algum contato com a comissão solicitando extensão do limite de espera e justificando de forma plausível o motivo de atraso, convém que a comissão aquiesça e permita a postergação do início do ato, dentro de limites de razoabilidade.

Partindo do pressuposto da coerência na condução dos trabalhos por parte da comissão, em que a realização do ato de instrução probatória decorreu da consideração de sua importância para o processo, é de se recomendar que o colegiado intime novamente o agente, desta feita já fazendo constar do ato de comunicação o destaque de que sua participação ou colaboração é relevante para o interesse público. Ademais, no caso de terceiro não acusado, deve a comissão consignar também a advertência de que o não acatamento ou o não comparecimento poderá implicar, pelo menos em tese, se servidor, em inobservância do dever funcional de ser leal à instituição a que serve, previsto no inciso II do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990; e se particular, em crime de desobediência, previsto no art. 330 do CP.

> *CP - Desobediência*
> *Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público:*
> *Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.*

Assim, mesmo o acusado não sendo obrigado a produzir prova contra si mesmo, em vista da natureza pública do processo disciplinar, a comissão deve intimá-lo a prestar qualquer tipo ato relevante para o deslinde dos fatos. Especificamente para ser interrogado, a comissão deve intimar o acusado (seja servidor ativo ou inativo ou ex-servidor) com base nos arts. 157 e 159 da Lei nº 8.112, de 1990. E, para a realização de demais atos instrucionais genéricos a acusado ativo, pode a comissão capitular seu poder de intimar no inciso II do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990 e no inciso IV do art. 4º e no art. 39 e, talvez até, dependendo das peculiaridades do caso específico, ainda reforçar, se cabível, no mandamento do art. 28, todos da Lei nº 9.784, de 1999; sendo o acusado inativo ou ex-servidor, para estes demais atos que não o interrogatório usam-se apenas os citados comandos da Lei nº 9.784, de 1999, não cabendo o inciso II do art. 116 do Estatuto.

E, não sendo para o acusado, especificamente para testemunhar, o mandado para servidor ativo tem por base legal bastante e suficiente o *caput* do art. 157 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que determina, de forma genérica, que "*As testemunhas serão intimadas a depor*"; para inativos, ex-servidores, procuradores e demais pessoas (particulares, terceiros e administrados em geral), este art. 157 estatutário deve ser somado ao inciso IV do art. 4º e ao art. 39, ambos da Lei nº 9.784, de 1999. Para realizar qualquer outro ato ou qualquer outra participação processual (em que se incluiu eventual intimação para depor na condição de declarante), também se deve intimar e, em tais casos, para servidor ativo, convém que o mandado tenha por base legal o inciso II do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, e o inciso IV do art. 4º e o art. 39 e, talvez até, dependendo das peculiaridades do caso específico, ainda reforçar, se cabível, com o mandamento do art. 28, todos da Lei nº 9.784, de 1999; para todos os demais, usam-se apenas os citados comandos da Lei nº 9.784, de 1999, não cabendo o

inciso II do art. 116 do Estatuto.

Obviamente, cabe à comissão ponderar as diferenças entre a situação de o agente intimado, acusado ou terceiro, não comparecer e sequer apresentar uma justificativa plausível e se disponibilizar para a remarcação de nova data e a situação de o não comparecimento ser acompanhado ou seguido da apresentação de uma justificativa aceitável e da sugestão a favor da remarcação. Não cabe uma postura intransigente por parte da comissão na segunda hipótese, devendo-se tentar contornar o imprevisto da ausência, tolerando-se a remarcação para nova data.

Acrescente-se que, mesmo se tratando de servidor regularmente intimado a atuar na instrução, não há previsão legal para condução coercitiva e forçada para quem quer que seja, acusado ou terceiro, comparecer em via administrativa disciplinar. Tampouco se cogita de base legal para que a comissão ou a autoridade instauradora provoque o Poder Judiciário para que o ato deliberado seja realizado em juízo.

Enquanto o terceiro servidor se sujeita a sofrer representação administrativa pelo ilícito estatutário associado à deslealdade institucional ou ao descumprimento de ordem, o particular se sujeita a sofrer representação penal pelo crime de desobediência, que, por sua própria tipificação, insere-se na lei penal no capítulo de crimes cometidos por particulares contra a Administração Pública. Ademais, em reforço ao entendimento de que o crime de desobediência não se aplica a servidor que descumpre ordem da própria Administração, há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais de que somente pode ser cometido por agente público se este não estiver no exercício do cargo no momento da conduta e de que a existência de leis extrapenais (civis ou administrativas) que sancionem a conduta afasta a configuração deste crime - havendo, portanto, a cominação prevista no inciso II do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, que incide sobre a deslealdade institucional, não há que se cogitar do crime em tela em face de terceiro servidor, mas sim apenas e tão somente para particular faltoso.

Configurada a ausência injustificada do terceiro (seja servidor ou particular, embora a experiência aponte ser mais comum o particular incorrer nesta falta que o servidor), após inequívoco recebimento da intimação, é de se considerar que o interesse particular não pode se sobrepor ao interesse público (com o qual se move o processo disciplinar) e menos ainda prejudicá-lo. Neste sentido, o princípio da indisponibilidade do interesse público não concede ao servidor ou ao particular intimado a faculdade de comparecer ou não ou de colaborar ou não, uma vez que as liberdades individuais, nos termos da lei, devem ser restringidas em homenagem ao interesse maior da coletividade.

Assim, sendo intransponível e absolutamente relevante para o deslinde do processo a atuação na instrução e injustificadamente não comparecendo ou não colaborando o terceiro, uma vez que o ordenamento prevê a intimação como instrumento válido e como toda ordem legal transporta junto a si a ideia de sanção por seu descumprimento, pode a comissão avaliar, muito criteriosamente, a possibilidade de encaminhar representação administrativa em face do servidor, pela conduta de deslealdade institucional, ou representação penal em face do particular, pelo crime de desobediência, previsto no art. 330 do CP. Obviamente, se a participação ou a colaboração do servidor ou do particular se mostrou tão indispensável a ponto de a comissão intimá-lo, não se tolera que o interesse público encerrado na apuração de fatos supostamente irregulares reste sujeito a ser desrespeitado sem que disto advenha consequência jurídica para quem desatende a ordem legal.

No segundo caso excepcional de se levar adiante a representação penal, o roteiro para tal peça se encontra no art. 3°, no *caput* do art. 5° e no *caput* e nos §§ 1° a 3° do art. 17, todos da Portaria RFB n° 1.750, de 12 de novembro de 2018, que determinam que a representação seja encaminhada ao Ministério Público Federal (MPF), via titular da unidade (ou seja, o Chefe do Escor ou o Corregedor). E, em caso extremo, se, mesmo após representar e ainda

assim não obtiver sucesso no atendimento da intimação, pode a comissão cogitar de solicitar, com a devida motivação, via Advocacia-Geral da União (AGU) ou secundariamente MPF, ordem judicial a fim de que a prova seja realizada em juízo, com todas as prerrogativas coercitivas desta instância.

> *Portaria RFB n° 1.750, de 2018 - Art. 3º A representação para fins penais referente a fatos que configuram, em tese, crimes contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional ou contra administração pública estrangeira, de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos e de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, deverá ser formalizada por servidor da RFB perante o titular da unidade à qual estiver vinculado.*
> *Art. 5º A representação fiscal para fins penais referente a fatos que configuram, em tese, crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, ou crimes contra a Previdência Social definidos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), deverá conter:*
> *I - a identificação das pessoas físicas a quem se atribua a prática do delito penal, da pessoa jurídica autuada e, quando couber:*
> *a) das pessoas que possam ter concorrido ou contribuído para a prática do ilícito, mesmo que por intermédio de pessoa jurídica; e*
> *b) dos gerentes ou administradores de instituição financeira que possam ter concorrido para abertura de conta ou movimentação de recursos sob nome falso, em nome de pessoa física ou jurídica inexistente ou de pessoa jurídica liquidada de fato ousem representação regular;*
> *II - a descrição dos fatos caracterizadores do ilícito penal e o seu enquadramento legal; e*
> *III - a identificação das pessoas que possam ser arroladas como testemunhas, assim consideradas aquelas que tenham conhecimento do fato ou que, em razão de circunstâncias a ele relacionadas, deveriam tê-lo.*
> *Art. 17. A representação para fins penais referente a fatos que configuram, em tese, crimes de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos, previstos nos arts. 293, 294 e 297 do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 (Código Penal), crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores definidos no art. 1º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e crimes contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional e contra administração pública estrangeira, deverá ser formalizada e protocolizada por servidor da RFB no prazo de 10 (dez) dias, contado da data em que este tiver ciência do fato.*
> *§ 1º A representação para fins penais de que trata o caput deverá ser encaminhada pelo titular da unidade responsável pela formalização da representação ao órgão do MPF competente para promover a ação penal no prazo de 10 (dez) dias, contado da data de sua protocolização. (Redação dada pela Portaria RFB nº 199, de 13 de julho de 2022)*
> *§ 2º O encaminhamento a que se refere o § 1º deverá ser feito ainda que eventual representação fiscal para fins penais com ela conexa não tenha sido remetida ao órgão do MPF por estar pendente de julgamento.*
> *§ 3º A representação para fins penais deverá conter os elementos de que trata o caput do art. 5º, cujas disposições a ela se aplicam, no que couber.*

4.4.1.4 - Sequência da Instrução Probatória Definida no Próprio Processo

O curso da instrução probatória é conduzido pela comissão, sem prejuízo de se atender às provocações pertinentes do acusado. Em geral, logo no início dos trabalhos, há atos de instrução que já se mostram de realização indubitavelmente necessária. Além disto, há atos cuja realização, de que a princípio não se cogitava, somente se delineia no curso da apuração. Por outro lado, há outros atos que, de início pareciam ser essenciais, mas que, por alteração no curso das apurações, tornam-se dispensáveis.

Citam-se como principais exemplos de atos de instrução probatória:

- Diligências;
- Perícias;
- Consultas ou assistências técnicas;
- Pesquisas em sistemas informatizados;
- Apurações especiais pelo Serpro;
- Reprodução simulada;
- Estudo da legislação;
- Depoimentos de testemunhas;
- Acareações;
- Interrogatório do acusado.

A lista de atos de instrução probatória aqui apresentada não é exaustiva, mas sim meramente exemplificativa, enumerando apenas os mais comuns. Pode acontecer de o caso concreto indicar diversos outros atos aqui não abordados ou não necessitar de alguns deles, sem nenhum prejuízo de sua validade.

Complementando o que já foi aduzido em **4.3.1**, acerca da definição, desde a primeira análise dos autos, de um objetivo a se esclarecer com a apuração e de uma estratégia para atingi-lo no curso do processo, torna-se extremamente relevante a elaboração de uma sequência de atos instrucionais ao mesmo tempo lógica, enxuta e eficiente. Para este fim, deve a comissão atentar para a desnecessidade de abarcar longos períodos pretéritos de apuração. Como regra geral, concentrar esforços em configurar de forma cabal uma quantidade discreta de atos é mais produtivo do que despender esforços para tentar configurar extensiva ou exaustiva quantidade de atos, incluindo na apuração elementos de frágil ou discutível convicção. Na esteira, conforme já abordado em **4.2.2.1.2**, deve a comissão atentar para crítica à inclusão de um novo fato na apuração em curso e à recomendação para representar para apuração apartada. Não se deve perder de vista que, a partir da adoção da matriz da responsabilidade, a apuração deve se concentrar sobre os fatos constantes dos autos e consubstanciados naquele papel de trabalho de viés estratégico, não cabendo estender a apuração para fatos conexos que porventura surjam no decorrer do apuratório e menos ainda que se restrinjam à vida privada do acusado. Ou seja, se os fatos inicialmente representados ou narrados não se comprovam, deve a comissão encerrar a apuração e não devassar imotivadamente a vida do acusado até encontrar algo criticável.

Determinados atos de instrução probatória requerem comunicado ao titular da unidade de lotação do acusado ou da unidade onde transcorre o apuratório (se diferentes), a fim de que a autoridade seja informada, em certos casos, da presença do colegiado na sua repartição (como em uma diligência, por exemplo) ou, em outros casos, da ausência ao serviço de um servidor (intimado para depor ou para ser interrogado, por exemplo).

No caso de um fato objeto de apuração supostamente ocorrido em uma Agência da Receita Federal do Brasil (ARF), estas comunicações de atos instrucionais, diferentemente daquelas já abordadas em **4.3.4.1** e em **4.3.7.1** (acerca das repercussões funcionais pelo fato de o servidor figurar como acusado, encaminhadas ao Delegado jurisdicionante), podem ser dirigidas diretamente ao titular da ARF (Agente). Isto se justifica porque tais comunicados visam a tão somente alertar a autoridade local de algum evento pontual e específico a ser realizado e, nestes casos, o titular da ARF está mais próximo do dia a dia da unidade do que o Delegado de sua jurisdição. O mesmo se aplica para atos instrucionais referentes a Centro de

Atendimento a Contribuinte (CAC), cujos comunicados podem ser remetidos diretamente para o respectivo Chefe.

Grosso modo, à vista da necessária atenção à celeridade, destaca-se que deve a comissão tentar ao máximo suprir os atos instrucionais por meio de seus próprios integrantes, restringindo ao extremamente necessário se reportar a agentes externos. Mesmo quando se fizer necessária a realização de atos de instrução cuja elaboração da prova se dá fora do âmbito da comissão, a cargo de algum perito, assessor técnico ou assistente (consultor) técnico ou qualquer outro profissional, tal fato não impede o prosseguimento do apuratório. A menos de situação excepcional, em que uma perícia, por exemplo, é essencial para ditar o rumo da continuidade da apuração, a instrução não é suspensa ou interrompida até que se obtenha, por meio de laudo, termo, etc, o resultado daquela prova externa. Uma forma de tentar suprir celeridade na realização de atos de instrução desta natureza é a comissão entrar em contato com o órgão ou unidade para tentar identificar quem procederá ao trabalho de perícia, assessoria técnica ou assistência técnica e buscar um contato pessoal.

Em regra, pode-se ter, como primeira recomendação, ouvir como testemunha o representante ou denunciante, caso exista esta figura, a fim de inquirir se confirma o teor da peça escrita, conforme se abordará em **4.4.4**.

Mas, a rigor, é o curso do processo que vai determinar os atos a serem realizados e a sua sequência, à medida que a comissão for formulando sua convicção. Embora jurídica e formalmente somente se admita que a comissão considere-se convicta ao final da instrução, devido ao senso crítico e analítico natural de qualquer um, a convicção é construída (e, talvez, ratificada ou destruída ou refeita) ao longo da instrução e a cada nova prova coletada. Não deve a comissão, a despeito das provas dos autos, ser refratária ou agir com inércia para alterar seu entendimento acerca do caso.

Ratificando-se o já exposto em **2.5.3.3.1**, caso excepcionalmente tenha sido realizado, em qualquer procedimento investigativo na subfase investigativa da fase de admissibilidade, algum ato de instrução probatória que tenha natureza contraditória - a exemplo de provas orais em geral (oitivas, interrogatórios ou acareações), diligências, perícias e assessorias técnicas - sem que houvesse acusado a se notificar e se demonstre relevante para a formação de convicção da comissão condutora do inquérito administrativo subsequente, o seu emprego no curso do processo disciplinar e a sua valoração na formação de convicção do colegiado requerem seu refazimento de ofício, independentemente de pedido da defesa. E o mesmo se aplica ao caso de servidor notificado como acusado posteriormente já no curso do inquérito administrativo, conforme se aduziu em **4.3.4.2**.

Nesta senda, não são suficientes para defender a manutenção daquele ato de instrução probatória de natureza contraditória coletado de forma inquisitorial a tese de que todos os ritos antecedentes podem integrar o processo disciplinar como peças informativas, na extensão do *caput* do art. 154 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e a alegação de que a notificação inicial da condição de acusado faz-se acompanhar de cópia integral dos autos e expressa que o servidor tem direito a pedir e questionar provas e o seu silêncio significaria aceitação tática de todo conjunto autuado. Mesmo diante de tais contra-argumentos, na supremacia do pleno atendimento do princípio do contraditório, em detrimento de economia processual e celeridade, deve imperar o conservadorismo e a comissão deve refazer aquele ato coletado de forma inquisitorial para que possa considerá-lo relevante para sua formação de convicção, independentemente de pedido da defesa.

O não atendimento da advertência acima, do refazimento de ofício, significa reduzir o apriorístico valor de uma prova de natureza contraditória e dinâmica a uma prova de natureza documental e estática e, com isto, desatende-se de forma grave o indispensável respeito ao princípio do contraditório a favor do acusado.

Uma vez que aqui está-se abordando um dilema que permeia duas distintas fases da persecução disciplinar (a subfase investigativa da fase de admissibilidade e também a se contraditória encetada no processo disciplinar, de que aqui se cuida), a mesma argumentação que segue abaixo, inexoravelmente, também teve de já ser apresentada em **2.5.3.3.1**.

A simples oferta, já no curso do processo disciplinar, de poder questionar e contestar por escrito o conteúdo estático do termo já autuado da prova que originalmente possuía natureza contraditória significa reduzi-la à condição de prova documental e suprimir do acusado o direito à plenitude do contraditório (a plenitude de poder contraditar um ato probatório reside na possibilidade de presença, participação e contestação no real momento de sua feitura e coleta, depreendendo a natureza e a dinâmica intrínseca do ato, antes de sua fria e estática redução a termo). Portanto, sem tal oferta plena, estes atos de natureza contraditória feitos na fase de admissibilidade serão nulos e carrearão nulidade à formação de convicção contrária a esta defesa, se forem considerados na eventual indiciação, conforme também entende a jurisprudência.

> *TRF da 3ª Região, Apelação Criminal nº 2.300: "Ementa: As provas realizadas na fase inquisitorial, incluída a confissão extrajudicial, só são aptas a embasar um decreto condenatório quando confirmadas em juízo, de forma a restarem em harmonia com os demais elementos probatórios coletados aos autos, observando-se, assim o devido processo legal em sua totalidade, dado que no inquérito policial o contraditório não se faz presente."*

Nesta linha, é de se aprofundar a explanação, trazendo ao debate o comando insculpido no *caput* do art. 155 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), que veda que o juiz decida com base apenas em elementos informativos coletados na fase pré-processual, não contraditória, como é o caso do inquérito policial em relação à ação penal. Antes, informe-se que esta redação do *caput* do art. 155 decorreu da minirreforma da parte processual penal instituída pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, que alterou os arts. 155 a 157 do CPP.

> *CPP - Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei n° 11.690, de 2008)*

Por um lado, a leitura da literalidade do texto legal, amparada pela jurisprudência, deixa claro que o que aqui se veda é a condenação calcada exclusivamente nos elementos informativos advindos do inquérito policial ou de qualquer rito administrativo similar que o dispense ou que o substitua, com as ressalvas a favor das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Por outro lado, não há proibição em a condenação também se valer destes elementos informativos, desde que sucedidos e corroborados por provas coletadas na fase contraditória. Em outras palavras, a decisão condenatória não pode se calcar unicamente nos elementos informativos coletados de forma inquisitorial e discricionária mas pode sim, perfeitamente, utilizá-los, em reforço e em acréscimo a provas obtidas no curso da ação penal, sob manto contraditório.

> *STF, Primeira Turma, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, Habeas Corpus nº 104.669/SP, DJe 18/11/2010, Ementa: "I - Os elementos colhidos no inquérito policial podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementados por outros indícios e provas obtidos na instrução judicial. Precedentes.*
> *II - A análise da suficiência ou não dos elementos de prova para a condenação é questão que exige revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, providência incabível na via do habeas corpus.*
>
> *STJ, Quinta Turma, Ministro Relator Jorge Mussi, Habeas Corpus nº*

> *118.296/SP, DJe 14/02/2011, Ementa: "1. Em respeito à garantia constitucional do devido processo legal, a legitimidade do poder-dever do Estado aplicar a sanção prevista em lei ao acusado da prática de determinada infração penal deve ser exercida por meio da ação penal, no seio da qual ser-lhe-á assegurada a ampla defesa e o contraditório.*
> *2. Visando afastar eventuais arbitrariedades, a doutrina e a jurisprudência pátrias já repudiavam a condenação baseada exclusivamente em elementos de prova colhidos no inquérito policial.*
> *3. Tal vedação foi abarcada pelo legislador ordinário com a alteração da redação do artigo 155 do Código de Processo Penal, por meio da Lei n. 11.690/2008, o qual prevê a proibição da condenação fundada exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação.*
> *4. Constatado que o Tribunal de origem utilizou-se unicamente de elementos informativos colhidos no inquérito policial para embasar o édito condenatório em desfavor da paciente, imperioso o reconhecimento da ofensa à garantia constitucional ao devido processo legal."*

A convicção contrária à defesa pode se valer de elementos informativos coletados na fase pré-processual e não contraditória, mas não exclusivamente, requerendo-se que se o faça tomando-os como reforço para provas produzidas sob todo manto dos direitos e das garantias fundamentais individuais de molde constitucional. E antes de se avançar na busca do reflexo no processo disciplinar, convém ainda expor que, no sentido oposto, embora pouco provável de ocorrer na prática, é possível se empregarem apenas elementos informativos carreados na fase pré-processual não contraditória para se decidir favoravelmente à defesa, com absolvição.

Caso se fizesse refletir integralmente o comando do *caput* do art. 155 do CPP na processualística disciplinar, não caberia a comissão disciplinar indiciar e concluir relatório propositivo de responsabilização e a autoridade julgadora apenar o servidor com base apenas em elementos informativos coletados no curso de procedimento investigativo conduzido na subfase investigativa da fase de admissibilidade. E, para atender de forma bastante conservadora o *caput* do art. 155 do CPP, sequer realizar apenas o interrogatório ao final do inquérito administrativo supriria, visto a prova oral do acusado ser considerada prova de defesa.

Por um lado, é verdade que, no atual estágio de evolução do desempenho da atividade correcional na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), busca-se estimular que a fase de admissibilidade, na sua subfase investigativa, seja eficiente na busca dos elementos informativos necessários e suficientes a darem a justa causa para a instauração do processo disciplinar, tentando ao máximo levantar os aspectos e os contornos objetivos do conjunto fático, a fim de reservar para o processo disciplinar subsequente e para o trabalho da comissão processante condutora apenas a apuração do ânimo subjetivo do autor (se agiu com culpa ou com dolo) e as condicionantes da feitura da infração.

Mas, por outro lado, é de se ter cautela pois há que se atentar que aquela recomendação vale integralmente no que tange aos elementos informativos de natureza pré-constituída, ou seja, aqueles elementos essencialmente documentais (que podem ser sintetizados como pesquisas em dossiês e em sistemas informatizados internos em geral, remessa de atos de comunicação e de circularizações e respectivas juntadas de documentos e informações recebidos em resposta, inclusive provas de natureza originalmente contraditória e compartilhadas de outros processos e procedimentos). Por serem elementos informativos preconcebidos, obtidos sem a participação efetiva do servidor condutor da investigação no momento da sua feitura, não há afronta ao princípio do contraditório quando sua coleta se dá em fase de admissibilidade, podendo ser diretamente carreados para os autos do processo disciplinar subsequente, bastando apenas que a defesa passe a ter vista e possa contraditar os seus conteúdos de natureza documental *lato sensu*. Para estes elementos informativos, em razão de sua específica natureza, que se amolda na exceção que o *caput* do art. 155 denomina

de provas antecipadas, pode-se dizer que a garantia do contraditório é diferida, o que em nada se confunde com ser cerceada. Estes elementos informativos porventura realizados e autuados em fase de admissibilidade não demandam obrigatório refazimento pela comissão no curso do processo disciplinar e se transmutam em provas em sentido estrito quando a defesa passa a ter ciência de sua juntada aos autos e, consequentemente, passa a ter capacidade de contestá-los.

Tanto é assim que, coerentemente, a própria Lei n° 8.112, de 1990, estabeleceu o rito sumário, prevendo-o totalmente instruído *a priori* por elementos informativos de natureza pré-constituída na fase de admissibilidade, visto que os trabalhos da comissão se iniciam já na indiciação, sem nenhuma coleta de prova contraditória e muito menos sem determinar o refazimento daquelas provas previamente realizadas e autuadas.

Ao se ter estabelecido como um parâmetro razoável de limite de extensão e de avanço dos trabalhos instrutórios investigativos não ir além dos elementos informativos de natureza pré-constituída, reservando - como regra - as provas de natureza contraditória para a comissão condutora do processo disciplinar subsequente, obtêm-se dois ganhos simultâneos: evita-se crítica de desatenção à inteligência insculpida no *caput* do art. 155 do CPP, respeitadora do princípio do contraditório, ao estendê-la para a processualística disciplinar; e poupa-se o refazimento de uma mesma prova já realizada na fase de admissibilidade posteriormente no processo disciplinar, cumprindo o princípio da economia processual.

Do contrário, caso se tenha demonstrado indispensável se realizar determinado ato de instrução probatória de natureza contraditória na fase de admissibilidade, pode-se ter levado adiante esta feitura, sem risco de nulidade de per si, mas deve-se atentar para necessidade de seu refazimento de ofício, pela comissão processante, no processo disciplinar decorrente, mesmo que a defesa não peticione, para que tal ato possa licitamente integrar a convicção final deste colegiado. A obrigação de refazimento no curso do processo disciplinar se aplica a todo ato de instrução que se materializa com a juntada de elemento informativo não pré-constituído, como condição inafastável para poder ser legalmente empregado na formação da convicção da comissão, sob pena de subtração inaceitável da prerrogativa da defesa de exercer o contraditório dinamicamente no momento de sua feitura. Acrescente-se neste rol de elementos informativos a serem refeitos sob manto contraditório as tomadas de manifestações por escrito de pessoas em fase de admissibilidade: para auferirem maior valor probante, convém que seja refeitas, agora com natureza de prova oral dinamizada, no curso do inquérito administrativo.

Em razão da inteligência do *caput* do art. 155 do CPP, que, em aplicação extensiva à processualística disciplinar, visa a preservar o devido foro contraditório para a feitura das provas com tal dinâmica e natureza (provas orais, diligências e provas periciais *lato sensu*, que também se denominam como provas constituendas, conforme se abordou em **4.4.1.1.3.a**), não convém a subfase investigativa avançar, esgotando também os atos de instrução de natureza contraditória, a ponto de nada restar para ser feito no curso do inquérito administrativo - relembrando que nem mesmo a coleta do interrogatório do acusado pela comissão afasta tal crítica sobre a Administração, visto ser prova de defesa. Convém reservar o foro contraditório para a feitura de provas desta natureza.

Ou seja, de forma geral, não é salutar que a fase de admissibilidade suprima completamente o necessário diálogo jurídico que a Lei n° 8.112, de 1990, previu que aconteça nos moldes mais formalizados do processo disciplinar em rito ordinário. Em outras palavras, excluídos os casos amparados mediante rito sumário (por expressa vontade do legislador) e a ressalva material abaixo descrita, não é principiologicamente recomendável que a fase de admissibilidade exagere e invada o foro contraditório, antecipando-o, e deixando a cargo da comissão apenas as providências inaugurais de praxe, a notificação inicial da condição de acusado e em seguida seu interrogatório, indiciação e coleta de defesa e fim de seus trabalhos lacunosa e precocemente com a entrega do relatório. Não seria de boa técnica jurídico-

principiológica esta “sumarização” da rica fase contraditória da instrução processual.

Mas, é de se atentar que cabe uma ressalva à afirmação acima. Em casos de avaliação patrimonial, que em geral se baseiam precipuamente em análise de elementos informativos documentais (a exemplo de pesquisas em dossiês e em sistemas informatizados internos em geral, remessa de atos de comunicação e de circularizações e respectiva juntada de documentos e informações recebidos em resposta), pode ocorrer de a fase de admissibilidade ser de fato exaustiva e exauriente e não restar à comissão nada além de interrogar o acusado. Neste caso, é possível compreender que a necessária busca da verdade processual suficiente apenas para ter feito deflagrar o poder-dever de a autoridade competente determinar a instauração de processo disciplinar em seu juízo de admissibilidade praticamente se superpõe à mesma verdade processual que a partir de agora pode vir a justificar a indiciação do acusado e a sua apenação, de forma a nada restar mesmo para a comissão instruir o processo, a não ser dar a sua própria leitura às planilhas, às tabelas e aos cálculos comprovadores do enriquecimento ilícito advindos da subfase investigativa, ofertar à defesa o contraditório acerca dessa sua leitura e interrogar o acusado. Ainda neste caso, o fato de o servidor ou a a comissão responsável pela condução dos trabalhos investigativos de apreciação da situação patrimonial do investigado, ao final de seu trabalho, ter elaborado planilhas ou tabelas e cálculos não se confunde com feitura de elemento informativo de natureza contraditória em momento inadequado, pois elaborar planilhas e tabelas dados numéricos não é fazer prova em si, mas sim aplicar sua livre cognição sobre os elementos informativos documentais de natureza pré-constituída que ampararam e instruíram as planilhas, tabelas e cálculos.

Em regra, em casos de ilícitos funcionais em geral (que comumente requerem provas de natureza contraditável não pré-constituída para comprovação) e em casos de avaliação patrimonial que excepcionalmente requeiram prova de natureza contraditável não pré-constituída para comprovação, não convém que este tipo de prova tenha sido realizada na fase de admissibilidade, mas sim no curso do processo disciplinar, a fim de se harmonizar com a inteligência estendida do *caput* do art. 155 do CPP. E, caso tenha sido excepcionalmente realizada na fase de admissibilidade, deve ser refeita de ofício pela comissão no inquérito administrativo, mesmo se a defesa não peticionar.

Mas há uma segunda ressalva muito importante a ser feita aqui. Muito já se enfatizou a cautela de se evitar realizar, na fase de admissibilidade, ato de coleta de elemento informativo de natureza contraditória, sob pena de ter de refazê-lo posteriormente, no processo disciplinar subsequente, e também já se reiterou tal desnecessidade para os elementos informativos de natureza pré-constituída. O que se busca com este posicionamento é refletir a convicção de que o elemento informativo de natureza contraditória antecipadamente coletado pode e certamente será ainda melhor coletado no seu refazimento no curso do processo disciplinar, sob a riqueza do manto do contraditório, e este é um aprimoramento processual factível, já que o próprio ente administrativo (em síntese, o sistema correcional) que o realizou originalmente, em geral, possui todas as condições, em suas próprias mãos, para refazê-lo. O mesmo não ocorre com provas realizadas originalmente em outros processos ou procedimentos, por outros entes, coletadas sob manto contraditório e trazidas como elemento informativo (o gênero compartilhamento de elemento comporta as espécies circulação de elemento informativo e prova emprestada). Esta é uma situação comum na realidade da atividade correcional na RFB, em que muitos casos caminham em paralelo com inquéritos policiais ou com ações penais, de onde se tem o compartilhamento judicialmente autorizado. Para estas provas, realizadas alhures por agentes estranhos, aqui prevalece o seu valor estático documental de elemento informativo advindo de circulação e não cabe a certeza de viabilidade de seu refazimento aprimorado no curso do processo disciplinar pela comissão processante. Embora originalmente tenha sido coletada sob natureza contraditória, estando aqui como prova documental, a este elemento probante não se aplica a obrigatoriedade do refazimento de ofício independente de pedido da defesa para ser licitamente empregada na

formação da convicção. Seu refazimento no processo disciplinar, seja por iniciativa da comissão, seja a pedido da defesa, condiciona-se a uma análise de pertinência e de viabilidade, por parte da comissão processante.

4.4.1.5 - Indeferimento de Pedidos da Defesa, Reconsideração e Recurso

Por um lado, na esteira do que já se aduziu em **4.4.1.2**, tanto é certo que a imparcial busca da verdade material aponta os rumos do trabalho da comissão e que esta não se confunde com polo acusatório mas sim apuratório no processo disciplinar, que a busca pelo esclarecimento fático se dá de ofício pelo colegiado, inclusive e obrigatoriamente para produzir prova a favor da defesa, ainda que esta sequer tenha provocado a realização. Como regra geral, as provas acerca de fatos controversos, relevantes e pertinentes devem ser realizadas. Por outro lado, dentro do estreito limite da atuação pública vinculada ao ordenamento normatizado (composto das regras positivadas e dos princípios) e ao interesse público, o processo disciplinar jamais pode ser palco para desperdícios, exageros, devassas e desvios de interesse. Assim, qualquer prova que se demonstre dispensável para a única motivação de se ter o processo instaurado (qual seja, o imparcial esclarecimento dos fatos) não deve ser realizada. Nesta senda, incabível que a comissão busque de ofício uma prova dispensável para a busca da verdade processual, bem como se a defesa apresentar pedido de realização de prova impertinente, protelatória ou irrelevante, o pleito é de ser negado, motivadamente, pelo presidente da comissão, respaldado por prévia deliberação colegiada registrada em ata.

Com relação a pedidos de realização de atos de prova formulados pela defesa, respaldado por ata conjunta de deliberação, o presidente da comissão, dirigindo-se ao acusado em nome do colegiado, tem a prerrogativa legal, conforme o § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, de, à vista da eficiência, economia e celeridade, negar, total ou parcialmente, aqueles pedidos de atos de instrução considerados meramente irrelevantes (pedidos sem relação com o processo); protelatórios (apenas para postergar no tempo a decisão); e também aqueles impertinentes que, mesmo que guardem alguma relação com o processo ou que não sejam de feitura demorada e protelatória, não demonstram interesse de serem realizados, por exemplo porque os fatos que deles se possam extrair já estejam comprovados por outros atos já constantes dos autos.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.*
> *§ 1º O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.*
> *§ 2º Será indeferido o pedido de prova pericial, quando a comprovação do fato independer de conhecimento especial de perito.*

Merece destaque a motivada denegação pela comissão de produção de prova irrelevante, ou seja, de prova que já não mais nada agrega ao processo em razão de já existirem outras com a mesma informação, em quantidade suficiente para suprir a natural incerteza do procedimento probatório indutivo. Reconhece-se ser interessante coletar uma mesma informação por diferentes meios complementares, como, por exemplo, por meio de prova documental, pericial e testemunhal, e inclusive se estendendo até mais de uma testemunha consonante (já que o relato oral sempre possui nuances próprias e pessoais), mas já se tornam dispensáveis inúmeros testemunhos repetitivos acerca do mesmo fato.

Acrescentem-se ainda como motivos de denegação de pedido da defesa aqueles elencados nos incisos do *caput* do art. 384 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código

de Processo Civil (CPC), dispostos em **4.4.1.1.1.a**, a cuja leitura se remete, quais sejam, acerca de fatos notórios, confessados, incontroversos ou objeto de presunção legal absoluta. Também devem ser objeto de inequívoca denegação eventuais pedidos de parte da defesa para feitura de provas constitucionalmente tida como admissíveis em virtude de seu caráter ilícito de ferirem Direito material, nos termos do inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal (CF). E não se deve olvidar jamais que, sendo o processo disciplinar um rito instrumental sem fim em si mesmo e operado com o objetivo específico e delimitado de dizer o direito (no caso, acerca da responsabilização ou não do acusado) em determinado prazo que reflita duração razoável, pode-se construir a tese de que há ainda o motivo denegatório baseado na preclusão do direito de a defesa peticionar por provas já após encerrada a instrução probatória, ao longo da qual, desde o recedimento da notificação inicial da condição de acusado, sempre teve notícia do seu direito de exercitar as garantias do contraditório e da ampla defesa, de forma que o pedido a destempo, como regra, deve e pode ser denegado pelo colegiado, interpretando-o como meramente protelatório.

> *CPC - Art. 374. Não dependem de prova os fatos:*
> *I - notórios;*
> *II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;*
> *III - admitidos no processo como incontroversos;*
> *IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.*

À vista tão somente do mencionado comando do § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, já se tem cristalino na própria literalidade da norma que compete à comissão avaliar a relevância da prova solicitada pela defesa. A simples denegação, por parte da comissão, de pedido de prova apresentado pelo acusado não é, por si só, causa de nulidade, visto que tal poder é expressamente previsto na Lei. E, por óbvio, o ordenamento é coerente, ao permitir o indeferimento justamente porque a prova solicitada se mostra impertinente, protelatória ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos, de forma que sua dispensa em nada pode acarretar prejuízo à defesa, já que esta se defende do fato que lhe é imputado e a prova dispensada não auxilia em nada no esclarecimento fático.

Todavia, este poder, a cargo da comissão, de denegar pedido de prova da defesa, deve ser usado com cautela, em caso de inequívoca improcedência, uma vez que a negativa de ato de interesse do acusado pode suscitar alegação de cerceamento à defesa. Primeiramente, estando em dúvida para indeferir pedido de formação de prova, quando o caso não é de flagrante inaplicabilidade, pode a comissão intimar o acusado a demonstrar relação de pertinência da prova solicitada com o fato apurado.

Se, mesmo após esta oportunidade de aduzir a relação de pertinência de seu pedido com o objeto do processo, o acusado não convencer da relevância da prova solicitada, a denegação do pedido, assinada pelo presidente, deve estar respaldada em prévia deliberação colegiada bem fundamentada e motivada, em ata, ainda no curso da instrução, para que a defesa possa contestar o indeferimento diante da própria comissão ou apresentar um pedido suplementar de realização do outras provas.

Neste momento, não deve a comissão guardar a resposta para o relatório, quando não haverá condições de ser contraditada, e também não se recomendam indeferimentos lacônicos, apenas afirmando que o pedido é impertinente ou que é protelatório. Deve haver, na ata, as razões jurídicas demonstrando a clara motivação do indeferimento (porque a prova já foi produzida anteriormente ou porque a informação que se quer já consta dos autos, etc), bem como a fundamentação legal no § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990. Conforme a dinâmica já exposta em **4.3.11.1** e em **4.3.11.3** e também de acordo com o que se abordará em **4.4.3**, basta entregar a notificação apenas ao acusado (ou apenas a seu procurador) e, desta notificação do indeferimento do pedido, deve constar do termo que a ele “segue anexada cópia da ata, com a motivação do indeferimento, que é parte integrante e inseparável do

termo".

Sendo tema sensível, colecionam-se pacificadas manifestações jurisprudenciais e doutrinárias, inclusive da Controladoria-Geral da União (CGU).

> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.834: "Ementa: (...) III - O indeferimento de pedido de produção de provas, por si só, não se caracteriza como cerceamento de defesa, principalmente se a parte faz solicitação aleatória, desprovida de qualquer esclarecimento. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LV, garante aos litigantes em maneira geral o direito à ampla defesa, compreendendo-se nesse conceito, dentre os seus vários desdobramentos, o direito da parte à produção de provas para corroborar suas alegações. Mas esse direito não é absoluto, ou seja, é necessário que a parte demonstre a necessidade de se produzir a prova, bem como deduza o pedido no momento adequado."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.464: "Ementa: (...) II - O direito à produção de provas não é absoluto, podendo o pedido ser denegado pelo presidente da comissão quando for considerado impertinente, meramente protelatório ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos. (...). IV - A comunicação do indeferimento da prova requerida deve operar-se ainda na fase probatória, exatamente para oportunizar ao servidor a interposição de eventual recurso contra a decisão do colegiado disciplinar, sendo defeso à comissão indeferi-lo quando da prolação do relatório final."*
> *Idem: STJ, Mandados de Segurança nº 6.952, 8.877 e 12.016*
>
> *"Por outro lado, é preciso ter em mente que as provas referem-se a atos e fatos jurídicos que sejam, cumulativamente, pertinentes, relevantes e controvertidos. Não preenchidos esses requisitos, a produção de provas deverá, após deliberação dos membros devidamente registrada em ata (art. 152, § 2º), ser indeferida por ato motivado do presidente da comissão (...)",Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 185 e 186, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*
>
> *"Para segurança do indeferimento, a fim de que não caracterize cerceamento de defesa, convém que a comissão, preventivamente, utilize, sempre, a fórmula: 'Diga o requerente qual é o objeto da sua prova'.*
> *Isso permitirá avaliar se a prova pleiteada está ou não vinculada às condições que lhe garantem o deferimento." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pg. 216, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*
>
> *"É comum a defesa arrolar testemunha chamada abonatória, que é aquela que, na verdade, nada sabe sobre o fato. Deseja, apenas, que compareça perante a autoridade processante para falar dos bons hábitos, por exemplo, do servidor. A princípio, essas testemunhas devem ser dispensadas, porque nenhum esclarecimento trarão aos autos." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pg. 495, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*
>
> *"Apesar da Lei Geral de Processo Administrativo da União (Lei Federal nº 9.784/1999) assegurar os direitos do administrado de formular alegações e apresentar documentos antes da decisão (art. 3º, III) e de, na fase instrutória e antes da tomada de decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências, perícias e de aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo (art. 38), a Administração poderá recusar, desde que fundamentadamente, a realização de provas propostas pelos interessados quando ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias (art. 38, parágrafo 2º).*
> *A Lei federal nº 8.112/1990 capitula que o presidente da comissão poderá*

denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos (art. 156, parágrafo 1º).
José dos Santos Carvalho Filho comenta o art. 38, parágrafo 2º, da Lei federal nº 9.784/1999, e ensina que são ilícitas as provas produzidas em desconformidade com a lei ou com princípio constitucional; impertinentes as que não tenham qualquer relação com o assunto de que cuida o processo; desnecessárias as inúteis para o processo administrativo, como no caso de o fato que se pretende provar por certo meio proposto já se encontrar demonstrado por meio mais idôneo e incontestável; protelatórias aquelas de que se vale o interessado para tão somente procrastinar a solução do processo.
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes assinala que só podem ser objeto de atividade instrutória os fatos pertinentes ao processo e relevantes para as finalidades das investigações.
Encareceu o Superior Tribunal de Justiça: 'O indeferimento motivado do pedido de acareação de testemunhas e de perícia grafotécnica não importa em cerceamento de defesa quando o conjunto probatório dos autos tornar desnecessária a produção de tais provas.'
Fernando Capez sustenta que apenas os fatos duvidosos em sua configuração e relevantes para julgamento do processo devem ser objeto da atividade probatória.
Enuncia o Superior Tribunal de Justiça: 'O indeferimento de pedido de produção de perícia, por si só, não se caracteriza como cerceamento de defesa, principalmente se a parte faz solicitação aleatória, desprovida de qualquer esclarecimento.' Ratifica a Corte: 'Não há cerceamento de defesa no indeferimento de produção de prova manifestamente desnecessária.'
O Superior Tribunal de Justiça endossou: 'Não há ilegalidade em ato indeferitório de produção de provas eminentemente protelatórias, competindo, ainda, ao servidor a entrega de documentos que pretenda utilizar-se, desde que fiquem sob a sua guarda'." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pg. 497, Fortium Editora, 1ª edição, 2008

"A L. 8.112 faculta ao presidente da comissão indeferir pedidos de provas que considere impertinentes, ou meramente protelatórias, ou desinteressantes para o esclarecimento dos fatos. Significa isto que sempre que o servidor indiciado requerer prova de todo inaplicável ao caso, ou com intenção manifestamente procrastinatória, apenas para consumir tempo útil de processo, ou ainda sem qualquer relação com ele, poderá indeferir tal pedido. Desnecessário recordar que todo e qualquer indeferimento dessa natureza precisará estar justificado com rigor e precisão, pois está, em última análise, furtando ao indiciado o direito de uma prova que requereu.
É certo que nem toda a prova pedida precisa ser deferida, tanto no processo administrativo quanto no judicial, onde é frequente Juízes indeferirem requerimentos de provas que consideram impertinentes, protelatórios ou irrelevantes. Em todos os casos, entretanto, repita-se, a denegação dos pedidos precisará estar razoavelmente fundamentada, demonstrando-se quão indevido é o pedido. Em assim não acontecendo, remanescerá ao requerente um claro direito à obtenção da prova, factível até pela via do mandado de segurança." Ivan Barbosa Rigolin, "Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis", pg. 294, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995

De se destacar a informação, acima constante, de que o eventual indeferimento de pedido de prova apresentado pela defesa deve ser notificado ainda no curso da instrução, para que o acusado possa contestá-lo diante da própria comissão.

Embora estejam igualmente inseridos no chamado direito de petição (previsto nos arts. 104 a 115 da Lei nº 8.112, de 1990, e que, como gênero, sintetiza o direito de o administrado requerer diretamente à Administração), há dois institutos que, à vista da autonomia e da

independência da comissão, exigem aqui uma abordagem específica: o pedido de reconsideração e o recurso hierárquico, respetivamente previstos no caput do art. 106 e incisos I e II do caput e § 1º do art. 107, ambos da Lei nº 8.112 de 1990.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 106. Cabe pedido de reconsideração à autoridade que houver expedido o ato ou proferido a primeira decisão, não podendo ser renovado.*
> *Art. 107. Caberá recurso:*
> *I - do indeferimento do pedido de reconsideração;*
> *II - das decisões sobre os recursos sucessivamente interpostos.*
> *§ 1º O recurso será dirigido à autoridade imediatamente superior à que tiver expedido o ato ou proferido a decisão, e, sucessivamente, em escala ascendente, às demais autoridades.*

Sendo a comissão o ente exclusivamente competente para a condução da segunda fase do processo (o inquérito administrativo), tem-se que, aí, o colegiado age em nome da própria Administração. Como tal, em tese, seus atos poderiam suscitar os dois requerimentos acima citados. No mesmo sentido aponta a abordagem do tema sob a ótica subsidiária da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, à luz do *caput* e do § 1º do seu art. 56, combinado com seu art. 69, que estabelecem que, como regra geral, cabe o manejo das duas ferramentais recursais *lato sensu*.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.*
> *§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará a autoridade superior.*

De um lado, é certo que o indeferimento, por parte da comissão, de qualquer petição apresentada pelo acusado, referente a ato instrucional, pode ser objeto de um único pedido de reconsideração ao próprio colegiado, à luz do *caput* do art. 106 da Lei nº 8.112, de 1990, a fim de que ele reveja sua decisão original.

Todavia, de outro lado, sendo a comissão um órgão autônomo e independente na Administração Pública, não se inserindo em via hierárquica e não sendo subordinada a qualquer autoridade, conforme já aduzido em **4.3.10.2.2**, a própria noção elementar de recurso hierárquico fica prejudicada. Com isto, já em uma primeira abordagem imediatista, não se apresenta útil à defesa interpor recurso, à autoridade instauradora ou ao chefe hierárquico dos componentes do trio ou a qualquer outra autoridade administrativa, independentemente de sua alçada dentro do próprio órgão ou dentro da Pasta ou até mesmo no âmbito da Controladoria-Geral da União (CGU), contra ato da comissão, visando à sua reforma, visto que não há autoridade superior ao colegiado. Isto porque, apesar da previsão genérica de tal peça recursal poder ser lida e cogitada nos incisos I e II do *caput* do art. 107 da Lei nº 8.112, de 1990, a rigor, na espécie, inexiste a linha hierárquica requerida pelo subsequente § 1º, conforme também entende a doutrina.

> *"O deferimento ou o indeferimento dessas petições será proferido pelo colegiado apuratório, em ato formal (ata de reunião), onde deliberarão em seção reservada e informarão o resultado à parte solicitante. A esta será facultável, ante o inconformismo, apresentar apenas pedido de reconsideração, não sendo cabível, incidentemente ao andamento do processo disciplinar, a interposição de recurso hierárquico.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pg. 280, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

E, ainda que não se queira reduzir e limitar a análise a este argumento bastante concreto, direto e objetivo da inexistência da via hierárquica em que se inseriria a comissão, melhor sorte não encontrariam as defesas caso buscassem buscassem argumentações mais jurídicas.

Aprofundando a análise, primeiramente cabe relembrar que o rito previsto na Lei nº 8.112, de 1990, contempla a comissão apenas como o ente competente para conduzir e instruir a segunda fase, do inquérito administrativo, reservando à autoridade julgadora a emissão do ato decisório do processo, no julgamento (análogo à sentença de que trata o § 1º do art. 203 do CPC). A definição desta autoridade julgadora depende da conclusão proposta pela comissão em seu relatório: em caso de proposta de arquivamento ou de apenação com advertência ou no máximo com suspensão de até trinta dias, a própria autoridade instauradora é competente para julgar; em caso de proposta de apenação com suspensão superior a trinta dias ou com pena expulsiva, a autoridade julgadora pode não coincidir com a autoridade instauradora. Independentemente de quem seja, a autoridade julgadora, em seu julgamento, analisará detidamente todo o trabalho da comissão, tanto nos aspectos formais, na verificação da ocorrência de nulidades insanáveis, quanto no mérito em si, na avaliação da adequação da proposta feita pelo colegiado às provas dos autos, podendo confirmá-la ou até mesmo agravá-la ou abrandá-la. Enfim, o julgador tem a oportunidade de rever todo o trabalho apuratório realizado pela comissão. Mais que isto: no caso de a autoridade instauradora ser competente para julgar, pode-se mesmo dizer que toda análise processual lhe é devolvida, para que exerça o seu próprio juízo, *a posteriori* da atuação da comissão.

Desta sistemática legal se extrai que a comissão não produz decisões terminativas no processo disciplinar, mas sim meros despachos e decisões interlocutórias (nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 203 do CPC), tomados nos limites de sua competência, que é essencialmente a de preparar os autos a fim de poderem receber o julgamento. Daí, quando a defesa recorre a quem quer que seja (em geral, à autoridade instauradora) contra decisão tomada pela comissão no curso da fase de inquérito administrativo, o que se tem é a tentativa de recorrer de uma decisão meramente interlocutória em processo disciplinar, para a qual, segundo assenta a jurisprudência, em construção que, de forma mais extensiva, também já se demonstrou útil em **4.2.1**, não cabe recurso hierárquico.

> *CPC - Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.*
> *§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.*
> *§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.*
> *§ 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.*
>
> *TRF da 5ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 53.344: "Ementa: (...) - Quanto à 'perícia contábil' - expressão indevidamente usada (certamente para conferir mais força à alegação do suposto cerceamento de defesa) porque se tratava de mera diligência fiscal - vê-se que o pedido do impetrante já fora anteriormente formulado e indeferido, e esse indeferimento foi mantido pela decisão de fls. 104, item 27. Operou-se, quanto à matéria, a preclusão administrativa. (...) Por derradeiro, tampouco houve cerceamento de defesa ao 'não conferir ao acusado, ora Impetrante, oportunidade para recurso administrativo, ao ultimar a instrução simultaneamente com a ciência do Impetrante do indeferimento de seu requerimento de nova diligência fiscal, para que pudesse acompanhá-la e formular quesitos' pelas simples razões de, no âmbito do processo administrativo, não existirem recursos de decisões interlocutórias, e de os recursos, em regra, não terem efeito suspensivo, nos termos do art. 61 caput e parágrafo único da Lei 9.784/99.*
>
> *STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 22.683: "Ementa: IV - É irrelevante para a conclusão do procedimento administrativo disciplinar o*

> *processamento de recurso hierárquico totalmente descabido, uma vez que manejado contra o relatório da comissão permanente de disciplina que apenas recomendou a demissão do ora recorrente à autoridade competente para o julgamento, tendo em vista que a autoridade julgadora não está vinculada às conclusões do relatório."*

Sendo assim, uma vez que, de acordo com jurisprudência, não é cabível recurso hierárquico de decisões interlocutórias tomadas em processos disciplinares, reforça-se que não se admite tal esfera recursal diante de comissão, cujas decisões não são terminativas. E não há que se cogitar de prejuízo à defesa em tal assertiva, que, em síntese, denega tão somente a imediata apreciação, por parte da autoridade a quem a defesa recorre, de alguma contestação feita pela defesa. Mesmo que em geral se recorra à autoridade instauradora e esta não venha a ser competente para julgar, é certo que a apreciação de todo o trabalho apuratório da comissão, no que se incluem suas deliberações indeferindo alegações e petições da defesa, obrigatoriamente será realizada pela autoridade julgadora que, enfim, na última fase processual, emitirá decisão terminativa - esta sim, passível de recurso hierárquico à autoridade que lhe é superior. Ora, os julgados acima soam coerentes e lógicos, pois, se o objetivo da defesa em interpor recurso é levar a apreciação de seu pleito para autoridade superior, este efeito se dará, inexoravelmente, em razão da sistematização legal do processo disciplinar.

É de se perceber que o argumento acima não só enrobustece como até mesmo supera e torna até dispensável a primeira justificativa apresentada para considerar incabível recurso contra decisão da comissão em função apenas do entendimento de esta ser um ente autônomo na Administração Pública. Mesmo que se abstraia desta discussão, é certo que as comissões emitem decisões apenas interlocutórias em face das quais sequer é de se conhecer qualquer tentativa de as defesas interpuserem recursos hierárquicos.

Cabe reiterar uma informação apresentada linhas acima que aqui se qualifica como mais uma argumentação a favor do não conhecimento de recurso contra decisão de comissão no curso do inquérito administrativo, na situação mais comum em que esta peça recursal apresentada pela defesa costuma ser dirigida à autoridade instauradora (até porque, nesta fase, ainda não se tem a fixação da autoridade julgadora, pois não há que falar de já existir relatório que se conclua com a proposta da comissão. Conforme já aduzido, não necessariamente a autoridade instauradora figurará, ao final do processo, como a autoridade legalmente competente para proferir o julgamento, em razão da alçada a ser definida apenas com a conclusão de responsabilização, ou não, do acusado e, em caso positivo, com a eventual proposta de penalidade, por parte da comissão. Por mais este motivo, diante de eventual recurso hierárquico interposto pela defesa em meio à fase de inquérito administrativo (cuja condução compete exclusivamente à comissão), esta peça não é de ser conhecida pela autoridade instauradora, porque, neste momento processual sequer se pode afirmar que ela será competente para julgar o processo disciplinar

4.4.1.5.1 - Quantidade de Testemunhas

Uma questão por vezes enfrentada pela comissão é se há ou não algum limite para quantidade de testemunhas que a parte pode arrolar. A rigor, não há uma exata determinação da quantidade de oitivas, seja de interesse da comissão, seja de interesse da parte. Como no processo disciplinar não há as figuras de testemunhas de defesa e de acusação e aqui prevalece a busca da verdade material por oficialidade, todas as testemunhas necessárias ao esclarecimento do fato são do processo. Com isto, em princípio, não cabe a imposição de um número máximo de testemunhas.

Mas, antes, independentemente de quantitativo, é preciso destacar que os pedidos de oitiva de testemunha, por parte da defesa, devem ser acompanhados pelo fornecimento do

nome completo, profissão ou função pública exercida, endereço de correio eletrônico e número de telefone móvel do arrolado, conforme exige o § 4º do art. 2º da Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 9, de 24 de março de 2020, a fim de propiciar à comissão condições de localizar a pessoa e estabelecer contato prévio.

> *IN CGU/CRG nº 9, de 2020 - Art. 4º*
> *§ 4º O interessado, o representante legal e o seu procurador constituído devem indicar o nome completo, a profissão ou função pública exercida, o endereço de correio eletrônico e o número de telefone móvel das testemunhas por ele indicadas.*

Excepcionalmente, diante de pedidos por parte do acusado para que sejam ouvidas inúmeras testemunhas e para as quais não se prevê forte pertinência, por mera recomendação, pode-se adotar como referência permitir ao interessado indicar, no mínimo, a mesma quantidade de testemunhas que a comissão por si só deliberou ouvir. É uma mera indicação, imprecisa e variável, visto que somente o caso concreto é que pode definir a relação de pertinência de um ou de vários testemunhos. Mas, o certo é que, adotando esta referência mínima, respeita-se o princípio da impessoalidade, que ordena a igualdade de condições entre a comissão e o acusado.

Além disto, também como meras referências, passíveis de serem ultrapassadas diante da peculiaridade de cada caso concreto, pode-se ainda citar o limite previsto no *caput* do art. 401 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), que estabelece que, na instrução dos respectivos processos judiciais, serão inquiridas no máximo oito testemunhas de acusação e até oito de defesa, bem como o limite previsto no § 6º do art. 357 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), que estabelece o máximo de dez testemunhas arroladas por processo, sendo três para a prova de cada fato.

Enfim, em que pese as referências acima mencionadas, em obediência aos princípios da oficialidade e da verdade material, não se pode determinar categoricamente uma quantidade de oitivas, ficando tal definição dependente das peculiaridades de cada caso, diante da complexidade e da livre convicção da comissão.

No caso de se tentar trazer aos autos a rotina de determinada unidade ou de determinada atividade (fiscal ou previdenciária), pode-se concentrar na oitiva apenas do chefe, dispensando-se ouvir todo o pessoal lotado.

Acrescente-se ainda ser comum se deparar a comissão com pedido, por parte da defesa, para que sejam ouvidas como testemunhas pessoas que não guardam relação concreta alguma com os fatos apurados, pessoas que sequer trabalham onde o fato ocorreu e que, provavelmente, nada terão a informar sobre o objeto da apuração, decorrendo este pedido apenas da expectativa por parte do acusado de que tais pessoas compareçam aos autos para manifestarem aspectos pretéritos da conduta do servidor ou suas avaliações pessoais acerca do caráter e da retidão do acusado (as chamadas “testemunhas abonadoras de caráter”). Diante de tais pedidos, em que se presume que os depoimentos se limitarão a manifestações de impressões e opiniões pessoais das testemunhas acerca da pessoa do acusado, após oportunizar à defesa a manifestação de pertinência entre o pedido e o objeto restrito de apuração, deve a comissão fundamentar a denegação mediante aplicação extensiva do art. 213 do CPP, que veda no processo a manifestação, por parte de testemunhas, de apreciações pessoais, a menos que sejam indissociáveis do fato sob apuração.

Em última instância, restando insegurança de parte da comissão para indeferir pedido de oitiva do tipo acima descrito de testemunha, tendo a trazido aos autos, uma estratégia interessante é o colegiado de imediato perguntar ao depoente o que sabe acerca dos fatos específicos objeto de apuração no processo em curso, restringindo o interesse ao local e à

época da ocorrência, e, diante da presumida resposta negativa, manifestar a desnecessidade de novas perguntas e passar a palavra à defesa, já com a prova oral totamente desvalorada.

4.4.1.6 - Prova Documental

Na teoria da prova, o documento assume tão relevante destaque que se insere tanto como uma das três formas com que a doutrina tradicional classifica as provas em termos das modalidades em que se apresentam quanto também é referido como um meio de prova, ou seja, como um dos instrumentos empregados pelas partes para trazer ao processo a convicção acerca do que se discute nos autos.

Por tamanha relevância, a prova documental merece imediata e isolada abordagem, uma vez que, além daqueles documentos que tenham instruído a peça inicial ou que tenham sido autuados na fase de admissibilidade, suas juntada, aplicabilidade e aceitação se diluem ao longo não só de toda a instrução processual mas também, a rigor, ao longo de todo o processo disciplinar, seja para reforçar, seja para contrapor os fatos denunciados ou conexos. Diante do total silêncio da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a abordagem do tema se sujeita à integração com o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e principalmente com a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), onde se encontra a mais completa normatização, conforme desde já introduzem, respectivamente, os seus art. 231, *caput* do art. 232 e art. 234 e o *caput* do seu art. 435.

> *CPP - Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.*
> *Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.*
> *Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.*
>
> *CPC - Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.*

Sob termos jurídicos, documento é todo o meio em que se pode fazer conhecer e representar a prática de um ato ou a ocorrência ou a existência de um fato ou até mesmo de um pensamento, de uma ideia ou de uma intenção e em que se pode fixá-los de modo permanente para sua posterior reprodução nos autos, como elemento informador de convicção. Na amplitude deste conceito, pode-se ter documento tanto com forma pré-definida em lei (o chamado documento formal) quanto com liberdade formal (o chamado documento não formal, cuja forma não se submete à previsão legal).

Na tradicional classificação das provas quanto à forma, pode-se compreender a prova documental como resultado de uma obra humana que fixe ou retrate algum acontecimento, em contraposição à forma testemunhal, que visa ao registro de fatos gravados na memória do homem.

Como consequência desta ampla possibilidade, como meio de prova (e aqui, diante de tamanha diversidade de se instrumentalizar o registro, trata-se mesmo de um meio de prova em gênero, que se desdobra em inúmeras espécies), os documentos podem representar o fato, o ato, o pensamento, a ideia ou a intenção através de escritos, gráficos, imagens, fotografias, mapas, sinais de vídeo, sinais de áudio, filmagens, gravações, dentre tantos outros, e podem se materializar tanto em papel quanto em materiais plásticos das mais diversas naturezas e em mídias eletrônicas (sem prejuízo de se reconhecer que, histórica e juridicamente, o sentido estrito do termo “documento” se reportava a documentos escritos em papel). Dito isto, o conceito de documento independe do objeto em que se materializam de forma permanente o

fato, o ato, pensamento, ideia ou intenção, estando, portanto, à margem do suporte físico em que se assenta sua existência. Ainda na esteira desta abrangência, ao final do presente tópico, se abordarão os documentos eletrônicos (ou digitais), não obstante se reconhecer que as definições que de imediato se apresentam, fortemente associadas aos documentos em meio físico, também se aplicam indistintamente àqueles documentos eletrônicos.

De imediato, duas classificações dos documentos, ambas relacionadas à sua autoria, se mostram relevantes. Primeiramente, em razão da qualidade do seu autor, os documentos podem ser públicos ou particulares (ou privados). Os documentos são públicos se formados diante de um agente público no exercício do seu múnus, circunstância que lhe assegura fé pública (a formação perante o agente público tem um sentido mais amplo que simplesmente a elaboração ou a lavratura pelo agente público). Da literalidade do art. 405 do CPC extrai-se que a qualidade pública de um documento não se condiciona a seu autor ter atribuições notariais (no sentido estrito de funções cartoriais extrajudiciais em gênero), depreendendo-se que os documentos públicos podem ser judiciais, elaborados por escrivães ou serventuários de justiça nas escrivanias de justiça (cartórios judiciais) ou nas secretarias de varas de justiça; ou notariais, elaborados por tabeliães (notários) responsáveis por tabelianatos (ofícios de notas ou notariados) ou oficiais responsáveis por registros públicos; ou ainda administrativos, elaborados por servidores em geral de qualquer outro órgão público. Os documentos são particulares se elaborados por um agente particular ou por quem aja nesta qualidade. A esta primeira classificação acrescente-se que os documentos podem ser assinados (subscritos) ou anônimos: os documentos assinados possuem autoria aparente (bem como presunção de que o conteúdo nele representado foi desejado pelo autor), a ser confirmada ou não com a sua autenticidade, e os não assinados não possuem autoria aparente.

> *CPC - Art. 405. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença.*

Na sequência destes primeiros conceitos, à luz dos arts. 410 e 411 do CPC, tem-se que os documentos públicos gozam de presunção de serem autênticos (pois trazem em si mesmos a prova da autoria); já os documentos particulares somente são reputados autênticos se o tabelião reconhecer a firma aposta em sua presença, necessitando em regra serem autenticados (tendo a autoria comprovada fora de si mesmos) ou podem ainda restar sem autenticidade.

> *CPC - Art. 410. Considera-se autor do documento particular:*
> *I - aquele que o fez e o assinou;*
> *II - aquele por conta de quem ele foi feito, estando assinado;*
> *III - aquele que, mandando compô-lo, não o firmou porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros empresariais e assentos domésticos.*
> *Art. 411. Considera-se autêntico o documento quando:*
> *I - o tabelião reconhecer a firma do signatário;*
> *II - a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico, nos termos da lei;*
> *III - não houver impugnação da parte contra quem foi produzido o documento.*

O termo “documento” comporta duas acepções, em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, contém tanto o conceito de “instrumento” quanto o de documento em sentido estrito. O termo “instrumento “ refere-se aos documentos que, desde sua feitura, destinam-se a figurar como prova pré-constituída de algum fato, constituindo, extinguindo ou modificando este ato jurídico, e que, como tal, em regra, são escritos e formais, restando os documentos em sentido estrito (a que o já reproduzido *caput* do art. 232 do CPP chama de “papéis”) como prova apenas casualmente, pois não são elaborados com este fim específico e pré-determinado.

Tanto os instrumentos quanto os documentos em sentido estrito podem ser públicos ou

particulares, de acordo com a definição genérica acima já exposta. Quanto aos instrumentos, no primeiro caso, inserem-se como públicos, dentre outros, os atos processados em juízo, tais como peças de processos judiciais, elaborados por escrivães ou por serventuários de justiça; as escrituras públicas lavradas por tabeliães (notários) ou por oficiais de registros públicos, à vista de seus livros e assentamentos cartoriais extrajudiciais, sendo certo que, por vezes, a lei exige algum destes requisitos formais, conforme comanda o art. 406 do CPC; e, como particulares, os contratos civis, as escrituras particulares, os livros comerciais e contábeis, os recibos, os cheques, as procurações e os papéis e registros domésticos ainda que não assinados. Residualmente, quanto aos documentos em sentido estrito, dentre outros, mencionam-se como públicos os termos que consubstanciam atos administrativos em geral; e, como particulares, as cartas missivas, as mensagens e as notícias de mídia, submetidas a critério constitucional de admissibilidade, conforme reitera o art. 233 do CPP. De se ressalvar que as exemplificações acima são dinâmicas; em outras palavras, um documento em sentido estrito pode ser alçado à espécie de instrumento se for elaborado com a prévia intenção de servir de meio de prova de um fato e um instrumento pode valer como documento em sentido estrito se casualmente vier a valer como prova de um fato distinto daquele nele representado.

> *CPC - Art. 406. Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.*
>
> *CPP - Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.*
> *Parágrafo único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.*

Importa destacar que as cartas, telegramas e todo gênero das correspondências epistolares - à margem da garantia prevista na parte inicial do inciso XII do art. 5º da CF, que assegura como aprioristicamente invioláveis os atos de correspondência e de comunicação (no seu sentido abstrato de transporte, tráfego, deslocamento, viagem), em sua fluência, entre o seu envio pelo remetente e a sua chegada no destinatário -, uma vez por este recebidas, deixam de ser elementos de comunicação e passam a ter natureza ordinária de documentos particulares, conforme se exporá em **4.4.14.1**. Como tal, podem ser apreendidos no cumprimento de mandados de busca e apreensão judicialmente autorizados à vista de justa causa motivadora, conforme a alínea “f” do § 1º do art. 240 do CPP, ou podem ainda ser objeto de confirmação oral de sua existência por meio de testemunhos.

Neste aspecto, esclareça-se que as provas coletadas por meio de atos instrucionais são materializadas nos autos em forma documental. Citem-se, a título de exemplos não exaustivos, as provas orais e diligenciais, que são materializadas nos autos por meio de termos; e as provas periciais, que o são por meio de laudos. Não sendo provas pré-constituídas que porventura posteriormente se mostraram de pertinente juntada ao processo mas sim tendo sido provas produzidas com o fim específico de comporem os autos, a rigor, tais elementos não possuem a natureza de prova documental, mas sim mantêm suas naturezas intrínsecas de prova oral ou pericial, a despeito da forma como se materializam nos autos.

Os documentos públicos, em sentido amplo, fazem prova, tanto em relação às partes quanto em relação a terceiros, não só acerca de sua própria lavratura mas também acerca de tudo o que o agente público (em sentido amplo) nele relatou, nos termos do já mencionado *caput* do art. 405 do CPC. Já os documentos particulares, em sentido amplo, uma vez assinados, fazem presumir, de forma relativa, como verdadeiras todas as assertivas neles registradas, não se aceitando sua consideração fracionada apenas naquilo que favorece a parte, presunção que se fortalece em autenticidade caso sejam expressa ou tacitamente reconhecidos pela parte, cabendo-lhe, em sentido inverso, contestar a autenticidade de sua assinatura e o conteúdo documentado, conforme leitura conjunta dos arts. 408 e 412 do CPC e do art. 235

do CPP. Os documentos particulares, em sentido amplo, não assinados (tais como papéis e registros domésticos) fazem prova apenas em sentido desfavorável em relação ao signatário, incumbindo-lhe o ônus da prova a seu favor acerca daquilo que declarou. Também os livros e a escrituração contábeis não admitem consideração fracionada, por ordem dos arts. 417 e 419 do CPC.

> *CPP - Art. 235. A letra e firma dos documentos particulares serão submetidas a exame pericial, quando contestada a sua autenticidade.*
>
> *CPC - Art. 408. As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.*
> *Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência de determinado fato, o documento particular prova a ciência, mas não o fato em si, incumbindo o ônus de prová-lo ao interessado em sua veracidade.*
> *Art. 412. O documento particular de cuja autenticidade não se duvida prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída.*
> *Parágrafo único. O documento particular admitido expressa ou tacitamente é indivisível, sendo vedado à parte que pretende utilizar-se dele aceitar os fatos que lhe são favoráveis e recusar os que são contrários ao seu interesse, salvo se provar que estes não ocorreram.*
> *Art. 417. Os livros empresariais provam contra seu autor, sendo lícito ao empresário, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos.*
> *Art. 419. A escrituração contábil é indivisível, e, se dos fatos que resultam dos lançamentos, uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto, como unidade.*

Os documentos podem se apresentar em original, quando são os próprios documentos genuínos que fazem conhecer ou que representam o fato, ou em cópia, que são reproduções, textuais ou não, do original.

São cópias autênticas, com mesmo valor de prova dos respectivos originais, uma vez que são lavrados por agentes públicos (escrivão ou serventuário de justiça, tabelião (notário) ou oficial de registro público ou ainda qualquer servidor), o translado e a certidão, diferindo que o translado é uma cópia integral e textual, como uma nova via duplicata do instrumento público transladado, e a certidão é uma asseveração, que pode ser de inteiro teor ou parcial, do conteúdo certificado, conforme os incisos I e II do art. 425 do CPC. Também possuem o mesmo valor probante que os respectivos originais as cópias comuns (reprográficas ou de qualquer outra natureza) de documentos públicos avulsos, conferidas em cartório judicial ou extrajudicial ou autenticadas por servidor de qualquer órgão, conforme o inciso III do art. 425 do CPC, em conjunto com o parágrafo único do art. 232 e o art. 237, ambos do CPP, que as denomina públicas-formas. A atribuição para que qualquer servidor proceda à autenticação de documentos é ratificada no § 2º do art. 29 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e no *caput* e no § 1º do art. 10 do Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017. A expressão “oficial público” constante dos incisos II e III do art. 425 do CPC harmoniza-se com o art. 405 do mesmo Código, albergando leitura extensa para qualquer agente público, mesmo sem atribuição notarial). Já as cópias comuns (reprográficas ou de qualquer outra natureza) de documentos particulares também têm *a priori* o mesmo valor probante do original, mas podem ser impugnadas e conferidas por escrivão; e, caso não sejam contestadas por aquele contra quem são exibidas, assumem valor probante, nos termos do art. 225 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC), e dos arts. 422, 423 e 424 do CPC.

> *CPC - Art. 422. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida.*

§ 1º As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia.
§ 2º Se se tratar de fotografia publicada em jornal ou revista, será exigido um exemplar original do periódico, caso impugnada a veracidade pela outra parte.
§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo à forma impressa de mensagem eletrônica.
Art. 423. As reproduções dos documentos particulares, fotográficas ou obtidas por outros processos de repetição, valem como certidões sempre que o escrivão ou o chefe de secretaria certificar sua conformidade com o original.
Art. 424. A cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original.
Art. 425. Fazem a mesma prova que os originais:
I - as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências ou de outro livro a cargo do escrivão ou do chefe de secretaria, se extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas;
II - os traslados e as certidões extraídas por oficial público de instrumentos ou documentos lançados em suas notas;
III - as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório com os respectivos originais;
IV - as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo advogado, sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade;
V - os extratos digitais de bancos de dados públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem;
VI - as reproduções digitalizadas de qualquer documento público ou particular, quando juntadas aos autos pelos órgãos da justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pela Defensoria Pública e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração.
§ 1º Os originais dos documentos digitalizados mencionados no inciso VI deverão ser preservados pelo seu detentor até o final do prazo para propositura de ação rescisória.
§ 2º Tratando-se de cópia digital de título executivo extrajudicial ou de documento relevante à instrução do processo, o juiz poderá determinar seu depósito em cartório ou secretaria.

CPP - Art. 232.
Parágrafo único. À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original.
Art. 237. As públicas-formas só terão valor quando conferidas com o original, em presença da autoridade.

CC - Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 22.
§ 3º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.

Decreto nº 9.094, de 2017 - Art. 10. A apresentação de documentos por usuários dos serviços públicos poderá ser feita por meio de cópia autenticada, dispensada nova conferência com o documento original.
§ 1º A autenticação de cópia de documentos poderá ser feita, por meio de

> *cotejo da cópia com o documento original, pelo servidor público a quem o documento deva ser apresentado.*

Diante da frequência com que o processo disciplinar se faz instruir de cópias de documentos, sendo pouco comum a autuação de documentos originais, convém discorrer que a regra geral é da aceitação e da validade do emprego de cópias, gozando estas da presunção de autenticidade. A menos de caso específico em que justamente a discussão sobre a autenticidade ou não de documento integra o cerne que se quer comprovar no processo, a regra geral é de que as cópias ou originais possuem equivalente valor probante, dispensando-se a autenticação. Caso a defesa conteste a autenticidade de determinado documento, cabe-lhe o ônus probante.

Os documentos públicos ou particulares podem conter vícios de diferentes naturezas, que geram a falsidade documental, com distintos efeitos. De imediato, mencionam-se os vícios de mera forma, detectáveis com simples inspeção visual do documento, tais como entrelinhas, emendas, borrões, cancelamentos e outros defeitos sem a devida ressalva no próprio documento, nos termos do art. 407 do CPC. A existência de ressalva para vício que recai sobre ponto substancial ou mesmo a inexistência de ressalva para vício que recai sobre ponto não substancial não afetam o valor probante do documento. Também não anula especificamente um documento público o fato de ter sido lavrado por agente público incompetente, mas afeta sua eficácia probatória, fazendo assumir valor probante de documento particular, conforme o art. 407 do CPC.

> *CPC - Art. 407. O documento feito por oficial público incompetente ou sem a observância das formalidades legais, sendo subscrito pelas partes, tem a mesma eficácia probatória do documento particular.*
> *Art. 426. O juiz apreciará fundamentadamente a fé que deva merecer o documento, quando em ponto substancial e sem ressalva contiver entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento.*

Em patamar de maior gravidade, mencionam-se os incidentes de falsidade documental material e ideológica. A falsidade material ocorre quando se produz um documento falso ou quando se adultera um documento existente. A falsidade ideológica ocorre quando se tem um documento materialmente perfeito mas que representa um fato falso. No primeiro caso, o documento em si é falso; no segundo caso, a falsidade reside no fato representado. Estas espécies de falsidades fazem cessar a fé tanto do documento público quanto do documento particular, na leitura do art. 427 do CPC. E, especificamente para os documentos particulares, conforme o art. 428 do CPC, também fazem cessar sua fé a contestação da assinatura, até a comprovação de sua veracidade, ou ainda, em caso de documento assinado em branco, o preenchimento com abuso de outrem, em violação ao pacto firmado com o signatário.

> *CPC - Art. 427. Cessa a fé do documento público ou particular sendo-lhe declarada judicialmente a falsidade.*
> *Parágrafo único. A falsidade consiste em:*
> *I - formar documento não verdadeiro;*
> *II - alterar documento verdadeiro.*
> *Art. 428. Cessa a fé do documento particular quando:*
> *I - for impugnada sua autenticidade e enquanto não se comprovar sua veracidade;*
> *II - assinado em branco, for impugnado seu conteúdo, por preenchimento abusivo.*
> *Parágrafo único. Dar-se-á abuso quando aquele que recebeu documento assinado com texto não escrito no todo ou em parte formá-lo ou completá-lo por si ou por meio de outrem, violando o pacto feito com o signatário.*

Acerca da autenticidade dos documentos, vale aprofundar o debate envolvendo selos cartorários empregados pelos cartórios extrajudiciais em seus atos notariais. Não obstante a

rotina de verificação de autenticidade a seguir descrita se aplique a qualquer dos tantos serviços e atos notariais produzidos em cartório extrajudicial e concluídos com aposição de selo cartorial, toma-se aqui como exemplo bastante figurativo e didático o caso mais comum, de o acusado ou terceiro chamado ao processo disciplinar apresentar contrato particular não levado a registro de que consta reconhecimento de firma aposto muito posteriormente à data em que teria sido firmado pelos consignatários, o que é de causar estranheza e desconfiança, sobretudo quando nem sequer é apresentado em via original mas sim em cópia.

Em tal situação, é cabível questionar se o selo cartorário aposto fez ou faz parte de uma série efetivamente utilizada no cartório e se esta série era empregada na data do suposto reconhecimento de firma; em caso negativo para alguma das duas questões, já se conclui pela falsidade documental; e, em caso positivo para ambas, ainda cabe averiguar se a rubrica de fato é de empregado do cartório à época competente para o ato notarial sob análise.

Para este fim, primeiramente introduza-se que os serviços cartoriais são regulados pela Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que estabelece que sua organização compete à respectiva Justiça Estadual. Ainda que haja diferenças de estado para estado, de forma geral, os selos cartorários são controlados e são fornecidos a cada cartório mediante pedido instruído pela previsão de uso e com registro da respectiva numeração de série, cabendo ao cartório controlar aqueles que estão em uso e aqueles que foram cancelados ou inutilizados. Acessando as páginas eletrônicas na *internet* da maioria dos Tribunais de Justiça (TJ) estaduais (em geral em abas ligadas à sua corregedoria ou à sua atividade extrajudicial), é possível a própria comissão remotamente consultar se o número de determinado selo é autêntico ou não e ainda, em caso positivo, se a série em que se insere foi empregada na data do suposto ato notarial (o reconhecimento de firma, por exemplo, para enfatizar o caso mais comum do contrato particular não registrado). Se o número do selo cartorial for inexistente ou se a data do suposto ato notarial não condiz com o período de emprego da série em que se situa, já tem comprovada a fraude documental.

Mas se o TJ em tela não disponibiliza esta pesquisa em sua página eletrônica na *internet* ou se a pesquisa remota indicou autenticidade apriorística tanto para o número do selo cartorial quanto para a sua data de seu emprego, torna-se necessário o contato com o cartório, seja para formular todos os questionamentos averiguadores, seja apenas para complementar a pesquisa iniciada remotamente, com a verificação da autenticidade do empregado que rubricou.

A Lei nº 8.395, de 1994, impõe que lei estadual confira ao respectivo tabelião ou oficial de registro titular do cartório a competência para exercer a função pública de executar os serviços e atos notariais, mas sem prejuízo de permitir que contratem escreventes para substituí-los em suas ausências e para executar funções expressamente autorizadas no âmbito daquela serventia, como uma espécie de delegação de competência. Assim, o cartório deve ter o registro de quais de seus empregados eram ou são autorizados para executar, em determinado período, cada espécie de serviço ou ato notarial como, por exemplo, o reconhecimento de firma. Obviamente, apesar da ausência de uniformidade no trato da questão estado a estado e dos diferentes graus de liberdade que as leis estaduais concedem aos titulares dos cartórios para organizar e executar os serviços e atos notariais de sua serventia, ainda que o número de série e a data de emprego do selo cartorial em tela não indiquem uso fraudulento, caso se ateste que a rubrica aposta não condiz com as rubricas dos empregados autorizados para realizar àquela época o serviço ou o ato notarial em tela (no exemplo, o reconhecimento de firma aposto em contato particular com grande defasagem de tempo entre sua assinatura e o selo), conclui-se por sua não autenticidade.

Refletindo o atual e crescente estágio tecnológico e de informatização, é de se ratificar a admissão jurídica dos documentos eletrônicos (como inicialmente denominados) ou digitais (conforme mais comumente se denominam nas normas mais recentes), nos termos não

exaustivos do art. 332 do CPC, reportando-se aqui ao histórico de sua adoção na processualística judicial e administrativa, já sintetizada com detalhes em **2.4.3**, de desnecessária repetição integral no presente tópico. Apenas algumas peculiaridades valem ser reiteradas no presente tópico.

Desde as primeiras iniciativas de positivação do emprego das inovações tecnológicas, desponta a Medida Provisória (MP) nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, cujo art. 10 estabeleceu que o fato de um documento ser elaborado em meio eletrônico não o faz perder sua natureza de público ou de privado e que as declarações constantes do documento eletrônico emitido com certificação digital se presumem verdadeiras em relação aos signatários.

> *MP nº 2.200-2, de 2001 - Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.*
> *§ 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil.*
> *§ 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.*

Em seguida, o CC, em seu art. 225, acima já reproduzido, mencionou a possibilidade de atribuição de valor probante a cópias eletrônicas e, na esteira, a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, ao dispor sobre a informatização da formalista instância processual judicial, estabeleceu as condições para o pleno valor probante dos "*documentos produzidos eletronicamente*" (chamados de nato-digitais) e dos "*documentos digitalizados*", no *caput* e no § 1º do seu art. 10, estabelecendo seus valores probantes.

> *Lei nº 11.419, de 2006 - Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.*
> *§ 1º Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.*

E, especificamente na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), a Portaria SRF nº 259, de 13 de março de 2006, fez refletir, no § 2º do art. 1º e no § 1º do art. 7º, os comandos legais generalistas do *caput* e do § 1º da Lei nº 11.419, de 2006, na processualística administrativa interna.

> *Portaria SRF nº 259, de 2006 - Art. 1º*
> *§ 2º Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos digitais com garantia da origem e de seu signatário serão considerados originais para todos os efeitos legais. (Redação dada pela Portaria RFB nº 574, de 10 de fevereiro de 2009)*
> *Art. 7º*
> *§ 1º Os documentos digitalizados e juntados aos autos pela RFB têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada, fundamentada e comprovada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização. (Redação dada pela Portaria RFB nº 574, de 2009)*

Em acréscimo, a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, no parágrafo único do art. 1º, trouxe a definição legal do procedimento de digitalização (ou escaneamento, pelo qual documentos orginalmente produzidos em papel são convertidos para formato digital, em arquivos de extensão "*portable document format*" - pdf) como a conversão fiel da imagem de um documento em um código digital, passando então a ser mais comum se reportar ao gênero dos documentos digitais desdobrado nas espécies dos documentos nato-digitais (aqueles já produzidos de forma totalmente eletrônica) e dos documentos digitalizados (aqueles posteriormente submetidos a processo de conversão). Na mesma toada modernizante, o CPC, no § 2º do seu 438, ratificou o emprego de documentos digitais pela Administração.

> *Lei nº 12.682, de 2012 - Art. 1º*
> *Parágrafo único. Entende-se por digitalização a conversão da fiel imagem de um documento para código digital.*
>
> *CPC - Art. 438.*
> *§ 2º As repartições públicas poderão fornecer todos os documentos em meio eletrônico, conforme disposto em lei, certificando, pelo mesmo meio, que se trata de extrato fiel do que consta em seu banco de dados ou no documento digitalizado.*

Cabe aqui repetir as definições e comandos dos arts. 10 a 12 do Decreto nº 8.359, de 8 de outubro de 2015, que disciplina o uso do meio eletrônico na processualística administrativa *lato sensu* e que, por óbvio, interessa ao processo disciplinar. Primeiramente, no seu art. 10, ratifica-se que os documentos nato-digitais assinados digitalmente assumem valor de originais. Já quanto aos documentos digitalizados no âmbito da Administração, conforme o art. 12, requer-se conferência com o documento apresentado: se tiver sido apresentado original, o documento digitalizado assume valor de cópia autenticada administrativamente, conforme competência reconhecida desde o já mencionado § 2º do art. 29 da Lei nº 9.784, de 1999; se tiver sido apresentada cópia autenticada em cartório judicial ou extrajudicial, cópia autenticada administrativamente ou cópia simples, o documento digitalizado assume valor de cópia simples. Por fim, à luz do art. 11, quanto aos documentos digitalizados pelo particular (acusado ou terceiro), assumem valor de cópia simples e condicionado à responsabilidade do interessado quanto à sua integridade.

> *Decreto nº 8.539, de 2015 - Art. 10. Os documentos nato-digitais e assinados eletronicamente na forma do art. 6º são considerados originais para todos os efeitos legais.*
> *Art. 11. O interessado poderá enviar eletronicamente documentos digitais para juntada aos autos.*
> *§ 1º O teor e a integridade dos documentos digitalizados são de responsabilidade do interessado, que responderá nos termos da legislação civil, penal e administrativa por eventuais fraudes.*
> *§ 2º Os documentos digitalizados enviados pelo interessado terão valor de cópia simples.*
> *Art. 12. A digitalização de documentos recebidos ou produzidos no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverá ser acompanhada da conferência da integridade do documento digitalizado.*
> *§ 1º A conferência prevista no caput deverá registrar se foi apresentado documento original, cópia autenticada em cartório, cópia autenticada administrativamente ou cópia simples.*
> *§ 2º Os documentos resultantes da digitalização de originais serão considerados cópia autenticada administrativamente, e os resultantes da digitalização de cópia autenticada em cartório, de cópia autenticada administrativamente ou de cópia simples terão valor de cópia simples.*

Reitere-se que, no caso específico do processo digital no âmbito da corregedoria da

RFB, o acusado ativo (e não licenciado ou afastado) pode formalizar no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) solicitação de juntada de documento (SJD), autenticado ou confirmado, oriundo de cópia simples que não requer autenticação, ou ainda de arquivo não paginável.

4.4.1.7 - Tradução

No caso de apresentação de provas documentais escritas em idioma estrangeiro, uma vez que a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, não trataram do assunto, autoriza-se a aplicação subsidiária do dispositivo processual penal. O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), em seu art. 236, estabelece que estas provas, se relevantes para formação da convicção, devem ter o seu original juntado aos autos e ser traduzidas, em princípio, por tradutor público (também chamado de tradutor juramentado). Quanto à tradução, atente-se que a lei processual penal a menciona em condicional (se necessária), subentendendo-se que pode ser dispensada, dependendo do caso concreto e do tipo de prova de que se trata, conforme também assevera a jurisprudência.

> *CPP - Art. 236. Os documentos em língua estrangeira, sem prejuízo de sua juntada imediata, serão, se necessário, traduzidos por tradutor público, ou, na falta, por pessoa idônea nomeada pela autoridade.*
>
> *STJ, Recurso Especial nº 616.103: "Ementa: 1. Em se tratando de documento redigido em língua estrangeira, cuja validade não se contesta e cuja tradução não é indispensável para sua compreensão, não é razoável negar-lhe eficiência de prova. O art. 157 do CPC, como toda regra instrumental, deve ser interpretado sistematicamente, levando em consideração, inclusive, os princípios que regem as nulidades, nomeadamente o de que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para acusação ou para a defesa (pas de nullité sans grief). Não havendo prejuízo, não se pode dizer que a falta de tradução, no caso, tenha importado violação ao art. 157 do CPC."*
>
> *TRF da 2ª Região, Apelação Cível nº 361.011: "Ementa: II. Não se mostra razoável exigir-se que a Comissão de Inquérito Administrativo providencie a realização de perícia, não somente porque a incolumidade dos documentos em foco se mostra legitimamente apta a revelar a realidade sobre os fatos jurídicos em foco, mas também porque aquela Comissão tem o poder-dever de indeferir, interromper e suspender a produção de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias e/ou protelatórias, conforme o art. 156, § 1.º, da Lei n.º 8.112/1990, e, nessa linha, a produção de prova pericial, quando a almejada comprovação independer de conhecimento especial de perito, conforme o art. 156, § 2.º, dessa Lei. III. Além disso, não se mostra razoável exigir-se que a mesma providencie a tradução por tradutor juramentado dos documentos em foco, não somente porque o pertinente art. 236 do CPP - Código de Processo Penal estabelece tal medida apenas se necessária, mas também porque isso não encontra respaldo naquela Lei. IV. Ademais, não se mostra razoável exigir-se que a mesma ainda aguarde resposta à consulta elaborada a determinada autoridade estrangeira acerca da existência ou não de determinada publicação, não somente porque há rastros registrais e documentais que evidenciam a realidade sobre os fatos jurídicos em foco, mas também porque, como visto, a mesma tem o poder-dever de indeferir, interromper e suspender a produção de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias e/ou protelatórias, conforme o art. 156, § 1.º, daquela Lei."*

A alternativa se aplica quando a tradução não é indispensável para a compreensão do teor dos documentos, seja pela simplicidade dos dados (valores numéricos, ou nomes comerciais ou quaisquer termos identificáveis no cotejo com outros documentos), seja pela

própria natureza da atividade desempenhada pelo acusado (aduana, comércio exterior e diplomacia, por exemplo), que já faz subentender conhecimento da língua estrangeira.

Tanto é assim que a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), ao normatizar os serviços aduaneiros e de comércio exterior, na Instrução Normativa (IN) SRF nº 680, de 2 de outubro de 2006, que regulamenta a instrução do despacho aduaneiro de importação, exige, no *caput* e nos incisos do art. 18, documentos estrangeiros originais.

> *IN SRF nº 680, de 2006 - Art. 18. A DI será instruída com os seguintes documentos:*
> *I - via original do conhecimento de carga ou documento equivalente;*
> *II - via original da fatura comercial, assinada pelo exportador;*
> *III - romaneio de carga (packing list), quando aplicável; e*
> *IV - outros, exigidos exclusivamente em decorrência de Acordos Internacionais ou de legislação específica.*

Conclui-se a partir desta norma que a compreensão por parte dos servidores que analisam tais documentos originais, sobretudo daqueles ocupantes dos cargos específicos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), documentos estes que em grande parte das vezes são oriundos do exterior e se apresentam em língua estrangeira, constitui-se em atividade rotineira de suas tarefas laborais, mesmo quando auxiliares da autoridade fiscal, não devendo, em princípio, serem tais documentos questionados acerca da falta de tradução, caso venham compor os autos de um processo disciplinar, conforme também aceita a doutrina. E esta construção pode ser, na peculiaridade de cada caso, dependendo das atividades desempenhadas, estendida inclusive para servidores que atuam na área aduaneira em auxílio das autoridades fiscais, anda que ocupantes de cargos administrativos não integrantes da Carreira TARFB.

> *"(...) Atualmente, num mundo globalizado, especialmente com relação a documentos técnicos, considerando a universalidade de certos termos técnicos, especialmente na área de Informática, não deve haver excessivo rigor quanto a isso [necessidade de tradução]. O que realmente interessa é a compreensão inequívoca do conteúdo do documento. Por exemplo: não faz sentido exigir a tradução de uma fatura ou nota fiscal da qual constem materiais identificados por códigos, acompanhados de quantidades e preços em números arábicos." Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, "Processo Administrativo", pg. 125, Malheiros Editores, 1ª edição, 2001*

No caso de ser indispensável, a tradução, em princípio, deve ser feita por tradutor público, o que leva a qualificar a prova como tradução pública (também chamada de tradução juramentada), o que, em síntese, significa tradução dotada de fé pública.

Atualizando o ordenamento em relação ao CPP, defasado tecnologicamente, a Lei nº 14.195, de 25 de agosto de 2021, dispõe, entre seus arts. 22 a 34, sobre a profissão de tradutor e intérprete público, e o faz não apenas para a tradução de documentos escritos em idioma estrangeiro, mas também reconhece a possibilidade de ser necessário transcrever arquivo de áudio e/ou de vídeo em mídia eletrônica originalmente gravado em outro idioma, de interpretar e transcrever a oralidade de outra pessoa que não se manifesta em português, bem como atestar traduções questionadas.

Nesta Lei nº 14.195, de 2021, o art. 22, nos incisos II, IV e V, exige como requisitos para o exercício da profissão ter formação em curso superior em qualquer área, ser aprovado em concurso público (organizado pelo Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia - ME/SEDGG/SDG, conforme o inciso III do art. 25) e ter registro na Junta Comercial. Interessante pontuar que a própria Lei permite que as competências privativas de tradução, interpretação, conversão e transcrição, detalhadas nos incisos do *caput* do seu art. 26,

conforme o parágrafo único do mesmo comando, no inciso I e mais especificamente na alínea "b" de seu inciso II, podem ser executadas por profissional designado pela autoridade competente para atuar como *ad hoc* em casos de inexistência, de impedimento ou de indisponibilidade de tradutor e intérprete público habilitado para o idioma requisitado ou por agente público que possua condições técnicas de fazê-lo em razão das atribuições de seu cargo. Harmonizando estas novas regras com o antigo requisito exigido pelo art. 236 do CPP (apenas de ser pessoa idônea), obtêm-se maiores possibilidades de designação subsidiária de profissional para atuar como tradutor ou intérprete. Em destaque, a possibilidade positivada na alínea "b" do inciso II do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 14.195, de 2021, de a tradução ser realizada por servidor com conhecimento técnico, se amolda perfeitamente ao entendimento acima exposto em relação à área aduaneira e de comércio exterior na RFB, com reflexo na desnecessidade da prova formal no processo disciplinar. Ademais, o inciso III do § 1º do art. 27 da mesma Lei ressalvam que as traduções realizadas por agentes públicos nos termos acima também gozam de fé pública.

> *Lei nº 14.195, de 2021- Art. 22. São requisitos para o exercício da profissão de tradutor e intérprete público:*
> *I - ter capacidade civil;*
> *II - ter formação em curso superior completo em qualquer área do conhecimento;*
> *III - ser brasileiro ou estrangeiro residente no País;*
> *IV - ser aprovado em concurso para aferição de aptidão;*
> *V - não estar enquadrado nas hipóteses de inelegibilidade previstas na alínea e do inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990; e*
> *VI - ter registro na junta comercial do local de seu domicílio ou de atuação mais frequente.*
> *Parágrafo único. A exigência do concurso previsto no inciso IV do caput deste artigo poderá ser dispensada àqueles que obtiverem grau de excelência em exames nacionais e internacionais de proficiência, nos termos do regulamento do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração da Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.*
> *Art. 25. O concurso para aferição de aptidão de que trata o inciso IV do caput do art. 22 desta Lei:*
> *I - será válido por prazo indefinido;*
> *II - incluirá prova escrita e prova oral, com simulação de interpretação consecutiva, para avaliar a compreensão das sutilezas e das dificuldades de cada um dos idiomas;*
> *III - será organizado nacionalmente pelo Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração da Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, com apoio das juntas comerciais dos Estados e do Distrito Federal; e*
> *IV - será regido pelas normas editadas pelo Diretor do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração da Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.*
> *Art. 26. São atividades privativas do tradutor e intérprete público:*
> *I - traduzir qualquer documento que tenha de ser apresentado em outro idioma perante pessoa jurídica de direito público interno ou perante serviços notariais e de registro de notas ou de títulos e documentos;*
> *II - realizar traduções oficiais, quando exigido por lei;*
> *III - interpretar e verter verbalmente perante ente público a manifestação de pessoa que não domine a língua portuguesa se não houver agente público apto a realizar a atividade ou se for exigido por lei específica;*

IV - transcrever, traduzir ou verter mídia eletrônica de áudio ou vídeo, em outro idioma, certificada por ato notarial; e
V - realizar, quando solicitados pela autoridade competente, os exames necessários à verificação da exatidão de qualquer tradução que tenha sido arguida como incompleta, imprecisa, errada ou fraudulenta.
Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo não impede:
I - a designação pela autoridade competente de tradutor e intérprete público ad hoc no caso de inexistência, de impedimento ou de indisponibilidade de tradutor e intérprete público habilitado para o idioma; e
II - a realização da atividade por agente público:
a) ocupante de cargo ou emprego com atribuições relacionadas com a atividade de tradutor ou intérprete; ou
b) com condições de realizar traduções e interpretações simples e correlatas com as atribuições de seu cargo ou emprego.
Art. 27. Presumem-se fiéis e exatas as traduções realizadas por tradutor e intérprete público.
§ 1º Nenhuma tradução terá fé pública se não for realizada por tradutor e intérprete público, exceto as traduções:
I - feitas por corretores de navios, em sua área de atuação;
II - relativas aos manifestos e documentos que as embarcações estrangeiras tiverem de apresentar para despacho aduaneiro;
III - feitas por agente público com cargo ou emprego de tradutor ou intérprete ou que sejam inerentes às atividades do cargo ou emprego; e
IV - enquadradas nas hipóteses previstas em ato do Poder Executivo federal.
§ 2º A presunção de que trata o caput deste artigo não afasta:
I - a obrigação de o documento na língua original acompanhar a sua respectiva tradução; e
II - a possibilidade de ente público ou qualquer interessado impugnar, nos termos estabelecidos nas normas de processo administrativo ou de processo judicial aplicáveis ao caso concreto, a fidedignidade ou a exatidão da tradução.
Art. 31. Os tradutores públicos e intérpretes comerciais que, na data de entrada em vigor desta Lei, já estavam habilitados na forma prevista no regulamento aprovado pelo Decreto nº 13.609, de 21 de outubro de 1943, poderão continuar a exercer as atividades no território nacional, nos termos deste Capítulo.
Art. 33. O tradutor e intérprete público poderá realizar os seus atos em meio eletrônico, atendido o disposto na Lei nº 14.063, de 23 de setembro de 2020.

Os tradutores e intérpretes públicos enquadram-se na categoria de particulares em colaboração com o poder público, prestando serviço sem vínculo empregatício com a Administração, mediante delegação, e sendo remunerados diretamente pelo usuário, também de acordo com a doutrina.

"Agentes delegados: são particulares que recebem incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. (...) constituem uma categoria à parte dos colaboradores do Poder Público. Nessa categoria encontram-se os concessionários e permissionários de obras ou serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos (...)." Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", pg. 75, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001

"Os particulares em colaboração com o Poder Público prestam serviços sem vínculo empregatício e sem remuneração (...). Todos ingressam por concurso público (...). Uma vez providos na delegação, exercem o cargo mediante recursos recebidos da própria comunidade, que paga pela prestação de seus serviços (...). Também aqui se qualificam os leiloeiros, os intérpretes e os

> *tradutores." Regis Fernandes de Oliveira, "Servidores Públicos", pg. 12, Malheiros Editores, 1ª edição, 2004*

Em razão disto, na processualística disciplinar na RFB, o emprego de tradutor e intérprete público em sentido estrito, quando excepcional e absolutamente indispensável, implica em provocar a Divisão de Programação e Logística da respectiva Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil (SRRF/Dipol), a fim de que esta verifique se possui em seus cadastros de prestadores de serviço algum profissional habilitado (e, em caso negativo, que busque selecionar algum) e o contrate para o trabalho requisitado. Uma vez que esta prova importa em custo, é recomendável que a comissão encaminhe o pedido de tradução pública à SRRF/Dipol por intermédio do Chefe do Escritório de Corregedoria (Escor).

É de se reiterar a excepcionalidade da necessidade desta prova pericial específica no âmbito do processo disciplinar mediante tradutor e intérprete público, visto ser ato de instrução que tem sua realização à margem do controle temporal da comissão e importa em custo, devendo-se, sempre que possível, se reportar aos conhecimentos técnicos e às atribuições dos cargos da Carreira TARFF ocupados pelos servidores integrantes do colegiado. Mesmo quando pareça ser necessária a tradução dotada de fé pública, o ato pode ser realizado por servidor idôneo que tenha condições técnicas de fazê-lo em razão de seu cargo, em que, em geral se inclui o próprio servidor integrante da comissão na RFB, conforme permitem a parte final do art. 236 do CPP em leitura conjunta com a alínea "b" do inciso II do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 14.195, de 2021. Ou ainda, no máximo, mas também residual, pode-se empregar pessoa idônea e considerada habilitada, mesmo que não se constitua naquele profissional concursado para o idioma requisitado, trocando-se a base do inciso II para o inciso I do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 14.195, de 2021. Neste caso de designação de um agente com base no inciso I, convém que a autoridade (no caso, a autoridade instauradora, com o fim de afastar posteriores alegações de suposta parcialidade da comissão) motive o porquê da não escolha de tradutor público e intérprete público.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/10.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/10: "4. O art. 236 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), possibilita a apresentação de documentos em idioma estrangeiro sem tradução, podendo ser aplicado ao PAD por integração:*
> *5. Ademais, a Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021, destacadamente no inciso II do parágrafo único do art. 26, permite que um agente público traduza documentos em língua estrangeira relacionados às atribuições do cargo que ocupa, notadamente na atividade aduaneira, na qual os procedimentos são frequentemente instruídos com elementos oriundos do exterior e escritos em idioma diferente do português:*
> *6. A análise de documentos estrangeiros na língua de origem - isto é, não traduzidos para o português - faz parte da rotina de agentes públicos da RFB, sobretudo daqueles que atuam na área aduaneira. Logo podem ser anexados a PAD como provas, prescindindo-se de tradução, sem prejuízo para a defesa.*
> *9. Finalmente, caso seja necessária, no PAD, a tradução de um elemento de prova em língua estrangeira que transcenda a capacidade e os conhecimentos técnicos dos integrantes da comissão de inquérito, caberá à autoridade instauradora – e não ao colegiado – designar, motivadamente, um tradutor e intérprete público habilitado para o idioma, no sentido estrito do art. 22 da Lei nº 14.195, de 2021, ou um agente ad hoc, nos termos do inciso I do parágrafo único do art. 26 da mesma Lei."*

Uma vez indicado o tradutor e intérprete público contratado ou o agente público que vá atuar subsidiariamente, a comissão pode passar a se reportar a ele diretamente, devendo então produzir cópia das peças a serem traduzidas e fornecê-la ao prestador de serviço. Se, excepcionalmente, pela natureza da peça a ser traduzida, for impossível produzir cópia, deve a

comissão desentranhar o original dos autos, autuar o respectivo termo de desentranhamento e fornecê-lo ao profissional.

4.4.1.8 - Cadeia de Custódia

4.4.1.8.1 - A Construção Original do Conceito de Cadeia de Custódia para o Processo Penal

Em termos positivados, o conceito de cadeia de custódia foi introduzido no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), no contexto do que se tinha por objetivo inicial implementar uma minirreforma aperfeiçoadora da legislação penal e processual penal, tanto que havia ganho ambicioso (porém frustrado) epíteto de "pacote anticrime", ao final desidratado na Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que, no tema de presente interesse, inovou incluindo os arts. 158-A a 158-F.

Antes de discorrer sobre a instrumentalidade, é indispensável compreender o significado da expressão, de forte caráter preventivo. Enquanto custódia é a guarda cuidadosa que se tem de ter do elemento informativo ou da prova, a fim de que eventuais incidentes não coloquem em risco a higidez da instrução probatória, a cadeia de custódia são os registros para documentar o histórico do elemento probatório produzido ou recebido, evitando fraude e permitindo identificar a eventual ocorrência deste incidente.

A ideia fundamental da cadeia de custódia incluída no CPP é de servir como a procedimentalização garantidora da autenticidade dos elementos informativos e das provas coletadas em toda persecução penal (aqui tratadas também pelos gêneros de elementos probatórios ou simplesmente de evidências), envolvendo tanto a fase investigativa do inquérito policial quanto a fase contraditória da ação penal. Não obstante, por sua própria natureza, o conceito se aplica, precipuamente sobre as provas reais), não sendo vocacionado para as provas pessoais (ou seja, de acordo com a classificação das provas quanto ao seu sujeito ou quanto à sua fonte, o instituto da cadeia de custódia guarda maior afinidade com as provas reais e não com as provas pessoais.

O conceito acautelador também incide independentemente da forma como foram coletados os elementos probatórios, ou seja, se foram fruto, por exemplo, de meios de obtenção de prova tais como execução de mandado de busca e apreensão ou qualquer espécie de captação de conversas ou ainda afastamentos de sigilos legais (conforme melhor se conceituou em **4.4.1.1.3.a**), ou se foram produzidas no curso do próprio rito processual pelo agente responsável pela condução. Não obstante esta abrangência apriorística, destacando-se que a inteligência precípua por trás do instituto é assegurar o caminho que o elemento probatório seguirá desde sua origem (que é a coleta do fato concreto após ter sido reconhecido como de interesse processual) até seu destino (que pode ser sua autuação no processo judicial ou seu descarte), é forçoso reconhecer que sua vocação e sua aptidão se voltam de forma mais intensa e apropriada para o primeiro grupo, das evidências fruto de meios de obtenção de prova externos aos autos, em geral manejadas na subfase investigativa da fase de admissibilidade.

A cadeia de custódia tem por objetivo assegurar a integridade dos elementos probatórios *lato sensu*, documentando e preservando toda a história cronológica de cada um, em todo seu percurso processual. Com isto, garante-se a rastreabilidade (ou a historicidade) de cada elemento informativo ou prova em sentido estrito, legitimando sua procedência ao se assegurar que se trata de uma evidência coletada de forma correta, no local devido e jamais adulterada, e também demonstra-se a preocupação com o controle da decisão emanada pelo Estado-juiz ao final do processo, tão caro ao Estado Democrático de Direito.

Este mecanismo se opera por meio de registros formais do rastreamento de cada elemento informativo ou prova, identificando sua origem (de onde, de quem e em que condições proveio), por quem e quando foi recebido e por quem, quando e onde foi guardado. Com a guarda cuidadosa e devidamente registrada dos elementos probatórios, evitam-se sua adulteração, vazamento ou perda, garantindo sua confiabilidade e sua regular e segura utilização no processo. E se for o caso de, mesmo com toda cautela, ocorrer algum destes incidentes, propicia-se identificar onde e com quem ocorreu. Em síntese, trata-se de uma procedimentalização que rastreia e monitora o caminho traçado por cada elemento probatório, a fim de evitar que interferências internas ou externas possam colocar em dúvida o resultado da atividade probatória.

Por um lado, a atenção à cadeia de custódia recompensa o aplicador com a garantia de autenticidade do elemento informativo e da prova, permitindo afirmar que a evidência coletada na origem é exatamente aquela que sofre destinação ao fim do procedimento, como por exemplo, a autuação no processo. Por outro lado, a quebra da cadeia de custódia dá azo à eventual alegação de que o elemento informativo ou a prova não foi seguramente guardada, não se podendo garantir que a evidência destinada é autêntica, ou seja, é exatamente aquela coletada na origem. Esta autenticidade do elemento informativo ou da prova é indispensável e, quando não é possível afirmá-la, o elemento probatório se torna ineficaz, ou seja, não pode produzir efeitos jurídicos. A consequência da quebra da cadeia de custódia não é a ilicitude, mas sim a ineficácia, devendo o elemento informativo ou a prova ser novamente fornecida ou produzida, para recuperar a eficácia.

Importante ressaltar que a manutenção daqueles registros acima indicados (em síntese, ao menos acerca da origem, da data de recebimento e da forma de obtenção da evidência) atende a inteligência da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), ao propiciar uma maior possibilidade de proteção de dados pessoais de quem quer que seja porventura autuados. Uma rápida leitura da Lei nº 13.709, de 2018, já é suficiente para identificar que o zelo com a cadeia de custódia se harmoniza com o atendimento dos princípios da transparência, da segurança e da prevenção, positivados nos incisos VI, VII e VIII do seu art. 6º e com o seu art. 46, uma vez que configura uma medida de segurança a fim de proteger os dados pessoais de acessos, compartilhamentos, alterações ou destruições indevidas. Cabe aqui apenas esta curta menção à LGPD; uma abordagem mais detalhada de sua incidência sobre a matéria disciplinar já foi apresentada em **2.5.6.2.4**.

> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:*
> *VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;*
> *VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;*
> *VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;*
> *Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.*

E, em acréscimo, a adoção da estratégia de respeitar a cadeia de custódia se faz útil se o elemento informativo ou a prova é alvo de alegação de ilicitude com declaração de inadmissibilidade, pois propicia segurança para identificar que outras evidências lhe são

derivadas, caso a alegação seja de ilicitude originária, ou de que elemento probatório proveio, caso a alegação seja de ilicitude derivada, e é ainda igualmente útil mesmo em casos de alegação de ilegitimidade acarretadora de possível nulidade.

Apresentadas a conceituação da cadeia de custódia e a motivação de sua adoção, vale verificar a positivação do tema no CPP, da forma como prevista para a instância processual penal, em que, para se citar um exemplo bastante emblemático e figurativo, por serem os mandados de busca e apreensão um meio de obtenção de prova frequente, é objeto de preocupação custodiar o caminho de um elemento informativo apreendido, desde a sua origem, na execução daquela medida cautelar, até o seu destino, que pode ser a autuação no inquérito policial ou na ação penal. O art. 158-A, no seu *caput*, traz a definição do instituto e, em conjunto com o § 3º, estende o seu foco objetivo, empregando o termo "vestígio", ao qual se associa conceituação bastante ampla, que certamente se amolda à ideia de prova *lato sensu*, abarcando sobretudo os elementos informativos e as provas em sentido estrito. A propósito, para assumir sentido contemporâneo, o alcance objetivo é tão abrangente que deve se compreender estendido para o vestígio digital, a exemplo de arquivos eletrônicos contidos numa mídia qualquer ou em espaço virtual que podem servir como evidência para a instrução probatória.

> *CPP - Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

O art. 158-B do CPP enumera as dez etapas que, no sentido mais estrito e rigoroso da cadeia de custódia, devem ser respeitadas para a rastreabilidade do vestígio coletado. Reiterando ter sido um conceito construído para a instância processual penal, com suas peculiaridades, exigências e cautelas probatórias, verifica-se que a procedimentalização do rastreamento inclui o reconhecimento de um elemento como vestígio; o isolamento do ambiente; a fixação em descrição de como se encontra o vestígio; a coleta para análise pericial, o acondicionamento, o transporte e o recebimento do vestígio para que seja periciado; o processamento da perícia em si com elaboração de laudo; o armazenamento para ser autuado, guardado ou descartado; e, por fim, se for o caso, o descarte do vestígio. Percebe-se, portanto, que nesta instância processual muito mais elaborada e formalizada que a instância processual disciplinar, toda a procedimentalização visa à submissão do vestígio à perícia, o que, em geral, não é necessário no caso de processo disciplinar. Tanto é verdade que o *caput* do art. 158-C do CPP se dedica a estabelecer que a perícia deve ser realizada preferencialmente por perito oficial e menciona ainda a existência de uma central de custódia. E o art. 158-D estabelece a forma e local de armazenamento do vestígio antes de ser transportado a fim de ser submetido à perícia.

> *CPP - Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e*

preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
§ 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
§ 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
§ 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
§ 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
§ 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Por fim, os §§ 1º a 4º do art. 158-E do CPP obrigam que a central de custódia possua protocolo em que se registrem movimentações e acessos aos vestígios e o *caput* do art. 158-F do CPP determina que, ao final da perícia, o vestígio seja remetido para arquivamento na central de custódia.

> *CPP - Art. 158-E*
> *§ 1º Toda central de custódia deve possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 2º Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, consignando-se informações sobre a ocorrência no inquérito que a eles se relacionam. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 3º Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 4º Por ocasião da tramitação do vestígio armazenado, todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, a data e horário da ação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Interessante destacar que a violação da cadeia de custódia de determinada prova, por mais indesejada que seja, não necessariamente impõe a sua inadmissibilidade ou a sua nulidade, devendo o incidente, suas causas e suas repercussões ser analisados caso a caso, no cotejo conjunto com os demais elementos formadores de convicção coletados, a fim de se avaliar se a aprova questionada ainda pode ser considerada confiável. Este entendimento se apoia em didática e paradigmática manifestação jurisprudencial.

> *STJ, Sexta Turma, Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz, Habeas Corpus nº 653.515/RJ, DJe 01/02/2022, Ementa: "2. Segundo o disposto no art. 158-A do CPP, 'Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte'.*
> *3. A autenticação de uma prova é um dos métodos que assegura ser o item apresentado aquilo que se afirma ele ser, denominado pela doutrina de princípio da mesmidade.*
> *4. De forma bastante sintética, pode-se afirmar que o art. 158-B do CPP detalha as diversas etapas de rastreamento do vestígio: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte. O art. 158-C, por sua vez, estabelece o perito oficial como sujeito preferencial a realizar a coleta dos vestígios, bem como o lugar para onde devem ser encaminhados (central de custódia). Já o art. 158-D disciplina como os vestígios devem ser acondicionados, com a previsão de que todos os recipientes devem ser selados com lacres, com numeração individualizada, 'de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio'.*
> *5. Se é certo que, por um lado, o legislador trouxe, nos arts. 158-A a 158-F do CPP, determinações extremamente detalhadas de como se deve preservar a cadeia de custódia da prova, também é certo que, por outro, quedou-se silente em relação aos critérios objetivos para definir quando ocorre a quebra da cadeia de custódia e quais as consequências jurídicas, para o processo penal, dessa quebra ou do descumprimento de um desses dispositivos legais. No âmbito da doutrina, as soluções apresentadas são as mais diversas.*

7. Mostra-se mais adequada a posição que sustenta que as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável. Assim, à míngua de outras provas capazes de dar sustentação à acusação, deve a pretensão ser julgada improcedente, por insuficiência probatória, e o réu ser absolvido.
12. Não foi a simples inobservância do procedimento previsto no art. 158-D, § 1º, do CPP que induz a concluir pela absolvição do réu em relação ao crime de tráfico de drogas; foi a ausência de outras provas suficientes o bastante a formar o convencimento judicial sobre a autoria do delito a ele imputado. A questão relativa à quebra da cadeia de custódia da prova merece tratamento acurado, conforme o caso analisado em concreto, de maneira que, a depender das peculiaridades da hipótese analisada, pode haver diferentes desfechos processuais para os casos de descumprimento do assentado no referido dispositivo legal.
Voto-vista do Ministro Relator: "De forma bastante sintética, pode-se afirmar que o art. 158-B do CPP detalha as diversas etapas de rastreamento do vestígio: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte. O art. 158-C, por sua vez, estabelece o perito oficial como sujeito preferencial a realizar a coleta dos vestígios, bem como o lugar para onde devem ser encaminhados (central de custódia). Já o art. 158-D disciplina como os vestígios devem ser acondicionados, com a previsão de que todos os recipientes devem ser selados com lacres, com numeração individualizada, 'de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio'.
Uma das mais relevantes controvérsias que essa alteração legislativa suscita – no que importa especificamente para a análise deste caso concreto – diz respeito às consequências jurídicas, para o processo penal, da quebra da cadeia de custódia da prova (break on the chain of custody) ou do descumprimento formal de uma das exigências feitas pelo legislador no capítulo intitulado 'Do exame de corpo de delito, da cadeia de custódia e das perícias em geral': essa quebra acarreta a inadmissibilidade da prova e deve ela (e as dela decorrentes) ser excluída do processo? Seria caso de nulidade da prova? Em caso afirmativo, deve a defesa comprovar efetivo prejuízo, para que a nulidade seja reconhecida (à luz da máxima pas de nulitté sans grief)? Ou deve o juiz aferir se a prova é confiável de acordo com todos os elementos existentes nos autos, a fim de identificar se eles são capazes de demonstrar a sua autenticidade e a sua integridade?
Se é certo que, por um lado, o legislador trouxe, nos arts. 158-A a 158-F do CPP, determinações extremamente detalhadas de como se deve preservar a cadeia de custódia da prova, também é certo que, por outro, quedou-se silente em relação aos critérios objetivos para definir quando ocorre a quebra da cadeia de custódia e quais as consequências jurídicas, para o processo penal, dessa quebra ou do descumprimento de um desses dispositivos legais. (...)
No âmbito da doutrina, as soluções apresentadas são as mais diversas. (...)
Há, ainda, aqueles que sustentam que a questão da violação da cadeia de custódia deve ser tratada no campo da valoração da prova, e não no campo de sua validade. Para os adeptos dessa teoria, a prova da cadeia de custódia, se insuficiente ou inexistente, não torna a prova inadmissível, mas possivelmente mais fraca. Se há uma probabilidade pequena, média ou grande de a prova ser autêntica, seu valor deve ser tomado na medida desta probabilidade, questão essa que diz respeito ao mérito. Ou seja, se a cadeia de custódia tiver sido vulnerada, o juízo deve valorar todos os elementos existentes, a fim de aferir se a prova é confiável. Nesse sentido, Gustavo Badaró argumenta que:
'[...] as irregularidades da cadeia de custódia não são aptas a causar ilicitude da prova, devendo o problema ser resolvido, com redobrado cuidado e muito maior esforço justificativo, no momento da valoração. Não é a cadeia de

custódia a prova em si. Mas sim uma 'prova sobre prova'. Sua finalidade é assegurar a autenticidade e integridade da fonte de prova, ou a sua mesmidade. Ela, em si, não se destina a demonstrar a veracidade ou a falsidade de afirmações sobre fatos que integram o thema probandum. Ainda que com cuidados redobrados, é possível que, mesmo em casos nos quais haja irregularidade na cadeia de custódia, a prova seja aceita e admitida sua produção e valoração. Por outro lado, no caso de vícios mais graves, em que se tenha dúvidas sobre a autenticidade ou integridade da fonte de prova, em que haja uma probabilidade de que a mesma tenha sido adulterada, substituída ou modificada, isso enfraquecerá seu valor, cabendo ao julgador, motivadamente, fazer tal análise. (A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: Sidi, Ricardo; Lopes, Anderson B. Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 535).' (...)

Com a mais respeitosa vênia àqueles que defendem a tese de que a violação da cadeia de custódia implica, de plano e por si só, a inadmissibilidade ou a nulidade da prova, de modo a atrair as regras de exclusão da prova ilícita, parece-me mais adequada aquela posição que sustenta que as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável. Assim, à míngua de outras provas capazes de dar sustentação à acusação, deve a pretensão ser julgada improcedente, por insuficiência probatória, e o réu ser absolvido. (...)

Reitero, no entanto, que não foi a simples inobservância do procedimento previsto no art. 158-D, § 1º, do CPP que, ipso facto, me levou a concluir pela absolvição do réu em relação ao crime de tráfico de drogas; ao contrário, foi a ausência de outras provas suficientes o bastante a formar o convencimento judicial sobre a autoria do delito a ele imputado.

Vale frisar que a questão relativa à quebra da cadeia de custódia da prova merece tratamento acurado, conforme o caso analisado em concreto, de maneira que, a depender das peculiaridades da hipótese analisada, podemos ter diferentes desfechos processuais para os casos de descumprimento do assentado no referido dispositivo legal."

4.4.1.8.2 - A Extensão do Conceito de Cadeia de Custódia para o Processo Disciplinar

Apresentada em **4.4.1.8.1** a positivação do tema resultante das alterações introduzidas no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, cuida-se agora de trazer como a cadeia de custódia reflete na instância processual disciplinar, a fim de que, no que for cabível, a produção ou o recebimento, o manuseio, a análise e a destinação de elementos informativos ou de provas realizadas no próprio processo ou advindas de compartilhamento (seja de origem judicial, seja de origem na própria Administração) recebam similar tratamento acautelador, a fim de também terem preservada a autenticidade. Decerto, não soa razoável desprezar esta nova ordem preventiva, de forma que se busque garantir, também na processualística disciplinar, até onde possível, o caminho que a evidência seguirá, desde sua origem até seu destino, que pode ser a autuação no processo.

Conforme se introduziu, originalmente a cadeia de custódia se volta para a instância processual penal. Não obstante, mesmo sendo certo que a processualística disciplinar não requer todo formalismo dos arts. 158-A a 158-F do CPP e não precisa se submeter a todas aquelas cautelas e rigores, o aplicador do Direito Disciplinar deve ter em mente que o conceito pode e deve ser importado, a fim de se aproveitar a cultura de confiabilidade que introduz, mas sem deixar de lembrar que, sendo o rito do CPP bem mais formal e cauteloso, nem todas as inclusões promovidas pela Lei nº 13.964, de 2019, têm similar aplicabilidade nesta instância administrativa. Em outras palavras, a importação do conceito de cadeia de

custódia para a esfera disciplinar resulta em uma simplificação da instrumentalidade mais rigorosa exigida no processo penal.

Nestes termos, a ideia de cadeira de custódia se aplica aos elementos informativos e às provas coletadas tanto no procedimento correcional investigativo quanto no processo disciplinar *stricto sensu* e também independentemente se foram recebidas (como circulação de elementos investigativos ou provas emprestadas, fruto de compartilhamento, tanto de origem judicial, como o resultado de mandados de busca e apreensão executados em operações conjuntas, quanto de origem administrativa, como o resultado do espelhamento de disco rígido de estação de trabalho de servidor, por exemplo) ou se foram produzidas no curso do próprio rito administrativo pelo agente responsável pela condução.

Primeiramente, reiterando o já afirmado acima quando se abordou a instância processual penal, ao se tratar da juntada aos autos de um elemento informativo ou de uma prova específica, para se garantir sua rastreabilidade (sua historicidade), no mínimo, com bastante síntese, se faz relevante registrar o instrumento e o caminho que o trouxeram até o procedimento correcional investigativo ou até o processo disciplinar, especificando o documento que amparou sua juntada, como, por exemplo, um ofício, indicando seu remetente e a data do envio. De forma mais detalhada, mesmo em se tratando de processo digital, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), para suprir os registros necessários à cadeia de custódia, convém fazer termo de juntada ao se autuar prova no processo, deixando registradas a origem, a data de recebimento e a forma de obtenção da evidência. Como segunda alternativa, caso não se faça termo de juntada (como não se costuma mesmo fazer em subfase investigativa), convém ao menos gravar estes registros na especificação do documento a ser juntado no sistema.

Na visão mais abrangente ora defendida de o *caput* do art. 158-A do CPP também alcançar elementos informativos ou provas digitais, cabe acrescentar ainda mais uma formalidade acauteladora no caso de quantidade discreta de evidências desta natureza. Além dos registros acima mencionados referentes ao termo de juntada, é de se agregar ao arquivo eletrônico recebido o chamado código *hash*, que é uma espécie de identificação lógica de arquivos digitais. Em sintéticas palavras, o código *hash* é uma combinação de numerais e letras que indicam a unicidade de um arquivo (nenhum outro arquivo diferente possui o mesmo código). O método informatizado gera um código *hash* único para o arquivo submetido, em função de todos os seus *bits*, de forma que qualquer eventual alteração ou adulteração ou violação no conteúdo do arquivo implicaria na geração de um código diferente. Assim, a autoridade remetente, seja na Polícia Federal (PF), seja no Ministério Público Federal (MPF), para citar os órgãos parceiros e interlocutores mais frequentes, pode submeter os arquivos e gerar seus respectivos códigos *hash*, antes do compartilhamento. Obviamente toda esta cautela se dispensa quando aqueles órgãos compartilham, em extensão "*portable document format*" (pdf), cópia de processos judiciais, nos quais já se deu toda a discussão sobre suas próprias provas encartadas.

Mesmo este compartilhamento de arquivos em quantidade discreta, em razão da sensibilidade que em geral caracteriza seus conteúdos, costuma ser feito com o emprego de mídias móveis, como discos rígidos externos (*hard disks* - HD) ou *pendrives*, dependendo do volume de informações. Mas, se excepcionalmente o grau de sensibilidade dos arquivos em quantidade discreta não for elevado, embora não seja comum, até é até possível o compartilhamento ser feito por meio do aplicativo OneDrive (que é um serviço de armazenamento em nuvem e que integra a plataforma de aplicativos do Office 365, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia da Informação - Cotec), de uso autorizado pela Portaria RFB/Sucor/Cotec nº 29, de junho de 2021.

Independentemente do meio empregado, quando estes arquivos em quantidade discreta forem compartilhados, a autoridade remetente deve informar os códigos *hash*, para que o

servidor do sistema correcional submeta o arquivo recebido ao mesmo método informatizado; ao atestar o mesmo código informado pelo remetente, assegura-se que não houve nenhum dano no arquivo durante o transporte; caso o destinatário verifique que o código do arquivo recebido é diferente, deve pedir ao remetente o reenvio. Caso o órgão de origem não forneça o material com os códigos *hash*, deve o Grupo Nacional de Investigação (GNI - no caso mais comum de esta preocupação se dar no curso de procedimento correcional investigativo, refletindo-se para o Grupo Nacional de Comissões - GNC, caso excepcionalmente se dê já no curso de processo disciplinar) gerá-los e recomenda-se que se registre este fato no processo, anotando ainda a origem dos arquivos recebidos, a data do recebimento, o método informatizado para gerar os códigos. E há ainda outro documento que assume relevância no compartilhamento de arquivos eletrônicos de parte da PF, em razão de suprir sua rastreabilidade, e que deve ser solicitado e autuado no processo disciplinar, que é o laudo de perícia técnica, em que se relatam as informações sobre como se deu, na origem, a coleta do material apreendido (em que endereço ocorreu, qual a equipe responsável, qual o lacre colocado) e qual o método informatizado para criação dos códigos *hash*.

Mas a maior preocupação não é com uma evidência isolada ou com evidências em quantidade discreta, mas sim com duas espécies de recebimento de grande quantidade de informações, contidas em arquivos eletrônicos. No primeiro caso, são arquivos advindos do compartilhamento do resultado de espelhamento de disco rígido de estação de trabalho de servidor, realizado pela Cotec. No segundo caso, são arquivos advindos do compartilhamento judicialmente autorizado do resultado de mandados de busca e apreensão decorrentes de operações conjuntas, fornecidos pela PF ou pelo MPF, em geral por meio de mídias de discos rígidos externos de elevada capacidade. Em ambos os casos, mais complexos, mais do que aqueles registros que acima se indicaram para termo de juntada de elemento probatório individualizado ou em quantidades discretas, deve-se buscar atender, no que for cabível, os regramentos instrumentais das diversas etapas da cadeia de custódia elencadas no art. 158-B do CPP, desde a saída das evidências da origem onde foram coletadas (na PF ou no MPF ou na Cotec).

Quanto à demanda para espelhamento de disco rígido de estação de trabalho de servidor, também cabe a cautela de se solicitar à Cotec o compartilhamento dos arquivos já com códigos *hash*. A propósito, este ato de obtenção de prova deve ser acompanhado pelo servidor ou pela comissão (um de seus membros) do sistema correcional interessada no elemento e deve ser reduzido a termo, de que constem a data, o local, os agentes presentes ao ato e o servidor que utiliza a estação de trabalho.

A maior sensibilidade do tema em apreço reside na hipótese de compartilhamento judicialmente autorizado de imensa quantidade de arquivos contidos no resultado de mandados de busca e apreensão realizados na deflagração e no curso de operações conjuntas, fornecidos pela PF ou pelo MPF, em geral por meio de mídias de discos rígidos externos de elevada capacidade. A partir da positivação da cadeia de custódia no CPP, uma vez judicialmente deferido o compartilhamento com a instância disciplinar, não mais basta o servidor do sistema correcional se dirigir à PF ou ao MPF munido apenas de um ofício de encaminhamento e de uma mídia de disco rígido externo e informalmente copiar os arquivos de interesse, sendo prudente buscar garantir, no mínimo, a unicidade do extenso conteúdo a ser compartilhado.

Assim, é relevante solicitar ao órgão de origem (PF ou MPF) que o conteúdo da mídia de disco rígido externo seja compartilhado já com seus arquivos indexados pelos respectivos códigos *hash*. Neste caso, o comum é que se atribuam código *hash* para todos os arquivos contidos na mídia, inclusive para aqueles sem nenhuma relevância disciplinar. Repetem-se aqui duas construções já apresentadas quando se abordou o compartilhamento de arquivos eletrônicos em quantidade discreta. No caso de negativa de fornecimento de códigos *hash*,

cabem as mesmas medidas, de o GNI (ou, muito excepcionalmente, o GNC) gerá-los e de se recomendar que se registre este fato no processo, anotando ainda a origem dos arquivos recebidos, a data do recebimento e o método informatizado para gerar os códigos. E, além do laudo de perícia técnica já citado, há ainda mais um documento que assume relevância no compartilhamento de arquivos eletrônicos de parte da PF, em razão de suprir sua rastreabilidade, e que deve ser solicitado e autuado no processo disciplinar, que é o auto de apreensão, em que se descreve o ato de busca e apreensão.

Além de todas as cautelas acima, deve-se preservar todas as mídias de disco rígido externo - sejam próprias do sistema correcional, sejam fornecidas, em compartilhamento, pela PF ou pelo MPF ou por qualquer outra fonte - que contenham elementos informativos ou provas passíveis de serem autuadas. Este material deve ficar preservado, embalado e lacrado, em um ambiente próprio para este fim, no âmbito dos Escritórios de Corregedoria (Escor), como um armário fechado por exemplo (obviamente, não há necessidade de criação de central de custódia mencionada no *caput* do art. 158-C do CPP). Para se proceder à análise, convém que o servidor ou a comissão interessada no material solicite acesso à mídia de disco rígido externo à autoridade instauradora ou à Coordenação do respectivo Grupo Nacional, via mensagem eletrônica pelo correio eletrônico institucional, e aqui também não há desatendimento àquele mesmo comando legal que apenas estabelece que a análise deveria ser feita preferencialmente por perito oficial, o que não impede de outros agentes, motivadamente, fazê-lo. Provavelmente, a análise fará uma seleção da extensa lista de conteúdo da mídia, avaliando que devem ser autuados apenas alguns dos arquivos eletrônicos, em razão de efetivamente interessarem ao processo. Ainda assim, não se descarta a mídia já analisada, a fim de se preservar a integridade da cadeia de custódia das evidências selecionadas para serem autuadas. Ao final da análise, cabe ao servidor ou à comissão devolver a mídia, embalada com novo lacre, à autoridade instauradora ou à Coordenação.

Uma vez que se tornou usual coletar prova oral por meio de aplicativo de chamadas em vídeo, a exemplo do Microsoft Teams, que integra a plataforma de aplicativos do Office 365, homologada pela Cotec, este meio de prova deixou de ser necessariamente reduzido a termo em sua íntegra, conforme autorizam o art. 2º e o *caput* do art. do at. 7º da Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 12, de 1º de novembro de 2011. A eficácia da prova, em termos de sua cadeia de custódia, está condicionada apenas à juntada ou à preservação do arquivo de vídeo integral, dispensando-se que a oralidade seja transcrita. A existência, ou não, de transcrição não assegura e nem prejudica a preservação da cadeia de custódia. Não obstante, pode a comissão deliberar pela transcrição parcial apenas dos trechos mais relevantes, para fins de indiciação e relatório, por exemplo, sem prejuízo de se acautelar de proceder à devida custódia do arquivo de vídeo integral, para suprir eventual pedido de acesso por parte da defesa. A quebra da cadeia de custódia neste caso se dá com a não preservação da íntegra do arquivo de vídeo ou com a detecção de o arquivo apresentar algum tipo de corrompimento, ainda que pontual, que impede que o ato de coleta seja totalmente revisto, importando na necessidade de refazimento da prova.

> *IN CGU/CRG nº 12, de 2011 - Art. 2º Poderão ser realizadas audiências e reuniões por meio de teletransmissão de sons e imagens ao vivo e em tempo real, destinadas a garantir a adequada produção da prova, sem prejuízo de seu caráter reservado, nos procedimentos de natureza disciplinar ou investigativa.*
> *Art. 7º O registro audiovisual gerado em audiência deverá ser juntado aos autos, sem necessidade de transcrição em ata, sendo disponibilizado à defesa o acesso ao seu conteúdo ou à respectiva cópia. (Redação dada pela Instrução Normativa CGU/CRG nº 5, de 21 de fevereiro de 2020)*

No caso de a comissão ter de compartilhar prova custodiada, convém elaborar termo de compartilhamento e custódia, especificando a data, o motivo, o destinatário e o conteúdo do compartilhamento, a fim de se resguardar, caso posteriormente haja algum vazamento das

informações. Se a prova custodiada a ser compartilhada contiver dados pessoais de quem quer que seja, devem ser agregadas as cautelas exigidas pela Lei nº 13.709, de 2018, detalhadas em **2.5.6.2.4.b**.

Na matriz de responsabilização, convém anotar na terceira coluna, dos elementos informativos ou das provas já existentes nos autos, as respectivas cadeias de custódia (a origem, a data de recebimento e a forma de obtenção de cada evidência), pois, caso posteriormente haja declaração de ilicitude ou de ilegitimidade de algum item, fica mais fácil identificar exatamente qual(is) elemento(s) informativo(s) ou prova(s) é(são) afetado(s) por esta decisão e qual(is) se manté(ê)m hígido(s).

4.4.2 - Impedimento e Suspeição dos Participantes de Atos de Instrução Probatória

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, tratou apenas de algumas hipóteses de impedimento dos membros da comissão com relação ao acusado, no § 2º do art. 149. Todavia, há de se levar em conta também possíveis vinculações pessoais porventura existentes entre agentes que atuarão na instrução probatória e o acusado.

A possibilidade de o próprio agente interveniente (testemunha, perito, assessor técnico, etc) ou de o acusado alegar impedimento ou suspeição na atuação daquele no processo tem amparo na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, em aplicação subsidiária.

Assim, repetem-se os conceitos estabelecidos em **4.2.6**, ratificando-se que incidentes de impedimento ou suspeição têm natureza incidental e não possuem o condão de suspender o andamento do processo enquanto perdurar sua análise.

No caso de alegação de impedimento ou de suspeição, apresentada pela defesa em face de agente interveniente na instrução, deve a comissão tomar por regra que se faz necessário solucionar esta questão incidental, no próprio termo, antes da realização do ato, ainda que isto demande alguma busca de prova. Uma vez que se impõe que a comissão notifique a parte com o prazo mínimo de três dias úteis - o que leva a dizer que a defesa fica sabendo antecipadamente da participação do agente a respeito do qual cogita de impedimento ou suspeição -, é possível defender a tese de que a defesa tem de trazer eventual prova de alegada exceção até a realização do ato instrucional e de que preclui seu direito se somente o faz após a feitura do ato de prova. Não obstante esta primeira leitura, a busca da verdade material, como um princípio fortemente impulsionador da processualística disciplinar (diferentemente do processo judicial, ainda mais preso à verdade formal), impõe que se mitigue e que se flexibilize esta intempestividade contrária à defesa, de forma que, mesmo se a parte traz a prova do alegado impedimento ou suspeição do agente interveniente já após o ato de instrução, é possível que a comissão se convença da tese da defesa e refaça ou descarte o ato instrucional.

O impedimento deriva de uma situação objetiva e gera presunção absoluta de incapacidade. Uma vez configurada uma das hipóteses de impedimento, não há possibilidade de refutação pelo próprio impedido ou pela autoridade a que se destina a alegação. Daí, o agente fica proibido de atuar no processo, devendo obrigatoriamente comunicar o fato ao presidente da comissão. Aplicando-se subsidiariamente as hipóteses de impedimento elencadas nos incisos do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999, podem ser consideradas como as principais causas de impedimento de testemunha, perito, assessor técnico ou assistente (consultor) técnico:

- ter interesse direto ou indireto na matéria;
- ter atuado ou vir a atuar como procurador ou defensor no processo em questão ou se o

fizeram ou o farão seu cônjuge, parentes ou afins de até terceiro grau (destacando-se que, na Lei Geral do Processo Administrativo, que não é disciplinar, o termo "representante" tem o significado de "procurador" e não de "servidor denunciante"), conforme ampara a doutrina;

> *"A Lei quer impedir que o agente funcione no processo assumindo mais de uma função, possibilitando a ocorrência de constrangimento em virtude de eventuais posições geradoras de manifestação de vontade antagônicas. De fato, se o indivíduo está em posições jurídicas diversas, não terá como evitar o desconforto de admitir duas soluções para a mesma questão. É isso que o legislador quer impedir.*
> *A participação impeditiva pode dar-se quando o agente é perito; a razão é óbvia: o perito exerce função eminentemente técnica e, portanto, deve situa-se distante de qualquer interesse. Assim, não é compatível que seja perito técnico e ao mesmo tempo encarregado de decidir a matéria do processo. O mesmo se dá quando desempenha o papel de testemunha: como a esta cabe relatar fatos de forma verídica, deve também estar longe das partes, e tal posição se incompatibiliza com a de autoridade incumbida do processo. Como representante, a incompatibilidade é indiscutível: a qualidade de representante implica, como é natural, a defesa dos interesses do representado. Se assim é, nenhuma isenção terá o agente da Administração se estiver ligado por vínculo de representação com o interessado." José dos Santos Carvalho Filho, "Processo Administrativo Federal", pg. 133, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005*

- e estar litigando judicial ou administrativamente com o acusado ou com o cônjuge ou companheiro do acusado, desde antes da instauração do processo disciplinar.

> *Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:*
> *I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;*
> *II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;*
> *III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.*
> *Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato a autoridade competente, abstendo-se de atuar.*
> *Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.*

Em **2.5.2**, alertou-se que se aplicam à autoridade instauradora as mesmas cláusulas de impedimento e suspeição aqui abordadas. Assim, nos termos do inciso II do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999, em regra, não é recomendável acatar pedido da parte para que a autoridade instauradora também atue no processo como testemunha.

E em **4.2.6** já se aduziu que, enquanto os incisos I e III, por razões distintas (o primeiro, por conter indesejável parcela de subjetividade e por não apresentar contornos definidos em hipótese de impedimento; e o terceiro, por ser de cristalina e inequívoca objetividade), não merecem aprofundamento, faz-se necessário abordar o inciso II do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999. A hipótese de impedimento, nos estritos termos legais, se limita à atuação de um agente (ou de seus parentes) no mesmo processo sob mais de uma função. Ou seja, a primeira leitura que se extrai do dispositivo legal é de que o impedimento não se aplica à hipótese de um agente (ou seus parentes) ter atuado em outro processo administrativo e menos ainda em processo judicial em que figura(ou) o mesmo servidor interessado (acusado). Em princípio, pode atuar na instrução probatória quem já atuou em outro processo administrativo ou judicial em que figura(ou) o mesmo servidor acusado. Todavia, nada

impede que, à vista de peculiaridades de eventual caso concreto, em que a participação em outros autos tenha se marcado por fortes manifestações a favor ou contra o servidor acusado no processo em questão, possa se configurar uma contaminação na isenção do agente, conforme expressa a jurisprudência.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 12.684: "Ementa: 9. Não está impedido de funcionar no processo administrativo o servidor que tenha participado, ou venha participar, de outro processo, na condição de testemunha, salvo quando o depoimento prestado carrega opinião ou prejulgamento sobre a conduta do indiciado, o que não ocorreu no caso concreto."*

Destaque-se que eventual provocação para que a Advocacia-Geral da União (AGU) atue no curso da instrução probatória (por exemplo, postulando em juízo para obtenção de provas de ação penal ou a favor da quebra de sigilo bancário) não impede sua posterior atuação na fase de julgamento (por meio de parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, por exemplo, como é o caso dos julgamentos de competência do Ministro de Estado da Economia), novamente em alinhamento com a jurisprudência.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 14.504: "Ementa: 4. Admite-se a atuação da Advocacia-Geral da União no processo disciplinar como auxiliar da comissão processante junto ao Poder Judiciário na obtenção de provas produzidas na ação penal intentada sob os mesmos fatos investigados na esfera administrativa."*
> *Voto: "(...) Destacou o autor da ação ser indevida a interferência da Advocacia-Geral da União na fase de instrução, pois esse mesmo órgão, ao término do procedimento, participa do julgamento do feito. Sem razão, contudo, o impetrante. (...) Na espécie, o servidor investigado, auditor da receita federal, era vinculado ao Ministério da Fazenda, sendo o ministro desta Pasta o juiz natural do processo administrativo disciplinar e não o Advogado-Geral da União. Ainda, a função da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, na esfera administrativa, é de assessoramento e orientação dos dirigentes do Poder Executivo Federal, para dar segurança jurídica aos atos administrativos que serão por eles praticados. Assim, o parecer apresentado no processo administrativo disciplinar tem cunho meramente informativo. Não há se falar, portanto, que a Advocacia-Geral da União teria participação no julgamento do feito. De outro vértice, observa-se ter sido a Advocacia-Geral da União acionada tão somente para solicitar documentos colacionadas nos autos da ação penal em trâmite na Justiça Federal contra o investigado, cujos fatos se relacionavam com o inquérito administrativo. Outra não poderia ter sido a atitude da comissão processante, uma vez que ela, ou seus membros, não possuem poder postulatório, pressuposto processual para estar em juízo, qualidade esta intrínseca à Advocacia-Geral da União, nos termo do artigo 131 da Constituição Federal."*

Já a suspeição deriva de uma situação subjetiva e gera uma presunção relativa de incapacidade. Ao contrário do impedimento, não há obrigatoriedade de sua manifestação ao presidente da comissão ou à autoridade instauradora. Assim, o vício fica sanado se não for arguido pelo interessado ou pela testemunha, perito, assessor técnico ou assistente (consultor) técnico. Além disto, ainda que configurada uma das hipóteses de suspeição, há possibilidade de refutação pelo próprio suspeito ou pela autoridade a que se destina a alegação, visto que as alegações de suspeição apresentadas pelo próprio agente do ato de instrução ou pelo acusado são apreciadas por quem designou o agente (presidente da comissão ou autoridade instauradora).

Aplicando-se subsidiariamente as hipóteses de suspeição elencadas no art. 20 da Lei nº 9.784, de 1999, pode ser apontada como principal causa de suspeição de testemunha, perito, assessor técnico ou assistente (consultor) técnico, com relação ao acusado: ter com ele, ou

com seu cônjuge, parentes ou afins de até terceiro grau, relação de amizade íntima ou de inimizade notória. A Lei qualificou como íntima a amizade e notória a inimizade, de forma que, em regra, simples relação de coleguismo, ou sua ausência, decorrente do contato profissional cotidiano, não configura a vinculação qualificada prevista como suspeita. A amizade íntima pressupõe relacionamento além dos limites laborais, com visitas familiares, lazer conjunto e ligação afetiva de companheirismo e preocupação pessoal. Por outro lado, a inimizade notória também requer um conflito que ultrapasse mera reação de baixa empatia ou mesmo de antipatia, de conhecimento geral pelo menos dentro do ambiente da repartição. Ademais, o vício fica sanado se não for arguído pelo acusado ou pelo próprio agente suspeito, ainda em sintonia com a jurisprudência.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.*
> *Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.*
>
> *STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.613: "Ementa: 2. Nas hipóteses de suspeição há presunção relativa de parcialidade, sujeita à preclusão. Se o interessado deixa de arguí-la na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos (art. 138, § 1º do CPC), convalida-se o vício, tendo-se por imparcial o magistrado."*

E, em interpretação extensiva § 2º do art. 149 da Lei nº 8.112, de 1990, pode-se acrescentar ainda como possibilidade de suspeição a hipótese de o agente interveniente ser cônjuge, parente ou afim de até terceiro grau do acusado (hipótese em que também se pode cogitar de aplicação do art. 20 da Lei nº 9.784, de 1999). De se destacar que o dispositivo elencado na Lei nº 8.112, de 1990, como impedimento para integrante de comissão, não se reflete com igual intensidade no caso de agente interveniente da instrução, já que o cônjuge ou o parente ou o afim até podem atuar, mas com ressalva em sua isenção, à vista da notória suspeição (a título de exemplo ratificador deste entendimento, mencione-se que o art. 206 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal - CPP e o inciso I do art. 448 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil - CPC não impedem a prova oral fornecida por cônjuge ou parente ou afim).

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 149.*
> *§ 2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.*
>
> *CPP - Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.*
>
> *CPC - Art. 448. A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos:*
> *I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau;*

Em **4.2.6**, a cuja leitura se remete, foram apresentadas as definições de graus de parentesco e a forma de contá-los, bem como alertou-se para a inaplicabilidade da alegação de nulidade em benefício de quem lhe deu causa.

Apresentadas as hipóteses materiais de incidentes de impedimento e de suspeição dos agentes intervenientes na instrução probatória, quanto à sua instrumentalidade, é de se dizer

que, como as Leis nº 8.112, de 1990, e nº 9.784, de 1999, não abordaram o tema, a solução se reporta aos arts. 97 a 101, 105, 111 e 112 do CPP.

Se o agente interveniente, espontaneamente, demonstra, de forma objetiva, ser impedido ou se manifesta suspeito em face do acusado, apenas cabe ao presidente da comissão (ou à autoridade instauradora, dependendo de quem o tiver designado a atuar), diante da prova irrefutável do impedimento ou da alegação pertinente da suspeição, designar outro agente ou dispensar a feitura do ato, em analogia com o art. 97 do CPP.

Se o tema vem à tona por provocação da defesa, em analogia com o art. 105 do CPP, não se prescinde da manifestação do agente interveniente, de forma que, mesmo se a defesa houver interposto o incidente junto ao presidente da comissão ou junto à autoridade instauradora, é necessário que estes, antes de decidir, remetam a provocação ao agente interveniente; e aí cabem duas possibilidades. Por um lado, se o agente acata a tese de ser impedido ou suspeito, novamente, mediante a prova irrefutável do impedimento ou a alegação pertinente da suspeição, apenas cabe ao presidente da comissão (ou à autoridade instauradora), designar outro agente ou dispensar a feitura do ato, em analogia com os arts. 98 e 99 do CPP. Mas, por outro lado, se o agente interveniente não acata a tese de ser impedido ou suspeito, deve o incidente ser protocolizado em autos apartados, a ser instruído com a peça inicial da parte e com a manifestação do agente, e em seguida remetido ao presidente da comissão (ou à autoridade instauradora), para sua decisão de designar outro agente ou dispensar a feitura do ato, em analogia com o *caput* do art. 100 do CPP.

Em qualquer hipótese de alegação de impedimento ou de suspeição, seja espontaneamente pelo próprio agente interveniente, seja pela defesa, deve o incidente ser levado à decisão do presidente da comissão (ou da autoridade instauradora), coletando-se manifestação circunstanciada daquele agente cuja isenção se questiona. À luz dos arts. 111 e 112 do CPP, os questionamentos de impedimento e de suspeição são incidentais e não suspendem o andamento do processo principal enquanto são analisados (a despeito de o inciso III do art. 313 do CPC prever a suspensão, elege-se como primeira fonte de integração a processualística penal, em razão da maior afinidade). Mas, por outro lado, uma vez decidido pela ocorrência de impedimento ou de suspeição de determinado agente interveniente, os atos de cuja feitura ele participou são declarados nulos e devem ser refeitos.

> *CPP - Art. 97. O juiz que espontaneamente afirmar suspeição deverá fazê-lo por escrito, declarando o motivo legal, e remeterá imediatamente o processo ao seu substituto, intimadas as partes.*
> *Art. 98. Quando qualquer das partes pretender recusar o juiz, deverá fazê-lo em petição assinada por ela própria ou por procurador com poderes especiais, aduzindo as suas razões acompanhadas de prova documental ou do rol de testemunhas.*
> *Art. 99. Se reconhecer a suspeição, o juiz sustará a marcha do processo, mandará juntar aos autos a petição do recusante com os documentos que a instruam, e por despacho se declarará suspeito, ordenando a remessa dos autos ao substituto.*
> *Art. 100. Não aceitando a suspeição, o juiz mandará autuar em apartado a petição, dará sua resposta dentro em três dias, podendo instruí-la e oferecer testemunhas, e, em seguida, determinará sejam os autos da exceção remetidos, dentro em vinte e quatro horas, ao juiz ou tribunal a quem competir o julgamento.*
> *Art. 101. Julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal, pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável; rejeitada, evidenciando-se a malícia do excipiente, a este será imposta a multa de duzentos mil-réis a dois contos de réis.*
> *Art. 105. As partes poderão também argüir de suspeitos os peritos, os intérpretes e os serventuários ou funcionários de justiça, decidindo o juiz de*

> *plano e sem recurso, à vista da matéria alegada e prova imediata.*
> *Art. 111. As exceções serão processadas em autos apartados e não suspenderão, em regra, o andamento da ação penal.*
> *Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser argüido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.*

Cabe destacar a situação peculiar de um agente intimado a testemunhar e que manifesta sua condição de impedido ou de suspeito ou que tenha tais condições alegadas pela defesa, uma vez acatada a exceção, não é objeto de substituição por outro depoente, mas sim desqualificado de testemunha para declarante não compromissada com a verdade, conforme se abordará em **4.4.5**.

4.4.3 - Notificação ao Acusado da Realização de Atos de Instrução Probatória e Demais Atos de Comunicação

Conforme exposto em **4.3.11.3**, no curso da segunda fase do processo disciplinar, como de outra forma não poderia ser, já que no inquérito administrativo se estabelece uma dialética contraditória entre comissão e acusado, ocorrem diversos atos de comunicação entre aquela e este. Mais comumente, tais comunicações visam a informar ao acusado a realização de atos de instrução probatória.

Mas, em sentido mais amplo, aqui também pode-se cogitar das necessidades de a comissão entregar ao acusado intimações para atos de realização a encargo deste ou para convocar-lhe para participar de algum procedimento ou ainda de entregar-lhe notificações com respostas a petições por ele apresentadas ou com decisões interlocutórias ou despachos das mais variadas naturezas lavrados pela comissão e cujo conhecimento seja do interesse do acusado. Por este motivo, a despeito de este tópico se voltar precipuamente para a forma como se realizam as notificações de atos de instrução probatória, em geral, o conteúdo aqui exposto também se estende e se aplica aos outros tipos de atos de comunicação a serem entregues ao acusado no curso da segunda fase do processo disciplinar.

Estendendo ainda mais o alcance deste tópico, relembre-se também ser possível, no curso da instrução probatória, a comissão ter de intimar terceiras pessoas estranhas à relação processual (servidores ou particulares) a prestarem algum tipo de informação ou atuação a favor do esclarecimento fático, além da possibilidade de travar comunicações com autoridades internas ou externas, por meio de ofícios. Assim, embora a redação do presente tópico centre-se no acusado ou em seu procurador como destinatários dos atos de comunicação, no que for cabível, também pode-se estender o presente conteúdo à possibilidade de provocações remetidas para outros agentes estranhos ao polo passivo.

Nesta possibilidade, de ato de instrução processual envolver a participação ou a colaboração de terceiras pessoas, sejam agentes públicos ou particulares (como, por exemplo, oitiva de testemunha ou acareação), não se faz necessário condicionar a entrega da notificação à defesa a já se ter entregue antes a intimação ao agente interveniente, pois, conforme se verá adiante, o prazo legal a requerer maior atenção e cuidado é aquele referente à notificação da defesa

Primeiramente, relembrando o já aduzido em **4.3.11.1**, é de se dizer que, como regra geral, sempre que for possível, convém que as decisões da comissão acerca de realização de atos de instrução probatória (independentemente se decorrem de iniciativa de ofício do colegiado ou de pedido do próprio ou de outro acusado) bem como as demais respostas a

petições ou encaminhamentos quaisquer a cargo do trio sejam objeto de deliberação registrada em ata, na qual este exponha nos autos os motivos de seu posicionamento. Ato contínuo, para que se assegure o respeito às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório a favor do acusado - seja de poder participar do ato de instrução probatória, seja de poder contestar alguma decisão interlocutória tomada pela comissão acerca de petições de sua lavra e que entenda prejudicial a seus interesses -, também por meio de ata (preferencialmente a mesma ata em que se registrou a decisão, mas sem prejuízo de se desmembrar em atas específicas), se deve consignar a deliberação do colegiado em comunicar ao acusado a realização dos atos de busca de prova, bem como as respostas ou posicionamentos deliberados pelo trio em face de provocações formuladas pela defesa. Por fim, esta dinâmica se complementa e se aperfeiçoa com a efetiva comunicação ao acusado do teor deliberado, comunicação esta que, em função da natureza do ato de que se dá ciência, se opera por meio de notificação ou de intimação, conforme a seguir se descreve.

Como regra geral, emprega-se na processualística disciplinar a notificação (além de para comunicar ao servidor a existência do processo e sua condição de acusado, conforme já abordado em **4.3.4.1**, mas de terminologia própria como notificação inicial, justamente para diferenciar das notificações ordinárias no curso da instrução) para comunicar ao acusado a realização de atos de instrução probatória e o teor de respostas, decisões ou despachos emitidos pelo colegiado em razão de petições e provocações apresentadas pela defesa. A praxe mais comum é de, diante de petições ou provocações da defesa, a comissão delibera responder ou decidir a questão interposta e o faz de duas formas, ou no corpo da própria ata de deliberação ou em termo específico de decisão ou de despacho; ato contínuo, dependendo do meio pelo qual manifestou seu entendimento, ou naquela própria ata ou em ata específica na sequência da resposta ou decisão, a comissão delibera comunicar seu posicionamento ao acusado e, na sequência, o faz por meio de notificação. Não obstante esta ser a praxe mais usual, diante do princípio do formalismo moderado, resta irrelevante se a prática da comissão for de emitir suas respostas, decisões e despachos e em seus próprios termos autuados coletar ciência do acusado, dispensando a notificação específica para este fim. Além das notificações, mencionam-se ainda, como atos de comunicação entre a comissão e o acusado, as intimações, por meio das quais o colegiado obriga ou convoca o acusado a uma determinada atuação ou participação no processo, em especial para ser interrogado.

4.4.3.1 - Prazos Legais de Antecedência para Entrega dos Atos de Comunicação na Instrução

De forma mais específica, em se tratando de comunicação de realização de ato de instrução probatória, para a qual o respeito ao efetivo exercício das prerrogativas de ampla defesa e de contraditório se demonstra de extremada relevância, é essencial que a notificação ou a intimação seja feita em prazo hábil. Todavia, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, neste aspecto, é silente. Assim, deve-se integrá-la com a normatização existente para o processo administrativo *lato sensu*.

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, quando trata da comunicação dos atos processuais no curso da instrução, estabelece, no § 2º do art. 26 e no art. 41, que o interessado deve ser notificado (ou intimado) com três dias úteis de antecedência da realização do ato. Para a exata definição do dia a partir do qual se pode realizar o ato, socorre-se na regra geral de contagem de prazos, estabelecida no *caput* e no § 1º do art. 66 da mesma Lei (que é idêntica à regra geral do art. 238 da Lei nº 8.112, de 1990, com a diferença apenas na terminologia, pois o Estatuto refere-se a “dias corridos” e a Lei Geral do Processo Administrativo refere-se a contagem de “modo contínuo” e ainda aqui ponderada pela leitura conjunta daqueles seus dois dispositivos mais específicos que adotam, excepcionalmente para este caso, a contagem em dias úteis). Assim, exclui-se o dia da entrega da notificação e

considera-se o terceiro dia útil após a entrega como o dia a partir do qual já, a rigor, é legal a realização do ato (a título de exemplo, notificação entregue em uma quinta-feira permite, por esta regra, a realização do ato na terça-feira).

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.*
> *§ 2º A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento.*
> *§ 5º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falha ou irregularidade.*
> *Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.*
> *Art. 66. Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento.*
> *§ 1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal.*
>
> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 238. Os prazos previstos nesta Lei serão contados em dias corridos, excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do vencimento, ficando prorrogado, para o primeiro dia útil seguinte, o prazo vencido em dia em que não haja expediente.*

Todavia, neste ponto, em que *a priori* se aborda o prazo com que deve ser previamente notificado o acusado da realização de ato de instrução, não se cogita da hipótese de prazo para que ele próprio efetivamente realize algo; mas, sim, precipuamente, aqui se cogita de um prazo que a Lei define a favor do acusado para que a comissão lhe dê ciência, por notificação, de algo que, em regra, a Administração (seja diretamente por meio do próprio colegiado, seja por meio de algum interveniente chamado aos autos por deliberação do trio em atendimento ao interesse público e à oficialidade), produzirá futuramente. Neste caso, em que a tutela é de se garantir certa anterioridade no comunicado como forma de propiciar oportunidade de o acusado comparecer e contraditar, ainda que se possa, no rigor da literalidade da Lei, defender a feitura do ato já no terceiro dia útil, é recomendável que a comissão adote postura mais cautelosa e conservadora, efetivando o ato somente a partir do quarto dia útil, suprindo os três dias úteis de intervalo. E no caso específico de se tratar de prazo concedido, em geral por intimação, para o acusado efetivamente fazer algo ou produzir algum ato, diferentemente, se afirma que o terceiro dia útil é o termo final para que a comissão esteja obrigada a esperar pelo atendimento por parte do acusado.

Como referência para situações diversas que ocorrem no processo sem que haja previsão legal de prazo, pode-se adotar o dispositivo constante do art. 24 da Lei nº 9.784, de 1999, qual seja, o prazo de cinco dias corridos, para atos a serem realizados pelo órgão, pela autoridade ou por administrados. Novamente, para a exata definição do dia a partir do qual se pode realizar o ato, socorre-se na regra geral de contagem de prazos, estabelecida no *caput* do art. 66 da mesma Lei (que é idêntica à regra geral do art. 238 da Lei nº 8.112, de 1990). Assim, exclui-se o dia da entrega da notificação e considera-se o quinto dia corrido após a entrega como o dia a partir do qual, a rigor, já é legal a realização do ato (a título de exemplo, notificação entregue em uma quinta-feira permite, por esta regra, a realização do ato na terça-feira).

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior.*

> *Parágrafo único. O prazo previsto neste artigo pode ser dilatado até o dobro, mediante comprovada justificação.*
> *Art. 66. Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento.*
> *§ 1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal.*

Diferentemente da situação que se abordou acima (de prazo que a Lei define a favor do acusado para que a comissão lhe dê ciência de algo que, em regra, a Administração produzirá futuramente - seja diretamente por meio do próprio colegiado, seja por meio de algum interveniente chamado aos autos por deliberação do trio em atendimento ao interesse público e à oficialidade), agora se cogita precipuamente da hipótese de prazo para que o próprio acusado, em geral por intimação, efetivamente realize algo. Agora nesta segunda situação, em que a tutela é de se garantir à Administração o poder de prosseguir com os autos diante da inércia ou do desinteresse do acusado em efetivamente fazer algo ou produzir algum ato, com maior grau de certeza se afirma que o quinto dia corrido é o termo final para que a comissão esteja obrigada a esperar pelo atendimento por parte do acusado. Todavia, como o dispositivo menciona ainda atos a cargo da Administração, no caso específico de se tratar de prazo com que o acusado deve ser previamente comunicado, por notificação, da realização de ato de instrução, em que a tutela é de se garantir certa anterioridade na ciência como forma de propiciar oportunidade de o acusado comparecer e contraditar, ainda que se possa, no rigor da literalidade da Lei, defender a feitura do ato já no quinto dia corrido, é recomendável que a comissão adote postura mais cautelosa e conservadora, efetivando o ato somente a partir do sexto dia corrido, suprindo os cinco dias corridos de intervalo.

Pelo exposto, quando a comissão se deparar com situação em que deve conceder prazo para ato a ser realizado pelo servidor, no silêncio da Lei nº 8.112, de 1990, pode adotar como referência inicial os prazos previstos na Lei nº 9.784, de 1999, de três dias úteis ou de cinco dias corridos, com a recomendação de se optar pelo que for mais benéfico à parte.

Ademais, no caso de prazo para que a defesa faça ou produza algo, convém ainda compor com o comando mais cauteloso e conservador do § 3º do art. 224 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), segundo o qual (diferentemente da regra geral do art. 238 da Lei nº 8.112, de 1990, e do § 1º do art. 66 da Lei nº 9.784, de 1999, que exigem que apenas o termo final deve recair sobre dia de expediente normal) também se deve iniciar a contagem somente a partir do primeiro dia útil após a formalização da entrega do ato de comunicação (qualquer que tenha sido sua forma). Assim, se a entrega do ato de comunicação para que a defesa realize algo se deu em uma sexta-feira, ao invés de se contar o prazo de defesa a partir do sábado, pode-se fazê-lo a partir da segunda-feira subsequente, somando-se a partir daí três dias úteis ou cinco dias corridos, dependendo se a capitulação legal do ato se completa, de um lado, com o § 2º do art. 26 e com o art. 41 ou, de outro lado, com o art. 24, todos da Lei nº 9.784, de 1999.

> *CPC - Art. 224.*
> *§ 3º A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.*

Independentemente da forma adotada, obviamente atentando para limites operacionais e até mesmo estratégicos em termos de antecedência e de previsibilidade, convém que a comissão notifique (ou intime) de uma só vez o maior número possível de atos instrucionais ao acusado, como forma de evitar inúmeras concessões do prazo de antecedência de três dias úteis ou de cinco dias corridos.

Antes de se prosseguir na descrição da forma como se operam as comunicações de atos instrucionais, convém esclarecer que, em respeito aos princípios da ampla defesa e do

contraditório, havendo mais de um acusado e mesmo tendo sido solicitada a realização de ato de instrução por apenas um deles, deve-se notificar a todos, mesmo que o ato pareça ser relevante para a formação de convicção apenas do solicitante. Neste ponto, os dois princípios constitucionais acima mencionados se reforçam pelo princípio de instância processual penal da comunhão da prova. Conforme já mencionado em **3.3.3.7**, todas as provas autuadas - e sempre assim o foram em respeito unicamente ao interesse público do esclarecimento fático - passam a pertencer ao processo, não sendo propriedade sequer do acusado que porventura tenha peticionado por sua realização e nem da comissão. Obviamente, para que este princípio possa atuar em toda sua extensão, garantindo a qualquer acusado extrair de qualquer prova, independentemente de sua origem, elementos formadores de convicção a seu favor, faz-se estritamente necessário que todos os acusados sejam notificados da realização de qualquer ato de instrução probatória, sejam aqueles realizados *ex oficio*, sejam aqueles realizados em atendimento a pedido de algum acusado.

Obviamente, se o acusado (ou seu procurador), ao ser notificado (ou intimado) da realização de determinado ato de instrução, manifestar interesse em dele participar, mas informar antecipadamente algum relevante impedimento para estar presente no dia agendado, convém que a comissão tente acertar nova data, se isto for possível.

Após a regular notificação, ao acusado ou a seu procurador, da realização de ato de instrução probatória, o seu comparecimento é facultativo. Conforme já exposto em **4.3.6.3**, a ausência do servidor ou de seu procurador não é impedimento para a realização do ato, devendo o fato ser registrado no termo correspondente. Não há, no processo disciplinar, a figura do defensor *ad hoc* designado pela comissão e muito menos a designação de defensor dativo pela autoridade instauradora para acompanhar ato(s) de instrução.

Em princípio, o ato de instrução probatória realizado sem a regular notificação do acusado é imprestável para formar convicção da comissão contrária à parte, por caber a alegação de cerceamento à defesa e, consequentemente, de sua nulidade. Assim já se manifestou a Advocacia-Geral da União (AGU), no Parecer AGU nº GQ-55:

> *Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: "Ementa: Em virtude dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o servidor que responde a processo disciplinar deve ser notificado da instauração deste imediatamente após a instalação da comissão de inquérito e, em qualquer fase do inquérito, cientificado dos atos processuais a serem praticados com vistas à apuração dos fatos, de modo que, tempestivamente, possa exercitar o direito assegurado no art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990."*

No entanto, caso o ato e suas conclusões não sejam utilizados no sentido de formar convicção e, também, não haja menção ao mesmo na indiciação, não há nulidade no processo, uma vez que não houve prejuízo à defesa, conforme se exporá **4.12.1**. Também, supre-se a formalidade se, apesar de não ter sido notificado da realização do ato ou tê-lo sido de forma irregular, independentemente se o prazo legal seria de três dias úteis ou de cinco dias corridos, nos termos acima expostos, o acusado comparece e dele participa regularmente, não se cogitando de prejuízo à defesa e, por conseguinte, de nulidade.

4.4.3.2 - Formas de Entrega dos Atos de Comunicação na Instrução

Quanto à forma de entrega das notificações de realização de ato de instrução probatória ou para a entrega de outros atos de comunicação (tais como intimações), convém que a comissão busque, aprioristicamente, entregar tais termos pessoalmente ao acusado, uma vez que se pode presumir que a ninguém mais possa interessar o exercício da defesa que ao próprio servidor.

Não obstante esta busca apriorística, com exceção da notificação inicial ao servidor da

sua condição de acusado e especificamente de sua intimação para ser interrogado - as quais, por lhe imporem prática ou abstenção de atos a seu exclusivo encargo, possuem caráter individual e personalíssimo e requerem entrega pessoal ao acusado -, os demais atos de comunicação ordinários da instrução probatória à defesa podem ser entregues tanto ao servidor quanto a seu procurador, por qualquer meio válido.

Há posicionamentos institucionais nestes sentidos, em peças propositivas oriundas de debates internos

> *Orientação Coger n° 54*
> *Os comunicados acerca de atos processuais personalíssimos, que imponham prática ou abstenção ato a cargo do acusado, a exemplos exaustivos da notificação inicial, das intimações para interrogatório e da citação, devem ser-lhe entregues pessoalmente, o que se supre com entrega em mãos ou vias postal ou virtual com confirmação de recebimento, não suprida com entrega apenas ao procurador, independentemente dos poderes expressos na procuração.*
>
> *Orientação Coger n° 55*
> *Não se consideram comunicados de atos processuais personalíssimos aqueles que se dirigem a intervenientes na instrução probatória, que não o acusado, e para os quais dispensa-se entrega pessoal.*

O tema também foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/6.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/6: "16. Importante destacar que as fontes acima emanadas pela CGU e pelo STJ ratificam a desnecessidade de a CI notificar tanto o acusado quanto a seu procurador, sendo suficiente fazê-lo somente a um deles, conforme for acordado com a defesa e/ou de acordo com os poderes concedidos na procuração."*

Tendo sido o ato de comunicação diferente de intimação para ser interrogado entregue pessoalmente ao acusado, dispensa-se a entrega também ao seu procurador. A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, no *caput* do art. 26 e no art. 41, impõe a comunicação apenas ao interessado (acusado), não a prevendo também para seu procurador, postura ratificada pela jurisprudência e pela doutrina.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.*
> *Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 10.404: "Ementa: 2. A ausência de intimação dos procuradores dos impetrantes não acarreta nulidade destes atos, haja vista a intimação pessoal dos acusados."*
>
> *STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.741: "Ementa: IV - Inexiste vício a macular o processo administrativo disciplinar no fato de as intimações terem sido feitas apenas ao advogado nomeado pelo servidor indiciado."*
>
> *"Mesmo no caso de constituição formal nos autos de advogado, as intimações e citação podem se realizar na pessoa do servidor acusado, prescindindo da efetivação na pessoa do causídico, não havendo que se denotar, disso simplesmente, qualquer prejuízo à defesa. Nesse sentido já se pronunciou o Tribunal Regional Federal da 4ª região (Apelação Cível, Processo 2008.72.00.008289-7), assentando que "Inexiste na legislação de regência, relativa aos procedimentos administrativos disciplinares dos servidores públicos federais, qualquer previsão expressa determinando a obrigatoriedade da intimação de eventual procurador constituído. Ao contrário, fica garantida*

> *nas Leis 9.784/98 e 8.112/90 a intimação direta do interessado, sendo facultado-lhe a nomeação de advogado.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pg. 84, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Na verdade, com exceção das intimações para interrogatórios, tudo o que aqui se aduzir acerca da entrega de ato de comunicação no curso da instrução é flexibilizado em duas possibilidades. Da forma com que se convencionou em **4.3.11.3**, a despeito da expectativa apriorística acima descrita, havendo manifestação ou aquiescência por parte da defesa para que os demais atos de comunicação sejam entregues apenas ao procurador, não se faz necessário também entregá-los ao acusado. Do exposto, em síntese, basta que os atos de comunicação diferentes das intimações para interrogatórios - ou seja, atos que exigem apenas a capacidade postulatória - sejam entregues a um dos agentes capazes para tal, ou ao próprio acusado (a quem se considera o destinatário apriorístico dos atos de comunicação) ou a seu procurador devidamente constituído nos autos (a quem se considera o destinatário subsidiário dos atos de comunicação), e desde que sua procuração não excetue tal poder de receber, conforme já abordado em **4.3.6.1** e em **4.3.6.2**.

A propósito, não há que se perquirir se uma procuração que expressa inequivocamente a intenção do servidor de se fazer representar no curso do processo por determinado procurador, sem ressalvas, contém especificamente manifestado o poder para receber atos de comunicação comuns (que não intimações para interrogatórios) no curso da instrução processual. Se a procuração confere os poderes da cláusula *ad juditia et extra* e/ou não deixa dúvida da vontade ampla de parte do servidor de ser integralmente representado no curso do processo e não ressalva a capacidade para receber atos de comunicação, não cabe considerar que a outorga do poder para recebimento de notificação (ou de intimação) dependa de expressa e específica menção no mandato. Mas, de outro lado, havendo tal ressalva, não convém que a comissão a desconsidere e imponha ao procurador o recebimento dos atos de comunicação.

Relembre-se que, como no processo disciplinar o acusado possui capacidade postulatória, a não obrigatoriedade de existência e de atuação de procurador e mais especificamente de advogado não acarreta prejuízo, pois ao próprio servidor destinatário das provocações para participar da instrução probatória cabe discernir quando lhe convém buscar a defesa técnica e ter a intervenção do profissional habilitado nos momentos processuais e na feitura das provas que eleger.

Independentemente de que a quem se entrega o ato de comunicação, esta entrega pode ser suprida por três diferentes meios. Com exceção então das intimações para tantos quantos interrogatórios se coletem do acusado, pode a comissão tentar fazer primeiramente a entrega física em mãos das notificações e das demais intimações ao servidor ou a seu procurador (basta entregar a um ou a outro, não sendo obrigatório entregar a ambos); ou, com a remessa em via postal para o endereço residencial do acusado ou para o endereço institucional do procurador, com aviso de recebimento (AR); ou por meio dos endereços dos correios eletrônicos institucional ou particular do acusado ou por meio dos endereços dos correios eletrônicos institucional ou particular do procurador ou ainda por meio dos números dos telefones móveis particular ou institucional do acusado (caso o servidor possua) ou por meio dos números dos telefones móveis particular ou institucional do procurador, desde que assegurada a garantia jurídica de recebimento. As hipóteses mais viáveis de emprego de cada um destes três meios serão indicadas adiante.

Não obstante aqui neste texto obviamente se necessite de apresentar consecutivamente os diversos meios de tentativa de entrega das notificações (ou das intimações), a sequência da redação ora adotada em nada se confunde com ordem cronológica de seu emprego e muito menos com ordem decrescente de sua validade jurídica. Os meios de tentativa de entrega são

igualmente válidos e escolhidos pela comissão de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, *a priori* sem nenhuma supremacia de um em relação a outro, pois, para todos, o aspecto crucial de validade se associa ao mesmo critério: fornecer ou não certeza jurídica de recebimento pelo destinatário. Mas desde já se antecipa que a evolução normativa sobre o tema tem crescentemente eleito como prioritário o meio de entrega através de recursos tecnológicos, conforme se aduzirá adiante. O emprego consecutivo dos diversos meios de entrega, quando é o caso, serve para demonstrar o esgotamento dos esforços e diligências de parte da comissão para efetivamente notificar ou intimar o destinatário.

No caso de ser entregue fisicamente em mãos, a notificação (ou a intimação) deve ser extraída em duas vias, ficando uma via com o destinatário e coletando-se recibo datado na outra via, que fará parte do processo. A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, já no início da inteligência contida no § 3º do seu art. 26, com a ressalva de ser uma lei generalista disciplinadora do processo administrativo *lato sensu* e por este motivo não reconhecer atos específicos da processualística disciplinar, mencionando apenas a intimação, cabendo ao aplicador compreender que o comando, quando transladado engloba também a notificação, reconhece a óbvia ciência do ato de comunicação no próprio processo, ou seja, com a autuação da via recibada e assinada pela destinatário.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 26.*
> *§ 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.*

Quanto ao local da entrega da notificação (ou da intimação), aborda-se primeiramente a situação funcional de o acusado ser um servidor lotado ou em exercício na mesma localidade em que se sedia a comissão. O servidor incumbido da tarefa de entregar a notificação (ou a intimação) pode, de imediato, buscar um contato, por telefone institucional, com o servidor, a fim de explicar previamente a situação jurídica em que este se encontra e justificar a necessidade e a relevância deste contato pessoal.

Tendo havido o contato telefônico, pode-se combinar de o servidor comparecer à sala da comissão, até para privilegiar a discrição e a reserva, ou de o portador da notificação (ou da intimação) se dirigir a seu local de trabalho (sobretudo quando o servidor é lotado ou tem exercício em unidade situada no mesmo prédio em que se sedia o colegiado).

Obviamente, esta iniciativa de buscar o prévio contato telefônico com o servidor pode não ser factível quando, de antemão, já se presuma que este não colaborará com os trabalhos, inclusive e sobretudo na hipótese de existir fundado receio de este se evadir, dificuldade esta que pode ser contornada com um contato prévio com a chefia do servidor ou com o titular da sua unidade de lotação ou de exercício, a fim que solicitar à autoridade que chame o subordinado a seu gabinete, em horário previamente combinado para que o portador da notificação (ou da intimação) também lá compareça.

Optando-se por levar a notificação (ou a intimação) à unidade, a entrega pode ser realizada tanto por apenas um dos membros da comissão (o presidente ou indistintamente qualquer dos dois vogais, não sendo necessária a formalidade de estarem presentes os três integrantes) quanto por um servidor estranho à comissão, seja integrante do grupo de atividades administrativas dos Escritórios de Corregedoria (Escor) que porventura o possuam, seja ainda por qualquer servidor do Escor ou mesmo de outra unidade (como unidade regional de gestão de pessoas) cedido para esta atividade (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros).

Na segunda situação funcional, de o servidor ser lotado ou ter exercício em unidade situada em localidade distinta daquela em que se sedia a comissão, mantém-se a

recomendação de inicialmente se tentar fazer o contato com o próprio, por telefone institucional, desde que pertinente. Nesta situação, caso se eleja a entrega fisicamente em mãos, somente resta combinar a única e pouco empregada forma de fazê-lo. Esta possibilidade residual de entrega da notificação (ou da intimação) a servidor lotado ou em exercício em unidade situada em localidade distinta daquela em que se sedia a comissão, contando com concordância doutrinária, é o presidente da comissão encaminhar, por meio de malote, as duas vias do documento e cópia dos autos para o chefe da unidade, na forma de uma carta precatória (cuja definição se encontra no inciso III do art. 237 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), ou simplesmente precatória, conforme lhe dá emprego o art. 353 do CPP), para que aquela autoridade entregue fisicamente em mãos ao servidor e devolva à comissão uma via devidamente assinada e datada (ressalve-se que esta situação em nada se confunde com os dois incidentes narrados mais adiante).

> *CPP - Art. 353. Quando o réu estiver fora do território da jurisdição do juiz processante, será citado mediante precatória.*
>
> *CPC - Art. 237. Será expedida carta:*
> *III - precatória, para que órgão jurisdicional brasileiro pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato relativo a pedido de cooperação judiciária formulado por órgão jurisdicional de competência territorial diversa;*
>
> *"Conquanto sejam silentes os regimes disciplinares a respeito da modalidade de citação por precatória, entendemos que inexista qualquer contra-indicação jurídica a que se realize, no processo disciplinar, a citação por essa forma." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 161, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

No terceiro e último grupo de situações funcionais a se mencionar, qual seja, no caso de servidor que se encontra em gozo de licença ou inativo (aposentado ou em disponibilidade) ou de ex-servidor (já punido com pena expulsiva em outro processo administrativo disciplinar - PAD - ou exonerado), são aplicáveis quaisquer tentativas anteriormente expostas de entrega para servidor lotado ou em exercício em unidade situada na mesma localidade em que se sedia a comissão ou em localidade distinta. Qualquer daqueles portadores já indicados acima como aceitáveis deve tentar o contato no último domicílio atualizado dentre todos os constantes das diversas bases de dados ao dispor da RFB. Neste rol, pode-se citar as bases de dados disponíveis no macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas (mais especificamente no Sistema de Apoio às Atividades Administrativas - SA3) ou nos processos de trabalho de arrecadação e de fiscalização (tais como no Sistema Cadastro de Pessoas Físicas - CPF e nas declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - DIRPF).

Por costumar acarretar problemas na celeridade processual, merece maior cautela a hipótese de o servidor em licença médica - a ser descrita em **4.4.9.1** - que se recusa a receber atos de comunicação, nos termos já expostos em **3.2.5**. Em tal situação, deve a comissão provocar a junta médica oficial a se manifestar se a doença incapacita o acompanhamento do processo disciplinar. Se a junta médica atestar que não incapacita, a comissão pode prosseguir com o rito, entregando-lhe os atos de comunicação em seu endereço residencial e produzindo os atos instrucionais deliberados, pois conforme também entende a doutrina, o fato de estar de licença médica não necessariamente o impede de acompanhar o processo disciplinar.

> *"O fato de o servidor acusado estar em gozo de licença médica quando da instalação dos trabalhos não impede a sua notificação prévia, e muito menos significa que irá causar alguma nulidade no processo disciplinar." Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pg. 314, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

O segundo meio de entrega pessoal da notificação (ou da intimação) que se apresenta é

o emprego de recursos tecnológicos atualmente existentes e ao dispor de toda sociedade. O Direito, como uma ciência humana, não pode se abstrair do contexto social em que se insere, o que inclui a sintonia com os meios mais modernos de trabalho.

O contexto legal e normativo experimentou um processo evolutivo descrito em **4.3.11.3** e que desaguou na Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 9, de 24 de março de 2020, em que a Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG), regulamentou o emprego de recursos tecnológicos para atos de comunicação em procedimentos correcionais *lato sensu*, incluindo, obviamente, o processo disciplinar. Os arts. 1º e 2º da norma esclarecem que os recursos tecnológicos válidos são endereços de correios eletrônicos e números de telefones móveis, sejam particulares ou institucionais ou ainda outros recursos similares, desde que estritamente de uso pessoal e individual apenas do próprio destinatário (endereços e números de uso coletivo, mesmo quando institucionais, não são canais autorizados na norma).

> *IN CGU/CRG nº 9, de 2020 - Art. 1º As comunicações referentes aos processos correcionais que tramitam nos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal podem ser efetuadas por meio de correio eletrônico institucional, aplicativos de mensagens instantâneas ou recursos tecnológicos similares, observadas as diretrizes e as condições estabelecidas nesta Instrução Normativa.*
> *Parágrafo único. Os recursos tecnológicos podem ser utilizados para a realização de qualquer ato de comunicação processual, inclusive:*
> *I - notificação prévia;*
> *II - intimação de testemunha ou declarante;*
> *III - intimação de investigado ou acusado;*
> *IV - intimação para apresentação de alegações escritas e alegações finais; e*
> *IV - citação para apresentação de defesa escrita.*
> *Art. 2º O encaminhamento de comunicações processuais por meio de recursos tecnológicos pode ocorrer mediante mensagem para o endereço de correio eletrônico ou para o número de telefone móvel pessoal, seja funcional ou particular.*

Especificamente no que tange aos canais de contato com o acusado, uma vez que são ferramentas de trabalho disponibilizadas pela própria Administração, o endereço de correio eletrônico (ao amparo do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 2002, ainda que a plataforma tenha mudado) e o número do telefone móvel (caso o servidor possua) institucionais não são dados privados e são oficialmente conhecidos. E, a rigor, mesmo os dois canais particulares também devem ser de conhecimento institucional, pois devem estar informados e atualizados pelo próprio servidor em seus assentamentos funcionais, sob pena de incursão na infração disciplinar de descumprir o dever funcional estabelecido no inciso XIX do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990.

> *Portaria SRF nº 1.397, de 2002 - Art. 1º O Correio Eletrônico, ferramenta de propriedade da Secretaria da Receita Federal - SRF, constitui instrumento de uso institucional, destinado ao intercâmbio de mensagens, para fins de racionalização do trabalho e aumento da produtividade.*

Reitera-se aqui a pertinência e a importância de a comissão ter solicitado os meios de contato particulares do acusado no corpo da notificação inicial. De um lado, caso o servidor os tenha informado, é uma sinalização de que se disponibiliza a receber atos de comunicação do colegiado por aqueles canais ao longo da instrução probatória. De outro lado, na ausência de todos estes canais de contato (institucionais e particulares), o art. 3º da IN CGU/CRG remete ao que chama de meios convencionais de entrega dos atos de comunicação, quais sejam, fisicamente em mãos e em via postal.

> *IN CGU/CRG nº 9, de 2020 - Art. 2º*
> *§ 2º O interessado, o representante legal e o seu procurador constituído devem*

> *informar e manter atualizados o endereço de correio eletrônico e o número de telefone móvel para os fins previstos no caput, sob pena de incorrer na conduta prevista no inciso XIX do art. 117 da Lei nº 8.112/1990.*
> *§ 3º Quando não identificado endereço de correio eletrônico ou número de telefone móvel, funcional ou pessoal, devem ser utilizados os meios convencionais de comunicação dos atos processuais que assegurem a certeza de ciência da comunicação dos atos processuais.*

Feita esta introdução, ainda como tentativa de entrega da notificação (ou da intimação), em qualquer das situações funcionais já mencionadas acima, é possível encaminhá-la ou por meio dos endereços dos correios eletrônicos institucional ou particular do acusado ou por meio dos endereços dos correios eletrônicos institucional ou particular do procurador ou ainda por meio dos números dos telefones móveis particular ou institucional do acusado (caso o servidor possua) ou por meio dos números dos telefones móveis particular ou institucional do procurador, com que se acessem aplicativos de mensagem instantânea conforme autorizam de maneira expressa os incisos do parágrafo único do art. 1º da IN CGU/CRG nº 9, de 2020. Obviamente, no caso de servidor inativo e de ex-servidor, não se aplicam os canais institucionais.

Por ambas as vias, deve-se empregar mensagem escrita acompanhada do arquivo não editável da imagem da notificação (ou da intimação) e caso, porventura, este ato de comunicação possua anexos sobretudo extensos, podem ser disponibilizados com endereço de acesso ou *link* de seu armazenamento, nos termos do *caput* e dos §§ 1º e 3º do art. 3º da IN CGU/CRG nº 9, de 2020. Obviamente, o art. 4º da IN CGU/CRG não contempla a comunicação realizada por mera conversa telefônica oral, sendo imprescindível o emprego de aplicativos que possuam funcionalidades de troca de mensagem escrita de texto e de troca de arquivos de imagem. Após o envio do ato de comunicação, é necessário coletar confirmação de recebimento pelo destinatário, conforme elencam os cinco incisos do *caput* do art. 5º da norma. Os incisos I a III o consideram confirmado, respectivamente, com a manifestação expressa do destinatário ou com o aviso automático de leitura (o correio eletrônico institucional possui, além do recurso de confirmação de entrega, o recurso de aviso de recebimento, que equivale à exigida comprovação de leitura) ou com sinal gráfico do aplicativo que demonstre a leitura. O inciso IV contempla o recebimento ficto, caso a comissão utilize um endereço de correio eletrônico ou um número de telefone móvel informado pelo próprio destinatário e já usado anteriormente. E o inciso V considera confirmado o recebimento se o destinatário atender o objeto da notificação inicial (no caso, inaugurar a relação processual com a comissão).

> *IN CGU/CRG nº 9, de 2020 - Art. 3º A comunicação feita com o interessado, o seu representante legal, o seu procurador ou o terceiro por meio de correio eletrônico ou aplicativo de mensagem instantânea deve ocorrer na forma de mensagem escrita acompanhada de arquivo de imagem do ato administrativo.*
> *§ 1º O arquivo deve estar preferencialmente em formato não editável.*
> *§ 2º Tratando-se de comunicação com mais de uma página e que demande fragmentação em mais de um arquivo, as mídias devem ser devidamente identificadas, de modo a permitir sua leitura com observância da ordem cronológica da produção do documento original.*
> *§ 3º Os anexos dos atos de comunicação poderão ser disponibilizados mediante indicação do endereço de acesso ou link ao documento armazenado em servidor online.*
> *Art. 4º Os aplicativos de mensagem instantânea utilizados para comunicações processuais devem possuir as seguintes funcionalidades:*
> *I - troca de mensagem de texto; e*
> *II - troca de arquivos de imagem.*
> *Art. 5º Enviada a mensagem pelo correio eletrônico ou pelo aplicativo de mensagem instantânea, a confirmação do recebimento da comunicação se dará*

> *mediante:*
> *I - a manifestação do destinatário;*
> *II - a notificação de confirmação automática de leitura;*
> *III - o sinal gráfico característico do respectivo aplicativo que demonstre, de maneira inequívoca, a leitura por parte do destinatário;*
> *IV - a ciência ficta, quando encaminhada para o correio eletrônico ou número de telefone móvel informados ou confirmados pelo interessado; ou*
> *V - o atendimento da finalidade da comunicação.*
> *Parágrafo único. A contagem de prazos terá início no primeiro dia útil que se seguir ao de qualquer das hipóteses constantes do caput deste artigo.*

Inequivocamente, seria mais conveniente para a Administração se o inciso II do art. 5º da IN CGU/CRG indicasse a notificação automática de confirmação da simples entrega da mensagem na caixa de entrada do correio eletrônico ou do aplicativo de mensagem instantânea, em lugar de ter positivado a exigência de notificação de confirmação automática de leitura, que se dá em momento posterior àquele outro marco temporal. No entanto, não seria possível que a norma infralegal assim positivasse, já que o já citado § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999, estabelece que o meio alternativo de entrega de ato de comunicação assegure a certeza da ciência do destinatário. Na mesma linha, o § 8º do art. 33 IN CGU nº 14, de 2018, também exige a comprovação da ciência do destinatário. E mesmo que se busque a fonte supletiva da lei processual civil, eis que CPC, no § 1º-A do seu art. 246, menciona a ausência do recebimento do ato de comunicação. Assim, percebe-se que todas estas fontes referem-se ao momento do efetivo conhecimento ou da efetiva ciência por parte do destinatário e não à simples entrega ou recebimento do ato de comunicação.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 33.*
> *§ 8º A comunicação dos atos processuais poderá ser realizada por qualquer meio escrito, inclusive na forma eletrônica, desde que se assegure a comprovação da ciência do interessado ou de seu procurador com poderes suficientes para receber a comunicação.*

> *CPC - Art. 246.*
> *§ 1º-A A ausência de confirmação, em até 3 (três) dias úteis, contados do recebimento da citação eletrônica, implicará a realização da citação: (Incluído pela Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021)*

O art. 7º da IN CGU/CRG em comento estabelece que devem ser autuadas a mensagem eletrônica, a confirmação de leitura e o arquivo de imagem da notificação (ou da intimação - ou, alternativamente, deve a comissão redigir termo com todos os dados do envio e da confirmação e autuá-lo junto com o arquivo de imagem). Por fim, o art. 6º da norma ressalva que, se em cinco dias (que se presumem corridos) não houver alguma forma acima de confirmação de leitura, o procedimento deve ser cancelado e repetido, por meio convencional ou novamente por meio tecnológico, a critério da comissão.

> *IN CGU/CRG nº 9, de 2020 - Art. 6º Na hipótese de não ocorrer alguma das hipóteses do artigo anterior no prazo de 5 (cinco) dias, o procedimento de comunicação deve ser cancelado e repetido por qualquer meio.*
> *Art. 7º A comunicação processual deve ser incorporada aos autos, mediante a juntada da mensagem de correio eletrônico, de aplicativo de mensagem instantânea ou de termo nos quais constem o dia, o horário e o número de telefone para o qual se enviou a comunicação, bem como o dia e o horário em que ocorreu a confirmação do recebimento da mensagem pelo destinatário, com imagem do ato.*

Acrescente-se também que, a rigor, a Lei nº 8.112, de 1990, não prevê o emprego de via postal para atos de comunicação em instância disciplinar. Entretanto, com base na aplicação subsidiária da Lei nº 9.784, de 1999, no já reproduzido § 3º do seu art. 26, o emprego da via postal é admitido para envio de atos de comunicação, quaisquer que sejam,

sobretudo (mas não necessariamente) se o destinatário é lotado, tem exercício ou reside em localidade distinta daquela em que se sedia a comissão ou se é servidor ativo licenciado ou inativo ou se é ex-servidor.

Para a via postal, dependendo das peculiaridades de cada caso concreto, pode a comissão remetar atos de comunicação para o último domicílio atualizado do destinatário, dentre todos os constantes nas bases de dados da RFB, na base de dados do sistema CPF, em suas DIRPF e junto à gestão de pessoas no sistema SA3, se for servidor, bem como para o endereço institucional do procurador.

Neste caso de se remeter o ato de comunicação (notificações e intimações) por via postal, deve a comissão emiti-lo em duas vias, ficando uma via no processo, enquanto a outra via é remetida para o para o endereço residencial do acusado ou para o endereço institucional do procurador utilizando o serviço de AR, conforme exige o mencionado § 3º do art. 26 da Lei Geral do Processo Administrativo Federal. O AR é um serviço adicional disponibilizado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) para objeto registrado (ou seja, que possui número de registro que permite rastreamento), em que o remetente preenche um formulário próprio, que lhe é devolvido, assinado e datado por quem recebeu a postagem, comprovando que a remessa foi entregue e quando o foi, devendo este comprovante posteriormente ser autuado ao processo. Na mesma linha é a aplicação extensiva na processualística disciplinar do comando estabelecido no § 1º do art. 248 do CPC que, mesmo, voltado para a instância mais formal do processo judicial, deixa inequívoco que, na hipótese de se empregar via postal para entrega de atos de comunicação em geral, o único requisito exigido sobre a correspondência é que seja feita por meio de carta registrada com AR.

> *CPC - Art. 248.*
> *§ 1º A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo.*

E é importante destacar que o CPC, no § 4º do mesmo art. 248, ratificou a validade da entrega do ato de comunicação a porteiros ou demais empregados em caso de o acusado residir em condomínio ou qualquer outra espécie de moradia com controle de acesso, sendo certo que alcança também o empregado doméstico da sua própria unidade residencial. E, se o destinatário estiver ausente, o comando legal permite que o responsável pelo recebimento de correspondência recuse receber, desde que declare a ausência por escrito.

> *CPC - Art. 248.*
> *§ 4º Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente.*

Acrescente-se ainda que, segundo a aplicação extensiva do parágrafo único do art. 274 do CPC à processualística disciplinar, na hipótese de mudança de endereço, temporária ou definitiva, sem a devida comunicação à Administração, por parte do acusado (conforme também determina o art. 162 da Lei nº 8.112, de 1990) ou por parte de qualquer agente interveniente na instrução probatória, serão considerados válidas as intimações que lhe tenham sido enviados, por via postal, para o endereço original, ainda que não recebidos pessoalmente pelo destinatário.

> *CPC - Art. 274. Não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais, aos advogados e aos demais sujeitos do processo pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria.*
> *Parágrafo único. Presumem-se válidas as intimações dirigidas ao endereço constante dos autos, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, se*

> *a modificação temporária ou definitiva não tiver sido devidamente comunicada ao juízo, fluindo os prazos a partir da juntada aos autos do comprovante de entrega da correspondência no primitivo endereço.*

Interessante destacar que a Lei nº 9.784, de 1999, no já mencionado § 3º do art. 26, e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), no § 2º do art. 370, equiparam a entrega fisicamente em mãos das intimações à entrega por via postal e até mesmo a entrega por outro meio (que pode ser o eletrônico). Mas o que de fato se quer consagrar aqui é o maior arrojo atualizador do CPC, que expressamente prioriza o meio eletrônico para a entrega das intimações e iguala os outros dois meios de entrega no *caput* do art. 270 e no art. 273. E, para além disto, o *caput* do art. 275 do CPC chega mesmo ao ponto de deixar claro que a entrega física em mãos das intimações se resume à última opção, a ser empregada somente em caso de insucesso também na prévia entrega via postal. Indubitavelmente, o CPC atualmente atribui uma qualidade apenas secundária e suplementar às entregas dos atos de comunicação fisicamente em mãos e pela via postal, a serem empregadas apenas quando os recursos tecnológicos não propiciarem certeza jurídica do recebimento em via eletrônica. Assim, pode-se dizer que os comandos já expostos da IN CGU/CRG nº 9, de 2020, se encontram fortemente respaldados pela inteligência da lei processual civil. Esta hierarquização dos meios de entrega dos atos de comunicação em geral no curso da instrução probatória nada mais faz que refletir, no ordenamento legal, a inquestionável maior facilidade de emprego propiciada pelos recursos tecnológicos e a razoável facilidade agregada à maior segurança jurídica do recebimento de parte do destinatário propiciada pela via postal com AR. Daí, a preferência a ser dada àquele primeiro meio, seguido pelo segundo, restando a entrega física em mãos como hipótese residual a ser usada subsidiária e concorrentemente aos dois primeiros, sobretudo quando aqueles não suprem razoável certeza de recebimento.

> *CPP - Art. 370.*
> *§ 1º A intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996)*
> *§ 2º Caso não haja órgão de publicação dos atos judiciais na comarca, a intimação far-se-á diretamente pelo escrivão, por mandado, ou via postal com comprovante de recebimento, ou por qualquer outro meio idôneo. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 1996)*
>
> *CPC - Art. 270. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei.*
> *Art. 273. Se inviável a intimação por meio eletrônico e não houver na localidade publicação em órgão oficial, incumbirá ao escrivão ou chefe de secretaria intimar de todos os atos do processo os advogados das partes:*
> *I - pessoalmente, se tiverem domicílio na sede do juízo;*
> *II - por carta registrada, com aviso de recebimento, quando forem domiciliados fora do juízo)*
> *Art. 275. A intimação será feita por oficial de justiça quando frustrada a realização por meio eletrônico ou pelo correio.*

Relembrando as terminologias próprias dos processos administrativo e judicial, é razoável interpretar extensivamente que os comandos acima do CPP e do CPC, referentes apenas às intimações, uma vez refletidos para a processualística disciplinar, compreendem não só aquelas intimações mas também, indistintamente, as notificações para a defesa.

E para reforço em definitivo do argumento de que o emprego de recursos tecnológicos, mais do que legalmente aceito, é valorizado na entrega de atos de comunicação em geral no curso da instrução probatória, reitere-se o já aduzido em **4.3.4.1**, onde se destacou que o *caput* e o § 1º-A do art. 246 e o *caput* do art. 247, após uma atualização evolutiva em suas redações,

além do art. 249, todos do CPC, priorizam este meio, mais especificamente pelos endereços eletrônicos, como preferencial na entrega do ato de maior relevância dirigido à parte, que é a citação, com que se faz o seu chamamento aos autos (similar, no processo civil, à notificação inicial do processo disciplinar).

> *CPC - Art. 246. A citação será feita preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de até 2 (dois) dias úteis, contado da decisão que a determinar, por meio dos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, conforme regulamento do Conselho Nacional de Justiça. (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *§ 1º-A A ausência de confirmação, em até 3 (três) dias úteis, contados do recebimento da citação eletrônica, implicará a realização da citação: (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *I - pelo correio; (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *II - por oficial de justiça; (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *III - pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório; (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *IV - por edital. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)*
> *Art. 247. A citação será feita pelo correio para qualquer comarca do país, exceto:*
> *IV - quando o citando residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência;*
> *Art. 249. A citação será feita por meio de oficial de justiça nas hipóteses previstas neste Código ou em lei, ou quando frustrada a citação pelo correio.*

O caráter alternativo da entrega das notificações e intimações ao acusado ou ao seu procurador, já defendido acima - salvo para os atos de caráter personalíssimo, como notificação inicial, intimação para o interrogatório e citação para apresentar defesa -, e a múltipla possibilidade de meios e formas de fazê-lo validamente foram referendados pela manifestação da CGU, por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 10, de 30 de outubro de 2015, desde que feita por escrito (não se aceita o comunicado meramente verbal) e com comprovação da ciência, na linha do § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999.

> *Enunciado CGU/CCC nº 10, de 2015: "Validade da notificação de atos processuais. A validade de uma intimação ou notificação real fica condicionada a ter sido realizada por escrito e com a comprovação da ciência pelo interessado ou seu procurador, independentemente da forma ou do meio utilizado para sua entrega".*

Na mesma linha, posteriormente a CGU ratificou este posicionamento concessivo, promovendo-o ao patamar de comando positivado. A saber, a IN CGU nº 14, de 2018, no já reproduzido § 8º do seu art. 33, estabeleceu que a entrega de qualquer ato de comunicação, gênero em que se incluem as notificações e as intimações acerca da realização de ato de instrução, pode se dar por qualquer meio escrito, inclusive eletrônico, desde que se propicie a certeza jurídica da ciência do acusado (embora a norma estenda alternativamente para a ciência do procurador com poderes constituídos, ressalve-se a adoção de postura mais cautelosa para a intimação para o servidor ser interrogado, de recebimento centrado na pessoa apenas do próprio acusado). E, também como já asseverado, esta inteligência permissiva restou ainda mais pacificada com a IN CGU/CRG nº 9, de 2020.

Prosseguindo na positivação da CGU, como consequência do princípio do prejuízo, o § 10 do art. 33 da mesma IN CGU nº 14, de 2018, assevera que, mesmo que haja algum defeito formal no ato de comunicação - e até mesmo a sua total inexistência -, o comparecimento espontâneo do acusado supre e supera o vício meramente de forma.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 33.*

> *§ 10. O comparecimento espontâneo do acusado em ato processual supre eventuais vícios formais relativos à comunicação de sua realização.*

Ainda, em caso de dúvida por parte da comissão acerca da necessária entrega das notificações e das intimações no curso da instrução probatória, o emprego superposto também da via postal com AR, além de pouco oneroso, fornece um bom grau de segurança de se ter cumprido aquele requisito.

Adentrando na linha de incidentes, caso o servidor se recuse a receber notificação (ou intimação) no curso da instrução processual, cabe estender o remédio proposto para situação similar quando o servidor se recusa a receber a notificação inicial e a citação (conforme **4.3.5.1** e **4.8.2.1**), em aplicação extensiva do § 4º do art. 161 da Lei nº 8.112, de 1990. Deve o integrante da comissão relatar a recusa em termo, com duas testemunhas, e deve a comissão deliberar em ata que o destinatário encontra-se notificado (ou intimado) desde a data de lavratura do termo. Neste caso, conta-se ainda com expressa positivação de parte da CGU, em sua já citada IN CGU nº 14, de 2018. O § 6º do art. 33 desta norma assevera, que, diante do quadro de recusa de recebimento de qualquer ato de comunicação, como é o caso em tela, deve-se lançar mão do termo de recusa por membro ou secretário da comissão. Verifica-se que o órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) avançou na sua construção concessiva, permitindo que, se o incidente é protagonizado pelo servidor diante de secretário da comissão (que aqui poderia ser formalmente um servidor designado como secretário ad hoc), este já seria competente para lavrar o termo de que trata o comando legal trazido em extensão para o momento processual em apreço. Sendo um servidor estranho à comissão, seja integrante do grupo de atividades administrativas dos Escor que porventura o possuam, seja ainda por qualquer servidor do Escor ou mesmo de outra unidade (como unidade regional de gestão de pessoas) cedido para esta atividade, prevalece a cautela acima sugerida, de o termo ser redigido por integrante da comissão.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 33.*
> *§ 6º Em quaisquer atos de comunicação processual, no caso de recusa de seu recebimento, deverá ser lavrado termo próprio por membro ou secretário da comissão de PAD, com assinatura de duas testemunhas, o que implicará a presunção de ciência do destinatário.*

Ato contínuo ao incidente e lavrado o termo de recusa por integrante da comissão, deve o colegiado deliberar em ata que considera o servidor notificado (ou intimado) a partir da data de lavratura do termo.

Por fim, no caso de se ter empregado a via do edital para notificar o servidor para acompanhar o processo como acusado, em aplicação extensiva do art. 163 da Lei nº 8.112, de 1990, e permanecendo ele ausente do processo, não se dispensam as notificações (ou as intimações) dos atos de instrução probatória, as intimações e os demais atos de comunicação ao próprio acusado. Considerando a provável hipótese de o acusado não ter atendido aos dois editais empregados para notificá-lo como acusado, ter se mantido ausente e sem nenhum contato com a comissão e tampouco ter constituído procurador, muito provavelmente também não se logrará sucesso nas tentativas de entrega pessoal de atos de comunicação ao longo da instrução, obrigando o colegiado a lançar mão de quantos editais se fizerem necessários.

Advirta-se que em contraponto ao impulso de se designar defensor dativo para suprir tal lacuna, na tese de melhor atender ao preceito constitucional assegurador da garantia do contraditório, estendendo-se o comando do 164 da Lei nº 8.112, de 1990, não se deve olvidar que, além de ausência de previsão legal para tal emprego e do risco de se ter de enfrentar alegação de quebra inautorizada do sigilo processual, a instrução do processo disciplinar é uma fase de apuração em busca da verdade material dos fatos, na qual, a rigor, não cabe se falar de formalização de acusação e por conseguinte em ato derradeiro de defesa e ainda menos em revelia, diferentemente da instância processual penal. Há posicionamento

institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

> *Orientação Coger nº 37*
> *Na ausência de previsão legal para emprego de defensor dativo no curso da instrução processual, somente cabe tal designação em face da declaração da condição de indiciado revel.*

Não cabe alegar lacuna na Lei nº 8.112, de 1990, e na Lei nº 9.784, de 1999, para justificar indevida integração com os ditames do CPP, pois o Estatuto indubitavelmente expressou quando cabe o instituto da revelia na processualística disciplinar e este cabimento é bastante restrito, conforme já detalhadamente explanado em **4.3.6.3**. Uma vez que na instância disciplinar a acusação somente se formaliza na indiciação, não cabe antes deste momento falar em revelia, não sendo, portanto, aplicável os comandos diferentes dos arts. 261 a 264 do CPP, que já exigem defesa técnica desde o início da ação penal.

Neste caso, visando à economia processual, deve a comissão buscar deliberar, de uma só vez, o máximo possível de atos de instrução a fim de condensar as notificações (ou as intimações) no menor número de tentativas de entrega e de editais.

De forma análoga à já exposta em **4.3.5.2**, primeiramente, antes de cada publicação de edital, incumbe à comissão tentar entregar o ato de comunicação pessoalmente ao servidor, devendo realizar duas tentativas de encontrá-lo, em dias e em horários diferentes, no seu local de trabalho e no(s) endereço(s) residencial(is) declarados nas diversas bases de dados ao dispor da RFB, bem como, para maior demonstração de exaurimento de tentativas de localização, enviar duas correspondências para o(s) mesmo(s) endereço(s). Neste rol, pode-se citar as bases de dados disponíveis no macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas (mais especificamente no sistema SA3) ou nos processos de trabalho de arrecadação e de fiscalização (tais como no sistema CPF e nas DIRPF).

A referência à quantidade de duas tentativas de encontrar o servidor, em seu local de trabalho e em seu domicílio (ou em sua residência, conforme definem os arts. 70 a 72 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil - CC), reside no *caput* do art. 252 do CPC. Tal hipótese, enfrentada com certa frequência por comissões, pode ocorrer, por exemplo, em razão de servidor ativo que, por qualquer motivo, não está comparecendo ao seu local de serviço (ou ainda no caso de se tratar de inativo ou de ex-servidor).

> *CC - Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.*
> *Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.*
> *Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.*
> *Parágrafo único. Se a pessoa exercitar profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem.*
>
> *CPC - Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.*

Estas diligências podem ser realizadas por apenas um membro da comissão ou por um servidor estranho à comissão, seja integrante do grupo de atividades administrativas dos Escor que porventura o possuam, seja ainda por qualquer servidor do Escor ou mesmo de outra unidade (como unidade regional de gestão de pessoas) cedido para esta atividade (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros).

Por extrema cautela, pode-se ainda enviar, por duas vezes, correspondências por via postal para aquele(s) endereço(s), com AR, bem como mensagens para os endereços dos correios eletrônicos e para os números de telefones móveis, institucionais e particulares, conforme já exposto em **4.3.4.1**.

Após ter-se comprovadas as tentativas de localizá-lo e de notificá-lo (ou intimá-lo) no trabalho e no locais declarados como de seu domicílio ou de sua residência (por meio de termos de ocorrência, com identificação daqueles que as realizaram, data e hora e coletando, se possível, testemunho assinado de colegas, amigos, parentes ou vizinhos de que não mais é visto naqueles locais ou outras informações porventura prestadas), esta circunstância deve ser registrada por termo assinado pelos membros da comissão, configurando, então, que o servidor está em lugar incerto e não sabido.

Na aplicação extensiva do § 3º do art. 256 do CPC à processualística disciplinar, a condição de estar o acusado em local incerto e não sabido pode se configurar com a infrutífera solicitação de seu endereço, por parte da comissão, a órgãos públicos ou a concessionárias de serviços públicos, a se somar às vãs tentativas por parte do próprio colegiado em localizar o agente.

> *CPC - Art. 256.*
> *§ 3º O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos.*

Percebe-se, portanto, que a procedimentalização a ser adotada deve ser dividida em dois momentos distintos. Primeiramente, deve a comissão exaurir todas as possibilidades legalmente previstas para notificar (ou intimar) pessoalmente o acusado, por meio de idas a seu local de trabalho e a seu endereço residencial.

Somente após o esgotamento em vão destas tentativas de notificar (ou de intimar) pessoalmente o acusado é que, no segundo momento, deve a comissão seguir a mesma regra disposta pelo *caput* do art. 163 da Lei nº 8.112, de 1990 (na verdade, estabelecida para um momento processual posterior, o da citação para apresentar defesa escrita e aqui novamente tomado como remédio jurídico de aplicação extensiva) e lançar mão do edital, publicado no Diário Oficial da União (DOU) e também em um jornal de grande circulação no local do último domicílio conhecido (o último domicílio atualizado nas já mencionadas bases de dados), pelo menos uma vez em cada um destes veículos, conforme também solucionam o art. 361 do CPP e o *caput* e os incisos do art. 256 do CPC e aceita a doutrina.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 163. Achando-se o indiciado em lugar incerto e não sabido, será citado por edital, publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para apresentar defesa.*
>
> *CPP - Art. 361. Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias.*
>
> *CPC - Art. 256. A citação por edital será feita:*
> *I - quando desconhecido ou incerto o citando;*
> *II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando;*
> *III - nos casos expressos em lei.*
>
> *"Não fala a lei em afixação de edital na repartição.*
> *Por não especificar o número de vezes que o edital deva ser publicado (...), entende-se que é uma só, em cada um dos órgãos de comunicação, obrigatória em ambos. (...)." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 162, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

> *"Ao se referir à 'última publicação', o texto parece indicar que haverá mais de uma publicação em cada órgão. Mas a intenção do legislador, parece-nos, foi mesmo referir-se às duas publicações (Diário Oficial e jornal da localidade), considerando que o edital será veiculado em dias diferentes. Assim, o prazo é contado a partir do dia em que ocorreu a última publicação de um ou de outro desses veículos." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pg. 171, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

Se o servidor tido como estando em local incerto e não sabido tem domicílio em município diferente daquele em que exerce seu cargo, o edital em jornal de grande circulação deve ser publicado em jornal da localidade de exercício do cargo (trata-se do instituto do domicílio necessário do servidor, conforme o art. 76 do CC).

> *CC - Art. 76. Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso.*
> *Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença.*

Destes editais devem constar nome do presidente da comissão, nome do servidor, os atos de instrução objeto da sua notificação (ou da sua intimação). A comissão deve juntar aos autos uma via destes editais, com o recorte de suas publicações

Havendo mais de um servidor nesta situação, a notificação (ou a intimação) por edital será coletiva.

O servidor será considerado notificado (ou intimado) do ato de instrução em três dias úteis após a publicação do último destes editais, podendo o ato de instrução probatória ser realizado regularmente pela comissão, ainda que ausente o servidor. Há posicionamento institucional neste sentido.

> *Orientação Coger nº 38*
> *No caso de acusado que se evade dos atos de comunicação e de instrução processual, a comissão processante deve, primeiramente, exaurir as tentativas de localizá-lo (por diligências a seu local de trabalho e a seu domicílio e por notificação por hora certa) para somente então valer-se do instrumento do edital com o fim de notificá-lo da realização de um ou mais atos instrucionais.*

Por fim, depreende-se do art. 76 do CC, acima reproduzido, que, tendo o réu preso paradeiro certo, ao acusado nesta condição não se aplica a notificação (ou a intimação) por edital. No mesmo sentido é a clara determinação do art. 360 do CPP, com a qual se harmoniza a doutrina. Em que pese a especificidade da situação, para fins administrativos, deve a comissão, ao máximo possível, tentar empregar o procedimento comum de notificação (ou de intimação), seja por meio de diligência no presídio ou unidade carcerária, seja requerendo ao juízo da vara de execuções penais a apresentação do preso ao órgão administrativo. Extensivamente, também se assevera que não é caso de empregar edital para servidor que se encontra internado em estabelecimento hospitalar em razão de tratamento de sua saúde.

> *CPP - Art. 360. Se o réu estiver preso, será pessoalmente citado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 01/12/03)*

> *"O servidor preso será citado pelo membro da comissão, em diligência ao presídio. Ou, então, será requerida ao Juiz titular da Vara de Execuções Penais a apresentação do preso no órgão público, quando será procedido o ato citatório." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pg. 174, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

Mencione-se ainda um terceiro incidente, a exemplo do que se aduziu em **4.3.5.3**, quando o acusado tem paradeiro certo e conhecido, mas oculta-se, para não ser notificado (ou intimado), quando um dos membros da comissão (o presidente ou indistintamente qualquer dos dois vogais, não sendo necessária a formalidade de estarem presentes os três integrantes) ou um integrante do grupo de atividades administrativas dos Escor que porventura o possuam ou ainda qualquer servidor do Escor vai a seu encontro (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros).

Aqui, a comissão sabe onde o acusado pode ser encontrado, mas, diante de sua estratégia de se ocultar, não logra ficar diante dele para tentar lhe entregar a notificação (ou a intimação) do ato de instrução processual. A hipótese ora tratada alberga, por exemplo, a situação, enfrentada com certa frequência, em que o portador da notificação (ou da intimação) dirige-se à residência do servidor ativo, que, por qualquer motivo, não está comparecendo ao seu local de serviço (ou ainda no caso de se tratar de inativo ou de ex-servidor), e quem o atende até confirma que ele ali reside mas informa que não se encontra no momento e que não sabe dizer quando estará presente.

Neste caso, primeiramente, deve a comissão conseguir demonstrar nos autos que são conhecidos os locais de trabalho e de residência onde pode ser encontrado o servidor ativo ou o local de residência onde pode ser encontrado o inativo ou o ex-servidor. Por local de residência entendam-se o(s) mesmo(s) endereço(s) residencial(is) declarados nas diversas bases de dados ao dispor da RFB, acima já descritos.

Além disto, deve também registrar nos autos algumas tentativas de encontrá-lo neste(s) local(is), em diferentes dias e horários, redigindo atas de deliberação e termos de ocorrência - com identificação daqueles que as realizaram, data e hora e coletando, se possível, testemunho assinado de colegas de trabalho e de superiores hierárquicos ou de familiares, empregados, vizinhos, amigos, porteiros ou quaisquer outros prepostos -, com que se comprovem as sucessivas idas infrutíferas àquele(s) endereço(s), a saber, à unidade de lotação ou de exercício e ao endereço residencial do servidor ativo ou ao endereço residencial do inativo ou do ex-servidor. Como referência, pode-se mencionar a quantidade de duas tentativas, conforme estabelecido no *caput* do art. 252 do CPC - ressalvando-se que pode ocorrer de, na segunda ou na terceira ou até em mais idas sucessivas, de fato, a comissão se deparar com ausências justificáveis do acusado, não podendo se tomar a referência de duas tentativas como limite fatal. A questão crucial no presente tema não reside no simples esgotamento de duas idas ao local em que se presumia poder encontrar o acusado, mas sim na existência de indícios de que este intencionalmente se oculta.

Por óbvio, caso o servidor tenha procurador constituído nos autos, o problema pode ser resolvido com a simples ida ao procurador (salvo as intimações para interrogatórios).

Configurada então a hipótese em tela, uma última tentativa prática de solucionar o incidente - antes de se buscar apoio jurídico em integração com outras leis -, seria de quaisquer dos possíveis portadores da notificação (ou da intimação) se revezarem no(s) tal(is) local(is) conhecido(s), no máximo de tempo possível de abrangência, para ostensivamente tentarem encontrar o acusado. Restando também esta estratégia infrutífera ou até mesmo desaconselhável (por exemplo, por questões de segurança pessoal dos portadores), pode-se buscar uma solução no CPP, eleito como primeira fonte de integração na processualística disciplinar em caso de lacuna tanto na Lei n° 8.112, de 1990, quanto na Lei n° 9.784, de 1999. O *caput* do art. 362 do CPP, por sua vez, remete ao procedimento estabelecido nos arts. 252 a 254 do CPC (atualizando a remissão aos arts. 227 a 229 da revogada lei processual civil).

> *CPP - Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 -*

> *Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008)*
>
> *CPC - Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.*

Segundo os mencionados arts. da lei de processo civil, quando há suspeita de que o réu se oculta, deve ser intimada qualquer pessoa da família ou um vizinho ou um amigo ou ainda porteiros e outros prepostos ou empregados do condomínio ou residência de que o oficial retornará no dia útil imediato, na hora que designar, para proceder ao ato de comunicação (a chamada "citação com hora certa "), aqui aplicados extensivamente como última tentativa de a comissão encontrar pessoalmente o acusado. Assim, na hipótese em que há indícios de que o acusado, embora de paradeiro certo e conhecido, não é encontrado no local onde seria esperado, em decorrência de intencionalmente se ocultar da comissão, será considerado notificado (ou intimado) na data previamente aprazada, mesmo que nesta oportunidade novamente não seja encontrado.

Nesta instrumentalização excepcional, de se destacar que deve o emissário portar consigo a notificação (ou a intimação) do ato de instrução já pronta (para a hipótese de lograr o encontro pessoal), registrar em termo de ocorrência mais uma ida infrutífera à residência do acusado (no mínimo, a segunda vez) e intimar um parente, vizinho, amigo, porteiro, empregado ou preposto a comunicar ao agente que o colegiado retornará em dia imediatamente posterior e em horário previamente determinado, a fim de proceder à notificação (ou à intimação) e levar aos autos aquele termo e uma via recibada desta intimação.

Interessante destacar que, a exemplo do que se pontuou para o caso da citação em processo civil por via postal, o CPC, no parágrafo único do art. 252, ratificou a validade da intimação a porteiros ou demais empregados em caso de o acusado residir em condomínio ou qualquer outra espécie de moradia com controle de acesso, sendo certo que alcança também o empregado doméstico da sua própria unidade residencial.

> *CPC - Art. 252.*
> *Parágrafo único. Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a intimação a que se refere o caput feita a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.*

Todos estes registros servem de prova das sucessivas idas infrutíferas da comissão àqueles endereços - sobretudo ao residencial - e das recomendações deixadas com quem atendeu o portador para que informasse o acusado quando se retornaria para tentar novamente encontrá-lo. A cada diligência no endereço residencial, deve-se buscar extrair o máximo de informações de parte de quem atende (seja para lograr um meio seguro de enfim encontrar o acusado, seja para deixar inequívoco nos autos a sua estratégia de se esquivar da comissão), tais como confirmação de que o agente realmente reside naquele endereço, as razões da sua ausência, a previsão de horário de retorno, o horário em que é mais provável encontrá-lo em casa ou ainda alguma outra forma de contato.

Para este último deslocamento, em que se presume a necessidade de redigir um termo conclusivo quanto aos incidentes de ocultação e qualificador da condição de notificado (ou intimado), convém que vá um dos integrantes da comissão. Na data e horário aprazados, novamente não encontrando o acusado, após consignar com quem atender que o agente foi informado do comparecimento anterior do signatário e da data e do horário marcados para esta última tentativa e coletar as informações da razão de sua ausência, conforme o caput e o § 1º do art. 253 do CPC, deve o integrante da comissão lavrar novo termo de ocorrência em

duas vias, em que se registram a ausência do acusado e que não se dispõe de previsão de seu horário de retorno, a consideração de que a notificação (ou a intimação) do ato de instrução está realizada e o nome da pessoa que lhe atender, deixando uma via do termo com esta pessoa, como a contrafé a que se refere o § 3º do mesmo dispositivo legal, e levando a outra via para os autos.

Acrescente-se que, de acordo com o § 2º do art. 253 do CPC, a ausência do parente ou vizinho que havia sido intimado ou a sua recusa em receber o ato de comunicação não impedem que se efetive o ato com hora certa.

Obviamente, em nenhum dos dois momentos, pode o portador deixar a notificação (ou a intimação) em si (embora convenha que sempre a porte já pronta) e muito menos cópia do processo com um estranho aos autos. Por fim, autuados os termos de ocorrência e com a notificação (ou a intimação), deve a comissão remetê-los, no prazo de dez dias contados da autuação, na via postal, com aviso de recebimento (AR, em que o remetente preenche um formulário próprio, que lhe é devolvido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, assinado e datado por quem recebeu a postagem, comprovando que a remessa foi entregue e quando o foi), para o endereço residencial do acusado, conforme o art. 254 do CPC.

> *Art. 253. No dia e na hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou à residência do citando a fim de realizar a diligência.*
> *§ 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca, seção ou subseção judiciárias.*
> *§ 2º A citação com hora certa será efetivada mesmo que a pessoa da família ou o vizinho que houver sido intimado esteja ausente, ou se, embora presente, a pessoa da família ou o vizinho se recusar a receber o mandado.*
> *§ 3º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com qualquer pessoa da família ou vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.*
> *Art. 254. Feita a citação com hora certa, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu, executado ou interessado, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência.*

Verifica-se abaixo que a Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GM-3, já se manifestou pelo emprego do remédio previsto na lei civil em caso de ocultação (embora o caso em espécie se referisse à entrega da citação para apresentar defesa, é perfeitamente aplicável à notificação ou à intimação de ato de instrução). A mesma interpretação extensiva, a favor do emprego do instituto da hora certa no processo disciplinar, também se extrai da manifestação exarada pela CGU, por meio da CGU/CCC, estampada no Enunciado CGU/CCC nº 11, de 30 de outubro de 2015. Embora se reconheça que a literalidade do dispositivo se reporte apenas à citação para apresentar defesa, não se faz imperativa uma leitura restritiva, podendo se tomar como referência para outros momentos processuais, conforme aqui se faz. O mesmo se aplica à doutrina.

> *Parecer AGU nº GM-3, não vinculante: "Ementa: O Direito Disciplinar rege-se por normas específicas e independentes do Direito Penal, inexistindo viabilidade jurídica de serem aproveitadas normas criminais, por via analógica, a fim de nulificar processo disciplinar por haver-se efetuado a citação por hora certa com vistas à apresentação de defesa.*
> *6. A maneira como se efetua o chamamento para o indiciado apresentar sua defesa encontra-se prescrita na Lei nº 8.112, art. 161, § 1º: "será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão". O sentido literal desse comando, por si só, é suficiente para demonstrar a validade do procedimento*

consistente em o indiciado receber o mandado expedido pelo presidente do colegiado. É norma desprovida da rigidez que representaria a exigência de que se efetuasse a citação, exclusivamente, por edital, em se esquivando o indiciado de recebê-la.
7. A execução do ato processual de citação por hora certa atende à literalidade e à finalidade do art. 161, tanto que nessa maneira de atuar não se vislumbra qualquer dano para o exercício do direito de ampla defesa."

Enunciado CGU/CCC nº 11, de 2015: "Citação por hora certa no procedimento disciplinar. No âmbito do Processo Disciplinar, a citação poderá ser realizada por hora certa, nos termos da legislação processual civil, quando o indiciado encontrar-se em local certo e sabido, e houver suspeita de que se oculta para se esquivar do recebimento do respectivo mandado".

"Como exemplo de emprego do instituto em sede de direito disciplinar, mencione-se a utilização da citação por hora certa, há tempo prevista no Código de Processo Civil e recentemente prescrita no código processual penal, para se efetivar a notificação do servidor acusado que se furte a esse ato direto.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. I, pg. 144, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.

"A citação por hora certa aplica-se àqueles casos em que há suspeita de que o servidor indiciado está se ocultando para não receber a citação ou a notificação.
Subsidiariamente, aplica-se o Código de Processo Civil (art. 227 e 228) quando, por três vezes o membro-secretário procurar o servidor indiciado para entregar a citação e não o encontrando em casa ou no trabalho, poderá intimar o chefe imediato de que no dia posterior voltará, durante o expediente normal da repartição, a fim de efetuar a citação, na hora designada.
No dia e hora designados, o membro-secretário comparecerá no setor onde trabalha o servidor indiciado, a fim de realizar a diligência.
Se o servidor indiciado não estiver presente, o membro-secretário procurará se informar das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o indiciado tenha se ausentado do setor, com o intuito de se esquivar do ato.
O membro-secretário lavrará certidão da ocorrência e deixará contrafé (cópia) com o chefe imediato do servidor indiciado, mencionando-o na respectiva certidão.
Após, o colegiado registrará tudo em ata e o presidente determinará que seja enviada ao servidor indiciado, para sua residência, por carta registrada com AR de 'mão própria', cópia da certidão e do mandado, dando-lhe ciência."
Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pg. 363, Editora Fórum, 1ª edição, 2007

Acerca do posicionamento adotado pela CGU para superar a estratégia de ocultação do servidor a fim de não receber a notificação inicial de sua condição de acusado, eis que deixou de haver qualquer dúvida de que o órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) também contempla o emprego da ferramenta da hora certa para este momento processual. A saber, a IN CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, no § 9º do seu art. 33, estendeu o emprego da hora certa para suprir a comunicação de qualquer ato processual.

IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 33.
§ 9º Para a realização dos atos de comunicação, admite-se a utilização da citação por hora certa, nos termos da legislação processual civil, quando o acusado ou indiciado encontrar-se em local certo e sabido e houver suspeita de que se oculta para se esquivar do recebimento do respectivo mandado.

Mencione-se que o CPC, no § 2º do seu at. 175, contempla a possibilidade de emprego de edital e de hora para se realizarem comunicações acerca da feitura de atos instrucionais.

CPC - Art. 275.

§ 2º Caso necessário, a intimação poderá ser efetuada com hora certa ou por edital.

4.4.4 - Oitiva de Testemunha

A oitiva (ou depoimento ou inquirição) de testemunha é um dos atos instrucionais válidos na processualística disciplinar encerradores de maior grau de dificuldade, tanto de ordem teórica quanto de ordem prática. Afinal, a prova oral requer cuidadoso preparo prévio e, no momento de sua feitura, congrega dinamismo e necessidade de atendimento a regramentos normatizados, para que logre, ao seu final, a satisfação tanto dos requisitos jurídicos de sua validade como a obtenção dos objetivos estratégicos que justificaram sua realização. Pode não se revelar tarefa simples, sobretudo para uma comissão de pouca experiência, conciliar o atendimento do regramento jurídico condicionador da validade do ato com a capacidade de extrair do depoente as informações indispensáveis ao esclarecimento dos fatos que ensejaram a instauração do processo disciplinar.

Acrescente-se a dificuldade de ser um ato caracterizado pela interlocução, fundado no imediatismo e na fugacidade das palavras e frases faladas com diferentes graus de improviso e de espontaneidade, atraindo ainda a natureza jurídica contraditória, uma vez que coloca em contato comissão, testemunha, acusado(s) e procurador(es). Neste contexto, pode haver confrontações entre quaisquer destes participantes (comissão com testemunha, comissão com defesa, defesa com testemunha) quando seus interesses ou predisposições à verdade colidem. Diante do eventual interesse da defesa em desvalorizar a busca da verdade processual e sobretudo determinado depoimento, aquela necessidade para que o colegiado atente aos regramentos formais em vigor assume ainda maior relevância, a fim de se preservar a higidez do ato em face de questionamentos de supostas nulidades procedimentais.

Assim, recomenda-se que a comissão siga um roteiro básico de procedimentos na realização da prova testemunhal. E como a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, não esgotou sua normatização, e tampouco o fez a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, é necessário, subsidiariamente e por analogia, integrar as lacunas do Estatuto com mandamentos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), nesta ordem.

A propósito, dentre os atos processuais mais comuns de ocorrer no processo disciplinar (a exemplo do que ocorre também nos procedimentos judiciais, em reflexo da ponderação permissiva do art. 442 do CPC), as provas orais, de forma geral, e a oitiva de testemunha, em especial, talvez sejam onde mais se ressente a falta de normatização no Estatuto e mais se necessita empregar os dois códigos processuais. Mas reitera-se o caráter subsidiário de integração, somente válida nos pontos em que o Estatuto não regulamentou; onde há previsão na Lei nº 8.112, de 1990, esta deve prevalecer, ainda que pontualmente conflitante com a norma de processo penal e/ou de processo civil.

CPC - Art. 442. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso.

Advirta-se que os atos preparatórios, de execução e de autuação das provas orais em geral sofreram forte impacto com o advento e com o emprego na instância disciplinar de novas ferramentas não previstas originalmente na Lei nº 8.112, de 1990. Estas três ferramentas são: o processo digital, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), determinado pela Ordem de Serviço Coger nº 1, de 3 de junho de 2015; o programa de gestão na modalidade teletrabalho, disciplinado internamente pela Portaria RFB n° 2.383, de 13 de julho de 2017, e estendido ao processo de trabalho correcional pela Portaria RFB n° 390, de 21 de fevereiro de 2019, com a atualização

promovida pela Portaria RFB nº 390, de 21 de fevereiro de 2019; e os aplicativos de chamada em vídeo, a exemplo do *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec), para coleta de prova oral, ao amparo do *caput* do art. 106 da Portaria Normativa (PN) CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 106. A tomada de depoimentos será realizada, preferencialmente, por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa.*
> *§ 1º Nos procedimentos investigativos e processos correcionais, audiências e reuniões destinadas a garantir a adequada produção da informação ou prova também poderão ser realizadas por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurado o caráter reservado daquelas.*

Esclareça-se que o termo "depoimentos", constante do *caput* do art. 106 da PN CGU nº 27, de 2022, possui sentido genérico, abarcando não apenas a oitiva de testemunha em si, mas também a oitiva de declarantes e o interrogatório do acusado, conforme consta do inciso I do art. 173 da Lei nº 8.112, de 1990. Ou seja, em termos legais, "depoimento" contempla qualquer prova oral, de forma que tanto testemunha e declarante quanto acusado podem ser referidos como genericamente depoentes. Em contraponto, no § 1º do mesmo art. 106 da PN CGU nº 27, de 2022, o termo "reuniões" se reporta a reuniões deliberativas exclusivas dos membros da comissão ou reuniões que porventura o colegiado faça com agentes externos ao processo e o termo "audiências", de sentido ainda mais abrangente, abarca eventuais reuniões que possam ser solicitadas pelo acusado e/ou pelo procurador com o trio. Os termos reunião e audiência são mencionados no parágrafo único da Lei nº 8.112, de 1990, com a imposição do caráter reservado a estes atos processuais.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 150.*
> *Parágrafo único. As reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado.*
> *Art. 173. Serão assegurados transporte e diárias:*
> *I - ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado;*

Mais especificamente quanto a esta terceira e última ferramenta, diante da maciça adesão do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) a este meio de coleta das provas orais, todo este tópico **4.4.4** privilegiará, onde cabível, a descrição da instrumentalidade do preparo, da realização e da gravação da oitiva de testemunha com o emprego do recurso tecnológico, em detrimento do método tradicional de registro e de autuação mediante redução a termo.

Conforme já exposto em **4.4.1.4**, não há, a rigor, uma expressa sequência pré-definida de atos de instrução processual; ao contrário, é o curso do desenrolar de cada inquérito administrativo que indicará à comissão que linha apuratória adotar. Não obstante, por mera praxe e como recomendação acatável ou não caso a caso, pode-se inaugurar a busca de provas com a oitiva do representante ou denunciante caso esta figura exista, a fim de inquirir se ratifica ou se retifica o teor de sua peça escrita, conforme também defende a doutrina. Por mais detalhada que tenha sido a peça inicial da lavra deste agente deflagrador, deve o colegiado atentar para as vicissitudes humanas, pois não é de se desprezar a possibilidade de, estando diante tanto do trio processante quanto da defesa, o depoente alterar os fatos relatados, seja coerentemente agregando ainda mais detalhes, seja revelando-se em contradição, agregando maior ou menor credibilidade a seu relato escrito ou à sua explanação verbal. Destaque-se que o fato de um servidor ter representado ou um particular ter denunciado, por si só, em nada se confunde com ser impedido ou suspeito para testemunhar, pois esta condição de deflagrador da notícia inaugural não se amolda, por si só, nas condições

estabelecidas nos arts. 18 e 20 da Lei nº 9.784, de 1999, conforme também entende a doutrina. *A priori*, tão somente a qualidade de representante ou denunciante não significa, por exemplo, que este depoente tenha interesse na matéria ou que seja inimigo notório do representado ou denunciado; portanto, não impõe que se submeta à prova oral na condição de declarante, na forma como se aduzirá em **4.4.5**.

> *"Tanto o denunciante como o autor da representação devem ser chamados a depor, como um dos primeiros passos do processo. É o início da coleta de provas por depoimentos, somente precedida da prova documental que será autuada quando da instalação da Comissão.*
> *Deste modo, além de se confirmar a autenticidade, pela comunicação oral reiteradora do texto escrito, terá a Comissão a oportunidade de apreciar maiores detalhes sobre o evento objeto da apuração." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 84, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

> *"Cabe registrar que a Lei nº 8.112/90 não estabelece nenhuma distinção entre denunciante e as demais testemunhas, sendo esta uma divisão que se observa apenas na prática.*
> *Assim, a primeira figura, do denunciante, nada mais é que uma testemunha que tem precedência sobre as demais, ou porque formalizou a denúncia, até mesmo por ter presenciado a ocorrência da irregularidade, ou por conhecimento mais profundo das irregularidades praticadas no âmbito do serviço público e assinou algum documento que posteriormente veio a originar o processo disciplinar.*
> *Portanto, o denunciante será ouvido como testemunha, salvo naqueles casos de notória inimizade com o servidor denunciado, situação em que será ouvida como informante." Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pg. 327, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

> *"Primeiro, devem ser ouvidas as testemunhas, ou seja, as pessoas que serão compromissadas. Depois, serão tomadas as declarações daqueles que têm a sua imparcialidade diminuída. Desta forma, quando estas pessoas se apresentarem em audiência, já estarão no processo pronunciamentos idôneos, recolhidos de pessoas com total isenção." Léo da Silva Alves, "A Prova no Processo Disciplinar", pg. 162, Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003*

4.4.4.1 - Atos Preparatórios Antes da Oitiva de Testemunha

De forma geral, a primeira providência a ser formalizada com vista a se coletar depoimento é deliberar em ata o chamamento da testemunha aos autos, expondo a motivação de fazê-lo (se decorre de iniciativa da comissão ou de pedido do acusado). Neste momento, basta que a comissão manifeste e expresse a sua decisão de ouvir alguém como testemunha, dispensando-se a necessidade de já se ter a data e o horário em que o ato será realizado (até porque, em geral, somente depois da deliberação é que o colegiado promoverá contatos com os agentes envolvidos para chegar a um agendamento viável para todos). Convém que a ata de deliberação já indique que a realização da oitiva de testemunha se dará por meio de aplicativo de chamada em vídeo, a exemplo do *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec).

Não obstante, antecipe-se que, além de as oitivas de testemunha terem de ser prestadas obrigatoriamente de forma oral, havendo mais de um depoente, devem ser tomadas em separado, conforme o art. 158, de 11 de dezembro de 1990. Nesta linha, convém, sempre que possível, que a comissão cogite de realizar as oitivas uma imediatamente após a outra,

preferencialmente até em um mesmo dia, de forma a diminuir a possibilidade de prévio conhecimento das perguntas ou a contaminação dos depoimentos, buscando preservar ao máximo a prova oral, refletindo a inteligência do *caput* do art. 210 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), também adotada pela doutrina. Em razão desta estratégia, é interessante que a comissão, na medida do possível, busque vislumbrar, de antemão, o máximo de depoentes que se fazem relevantes, para que possa deliberar suas oitivas em conjunto, em uma ata única.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 158. O depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo, não sendo lícito à testemunha trazê-lo por escrito.*
> *§ 1º As testemunhas serão inquiridas separadamente.*
>
> *CPP - Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.*
> *Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.*
> *Art. 210. As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras (...).*
>
> *"Mesmo que sejam os depoimentos tomados no mesmo dia, as testemunhas não poderão se comunicar, a fim de que os depoentes não sofram recíprocas influências. Inquiridas separadamente, as testemunhas poderão confirmar, aduzir informações, ou infirmar o dito por outras testemunhas." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 145, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Uma vez deliberada a realização da oitiva de testemunha, a comissão deve criar, no aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams*, uma equipe privada, apenas com os seus membros, como proprietários. Esta estratégia é importante para que a sessão de vídeo tenha acesso fechado a demais intervenientes. Para isto, não deve a comissão inserir nesta equipe qualquer outro participante estranho ao colegiado, tais como depoente, acusado, procurador e até mesmo secretário *ad hoc*, na hipótese residual de se utilizá-lo. Advirta-se que também não se faz agendamento da reunião no aplicativo, a fim de suprir maior segurança de que os demais participantes somente poderão entrar no ambiente virtual do ato mediante o chamamento da comissão.

4.4.4.1.1 - Quem Deve, Quem Pode e Quem Não Pode Atuar como Testemunha

Em princípio, de forma análoga ao que ocorre na instância processual penal, qualquer pessoa pode testemunhar no processo disciplinar e a regra geral é da obrigatoriedade em prestar a prova oral, tanto no caso de servidores quanto no caso de agentes privados, conforme se extrai da leitura conjunta do art. 202 com a parte inicial do art. 206, ambos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP). Mais especificamente no que diz respeito à obrigatoriedade de testemunhar em processo disciplinar, enfatiza-se o dever funcional - associado ao dever de lealdade institucional - de servidor, ainda que de outro órgão, comparecer ao ato quando devidamente intimado.

> *CPP - Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha.*
> *Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.*

Mas, prosseguindo na leitura do art. 206 do CPP, a sua parte final estabelece que, independentemente de ser ou não servidor, por óbvios motivos de vinculação com a parte, é certo que o cônjuge, o filho, o irmão, o pai, a mãe e os parentes afins do acusado têm a

prerrogativa de se declararem desobrigados de depor, salvo se, excepcionalmente, a critério da comissão, se entender que é impossível se obter a elucidação do fato por outro meio. Estas pessoas não são proibidas de depor: elas podem, mas não são obrigadas.

Em **4.2.6** foram apresentadas as definições de graus de parentesco e a forma de contá-los, a cuja leitura se remete. A interpretação sistemática do ordenamento impõe que hoje se inclua o companheiro de união estável em textos normativos mais antigos, que mencionavam apenas o cônjuge, como neste caso do CPP.

Como exceções à regra geral da admissibilidade do testemunho, são proibidos de depor, no art. 207 do CPP, aqueles que, em razão da atividade exercida (gênero laboral que aqui abarca sua função, seu ministério, seu ofício ou sua profissão), devam guardar segredo (a exemplo do advogado, do médico, do psicólogo, do gerente da instituição financeira e outros agentes cujo múnus inequivocamente lhes permita saber da privacidade e da intimidade do acusado), salvo se forem desobrigados pela parte e se quiserem prestar a prova oral. Ressalve-se que há a possibilidade de tais profissionais incorrerem no crime de violação de segredo profissional, tipificado no art. 154 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), caso deponham sem a prévia anuência do interessado e se este vier a representar.

> *CPP - Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.*
>
> *CP - Violação do segredo profissional*
> *Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:*
> *Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.*
> *Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.*

Em acréscimo, o art. 228 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC), nos incisos I, IV e V e nos §§ 1º e 2º, veda que deponham na condição de testemunha também os menores de dezesseis anos de idade, os impedidos e os suspeitos e, a estes, o § 1º do art. 447 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), soma ainda os incapazes.

> *CC - Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:*
> *I - os menores de dezesseis anos;*
> *IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;*
> *V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.*
> *§ 1º Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015)*
> *§ 2º A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*
>
> *CPC - Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.*
> *§ 1º São incapazes:*
> *I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;*
> *II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;*
> *III - o que tiver menos de 16 (dezesseis) anos;*
> *IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes*

> *faltam.*
> *§ 2º São impedidos:*
> *I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;*
> *II - o que é parte na causa;*
> *III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.*
> *§ 3º São suspeitos:*
> *I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo;*
> *II - o que tiver interesse no litígio.*
> *§ 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.*
> *§ 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.*
> *Art. 448. A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos:*
> *I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau;*
> *II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.*

Também não pode um servidor, que figura como acusado no processo disciplinar, atuar no mesmo apuratório como testemunha, ainda que a pedido de outro coacusado, pois é inaceitável a participação em um processo sob diferentes condições jurídicas e com conflitantes graus de comprometimento de verdade (como testemunha em determinado momento e como acusado no restante do inquérito).

Por outro lado, não se vislumbra nenhum vício ou afronta à defesa em se coletar testemunho de servidor que esteja respondendo outro processo disciplinar, sobre fato independente (se os fatos fossem conexos, na instauração, ao fim da fase de admissibilidade, teria operado a regra de unicidade processual e, mesmo que houvesse processos apartados, perduraria o impedimento de testemunhar, em virtude ter interesse no caso).

4.4.4.1.2 - Atos de Comunicação da Oitiva de Testemunha

Os atos de comunicação preparatórios da oitiva de testemunha são, como regra, a intimação da testemunha, esta expressamente prevista no *caput* do art. 157 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a notificação do acusado ou do seu procurador e o ofício ao chefe do depoente, se este for servidor. A instrumentalização destes atos há muito transcende a literalidade daquele comando legal, uma vez que a Lei nº 8.112, de 1990, estagnada ao tempo de sua edição, prevê apenas entrega física em mãos de atos de comunicação, em duas vias.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 157. As testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da comissão, devendo a segunda via, com o ciente do interessado, ser anexada aos autos.*

A despeito do texto legal positivado, o processo disciplinar, irrigado por demais fontes, consagra e valida a diversidade dos meios de entrega dos atos de comunicação em geral. Esta múltipla possibilidade foi referendada pela manifestação da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 10, de 30 de outubro de 2015, condicionando apenas que a entrega seja feita por escrito (não se aceita o comunicado meramente verbal) e com comprovação da ciência por parte do destinatário, na linha do § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784,

de 29 de janeiro de 1999.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 26.*
> *§ 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.*
>
> *Enunciado CGU/CCC nº 10, de 2015: "Validade da notificação de atos processuais. A validade de uma intimação ou notificação real fica condicionada a ter sido realizada por escrito e com a comprovação da ciência pelo interessado ou seu procurador, independentemente da forma ou do meio utilizado para sua entrega".*

Neste rumo, mais especificamente, conforme se expôs em **4.3.11.3** e em **4.4.3.2**, os atos de comunicação preparatórios da oitiva de testemunha podem ser entregues das mais variadas formas e por diversos portadores, desde o emprego de recursos tecnológicos, tais como endereços de correios eletrônicos e números de telefones móveis, sejam particulares ou institucionais, ou ainda outros recursos similares, desde que estritamente de uso pessoal e individual apenas do próprio destinatário, que o *caput* do art. 97 e o *caput* do art. 98, ambos da Portaria Normativa (PN) CGU nº 27, de 1 de outubro de 2022, definem como válidos, indo além da permissão já expressada desde a Portaria RFB nº 1.397 de 11 de novembro de 2002; por via postal; e até por entrega física em mãos.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 97. As comunicações referentes aos procedimentos investigativos e processos correcionais que tramitam nos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal devem ser realizadas por escrito e, preferencialmente, por meio de correio eletrônico institucional, aplicativos de mensagens instantâneas ou recursos tecnológicos similares, observadas as diretrizes e as condições estabelecidas nesta Portaria Normativa.*
> *Art. 98. O encaminhamento de comunicações processuais por meio de recursos tecnológicos pode ocorrer mediante mensagem para o endereço de correio eletrônico ou para o número de telefone móvel, funcional ou pessoal.*
>
> *Portaria SRF nº 1.397, de 2002 - Art. 1º O Correio Eletrônico, ferramenta de propriedade da Secretaria da Receita Federal - SRF, constitui instrumento de uso institucional, destinado ao intercâmbio de mensagens, para fins de racionalização do trabalho e aumento da produtividade.*

O meio pessoal de entrega da intimação da testemunha ou da notificação do acusado ou do seu procurador por correio eletrônico institucional ou particular ou por aplicativo de mensagem instantânea segue os comandos dos arts. 101 a 103 da PN CGU nº 27, de 2022. Primeiramente, o art. 101 exige coleta da confirmação de recebimento da mensagem pelo destinatário. Os incisos I a III consideram confirmado o recebimento, respectivamente, com a manifestação expressa do destinatário ou com o aviso automático de leitura (o correio eletrônico institucional possui, além do recurso de confirmação de entrega, o recurso de aviso de recebimento, que equivale à exigida comprovação de leitura) ou com sinal gráfico do aplicativo que demonstre a leitura. O inciso IV contempla o recebimento ficto, caso a comissão utilize um endereço de correio eletrônico ou um número de telefone móvel informado pelo próprio destinatário e já usado anteriormente. E o inciso V considera confirmado o recebimento se o destinatário atender o objeto da notificação inicial (no caso, inaugurar a relação processual com a comissão).

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 101. Enviada a mensagem pelo correio eletrônico ou pelo aplicativo de mensagem instantânea, a confirmação do recebimento da comunicação se dará mediante:*
> *I - a manifestação do destinatário;*
> *II - a notificação de confirmação automática de leitura;*
> *III - o sinal gráfico característico do respectivo aplicativo que demonstre, de*

> *maneira inequívoca, a leitura por parte do destinatário;*
> *IV - a ciência ficta, quando encaminhada para o correio eletrônico ou número de telefone móvel informados ou confirmados pelo interessado; ou*
> *V - o atendimento da finalidade da comunicação.*
> *Parágrafo único. A contagem de prazos terá início no primeiro dia útil seguinte à data da primeira ocorrência de confirmação de recebimento da comunicação dentre aquelas previstas neste artigo.*

O art. 103 da PN CGU nº 27, de 2022, estabelece que devem ser autuadas a mensagem eletrônica, a confirmação de leitura e o arquivo de imagem da intimação da notificação (ou, alternativamente, deve a comissão redigir termo com todos os dados do envio e da confirmação e autuá-lo junto com o arquivo de imagem). Por fim, o *caput* do art. 102 da norma ressalva que, se em cinco dias (que se presumem corridos) não houver alguma forma acima de confirmação de leitura, o procedimento deve ser cancelado e repetido, por meio convencional ou novamente por meio tecnológico, a critério da comissão.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 102. Não ocorrendo alguma das hipóteses do art. 101, no prazo de 5 (cinco) dias o procedimento de comunicação deve ser cancelado e repetido por qualquer meio.*
> *Art. 103. A comunicação processual deve ser incorporada aos autos, mediante a juntada da mensagem de correio eletrônico, de aplicativo de mensagem instantânea ou de termo nos quais constem o dia, o horário e o número de telefone para o qual se enviou a comunicação, bem como o dia e o horário em que ocorreu a confirmação do recebimento da mensagem pelo destinatário, com imagem do ato.*

No meio pessoal de entrega da intimação da testemunha ou da notificação do acusado ou do seu procurador por via postal, emitem-se duas vias, remetendo-se uma para o destinatário, com o serviço do aviso de recebimento (AR, que é um serviço adicional disponibilizado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT para objeto registrado, ou seja, que possui número de registro que permite rastreamento), em que o remetente preenche um formulário próprio, que lhe é devolvido, assinado e datado por quem recebeu a postagem, comprovando que a remessa foi entregue e quando o foi, devendo este comprovante posteriormente ser autuado ao processo.

As aplicações subsidiária e supletiva na processualística disciplinar dos comandos estabelecidos no § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999, e no § 1º do art. 248 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) deixa inequívoco que, na hipótese de se empregar via postal para entrega da intimação da testemunha ou da notificação do acusado ou do seu procurador, o único requisito exigido sobre a correspondência é que seja feita por meio de carta registrada com AR. E é importante destacar que o CPC, no § 4º do mesmo art. 248, ratificou a validade da entrega do ato de comunicação a porteiros ou demais empregados em caso de o destinatário residir em condomínio ou qualquer outra espécie de moradia com controle de acesso, sendo certo que alcança também o empregado doméstico da sua própria unidade residencial. se o destinatário estiver ausente, o comando legal permite que o responsável pelo recebimento de correspondência recuse receber, desde que declare a ausência por escrito. E, nos termos do parágrafo único do art. 274 do CPC, eventual mudança de endereço de parte do acusado deve ser comunicada, sob pena de ser válida a intimação remetida para o antigo endereço, independentemente de quem a tenha recebido.

> *CPC - Art. 248.*
> *§ 1º A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo.*
> *§ 4º Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da*

> *correspondência está ausente.*
> *Art. 274. Não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais, aos advogados e aos demais sujeitos do processo pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria.*
> *Parágrafo único. Presumem-se válidas as intimações dirigidas ao endereço constante dos autos, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, se a modificação temporária ou definitiva não tiver sido devidamente comunicada ao juízo, fluindo os prazos a partir da juntada aos autos do comprovante de entrega da correspondência no primitivo endereço.*

E, no meio pessoal de entrega da intimação da testemunha ou da notificação do acusado ou do seu procurador fisicamente em mãos, também se emitem duas vias do ato, a fim de uma ficar com o destinatário e outra ser autuada com sua assinatura e datada, conforme expressamente prevê, para a intimação, o *caput* do art. 157 da Lei nº 8.112, de 1990. Este residual meio de entrega pessoal fisicamente em mãos da notificação ou da intimação pode ser realizado tanto por apenas um dos membros da comissão (o presidente ou indistintamente qualquer dos dois vogais, não sendo necessária a formalidade de estarem presentes os três integrantes) quanto por um servidor estranho ao colegiado, seja integrante do grupo de atividades administrativas dos Escritórios de Corregedoria (Escor) que porventura o possuam, seja ainda por qualquer servidor do Escor ou mesmo de outra unidade (como unidade regional de gestão de pessoas) cedido para esta atividade (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros). Em outras palavras, não é necessário que esta forma de entrega da intimação seja presenciada por todos os integrantes da comissão e sequer que seja praticada por um integrante do colegiado. Acrescente-se que o parágrafo único do art. 102 da PN CGU nº 27, de 2022, permite o emprego do instituto da entrega por hora certa, descrito em **4.4.3.2**, a cuja leitura se remete, quando se tem que o acusado se encontra em local certo e sabido e se oculta a fim de não receber a intimação para ser interrogado.

Nestes atos de comunicação que antecedem a oitiva, não se informa nada a respeito do foco apuratório e do polo passivo do processo à testemunha e a seu chefe (caso o depoente seja servidor) e tampouco se lhes antecipam teor de perguntas e objetivos do ato (o que se busca esclarecer). A oitiva de testemunha tem a peculiaridade da oralidade e da instantaneidade, características que lhe agregam certo grau de qualidade dinâmica na valoração final do conjunto probatório, e deve a comissão preservar tal riqueza, mantendo resguardado ao máximo o conteúdo da prova.

Os atos de comunicação preparatórios da oitiva de testemunha, como não poderia deixar de ser, sofreram relevante atualização a fim de contemplar a coleta da prova oral por meio de aplicativo de chamada em vídeo, a exemplo do *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec). Passou a ser indispensável que estes atos de comunicação contenham as informações necessárias e suficientes sobre o aplicativo, para que o participante compreenda como deve proceder para baixá-lo, se for o caso, e para utilizá-lo, sem prejuízo de a comissão manifestar estar à disposição para eventuais dúvidas. Devem ainda informar que, na data agendada, poucos minutos antes do horário, a comissão chamará os demais participantes para ingressarem na reunião, por meio do aplicativo; que o ato será gravado; e que todos os participantes deverão utilizar equipamentos que possuam câmera e microfone, conforme o § 3º do 108 da PN CGU nº 27, de 2022, e manter tais câmeras abertas ao longo do ato, focalizando seus rostos, a fim de certificar suas identificações na íntegra da gravação. Ademais, convém que a comissão acrescente nestes atos de comunicação a sugestão para que todos os participantes utilizem fone de ouvido, para se obter melhor qualidade de áudio, e que

utilizem um ambiente reservado.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 108.*
> *§ 3º A necessidade de utilização de equipamento com câmera e microfone para a participação na audiência ou reunião deverá ser informada na intimação.*

Na intimação de depoente e na notificação de acusado que não sejam servidores ativos da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) ou de qualquer outro participante não habilitado para acessar o aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams* pela plataforma institucional, a comissão deve inserir também determinação para que, no momento do ato, estejam com documento de identidade com foto, a fim de ser mostrado no início da gravação.

Com o emprego do processo digital, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), determinado pela Ordem de Serviço Coger nº 1, de 3 de junho de 2015; com a maciça adesão de servidores do sistema correcional da RFB ao programa de gestão na modalidade de teletrabalho disciplinado internamente pela Portaria RFB n° 2.383, de 13 de julho de 2017, e estendido ao processo de trabalho correcional pela Portaria RFB n° 390, de 21 de fevereiro de 2019, com a atualização promovida pela Portaria RFB nº 390, de 21 de fevereiro de 2019; e com o advento da gravação da prova oral por intermédio do aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams*, não há mais que se falar em local da oitiva, visto a possibilidade de cada participante estar em sua residência ou em seu posto de trabalho, perdendo sentido a antiga regra geral de que a oitiva se daria na sede da comissão e que se excepcionaria apenas em casos de pessoas impossibilitadas de se deslocar por enfermidade ou por velhice, nos termos do art. 220 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP). Na hipótese comum de participantes estarem em diferentes localidades, é de se acrescentar a necessária cautela com eventual diferença de fuso horário, conforme alerta o § 2º do art. 108 da PN CGU nº 27, de 2022.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 108.*
> *§ 2º A comissão atentará para eventual diferença de fuso horário entre as localidades envolvidas ao deliberar pelo horário da realização da audiência ou reunião por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.*

Especificamente quanto à intimação para a testemunha, é de se reconhecer que, *a priori*, não há prazo legal, no sentido estrito deste termo, de antecedência para fazê-lo, nem na Lei nº 8.112, de 1990, e nem mesmo na Lei nº 9.784, de 1999. A normatização deste prazo para o depoente reside exclusivamente no *caput* do art. 108 da PN CGU nº 27, de 2022, que estabelece o prazo mínimo de antecedência de três dias úteis. Mas, de acordo com a base legal em sentido estrito, pode-se ter também como referência alternativa, além do prazo de três dias úteis previsto no art. 41, o prazo de cinco dias corridos, previsto no *caput* do art. 24, ambos da segunda Lei acima citada.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior.*
> *Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.*
>
> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 108. O presidente da comissão deverá intimar a pessoa a ser ouvida com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, informando data, horário e local em que será realizada a audiência ou reunião por meio de videoconferência.*

Se a testemunha for servidor ativo (de qualquer órgão, de qualquer Poder, de qualquer ente federado, como também entende a doutrina), por força do parágrafo único do art. 157 da Lei nº 8.112, de 1990, após a entrega à testemunha, deve-se comunicar ao titular da unidade, por meio de ofício, remetido pelo correio eletrônico institucional (dispensando-se comprovações de recebimento), a intimação irrecusável para que seu subordinado deponha na data e horário aprazados. Importante destacar a pertinência deste comando legal que, em leitura apressada, poderia parecer apenas exageradamente formalista a impor um mero comunicado dispensável. Diante da aplicabilidade ampla e genérica do instrumento da intimação para qualquer servidor (e não apenas da RFB), não raro o agente público estranho ao órgão reage com desconforto e até com certo grau de inconformismo ou de previsível insubmissão à intimação advinda de comissão disciplinar à margem de sua hierarquia. Daí, advém a inteligência de se comunicar à sua chefia imediata, para que esta, harmonizando o princípio da hierarquia com a indisponibilidade do interesse público que move o processo disciplinar, diligencie pela presença do intimado. Tanto é assim que a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), no inciso III do § 4º do seu art. 455, prevê que a intimação do juiz para que servidor compareça para testemunhar se faz por meio de requisição a seu chefe, podendo-se então inferir a relevância do comando legal estatutário, por vezes inadvertidamente esquecido ou desprezado por comissões, já que reflete a mesma instrumentalidade garantista adotada pela lei processual civil.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 157.*
> *Parágrafo único. Se a testemunha for servidor público, a expedição do mandado será imediatamente comunicada ao chefe da repartição onde serve, com a indicação do dia e hora marcados para inquirição.*
>
> *CPC - Art. 445*
> *§ 4º A intimação será feita pela via judicial quando:*
> *III - figurar no rol de testemunhas servidor público ou militar, hipótese em que o juiz o requisitará ao chefe da repartição ou ao comando do corpo em que servir;*
>
> *"Não diz a Lei que o servidor deva ser federal, nem submetido ao Regime Jurídico Único. Assim, a expressão deve ser entendida no seu sentido mais amplo: servidor, ou empregado (celetista), da administração direta ou indireta, civil ou militar, dos três Poderes das três Órbitas de Poder, ao ser intimado a depor como testemunha, deverá ter seu chefe avisado de tal evento." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pgs. 142 e 143, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

No caso de se deliberar ouvir inativo, ex-servidor, particular, terceiro ou administrado em geral, sobre quem a comissão não tem poder coercitivo, de imediato, se reconhece que inexiste no Direito Administrativo Disciplinar disposição legal que obrigue pessoa estranha ao serviço público servir como testemunha e, por conseguinte, que a submeta à condução coercitiva e forçada. Ainda assim, reforçando o entendimento já exposto em **4.3.11.3**, é de se empregar intimação, uma vez que a Lei n° 8.112, de 1990, no *caput* do art. 157, impõe a regra geral de que "*As testemunhas serão ser intimadas a depor*" e prevê a especificidade de serem servidores ativos apenas no parágrafo único subsequente, determinando que, neste caso específico, também deve haver ofício para a chefia (conforme já exposto em **3.2.2.2.2.a**, a Lei convenciona grafar sinteticamente "servidor" onde na verdade se entende "servidor ativo", pois apenas este agente possui chefe). Ou seja, a leitura sistemática do dispositivo é de que as testemunhas são intimadas, sejam servidores ativos ou não, conforme entendem a jurisprudência e a doutrina. Ademais, à vista das peculiaridades do caso específico, que podem indicar maior relevância e imprescindibilidade àquela prova oral, pode-se reforçar o dever que os inativos, ex-servidores, particulares, terceiros ou administrados em geral têm de colaborar com o esclarecimento de fatos junto à Administração Pública, agregando-se à base legal da intimação a previsão do inciso IV do art. 4º e do *caput* do art. 39 e, se for o caso,

também do art. 28, todos da Lei nº 9.784, de 1999.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:*
> *IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.*
> *Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.*
> *Art. 39. Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.*
> *Parágrafo único. Não sendo atendida a intimação, poderá o órgão competente, se entender relevante a matéria, suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão.*

> *TRT da 14ª Região, 'Habeas Corpus' nº 1651, Relatório e Voto: "(...) impetrantes (...) questionam a autoridade dos membros da Comissão de Processo Disciplinar, nos autos do PAD nº (...), que os intimou por mandado, para comparecerem a solenidade a ser realizada no dia 18 de outubro de 2005, sob pena de representação ao Ministério Público por crime de desobediência previsto no artigo 330, do Código Penal Brasileiro.*
> *Consideram que não estão sujeitos às disposições do artigo 157 da Lei nº 8.112/90, na medida que não são servidores ou funcionários públicos e não estão obrigados a comparecer perante a autoridade coatora.*
> *A análise da matéria em foco assegura a legalidade dos atos tidos como possivelmente constrangedores. Considero dentro de uma análise sistemática que a Comissão de Sindicância tem o poder de intimar as pessoas para depor ou prestarem esclarecimentos, mas não possui respaldo legal para determinar a condução coercitiva, o que aliás sequer foi cogitado, conforme contato pelos documentos oferecidos.*
> *Levando em conta que a Comissão de Sindicância, pelos fatos narrados, não cometeu nenhuma arbitrariedade, sendo perfeitamente lícito representar perante o Ministério Público para adoção das medidas que entender cabíveis, denego a segurança."*

> *"Servidores ou não servidores poderão ser intimados a depor. (...)*
> *E se a testemunha recusar-se a assinar a segunda via do mandado de intimação? O servidor incumbido dessa tarefa deverá certificar o evento, protegendo-se com a assinatura de duas testemunhas dessa recusa." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pgs. 140 e 142, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Decerto, o que não se recomenda é o uso do termo "convite" ou da expressão "solicitação de comparecimento" para nenhuma espécie de destinatário, por expressarem forte grau de discricionariedade e voluntariedade na decisão de atender ou não ao chamado, conforme entende a doutrina.

> *"Somos pelo entendimento de que a obrigação de depor em processo disciplinar estende-se ao particular. (...). Logo, o instrumento pelo qual é chamado não pode ser o convite." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pgs. 167 e 168, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

> *"No caso das testemunhas não serem funcionários públicos, (...) na prática, existe uma significativa diferença entre intimar e convidar alguém a prestar depoimento. No caso do convite, pela fragilidade do nome, que pressupõe não existir obrigatoriedade de comparecimento. Além do mais, ressalte-se que não há previsão legal para expedir convite para intimar testemunhas, mas sim mandado de intimação.*

Assim, não se recomenda o uso de convite em vez de intimação, por duas razões: (1) convite não consta da Lei nº 8.112/90 como instrumento hábil para audiência, mantendo o referido diploma legal a formalidade do mandado de intimação; (2) não possui aquela característica de obrigatoriedade de comparecimento. Aceita convite quem quer, sem necessidade de justificar a recusa." Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pgs. 327 e 328, Editora Fórum, 1ª edição, 2007

Na hipótese residual de a comissão considerar indispensável a prova oral de alguém *a priori* proibido de depor em razão de sua função, ministério, ofício ou profissão, nos termos do art. 207 do CPP, conforme já exposto em **4.4.4.1.1**, cabe ao colegiado, após expor suas excepcionais motivações já desde a ata de deliberação, intimar o acusado a se manifestar se permite aquela oitiva e também intimar o depoente a expressar se concorda em prestar o testemunho, reproduzindo a base legal acima no ato deliberativo e nos dois atos de comunicação e, se for o caso de aquiescências, também deve verbalizar no ato a ser gravado.

E caso o próprio acusado peticione pela oitiva como testemunha de alguém atingido pela proibição em tela, o que faz presumir que desobriga que o depoente guarde sigilo, cabe à comissão, após deliberar em ata o deferimento, na hipótese de concordar com a relevância da prova oral, intimar o depoente a se manifestar se concorda em prestar o testemunho e notificar o acusado da realização ou não do depoimento solicitado, também registrando em todos estes atos a ressalva do mencionado art. 207 do CPP.

Na hipótese de se considerar como absolutamente indispensável a prova oral de testemunha que se encontra em local sabido no exterior, deve a comissão envidar todos os esforços para concretizar o necessário ato de comunicação (ou, ao menos, para carrear ao processo mínima certeza jurídica de a intimação ter chegado ao destinatário). Para isto, podem ser consideradas algumas opções instrumentais. Ressalve-se que, sendo estrangeira a testemunha que se situa no exterior, excepcionalmente deve-se solicitar sua participação, em rara hipótese de dispensar a intimação, pelo fato de o estrangeiro, estando fora do País, não se sujeitar ao ordenamento brasileiro.

Primeiramente, se poderia cogitar de adaptar ao processo disciplinar o instrumento da carta rogatória (cuja definição se encontra no inciso II do art. 237 do CPC e conforme lhe dão emprego os arts. 368 e 783 do CPP), com o quê a comissão provocaria a autoridade instauradora a encaminhar ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) o pedido de notificação e, posteriormente, os quesitos a serem perguntados, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes. Todavia, a jurisprudência entende que, como o instituto da carta rogatória é de competência exclusiva do Poder Judiciário, somente se aplica ao processo judicial, mencionando a possibilidade de provocação mediante ofício dirigido à autoridade consular.

CPP - Art. 368. Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996)
Art. 783. As cartas rogatórias serão, pelo respectivo juiz, remetidas ao Ministro da Justiça, a fim de ser pedido o seu cumprimento, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes.

CPC - Art. 237. Será expedida carta:
II - rogatória, para que órgão jurisdicional estrangeiro pratique ato de cooperação jurídica internacional, relativo a processo em curso perante órgão jurisdicional brasileiro;

TRF da 2ª Região, Apelação Cível nº 381.707: "Ementa: A colheita de prova testemunhal realizada por autoridade consular e requerida mediante ofício não macula o processo administrativo disciplinar a ser por ela instruído, pois, em

> *se tratando de ato extrajudicial (Decretos 1.560/95 e 1.850/96), descabida a expedição de carta rogatória, para a qual seriam exclusivamente competentes as autoridades jurisdicionais."*

Descartada a possibilidade de emprego da carta rogatória, poderia se cogitar, como segunda opção, de buscar, por meio da autoridade instauradora, auxílio da autoridade consular brasileira no país estrangeiro. Neste caso, a comissão, ainda que com pouca possibilidade de sucesso, deve formular seus quesitos, ofertar à parte para que formule os seus e, mediante ofício, repassar a intimação e os quesitos à autoridade instauradora, mediante ofício, com solicitação de que esta encaminhe à Embaixada brasileira no país, na tentativa de que esta diligencie para a realização do ato. Mas a experiência não indica bons resultados neste caminho, pois a autoridade consular costuma alegar ausência de previsão para assim atuar a favor do Estado brasileiro no exterior.

Tampouco é pertinente buscar auxílio da Assessoria de Relações Internacionais (Asain), pois as competências regimentais desta unidade central se limitam à esfera tributária e aduaneira. Não obstante, contando com possibilidade de maior disponibilização diante da proximidade geográfica, na hipótese muito específica de o destinatário se encontrar nos Estados Unidos da América, na Argentina ou no Paraguai, pode-se tentar, por meio da autoridade instauradora, apoio dos respectivos Adidos Tributários e Aduaneiros da RFB, embora sejam tecnicamente vinculados à Asain, junto às Embaixadas do Brasil naqueles países. Neste caso, pode a autoridade instauradora remeter o ofício acima descrito à Adidância, para que esta, junto à Embaixada, diligencie para a realização do ato.

Por fim, na primeira opção efetivamente viável, resta priorizar a via virtual, caso se saibam os contatos da testemunha situada no exterior, tais como endereços eletrônicos institucional ou particular, serviços ou aplicativos de mensagens instantâneas e redes sociais de que porventura se tenha conhecimento, na forma preconizada pelo já reproduzido *caput* e pelo § 2º do art. 98 da PN CGU nº 27, de 2022. Como segunda opção viável, se é sabido seu endereço, pode a comissão lançar mão da tentativa de envio por via postal, usando da espécie de remessa postal mais segura e confiável que for disponível para o serviço necessário (a exemplo do *express mail service* - EMS, que é um serviço postal internacional para documentos e mercadorias, com prioridade de tratamento, encaminhamento e entrega sobre outros serviços postais, oferecido pelos operadores postais de cerca de 175 países membros da União Postal Universal - UPU, como é o caso da ECT). Como é o atual padrão de realização de oitiva até para testemunha no País, ainda com mais ênfase se afirma que a comissão deve comunicar ao residente no exterior a realização da prova por meio do aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams*.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 98.*
> *§ 2º O interessado, o representante legal e o seu procurador constituído devem informar e manter atualizados o endereço de correio eletrônico e o número de telefone móvel para os fins previstos no caput, sob pena de incorrer na conduta prevista no inciso XIX do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990.*

No caso de a testemunha estrangeira residente no País ou no exterior comparecer ao ato em território nacional para prestar sua prova oral, submete-se ao regramento pátrio, podendo, portanto, ser compromissada; na hipótese de não falar o português, pode-se adaptar o dispositivo da lei processual penal que prevê a designação de intérprete para traduzir as perguntas e respostas, nos termos do art. 233 do CPP.

> *CPP - Art. 233. Quando a testemunha não conhece a língua nacional, será nomeado intérprete para traduzir as perguntas e respostas.*

Especificamente quanto à notificação à defesa, não é necessário condicionar já ter entregue a intimação à testemunha para somente então notificar o acusado ou seu procurador acerca da oitiva. Na prática, o que ocorre é um prévio acerto (seja por meio virtual, telefônico

ou até mesmo presencial) entre os três polos atuantes na oitiva (comissão, testemunha e defesa). A comissão primeiramente deve buscar acertar uma data e um horário com a testemunha e, uma vez acertados, ato contínuo aos esforços para intimá-la, pode a comissão também diligenciar para notificar a defesa, com o prazo hábil de três dias úteis de antecedência, conforme determina o já reproduzido art. 41 da Lei nº 9.784, de 1999, para que, caso queira, acompanhe o ato. Este comando é reiterado no § 2º do art. 26 da mesma Lei. Pode-se ter também como referência alternativa, além do prazo de três dias úteis, o prazo de cinco dias corridos, previsto no *caput* do art. 24, também da mesma Lei acima citada.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.*
> *§ 2º A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento.*

Se, ao contatar a defesa para notificar, o acusado ou o procurador manifestar intenção de participar mas antecipadamente alegar relevante impossibilidade ou impedimento para estar participar naquela data e/ou horário, retoma-se o ciclo com novo contato com a testemunha, e tente acertar nova data e/ou horário, se isto for possível, até que se chegue a um agendamento que contemple todos e daí a comissão emite os respectivos atos de comunicação. Destaque-se que, havendo mais de um acusado, sendo a oitiva solicitada por um deles, deve-se notificar também os demais acusados, em atenção ao princípio da comunhão da prova. Conforme já aduzido em **4.3.6.3** e **4.4.3**, a ausência à oitiva de acusado (e/ou de seu procurador) regularmente notificado não impede a realização do ato, segundo a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GQ-37 e também conforme a doutrina.

> *Parecer AGU nº GQ-37, vinculante: "Ementa: O servidor envolvido na prática de infrações disciplinares, objeto de processo administrativo, há de ser notificado a respeito dos depoimentos das testemunhas, em consequência de o inquérito jungir-se ao princípio do contraditório."*
>
> *"O acusado, se o desejar, a tudo poderá estar presente, pessoalmente ou por intermédio de seu procurador. A sua presença não é, porém, obrigatória, nem invalida o depoimento, se ausente, desde que para o evento tenha sido notificado adequadamente. A ausência da notificação, esta sim, é que viciará o ato." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 145, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Qualquer ato de comunicação, gênero em que se incluem as notificações acerca da realização de prova testemunhal, pode ser entregue ao acusado ou ao seu procurador, desde que este possua poderes constituídos para tal, não sendo necessária a entrega a ambos. Este caráter alternativo da entrega da notificação da oitiva ao acusado ou ao seu procurador foi referendado pela manifestação da CGU, por meio da CGU/CCC, estampada no Enunciado CGU/CCC nº 10, de 2015, já reproduzido.

Prosseguindo na positivação da CGU, como consequência do princípio do prejuízo, o art. 104 da PN CGU nº 27, de 2022, assevera que, mesmo que haja algum defeito formal no ato de comunicação, a exemplo do não atendimento do prazo legal mínimo, de três dias úteis - e até mesmo a sua total inexistência -, o comparecimento espontâneo do acusado supre e supera o vício meramente formal.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 104. O comparecimento espontâneo do acusado em ato processual supre eventuais vícios formais relativos à comunicação de sua realização.*

4.4.4.2 - Cautelas no Início da Oitiva e Não Comparecimento da Testemunha

Poucos minutos antes do horário agendado para o início da oitiva, a comissão deve chamar os demais participantes (testemunho, acusado e seu procurador) para ingressarem no ambiente virtual onde será realizado o ato. Convém que o colegiado esteja logado em equipamentos da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), utilizando a rede institucional (sem prejuízo de lançar mão de segunda opção de utilizar celulares pessoais) e, da mesma forma como solicita aos demais participantes, é de se sugerir que todos os seus membros utilizem fone de ouvido e estejam em local reservado. Sendo o participante servidor ativo da RFB, recomenda-se que o chamamento para o ato seja feito por meio do seu perfil institucional no aplicativo de chamada em vídeo *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec), com o que automaticamente já se confirma sua identidade. Não sendo o participante servidor ativo da RFB, convém que o chamamento seja feito com o envio do *link* por meio de serviços ou aplicativos próprios para envio de mensagens instantâneas, a exemplo do *Whatsapp Business*, ou para o endereço de correio eletrônico pessoal (sendo o primeiro meio preferencial, pois, em geral, o destinatário recebe o *link* em seu celular e já acessa diretamente o aplicativo) e, neste caso, quando o participante externo abre o *link*, imediatamente o aplicativo informa ao criador da reunião o pedido de entrada e a comissão a autoriza.

Iniciada a sessão, o integrante da comissão previamente acertado para ficar mais dedicado às questões tecnológicas (que até pode ser o presidente) deve acionar a gravação e fazer testes de áudio e vídeo. Ato contínuo, o presidente da comissão deve informar a data e a hora em que se inicia a gravação, mencionar o número do processo, relembrar que todos devem manter suas câmeras abertas e focalizadas em seus rostos e identificar nominalmente cada um dos presentes, indicando a condição com que participa do ato e mencionando onde se encontra, a fim de atender o § 2º do art. 110 da Portaria Normativa (PN) CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022. Na hipótese de a defesa não se fazer presente na oitiva de testemunha, apesar de notificada, deve o presidente verbalizar este fato. Nos casos de depoente e de acusado que não sejam servidores ativos da RFB e também para o procurador, deve o colegiado solicitar, apenas no primeiro ato de que participem, que apontem seu documento de identidade para a câmera, a fim de certificar sua identificação.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 110.*
> *§ 2º O registro nominal e individualizado da presença de cada um dos participantes na gravação dispensa as suas assinaturas na ata de audiência.*

Uma vez que somente podem acompanhar a oitiva pessoas efetivamente interessadas no ato, tais como o acusado, o seu procurador e a testemunha, caso este depoente se faça presente com um acompanhante qualquer, não se deve permitir a participação de tal pessoa estranha à lide. Todavia, na hipótese de a testemunha apresentar especificamente um advogado para acompanhá-la, embora se saiba a necessária reserva com que se deve tratar o acesso aos atos processuais disciplinares e o depoente não integrar o polo passivo, à luz das prerrogativas dispostas na Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB), não assiste poder à comissão para obstruir a presença deste profissional, mesmo que a pedido do acusado. O advogado da testemunha, porventura presente, deve se submeter ao mesmo critério de identificação já descrito (apontando seu documento de identidade para a câmera), não tem direito a formular perguntas e tem atuação limitada a verificar a regularidade formal do ato e a proteger direitos fundamentais de seu constituinte, conforme também entende a doutrina.

> *"Se a testemunha se fizer acompanhar por seu advogado, o presidente da comissão pode exigir apresentação de instrumento hábil de mandato. Na hora do depoimento, adverte-se que o advogado da testemunha não pode interferir nas perguntas e nem reinquiri-la. Sua presença serve apenas para garantir a tranquilidade da testemunha, sendo inócua para a comissão." Adriane de*

Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pgs. 328 e 329, Editora Fórum, 1ª edição, 2007

Tendo sido a testemunha regularmente intimada, na hipótese de a mesma não atender o chamado da comissão para adentrar no ambiente virtual na data e horário aprazados, após ter-se renovado tentativas de chamada e aguardado por um prazo razoável, de, no mínimo, trinta minutos (aqui a mero título de exemplo) e esgotada a possibilidade de participação ainda que intempestiva, deve-se registrar o incidente em termo de não comparecimento.

É de se reconhecer que a indicação de trinta minutos, feita acima, não encontra definição quantitativa em norma. Na ausência de base que estabeleça este tipo de tolerância, trata-se apenas de uma referência inicial, possível de ser adotada ou alterada a cada caso pela comissão, baseada no bom senso em função de eventuais imprevistos ou dificuldades com o emprego dos recursos tecnológicos envolvidos. Obviamente, se, no curso do prazo de tolerância aprioristicamente adotado, a testemunha mantém algum contato com a comissão solicitando extensão do limite de espera e justificando de forma plausível o motivo de atraso, convém que a comissão aquiesça e permita a postergação do início do ato, dentro de limites de razoabilidade.

Partindo do pressuposto da coerência, em que a realização da oitiva decorreu da consideração de sua importância para o processo, é de se recomendar que a comissão intime novamente a testemunha, desta feita já fazendo constar do termo o destaque de que o depoimento é relevante para o interesse público e a advertência de que o não comparecimento poderá implicar, pelo menos em tese, se servidor, em inobservância do dever funcional de ser leal à instituição a que serve, previsto no inciso II do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; e se particular, em crime de desobediência, previsto no art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP) e também mencionado no art. 219 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), na linha jurisprudencial, conforme se aduziu em **4.4.1.3**, a cuja leitura se remete. Acrescente-se que, mesmo se tratando de servidor regularmente intimado a testemunhar, não há previsão legal para condução coercitiva e forçada para quem quer que seja depor em via administrativa disciplinar, conforme aponta a doutrina.

CP - Desobediência
Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público:
Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

CPP - Art. 219. O juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no art. 453, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência.

TRF da 5ª Região, Apelação Criminal nº 4543: "Ementa: II. A notificação expedida por Conselho Regional de Medicina para o comparecimento em audiência, na qualidade de testemunha em processo disciplinar, está incluída no conceito de 'ordem legal de funcionário público' previsto no art. 330 do CP. IV. Não se aplica o princípio da bagatela ou insignificância penal ao crime de desobediência em análise, visto que o réu demonstrou ânimo de iludir entidade 7paraestatal no curso de processo disciplinar. Compatibilidade entre a gravidade da conduta e a pena aplicada."

"Para o funcionário público, o servir como testemunha em processo disciplinar, que corre na esfera de governo a que pertence, constitui dever funcional, cujo descumprimento, embora não dê ensejo a sua condução forçada, por falta de amparo legal, o sujeita à punição de natureza disciplinar." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 185 e 186, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005

> *"Para o servidor público, constitui dever funcional prestar declarações e depor em processo disciplinar. A negativa de comparecimento, desacompanhada de justificativa aceitável, perante a comissão processante, pode sujeitar o infrator à punição. Todavia, não poderá ser conduzido a depor, coercitivamente, como ocorre em juízo." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 160, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Configurada a ausência injustificada da testemunha (seja servidor ou particular, embora a experiência aponte ser mais comum o particular incorrer nesta falta que o servidor), após inequívoco recebimento da intimação, à vista da indisponibilidade do interesse público, pode a comissão avaliar, muito criteriosamente, a possibilidade de encaminhar representação administrativa em face do servidor, pela conduta de deslealdade institucional, ou representação penal em face do particular, pelo crime de desobediência, previsto no art. 330 do CP.

Neste segundo caso excepcional de se levar adiante a representação penal, o roteiro para tal peça se encontra no art. 3°, no *caput* do art. 5° e no *caput* e nos §§ 1° a 3° do art. 17, todos da Portaria RFB n° 1.750, de 12 de novembro de 2018, que determinam que a representação seja encaminhada ao Ministério Público Federal (MPF), via titular da unidade (ou seja, o Chefe do Escritório de Corregedoria - Escor ou o Corregedor).

> *Portaria RFB n° 1.750, de 2018 - Art. 3º A representação para fins penais referente a fatos que configuram, em tese, crimes contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional ou contra administração pública estrangeira, de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos e de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, deverá ser formalizada por servidor da RFB perante o titular da unidade à qual estiver vinculado.*
> *Art. 5º A representação fiscal para fins penais referente a fatos que configuram, em tese, crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, ou crimes contra a Previdência Social definidos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), deverá conter:*
> *I - a identificação das pessoas físicas a quem se atribua a prática do delito penal, da pessoa jurídica autuada e, quando couber:*
> *a) das pessoas que possam ter concorrido ou contribuído para a prática do ilícito, mesmo que por intermédio de pessoa jurídica; e*
> *b) dos gerentes ou administradores de instituição financeira que possam ter concorrido para abertura de conta ou movimentação de recursos sob nome falso, em nome de pessoa física ou jurídica inexistente ou de pessoa jurídica liquidada de fato ousem representação regular;*
> *II - a descrição dos fatos caracterizadores do ilícito penal e o seu enquadramento legal; e*
> *III - a identificação das pessoas que possam ser arroladas como testemunhas, assim consideradas aquelas que tenham conhecimento do fato ou que, em razão de circunstâncias a ele relacionadas, deveriam tê-lo.*
> *Art. 17. A representação para fins penais referente a fatos que configuram, em tese, crimes de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos, previstos nos arts. 293, 294 e 297 do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 (Código Penal), crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores definidos no art. 1º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e crimes contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional e contra administração pública estrangeira, deverá ser formalizada e protocolizada por servidor da RFB no prazo de 10 (dez) dias, contado da data em que este tiver ciência do fato.*
> *§ 1º A representação para fins penais de que trata o caput deverá ser encaminhada pelo titular da unidade responsável pela formalização da representação ao órgão do MPF competente para promover a ação penal no prazo de 10 (dez) dias, contado da data de sua protocolização. (Redação dada*

pela Portaria RFB nº 199, de 13 de julho de 2022)
§ 2º O encaminhamento a que se refere o § 1º deverá ser feito ainda que eventual representação fiscal para fins penais com ela conexa não tenha sido remetida ao órgão do MPF por estar pendente de julgamento.
§ 3º A representação para fins penais deverá conter os elementos de que trata o caput do art. 5º, cujas disposições a ela se aplicam, no que couber.

4.4.4.3 - A Gravação da Oitiva de Testemunha

A abordagem introdutória da questão da gravação da prova oral no processo disciplinar, decerto, coloca em confronto a literalidade do *caput* do art. 158 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com dispositivos de outros diplomas legais processuais de instância judicial, tanto civil quanto penal.

De um lado, o *caput* do art. 158 do Estatuto estabelece que as oitivas de testemunhas em processo disciplinar devem ser prestadas oralmente e materializadas como prova juridicamente válida por meio da redução a termo nos autos, com a elaboração de termo de oitiva.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 158. O depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo, não sendo lícito à testemunha trazê-lo por escrito.

Acrescente-se que este comando legal sempre se harmonizou com a sistemática adotada pela Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que, como primeira fonte legal a ser subsidiariamente aplicada à Lei nº 8.112, de 1990, regulamenta o processo administrativo em âmbito federal. E o § 1º do art. 22 desta Lei determina que os atos do processo devem necessariamente observar a forma escrita.

Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 22.
§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.

De outro lado, mencione-se que, em consonância com o comando encartado no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal (CF) - que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação -, outros sistemas processuais já reconhecem de forma legalmente positivada a gravação como um meio possível de propiciar celeridade processual. Assim, já desde a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no § 3º do seu art. 13, se pode extrair a incipiente a possibilidade de gravação de atos instrucionais. De forma consentânea, a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, no parágrafo único do art. 8º, admitiu o emprego de meios eletrônicos e de informatização no processo judicial, empregando-se arquivos digitais, mas condicionando a prática de atos processuais por meio eletrônico ao uso de assinaturas eletrônicas. Também o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), tanto ao disciplinar o procedimento comum, nos §§ 1º e 2º do seu art. 405, quanto ao dispor do processo da competência do júri, no art. 475, passou a prever a possibilidade de registro das provas orais por meio audiovisual. E, por fim, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), no *caput* do seu art. 460, faculta às partes gravarem os depoimentos de testemunhas.

Lei nº 9.099, de 1995 - Art. 13.
§ 3º Apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão.

Lei nº 11.419, de 2006 - Art. 8º

> *Parágrafo único. Todos os atos processuais do processo eletrônico serão assinados eletronicamente na forma estabelecida nesta Lei.*
>
> *CPP - Art. 405.*
> *§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2 de junho de 2008).*
> *§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).*
> *Art. 475. O registro dos depoimentos e do interrogatório será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008)*
> *Parágrafo único. A transcrição do registro, após feita a degravação, constará dos autos. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)*
>
> *CPC - Art. 460. O depoimento poderá ser documentado por meio de gravação.*

Verifica-se então que, de um lado, com a ostensiva disponibilização de seguras e acessíveis ferramentas tecnológicas, o Poder Judiciário, ainda que responsável por instâncias processuais requeredoras de forte formalismo (sobretudo o processo penal), adotou de forma praticamente integral não só o processo eletrônico, conforme já aduzido em **4.3.11.10**, como também a realização e a autuação de provas orais mediante a anexação de arquivos de vídeo. A despeito da inércia do legislador ordinário (o mesmo que atualizou os códigos processuais) em deixar desatualizada as Leis nº 8.112, de 1990, e 9.784, de 1999, de outro lado, não seria eficiente e razoável a Administração manter-se limitada àquelas defasadas literalidades.

No contexto iniciado com a maciça adoção também na instância administrativa do processo digital, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), determinado pela Ordem de Serviço Coger nº 1, de 3 de junho de 2015, e sedimentado pela praticamente integral adesão de servidores do sistema correcional da RFB ao programa de gestão na modalidade de teletrabalho disciplinado internamente pela Portaria RFB n° 2.383, de 13 de julho de 2017, e estendido ao processo de trabalho correcional pela Portaria RFB n° 390, de 21 de fevereiro de 2019, com a atualização promovida pela Portaria RFB nº 390, de 21 de fevereiro de 2019, mais do que se pavimentar, tornou-se mesmo imperioso que o processo disciplinar avançasse para a padronização instrumental de suas provas orais passar a serem coletadas e autuadas mediante aplicativos de chamadas em vídeo, a exemplo do *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec).

Assim, a Controladoria-Geral da União (CGU), por intermédio da Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG), na condição de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), primeiramente, atualizou a sua Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 12, de 1º de novembro de 2011. Desde sua redação original, o *caput* do seu art. 1º e o seu art. 2º permitiam a "tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real", bem como a realização de "audiências e reuniões" sob o mesmo formato. Em primeiro momento, à época da edição daquela norma, visava-se a autorizar uso de videoconferência no sentido estrito do termo, o que já significou um grande avanço instrumental. Na atualização promovida pela IN CGU/CRG nº 5, de 21 de fevereiro de 2020, avançou-se ainda mais na flexibilização instrumental, ao se ter permitido, ou melhor, ao se ter determinado mesmo, na nova redação do *caput* do art. 7°, a dispensa de registro em ata, ou

seja, da redução a termo da prova oral, estabelecendo que se deve apenas autuar o arquivo de vídeo gravado no curso do ato.

Estes comandos normativos se acham atualizados e consolidados no *caput* do art. 106 e no *caput* do art. 110, ambos da Portaria Normativa (PN) CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022, com a redação fazendo remissão a "tomada de depoimentos... por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real". Ademais, o *caput* e o inciso I do art. 107 da mesma norma estruturante do órgão central do SisCor refletem a preocupação que o legislador já havia tido, nas alterações legais acima sintetizadas, com a exigência constitucional da duração razoável do processo.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 106. A tomada de depoimentos será realizada, preferencialmente, por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa.*
> *Art. 107. Nos procedimentos investigativos e processos correcionais, a realização de audiência por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real deverá:*
> *I - assegurar a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação; e*
> *Art. 110. O registro audiovisual gerado em audiência deverá ser juntado aos autos, sem necessidade de transcrição em ata, sendo disponibilizado à defesa o acesso ao seu conteúdo ou à respectiva cópia.*

Afinal, conforme se descreverá em **4.4.4.5**, além e acima da mera literalidade positivada, assegura-se que tanto o mais sagrado direito em favor da defesa na fase da instrução processual, qual seja, de contraditar as provas produzidas, quanto a oficialidade que impulsiona a isenta busca da verdade processual restam completamente satisfeitos com esta instrumentalidade eficiente razoável. Em apertada síntese, nas provas orais em processo disciplinar, a comissão processante verbaliza ao depoente (à testemunha, no caso) as perguntas, a fim de também serem respondidas oralmente, mantendo-se a íntegra e a espontaneidade do que foi dito por cada agente, e, antes da dispensa dos participantes, deve-se fazer breve verificação da qualidade dos registros de vídeo e, ao final, o arquivo deve ser arquivado e preservado no processo eletrônico, ao qual a defesa terá amplo acesso.

Com tal procedimentalização, assegura-se que, nas provas orais em processo disciplinar, o arquivo gravado retrata com realidade e fidedignidade o que ocorreu no ambiente virtual e reflete a espontaneidade das verbalizações, sem os antigos inconvenientes de a redução a termo gerar controvérsias acerca do que efetivamente foi dito pelo depoente e de fazer com que qualquer prova oral demorasse longo período de tempo. Este arquivo de vídeo é então o elemento de prova necessário e ao mesmo tempo suficiente para, em aspectos tanto formais quanto materiais, se harmonizar com a mais moderna e eficiente base principiológica reitora da processualística disciplinar.

Acrescente-se ainda que não há que se falar em a comissão ter de transcrever integralmente o que foi verbalizado. O arquivo de vídeo por si só supre a necessidade de instrução dos autos em vista da verdade processual. Obviamente, o acima exposto não impede que a comissão faça resumo parcial, registrando com suas próprias palavras o que depreendeu de trechos mais relevantes, com indicação do tempo em que se encontram no arquivo de vídeo, para fins de indiciação e relatório, por exemplo (sem se preocupar em transcrever literalmente, para deixar bem demarcado que, *a priori*, salvo dificuldade técnica, não mais há a elaboração de termo de oitiva de testemunha).

Como a prova oral deixou de ser necessariamente reduzida a termo, dispensando-se que a oralidade seja transcrita, a sua validade, em termos de cadeia de custódia, está condicionada apenas à juntada e à preservação na íntegra do arquivo de vídeo (a existência,

ou não, de transcrição não assegura e nem prejudica a preservação da cadeia de custódia). Para este fim, deve-se proceder à devida custódia da íntegra do arquivo de vídeo, para suprir eventual pedido de acesso por parte da defesa. A quebra da cadeia de custódia neste caso se dá com a não preservação da íntegra do arquivo de vídeo ou com a detecção de algum tipo de corrompimento, ainda que pontual, que impeça que o procedimento de coleta seja totalmente revisto, importando na necessidade de refazimento da prova.

Aqui, o principal objetivo é uniformizar a condução pela comissão do ato em si da prova oral, em seus aspectos jurídicos. Não há intenção de impor a forma pela qual cada colegiado, de acordo com a sua própria experiência no uso de ferramentas tecnológicas de informatização processual, autua os arquivos de vídeo como arquivos não pagináveis no Sistema e-Processo. Esta questão é importante porque as gravações de provas orais resultam em arquivos de vídeo de grande tamanho, ao passo que o Sistema e-Processo somente permite anexação de arquivos não pagináveis já compactados que não excedam 150 Mb, o que não comporta os arquivos em tela, e as diferentes maneiras possíveis de contornar esta limitação tecnológica apresentam vantagens e desvantagens.

Neste ponto, cabe o desdobramento para apresentar ao menos três formas possíveis de a comissão realizar a gravação do ato e, em seguida, quando necessário, compactar os arquivos (ou arquivo) de vídeo, a fim de atender a limitação tecnológica para autuar arquivos não pagináveis no Sistema e-Processo de até 150 Mb, podendo o colegiado adotar aquela que se sente mais confortável e seguro para procedimentalizar. Em geral, arquivos de vídeo decorrentes de gravação de provas orais ultrapassam aquele limite de tamanho, sendo comum, então, ter de se utilizar algum dos procedimentos adiante descritos. Não obstante, a autuação fica mais simples se porventura o arquivo de vídeo gravado, em sua íntegra, totalizar menos de 150 Mb.

Na primeira possibilidade, de mais simples execução, a comissão fragmenta manualmente a gravação do ato em trechos de duração regular, a fim de ter arquivos de vídeo com tamanho que atenda aquele limite e, com isto, possam ser facilmente autuados como arquivos não pagináveis, mediante apenas o método de compactação simples, adiante descrito. Esta procedimentalização apresenta as vantagens de não exigir que a comissão tenha de empregar o método de compactação particionada, mais adiante também descrito, e sobretudo dispensa a habilidade técnica e a posse de aparato tecnológico de parte dos demais participantes para baixar (fazer o *download*) e descompactar arquivos não pagináveis a fim de poderem assistir à gravação; de facilitar o envio dos arquivos de vídeo a eventual acusado sem acesso ao Sistema e-Processo; e, em caso de ocorrer qualquer incidente em determinada passagem do ato, de facilitar seu saneamento com o refazimento de apenas um trecho. Assim, nas verbalizações iniciais já expostas, ao informar que o ato será gravado, ato contínuo, também deve a comissão informar que as gravações serão brevemente interrompidas a intervalos em torno de vinte minutos (que, em geral, geram arquivos de vídeo que atendem àquela limitação de tamanho). Consequentemente, desde o início do ato, deve a comissão manter-se atenta para sucessivas contagens regressivas de cerca de vinte minutos a fim de, mediante aviso prévio aos participantes, interromper brevemente a gravação. Esta duração de cerca de vinte minutos é uma referência, não devendo ser vista como um limite fatal e determinado, uma vez que, obviamente, cabe à comissão avaliar o melhor momento de fazer a breve interrupção, sem interferir no meio de uma resposta ou sem impedir a inclusão de perguntas não planejadas em razão de rumos imprevistos que as respostas do depoente possam tomar.

Outra possibilidade é a comissão gravar na íntegra todo o ato, sem efetuar interrupções manuais. Mas, uma vez que é gerado um arquivo de vídeo único de grande tamanho, antes de autuá-lo como arquivo não paginável, esta forma de gravar na íntegra desdobra-se em duas outras possibilidades de se suceder com a necessária compactação.

Assim, na segunda possibilidade, de mais segura execução sob aspecto tecnológico, após a gravação na íntegra, compacta-se o arquivo de vídeo, ao mesmo tempo em que já indica o tamanho em que o aplicativo *7-Zip* (que é um programa de compactação de arquivos em geral homologado pela Cotec) deve automaticamente particioná-lo (com 140 Mb, por exemplo, para atender àquele limite tecnológico para a autuação dos arquivos não pagináveis). Esta procedimentalização apresenta as vantagens de dispensar a comissão de atentar para o transcurso dos intervalos de cerca de vinte minutos e de assegurar que a compactação particionada gerará arquivos de vídeo já compactados e possíveis de serem autuados no Sistema e-Processo com exatamente 140 Mb (esta precisa delimitação de tamanho não se assegura quando apenas se atenta para um determinado limite temporal de interrupção manual da gravação, visto que cada equipamento - câmera por exemplo - pode apresentar diferentes configurações e recursos que importem em gerar arquivos mais ou menos extensos ainda que com duração similar. Sua principal desvantagem está na necessidade de que os demais participantes detenham habilidade técnica e aparato tecnológico para baixar (fazer o *download*) e descompactar arquivos não pagináveis a fim de poderem assistir à gravação.

E, na terceira possibilidade, também após a gravação na íntegra, utiliza-se o aplicativo *HandBrake* (que é um programa de compactação de arquivos de vídeo sem perda de qualidade aparente, homologado pela Cotec, mas que necessita de solicitação para ser instalado), a fim de diminuir o tamanho do arquivo de vídeo ao ponto de atender ao limite de 150 Mb. Em poucas palavras, seleciona-se uma combinação de resolução (dentro de uma lista pré-definida) e de ajuste manual de qualidade (por meio de um controle deslizante, automaticamente ajustado em 22 e que, quanto maior o valor escolhido, menor será a qualidade e, consequentemente, o tamanho do novo arquivo de vídeo a ser gerado) para gerar um outro arquivo de vídeo único, com tamanho inferior a 150 Mb. Esta alternativa à compactação particionada do aplicativo *7-Zip* também apresenta a vantagem de dispensar a comissão de atentar para o transcurso dos intervalos de cerca de vinte minutos, mas não assegura que a combinação selecionada de parâmetros gerará um arquivo de vídeo cabível na limitação tecnológica do Sistema e-Processo para sua autuação e consome certo tempo e exige alguma experiência de parte do usuário com o programa para chegar a uma combinação de tamanho e de qualidade adequada.

Acrescente-se que, a critério da comissão, pode-se ativar o recurso da transcrição automática em português do aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams*, caso o colegiado considere que o emprego desta ferramenta pode facilitar seus trabalhos quando da confecção da indiciação e do relatório, sendo certo que esta transcrição, caso ativada, não deve ser juntada aos autos, conforme já se expôs que não cabe transcrição integral da prova oral gravada. Deve-se apenas atentar para o detalhe de alterar a transcrição automática em inglês para o português.

Inequivocamente, o já reproduzido *caput* do art. 106 da PN CGU nº 27, de 2022, estabeleceu como padrão preferencial a coleta de provas orais por meio de aplicativo de chamadas em vídeo, a exemplo do *Microsoft Teams*, com gravação do ato em arquivo de vídeo. Esta passou a ser a predisposição inicial recomendada pela CGU, como uma espécie de *défault* para este meio de prova, em louvável esforço no intuito de simplificar com segurança jurídica a aplicação da processualística disciplinar. Mas, obviamente, o órgão central do SisCor não impôs a todas as unidades setoriais de correição e a todas as comissões e em todos os processos disciplinares em curso, dos mais díspares órgãos e marcadas por heterogêneas realidades em termos de infraestrutura, que somente passa a ser viável usar o registro gravado do ato.

A CGU, à vista da plausibilidade de a maioria das unidades setoriais de correição já dispor de aparato tecnológico para tal, ofertou e até mesmo recomendou uma faculdade,

enriquecendo a processualística disciplinar com uma possibilidade instrumental que, mais que aceita, passou a ser adotada como o padrão de autuação das provas orais. O *caput* do art. 106 da PN CGU nº 27, de 2022, estabeleceu uma construção propositiva, recomendando a preferência pela hipótese de se registrar o ato de coleta de prova oral em formato audiovisual, caso assim possa proceder a comissão, dependendo de condições logísticas no órgão, se autodispensando da tarefa de reduzir a termo, desde que autue o arquivo de vídeo, preservando a cadeia de custódia, e que propicie amplo acesso à defesa.

Mas é de destacar que, em lugar de uma redação inequivocamente impositiva e determinística, a PN CGU nº 27, de 2022, manteve a previsão normatizada de a prova oral ser materializada nos autos por meio da elaboração de termo de oitiva de testemunha, mediante redução a termo de tudo o que se diz e de tudo que ocorre no curso do ato. Caso não seja possível a gravação do ato em arquivo de vídeo e/ou não seja possível o seu armazenamento com a devida preservação da cadeia de custódia, o art. 111 da norma permite a tradicional redução a termo, a ser rubricado e assinado por todos os participantes. É importante se deixar registrado que, a despeito de todo o incentivo normativo, gerencial e estratégico para que a coleta de prova oral se dê da forma atualmente mais célere e simplificada, caso, por qualquer questão logística ou jurídica, uma determinada comissão em determinado processo disciplinar ou até mesmo organicamente uma unidade setorial de correição tenha de optar pela coleta em moldes tradicionais com elaboração de termo de oitiva de testemunha, jamais se estará cometendo qualquer espécie de ilegalidade, posto que a Lei nº 8.112, de 1990, ainda preserva o registro das provas orais por meio da redução a termo, no *caput* do art. 158 e no *caput* do art. 159, tanto para provas testemunhais quanto para interrogatórios de acusados.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 111. Não sendo possível o registro audiovisual e o seu armazenamento, o depoimento será reduzido a termo com elaboração do termo de depoimento.*
> *Parágrafo único. O termo de depoimento deve ser redigido de forma clara, concisa e objetiva, sem rasuras ou emendas, sendo ao final assinado pelos depoentes, pelo procuradores e pelos membros da comissão e rubricado em todas as suas folhas.*

4.4.4.4 - Arguições Preliminares da Oitiva de Testemunha

4.4.4.4.1 - Alertas sobre Proteção de Dados Pessoais

Iniciada a sessão, deflagrada a gravação e já com todos os participantes identificados, de imediato, deve a comissão informar que, com base no *caput* do art. 106 e no *caput* do art. 110, ambos da Portaria Normativa (PN) CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022, a oitiva será realizada "*por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real*" e gravada em arquivo de vídeo, a ser armazenado (ou seja, custodiado) pela unidade de correição nos autos do processo em curso, e que, ao final do ato, antes de os participantes serem dispensados, será realizada rápida verificação da qualidade dos registros de áudio e de vídeo.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 106. A tomada de depoimentos será realizada, preferencialmente, por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa.*
> *Art. 110. O registro audiovisual gerado em audiência deverá ser juntado aos autos, sem necessidade de transcrição em ata, sendo disponibilizado à defesa o acesso ao seu conteúdo ou à respectiva cópia.*

Na sequência, conforme exposto em **2.5.6.2.4.b** e em **4.4.1.2**, na oitiva de testemunha,

como um ato instrucional que requer a participação de terceiro que não o acusado, seja servidor ou não, deve a comissão acrescentar em sua dicção inicial duas informações, acerca de dados pessoais seus eventualmente autuados, em atenção à Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), nos termos determinados pelo § 2º do art. 106 da PN CGU nº 27, de 2022. A primeira informação é de que, em razão do agir da unidade de correição em cumprimento de obrigação legal, amparada no inciso II do art. 7º, combinado com os incisos I e XVI do art. 5º - ou amparada na alínea "a" do inciso II do art. 11, combinada com os incisos II e XVI do art. 5º, se for o caso de se tratar de dados pessoais sensíveis -, e no *caput* do art. 26, todos da Lei nº 13.709, de 2018, para o que se dispensa consentimento de parte do titular, não só o tratamento de dados pessoais, com as devidas proteções legais, é autorizado como também há possibilidade de compartilhamento dos termos, imagens, áudios e vídeos do ato com outros processos disciplinares, com processos administrativos de responsabilização de pessoal jurídica (PAR) no âmbito da própria Corregedoria ou com outras subinstâncias internas da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB, tais como de fiscalização ou de controle aduaneiro ou de gestão de pessoas) ou com instâncias externas administrativas (como, por exemplo, a Controladoria-Geral da União - CGU ou a Advocacia-Geral da União - AGU) ou judiciais (penal e civil, por exemplo). A segunda informação é de que, nos termos do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, do *caput* do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, e do *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a cláusula do sigilo que acoberta os documentos preparatórios utilizados como fundamento de tomada de decisão (como são os documentos da fase de inquérito administrativo) é retirada com a edição do ato decisório respectivo (a decisão final do processo disciplinar).

> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º*
> *§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.*
>
> *Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão.*
>
> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.*
>
> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:*
> *I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;*
> *II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;*
> *XVI - uso compartilhado de dados: comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados;*
> *Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:*
> *II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;*
> *Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:*
> *II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:*

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
Art. 26. O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei.

PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 106.
§ 2º A utilização de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o registro audiovisual e o seu armazenamento devem observar os princípios e diretrizes relacionados à segurança da informação para o tratamento de dados.

Por fim, também cabe o colegiado admitir ao depoente, caso este solicite acesso ao registro do ato, que eventual emprego indevido pode acarretar responsabilização, da mesma forma que ao acusado e ao seu procurador, que possuem acesso garantido, mas apenas para uso exclusivo em favor da defesa nos autos.

4.4.4.4.2 - Suspeição e Impedimento da Testemunha

A seguir, em função das possíveis ligações entre pessoas, antes de se tomar a prova oral, com o fim de aquilatar o seu grau de isenção, a comissão deve fazer à testemunha o questionamento de impedimento e de suspeição, empregando, subsidiariamente à Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (especificamente ao § 2º do seu art. 149), as definições da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e o rito do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP).

Pergunta-se à testemunha se ela se considera enquadrada em alguma das hipóteses legais de impedimento e de suspeição. Tal questionamento deve ser feito de forma detalhada, expondo cada possiblidade daqueles dois incidentes, não cabendo apenas perguntar se a testemunha se considera impedida ou suspeita em face do acusado, visto ser bastante plausível que este depoente sequer saiba as hipóteses que maculam sua isenção para depor. Acerca das hipóteses de impedimento, a comissão deve perguntar se a testemunha é cônjuge, companheiro, parente ou afim até o terceiro grau do acusado; se tem interesse direto ou indireto na matéria; se participou ou se participará como procurador ou defensor, ou se tais situações ocorrem quanto ao seu próprio cônjuge, companheiro ou parentes e afins até o terceiro grau; se está litigando judicial ou administrativamente com o acusado ou com seu respectivo cônjuge ou companheiro. Acerca das hipóteses de suspeição, a comissão deve perguntar se a testemunha tem amizade íntima ou inimizade notória com o acusado ou com seu respectivo cônjuge, companheiro, parentes ou afins até o terceiro grau.

Sendo negativas as respostas, pode optar-se pela convenção de verbalizar, para deixar registrado na gravação, apenas “Aos costumes, disse nada”, pois, tecnicamente, aquelas perguntas são referidas como “falar aos costumes”. De se registrar que o impedimento legal recai sobre o cônjuge, mas não contra o ex-cônjuge, de forma que, tão somente por esta condição, este não é impedido de testemunhar, podendo, todavia, por outro motivo, restar impedido (interesse na matéria) ou suspeito (amizade íntima ou inimizade notória), conforme já foi melhor detalhado em **4.4.2**.

O simples fato de ter atuado como representante ou como denunciante, por si só, não desqualifica este depoente de prestar prova oral na condição de testemunha, pois o cumprimento do dever legal de levar ao conhecimento da Administração o suposto cometimento de irregularidade não se confunde com a hipótese tratada no inciso I da Lei nº 9.784, de 1999, de ter interesse direto ou indireto na matéria tratada no processo disciplinar. Em outras palavras, *a priori*, a menos de outras causas de perda de isenção e imparcialidade, o representante e o denunciante são intimados a depor como testemunhas. Por outro lado, o fato

de a pessoa que se quer ouvir estar respondendo a inquérito policial ou ação penal ou ação civil (de improbidade, por exemplo) pelo mesmo fato objeto do processo disciplinar o impede de ser inquirido como testemunha, por ter interesse direto ou indireto na matéria, podendo participar na condição de declarante.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 149.*
> *§ 2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.*
>
> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:*
> *I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;*
> *II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;*
> *III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.*
> *Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.*
>
> *TRF da 1ª Região, Apelação Cível nº 1998010007622401: "Ementa: 1. O art. 405, § 2º, I, do CPC, não inclui no rol dos impedidos de testemunhar o ex-cônjuge, razão pela qual não cabe ao julgador fazer distinção ou impor restrição quando a própria lei não faz. Agravo retido rejeitado."*

Releva destacar que a Lei qualificou como íntima a amizade e notória a inimizade, de forma que, em regra, simples relação de coleguismo, ou sua ausência, decorrente do contato profissional cotidiano, não configura a vinculação qualificada prevista como suspeita.

4.4.4.4.3 - Compromisso com a Verdade e Falso Testemunho

Não tendo a testemunha alegado qualquer suspeição ou impedimento, prossegue-se o ato com a comissão tomando-lhe o compromisso com a verdade, alertando-a sobre a incursão no crime de falso testemunho, previsto no art. 342 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), aplicável não só ao processo penal mas também ao processo administrativo, no caso de falsear, negar ou calar a verdade, ressalvando, obviamente, a garantia constitucional de desobrigação de responder o que avalie fazer prova contra si mesmo e autoincriminá-lo, conforme também estabelecem os arts. 203 e 210 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e o art. 457 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) e o entendimento jurisprudencial. Cabe também ao colegiado alertar a testemunha sobre a possibilidade de retratação ao longo do processo, sem punição.

> *CP - Falso testemunho*
> *Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial ou em juízo arbitral:*
> *Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa*
> *§ 2º O fato deixa de ser punível, se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.*
>
> *CPP - Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as*

> *razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.*
> *Art. 210. As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho.*
>
> *CPC - Art. 457. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarará ou confirmará seus dados e informará se tem relações de parentesco com a parte ou interesse no objeto do processo*
>
> *STF, Inquérito nº 3.983: "Embora a denunciada tenha sido ouvida na condição de testemunha, assumindo o compromisso de dizer a verdade, consta do termo de depoimento que ela foi informada de que estavam ressalvadas daquele compromisso 'as garantias constitucionais aplicáveis'. Logo, foi a ela conferido o direito de não responder a perguntas cujas respostas pudessem eventualmente acarretar sua autoincriminação."*

A aquilatação, por parte da comissão, da inexistência de hipótese de impedimento ou de suspeição e o consequente alerta acerca do comprometimento com a verdade ou, ao contrário, a detecção de algum grau de contaminação de parte do depoente e a dispensa do tal comprometimento são cautelas fundamentais e devem ficar registradas no arquivo de vídeo a ser autuado, pois a sua ausência pode suscitar de a defesa posteriormente alegar nulidade do ato, arguindo suposta coação sobre a testemunha, sobretudo quando seu depoimento lhe é contrário. De forma óbvia, a simples ausência destas providências prévias não eiva de nulidade automática a oitiva, já que, à luz do princípio do prejuízo, tal inquinação somente se configura com efetivo prejuízo à defesa e não mediante apenas defeito formal. Mas cabe a comissão sequer propiciar riscos para a higidez do ato cuidando de assim agir preventivamente.

Para a configuração do crime de falso testemunho, passível de cometimento tanto por servidor quanto por particular, faz-se necessário que a informação falseada, negada ou calada seja absolutamente relevante para o deslinde do processo disciplinar, não se justificando se cogitar desta tipificação penal em virtude de elementos que não influenciam no esclarecimento do fato ou na decisão. Ademais, em que pese o crime de falso testemunho poder ser considerado configurado já ao fim da prova oral, mesmo em casos extremos de relevância em que excepcionalmente se justificaria a representação penal, convém que a comissão aguarde o fim de seus trabalhos para representar ao Ministério Público Federal (MPF), tendo em vista a previsão legal de retratação. Não obstante, se a materialidade do crime se configura já no curso da própria prova oral, deve a comissão advertir o depoente desta ocorrência; se a materialidade do crime se configurar à vista de novas provas já após a prova oral, deve a comissão dar imediata ciência àquele que depôs em falso. No caso extremado de se levar adiante a representação penal, o roteiro para tal peça se encontra no art. 3°, no *caput* do art. 5° e no *caput* e nos §§ 1° a 3° do art. 17, todos da Portaria RFB n° 1.750, de 12 de novembro de 2018, que determinam que a representação seja encaminhada ao MPF, via titular da unidade (ou seja, o Chefe do Escor ou o Corregedor).

> *Portaria RFB n° 1.750, de 2018 - Art. 3º A representação para fins penais referente a fatos que configuram, em tese, crimes contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional ou contra administração pública estrangeira, de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos e de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, deverá ser formalizada por servidor da RFB perante o titular da unidade à qual estiver vinculado.*
> *Art. 5º A representação fiscal para fins penais referente a fatos que configuram, em tese, crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, ou crimes contra a Previdência Social definidos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), deverá conter:*

> *I - a identificação das pessoas físicas a quem se atribua a prática do delito penal, da pessoa jurídica autuada e, quando couber:*
> *a) das pessoas que possam ter concorrido ou contribuído para a prática do ilícito, mesmo que por intermédio de pessoa jurídica; e*
> *b) dos gerentes ou administradores de instituição financeira que possam ter concorrido para abertura de conta ou movimentação de recursos sob nome falso, em nome de pessoa física ou jurídica inexistente ou de pessoa jurídica liquidada de fato ousem representação regular;*
> *II - a descrição dos fatos caracterizadores do ilícito penal e o seu enquadramento legal; e*
> *III - a identificação das pessoas que possam ser arroladas como testemunhas, assim consideradas aquelas que tenham conhecimento do fato ou que, em razão de circunstâncias a ele relacionadas, deveriam tê-lo.*
> *Art. 17. A representação para fins penais referente a fatos que configuram, em tese, crimes de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos, previstos nos arts. 293, 294 e 297 do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 (Código Penal), crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores definidos no art. 1º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e crimes contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional e contra administração pública estrangeira, deverá ser formalizada e protocolizada por servidor da RFB no prazo de 10 (dez) dias, contado da data em que este tiver ciência do fato.*
> *§ 1º A representação para fins penais de que trata o caput deverá ser encaminhada pelo titular da unidade responsável pela formalização da representação ao órgão do MPF competente para promover a ação penal no prazo de 10 (dez) dias, contado da data de sua protocolização. (Redação dada pela Portaria RFB nº 199, de 13 de julho de 2022)*
> *§ 2º O encaminhamento a que se refere o § 1º deverá ser feito ainda que eventual representação fiscal para fins penais com ela conexa não tenha sido remetida ao órgão do MPF por estar pendente de julgamento.*
> *§ 3º A representação para fins penais deverá conter os elementos de que trata o caput do art. 5º, cujas disposições a ela se aplicam, no que couber.*

Obviamente, não faz sentido se exigir o compromisso de verdade de depoentes que, em princípio, estariam desobrigados a depor em razão da relação de proximidade com o acusado, conforme estabelecem os arts. 203 e 206 do CPP, já que poderão prestar a prova oral na condição de declarantes.

> *CPP - Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.*
> *Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.*

4.4.4.4.4 - Contradita da Testemunha

Superadas as preliminares de arguição de suspeição e impedimento e tendo sido tomado, se for o caso, o compromisso com a verdade, deve a comissão buscar de imediato dar início à inquirição em si, iniciando as perguntas, buscando não dar espaço para eventual discussão de parte da defesa, com o fim de contraditar a condição de testemunha.

Não se recomenda que a comissão adote a iniciativa de espontaneamente ofertar a arguição de contradita, perguntando ao acusado ou seu procurado, antes de dar início às inquirição em si, se acata ou não o compromisso com a verdade proferido pela testemunha. Pelo oposto, é mais recomendável que o colegiado deixe a cargo da defesa - se esta quiser -

alegar o incidente, não o suscitando de plano, com o fim de poupar-se de uma discussão que poderia não ter de enfrentar, postura que, aliás, melhor se coaduna com a natureza facultativa do comando estabelecido no art. 214 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e no § 1º do art. 457 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) e na doutrina.

> *CPP - Art. 214. Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.*
>
> *CPC - Art. 457.*
> *§ 1º É lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição, bem como, caso a testemunha negue os fatos que lhe são imputados, provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até 3 (três), apresentadas no ato e inquiridas em separado.*
>
> *"Logo após o ato de qualificação da testemunha, o presidente da comissão procede ao que se conhece 'por chamar aos costumes'. A instrução está no art. 203 do CPP. Esse dispositivo trata da obrigação que tem a testemunha de declarar se é parente, em que grau, e quais as suas relações, se tiver, com o acusado e o eventual denunciante ou vítima. Nesse instante, a defesa pode (...) formular a arguição, declinando objetivamente os motivos. Estando essas razões dentro da previsão legal, a testemunha será consultada. Não estando, o presidente consignará o pedido e o indeferirá, de plano, motivadamente.*
> *Quando a testemunha nega o fato sustentado em contradita, o ônus da prova é imediatamente transferido a quem arguiu. Isso significa que a defesa (...) deverá provar o que foi alegado.*
> *Cabe observar que a instrução desse incidente ocorre em momento contínuo. Como a defesa tinha conhecimento prévio de quem era a testemunha, cabe a ela ir para a audiência preparada para enfrentar a negativa. Assim dispõe o art. 414 do Código de Processo Civil (...).*
> *Como a testemunha compareceu e não teve a iniciativa de se opor ao próprio testemunho, alegando, por exemplo, parentesco ou reserva profissional, a consequência maior, nesse incidente, será a tomada ou não de compromisso. A testemunha compromissada tem, a princípio, maior peso, uma vez que está ciente da possibilidade de responder criminalmente por falso testemunho, o que não acontece com o depoente dispensado dessa formalidade. O objetivo da defesa, então, é enfraquecer a credibilidade do depoimento." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pgs. 191 e 192, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*
>
> *"Antes de se iniciarem as perguntas da Comissão para a testemunha, o Presidente da Comissão deverá registrar os dados pessoais dela na ata e perguntar se ela tem alguma relação de parentesco, amizade íntima ou inimizade notória com o acusado (ver o rol de pessoas constante do art. 208 do Código de Processo Penal). Se ela responder que sim, será ouvida como mero informante e não como testemunha. Se ela responder que não, a Comissão, o acusado ou seu advogado ainda poderão contraditá-la, isto é, contestar a sua negativa e tentar provar que há uma causa de impedimento ou suspeição que a impede de atuar como testemunha, pois ela não terá isenção. Se a contradita for acatada, será tomado o depoimento de um mero informante que tem poder probatório muito menor. Mas se a Comissão, fundamentadamente, rejeitar a contradita, o depoimento terá prosseguimento normal. Mas todas essas intervenções precisam ser registradas, impreterivelmente, na ata de depoimento." Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 105, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

De uma forma ou de outra, cabem aqui algumas hipóteses. Por um lado, se o acusado não contesta o compromisso e não alega contradita à testemunha, a comissão verbaliza "Testemunha sem contradita" e passa às perguntas. Por outro lado, se o acusado não aceita o compromisso e alega contradita, arguindo circunstâncias que tornariam a testemunha suspeita de parcialidade ou indigna de fé, mas não traz prova da alegação e, após a comissão ter dado ao depoente a prerrogativa de acatar ou não a alegação da defesa, se este não ratifica a crítica, o colegiado deve crer no depoente e verbalizar a manutenção da validade do compromisso e a qualidade de testemunha e tomar o testemunho, mesmo se a defesa protestar. Mas se a comissão se convence da alegação da defesa - seja porque a defesa trouxe provas, seja porque o depoente reconheceu como verdadeira a alegação - e decide não mais considerar o depoente como testemunha e sim como declarante (desobrigado do compromisso), deve verbalizar que exclui o compromisso de verdade que havia sido firmado acima e a nova qualidade do depoente.

Conforme já aduzido em **4.4.2**, no caso de contradita, deve a comissão tomar por regra que se faz necessário solucionar esta questão incidental, antes da realização do ato, ainda que isto demande alguma busca de prova. Uma vez que se impõe que a comissão notifique a parte com o prazo mínimo de três dias úteis - o que leva a dizer que a defesa fica sabendo antecipadamente da oitiva do agente a respeito do qual cogita de impedimento ou suspeição -, é possível defender a tese de que a defesa tem de trazer eventual prova de alegada exceção até a realização do ato de prova e de que preclui seu direito se somente o faz após a feitura. Não obstante esta primeira leitura, a busca da verdade processual, como um princípio fortemente impulsionador da processualística disciplinar (diferentemente do processo judicial, ainda mais preso à verdade formal), impõe que se mitigue e que se flexibilize esta intempestividade contrária à defesa, de forma que, mesmo se a parte traz a prova do alegado impedimento ou suspeição do agente interveniente já após o ato de oitiva, é possível que a comissão se convença da tese da defesa e refaça ou descarte o ato instrucional.

Caso se configure a suspeição ou o impedimento ou a contradita, este fato não impede que a comissão produza a prova. Nesta hipótese, a comissão deve não apenas considerar o depoente como testemunha, a quem se impõe compromisso com a verdade, mas ainda assim coleta-se a prova oral, na qualidade de declarante (desobrigado do compromisso), conforme se verá em **4.4.5**. Ao final da instrução processual, caberá à comissão, em sua apreciação motivada da prova, atribuir ou não veracidade às declarações prestadas, ao compará-las com as demais provas acostadas.

4.4.4.5 - A Inquirição em Si

Encerradas todas as preliminares, a comissão, enfim, passa às perguntas, que já devem estar previamente preparadas, em contribuição e colaboração conjunta dos três integrantes (sem prejuízo, obviamente, de serem incluídas outras ou de algumas serem excluídas ou modificadas com o curso do depoimento).

Em todos os casos em que se repetirá depoimento de testemunha (que já tenha deposto no mesmo processo disciplinar ou em outro, ou excepcionalmente em procedimento investigativo que o antecedeu, ou em via judicial), recomenda-se que as perguntas sejam refeitas, por expresso, não sendo recomendável condensar todo o ato em uma única pergunta para que o depoente ratifique seu depoimento anterior, sob pena de se perder a rica natureza dinâmica e contraditória da prova oral.

Este planejamento prévio é fundamental para a boa realização da prova oral. Deve a comissão cuidar de rascunhar perguntas simples, curtas, de fácil compreensão, sem construções dúbias e sem inserir dois ou mais questionamentos em um único quesito. Também convém evitar perguntas negativas, que já facilitam a resposta em negação da

testemunha, e perguntas que já incluem qualquer tipo de indução a favor de determinada resposta, bem como também não é boa técnica inserir perguntas que visem a respostas meramente opinativas.

A comissão deve organizar suas perguntas partindo de questionamentos mais genéricos e abertos e que permitem explanações mais longas e opinativas do depoente ao provocá-lo a descrever ou a explicar fatos, inclusive trazendo informações desconhecidas pelo colegiado, para questionamentos mais específicos e diretos (a exemplo de “o que”, “quem”, “quando”, “onde”, “como”, “por que”), sejam de prévio interesse por parte da comissão, sejam sobre as novas informações trazidas nas respostas mais longas e espontâneas.

Esta linha crescente de aprofundamento e de especificação das perguntas, iniciadas com questões mais genéricas, também indica a impertinência de, já de imediato, expor a testemunha a confrontações ou a embates sobre temas sensíveis ou críticos, sem prejuízo, obviamente, de, no decorrer das perguntas e das respostas, no momento estrategicamente desde antes planejado ou que se revela na dinâmica do ato adequado para fazê-lo, apresentar provas autuadas que contradizem o que o depoente tenta fazer crer. É fundamental que, no momento em que estrategicamente se demonstrar necessário, a comissão exponha ao depoente o controle da condução da prova oral e sobretudo a percepção dos indícios de sua insinceridade, confrontando-o com elementos autuados divergentes de suas respostas. Diante de evidência de que a testemunha foge à verdade em alguma resposta, não convém que a comissão a acuse, de imediato, de estar fazendo falsa afirmação, sendo de melhor estratégia expor a contradição entre sua fala e elementos constantes dos autos. Ademais, na hipótese de haver diversas provas que contrariam a tese apresentada pelo depoente, convém que o colegiado as exponha uma a uma, em separado, de forma crescente e consecutiva ao longo do depoimento, não sendo de boa técnica já expor de uma só vez todo o conjunto de informações de prévio conhecimento do trio.

Convém que, previamente, de forma preventiva, antes do início das perguntas, a comissão informe ao acusado e a seu procurador a vedação de interferirem nas perguntas e nas respostas, deixando claro à parte que ao final lhes será passada a palavra, a fim de que formulem seus quesitos e reinquiram a testemunha.

Iniciando, enfim, a inquirição propriamente dita, é de se afirmar que, *a priori*, mesmo se o testemunho tiver sido solicitado pela defesa, interpreta-se que todas as testemunhas são do processo, de forma que primeiramente a comissão faz as suas perguntas e somente depois passa a palavra à defesa. Por um lado, se o colegiado quiser agir desta forma, não estará cometendo nenhuma impropriedade. Não obstante, menos ainda o trio incorrerá em qualquer nulidade se, por outro lado, ponderar que não vale a pena estabelecer esta discussão já no início do ato e abrir mão para que a defesa inicie a inquirição com suas perguntas.

Nos termos já expostos em **4.4.1.5.1**, caso a comissão não tenha conseguido indeferir a oitiva de testemunha solicitada pela defesa que se sabe ter a intenção de vir aos autos apenas para informar suposta boa índole pretérita do acusado e de quem se presume nada saber acerca dos fatos sob a apuração (as chamadas “testemunhas abonadoras de caráter”), pode a comissão usar como estratégia apenas fazer uma úni pergunta inaugural, inquirindo sobre o que o depoente saber informar sobre o objeto do processo. Diante da presumida resposta negativa, basta a comissão manifestar a desnecessidade de novas perguntas e passar a palavra à defesa, já com a prova oral totamente desvalorada.

Conforme já aduzido em **4.4.4.2**, e nos termos do *caput* do art. 158 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e do *caput* do art. 204 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), o testemunho é uma prova oral, sendo vedado à testemunha trazer por escrito suas respostas (até porque nem sabe antecipadamente o que lhe será perguntado). Reitere-se que, além da oralidade, o testemunho marca-se também pela

característica da instantaneidade.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 158. O depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo, não sendo lícito à testemunha trazê-lo por escrito.*
> *§ 1º As testemunhas serão inquiridas separadamente.*
>
> *CPP - Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.*
> *Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.*

Não obstante, à luz do parágrafo único do art. 204 do CPP, também se pode permitir à testemunha breves consultas a apontamentos ou documentos. Pode ocorrer de, para que a testemunha tenha condição de responder a determinada pergunta, ser necessário ter vista de algum documento do próprio processo (o que não se confunde com a inadequação de se dar vista integral dos autos à testemunha, em face do caráter instrumental e materialmente sigiloso do processo disciplinar, conforme o *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, e o § 3° do art. 7° e o § 1º do art. 31, ambos da Lei n° 12.527, de 18 de novembro de 2011). Para tal instrumentalização, pode-se utilizar o recurso de compartilhamento de tela do de aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec).

Nos termos dos arts. 226 a 228 do CPP e da doutrina, pode-se fazer necessário que a comissão solicite à testemunha que manifeste se reconhece ou não objetos, documentos ou pessoas relacionados com o fato a se apurar (se operacionalmente for possível, este reconhecimento também pode ser feito em um outro ato específico, não necessariamente no curso da oitiva, materializado nos autos por meio de termo próprio - termo de reconhecimento).

> *CPP - Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:*
> *I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;*
> *II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;*
> *III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;*
> *IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.*
> *Parágrafo único. O disposto no inciso III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.*
> *Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.*
> *Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.*
>
> *"Não se refere (...) a lei ao reconhecimento de pessoa ou coisa. O reconhecimento visa a apontar o autor ou o objeto utilizado na infração em inquérito. É prudente que ocorra o reconhecimento quando existe dúvida sobre a identidade do acusado, ou de locais ou de objetos diretamente envolvidos com a irregularidade em apuração.*
> *A Comissão tem o direito e, mais ainda, o dever de promover a requisição de coisas que sejam indispensáveis ao esclarecimento da questão. Ou mesmo de*

requisitar a presença de pessoa - servidor para que haja o seu devido reconhecimento com o mesmo objetivo." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 135, Editora Consulex, 2ª edição, 1999

As perguntas previamente elaboradas pela comissão (aqueles questionamentos mais genéricos seguidos de questionamentos mais específicos) devem ser apresentadas com precisão e habilidade. Relembre-se o já aduzido em **4.4.1.2**, no sentido de que resta superada e antiga postura presidencialista a favor da espontânea participação dos dois vogais, podendo estes membros apresentar quesitos complementares a qualquer momento e diretamente à testemunha, conforme também entende a doutrina. A comissão empregará, ao longo de toda a oitiva, tom neutro, não lhe sendo lícito usar de meios que revelem coação, intimidação ou invectiva, nos termos do § 2º do art. 459 do CPC. Em certos casos, em razão da dinâmica e dos rumos imprevisíveis que possa tomar o ato de prova oral, pode o presidente ou qualquer vogal inserir perguntas que ratifiquem ou retifiquem informações já constantes dos autos ou já prestadas pelo depoente, a fim de avaliar sua coerência e credibilidade, sobretudo em situações em que se detecta o emprego de respostas evasivas ou vagas e contradições ou inverdades.

CPC - Art. 459.
§ 2º As testemunhas devem ser tratadas com urbanidade, não se lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias..

"Posteriormente é aberta a palavra aos dois outros membros, mas nada impede que a interação da Comissão permita que um dos membros faça uma pergunta que lhe veio à mente antes de o Presidente lhe passar a palavra; todavia, isto tem de ser feito com muito cuidado e com a aquiescência do Presidente, para não tumultuar o depoimento.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 106, Fortium Editora, 1ª edição, 2008

A comissão jamais deve perder de vista, desde a prévia organização das perguntas, que se coleta um testemunho em função do que se espera que o depoente possa trazer para o processo em termos de esclarecimentos acerca do fato investigado. Neste rumo, não interessam as opiniões pessoais do depoente, devendo ser impedidas pelo presidente da comissão, conforme autoriza o art. 213 do CPP. No outro extremo, dentro do que efetivamente importa na prova oral, como elemento de aferição de sua credibilidade, nos termos do art. 203 do CPP, deve a testemunha não só informar o que sabe, mas também explicar para a comissão "as razões de sua ciência ou as circunstâncias" de como teve conhecimento daquilo que diz, conforme a doutrina. A valoração da prova oral passa pela capacidade de a testemunha não apenas dizer sobre tal fato, mas de também esclarecer como e porque que soube do fato e em que circunstâncias se deu tal conhecimento (se presenciou o ato sob apuração ou se dele soube por intermédio de terceiros, por exemplo).

CPP - Art. 203. A testemunha fará (...) relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.
Art. 213. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

"(...) a testemunha, para merecer confiança, precisa atender a três elementos: a) Informar algo de sua ciência (...). b) Razão da ciência (...). c) Circunstâncias da ciência (...)." Léo da Silva Alves, "Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas", pg. 51, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005

Incumbe ainda à comissão zelar pela manutenção da ordem, de forma que, além do alerta prévio verbalizado no início do ato, concretamente o colegiado deve agir no seu transcurso a fim de não permitir que acusado e procurador interfiram nas perguntas e respostas ou intimidem a testemunha, caso assim tentem, conforme determina o § 2º do art. 159 da Lei nº 8.112, de 1990. Aqui, de um lado, a ação de interferir deve ser compreendida

como interceder, interromper, obstruir, evitar ou tentar substituir a espontaneidade do acusado; mas, de outro lado, não se confunde com válidas contribuições pontuais, de pequenos acréscimos ou ajustes nas respostas manifestadas pelo depoente. Ademais, a vedação à interferência, por parte do acusado ou do procurador, no ato da formulação das perguntas pela comissão ou das respostas pelo depoente em nada prejudica o exercício de direito de reinquirir ao final do ato, conforme adiante se abordará, visto aqui estar se falando de dois momentos distintos. Caso o o acusado ou o procurador queira interferir indevidamente no ato, deve a comissão verbalizar no sentido de impedir; na reiteração, pode o colegiado advertir com a possibilidade de determinar que se retirem do ambiente virtual. Informe-se que a PN CGU nº 27, de 2022, prevê a possibilidade de a comissão solicitar que o acusado participe do ato com a câmera fechada ou até mesmo de se retirar. Obviamente, esta prerrogativa deve ser evitada, tentando-se ao máximo contornar a situação e conduzir de forma serena o ato, sem precisar chegar a tal providência extremada.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 159.*
> *§ 2º O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão.*
>
> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 107.*
> *Parágrafo único. Havendo receio de que o investigado possa causar temor ou constrangimento à pessoa que será ouvida, poderá ser solicitado que ele desligue a câmera ou que o ato seja realizado sem a sua participação.*

Cabe relembrar que a comissão deve zelar para que seus membros e os demais participantes da oitiva de testemunha, enquanto não estejam com a palavra, mantenham fechados seus microfones no aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams*, como forma de prevenir e inibir não apenas as indevidas inferências como também os travamentos do recurso tecnológico. Caso se perceba, no curso do ato, algum travamento no funcionamento do *Microsoft Teams* (o que pode ocorrer em razão de baixa qualidade do sinal de *internet*), deve a comissão, de imediato, cuidar de verificar a extensão da gravação que ficou prejudicada e refazer as perguntas.

Por fim, encerradas as perguntas da comissão, dá-se a palavra ao acusado e a seu procurador, para que formulem suas perguntas. No modelo tradicional de coleta de prova testemunhal, presencial e com redução a termo, exigia-se que a defesa dirigisse suas perguntas primeiramente ao presidente e que este as repassasse ao depoente, a fim de evitar intimidações. No atual estágio de coleta desta prova, com agentes participando apenas remotamente, sendo menor a incidência de risco de tentativa de intimidação, não mais faz sentido tal cautela, sendo aceitável e interlocução direta da defesa com o depoente. Não obstante tal liberalidade, com base no § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, o presidente tem a prerrogativa de denegar perguntas sobre questões irrelevantes (que não interessam para o esclarecimento dos fatos por não se reportarem ao objeto de apuração no processo), protelatórias (inúteis por visarem unicamente a impedir ou prejudicar o andamento do ato) e impertinentes (por se reportam a fatos que já constam como demonstrados no processo), mas, como já aduzido em **4.4.1.5**, deve usar este poder com muita cautela.

Havendo mais de um acusado, mesmo que a oitiva tenha sido solicitada por apenas um deles ou que o depoente tenha informações a prestar apenas acerca de um acusado, todos devem ser notificados da oitiva e, uma vez participando, pessoalmente ou por meio de seus procuradores, têm direito à igual participação, formulando perguntas à testemunha.

Se, no curso da oitiva em que, no início, se firmou compromisso de verdade, o depoente, diante de determinada pergunta, alega a cláusula de não se autoincriminar para não responder, convém que se a acate, em homenagem à garantia constitucional estampada no

inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal (CF) e refletida no art. 448 do CPC, na jurisprudência e na doutrina, com a contrapartida da possibilidade de esta conduta omissiva passar a fazer parte do foco de interesse e de aprofundamento de parte da comissão, pelos princípios da comunhão da prova e da indisponibilidade do interesse público (sem autorizar o colegiado a entender como assunção de culpa ou confissão ou admissão de algo que lhe seja contrário). A exemplo do que se detalhou em **2.5.3.2.5** e se reiterou em **4.3.11.3** e em **4.4.1.3**, embora esta testemunha tenha sido intimada a comparecer a fim de verbalizar o que sabe sobre o fato e tenha se comprometido legalmente a fazê-lo de início, agora clama para si uma cláusula mais forte, de envergadura constitucional, de não ser obrigada a fazer prova contra si mesma.

> *CF - Art. 5º*
> *LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;*
>
> *CPC - Art. 448. A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos:*
> *I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau;*
>
> *STF, ´Habeas Corpus´ nº 71.421, Despacho: "(...) a ´self-incrimination´ constitui causa legítima que exonera o depoente - seja ele testemunha ou indiciado - do dever de depor sobre os fatos que lhe sejam perguntados e de cujo esclarecimento possa resultar, como necessário efeito causal, a sua própria responsabilização penal."*
>
> *STF, ´Habeas Corpus´ nº 73.035: "Ementa: I. Não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la."*
>
> *"(...) a testemunha tem assegurado o direito de não responder às indagações que eventualmente possam incriminá-las, como faz certo o julgado do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª R (HC 2004.01.00.010515-1)." Sebastião José Lessa, "Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância", pg. 119, Editora Brasília Jurídica, 4ª edição, 2006*
>
> *"(...) toda a legislação pátria é unânime no sentido de que ninguém será obrigado a depor de fatos que o prejudiquem, ou que causem dano a seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou na colateral em segundo grau; que podem se recusar a depor o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão, o pai, ou o filho adotivo." Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pgs. 330 e 331, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

Ao final das perguntas da comissão e da parte, deve a comissão passar a palavra para o depoente, para que este acrescente o que quiser acerca do fato apurado. Caso tenha sido acrescentado algo a respeito do acusado ou a comissão tenha feito novas perguntas, devolve-se a palavra à defesa para contraditar. Destaca-se que nada obsta que a comissão retome as perguntas se achar necessário, mesmo após já ter passado a palavra à parte ou para manifestações finais do depoente - desde que, por óbvio, conceda novamente a palavra à defesa, segundo a manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), por meio do seu Parecer PGFN/CJU nº 1.076/2007. Aliás, não se despreza este momento, pois, em um clima já menos tenso e com maior propensão ao relaxamento e à espontaneidade, pode o depoente acrescentar novos fatos ou novas versões.

> *Parecer PGFN/CJU nº 1.076/2007: "16. Quanto ao aspecto formal, tão enaltecido e explorado pela defesa, a Comissão agiu muito bem ao registrar que não estava impedida de formular perguntas após as reinquirições da*

> *defesa, lembrando que o processo administrativo disciplinar se rege pelo formalismo moderado em que a rigidez das formas deve ceder em favor do objetivo maior: a verdade real e o pleno esclarecimento dos fatos.*
> *17. O apego exagerado à forma, novamente se fez presente quando a defesa, mediante interpretação conveniente do art. 156 da Lei n. 8.112/90, considerou que é sua a última palavra quando dos depoimentos das testemunhas (reinquirição), tudo, como bem observou a Comissão, para esquivar-se da discussão do real objeto do processo (...).”*

Se, no curso da oitiva, o acusado apresenta alguma petição para a qual não se tem imediata resposta, por requerer análise, pode a comissão suspender momentaneamente o depoimento, para que possa deliberar. Ainda, pode optar verbalizar que a petição será analisada oportunamente e, no prazo de até cinco dias (conforme art. 24 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999), será apresentada resposta ao acusado.

Conforme já exposto em **2.5.6.2.4.b**, caso a testemunha solicite a íntegra do arquivo de vídeo, a concessão deve se fazer acompanhar da ciência de possibilidade de responsabilização pelo tratamento inadequado ou irregular dos dados pessoais ou sigilosos de qualquer natureza, conforme o art. 47 da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 47. Os agentes de tratamento ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento obriga-se a garantir a segurança da informação prevista nesta Lei em relação aos dados pessoais, mesmo após o seu término.*
>
> *“Não convém fornecer cópia do depoimento logo após a audiência, ou seja, antes de findada a instrução da comissão, pelo simples fato de que isso pode corromper o depoimento das testemunhas que irão ser ouvidas depois. Se o depoente fizer questão, uma cópia pode ser dada após a instrução, ou seja, após o término de todos os depoimentos. A única exceção é se a testemunha requerer por escrito e provar que a cópia de seu depoimento servirá como prova em processo judicial em andamento.” Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, pg. 337, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

Em provas orais que se estendem por horas, é natural que se permitam breves interrupções, para necessidades fisiológicas, que devem ser verbalizadas pela comissão, com fim de evitar posteriores alegações do depoente ou da defesa de que o testemunho foi coletado sob imposição, como forma de coação, de condições que prejudicavam a concentração e a espontaneidade dos presentes. Diferentemente desta primeira hipótese, há ainda a indesejada possibilidade de, por algum motivo absolutamente instransponível, seja necessário interromper o depoimento por um tempo que permita que os presentes se dispersem dos locais onde se encontram, com previsão de retomada ainda no mesmo dia ou somente em outro dia, devendo este incidente ser verbalizado. Concretizando-se o retorno, registra-se a retomada dos trabalhos, visando à complementação do ato de instrução.

Finalizada a sessão e encerrada a gravação do último trecho (ou do ato na íntegra), o presidente da comissão deve verbalizar este encerramento e o seu horário, e um dos integrantes deve entrar de imediato no aplicativo *Microsoft Stream (Sharepoint)*, de gerenciamento de arquivos de vídeo em nuvem e que também que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Cotec, para baixar os arquivos (ou o arquivo) de vídeo (apenas o criador da reunião consegue fazê-lo; os demais membros da comissão conseguem apenas acessar os arquivos, mas não baixá-los).

Ato contínuo, deve a comissão lavrar a ata de audiência, exigida pelos §§ 1º e 2º do art. 110 da Portaria Normativa CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022, de que constem data, nomes dos participantes e locais onde se encontram, a ser assinada apenas pelos membros da

comissão.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 110.*
> *§ 1º O presidente da comissão assinará a ata de audiência lavrada, na qual serão registrados, pelo menos, a data, os locais e os participantes do ato.*
> *§ 2º O registro nominal e individualizado da presença de cada um dos participantes na gravação dispensa as suas assinaturas na ata de audiência.*

Antes de dispensar os participantes, deve a comissão verificar a qualidade dos registros de áudio e de vídeo. Caso eventualmente se detecte algum problema, o trecho do ato prejudicado deve ser refeito, com nova gravação, no aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams*. Estando estes registros perfeitos ou tendo sido refeita a parte com problema, só então dispensam-se os participantes e juntam-se os arquivos de vídeo aos autos, no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), conforme determina o *caput* do art. 110 da PN CGU nº 27, de 2022. E, na sequência, junta-se a já citada ata de audiência, na qual se faz referência à localização dos arquivos de vídeo já autuados. Importante compreender que a opção de ter de se empregar a redução a termo, com elaboração do tradicional termo de oitiva de testemunha, mencionada no art. 111 da PN CGU nº 27, de 2022, é residual e somente se aplica caso haja um problema técnico intransponível envolvendo equipamentos ou funcionamento de rede ou da plataforma.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 110. O registro audiovisual gerado em audiência deverá ser juntado aos autos, sem necessidade de transcrição em ata, sendo disponibilizado à defesa o acesso ao seu conteúdo ou à respectiva cópia.*
> *Art. 111. Não sendo possível o registro audiovisual e o seu armazenamento, o depoimento será reduzido a termo com elaboração do termo de depoimento.*
> *Parágrafo único. O termo de depoimento deve ser redigido de forma clara, concisa e objetiva, sem rasuras ou emendas, sendo ao final assinado pelos depoentes, pelo procuradores e pelos membros da comissão e rubricado em todas as suas folhas.*

Quanto à juntada dos arquivos de vídeo, é necessário relembrar que, em **4.4.4.3**, se mencionou a possibilidade de a comissão gravar o ato de diferentes formas, que repercutem na instrumentalidade de como serem autuados, conforme adiante se expõe.

Na hipótese de a comissão ter fragmentado manualmente a gravação em arquivos de vídeo em torno de vinte minutos de duração, para autuá-los, basta fazer a sua compactação simples empregando o aplicativo *7-Zip* (que é um programa de compactação de arquivos em geral homologado pela Cotec), a fim de transformar sua extensão original (em geral mp4) para a extensão zip, que é única que Sistema e-Processo aceita para anexação de arquivo não paginável. Para isto, seleciona-se a funcionalidade "Adicionar para *[nome do arquivo]*.zip" e o programa cria os novos arquivos de vídeo compactados na mesma pasta em que se encontram os arquivos originais de extensão mp4. Para baixar e descompactar estes arquivos não paginàveis que foram fracionados manualmente pela comissão, primeiramente deve-se fazer o *download* de cada arquivo autuado no processo eletrônico, salvá-los em alguma pasta de destino no equipamento de trabalho da comissão e, por fim, no aplicativo *7-Zip*, selecionar a funcionalidade "Extrair Aqui" e os arquivos de vídeo serão descompactados, na mesma pasta, para suas extensões originais, em geral mp4.

Ainda nesta primeira hipótese de autuação, se a fragmentação manual gerar um arquivo de vídeo de cerca de 20 minutos com mais de 150 Mb para o qual a taxa de compressão do aplicativo *7-Zip* (que não é alta para arquivos de vídeo) não for suficiente para reduzir o tamanho para abaixo daquele tamanho limítrofe, há ainda a opção de se empregar o citado *HandBrake* (que é um programa de compactação de arquivos de vídeo sem perda de qualidade aparente, homologado pela Cotec, mas que necessita de solicitação para ser instalado).

Na hipótese de a comissão ter optado por gravar o ato na íntegra em um arquivo de vídeo único e em seguida compactá-lo em um só arquivo ainda em extensão mp4, para autuá-lo, deve a comissão submetê-lo à compactação simples empregando o aplicativo *7-Zip*, acima exposta, para gerar a versão em extensão zip.

E, na hipótese de a comissão ter optado por gravar o ato na íntegra em um arquivo de vídeo único e em seguida compactá-lo e ao mesmo tempo já particioná-lo de forma automática e não manual em arquivos de tamanho inferior a 150 Mb, para autuá-lo, deve a comissão, também empregando o aplicativo *7-Zip*, utilizar a compactação particionada. Para isto, seleciona-se a funcionalidade "Adicionar ao arquivo compactado...", escolhendo a extensão zip e indicando que o programa divida em volumes de 140 Mb, para que gere arquivos de vídeos compactados que atendam ao limite tecnológico de autuação como arquivos não paginàveis, criando-os na mesma pasta em que se encontra o arquivo original de extensão mp4. Uma vez que o aplicativo gera arquivos compactados e particionados com nomes [*nome do arquivo]*.zip.001, *[nome do arquivo]*.zip.002, *[nome do arquivo]*.zip.00n (até quantos arquivos particionados forem necessários) e como o Sistema e-Processo somente aceita a extensão zip para anexação de arquivo não paginável, faz-se necessário compactar novamente todos estes arquivos particionados, por meio da compactação simples acima já exposta, para poder autuá-los. Para baixar e descompactar estes arquivos não paginàveis que foram particionados automaticamente pelo aplicativo *7-Zip*, primeiramente deve-se fazer o *download* de cada arquivo autuado no processo eletrônico, salvá-los em alguma pasta de destino no equipamento de trabalho da comissão, selecionar no aplicativo a funcionalidade "Extrair Aqui" e os arquivos de vídeo serão descompactados, na mesma pasta, para suas extensões intermediárias, que eram zip.001, zip.002, até zip.00n, e, por fim, repetir a descompactação em cada um deles, selecionando novamente a mesma funcionalidade, para que, enfim, os arquivos particionados sejam descompactados, gerando, na mesma pasta, o arquivo de vídeo único, com a íntegra do ato, em sua extensão original, em geral mp4.

Ao final, estando com os arquivos (ou com o arquivo) de vídeo autuados e baixados, convém que a comissão os exclua da nuvem do *Microsoft Stream (Sharepoint)* e também da lixeira do aplicativo (não obstante o próprio aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams Microsoft Teams* apagar automaticamente arquivos de vídeo após um determinado decurso de tempo).

Nos termos aduzidos em **4.4.4.4.3**, se ficar comprovado no processo que alguma testemunha fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade e não havendo retratação, a comissão pode ponderar, em seu relatório, a hipótese de propor à autoridade instauradora que esta envie representação ao Ministério Público Federal (MPF), com vistas à apuração do crime de falso testemunho.

4.4.4.6 - Breve Introdução a Aspectos Verbais e Não Verbais Extraíveis da Prova Oral

Sendo o ato de instrução probatória mais fortemente marcado pelo contato entre pessoas do que qualquer outro elemento de formação de convicção, o sucesso da coleta da prova oral transcende a simples e formal obediência a ritos e instrumentalidades normativos, vez que não se pode abstrair da condição humana dos participantes. A prova oral realizada no curso do processo disciplinar tem a riqueza e a dinâmica de poder produzir, nos agentes participantes daquela relação processual, mensagens de distintas naturezas. A saber, a prova oral transmite aos agentes processuais informações simbólicas, verbais e não verbais. Não obstante se poder sintetizar que, com a deliberação a favor da realização de prova oral, a comissão *a priori* busca, de forma unilateral, obter informações de início de posse apenas do depoente, aqui se estendem como destinatários daquele rol de mensagens todos os agentes participantes do ato (ou seja, além do colegiado, também a testemunha e até mesmo o acusado

e seu procurador), pois há comunicações que seguem o sentido inverso, partindo da comissão para serem recebidas pelo depoente e partilhadas com a defesa.

Dentre aquelas três diferentes naturezas das mensagens extraíveis da prova oral, eis que a mensagem simbólica é breve e facilmente explicável. Tanto é verdade o acima exposto, acerca do duplo sentido do fluxo de informações, que a mensagem simbólica é transmitida de imediato e de forma simultânea e recíproca, entre os diferentes participantes do ato, e associa-se à postura, à aparência e à indumentária com que cada um se apresenta já desde o primeiro contato, na aceitação do chamado da comissão para entrar na reunião virtual e na apresentação de seus membros. Coloquialmente, é a chamada “primeira impressão”, inegavelmente capaz de inaugurar empatias e refrações, de acordo com preconceitos e opiniões preconcebidas de cada um. Sendo um ato formal de instrução probatória que obrigatoriamente conta com a presença de agente(s) externo(s) à comissão, recomenda-se uma apresentação sóbria de parte dos integrantes do colegiado e passível de ajustes caso a caso. Um exemplo reside na desnecessidade em geral de os integrantes portarem terno e gravata ou traje social feminino para uma prova oral ordinária, mas talvez seja recomendável tal uso se a oitiva a ser coletada for de uma alta autoridade ou de um notório agente privado, que certamente assim chegarão trajados, bem como no cuidado com o ambiente que serve como cenário onde se situa o participante na reunião remota.

De outro lado, as informações verbais e, sobretudo, as informações não verbais extraíveis da prova oral exigem maior esforço descritivo. Uma vez que estas informações - diferentemente da mensagem simbólica, que se expõe e se consubstancia em momentos mais demarcados (logo no início do ato) - diluidamente se manifestam praticamente ao longo de todo o ato, antes de discorrer sobre ambas, convém abordar dois momentos importantes da prova oral, quais sejam, a aproximação com o depoente e a formulação de perguntas.

Reconheça-se, antes, que a adoção da coleta da prova testemunhal com reunião virtual gravada mitigou muitos destes aspectos em comparação com a tradicional coleta em reunião presencial reduzida a termo. Ainda assim, convém discorrer sobre estas questões, cabendo ao aplicador verificar o que é cabível caso a caso.

Ainda antes de iniciar a gravação, deve a comissão buscar uma aproximação harmônica com o depoente, com o objetivo de aliviar ou ao menos diminuir os previsíveis e compreensíveis nervosismo, ansiedade e desconforto e os decorrentes receio e distanciamento iniciais.

Neste momento (em que não se recomenda já expor o depoente a confrontações e a embates com temas críticos ou sensíveis), convém que a comissão estimule assuntos triviais e cotidianos e que possam ser do gosto ou do interesse da testemunha para, ao mesmo tempo em que se tenta quebrar o clima inicial de tensão, também se observar o padrão comportamental normal do depoente (a sua chamada linha de base), em um momento ainda de relaxamento das autopreservações, barreiras, defesas e autocensuras, com o fim de posteriormente poder comparar com sua reação em momentos de confrontação e embate. Ademais, neste início do contato, convém que o colegiado ajuste sua retórica e sua terminologia ao grau de instrução, de articulação e de elaboração do depoente. Esta percepção inicial é importante a fim de evitar que o trio equivocadamente interprete determinado padrão comportamental ansioso ou nervoso e que já seja inerente àquela pessoa mesmo em condição de conforto (como simples tiques, manias, trejeitos ou cacoetes, por exemplo) como se fosse um indevido indicativo de estar se sentindo sobre pressão e daí induzido à defensiva insinceridade.

Para obter esta salutar postura de relaxamento da parte do depoente (e, por que não dizer, até mesmo da parte dos integrantes da comissão), o colegiado dispõe de algumas técnicas de aproximação.

A primeira a se mencionar é a técnica da reciprocidade, por meio da qual a comissão procura ser persuasiva no sentido de que aquela prova oral, uma vez bem desenvolvida e bem desempenhada, pode angariar ganhos ou proveitosos resultados para ambos os lados (colegiado e depoente), inclusive por meio de recíprocas concessões, quando, diante de um espectro amplo de informações desejadas pelo trio, o depoente se predispõe a informar apenas em parte e é justamente esta parcela o cerne mais relevante e suficiente que se necessita saber. A técnica se concretiza como uma tentativa de convencimento da testemunha de que as informações que ela tem a passar, uma vez disponibilizadas à comissão, não apenas suprem o interesse público da busca da verdade processual no processo disciplinar mas também possibilitam que o colegiado em particular ou que a Administração como um todo ofertem-lhe a contrapartida de algo que a atenda ou que não a exponha ou que lhe interesse (como, por exemplo, para um contribuinte vítima de exigência indevida por parte do servidor, saber que as informações prestadas podem levar ao sancionamento daquele infrator).

A segunda técnica é da consistência, por meio da qual a comissão busca extrair do depoente algum tipo de posicionamento, opinião, linha de ação, postura ou conduta diante de determinado fato ou contexto gerais para, posteriormente, no curso das perguntas, lembrar deste seu comprometimento a fim de vê-lo aplicado de forma coerente na resposta a um questionamento sensível (como, por exemplo, uma manifestação prévia e generalista de repúdio a práticas de corrupção *lato sensu* e posteriormente obter resposta coerente com tal posicionamento em pergunta específica).

A terceira técnica é a do espelhamento, com que a comissão busca angariar a proximidade, a empatia e até a confiança do depoente. Isto ocorre quando, diante de alguma situação negativa ou desfavorável que recaia sobre a testemunha ou que a aflija, seja à época do cometimento do fato sob apuração, seja no momento da prova oral, o colegiado manifeste também já ter vivenciado ou sofrido situação similar ou ao menos manifeste compreensão e sensibilidade ainda que não tenha passado pela mesma situação, com o fim de demonstrar intenção de se aproximar do universo e da realidade em que o depoente se insere (como, por exemplo, a postura compreensiva diante do receio de sofrer retaliações ou represálias por parte de quem possa ter interesses contrariados com a prestação de informações ao colegiado).

Concluindo a breve enumeração dos momentos iniciais da prova oral antes de discorrer sobre os aspectos verbais e não verbais da comunicação, acrescente-se ainda que, após a apresentação e a aproximação, a comissão dá início ao terceiro e mais crucial momento, que é o da formulação de perguntas que visam ao esclarecimento dos fatos em si. Mas, na verdade, na dinâmica própria da prova oral, sabe-se que não existe esta demarcada, rígida e estanque compartimentação do ato em etapas consecutivas e exaurientes, podendo se fazer necessário, a qualquer momento, após uma tensão ou confrontação, lançar mão novamente da estratégia de (re)aproximação, a fim de retomar o bom ambiente no ato.

Feita então esta primeira apresentação dos três momentos da prova oral, agora sim convém discorrer com mais detalhes sobre as mensagens ou informações de natureza verbal e não verbal que se extraem do ato de instrução.

Os aspectos verbais consistem nas informações mais imediatas e óbvias extraídas da prova oral, quais sejam, aquelas decorrentes da fala, da verbalização e da oralidade do depoente. Já os aspectos não verbais, de percepção e de leitura menos empíricas e leigas, a exigirem um maior grau de experiência, observação, preparo e aprimoramento técnico do integrante da comissão, refletem signos e símbolos manifestados pelo comportamento fisionômico, gestual e postural do depoente, bem como pelo contato visual que este estabelece com o interlocutor. Em contrapartida, como retribuição ao esforço daqueles que integram comissões disciplinares em se capacitarem e em se aprimorarem tecnicamente para adquirirem a *expertise* de perceberem e avaliarem os aspectos não verbais da comunicação, é sabido que estes aspectos não só podem equivaler a uma relevante parcela das informações

transmitidas em um diálogo como também podem ser mais confiáveis que os aspectos verbais, em razão da espontaneidade e da maior dificuldade de autocontrole das reações corporais, e ainda podem ser influenciados (no sentido de terem suas emissões estimuladas ou inibidas) pela postura dos interlocutores, quais sejam, os integrantes do colegiado.

É inquestionavelmente relevante que a comissão atente não apenas para os aspectos verbais das respostas mas sim que extraia leitura dinâmica e conglobante desta verbalização com os aspectos não verbais, os quais, por algumas vezes, reforçam e, por outras vezes, desmentem aquilo que se fala. O atento integrante da comissão deve se preparar para ser capaz de apreender do depoente além de sua oralidade, a fim de identificar e avaliar não só o que se diz, mas sobretudo como se diz. E, para este fim, conta-se com o resultado de diversos estudos que, se por um lado, baseiam-se em certo grau de empirismo e devem ser vistos com reservas e cautelas diante da infinita miríade de comportamentos, reações e subjetividades humanas, por outro lado, emprestam um razoável valor de credibilidade ao se divorciarem, por seu academicismo, de meras crendices ou lendas leigas.

Por exemplo, pode-se apresentar como comportamento verbal padrão de um depoente sincero a inferência de que este responde os questionamentos de forma direta e espontânea e demonstra crível, proporcional e inabalável indignação se é injustamente provocado, com negação imediata e sem hesitação daquilo que lhe é imputado; e, em geral, empenha-se com respostas proativas, cooperativas e colaborativas para o esclarecimento fático, predispondo-se até a identificar ou ao menos a contribuir ou especular acerca do responsável pelo fato em apuração. O relato fidedigno tende a ser o mais próximo da interlocução humana comum, de forma a se compor de naturais pausas, reiterações e interjeições. A espontaneidade natural de quem se predispõe a dizer a verdade pode levar o depoente a alternar, em seu relato, a cronologia de como os fatos aconceteram na realidade, em virtude da tendência de cada um, a seu critério e conforme sua sensibilidade pessoal, valorizar e priorizar os momentos que lhe causaram maior impacto ou reação (seja qual for, de receio, revolta, surpresa, tristeza), sobretudo quando o depoente foi vítima dos fatos). Diante de um relato fidedigno, apesar de o depoente se concentrar no núcleo mais relevante dos fatos, ao ser perguntado sobre questões circunstanciais e de mero contexto, provavelmente pode apresentar relato verossímel.

Já o depoente que se presume insincero tende, verbalmente, a hesitar a responder, por vezes refazendo a pergunta ou pedindo para que se a repita, como formas de obter algum tempo para elaborar sua resposta não espontânea; ou usa de resposta evasiva que foge da pergunta; ou nega especificamente um ato que não é exatamente aquele com que se o provoca; ou vale-se de termos que tornam sua resposta genérica em face do que foi perguntado (como “Normalmente,...” ou “Geralmente,...”); ou apoia ou reforça suas respostas em expressões idiomáticas ou em frases feitas de valor religioso ou com certa ênfase falsa, dramática ou até demagógica (como “Pelo amor de Deus...” ou “Sinceramente,...” ou “Que eu me lembre...” e similares ou ainda “Ninguém imagina o que é ser injustamente questionado...” ou “Ninguém conseguiria entender o que eu passei...”); ou busca criar boas impressões a seu próprio respeito no entrevistador, atribuindo-se alta credibilidade e valorizando seu passado e seu currículo; ou apresenta memória seletiva, resgatando com detalhes nuances que lhe interessam e dizendo não se lembrar dos fatos apenas nas questões que lhe são críticas; ou assume a parcela dos fatos que percebe já comprovada ou assume parcela periférica e não crucial dos fatos para tentar demonstrar não estar inseguro; ou disfarça e foge do cerne da provocação, não verbalizando sua literalidade mas sim valendo-se de eufemismos ou de uma retórica em exagerado e artificial grau de erudição, formalismo e rebuscamento, com que tenta convencer que tem distância do fato ou do responsável; ou responde em tom de voz mais baixo; ou reage com falsa e teatralizada indignação acompanhada de forte e pontual gestualidade; ou não se empenha com respostas proativas, cooperativas e colaborativas, não se predispondo a auxiliar no esclarecimento fático e muito menos contribui ou especula acerca da identificação do responsável pelo fato em apuração. O relato sem fidedignidade tende a

soar artificial quando comparado com a interlocução humana, podendo se apresentar na forma de uma retórica mecanizada, decorada e monocórdica, sem as naturais pausas, reiterações e interjeições. Na contrapartida da espontaneidade do relato nem sempre fiel à sequência fática do depoente sincero, aquele que verbaliza uma versão fictícia necessita criar uma retórica que o leva a construir uma narrativa absolutamente cronológica, uma vez que precisa passar uma impressão de suposta coerência. Diante de um relato construído, além de o depoente apenas conseguir se concentrar no núcleo mais relevante dos fatos (que foi o objeto de sua invenção), ao ser perguntado sobre questões inesperadamente circunstanciais e de mero contexto, provavelmente pode não apresentar relato verossímel, para as quais, por não presumir que seriam objeto de perguntas, não arquitetou a sua retórica.

Nos aspectos não verbais, um depoente presumivelmente sincero pode se caracterizar por apresentar uma postura corporal serena, ereta, atenta e simbolicamente aberta ao diálogo e à contribuição, mantendo contato visual com o interlocutor (claro, à medida que é possível, diante de ato virtual); comumente ilustra com gestos manuais suas explanações, a fim de torná-las mais claramente compreensíveis; e apresenta naturais mudanças de postura e de posição do corpo frente o interlocutor, mas sempre mantendo atenção no diálogo.

Já o depoente com traços indicativos de insinceridade pode apresentar comportamentos não verbais marcados pela postura corporal refratária à proximidade (mesmo virtual) com o interlocutor, mantendo-se distante ou retraído, com o corpo projetado para trás ou de lado ou ainda em postura que demonstra impaciência ou vontade de se evadir do recinto ou desinteresse ou até mesmo desânimo quando se percebe pouco convincente; ou apresenta postura rígida, estática, congelada, inerte ou até desdenhosa, mas com forte e brusca mudança repentina de postura quando recebe um questionamento sensível; ou apoia a cabeça ou o queixo na mão; ou limita-se a responder afirmativa ou negativamente com movimentos da cabeça; ou não fixa o olhar no interlocutor, por meio da câmera de gravação, evitando contato visual, ou mantém um olhar artificialmente congelado; ou demonstra gestos repetitivos ao responder questões sensíveis, a exemplo de piscar excessivamente os olhos, de cobrir ou de tocar partes do rosto (olhos ou nariz) com uma das mãos, de esfregar as mãos ou de estalar os dedos, de sentar sobre as mãos, de lamber ou de morder os lábios, de mexer em cabelos, roupas, joias, acessórios ou objetos ou com eles se distrair ou de balançar mãos, pernas ou pés como formas incontroláveis e autônomas de o corpo extravasar a tensão; ou ainda sinaliza manifestações corporais como sudorese, palidez, secura bucal, aceleração da pulsação e da respiração e gagueira.

Em razão da necessidade de se estabelecer uma troca de percepções e de se manter contato visual (ainda que virtual) com o depoente, diante de uma testemunha que se apresenta com óculos escuros, boné, chapéu ou qualquer outro item de indumentária que prejudique a observação de toda a extensão fisionômica, tendo antes se acautelado de perguntar se o uso do acessório advém de necessidade médica ou de convicção religiosa, convém que a comissão solicite, de forma cortês, sua retirada. Mesmo se reconhecendo que este tipo de controle fica fortemente prejudicado com a configuração atual de a prova oral ser coletada com os participantes em localidades remotas, fora do alcace visual concreto, é também recomendável que o colegiado e o não permitam a entrada de pessoas estranhas ao ato ou qualquer outro tipo de interrupção adiável nos respectivos ambientes de participação de cada um.

Como afirmado de início que estas mensagens não são apenas unilateralmente emitidas no curso da prova oral no sentido estático do depoente para a comissão, mas também, de forma dinâmica, esta emite sinais a serem lidos pela testemunha e pela defesa porventura presente, eis que os integrantes do colegiado devem atentar para o seu próprio conjunto de mensagens verbais e não verbais que eles mesmos também emitem. Os membros da comissão devem sempre verbalizar respeito à dignidade da pessoa humana à sua frente (ainda que virtual) e agir com cortesia e interesse por seus relatos, não interromper suas

respostas e muito menos interromperem-se uns aos outros e menos ainda demonstrarem discordâncias entre si. Deve sempre ser objeto de convenção prévia entre o presidente e os dois vogais a forma como estes podem e devem participar e intervir pontualmente no curso da prova oral, sendo de se recomendar a atuação una e não hierarquizada a favor do presidente. Inclusive, caso haja algum eventual desgaste do diálogo entre o presidente e o depoente ou mesmo simplesmente se estabelecendo uma nítida maior afinidade, empatia e fluidez entre o depoente e algum dos vogais, nada impede que os papéis sejam sutilmente intercambiados no curso da prova oral. Também não devem os integrantes do colegiado demonstrar surpresa, descrença ou ironia diante de respostas claramente inverídicas, nem tampouco deixar claro destacado interesse estratégico por determinada resposta incriminadora. O trio processante deve também não perder de vista que o ato se dirige ao depoente, não cabendo ofuscá-lo, sugerindo ou induzindo ou suprimindo-lhe resgates de memória e respostas.

Nos aspectos não verbais, incumbe à comissão manter postura sempre interessada, atenta, concentrada, proativa e confiante, ao mesmo tempo em que respeitosa e condutora, sem arrogância mas também sem passividade ou conformismo diante de respostas pouco críveis ou evasivas e com dinâmica, criatividade e perspicácia para estimular o depoimento verbal e o extravasamento de reações e comportamentos não verbais, afim de analisá-los em conjunto. Enfim, o mais importante a se destacar é que o trio deve se concentrar para perceber e avaliar o conjunto de mensagens verbais e não verbais emitidas pelo depoente.

Reitera-se o caráter inexato, empírico e fortemente dependente da individualidade do universo de pessoas analisadas nos mencionados estudos acadêmicos que levaram aos resultados acima sintetizados em brevíssimas linhas. Tanto é verdade que há indicativos de uma mesma inferência que soam até incompatíveis e incoerentes entre si. Isto se explica pela inesgotável individualização do ser humano, sendo a lista acima a ser tomada como mera indicação e inferência globais, podendo cada indivíduo reagir de uma ou de outra forma dentre aquelas listadas para um mesmo grupo, não sendo de se exigir ou de se esperar que cada indivíduo paute suas reações na lista completa daquelas posturas verbais e não verbais elencadas. Pode ocorrer até de um depoente apresentar sinais não verbais antagônicos aos esperados e acima listados, de forma que não se pode tomar nenhum destes indicativos de forma absoluta.

Importante destacar que os indicadores não verbais, ainda que claramente percebidos, não devem ser verbalizados pela comissão no curso do ato de prova oral e tampouco devem ser levados a termo na indiciação e no relatório. Não obstante, indicam rumos e linhas a serem adotados na prova oral em si e na apuração no curso do processo como um todo. Não se registra de forma verbalizada ou escrita no processo disciplinar o comportamento não verbal, mas se o tem, sim, como um indicador silencioso e não manifesto para seguir determinada convicção acerca da presumida sinceridade ou insinceridade do depoente quanto a determinado ponto sensível. Não se tem dúvida que, a menos de lapsos de memória e de atos falhos, o conjunto de comportamentos não verbais pode se revelar mais espontâneo e crível que a verbalização, sobretudo em momentos de tensão e de confrontação. Até porque, em geral, os comportamentos não verbais manifestam-se de forma reativa aos questionamentos mais sensíveis. Atento a esta consideração, a comissão deve se permitir crer, em determinada pergunta, que a verbalização do depoente pode ser ratificada ou retificada pelo seu conjunto comportamental não verbal.

Dentro do infinito espectro das possíveis reações humanas a qualquer provocação, deve-se ressaltar que não cabe à comissão formular uma convicção acerca da possível sinceridade ou acerca da possível insinceridade do depoente com base em apenas um indicativo pontual e isolado. Seria extremamente perigoso e falível supor um certo grau de sinceridade ou de insinceridade do depoente apenas à vista de uma análise rasteira, simplista, superficial e precipitada em virtude da percepção de algum indicativo dissociado do contexto.

Deve sim o colegiado buscar a experiência de avaliar o padrão comportamental do depoente de início, ainda em zona de conforto, para depois confrontar com os aspectos verbais e não verbais conjunta e conglobantemente perceptíveis no curso da prova oral.

Por fim, cumpre informar que praticamente tudo o que foi aduzido acima também se aplica, com as devidas adaptações ao interrogatório do acusado, daí porque, em **4.4.15.6**, se remeterá à leitura do presente tópico.

4.4.4.7 - Formas Tradicionais e Ultrapassadas da Coleta da Prova Testemunhal

Conforme mencionado em **4.4.4**, houve um grande impacto na forma de coleta de prova testemunhal com o advento do processo digital, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), determinado pela Ordem de Serviço Coger nº 1, de 3 de junho de 2015; do programa de gestão na modalidade teletrabalho, disciplinado internamente pela Portaria RFB n° 2.383, de 13 de julho de 2017, e estendido ao processo de trabalho correcional pela Portaria RFB n° 390, de 21 de fevereiro de 2019, com a atualização promovida pela Portaria RFB nº 390, de 21 de fevereiro de 2019; e dos aplicativos de chamada em vídeo, a exemplo do *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec).

Por apego à manutenção de registros históricos, os próximos tópicos vão reproduzir partes das instrumentalidades que se empregavam antes do advento e do emprego do aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams* para coleta da prova oral mediante gravação de arquivo de vídeo e também para contornar as dificuldades que se estabeleciam quando participantes estavam em diferentes localidades.

4.4.4.7.1 - A Disposição Física da Sala para Oitivas Presenciais

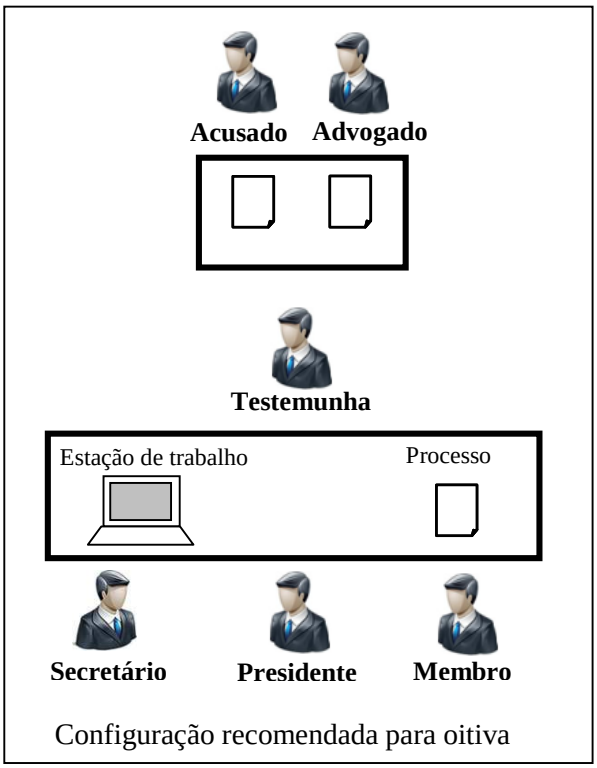
Na praxe tradicional, o padrão era de as provas orais serem coletadas com todos os participantes presentes no mesmo ambiente, a saber, a sala de oitivas do Escritório de Corregedoria (Escor). Mas esta configuração tornou-se extremamente rara e excepcional a partir da adoção do programa de gestão na modalidade teletrabalho, disciplinado internamente pela Portaria RFB n° 2.383, de 13 de julho de 2017, e estendido ao processo de trabalho correcional pela Portaria RFB n° 390, de 21 de fevereiro de 2019, com a atualização promovida pela Portaria RFB nº 390, de 21 de fevereiro de 2019. Não obstante, convém manter registradas as recomendações que se faziam e que ainda se fazem pertinentes para o caso excepcional da coleta presencial da prova oral.

Neste aspecto, o que mais importa é a disposição das mesas que, consequentemente, estabelece o posicionamento dos participantes dentro da sala. É recomendável dispor as mesas de forma que a testemunha fique de frente para o presidente da comissão e que o secretário fique ao lado do presidente, para que este possa acompanhar o que está sendo digitado. Quanto à posição da defesa, há duas possibilidades. Primeiramente, pode-se recomendar a configuração com o acusado e seu procurador em mesa posicionada atrás da testemunha, como forma de evitar a intimidação visual, conforme também pontua a doutrina, inclusive da Controladoria-Geral da União (CGU). A segunda possibilidade seria com o advogado e o acusado em mesa lateralmente à testemunha, de forma a propiciar à defesa acompanhar as reações faciais e gestuais do depoente (em tal configuração, deve-se optar por posicionar mais próximo à testemunha o procurador, por dele se presumir uma postura mais técnica e isenta que a do acusado), mas com o inconveniente de deixar o ato mais vulnerável à possibilidade de intimidação. Esta escolha é discricionária por parte da comissão, não havendo expresso disciplinamento normativo, e, para tal, deve o colegiado se permitir considerar as inferências

que possa fazer do comportamento e do grau de contribuição dado aos trabalhos pela defesa no caso concreto.

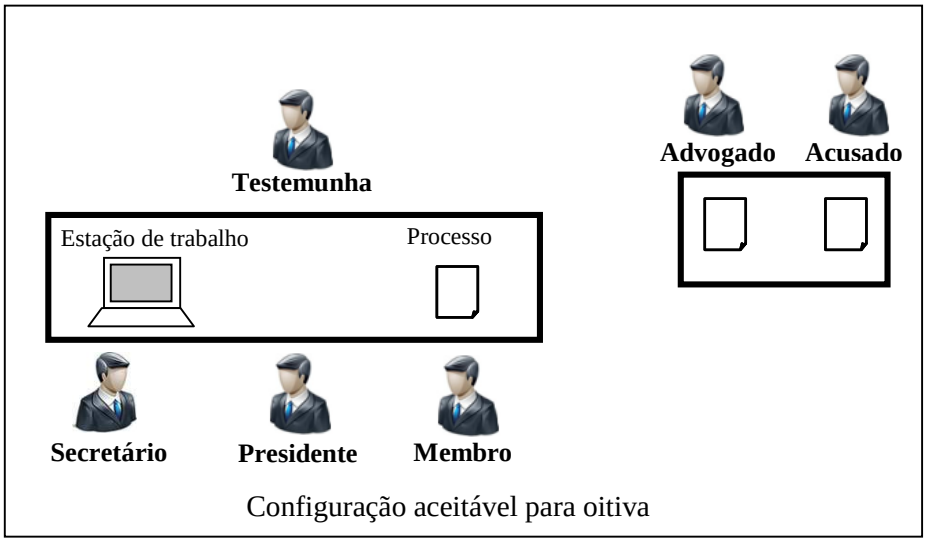
> *"Cabe à Comissão minimizar a possibilidade de que tal intimidação possa ocorrer, devendo preocupar-se com a organização física da sala de oitiva, de forma que a testemunha preste seu depoimento sentada em frente aos membros da Comissão, sem poder vislumbrar o semblante do acusado ou de seu advogado, que deverão estar posicionados atrás na sala.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 207, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

> *"Se a testemunha alegar que está com medo do acusado, a Comissão deverá convencê-la da importância do ato e tentar pegar o depoimento. A atividade disciplinar também envolve psicologia. Uma sugestão é sempre colocar a testemunha de frente para os membros da Comissão e o acusado e seu advogado sentados atrás, de modo que a testemunha não veja o rosto do acusado. Se mesmo assim ela se recusar a depor, isto não é fundamento para retirar o acusado da sala. O acusado somente poderá ser retirado da sala, com motivação registrada na ata, se, durante a oitiva, ele tumultuar o ambiente de trabalho; caso contrário ele fica.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 108, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*



Configuração recomendada para oitiva

Na verdade, embora se recomende a configuração mais conservadora em termos de proteger a testemunha, com a defesa postada em mesa atrás, se reconhece que eventual preferência por parte da comissão para posicionamento da defesa lateralmente ao depoente pode ter os riscos de intimidação minorados com as diligências de se resguardar uma distância razoável entre suas mesas e também com a firme atitude de condução e de comando do colegiado.



Configuração aceitável para oitiva

Na processualística disciplinar, o que não se recomenda, por inevitável risco de intimidação, é a configuração mais usual do processo judicial, em que as mesas são colocadas em "T", pois, desta forma, não há como suprir uma segura distância entre a testemunha e o procurador e o acusado.

4.4.4.7.1 - A Redução a Termo

Na praxe tradicional, o padrão era de as provas orais serem materializadas nos autos com a redução a termo, técnica pela qual incumbia à comissão descrever no termo de oitiva de testemunha tudo o que ocorria ao longo do ato, desde as respostas do depoente e as participações dos demais presentes (estivessem todos situados em um mesmo ambiente ou não) até os incidentes, sobretudo de interferências de parte da defesa. Mas esta materialização tornou-se extremamente rara e excepcional a partir da adoção dos aplicativos de chamada em vídeo, a exemplo do *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec), que permitiu a gravação do ato em arquivos de vídeo a serem autuados no processo.

Nesta linha, já desde a Instrução Normativa CGU/CRG nº 5, de 21 de fevereiro de 2020, que alterou o art. 7º da Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 1º de novembro de 2011, a Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Corregedoria-Geral da União da CGU (CGU/CRG), na condição de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), passou a permitir - sem obrigar - a dispensa da redução a termo, substituída pela autuação do arquivo de vídeo gravado ao longo do ato.

Importante destacar que a coleta da prova oral por meio do aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams* e a sua autuação na forma de arquivo de vídeo solucionou diversos incidentes que podiam ocorrer ao tempo da sua materialização com redução a termo. Citem-se a dificuldade e as controvérsias decorrentes da redução a termo em si, a necessidade de revisão integral do texto ao final por todos os participantes e os possíveis pedidos de alteração de respostas relevantes dadas com espontaneidade.

Não obstante, convém manter registradas as recomendações que se faziam e que ainda se fazem pertinentes para o caso de se ter de realizar a redução a termo em determinado caso concreto de coleta da prova oral - até porque a Portaria Normativa (PN) CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022, norma estruturante que atualizou e revogou diversas normas esparsas da CGU e da CGU/CRG, apesar de eleger a gravação em arquivo de vídeo como o formato preferencial para autuação de prova oral, em seu art. 111 mantém a positivação da

possibilidade de se ter de lançar mão da redução a termo de todas as verbalizações a fim de materializá-las em termo de oitiva de testemunha, na hipótese residual de haver problema com a gravação.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 111. Não sendo possível o registro audiovisual e o seu armazenamento, o depoimento será reduzido a termo com elaboração do termo de depoimento.*
> *Parágrafo único. O termo de depoimento deve ser redigido de forma clara, concisa e objetiva, sem rasuras ou emendas, sendo ao final assinado pelos depoentes, pelo procuradores e pelos membros da comissão e rubricado em todas as suas folhas.*

Ao tempo desta praxe tradicional, era comum que a condução do ato de coleta da prova oral obedecesse ao sistema presidencialista, com o presidente dirigindo a palavra ao depoente e reduzindo a termo, de forma ditada, todas as verbalizações e todos os fatos ocorridos para que o secretário digitasse o termo de depoimento. Mesmo sob esta procedimentalização, na prática, já era perfeitamente compreensível e até recomendável que se mitigasse o formalismo exagerado, sendo pertinente que os vogais e até mesmo a defesa se dirigissem diretamente ao depoente, bem como o secretário poderia ter maior ou menor autonomia para digitar diretamente as respostas do depoente, dispensando o ditado do presidente. Nestes detalhes da forma de procedimentalizar sempre imperou a liberdade a favor de cada colegiado convencionar como fazer, apenas se acautelando com a sugestão de o trio ter antecipadamente combinado as liberdades e os limites de atuação de cada um, a fim de não haver discordâncias internas no momento da realização do ato.

Projetando-se para o tempo presente, independentemente de onde se localizam todos os participantes, pode-se, excepcionalmente, fazer necessário (em virtude de algum imprevisto com o aparato tecnológico envolvendo o recurso de gravação de arquivo de vídeo pelo aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams*) ou até mesmo preferível (por alguma liberalidade de viés estratégico de parte da comissão) que a prova oral seja materializada nos autos mediante redução a termo e elaboração de termo de oitiva de testemunha. Neste rumo, é importante reiterar que a PN CGU nº 27, de 2022, no seu art. 106, estabelece que a prova oral será realizada preferencialmente e não obrigatoriamente por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

Para tanto, parte-se do pressuposto de que as perguntas, em sua imensa maioria, já foram previamente elaboradas (salvo, obviamente, necessidade de se excluir alguma ou de se incluir outra, de acordo com a dinâmica real do ato) e seguem numeradas (para facilitar o entendimento das respostas e a posterior remissão no relatório) e já estão reproduzidas no termo de oitiva. Não obstante, não há impedimento de, nos moldes do processo judicial, se transcrever apenas as respostas, com ou sem numeração.

A partir daí, a praxe é de o presidente reduzir a termo, ditando para que o secretário digite, todas as verbalizações do depoente e dos demais participantes e todas as ocorrências fáticas.

A comissão deve se limitar, de forma mais fiel possível, às expressões e frases empregadas pelo depoente, nos termos do art. 215 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), sem acrescentar expressões e palavras não faladas e também sem alterar a qualidade da manifestação oral, buscando preservar seu estilo (seja mais rebuscado, seja mais simples). O presidente deve encontrar a medida exata entre, por um lado, não interromper demasiadamente a testemunha, interferindo na sua concatenação lógica de ideias e raciocínio, e por outro lado, não deixar o depoente falar ininterruptamente por longo tempo, pois ao final terá dificuldade para se lembrar de tudo. Convém então combinar previamente com o depoente que, em caso de resposta mais longa, serão feitas pausas espaçadas para reduzir a termo. Pode-se, inclusive, ao final de uma resposta mais longa,

solicitar ao secretário que leia o texto digitado em voz alta, a fim de a testemunha ratificar ou corrigir. Mais que isto, para assegurar a necessária garantia do ato e até mesmo para tentar inibir exageradas contestações ou solicitações de retificação quando da leitura final do termo, recomenda-se que a comissão adote a praxe, previamente informada, de ler em voz alta cada pergunta e resposta consignadas.

> *CPP - Art. 215. Na redação do depoimento, o juiz deverá cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases.*

A comissão deve também registrar no termo de oitiva todos os fatos efetivamente ocorridos ao longo do ato. O termo deve ser o mais fiel à realidade possível. Assim, todos os incidentes, interferências, advertências verbais e as abstenções de fazer uso da palavra, sejam da parte de quem for (vogais, acusado, procurador e testemunha), devem ser consignadas no termo. Ademais, o termo deve ser elaborado em texto corrido, sem espaços em branco, parágrafos e rasuras.

Ao final, revisa-se o texto e imprime-se uma única via, para que a testemunha leia antes de assinar, e encerra-se o termo, coletando assinaturas de todos os presentes. Caso a testemunha não saiba ou eventualmente não possa assinar seu próprio nome, deve-se registrar o incidente no termo e solicitar que alguém assine o termo por ela.

> *CPP - Art. 216. O depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes. Se a testemunha não souber assinar ou não puder fazê-lo, pedirá a alguém que o faça por ela, depois de lido na presença de ambos.*

Se, ainda no curso do testemunho ou já na revisão final, a testemunha (ou a defesa) solicitar que se altere relevantemente o teor de alguma resposta (excluídos pequenos lapsos, esquecimentos ou equívocos e meros erros de digitação ou de grafia), não convém editar em cima da resposta original, para que não se perca a espontaneidade da primeira manifestação. Diante deste pedido, convém consignar ao final que foi solicitado o registro de nova resposta, sem eliminar o registro original, conforme também entende a doutrina.

> *“Após encerrada a ata de depoimento, todos os presentes precisam assiná-la, principalmente para comprovar que a testemunha deu realmente aquele depoimento e que o acusado, se presente, realmente pôde participar. Se, contudo, o depoente se recusar a assinar a ata porque entende que o que foi registrado não foi o que ele disse, em sendo isso verdade, a era do computador permite que seja feita a correção sem maiores problemas (nesta hora a Comissão precisa de bom senso para não criar problemas desnecessários com a testemunha). Entretanto, se o que o depoente quer retirar ou modificar é algo que ele realmente disse e que vai servir como prova importante, a Comissão deverá registrar a recusa em assinar e tomar como testemunha os presentes. Não é a solução ideal e deve ser evitada ao máximo, pois um depoimento sem assinatura da testemunha perde muito do seu valor.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 107, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Tendo-se encerrado definitivamente o ato, a comissão junta o termo de oitiva aos autos. Caso o depoente solicite cópia, pode a comissão fornecê-la de imediato, salvo se ainda houver outros testemunhos a serem coletados sob o mesmo enfoque fático, hipótese em que passa a convir que o fornecimento de cópia seja postergado para após a realização de todas as oitivas deliberadas, de forma a diminuir a possibilidade de prévio conhecimento das perguntas, buscando preservar ao máximo a prova oral e a sua característica de instantaneidade.

4.4.4.7.3 - Os Antigos Meios de Superar Localização de Participantes em Distintas Localidades

Antes da adoção dos aplicativos de chamada em vídeo, a exemplo do *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec), a necessidade de coleta de prova testemunhal com algum dos demais participantes (depoente ou defesa) que se encontrasse fisicamente em outra localidade distinta da localidade de sede da comissão e da feitura do ato gerava grandes dificuldades logísticas.

Caso se necessitasse ouvir como testemunha servidor ativo com lotação ou exercício em localidade distinta de onde devesse prestar prova oral, a dificuldade era razoavelmente superada com a permissão para que o depoente recebesse diárias e passagens com o fim de se deslocar para cumprir o dever funcional de testemunhar, estabelecida no inciso I do art. 173 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Neste caso, por previsão regimental, no art. 241 combinado com o inciso XI do art. 354, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 284, de 27 de julho de 2020, e em extensão ao art. 9º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito do Ministério da Economia (ME) -, mediante provocação do presidente da comissão, incumbiria ao Chefe de Escor, como autoridade instauradora, propor ao Corregedor, como ordenador de despesas, nos termos do § 1º do art. 80 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e a este decidir as questões atinentes a deslocamentos, diárias e passagens de interesse correcional.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 173. Serão assegurados transporte e diárias:*
> *I - ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado;*
>
> *Portaria MF nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 241. Ao Serviço de Atividades Administrativas (Sesad) e à Seção de Atividades Administrativas (Sasad) compete gerir e executar as atividades relativas a pessoal, ao apoio administrativo, à gestão de documentos, aos serviços gerais e ao deslocamento de servidores e colaboradores eventuais, no interesse das respectivas atividades.*
> *Parágrafo único. Ao Sesad da Coger e à Sasad da Copei compete, ainda, gerir e executar as atividades financeiras e orçamentárias relativas ao deslocamento de servidores e colaboradores eventuais, no interesse das atividades da Coger e da Copei, respectivamente.*
> *Art. 354. Ao Corregedor incumbe:*
> *XI - praticar os atos de gestão dos recursos orçamentários e financeiros destinados ao pagamento de diárias e passagens, nos deslocamentos de servidores e colaboradores eventuais no interesse da Coger.*
>
> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 9º O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.*

Ressalve-se que, embora haja previsão legal para que a Administração arque com custos de diárias e passagens para deslocar servidor ativo para prestar testemunho, não há idêntico amparo na Lei nº 8.112, de 1990, para que se ordene despesa a fim de que o acusado se desloque para participar da oitiva, conforme ratificam a jurisprudência e a doutrina.

> *STJ, Recurso Especial nº 678.240: "10. O alegado cerceamento de defesa ocorreu, segundo o recorrido, porque '[a] comissão processante, ao deslocar-se ao interior do estado, para coleta de provas, não proporcionou as diárias a que tinha direito o A. para que pudesse acompanhar as diligências e tomada de*

> *depoimentos' (fl. 4). 11. Em momento algum, a Lei n. 8.112/90 determinou à Administração Pública o pagamento do deslocamento do servidor investigado para acompanhar as diligências realizadas no PAD. Ao contrário, o art. 156, caput, daquele diploma normativo apenas garante o direito de o servidor acompanhar as diligências (obviamente, se quiser e se tiver condições)."*
>
> *"Na condição de denunciado ou indiciado e estando o processo sendo realizado fora da cidade onde trabalha, a locomoção e as despesas com refeições não serão pagas pela administração, pois este inciso é claro quando diz 'convocado para prestar depoimento' e não para assistir depoimento de outras pessoas." Wolgran Junqueira Ferreira, "Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União", pg. 154, Edições Profissionais, 1ª edição, 1992*

No que tange à testemunha, a dificuldade era maior caso fosse inativo, ex-servidor ou particular domiciliado em outra localidade distinta da sede da comissão, diante da ausência de previsão legal para ordenar despesa para seu deslocamento. Isto obrigava que, primeiramente, a comissão questionasse o depoente se este se propunha a arcar com os custos de seu deslocamento, o que era muitíssimo improvável. Secundariamente, a comissão deveria diligenciar para que o depoente fosse deslocado na condição de colaborador eventual, conforme previsto no art. 4º da Lei nº 8.162, de 8 de janeiro de 1991, e no art. 10 do Decreto nº 5.992, de 19 de dezembro de 2006, e com previsão regimental nos já citados art. 241 e inciso XI do art. 354, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB,

> *Lei nº 8.162, de 1991 - Art. 4º Correrão à conta das dotações orçamentárias próprias dos órgãos interessados, consoante se dispuser em regulamento, as despesas de deslocamento, de alimentação e de pousada dos colaboradores eventuais, inclusive membros de colegiados integrantes de estrutura regimental de Ministério e das Secretarias da Presidência da República, quando em viagem de serviço. (Redação dada pela Lei nº 8.216, de 13 de agosto de 1991)*
>
> *Decreto nº 5.992, de 2006 - Art. 10. As despesas de alimentação e pousada de colaboradores eventuais, previstas no art. 4º da Lei no 8.162, de 8 de janeiro de 1991, serão indenizadas mediante a concessão de diárias correndo à conta do órgão interessado, imputando-se a despesa à dotação consignada sob a classificação de serviços.*
> *§ 1º O dirigente do órgão concedente da diária estabelecerá o nível de equivalência da atividade a ser cumprida pelo colaborador eventual com a tabela de diárias, ressalvado o disposto no § 3º do art. 3º-B. (Redação dada pelo Decreto nº 7.613, de 17 de novembro de 2011)*

Em primeiro momento, em contexto mais antigo, até 01/11/11, quando não era possível, por restrições orçamentárias, adotar soluções geradoras de custo, para se ouvir inativo, ex-servidor ou particular situado em outra localidade, restaria a mais tênue tentativa de suprir a prova oral com depoente distante, que era com o emprego extensivo e residualíssimo do instituto da carta precatória (ou simplesmente precatória, cuja definição se encontra no inciso III do art. 237 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil - CPC), conforme lhe dão emprego o art. 222 do CPC e o art. 353 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP).

> *CPP - Art. 353. Quando o réu estiver fora do território da jurisdição do juiz processante, será citado mediante precatória.*
>
> *CPC - Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.*
> *§ 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.*
> *§ 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será juntada aos autos.*

> *Art. 237. Será expedida carta:*
> *III - precatória, para que órgão jurisdicional brasileiro pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato relativo a pedido de cooperação judiciária formulado por órgão jurisdicional de competência territorial diversa;*

Por esta instrumentalidade, após a oitiva por meio de carta precatória ser deliberada em ata, a comissão, então, formularia suas perguntas e notificaria o acusado, oferecendo-lhe prazo para, se desejasse, apresentar os seus quesitos complementares. Como a Lei nº 8.112, de 1990, é silente acerca do prazo a ser concedido à parte, recomendava-se a integração com a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, de onde se poderia extrair duas referências: três dias úteis, no art. 41, ou cinco dias corridos, no art. 24, optando-se pelo mais benéfico. Por óbvio, não se afastava a prerrogativa de o colegiado, com base no § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, indeferir perguntas impertinentes, protelatórias irrelevantes, conforme também entende a doutrina, inclusive da Controladoria-Geral da União (CGU). Informa-se, ainda, que se assim preferisse, o acusado e/ou seu procurador poderia(m) comparecer pessoalmente ao ato, às próprias custas, para formular suas perguntas à testemunha (caberia à parte tomar as providências que entendesse mais convenientes para exercer o contraditório).

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior.*
> *Parágrafo único. O prazo previsto neste artigo pode ser dilatado até o dobro, mediante comprovada justificação.*
> *Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.*

> *"Diante da impossibilidade de deslocamento da Comissão ou do depoente, por analogia ao disposto art. 222, do CPP, a Comissão, por meio da carta precatória, poderá, para fim específico de realização da oitiva, solicitar a designação por outra comissão ou servidor público especialmente designado pela autoridade local competente.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 228, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/ Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

> *"A despeito de não existir empecilho de cunho legal a que possa a comissão se deslocar para outros pontos do território nacional, advirta-se, porém, que medidas de contenção de despesas, por vezes, desaconselham ou tornam proibitivas tais movimentações onerosas.*
> *Para suprir tal impasse, a única alternativa acenável é a carta precatória, por meio da qual a comissão depreca outras autoridades para o cumprimento de algumas diligências, as quais, embora imprescindíveis ao esclarecimento dos fatos objeto do processo, não são tão essenciais a ponto de exigirem esses onerosos deslocamentos.*
> *A comissão pode, por conseguinte, deprecar o cumprimento das seguintes diligências: audição de testemunhas, acareações, reconhecimento de pessoas ou coisas, reprodução simulada de fatos, colheita de material gráfico ou mecanográfico e outras mais.*
> *Não obstante, recomenda-se que as comissões não abusem do recurso à carta precatória, posto que é discutível a validade plena dos atos processuais realizados fora do processo e por uma só pessoa. Processualmente, há muita diferença entre os atos de um colegiado e os que são realizados por uma só autoridade. Os primeiros são, obviamente, dotados de maior credibilidade jurídico-processual." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 228 e 229, Editora Brasília Jurídica, 5ª*

edição, 2005

Ato contínuo, a comissão deveria remeter, por carta precatória, todas as perguntas, preferencialmente para aquela autoridade que, na localidade onde se encontrasse a testemunha, tinha poder de instaurar instância disciplinar ou, secundariamente, para a autoridade titular de unidade fiscal da jurisdição, para que esta autoridade deprecada designasse servidor ou comissão para a realização da oitiva. A intimação, encaminhada à testemunha pelo servidor ou comissão designado(a) pela autoridade deprecada, deveria conter a data, hora e local da oitiva, com prazo hábil de antecedência de três dias úteis ou de cinco dias corridos, para ser ouvida.

No ato, o servidor ou a comissão designado(a) deveria seguir, no que coubesse, as técnicas e dinâmicas de uma oitiva convencional, registrando a presença do acusado ou de seu procurador (se fosse o caso) e fazendo oralmente as perguntas e reduzindo a termo as respostas. O servidor ou a comissão designado(a) deveria se limitar às perguntas previamente elaboradas, somente cabendo-lhe formular novas perguntas porventura apresentadas pela defesa, na hipótese de esta comparecer ao ato. Neste caso, não assistiria ao servidor ou à comissão designado(a) o direito de analisar ou não pertinência das perguntas apresentadas pela defesa, restando este juízo posteriormente reservado para o colegiado responsável pelo processo, conforme também entende a doutrina. Por óbvio, se a defesa optasse por comparecer pessoalmente à oitiva, previamente, deveria a comissão instruir o servidor ou a comissão designado(a) para manter a ordem no recinto e impedir intimidação da testemunha e interferências nas respostas, por parte do acusado ou de seu procurador. Finalmente, após a realização do ato, a autoridade deprecada enviaria o termo para a comissão.

> *"(...) muitos órgãos estão se socorrendo da figura do colaborador eventual, que não é servidor e que presta serviços para a Administração, geralmente como palestrante. Esta figura está sendo utilizada, por analogia, como fundamento para que a Administração pague diárias e passagens a não servidores para irem prestar depoimentos na sede da comissão.*
> *Contudo, se não for possível pagar o deslocamento do depoente em hipótese alguma, só restará a utilização, por analogia com a figura prevista para o processo civil, de carta precatória.*
> *(...) para dar maior transparência e oportunidade à defesa, a comissão de processo disciplinar deverá dar ciência a ele [acusado] da data e local onde ocorrerá a oitiva e se o acusado comparecer, poderá fazer perguntas, mas mesmo nesse caso, por falta de competência, o servidor/comissão que estiver cumprindo a carta precatória permanecerá impedido de formular perguntas suas ou alterar as que foram enviadas.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pgs. 112 e 113, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Ainda àquele tempo incipiente, não sendo possível arcar com custos de deslocamento da testemunha como colaborador eventual e diante da fragilidade da coleta de sua prova oral por meio de carta precatória, o ordenamento administrativo evoluiu para passar a permitir - sem obrigar - o emprego da ferramenta da videoconferência.

Antes, resgate-se que a admissão e a introdução da videoconferência no cenário jurídico, como prova lícita e legalmente prevista, decorreu da esperada e salutar atualização do ordenamento face à evolução dos recursos tecnológicos ao dispor de toda a sociedade. E merece destaque relembrar que esta harmonização do meio jurídico com os avanços da tecnologia iniciou-se na instância processual penal, justamente a instância instrumental mais conservadora, cautelosa e formalista, com a edição da Lei nº 11.690, de 8 de junho de 2008, que introduziu no CPP, no seu art. 217, a possibilidade de a oitiva de testemunha poder ser realizada por meio de videoconferência, por motivação de proteger a testemunha de eventual risco de intimidação, no que se denominou minirreforma da parte processual. Posteriormente,

a inovação jurídica avançou na instância processual penal, com a edição da Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009, estendendo, no *caput* e no § 3º do art. 222 do CPP, a possibilidade de realização de oitiva de testemunha por videoconferência para viabilizar ou facilitar, operacionalmente, a ato de instrução quando o depoente reside em outra jurisdição. O CPC, no § 3º do art. 236 e nos §§ 1º e 2º do art. 453, também já havia reconhecido a validade de atos instrutórios e em especial oitiva de testemunha por meio de videoconferência.

> *CPP - Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*
> *Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)*
> *Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.*
> *§ 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)*
>
> *CPC - Art. 236.*
> *§ 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.*
> *Art. 453.*
> *§ 1º A oitiva de testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a audiência de instrução e julgamento.*
> *§ 2º Os juízos deverão manter equipamento para a transmissão e recepção de sons e imagens a que se refere o § 1º.*

Ato contínuo, na sequência, também a Administração cuidou de harmonizar seu regramento àquela realidade tecnológica, tendo cabido à CGU, por meio da Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG), que efetivamente exerce as atividades do órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), regulamentar o emprego sistêmico desta ferramenta, tendo, para este fim, naquela época, editado a Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 12, de 1º de novembro de 2011. No caso da instância administrativa, a adoção da videoconferência como meio válido de prova decorreu do objetivo de viabilizar ou facilitar, no contexto de então, a coleta de prova oral, precipuamente de testemunha mas também de acusado residente em outra localidade, como forma de dispensar a necessidade de se ordenar despesas com deslocamento

Como é a regra de qualquer prova admitida no processo disciplinar, não só a decisão em si de se trazer aos autos a prova testemunhal de determinada pessoa mas também a decisão de como instrumentalizar este ato (no caso em tela, por meio de videoconferência) sempre decorriam unicamente da deliberação soberana da comissão, independentemente de a oitiva ter sido objeto de iniciativa de ofício do colegiado ou de deferimento de pedido formulado pela defesa. Desde que preservadas as garantias de o acusado e/ou seu procurador reinquirirem a testemunha e de contraditarem as informações trazidas aos autos no curso daquele ato instrumentalizado por videoconferência, não cabia à defesa questionar a soberana decisão por parte da comissão - que se presumia sempre motivada e amparada na

razoabilidade e no bom senso - de coletar a prova oral sob aquela forma não presencial, de acordo com o contexto da época.

De se destacar que a mencionada IN CGU/CRG não impunha ou exigia a realização da videoconferência quando o ato de prova oral envolvesse pessoas que se encontravam em localidades diferentes, mas sim tão somente previa e permitia este tipo de ato processual no rito disciplinar, como forma de, simultaneamente, contemplar tanto a necessidade de busca da verdade processual sob respeito das garantias de ampla defesa e de contraditório quanto a celeridade e a redução de custos procedimentais.

Em geral, os integrantes de comissão já estavam habituados com o uso desta ferramenta tecnológica e os Escritórios de Corregedoria (Escor) já dispunham de sala própria específica para provas orais e dotadas de equipamentos apropriados, o que facilitava não só na sede da comissão (em geral no próprio Escor) como na outra localidade onde se encontrava a testemunha a ser ouvida, se esta coincidisse com sede de outro Escor. Mas quando a outra localidade não coincidisse com a sede de outro Escor, devia a comissão primeiramente diligenciar, na localidade onde se encontrava a testemunha a ser ouvida, com o fim de obter o devido apoio da área técnica competente (destacadamente, das projeções regional ou local de Tecnologia e Segurança da Informação que jurisdicionavam a localidade ou até mesmo da chefia do respectivo Escor, se fosse o caso) para instalação e/ou disponibilização dos equipamentos necessários, podendo, para isto, solicitar às correspondentes autoridades a indicação de um servidor detentor de conhecimento da tecnologia empregada e nomeá-lo como secretário *ad hoc*, por portaria de pessoal do presidente, especificando que a designação se restringia ao desempenho das funções de assistência técnico-operacional e de apoio administrativo exclusivamente para aquele ato deliberado.

Neste caso, a portaria de pessoal de designação de servidor estranho ao colegiado, a exemplo do já aduzido em **4.3.3**, devia ser publicada no boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, no caso, era o Boletim de Serviço da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - BS RFB). Era recomendável também que, após a designação do secretário *ad hoc*, o presidente da comissão lhe enviasse mensagem pelo correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), não só lhe repassando cópia de sua portaria de pessoal designadora mas também solicitando que entrasse em contato com o secretário da comissão e/ou com o(s) servidor(es) competente(s) da(s) respectiva(s) projeção(ões) de Tecnologia e Segurança da Informação, a fim de acertarem todos os detalhes técnicos necessários à preparação do ato.

A infraestrutura necessária em cada localidade, basicamente, era um equipamento de videoconferência, um monitor de vídeo (como um aparelho de televisão, por exemplo, por meio do qual os presentes em uma sala viam e ouviam a outra sala), uma impressora e uma digitalizadora (ou uma impressora multifuncional com digitalizadora) e uma estação de trabalho padrão (com correio eletrônico institucional), todos interligados e conectados em rede. Em vista do necessário sigilo da instância correcional, que requer alto grau de confiabilidade e de inviolabilidade, devia-se acautelar para impedir riscos de captação indevida do ato, recomendando-se que se configurassem os equipamentos das duas salas (aqui se cogitando da situação padrão e mais comum, de o ato envolver apenas dois recintos distintos) para que a conexão entre eles fosse feita, preferencialmente, de forma direta, sem que os sinais de áudio e vídeo passassem por servidores locais ou regionais.

Além da configuração mais usual para videoconferência (qual seja, para suprir a necessidade de se ouvir como testemunha um inativo, um ex-servidor, um particular ou até mesmo um servidor ativo que se encontrasse em uma localidade enquanto a comissão e a defesa se encontravam em outra), também se previa a possibilidade de emprego desta ferramenta para outras situações mais excepcionais.

Na primeira destas situações excepcionais, podia-se cogitar de a comissão acatar que a defesa participasse da oitiva de testemunha por videoconferência estando em uma terceira localidade, diferente de onde se encontrava o colegiado e também diferente de onde se encontrava o depoente. Neste caso, era necessário que a comissão atentasse para o fato de que, em tal configuração, os esforços acima se projetavam também para esta terceira sala, em termos de infraestrutura e necessidade de contar com mais um secretário *ad hoc*, de forma a se tê-la como residual, apenas para casos em que se demonstrasse intransponível, como, por exemplo, quando a localidade de lotação ou de exercício do acusado diferisse das duas localidades anteriores.

De forma ainda mais residual devia ser compreendida a possibilidade de realização de oitiva por videoconferência com a defesa não na localidade onde se encontrava a comissão mas sim na localidade onde se encontrava o depoente. Neste caso, devia o colegiado atentar para as dificuldades que podiam decorrer do fato de ele estar em uma localidade e a testemunha e a defesa em outra localidade, ou seja, afastados fisicamente do poder condutor dos seus integrantes e juntos de um secretário *ad hoc* que podia não possuir nenhum conhecimento da procedimentalização disciplinar. Diante do risco de a defesa intimidar e interferir pessoalmente nas respostas da testemunha, devia a comissão empregar esta possibilidade com extremada cautela, buscando reservar a oitiva por videoconferência da testemunha que se encontrava em outra localidade para o caso em que a comissão e a defesa se encontravam na mesma localidade. Alternativamente, caso se fizesse necessária a realização de oitiva por videoconferência com a testemunha e a defesa em uma mesma sala, podia a comissão adotar a solução de deslocar um de seus membros para esta segunda localidade, a fim de melhor atuar na vedação de intimidação ou de conluio.

Em extensão a estas duas configurações excepcionais, podia-se ainda extrair uma terceira possibilidade de emprego da videoconferência. Nada impedia que, a seu exclusivo critério, pudesse a comissão deliberar pelo emprego desta ferramenta também para suprir eventual distância entre a localidade em que se encontrava a defesa e a localidade em que se encontravam o trio processante e a testemunha, como meio de propiciar ao acusado o exercício do contraditório sem ônus financeiro. Desta forma, em razão de peculiaridades específicas de determinado caso concreto, até podia o colegiado suprir a participação contraditória da defesa quando esta se encontrasse em localidade distinta daquela em que transcorria o processo, promovendo presencialmente a oitiva da testemunha e fornecendo a possibilidade de a defesa participar do ato à distância.

Sobre as possibilidades acima aventadas, podia-se agregar uma excepcionalidade - àquela época - ainda maior, de se ter de desdobrar esforços em termos de infraestrutura, quando a própria comissão se encontrava separada, com algum de seus membros em localidade distinta dos outros dois.

Fosse qual fosse a configuração, após a confirmação daqueles pré-requisitos operacionais, devia a comissão notificar a testemunha e a defesa das localidades, data e horário de realização do ato, com no mínimo três dias úteis de antecedência, destacando ainda o direito de o acusado e de o procurador comparecerem a uma ou a outra localidade, de acordo com sua preferência.

O ato em si devia transcorrer o máximo possível de forma similar a uma oitiva com todos os agentes presentes no mesmo recinto, conforme era o padrão da época. A comissão devia manter o mesmo *layout* de sua sala, no que diz respeito a seu posicionamento e ao posicionamento da defesa, caso, como se supõe e se sugere, esta se fizesse presente na localidade de instalação do colegiado. No caso de a defesa e a testemunha estarem em localidades distintas, a comissão e o secretário *ad hoc* deviam posicionar os assentos e a câmera de forma que a defesa visse a testemunha em seu ângulo de visão, para atestar a espontaneidade das respostas, mas, em contrapartida, a testemunha não devia ter a defesa em

seu ângulo de visão, para evitar qualquer forma de inibição ou de intimidação, ainda que à distância. No caso mais excepcional de a testemunha e a defesa ocuparem a mesma sala, devia a comissão instruir o secretário *ad hoc* a adotar o *layout* que evitasse a intimidação. No início da oitiva, devia o presidente informar a todos os agentes envolvidos como transcorreria o ato e suas peculiaridades em comparação com a oitiva presencial, registrando tais especificidades no termo de oitiva e adotando, na sequência, a mesma dinâmica do ato convencional quanto às perguntas, respostas, interferências, controle da ordem, apreciação de petições e redução a termo.

Conforme já exposto em **4.4.4.3**, a IN CGU/CRG nº 12, de 2011, foi alterada pela IN CGU/CRG nº 5, de 21 de fevereiro de 2020, passando a permitir o registro audiovisual, a ser juntado nos autos e franqueado à defesa, ficando a comissão dispensada, se assim preferisse, de consignar por escrito em termo de oitiva tudo o que de fato ocorresse durante a prova oral, bastando para tal gravar o ato e autuar esta gravação. Portanto, ainda ao tempo em que a videoconferência era ferramenta usual para suprir distância entre participantes, antes da adoção de aplicativo de chamadas em vídeo, a exemplo do *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec), já havia amparo para que a comissão procedesse à gravação do ato de prova oral e se dispensasse a redução a termo se assim preferisse. Neste formato de registro, exigia-se apenas que o presidente consignasse em termo a realização da prova oral naquela data e indicasse os participantes e as localidades onde se encontravam, dispensando que assinassem o documento, à vista apenas do registro verbalizado e gravado de sua presença.

Ainda deixando registrada a forma mais convencional de autuação, qual seja, por meio de termo de oitiva, sem gravação do ato, ao seu final, após ajustado o texto entre todos os agentes participantes, deviam ser juntadas ao processo tantas vias do termo de oitiva por videoconferência (todas de igual forma e teor) quantas fossem as localidades envolvidas, ressalvada a sala da comissão se esta estivesse sozinha. A comissão devia assinar digitalmente todas as vias e os demais presentes deviam assinar somente as vias correspondentes às localidades onde se encontravam, de forma que o conjunto de todas as vias contivesse as assinaturas de todos os participantes. Estando a comissão sozinha em sua sala, bastava que assinasse, digitalmente, as vias das demais localidades. Mas se estivesse acompanhada, a comissão devia imprimir uma via do termo de oitiva e, juntamente com quem mais porventura estivesse na mesma localidade, devia rubricar as primeiras folhas do termo e assinar a última e, em seguida, juntá-la ao processo. Já as demais vias deviam ter os encaminhamentos que se seguem. O arquivo eletrônico original, sem assinaturas, devia ser remetido, pelo correio eletrônico institucional, para os secretários *ad hoc* situados nas demais localidades. Nestas salas remotas, os secretários *ad hoc* deviam imprimir o termo, rubricar, assinar, coletar rubricas e assinatura de quem mais porventura estivesse naqueles recintos, digitalizar esta nova versão do documento e formalizar solicitação de juntada de documento (SJD) no Sistema e-Processo. O colegiado devia então analisar as referidas SJDs e, em seguida, assinar digitalmente todas as vias do termo apresentadas.

Acrescente-se que, embora se tenha descrito o emprego da videoconferência voltado à coleta de testemunho de inativo, ex-servidor ou particular situado em localidade diferente, esta ferramenta também podia ser usada, exatamente com a mesma dinâmica acima descrita, para se coletar testemunho de servidor ativo que se encontrava em localidade distinta da comissão, caso não fosse possível ou justificável deslocá-lo, seja por questões de custo ou por quaisquer outras dificuldades operacionais.

Por fim, cabe registrar que a mencionada IN CGU/CRG nº 12, de 2011, foi revogada pela Portaria Normativa CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022. Os comandos da norma revogada, que se reportavam apenas à possibilidade de emprego de videoconferência, foram

atualizados, passando a nova norma a prever, em seus arts. 106 a 111, de forma mais genérica, a possibilidade de emprego recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real para realização e gravação de provas orais e o registro audiovisual para ser autuado, conforme se detalhou em **4.4.4.3**.

4.4.5 - Declarantes sem Compromisso de Verdade

Conforme já exposto em **4.4.4.1.1**, oO cônjuge, o filho, o irmão, o pai, a mãe e os parentes afins do acusado (os quais, pelo art. 206 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal - CPP, são desobrigados de depor), bem como seu amigo íntimo e seu inimigo notório ou alguém que seja interessado na causa, tais como agentes que respondam a inquérito policial, ação penal ou ação civil - de improbidade administrativa, por exemplo - pelo mesmo fato objeto do processo disciplinar (os quais, pelo § 3º do art. 447 e pelo art. 448, ambos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), são considerados suspeitos e, como tal, não depõem como testemunha no processo disciplinar. Enquanto os primeiros não testemunham pela óbvia vinculação com o acusado, os que têm interesse no litígio não testemunham porque pode ocorrer de se verem obrigados, sob juramento de verdade, a se autoincriminar.

> *CPP - Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.*
>
> *CPC - Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.*
> *§ 3º São suspeitos:*
> *I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo;*
> *II - o que tiver interesse no litígio.*
> *Art. 448. A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos:*
> *I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau;*
> *II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.*

Acrescente-se que, em **4.2.6**, foram apresentadas as definições de graus de parentesco e a forma de contá-los, a cuja leitura se remete e que a interpretação sistemática do ordenamento impõe que se inclua o companheiro de união estável em textos normativos mais antigos, que mencionavam apenas o cônjuge, como neste caso do CPP.

Todavia, em harmonia ao que se aduziu em **4.4.2**, uma vez que não se trata de pessoas legalmente impedidas e proibidas de depor em razão de ofício ou de serem doentes mentais e de menores de quatorze anos, nos termos que delimitam os arts. 207 e 208 do CPP, a desobrigação ou a suspeição para deporem como testemunhas não impedem que sejam ouvidos no processo se a comissão, em sua livre apreciação da prova, considera estritamente necessário o seu depoimento. Apenas, neste caso, não depõem como testemunhas, mas sim como declarantes, sem que deles se exija o compromisso de verdade, ao amparo dos §§ 4º e 5º do art. 447 do CPC e da doutrina.

> *CPP - Art. 214. Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.*
> *(**Nota**: O art. 207 lista os proibidos de depor em função do ofício e o art. 208*

exclui o compromisso de verdade para os parentes do acusado, doentes mentais e menores de quatorze anos.)

CPC - Art. 447.
§ 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.
§ 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

"(...) seu depoimento será considerado como apenas de informante (...) quando houver relação de parentesco, consanguíneo ou afim, com o acusado, bem como sendo o depoente cônjuge ou companheiro do acusado, pois os parentes, servidores ou não, poderão apresentar sua versão do fato ou elementos de elucidação, os quais deverão ser tomados com as cautelas devidas. Seus depoimentos serão registrados como de informantes e não de testemunhas. Como informantes, tais pessoas estão isentas de assumir o compromisso de 'dizer sempre a verdade, toda a verdade, do que souber e lhe for perguntado'.
A Comissão poderá ouvir as testemunhas impedidas ou suspeitas, somente se o seu depoimento for estritamente necessário. Dentre estas, as pessoas interessadas no resultado da averiguação em curso. Neste caso, o depoimento será tomado, como se disse, sem o compromisso, e a Comissão deverá atribuir-lhe o valor que possa merecer, conforme determina analogicamente o § 4º do art. 405 do Código de Processo Civil." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 141, Editora Consulex, 2ª edição, 1999

No caso de declarante que já se sabe antecipadamente ter vínculo pessoal com o acusado, o chamado para prestar prova oral pode ser consubstanciado em intimação ou em excepcional solicitação de comparecimento, a critério da comissão, à vista das peculiaridades do caso específico, que podem indicar maior relevância e imprescindibilidade à prova oral, tendo registrado a motivação em ata de deliberação. No caso de intimação dirigida a servidor ativo, a base legal a ser empregada pela comissão reside no inciso II do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e no inciso IV do art. 4º e no art. 39, ambos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999; se dirigida a servidor inativo ou a ex-servidor e demais pessoas (particulares, terceiros e administrados em geral), a capitulação se restringe aos comandos acima da Lei nº 9.784, de 1999, não se aplicando o inciso II do art. 116 do Estatuto.

Mas pode ocorrer de a vinculação somente vir à tona no momento do depoimento, quando então a testemunha se declara desobrigada ou suspeita ou é contraditada pela defesa. Neste caso, deve a comissão, antes de prosseguir na realização do ato, verbalizar a ocorrência do incidente e a alteração da qualificação do depoente de testemunha para declarante.

Feitas estas ressalvas, aproveitam-se as demais recomendações feitas em **4.4.4** para o depoimento de testemunha quanto à condução do ato em si.

Ao final da instrução, a comissão valora a oitiva do declarante à luz do critério da persuasão racional (ou do convencimento motivado), assegurado no *caput* do art. 155 do CPP, para formar sua convicção, comparando e confrontando este ato descompromissado de verdade com o restante do conjunto probatório coletado. E o tema da valoração no que tange à oitiva de declarante se demonstra bom exemplo de aplicação daquele critério, pois esta prova pode amparar uma hipótese que mereça melhor valoração que a hipótese amparada por uma oitiva de testemunha, apesar de a primeira ter sido tomada sem comprometimento de verdade. Embora, *a priori*, se possa presumir que a oitiva de testemunha ampara hipótese merecedora de maior valoração que a hipótese amparada por oitiva de declarante, eis que, na peculiaridade de cada caso concreto, pode o declarante trazer elementos que se coadunam com as demais provas e a testemunha soar divergente.

CPP - Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão

> *exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*

Também pode ocorrer de alguém, que não tenha sido convocado, apresentar-se diante da comissão, de forma espontânea e imprevista, para prestar declarações ou formular denúncias. Neste caso, será tomado seu depoimento, da forma descrita em **4.4.4** ou **4.4.5**, dependendo se há ou não vinculação pessoal com o acusado, mesmo sem ter havido intimação para o depoimento nem notificação para o acusado acompanhar, e fazendo constar no início do termo ou no início da verbalização a ser gravada em arquivo de vídeo as circunstâncias do seu comparecimento espontâneo. Cabe à comissão, caso queira dar maior valor probante às declarações, agendar um segundo depoimento, com regular notificação ao acusado para lhe propiciar o exercício do contraditório.

4.4.5.1 - Provas Orais Decorrentes de Colaboração Premiada Judicialmente Homologada

Merece menção a possibilidade de o agente público ou o particular que celebra colaboração premiada na instância de investigação criminal ou de instrução processual penal vir a ter, posteriormente, sua prova oral pleiteada pala defesa em processo disciplinar. Antes, porém, de se abordar este incidente refletido na esfera disciplinar, faz-se necessário discorrer sobre a colaboração premiada, à luz da lei de regência deste instituto e dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários voltados para seu emprego naquela instância para a qual foi originalmente instituído. Somente após esta contextualização é que se dedicará a avaliar como a colaboração premiada pode repercutir na processualística disciplinar.

Dando então início a esta abordagem introdutória, pode-se dizer que o instituto da colaboração premiada, em sentido lato, já é mencionado no ordenamento jurídico no mínimo desde a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (que dispõe sobre crimes hediondos), ainda que de forma muito incipiente, cogitando-se no parágrafo único do art. 8º apenas da hipótese de um agente denunciar todo bando ou quadrilha; posteriormente, ganhou maior robustez com a Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999 (que estabelece programa de proteção a vítimas, testemunhas e colaboradores), conforme especificamente dispõem seus arts. 13 a 16, já positivando a hipótese de investigado ou acusado colaborar com a investigação policial ou com o processo criminal. Mas, de forma mais precisa, a colaboração premiada somente teve definição legal e procedimentalização positivada com o advento da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (que define organização criminosa).

O art. 3º-A da Lei nº 12.850, de 2013, acrescentado pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (que ficou conhecida pelo epíteto frustrado de “pacote anticrime”), define a colaboração premiada como um meio de obtenção de prova (e, pode-se dizer, doutrinariamente, que também se enquadra no conceito de técnica especial de investigação - TEI). Na verdade, o que, equivocadamente, a Lei define como meio de obtenção de prova não é toda a colaboração premiada mas sim o seu termo de acordo, o que é uma impropriedade, pois a TEI é todo o procedimento investigativo e não apenas um de seus componentes. Conforme a conceituação já apresentada em **4.4.1.1.3.a**, meios de obtenção de prova são instrumentos previstos em lei, normalmente executados por agentes extraprocessuais (ou seja, por agentes diferentes daqueles que conduzem o processo em curso para o qual se presta a ferramenta) e com a marcante característica de serem protegidos por cláusula de sigilo (uma vez que, em geral, é o efeito surpresa que lhe agrega eficácia) e de terem, consequentemente, a oferta do contraditório diferida para momento posterior à sua realização. Como regra, os meios de obtenção de prova, em sua execução, afastam ou mitigam direitos ou garantias fundamentais individuais de molde constitucional e, por tocarem em valores tão sensíveis, requerem previsão legal e autorização judicial para serem executados. Em contraponto aos

meios de prova (compreendidos como os instrumentos ou pontes pelos quais as partes carreiam para o processo os elementos que embasam suas alegações, tais como oitivas de testemunhas, oitivas de declarantes, acareações, interrogatórios, laudos periciais, laudos técnicos, diligências, reconhecimentos de pessoas ou de coisas), os meios de obtenção de prova visam a coletar fontes materiais de prova que indiretamente atuarão na convicção ao julgador - enquanto os meios de prova fornecem o esclarecimento fático de forma direta ao julgador, os meios de obtenção de prova o fazem de forma indireta, a depender das fontes a serem obtidas com a sua execução.

> *Lei nº 12.850, de 2013 - Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Certo é que meio de obtenção de prova encerra uma expressão em gênero, que se desdobra em diversas espécies, como mandado de busca e apreensão, afastamento de sigilo bancário, afastamento de sigilo das comunicações e colaboração premiada, dentre tantas outras. A colaboração premiada, portanto, é uma espécie do gênero dos meios de obtenção de prova. Em razão do círculo sensível de direitos e de garantias que a colaboração premiada pode atingir, como é comum no gênero dos meios de obtenção de prova, este instrumento se amolda à instância penal, sendo vocacionado a ser empregado de forma mais comum e destacada na investigação criminal (como é o caso dos inquéritos policiais), mas sem prejuízo de também ser utilizado já no curso da instrução processual penal (como é o caso das ações penais). Portanto, não há previsão legal de execução de colaboração premiada no âmbito do processo disciplinar. Não obstante, o resultado decorrente da colaboração premiada realizada na instância penal pode ser compartilhado, mediante autorização judicial, com a Administração.

Nos termos dos §§ 1º, 3º e 4º do art. 3º-C e dos incisos do *caput* e dos §§ 1º, 4º e 5º do art. 4º, ambos da Lei nº 12.850, de 2013, em sintéticas palavras, na colaboração premiada, o coautor ou partícipe do crime, seja na condição ainda de investigado no inquérito policial, seja já na condição de acusado na ação penal, assume a postura de colaborador com a investigação criminal ou com a persecução penal. Para tanto, estando sempre acompanhado de seu defensor técnico, além de abrir mão de seu direito de se manter em silêncio e de não se autoincriminar e de confessar sua atuação na conduta criminosa, o colaborador também se compromete em fornecer ou em indicar ao Delegado de Polícia ou ao membro do Ministério Público informações que levem aos outros envolvidos, que esclareçam o modo de funcionamento e a estruturação hierárquica da organização criminosa ou que recuperem o produto ou o proveito do crime. É indispensável que o colaborador assim aja de forma voluntária (ou seja, sem coação) e efetiva (ou seja, corroborando suas declarações orais com elementos informativos materiais). Por este breve relato, se depreende que a colaboração premiada sempre se insere em contexto criminal de concurso de agentes em que o colaborador confessa sua participação no crime, o que permite desde já diferenciá-la de uma mera testemunha da ocorrência criminosa (que não tem nenhuma coautoria ou participação na ação) e também de uma mera confissão (em que o criminoso apenas reconhece sua autoria ou participação, sem nada informar sobre demais coautores ou partícipes). Ademais, a colaboração premiada figura como gênero em relação à espécie delação premiada (somente se trata de delação premiada se o colaborador informa quem são os demais envolvidos no crime - ao contrário do emprego coloquial das expressões, colaboração premiada e delação premiada não são exatamente sinônimos). Em contrapartida, o colaborador tem a expectativa de obter o benefício negociado com o agente investigador ou persecutório (policial ou ministerial) de não ser sequer denunciado ao juízo criminal pelo Ministério Público ou de lhe ser concedida pelo juiz, somente no momento da exaração da sentença da ação penal, a chamada sanção premial, que pode lhe contemplar com a redução da pena privativa de liberdade em até dois terços ou com a sua substituição por pena restritiva de direitos ou ainda com a progressão de

regime ou até mesmo com o perdão judicial.

> *Lei nº 12.850, de 2013 - Art. 3º-C.*
> *§ 1º Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 3º No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 4º Incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:*
> *I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;*
> *II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;*
> *III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;*
> *IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;*
> *V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.*
> *§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.*
> *§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *I - não for o líder da organização criminosa;*
> *II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.*
> *§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.*

Quanto à procedimentalização da colaboração premiada, a Lei nº 12.850, de 2013, estabelece o rito a ser seguido pelas partes e pelo juiz. Sem a participação do juiz, o procedimento se inicia, a rigor, com a proposta espontânea do investigado ou réu em prestar a colaboração premiada com a autoridade investigativa ou persecutória (sem prejuízo de o Delegado de Polícia ou o membro do Ministério Público tomar a iniciativa de apresentar à defesa a possibilidade de acordo, desde que sem coação). A partir da proposta, estabelecem-se tratativas entre as duas partes, acobertadas por cláusula de sigilo, como é da natureza dos meios de obtenção de prova e conforme preveem o art. 3º-B e o § 6º do art. 4º, ambos da Lei nº 12.850, de 2013. Nesta fase, nos termos dos §§ 13 a 15 do art. 4º da citada Lei, as negociações se dão por meio de declarações do colaborador, tomadas e preservadas na forma de provas orais (de natureza constituenda, portanto) com comprometimento de dizer a verdade, que devem sempre ser corroboradas pelo fornecimento de elementos informativos materiais (documentais, sobretudo - de natureza pré-constituída, portanto) ou pela indicação de como podem ser obtidos pela autoridade policial ou ministerial.

> *Lei nº 12.850, de 2013 - Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo*

> *e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *Art. 4º*
> *§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.*
> *§ 13. O registro das tratativas e dos atos de colaboração deverá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.*
> *§ 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.*

Para o avanço das tratativas, a fim de culminarem na celebração de acordo de colaboração premiada entre as partes, são indispensáveis os elementos informativos materiais corroboradores das declarações, uma vez que não há concretização efetiva da negociação e muito menos recebimento de denúncia e menos ainda posterior condenação do corréu delatado na consequente ação penal fundadas apenas naquelas provas orais coletadas do colaborador, conforme expressa o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850, de 2013. Em outras palavras, nem mesmo o acordo benéfico ao colaborador e muito menos decisões contrárias ao interesse do delatado vinculam-se tão somente às declarações orais do delator, sendo condicionadas à corroboração concreta e efetiva.

> *Lei nº 12.850, de 2013 - Art. 4º*
> *§ 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *I - medidas cautelares reais ou pessoais; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *II - recebimento de denúncia ou queixa-crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *III - sentença condenatória. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Havendo a necessária corroboração das declarações do colaborador por meio de elementos informativos materiais, as partes celebram e expressam em termo o acordo de colaboração premiada. Somente neste ponto, após cessarem com sucesso as tratativas entre as partes é que soa correto afirmar que o acordo de colaboração premiada é um negócio jurídico processual personalíssimo, conforme bem define o já reproduzido art. 3º-A da Lei nº 12.850, de 2013. Ato contínuo, este termo de acordo de colaboração premiada, instruído pelas declarações e pelos elementos informativos, é remetido à apreciação do juiz que, à vista de critérios de legalidade e regularidade do procedimento, de proporcionalidade, interesse público e efetividade das informações prestadas e do benefício pactuado e voluntariedade do colaborador, pode ou não homologar o acordo, nos termos dos §§ 7º e 9º do art. 4º da Lei nº 12.850, de 2013.

> *Lei nº 12.850, de 2013 - Art. 4º*
> *§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

> *I - regularidade e legalidade; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 8º O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Percebe-se, portanto, que a colaboração premiada é composta das declarações gravadas do colaborador, dos elementos informativos materiais por este fornecidos ou indicados e pelo termo de acordo de colaboração premiada pactuado pelas partes. Sob outra ótica, o meio de obtenção de prova aqui tratado (a colaboração premiada) é um instrumento procedimental instruído por meios de prova (as provas orais prestadas pelo colaborador e os elementos informativos corroboradores de suas declarações) e que deságua na elaboração do termo de acordo de colaboração premiada.

Tendo sido homologado pelo juiz o acordo de colaboração premiada e tendo havido oferta de denúncia pelo Ministério Público em face de corréu delatado (podendo ou não o colaborador também ser denunciado) e instauração da consequente ação penal, todo o conjunto componente da colaboração premiada (as declarações do colaborador na fase das tratativas, os elementos informativos materiais fornecidos ou indicados e o consequente termo de acordo entre as partes) perde a cláusula de sigilo, é autuado na ação penal e é passível de acesso e de contestação por parte da defesa. Obviamente, a afirmação anterior é mitigada no caso de diligências investigativas ainda em curso para as quais o prévio conhecimento de seu teor as põe a perder. Importante destacar que, ao serem juntados aos autos, com a ciência da defesa, todos estes elementos componentes da colaboração premiada desde já consagram a oferta do contraditório e, ainda que não contestados, a partir deste momento passam a assumir a condição de provas. Em outras palavras, para que os componentes da colaboração premiada valham como provas, basta que sejam autuados na ação penal à qual o corréu delatado tem acesso.

Chega-se, então, ao ponto crucial desta questão, que é o pedido de parte do (co)rréu delatado para que seja ouvido, na condição de testemunha, o colaborador, tenha ele sido denunciado ou não. O § 12 do art. 4º da Lei nº 14.850, de 2013, assevera que o colaborador pode ser ouvido a pedido de uma das partes ou por iniciativa de ofício do juiz. Caso não tenha sido denunciado, o que faz presumir ausência de interesse na ação penal, o colaborador presta a prova como testemunha; e, ao contrário, caso tenha sido denunciado, o que indica inequívoco interesse na ação penal, o colaborador presta a prova oral como declarante. Destaque-se a peculiaridade singular e sensível desta situação: em uma mesma ação penal, o delator, acaso denunciado, tanto atua como réu e como tal presta interrogatório como, em determinado momento, pode ter de vir a atuar como declarante, em uma condição quase similar a uma testemunha de acusação do corréu por ele mesmo delatado. E, em todos os casos, a citada Lei, no § 10-A do mesmo art. 4º, assegura ao (co)rreu delatado a faculdade de se manifestar após o colaborador.

> *Lei 12.850, de 2023 - Art. 4º.*

> *§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.*

A jurisprudência voltada para as instâncias de investigação criminal ou de instrução processual penal se manifesta no sentido acima defendido, de que cabe a prova oral do colaborador a pedido do (co)rréu delatado e de que a condição em que depoente participa do ato (como declarante ou como testemunha) se vincula ao fato de ter sido ou não denunciado. Assim, cabe menção especial a um julgado exarado no bojo da extensa operação que se tornou conhecida como "Lava-Jato", em que o corréu delatado questionava o acordo homologado a favor do colaborador. Este julgado, tido como paradigmático, teve no voto do relator uma manifestação extremamente técnica e até didática, esclarecendo detalhadamente que ao corréu delatado não é concedida a indevida extensão de direito de defesa de poder contestar o acordo de colaboração em si celebrado entre o Ministério Público e o colaborador e homologado pelo juiz, posto que esta negociação jurídica personalíssima não atinge círculo de direitos do delatado mas sim tão somente prevê benefício para o colaborador. Não obstante, conforme bem assentado no voto, o corréu delatado tem sim o direito de contestar não apenas os elementos informativos materiais fornecidos ou indicados pelo colaborador mas até mesmo as declarações por este realizadas na fase das tratativas.

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Dias Toffoli, Habeas Corpus nº 127.483/PR, DJe 04/02/2016, Ementa: "6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no 'relato da colaboração e seus possíveis resultados' (art. 6º, I da Lei nº 12.850/13).*
> *7. De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor."*
> *Voto do Ministro Relator: "Assim, a homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas (...).*
> *Por essa razão, Gustavo Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, embora cuidando da delação premiada prevista no art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98, (Lavagem de Dinheiro), afirmam que as declarações do delator, para serem consideradas meios de prova, deverão encontrar amparo em outros elementos de prova existentes nos autos que corroborem seu conteúdo, bem como, caso tenham sido prestadas na fase extrajudicial ou em procedimento criminal diverso, deverão ser confirmadas em juízo, assegurando-se ao delatado o contraditório (Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 174-175, grifo nosso).*
> *A propósito, Gustavo dos Reis Gazzola, ao tratar do direito de o delatado contrastar as informações prestadas pelo colaborador, aduz que a delação premiada no curso do processo pode gerar duas situações:*
> *'Primeira, o delatado é corréu no processo. Deve, portanto, o delatado, por meio de advogado, poder contrastar as informações prestadas pelo delator no curso da própria relação processual, o que se dará pela possibilidade de perguntas, quer em audiência de interrogatório, quer em audiência designada para essa finalidade. (...)'*

> *Também Frederico Valdez Pereira assenta a indispensabilidade de se assegurar aos delatados pelo colaborador o direito de confrontar em juízo o arrependido, com o intuito de retirar ou abalar a credibilidade de suas declarações, aduzindo que*
> *'(…) portanto, acaso se pretenda utilizar as informações advindas da delação para sustentar um juízo condenatório, ostentando a condição de meio de prova, é indispensável submeter o agente colaborador ao contraditório em juízo" (op. cit., p. 146-147).'*
> *Neste particular, o art. 4º, § 12, da Lei nº 12.850/13 determina que, 'ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial'. (...)*
> *Não resta dúvida, portanto, de que o delatado, no exercício do contraditório, terá o direito de inquirir o colaborador, seja na audiência de interrogatório, seja em audiência especificamente designada para esse fim.*
> *Assegura-se, dessa forma, a 'paridade de armas' entre o delatado e o órgão acusador, entendida como 'o indispensável equilíbrio que deve existir entre as oportunidades concedidas às partes para que, ao apresentar suas provas e alegações ao juiz ou tribunal, não seja colocado em desvantagem em relação à parte contrária' (Gomes Filho, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 36)"*

Os entendimentos acima esposados também se encontram refletidos, em especial, em dois julgados exarados no bojo do caso que se tornou conhecido sob o epíteto de "Mensalão" e também na doutrina igualmente voltada para a colaboração premiada no âmbito do inquérito policial ou da ação penal.

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Joaquim Barbosa, Agravo de Regimento na Ação Penal nº 470/MG, DJe 02/10/2009, Ementa: "O sistema processual brasileiro não admite a oitiva de co-réu na qualidade de testemunha ou, mesmo, de informante, como quer o agravante. Exceção aberta para o caso de co-réu colaborador ou delator, a chamada delação premiada, prevista na Lei 9.807/99."*

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Joaquim Barbosa, Terceira Questão de Ordem em Ação Penal nº 470/MG, DJe 30/04/2009, Ementa: "7. De todo modo, por não terem sido ouvidos na fase do interrogatório judicial, e considerando a colaboração prestada nos termos da delação premiada que celebraram com o Ministério Público, é perfeitamente legítima sua oitiva na fase da oitiva de testemunhas, porém na condição de informante."*

> *STF, Segunda Turma, Ministro Relator Dias Toffoli, Agravo Regimental na Reclamação nº 21.258/PR, DJe 20/04/2016, Ementa: 4. O agravante, com fundamento na Súmula Vinculante nº 14 do STF, poderá ter acesso a todos os elementos de prova documentados nos autos dos acordos de colaboração - incluindo-se as gravações audiovisuais dos atos de colaboração de corréus - para confrontá-los, mas não para impugnar os termos dos acordos propriamente ditos."*

> *"Assim, o colaborador poderá prestar depoimentos formais, de preferência gravados em meio audiovisual, que serão usados em juízo e ali repetidos mediante contraditório, quando se equipara a testemunha.*
> *Pode haver gravação dos encontros das negociações, mas os registros audiovisuais assim obtidos não podem ser utilizados contra o colaborador, sem o seu consentimento e do seu defensor. No entanto, se o acordo for finalmente formalizado, as gravações podem ser apresentadas em juízo, não se prescindindo, conforme o caso, do depoimento judicial do colaborador em procedimento de cross-examination. Formalizado o acordo, seu instrumento deve ser juntado aos autos da ação penal, para que se cumpra o contraditório.*

> *(…) Mesmo nos casos de simples delação, o Ministério Público está sempre obrigado a revelar à defesa a existência do acordo de colaboração, seu beneficiário e as autoridades intervenientes, a fim de que o delatado tenha condições de exercer o seu direito de confrontação com o colaborador." Vladimir Aras, "Técnicas Especiais de Investigação", in Carla Veríssimo de Carli (Coordenadora) e outros, "Lavagem de Dinheiro - Prevenção e Controle Penal", pgs. 534 e 535, Editora Verbo Jurídico, 2ª edição, 2013*
>
> *"Caso haja necessidade de oitiva formal do colaborador (ou delator) no processo relativo aos coautores ou partícipes delatados, a fim de se lhe conferir valor de prova, e não de mero elemento informativo, há de se assegurar a participação dialética das partes, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa. Afinal, se há simples confissão na parte em que o acusado reconhece que praticou o delito, ao atribuir o cometimento do crime a outra pessoa, o delator passa a agir como se fosse testemunha, tendo o ato, nessa parte, natureza de prova testemunhal, daí por que imprescindível o respeito ao contraditório judicial. Funcionando a observância do contraditório como verdadeira condição de existência da prova, tal qual dispõem a Constituição Federal (art. 5º, LV) e o Código de Processo Penal (art. 155, caput), surgindo a necessidade de se ouvir o colaborador no processo a que respondam, por exemplo, os acusados objeto da delação, a produção dessa prova deve ser feita na presença do juiz com a participação dialética das partes.*
> *Logo, tendo em conta que a colaboração ganha contornos de verdadeira prova testemunhal em detrimento de corréu delatado, há de se permitir ao defensor a possibilidade de fazer reperguntas ao delator, exclusivamente no tocante à delação realizada, sob pena de indevido cerceamento da defesa e consequente anulação do processo a partir do interrogatório, inclusive. (...)*
> *Neste contexto, como observa Aury Lopes Jr., quando estiver depondo na condição de réu, o delator está amparado pelo direito ao silêncio. Logo, não está obrigado a responder às perguntas que lhe foram formuladas (pelo juiz, acusador ou demais corréus) e que lhe possam prejudicar. No tocante às perguntas que digam respeito às imputações que está fazendo, o silêncio alegado deve ser considerado no sentido de desacreditar a versão incriminatória dos corréus. Por fim, quando arrolado como testemunha de acusação em um processo em que não figure como acusado, o delator não está protegido pelo direito ao silêncio, tendo o dever de responder a todas as perguntas, como qualquer testemunha, desde que das respostas não produza prova contra si mesmo." Renato Brasileiro de Lima, "Manual de Legislação Criminal Especial", pgs. 1048 e 1049, Editora Juspodium, 11ª edição, 2023*
>
> *"(…) quando há delação (assume o acusado a sua culpa e imputa também parte dela a outro co-réu), sustentamos poder haver reperguntas do defensor do co-réu delatado, unicamente para aclarar pontos pertinentes à sua defesa. Nesse caso, haverá, durante o interrogatório, um momento propício a isso, ou então marcará o juiz uma audiência para que o co-réu seja ouvido em suas declarações, voltadas, frise-se, a garantir a ampla defesa do delatado, e não para incriminar de qualquer modo o delator." Guilherme de Souza Nucci, "Código de Processo Penal Comentado", pg. 446, Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2006*

Esgotada então toda a apresentação conceitual e contextualizadora da colaboração premiada sob ótica da investigação criminal e da instrução processual penal - para as quais foi originariamente concebida, repita-se -, busca-se agora analisar como pode a ocorrência deste incidente processual naquelas esferas repercutir na processualística disciplinar. Neste foco, a principal questão a se enfrentar é quando o servidor acusado em processo disciplinar tenha sido delatado por um particular ou por outro servidor (envolvido ou não com o fato sob apuração) e requer a prova oral deste colaborador.

Mas, antes disto, é preciso pontuar, em preliminar que, caso exista colaboração premiada no curso de inquérito policial ou de ação penal e esta seja compartilhada com a Administração mediante a devida autorização judicial, convém, antes de autuar (seja em que momento processual for: na formalização do procedimento investigativo ou do processo disciplinar ou já em seu curso), avaliar a pertinência e a relevância de sua autuação, a fim de que não constem dos autos elementos dispensáveis. A autoridade competente ou a comissão condutora do feito precisa avaliar minuciosamente se é pertinente e relevante trazer aos autos administrativos os elementos componentes daquele sensível meio de obtenção de prova que, certamente, provocará debates com a defesa e entraves no prosseguimento do rito procedimental ou processual.

Superada esta primeira questão em preliminar, em sendo caso de se autuar a colaboração premiada celebrada por servidor que também pode vir a figurar ou que já figure no polo passivo em processo disciplinar, é relevante destacar que, não raro, na homologação judicial, a sanção premial negociada pode conter cláusula que veda o emprego dos elementos informativos materiais fornecidos ou indicados por este colaborador contra ele mesmo na instância disciplinar. Opera-se aqui uma espécie de extensão do benefício negociado, em atenção ao primado da desnecessidade de o agente produzir prova contra si mesmo, já que seria contrasenso que a sua confissão na instância penal gere a concessão de sanção premial e, ao mesmo tempo, contraditoriamente, na instância disciplinar, gerasse repercussão disciplinar. Neste caso, por um lado, não se nega aqui a incidência de certa mitigação do princípio da independência das instâncias, uma vez que a negociação jurídica celebrada pelo membro do Poder Judiciário vem impor restrição à atuação administrativa. Não obstante, por outro lado, não se veda o emprego no processo disciplinar de outras provas independentes daquelas fornecidas ou indicadas na colaboração premiada em face do mesmo servidor colaborador e menos ainda se veda emprego no processo disciplinar daquelas mesmas provas fornecidas ou indicadas na colaboração premiada pelo servidor colaborador em face do coacusado delatado e em face de outros servidores diferentes.

Acrescente-se que a repercussão acima, delimitadora da independência da atuação correcional, pode também repercutir na responsabilização de pessoa jurídica se o servidor for proprietário de ente privado que poderia ser objeto de processo administrativo de responsabilização à vista dos elementos informativos materiais por ele fornecidos ou indicados na colaboração premiada.

Superada aquela questão preliminar e à margem desta condicionante acima exposta, na regra geral, todos os componentes da colaboração premiada (declarações orais em tratativas do colaborador - de natureza constituenda -, elementos informativos materiais por ele fornecidos ou indicados - de natureza pré-constituída - e termo de acordo de colaboração premiada homologada pelo juiz), uma vez compartilhados com a Administração com a devida autorização judicial e tendo sua autuação considerada pertinente e relevante, adentram os autos inicialmente como elementos informativos de forma documental. No rigor terminológico, trata-se de circularização de elementos informativos, nos termos a serem expostos em **4.4.13**. A partir do momento, no processo disciplinar, em que a defesa tem ciência desta juntada (ciência esta presumida de imediato pelo sempre disponível acesso aos autos) e, consequentemente, tem a possibilidade (como prerrogativa assegurada mas não como obrigação) de questioná-los, resta suprida a indispensável oferta do contraditório. Desta forma, neste exato momento processual, independentemente de a defesa tê-los contestado ou não, aqueles elementos informativos materiais assumem a qualidade de prova, podendo ser mencionados na indiciação como elementos supridores de convicção contrária ao acusado.

Com isto, caso a defesa não conteste os componentes da colaboração premiada judicialmente compartilhada e autuada e dos quais teve ciência, não se obriga a comissão, por exemplo, a ter de refazer, de ofício, as provas orais coletadas na fase das tratativas para poder

empregá-las na formação de convicção acusatória na indiciação. Com a forma de prova documental, aquelas declarações são perfeitamente legítimas para figurarem na indiciação. De certa forma, cabe dizer que apenas muito excepcionalmente pode a comissão, de ofício, deliberar ouvir em prova oral o colaborador. Esta hipótese somente se justifica se o colegiado, em seu entendimento próprio, perceber que o colaborador pode auxiliar com mais informações de interesse do esclarecimento fático sob ótica disciplinar, além do que ele já verbalizou nas declarações, uma vez que aquelas tratativas foram conduzidas sob interesse penal, ou seja, com o fim de tutelar distinto bem jurídico. Esta hipótese é possível porque o conjunto de componentes da colaboração premiada pode conter, além dos elementos informativos mínimos necessários para a celebração do acordo de viés judicial, parcelas de relatos do colaborador que funcionem justamente como o elo faltante e que conecta aqueles elementos vistos isoladamente e que interessem para persecução de materialidade disciplinar, de forma que a própria comissão pode entender pertinente aprofundar este meio de prova oralizado, com intenção de extrair do depoente mais informações relevantes para sua convicção. Como regra, não se faz necessário a comissão, *sponte sua*, decidir pela prova oral do colaborador, sem provocação da defesa, visto ser um ato instrucional complexo e até mesmo constrangedor e muito provavelmente causador de incidentes processuais (embora longe de ser ilegal).

No rumo oposto, no caso de processo disciplinar instruído por colaboração premiada judicialmente compartilhada e autuada em que a defesa peticiona para que o colaborador seja ouvido, o pedido deve ser deferido. Pelo material referencial reproduzido linhas acima, além do expresso comando legal positivado no § 12 do art. 4º da Lei nº 12.850, de 2013, a jurisprudência e a doutrina não autorizam o indeferimento de plano do pedido para que se ouça o colaborador e conduzem à interpretação de que a comissão deve deferir o pleito, seja ele fundado nas declarações orais em tratativas do colaborador, seja ele fundado até mesmo nos elementos informativos materiais por ele fornecidos ou indicados.

Mesmo que a defesa indique intenção de contestar, na prova oral solicitada, os elementos informativos materiais de natureza pré-constituída, não convém o colegiado indeferir a petição - sob pena incorrer em sério risco de trazer aos autos a mácula de nulidade por cerceamento de direito de defesa - valendo-se da insuficiente tese de que tal questionamento não passaria pela participação pessoal e oralizada do colaborador em prova de natureza constituenda e sim que deveria se limitar apenas à contestação estática do conteúdo de cada elemento documental. Da mesma forma, há risco de nulidade se a comissão justificar o indeferimento com a alegação de que, sendo todo o conjunto da colaboração premiada uma espécie de meio de obtenção de prova e de já ter sido objeto de prévia homologação judicial, não comportaria nenhuma discussão dialética e que qualquer pedido da defesa acerca do colaborador deveria ser de plano indeferido. Tampouco sustenta o indeferimento a justificativa de que não haveria pertinência desta prova oral solicitada com o fato sob apuração, uma vez que o colaborador atuou justamente não só confessando sua participação na conduta criminosa, em concurso de agentes, mas também delatando o acusado sobre a mesma materialidade.

Ao contrário, deve o colegiado sopesar que os meios de prova obtidos com a colaboração premiada (as declarações orais em tratativas do colaborador e os elementos informativos materiais por ele fornecidos ou indicados) não são provas emprestadas no sentido estrito e formal da expressão, a ser apresentado em **4.4.13**, uma vez que não se submeteram ao contraditório quando de sua coleta, visto que a TEI transcorre em sigilo (recorde-se, em geral, no âmbito do inquérito policial, antes de instaurada a ação penal com garantia de contraditório ao corréu delatado). Sendo elementos informativos circularizados, deve-se sempre deferir qualquer pedido referente ao colaborador, a fim de suprir a garantia diferida do contraditório.

Na hipótese em tela, admitindo-se o depoimento do colaborador, convém que a comissão sempre tome tal prova oral qualificando-o como declarante, nos moldes expostos em **4.4.5**, sem nenhum compromisso de verdade, além de alertá-lo de início da desnecessidade de fazer provas contra si mesmo acerca de eventuais fatos novos que o incriminem. E tal postura deve ser a mesma, independentemente de o colaborador ser particular ou servidor, de ter sido ou não denunciado na esfera penal e de ser coacusado ou não no processo disciplinar. Esta cautela se justifica a fim de que o colegiado não se exponha a riscos de crítica de suposto ato de abuso de autoridade que poderia incorrer se qualificasse como testemunha e impusesse compromisso de verdade acerca não só do conteúdo já delatado mas também do que porventura venha a informar no depoimento quem sempre pode ter algum interesse na apuração objeto do processo disciplinar, já que a colaboração premiada tem como pressupostos básicos e elementares a existência de concurso de agentes e a confissão de parte do colaborador em sua participação na conduta ilícita. Ademais, sob ótica pragmática, como se trata de prova oral que, em sua imensa maioria, não contava com a espontaneidade da comissão, tendo sido deferida apenas por cautela de não desrespeitar a amplitude do contraditório, o fato de o colaborador ser qualificado como declarante e não como testemunha, além de não impor nenhuma perda no conjunto probatório *a priori* merecedor de maior valoração, sinaliza a presumida pouca relevância atribuída a este ato de instrução.

Esta possibilidade de a defesa em processo disciplinar solicitar a prova oral do colaborador traz à tona interessante discussão acerca do equilíbrio dinâmico que se tem de obter entre o atingimento do conceito de *standard* probatório, nos termos expostos em **4.4.1.1.6**, e o cumprimento do princípio do contraditório. Constando dos autos a colaboração premiada e considerando a comissão que o *standard* probatório está suficientemente suprido (ou seja, considerando dispensável qualquer novo ato instrucional em razão de ter convicção sem dúvida razoável), por um lado, se não houver pedido da defesa para a prova oral do colaborador, reitera-se o acima já exposto de que não é necessário o colegiado espontaneamente deliberar de ofício por sua oitiva, pois não há afronta ao princípio do contraditório (suprido com a ciência de parte da defesa de que a colaboração premiada foi juntada aos autos). Por outro lado, se a defesa peticionar pela prova oral do colaborador, ainda que a comissão considere suprido o critério de suficiência explanatória (ou seja, mesmo considerando dispensável qualquer novo ato instrucional), o indeferimento de tal pedido expõe a risco de crítica de cerceamento de direito de defesa, pois não cabe o colegiado inferir qual a estratégia da defesa e o que esta tem a questionar do colaborador cuja prova oral mantém presumida relação de pertinência com os fatos sob apuração. Não cabe a comissão impor à defesa o seu entendimento unilateral de que não há nada a se inquirir do colaborador e soa como arbitrário indeferir o pedido. Neste caso, a observância do princípio do contraditório, de relevante guarida constitucional, deve superar a percepção da comissão de satisfação do mero conceito doutrinário e extralegal de suficiência explanatória.

Por fim, ainda sobre este tema, é de se lembrar do já exposto em **4.4.1.1.5**, acerca de valoração. Como não se cogita no ordenamento pátrio de sistema pré-tarifado de valoração, não há como atribuir, aprioristicamente, determinado valor aos componentes da colaboração premiada compartilhada (as declarações orais em tratativas do colaborador e os elementos informativos materiais por ele fornecidos ou indicados) e à eventual prova oral do colaborador como declarante no processo disciplinar. Como se sabe, a valoração é feita caso a caso, à luz do sistema da persuasão racional, ponderando a qualidade e a força da hipótese que cada evidência ampara. Isto reforça o que se aduziu linhas acima, que os componentes da colaboração premiada, uma vez compartilhados, adentram os autos administrativos como provas de forma documental, não sendo relevante aqui discutir se as declarações seriam circularizadas como provas de forma testemunhal ou documental, uma vez que seu valor será aferido concretamente caso a caso. O mesmo se aplica para afirmação também já exposta de que o colaborador, caso seja ouvido, que o seja na condição de declarante, uma vez que não

existe pré-tarifação desta prova como necessariamente de menor valor do que se fosse qualificada como testemunha. Seriam, portanto, irrelevantes as discussões e as contestações acerca da forma com que os elementos informativos são atuados no processo disciplinar e acerca da qualidade com que depõe o colaborador. Ademais, com o sistema da persuasão racional, sem valoração pré-tarifada de prova, não cabe atribuir valor apriorístico aos meios de prova obtidos pela colaboração premiada (as próprias declarações orais do colaborador em tratativas e os elementos informativos materiais por ele fornecidos ou indicados) na colaboração premiada em comparação com as provas de forma testemunhal ou de forma documental também constantes dos autos mas obtidas de forma independente daquela TEI. Por fim, também não se pode adotar posição valorativa apriorística na hipótese excepcional de o colaborador, em seu depoimento como declarante no processo disciplinar, contradizer aqueles meios de prova obtidos pela colaboração premiada. Em ambas as hipóteses acima aventadas, é de se avaliar e valorar todo o contexto probatório constante dos autos administrativos à luz dos bens jurídicos estatutariamente protegidos.

4.4.6 - Diligências

Dentro da processualística administrativa disciplinar, o termo “diligências”, da forma como elencado na lista exemplificativa de atos de instrução previstos no art. 155 da Lei n° 8.112, de 11/12/90, refere-se, de forma genérica e ampla, a qualquer deslocamento da comissão na busca da elucidação do fato, mediante visitas, verificações, medições ou vistorias que podem ser realizadas pelos próprios integrantes da comissão, não requerendo a especialidade de um perito ou técnico. Tais deslocamentos da comissão, em geral, se dirigem ao local de ocorrência dos fatos, mas também podem, ocasionalmente, se dirigirem a outros locais que de alguma forma estejam associados ao objeto da apuração e visam a melhor verificar fatos, objetos ou circunstâncias ou para interpretá-los ou ainda para reconstituir determinadas situações. Enfim, incluem-se nesta espécie de elemento formador de convicção todos os atos por meio dos quais, formalmente e com o devido registro nos autos, a comissão sai de sua sala de instalação com o fim de angariar, no ambiente externo (seja em uma repartição do próprio órgão ou de outro órgão ou seja em ambiente público ou privado; seja no local de ocorrência do fato ou em qualquer outro lugar) qualquer tipo de informação concreta acerca do objeto da apuração.

Estas diligências, previstas no processo disciplinar pelo Estatuto sob enfoque *a priori* mais generalista (sem prejuízo de tipos mais específicos de diligências, com peculiaridades próprias, que adiante serão abordados), têm sua realização condicionada apenas à prévia e autônoma deliberação da comissão, dispensando intervenção de outras autoridades estranhas ao processo. Como atos de natureza contraditória, a sua correta e necessária formalização, além da já mencionada prévia ata de deliberação da comissão, exige a entrega de notificação (nas formas e meios permitidos em **4.3.11.3** e em **4.4.3**) ao acusado para que este, se quiser, acompanhe a realização, com três dias úteis de antecedência, conforme o art. 41 da Lei nº 9.784, de 29/01/99.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.*
>
> *CPC - Art. 483. O juiz irá ao local onde se encontre a pessoa ou a coisa quando:*
> *I - julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar;*
> *II - a coisa não puder ser apresentada em juízo sem consideráveis despesas ou graves dificuldades;*

> *III - determinar a reconstituição dos fatos.*
> *Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa.*
> *Art. 484. Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa.*
> *Parágrafo único. O auto poderá ser instruído com desenho, gráfico ou fotografia.*

Ainda sob indispensáveis aspectos formais, as diligências, em seu momento de realização, devem ser presenciadas por todos os integrantes da comissão e, por fim, devem ter o resultado registrado por meio de termo de diligência, no qual se descrevem os detalhes do ato instrucional, relatando-se tudo o que foi apurado, preferencialmente elaborado no próprio local, coletando-se assinatura de todos os presentes. Em respeito à garantia do direito ao contraditório, se a defesa se fizer presente à diligência, antes de seu encerramento, deve a comissão perguntar ao acusado ou a seu procurador se desejam mais alguma verificação física no local (obviamente, sujeita à imediata apreciação de pertinência por parte do colegiado) e se querem manifestar alguma informação a mais no termo, devendo constar do documento tais ofertas e as respectivas respostas, bem como, se for o caso, as razões do motivado indeferimento por parte do trio (não se afasta a prerrogativa estabelecida no § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de o presidente denegar pedidos impertinentes, protelatórios ou sem relação com o fato). Caso não seja possível esta pronta elaboração do termo (sobretudo em diligências realizadas fora de unidades da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - RFB), deve a comissão previamente preparar uma minuta do termo com cabeçalho introdutório padronizado e espaço em branco para registros manuscritos e assinaturas abaixo.

Pode acontecer, no curso da diligência, a mero título de exemplos não exaustivos, de a comissão ter de observar rotinas de funcionamento de uma unidade, divisão ou setor, ou ter de pesquisar arquivos de documentos, ou ainda reduzir a termo breves manifestações ou informações prestadas por servidores ou por outros agentes do local de ocorrência dos fatos. Assim, o termo de diligência deve relatar as observações da comissão, os documentos ou objetos porventura solicitados e/ou recebidos, as informações orais eventualmente coletadas e tudo o mais quanto for relevante para o esclarecimento do fato, podendo-se, inclusive, valer-se do auxílio de fotografias.

A diligência, inclusive, pode ser empregada como forma de sintetizar em único ato instrucional a necessidade de se trazer aos autos informações sobre rotina de funcionamento de determinado local de trabalho, que, de outra forma, para ser angariada, necessitaria de diversas oitivas de testemunhas.

> *"(...) Normalmente, as [diligências] destinam-se a verificações simples, de coisas que podem ser constatadas por pessoas comuns. As perícias normalmente se referem a situações que apresentam alguma complexidade técnica.*
> *A diligência destina-se à obtenção de alguma prova ou ao esclarecimento de dúvida existente a respeito de prova apresentada, podendo consistir tanto em uma solicitação escrita quanto em uma vistoria; uma ida ao local onde algo se encontre, para a constatação pessoal de aspectos físicos importantes para o processo administrativo em curso.*
> *As partes interessadas, por força do contraditório, sempre deverão ter a faculdade de acompanhar as diligências pessoais e de exigir que no relatório da vistoria constem determinados detalhes que consideram importantes e que foram efetivamente constatados." Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, "Processo Administrativo", pg. 138, Malheiros Editores, 1ª edição, 2001*

Em atenção ao atual estágio de desenvolvimento tecnológico, é de se flexibilizar a afirmação apriorística e histórica, aposta acima, de que a diligência deve ser presenciada por

todos os integrantes da comissão. A harmonização da necessidade de participação integral do trio nos atos formadores de convicção com os recursos tecnológicos disponíveis e permitidos juridicamente ao aplicador do Direito conduz ao emprego de diligência remota, com que se mitiga a indispensabilidade da presença física de todos os agentes quando da feitura do ato. Trazendo à tona o contexto histórico em que foi editada a Lei nº 8.112, de 1990, o legislador não presumia os avanços tecnológicos atualmente disponíveis, especialmente de videoconferência ou de qualquer outro recurso tecnológico de teletransmissão de sons e imagens ao vivo e em tempo real. Não obstante, tomando o princípio do formalismo moderado (que rege que a forma de um ato processual é mero meio para que se alcance o fim a que se destina o ato e não um fim em si mesma) e a visão sistemática do ordenamento, relembra-se aqui o já aduzido em **4.4.4.7.3**, em que se apresentou a base normativa para a realização de prova testemunhal por meio de videoconferência. O § 3º do art. 236 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) e o art. 1º da Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 12, de 1º de novembro de 2011, em leitura conjunta, autorizam que se aproveite, para o caso de realização de diligência, apenas o que for cabível, destacadamente a infraestrutura de equipamentos e de auxílio técnico.

> *CPC - Art. 236.*
> *§ 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.*
>
> *IN CGU/CRG nº 12, de 2011 - Art. 1º O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal - SisCor-PEF, visando instrumentalizar a realização de atos processuais a distância, poderá promover a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa, na forma disciplinada nesta Instrução Normativa.*

Esta percepção harmonizada torna possível a realização de diligência remota, em ambiente virtual, adaptando a tecnologia de videoconferência. Pode ser útil em caso de acusado lotado em unidade em localidade diferente da localidade em que se situa a comissão e em que se faça necessário acompanhar, por exemplo, um acesso a sistema interno da RFB (seja por parte do servidor, para que a comissão ateste, seja ao contrário, por parte da comissão, para que o servidor acompanhe) ou alguma espécie de reprodução simulada ou até mesmo de reconhecimento de objeto, documento ou pessoa. Dependendo do tipo de ato a se realizar sob esta concepção de diligência remota, provavelmente haverá a designação de um secretário *ad hoc*, para que, em nome da comissão, operacionalize o que for necessário para a feitura do ato na localidade remota e, por vezes, também a designação de um servidor lotado na projeção local ou regional de tecnologia da informação, se o ato envolver acesso a qualquer sistema interno.

Ressalve-se que, a despeito da praxe leiga costumar se referir como “sair em diligência” ou “diligenciar” para meros atos rotineiros de simples operacionalização dos trabalhos apuratórios (tais como ida a uma unidade ou a outro órgão apenas para entregar um ofício ou qualquer ato de comunicação ou para receber algum documento solicitado, bem como qualquer forma de simples coleta de documentos já existentes), tais iniciativas ou providências interlocutórias não se revestem da formalidade de serem considerados atos de instrução probatória requeredores de contraditório, não se configurando como diligências no sentido estrito de ato de coleta de prova, e, portanto, dispensam tanto a presença de todos os membros da comissão (podendo ser realizados até mesmo por um servidor estranho à comissão, seja integrante do grupo de atividades administrativas dos Escor que porventura o possuam, seja ainda por qualquer servidor do Escor - nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros) quanto a notificação ao

acusado.

Ainda no escopo mais generalista das diligências como ato de instrução em processo disciplinar, conforme já manifestado, pode se demonstrar necessário, por exemplo, que a comissão se desloque à unidade de ocorrência do fato, para levantar as condições e o ambiente de trabalho, o aspecto físico, localização, etc. Neste caso, por deferência à autoridade, além da notificação ao acusado, recomenda-se também prévia comunicação ao titular da unidade em que se dará a diligência e, conforme já aduzido em **4.4.1.4**, no caso de ARF, recomenda-se que esta comunicação seja dirigida ao Agente, não sendo necessário comunicar ao respectivo Delegado.

Seja de forma inesperada e somente detectada no momento da realização do ato, seja de forma prevista pela comissão já desde o momento em que cogita de sua realização, as diligências realizadas na repartição podem, independentemente de autorização judicial, acarretar na requisição ou na apreensão de documentos (tanto em meio concreto, como papel e suportes em geral, quanto em meio virtual, a exemplo de arquivos e mensagens eletrônicas), objetos e bens, atingindo todo mobiliário (mesas, gavetas, armários) e quaisquer ambientes de trabalho e todos os equipamentos (mais especificamente, microcomputadores, notebooks, telefones celulares e mídias eletrônicas de armazenamento de dados - CD, DVD, disco rígido externo - *hard disk* - HD, cartão de memória, *pendrive*) de propriedade ou posse da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e confiados ao servidor e nos quais se encontrem informações que, motivadamente, possam interessar à elucidação dos fatos (com o que se afasta a injustificável e gratuita invasão à intimidade e à vida privada da pessoa).

Se a comissão, desde o momento em que cogita da realização da diligência, antevê a possibilidade de se proceder às mencionadas requisições ou apreensões, torna-se recomendável que, excepcionalmente, não delibere em ata e muito menos notifique a defesa a intenção de realizar este ato interno de busca e apreensão. Ao contrário do padrão da instrução probatória, deve a comissão apenas comunicar, previamente e de forma reservada, o titular da unidade onde se dará a diligência (exceto nos casos em que até esta comunicação superior possa frustrar o objetivo da medida), com solicitação para que este providencie apoio necessário de algum servidor que atue no macroprocesso de trabalho envolvido no ato, sobretudo de tecnologia da informação, se for o caso de se vislumbrar apreensão de equipamentos de informática. Obviamente, todo o preparo deste tipo de ação deve preservar-se no máximo de cautela e reserva, pois mínimo vazamento da intenção da comissão pode propiciar ao acusado a destruição de provas e frustrar por completo o resultado do ato.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 15.825: "Ementa: (...) 4. Análise em computador que compõe patrimônio público, determinada por servidor público responsável, não configura apreensão ilícita. Proteção, in casu, do interesse público e do zelo pela moralidade administrativa."*

Não obstante a regra geral de as diligências em processo disciplinar serem ato de natureza contraditória e terem sua realização notificada ao acusado, nas estritas condições impostas pela Lei, em situação de risco iminente para a Administração, em que a diligência requer sigilo (por exemplo, quando a prévia comunicação do ato poderá frustrar seus objetivos, propiciando perda de prova relevante por destruição), há previsão legal para, excepcionalmente e sob devida motivação, adotarem-se medidas acautelatórias, procedendo-se à diligência sem prévia notificação à parte.

> *Lei nº 9.784, de 29/01/97 - Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.*
>
> *"Excepcionalmente, a Comissão poderá realizar diligências sem a prévia notificação do interessado, quando o sigilo for absolutamente necessário para garantir o êxito da empreitada, o que não ofende a garantia do contraditório,*

> *uma vez que o acusado terá acesso posteriormente àqueles elementos probatórios constantes dos autos do processo.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 190, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*
>
> *"A previsão da medida regrada no citado art. 45, da Lei n. 9.784/99, guardadas as peculiaridades devidas, encontra similar na providência 'inaudita altera pars', prevista no art. 797 do Código de Processo Civil.*
> *De fato, surgem situações no processo administrativo disciplinar que reclamam providências céleres e acautelatórias, com vista a garantir a eficiência do trabalho investigatório, que busca a verdade real ou material, a par de ressalvar os direitos do servidor." Sebastião José Lessa, "Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância", pg. 223, Editora Brasília Jurídica, 4ª edição, 2006*
>
> *"É permitido que a providência administrativa acauteladora seja tomada sem a prévia manifestação do interessado. O Código de Processo Civil (art. 797) também admite que o juiz adote medidas cautelares sem a audiência das partes, mas ressalva expressamente que tal sucederá 'só em casos excepcionais'. A ressalva se nos afigura inteiramente aplicável no processo administrativo (...).*
> *(...) as providências preventivas tanto podem ser adotadas antes de ser instaurado o processo, como durante o seu curso. Naquele caso, tratar-se-á de providências cautelares prévias, enquanto neste o agente adotará providências cautelares incidentais.*
> *Bem diversificadas podem ser as providências preventivas por parte da Administração. Dependendo da situação fática, pode ser determinada a retenção de bens ou documentos, interdição de local, (...)." José dos Santos Carvalho Filho, "Processo Administrativo Federal", pgs. 210 e 211, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005*

Conforme se reiterará em **4.4.15**, a Controladoria-Geral da União asseverou em definitivo a plausibilidade jurídica desta excepcional prova de diligência sem prévia notificação ao acusado (ou até mesmo ao investigado, já que, embora aqui se mencione na fase de inquérito administrativo, o órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal - SisCor prevê esta espécie de ato instrutório mesmo em fase de admissibilidade). A IN CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, mais especificamente no seu art. 13, dispõe que, cautelarmente, pode a Administração verificar o uso, por parte do servidor, de equipamentos, recursos logístico-estruturais e mobiliários públicos. Este comando, a favor da Administração, com a ação verbal "acessar" permitindo a ideia de diligenciar, inclui a verificação de documentos e demais meios de provas porventura guardados em armários, estantes, mesas, gavetas e demais peças de mobília da repartição e armazenados em computadores, memórias e demais recursos de tecnologia da informação de propriedade pública e, como consequência, inclui a análise dos acessos a sistemas informatizados internos e o uso do correio eletrônico institucional.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 13. Para a elucidação dos fatos, poderá ser acessado e monitorado, independentemente de notificação de investigado ou acusado, o conteúdo dos instrumentos de uso funcional de servidor ou empregado público, tais como, computador, dados de sistemas, correio eletrônico, agenda de compromissos, mobiliário e registro de ligações.*

Neste rumo, em complemento, no âmbito interno, a Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, em seu art. 22, confere ao Corregedor a competência para, motivadamente, monitorar o uso de estação de trabalho da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), bem com o uso do correio eletrônico institucional. Estas duas prerrogativas a favor da atuação correcional podem ser prévias à diligência de que aqui se trata. Em outras palavras, pode o monitoramento remoto conduzir à convicção de que se

justifica a excepcional diligência cautelar e não notificada ao local concreto dos fatos.

Caso a necessidade deste tipo de requisições e apreensões somente se demonstre no momento da realização da diligência, deve, no ato, a comissão solicitar a presença de servidor da projeção responsável ou, se o fator surpresa impedir a satisfatória realização do ato até por parte da comissão, deve solicitar ao titular da unidade o imediato lacramento do ambiente ou do equipamento, para salvaguarda e posterior análise.

Tais atos diligenciais não encontram vedação constitucional, visto que a garantia fundamental da pessoa não protege documentos, manuscritos e dados eletrônicos em si, de interesse para o caso, que porventura ela tenha armazenados em ambiente ou em mobiliário ou em qualquer outro aparato da Administração, ainda que sejam o resultado ou o registro de suas correspondências ou comunicações com outrem. É de se destacar que todo ferramental operacional oficial deve ser utilizado exclusivamente para fins de trabalho e tal presunção ampara a assertiva que o uso de computador e de qualquer sistema informatizado ou mídia eletrônica da instituição não gera expectativa de privacidade. Daí se extrai que não há necessidade de prévia autorização judicial para que a Administração, por seus agentes legalmente constituídos, acesse computadores, sistemas informatizados e mídias eletrônicas oficiais, no que se incluem as válidas possibilidades de a comissão ou a autoridade instauradora solicitar à competente projeção de tecnologia e segurança da informação o monitoramento ou o espelhamento dos acessos e usos das máquinas e dos sistemas institucionais. Tampouco há amparo legal para que autoridade ou servidor, injustificadamente, se oponha à medida interna de busca e apreensão ou de qualquer forma de rastreamento, realizada dentro destes limites. Ressalve-se que apenas o ato de correspondência e comunicação informática ou telemática da pessoa ou a sua intimidade e a sua vida privada têm cláusula de inviolabilidade, mas não a carta ou os dados informáticos ou telemáticos propriamente ditos, resultantes do ato comunicacional, conforme se abordará em **4.4.14.1**.

> *"A Comissão tem o direito e, mais ainda, o dever de promover a requisição de coisas que sejam indispensáveis ao esclarecimento da questão. (...)*
> *Já na apreensão, que exige uma ação pessoal de um dos membros da comissão, é uma atividade mais enérgica, que tem o mesmo sentido. Normalmente é usada quando há restrição da entrega da coisa pelo servidor ou pela autoridade da chefia local." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pgs. 135 e 136, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

> *"(...) entende-se que se o correio eletrônico de onde se retirou a prova é institucional, por ser ele do serviço público e não privativo do servidor, a prova poderá ser utilizada.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pgs. 114 e 115, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Na esteira, transbordando até do conceito de diligências, como um meio de prova tradicional e se assemelhando a uma espécie de técnica especial de investigação - TEI, conforme **4.4.1.1.3.a**), seja em momento antecedente à instauração (na subfase investigativa da fase de admissibilidade), seja já no curso do inquérito administrativo, é regular que a Administração acompanhe e monitore a ação infracional do servidor, a fim de obter prova da conduta. Para isto, obviamente, a comissão, por um lado, pode preservar o sigilo obviamente requerido por este tipo de operação em que é fundamental o elemento surpresa; mas, de outro lado, não deve confundir esta lícita ferramenta, chamada de ação controlada de flagrante esperado, para a qual não cabe alegação de ilegitimidade ou de ilicitude, com o inadmitido flagrante preparado ou provocado, abordado na Súmula nº 145 do Supremo Tribunal Federal (STF), em que a Administração induziria o servidor ao cometimento da infração. Ainda que, a rigor, que se possa contra-argumentar, a favor da comissão, que o flagrante preparado é um instrumento aplicável apenas à instância penal, nos termos da jurisprudência, não convém que a comissão induza o servidor à conduta infracional.

Estes conceitos advêm da instância processual penal, em que o flagrante é dito preparado quando a autoridade policial provoca o infrator à prática do crime e, ao mesmo tempo, atua para que este não se consuma; e é dito esperado quando, diante da notícia da prática de uma ação delituosa, aquele agente persecutório apenas toma as providências necessárias para surpreender o criminoso no ato consumativo.

> *STF, Súmula nº 145: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação."*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 22.373: "Ementa: O Plenário desta Corte, quando do julgamento do MS 23.442, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 17.02.2002, entendeu que a alegação de flagrante preparado é própria da ação penal e que não tem pertinência na instância administrativa."*
> *(Nota: A menção correta é Mandado de Segurança nº 23.242 e não nº 23.442)*
> *Idem: STF, Mandados de Segurança nº 23.242 e 23.401*
>
> *STJ, Quinta Turma, Ministra Relatora Laurita Vaz, Habeas Corpus nº 40.436/PR, DJe 02/05/2006, Ementa: "1. Não se deve confundir flagrante preparado com esperado - em que a atividade policial é apenas de alerta, sem instigar qualquer mecanismo causal da infração.*
> *2. A 'campana' realizada pelos policiais a espera dos fatos não se amolda à figura do flagrante preparado, porquanto não houve a instigação e tampouco a preparação do ato, mas apenas o exercício pelos milicianos de vigilância na conduta do agente criminoso tão-somente a espera da prática da infração penal."*

Em todos estes casos excepcionais, seja quando a comissão não antevia a possibilidade de se deparar com objetos que poderiam ser alvo de requisição ou de apreensão e, desta feita, notificou o acusado previamente à realização do ato e este se fez presente (o que não lhe dá o condão de impedir a busca ou a apreensão interna), seja quando o colegiado, à luz da excepcionalidade do art. 45 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, já não o notificou e este não compareceu ou mesmo se este presenciou o ato do qual somente teve conhecimento já no momento de sua feitura, deve a comissão elaborar consubstanciados termo de diligência, em que deve ser detalhado todo o ato, e termo de apreensão, como parte integrante e inseparável do primeiro, listando todos os objetos apreendidos e lacrados (bens, documentos físicos impressos ou eletrônicos em todo tipo de mídia de armazenamento de dados), coletando em ambos as assinaturas do servidor porventura designado para acompanhar o feito, do acusado e de seu chefe imediato, se presentes. Após isto, caso a defesa não tenha acompanhado o ato, deve a comissão notificá-la da autuação deste termo de diligência e do associado termo de apreensão, a fim de que possa ser garantido o exercício do contraditório.

O material apreendido deve receber imediata destinação: documentos e mídias podem ser autuados, enquanto equipamentos e bens podem ser submetidos a perícia, assessoria técnica ou assistência técnica.

Não obstante o acima exposto, nada impede que, atentando para o fato de que se trata de tema sujeito à discussão, à vista das peculiaridades de determinado caso concreto que se tome como excepcionalmente mais sensível, pode a comissão ou a autoridade instauradora, conservadoramente, adotar postura cautelosa de condicionar o acesso a computadores, sistemas ou mídias internas à prévia autorização judicial e, desta forma, diligenciar em tal sentido junto à Advocacia-Geral da União.

Guardam ainda maior excepcionalidade e peculiaridades em relação àquelas diligências de regra geral previstas no art. 155 da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (cuja realização depende apenas de decisões e providências ao alcance da própria comissão) as diligências à residência do servidor, uma vez que estas encontram delimitação constitucional, requerendo determinação judicial. Neste caso, é possível que a comissão solicite à Advocacia-Geral da

União, a fim de que esta peticione ao juízo competente a busca e apreensão, a qual, uma vez autorizada, nos termos do inciso XI do art. 5º da Constituição Federal (CF), é realizada, exclusivamente durante o dia, pelos órgãos judiciários competentes (oficiais de justiça e Polícia Federal - PF, em extensão ao comando do art. 144, § 1º, I e IV da CF, que atribuiu competência exclusiva para atuar como polícia judiciária da União). Destaque-se que, ainda que com tal determinação judicial para o ingresso na residência, não se perde de vista que as buscas e apreensões realizadas para fim de instrução de processo disciplinar que transbordem os limites acima já explicados (documentos, manuscritos, dados eletrônicos e objetos de correspondências ou comunicações), ou seja, que invadam a intimidade e a vida privada, configuram-se provas ilícitas, nos termos descritos em **4.4.1.1.2.a**.

> *CF - Art. 5º*
> *X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*
> *XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;*
> *XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;*
>
> *"E se (...) houver a notícia de que a coisa buscada se encontra na residência ou domicílio de servidor ou de terceiro, pode a Comissão promover sua busca e apreensão?*
> *A resposta é, em princípio, pela negativa. Poderá haver o pedido e se houver o consentimento do morador e a entrega pacífica da coisa, a questão está resolvida. No entanto, em havendo recusa, não tem a Comissão competência para promover esta diligência. Somente a autoridade judiciária é que poderá determinar esta providência. Mas, dependendo da relevância, pode a autoridade administrativa instauradora pedir esta providência ao Juiz competente." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 136, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*
>
> *"Releva dizer que a noção constitucional de 'casa' é bastante ampla, lembrando a doutrina que 'abarca, por exemplo, o escritório do advogado, o consultório do médico, uma pousada ocupada em período de férias, um hotel, um motel, uma casa de veraneio alugada por período indeterminado, etc.*
> *(...) inexiste previsão legal que autorize a busca e apreensão no leito do processo administrativo disciplinar. (...)*
> *Por outro lado - e em sede de prova emprestada - nada impede a comissão de inquérito de solicitar ao magistrado responsável pelo processo judicial que apura mesmo fato, cópia autêntica do material apreendido na busca judicial." Sebastião José Lessa, "Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância", pg. 225, Editora Brasília Jurídica, 4ª edição, 2006*

O ato antijurídico de entrada ou permanência em casa alheia, realizada de forma clandestina, astuciosa ou contra vontade do ocupante, encontra tipificação no art. 150 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), como crime de violação de domicílio. Os §§ 4º e 5º do art. 150 do CP delimitam que o significado jurídico do termo "casa", também empregado no inciso XI do art. 5º da CF, abrange qualquer espécie de compartimento habitado, independentemente de ser próprio, alugado ou sublocado, incluindo aquele inserido em habitação coletiva ou de exercício de profissão e não aberto a público (como partes reservadas de estabelecimentos e de ambientes profissionais onde alguém exerce profissão ou atividade, a exemplo de áreas internas de escritórios, consultórios, lojas e estabelecimentos comerciais em geral, com ênfase para a inviolabilidade do escritório de

advocacia e do local de trabalho em geral do advogado e de seus instrumentos de trabalho, prevista no inciso II do *caput* e do § 6º do art. 7º e com violção tipificada no art. 7º-B, ambos da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994) ou até mesmo moradias provisórias ou móveis, tais como quartos ocupados de hospedagem de qualquer natureza, embarcações, veículos caracterizados como *traillers* (para veículos apenas de uso comum, bastam fundados indícios de ilicitude para que sejam objeto de busca) ou barracas. O sentido constitucional e penal de "casa" abarca qualquer compartimento privado não aberto a público eleito pelo ocupante para funcionar como o abrigo espacial de sua esfera privada. Salvo autorização de entrada concedida pelo proprietário, gerente, preposto ou qualquer espécie de ocupante, o agente público somente pode adentrar nestes ambientes acima listados e legal e constitucionalmente protegidos durante o dia e com autorização judicial, que não é suprida apenas com auxílio de força policial, sob pena de ilegalidade. A autorização pelo ocupante *lato sensu*, desde que devidamente comprovada, dispensa autorização judicial para a entraa no agente público no recinto domiciliar.

> *CP - Art. 150. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:*
> *Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.*
> *§ 1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:*
> *Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.*
> *§ 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:*
> *I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;*
> *II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.*
> *§ 4º - A expressão "casa" compreende:*
> *I - qualquer compartimento habitado;*
> *II - aposento ocupado de habitação coletiva;*
> *III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.*
> *§ 5º - Não se compreendem na expressão "casa":*
> *I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;*
> *II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.*

No tema em apreço, é de se acrescentar o comando do art. 22 da Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019, que define como crime de abuso de autoridade conduta muito similar àquela tipificada no art. 150 do CP, mas com a restritividade objetiva delimitada a imóveis, o que exclui embarcações, veículos caracterizados como *traillers* ou barracas, por exemplo.

> *Lei nº 13.869, de 2019 - Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:*
> *Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*
> *§ 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no caput deste artigo, quem:*
> *I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências;*
> *III - cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas).*
> *§ 2º Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre.*

Ainda que condutas praticadas por agentes públicos investidos do dever de diligências que tangenciem os tipos do art. 150 do CP ou do 22 da Lei nº 13.869, de 2019, não cheguem a configurar os respectivos crimes, a busca de provas maculadas por aqueles contornos de antijuridicidade pode ter repercussão processual de acarretar a sua nulidade, diante da ilicitude com que foram obtidas.

4.4.6.1 - Diligências de Natureza Fiscal no Curso do Processo Disciplinar

E, ainda avançando na lista das diligências menos frequentes, com características e naturezas distintas das diligências previstas de forma geral no Estatuto e com formalizações de realização que ultrapassam os limites de competência da comissão, mencione-se que, no curso de um processo administrativo disciplinar, pode também ser necessário fazer uma diligência no estabelecimento de um determinado contribuinte (pessoa física ou pessoa jurídica) que, estando de alguma forma relacionado com o fato em apuração, se vislumbre relevante para as apurações. Caso com esta diligência se intencione realizar atos típicos de fiscalização (acessar escrituração contábil ou documentos fiscais de uma empresa, apenas para mencionar um exemplo mais comum), para sua concretização, não bastam as providências de praxe, ao alcance da própria comissão, para realização de diligências *lato sensu*, quais sejam, deliberação interna, notificação à defesa e realização em si do ato. Neste caso muito específico, deve a comissão solicitar à autoridade instauradora a emissão de Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal de Diligência (TDPF-D), de que trata a Portaria RFB nº 6.478, de 29 de dezembro de 2017, em consonância com competências dispostas no inciso V do art. 330 e no inciso VI do art. 332, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF n° 430, de 9 de outubro de 2017, para o Corregedor e para os Chefes de Escor. A competência para autorizar diligência fiscal e para emitir o respectivo Termo, em instância correcional, cabe ao Corregedor e aos Chefes de Escor, conforme a previsão do art. 2º da Portaria Coger nº 73, de 02/12/14 (ressalve-se que houve mudança do nome, de Mandado de Procedimento Fiscal - MPF para o atual Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal - TDPF), comando este atualizado no art. 25 da Portaria RFB n° 6.483, de 29 de dezembro de 2017.

> *Portraia MF n° 430, de 2017 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 330. Ao Corregedor incumbe:*
> *V - determinar diligências, requisitar informações, processos e quaisquer documentos necessários às atividades de sua competência e determinar a realização de ação fiscal ou propor sua revisão, sempre que o exame de denúncias, representações, processos disciplinares e de responsabilização de pessoa jurídica, nos termos da lei, ou outros expedientes relativos às suas atividades assim o recomendar;*
> *Art. 332. Aos Chefes dos Escors incumbe, no âmbito de sua competência:*
> *VI - determinar diligências, requisitar informações, processos e quaisquer documentos necessários às atividades de sua competência, e propor a realização de ação fiscal ou propor sua revisão, sempre que o exame de denúncias, representações, processos disciplinares e de responsabilização de pessoas jurídicas, nos termos da lei, ou de outros expedientes relativos às suas atividades assim o recomendar.*
>
> *Portaria RFB nº 6.478, de 2017 - Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos a tributos administrados pela RFB e ao controle aduaneiro do comércio exterior serão instaurados e executados pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, na forma prevista no art. 7º do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, observado o disposto nos seguintes documentos de gestão administrativa:*
> *I - Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal de Fiscalização (TDPF-F), para instauração de procedimento de fiscalização;*
> *II - Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal de Diligência (TDPF-D),*

para realização de diligência; e
III - Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal Especial (TDPF-E), para prevenção de risco de subtração de prova.
Art. 3º Para fins do disposto nesta Portaria, entende-se por procedimento fiscal:
I - de fiscalização: (Redação dada pela Portaria RFB nº 294, de 6 de fevereiro de 2023)
a) ações que tenham por objeto verificar o cumprimento das obrigações tributárias relativas aos tributos administrados pela RFB e a aplicação da legislação do comércio exterior, que possam resultar, entre outros, em: (Incluída pela Portaria RFB nº 294, de 2023)
1. redução de prejuízo fiscal ou de base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); (Incluído pela Portaria RFB nº 294, de 2023)
2. constituição de crédito tributário, inclusive quando decorrente de glosa de crédito em análise de restituição, ressarcimento, reembolso ou compensação; (Incluído pela Portaria RFB nº 294, de 2023)
3. apreensão de mercadorias; (Incluído pela Portaria RFB nº 294, de 2023)
4. representação fiscal; (Incluído pela Portaria RFB nº 294, de 2023)
5. aplicação de sanções administrativas; ou (Incluído pela Portaria RFB nº 294, de 2023)
6. exigência de direitos comerciais; e (Incluído pela Portaria RFB nº 294, de 2023)
b) ações que tenham por objeto o atendimento de pedidos de intercâmbio de informações de que trata o inciso XII do caput do art. 3º do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001; e (Incluída pela Portaria RFB nº 294, de 2023)
II - de diligência, ações que tenham por objeto a coleta de informações ou outros elementos requeridos pelo sujeito passivo ou de interesse da administração tributária, inclusive para atender exigência de instrução processual, e que possam resultar em constituição de crédito tributário ou aplicação de sanções administrativas por não atendimento à intimação no curso do procedimento de diligência efetuada por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.
§ 1º O procedimento fiscal poderá implicar a lavratura de auto de infração, notificação de lançamento, despacho decisório de indeferimento de crédito ou não homologação de compensação ou a apreensão de documentos, materiais, livros e assemelhados, inclusive em meio digital. (Redação dada pela Portaria RFB nº 294, de 2023)
§ 2º O resultado do procedimento de fiscalização previsto na alínea "b" do inciso I do caput será comunicado à autoridade tributária requerente. (Incluído pela Portaria RFB nº 294, de 2023)
Art. 7º O TDPF será expedido, respeitadas as respectivas atribuições regimentais, pelos titulares, substitutos ou adjuntos dos cargos de:
VI - Corregedor;
§ 1º Os titulares, substitutos ou adjuntos dos cargos referidos nos incisos II, V, VI, VII e IX poderão expedir somente o TDPF-D.
§ 2º Poderá ser delegada a competência para expedição e alteração do TDPF nas seguintes hipóteses:
IV - do Corregedor para chefe de Escritório de Corregedoria;
Art. 11. Os procedimentos fiscais deverão ser executados nos seguintes prazos:
I - 120 (cento e vinte) dias, no caso de procedimento de fiscalização; e
II - 60 (sessenta) dias, no caso de procedimento fiscal de diligência.

Portaria Coger nº 73, de 2014. Art. 2º Consideram-se procedimentos fiscais as diligências e perícias realizadas no domicílio dos contribuintes pelos servidores da Corregedoria e de seus Escritórios e Núcleo, ou por equipe designada pelos chefes dessas unidades.

Parágrafo único. Os procedimentos fiscais de que trata este artigo deverão ser previamente autorizados pelo Corregedor ou pelo respectivo Chefe de Escor ou Nucor, emitindo-se o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF).

Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 25. As diligências para fins correcionais, quando realizadas no domicílio dos contribuintes por servidores da Coger e de seus Escor, ou por equipe designada pelos chefes dessas unidades, deverão ser previamente autorizadas pelo Corregedor ou pelo Chefe do Escor da respectiva Região Fiscal, emitindo-se o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal de Diligência (TDPF-D).

Estas diligências no estabelecimento do contribuinte, embora normalmente sejam realizadas por um AFRFB integrante do sistema correcional e ocorram no âmbito e no interesse de um processo administrativo disciplinar, não perdem sua natureza e sua qualidade de um ato de instância fiscal e, em termos formais, é sob esta ótica que devem ser realizadas. Em outras palavras, ainda que o ato se destine a suprir matéria correcional, ele se reveste de todos os poderes e, consequentemente, exige as mesmas formalidades de uma ação fiscal *lato sensu*. Daí porque, se mesmo nesta instância, um servidor da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil somente tem poderes para entrar no domicílio de um contribuinte e para intimá-lo a apresentar documentos se estiver portanto o competente TDPF, também para fins correcionais se exigirá o TDPF (como, no caso, somente se busca a realização de uma diligência, emprega-se a modalidade Diligência, TDPF-D, e não a modalidade Fiscalização, TDPF-F).

Se são mantidas para a diligência fiscal, realizada no âmbito do processo administrativo disciplinar, as mesmas prerrogativas e formalidades inerentes às atividades e aos procedimentos fiscais em geral, tem-se, por exemplo, que o executor da diligência amparada em regular TDPF-D tem competência para reter documentação do contribuinte, nos moldes previstos na legislação fiscal (Regulamento do Imposto sobre a Renda, Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados e Regulamento Aduaneiro, etc).

Se é assim, se esta diligência, embora realizada para fins correcionais, tem preservadas sua natureza e suas características próprias de ato inquisitorial de instância fiscal, ela não guarda absolutas conformação e similitude com o sentido mais abrangente do termo diligência e menos ainda se confunde com os conceitos de perícia ou assistência técnica, na forma contraditória como estes três institutos são empregados na instrução da processualística disciplinar e mencionados no art. 155 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Se, mesmo em instância fiscal, já se tem como acontecimento atípico e como uma inegável quebra do equilíbrio e da normalidade interna e que, de certa forma, se contrapõe à esfera de direitos do contribuinte, o fato de um agente do Fisco adentrar seu estabelecimento e verificar sua escrituração contábil e seu acervo documental, ainda que sob todas as cautelas e formalidades exigidas no ordenamento e sob a devida motivação da tutela pública fiscal, mais invasiva é a diligência no domicílio privado por motivação correcional e ainda mais afrontaria aos direitos de intimidade e de privacidade do particular a presença do acusado naquele ato em que podem ser expostos dados protegidos por sigilo.

Por isto que tal diligência fiscal para fim correcional, embora inequívoca a base legal a ampará-la (inciso V do art. 330 e inciso VI do art. 332, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB; art. 7º, VI e § 2º, IV da Portaria RFB nº 6.478, de 29/12/17; e art. 2º da Portaria Coger nº 73, de 02/12/14), deve ser compreendida como ato instrucional excepcional, a ser realizado apenas quando absolutamente essencial e indispensável para a apuração dos fatos constantes do processo administrativo disciplinar. Desta feita, por óbvio, se à vista das peculiaridades do caso concreto, a comissão compreender que os documentos de natureza fiscal de posse do contribuinte - e que se demonstram necessários ao processo mas de que a Administração não dispõe - podem ser confiavelmente obtidos mediante simples intimação do

presidente do colegiado ao particular, a questão se resolve com mera ata de deliberação para oficiar o terceiro, dispensando-se a incomum diligência de natureza fiscal. Todavia, se a comissão, de acordo com sua própria e autônoma leitura dos autos e dos fatos, entende que os necessários documentos de natureza fiscal em poder exclusivo do contribuinte podem não ser por este confiavelmente fornecidos mediante simples intimação e considere que se justifique a ida pessoal do agente do Fisco ao estabelecimento privado (com o que se conta com inegável efeito positivo da surpresa, da imprevisibilidade e da espontaneidade), outra opção não restará a não ser lançar mão do residual porém lícito instrumento da diligência fiscal.

Acrescente-se ainda que esta diligência fiscal nas dependências do particular, por si só, apenas visa a trazer aos autos do processo administrativo disciplinar dados e provas documentais porventura encontrados no estabelecimento, extraídos da escrituração contábil ou do acervo documental em poder do contribuinte, e que se revelem de interesse, não tendo, portanto, o condão de emitir, já naquele momento em si de sua realização, nenhum elemento de natureza subjetiva, que reflita interpretações ou opiniões de caráter pessoal ou tendenciosidades por parte de quem a executa e, consequentemente, que possa por tais impressões se contaminar. Neste aspecto, reside relevante diferenciação em comparação com a diligência em sentido lato mencionada no art. 155 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de natureza contraditória, visto que, naquele ato comum, pode a comissão adotar, à vista de suas próprias interpretação e leitura daquilo que ela mesma observa e das provas que ela mesma dinamicamente coleta e sob oferta de contraditório, determinado entendimento ou convicção favorável ou contrária à parte e assim consignar no termo de diligência. Na mesma linha, afasta-se a alegação de que a diligência fiscal realizada no âmbito do processo disciplinar poderia se configurar em uma espécie de perícia ou de assistência técnica (conforme se definirão em **4.4.9** e **4.4.10**), visto não agregar aos autos nenhuma avaliação subjetiva ou juízo de valor, conforme faz diretamente o próprio perito, por meio de seu laudo, ou indiretamente o assistente técnico, fornecendo subsídios à comissão.

Ao contrário, nesta diligência fiscal, o executante tão somente recolhe frios e estáticos documentos de interesse da apuração e os descreve de forma sucinta no próprio termo de diligência ou em termo de apreensão anexado ao termo de diligência. Da mesma forma como se defenderá adiante (em **4.4.8**, para a apuração especial), no caso da diligência fiscal, os juízos de valor se sedimentarão *a priori* (no momento em que a comissão delibera solicitar sua realização, sendo certo que a Lei n° 8.112, de 11/12/90, não prevê participação do acusado nas deliberações) e *a posteriori* (quando o acusado for chamado a contestar, se quiser, a prova documental juntada e quando a comissão livremente a valorar, na deliberação de indiciar ou não, com o contraditório novamente sendo exercido na defesa escrita, se for o caso).

Desta forma, não há que se alegar desequilíbrio de condições de atuar. Tanto a comissão quanto o acusado receberão, de um agente externo ao processo e detentor de presunção de impessoalidade, legitimidade e de boa-fé, dados e documentos frios e inertes, desprovidos, para ambos os lados, da dinâmica exclusiva do ato de coleta de provas. Não tendo nem um e nem outro participado da coleta dos dados e dos documentos, para ambos, estes elementos se reduzirão a provas documentais, carecedoras de leitura e de interpretação, para em momento posterior à sua coleta e à sua juntada, deles extraírem as suas próprias convicções e as contestações às convicções opostas, em igualdade de condições e sob estrito respeito ao contraditório e à isonomia.

Com isto, pode-se afirmar que a coleta em si dos documentos, realizada por intermédio da diligência ao amparo do TDPF-D, não labora convencimento sujeito ao contraditório; o convencimento, cuja legitimidade para influir na convicção final reside na oferta ao contraditório, será, sim, posteriormente construído pela comissão, quando esta analisar os documentos em sua sala de instalação e se submeterá à livre contestação por parte

do acusado, quando este tiver ciência da juntada ou vista e cópia dos autos. Daí porque não há que se cogitar de formação de juízo de valor no momento da feitura da prova, ou seja, no momento em que o executante do TDPF-D coleta os dados solicitados junto ao contribuinte. Portanto, não há que se requerer contraditório para o ato físico em si da coleta, podendo se afastar da realização da diligência fiscal a presença do acusado ao lado do agente estatal que a realiza.

Então, como primeiro reflexo na contraposição com a diligência contraditória do rito disciplinar, elencada como ato de instrução no art. 155 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, por um lado, tem-se que, no específico procedimento que envolve o Fisco e o contribuinte - à margem portanto do Estatuto e através do qual, por exemplo, se pode acessar toda a escrituração fiscal de uma empresa, com seus dados sigilosos -, o acusado e o seu procurador não devem ser notificados para acompanhar a diligência, uma vez que são estranhos à atividade fiscal.

Ademais, sendo a diligência fiscal uma forma objetiva de se coletar uma prova, mantendo sua natureza inquisitória (a despeito de a terminologia induzir associação à diligência contraditória de que trata o art. 155 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e nem mesmo se valendo de técnicos ou peritos a que alude o mesmo dispositivo legal), além de não ter de se dar prévia notificação de sua realização ao acusado, tampouco se deve a ele se estender direito de quesitar. Até porque qualquer quesito que o acusado pudesse acrescentar ao pedido de diligência fiscal seria, na verdade, um dado adicional que poderia ser extraído do contribuinte - ao mesmo tempo, de extração independente dos dados originalmente solicitados e não atuando na leitura que deles se obtém - e que deveria ser considerado um outro pedido de prova, dissociado do primeiro, passível de ser provocado pelo acusado em qualquer momento no curso do processo, e de realização sob jugo da comissão.

Tão somente na hipótese excepcional de se vislumbrar, na solicitação da diligência fiscal, a necessidade de o executante do TDPF-D proceder a algum tipo de avaliação subjetiva ou juízo de valor sobre os dados coletados (ou seja, ir além da simples coleta de dados), em respeito à garantia do contraditório, é que se deve oportunizar quesitação ao acusado. Na mesma linha, na hipótese de, em função de nenhum de seus integrantes ser especialista no tema fiscal, a comissão vir a solicitar uma assistência técnica sobre os dados fiscais coletados pelo executor do TDPF-D, com o fim de que o assistente técnico, com seus conhecimentos específicos, lhe forneça subsídios para que possa formar seu próprio juízo de valor acerca daqueles dados, também deve ser oportunizada quesitação ao acusado.

Assim, se, por um lado, não se concede à defesa notificações para acompanhar e, em geral, sequer para quesitar esta atípica e peculiar peça instrucional, por outro lado, para se suprir o ato com necessária imparcialidade e respeitando-se o inafastável equilíbrio de forças processuais na instância disciplinar, também recomenda-se que a diligência fiscal não deva ser realizada por integrantes da comissão solicitante.

Uma vez identificado pela comissão que se faz necessária a realização desta prova específica de diligência fiscal no estabelecimento de contribuinte, deve o colegiado registrar a deliberação em ata, na qual também deve consignar a decisão de encaminhar detalhado ofício à autoridade instauradora (o Chefe de Escor, em geral), solicitando emissão de TDPF-D e discriminando de forma mais minuciosa e pormenorizada possível os documentos e informações fiscais de que necessita. De se destacar que, como a comissão, por nenhum de seus integrantes, se fará presente na diligência fiscal, o sucesso da obtenção dos dados e documentos que o próprio colegiado entende como relevantes para o deslinde do processo depende intrinsecamente da qualidade com que ela mesma expõe sua necessidade no tal ofício e também da percepção da autoridade instauradora acerca do perfil necessário de quem vai incumbir da execução do TDPF-D. Para executar o TDPF-D, em geral, o Chefe do Escor designa algum AFRFB daquele mesmo Escor (caso o domicílio fiscal do particular se insira em sua jurisdição regional, ou solicita a emissão, via Corregedor, ao Chefe de outro Escor,

caso o domicílio fiscal esteja fora de sua jurisdição).

Por sua vez, o Chefe do Escor, ao emitir o TDPF-D, diferentemente do ofício minucioso e detalhado recebido da comissão, pode descrever o escopo dos trabalhos de forma sucinta e abrangente (por exemplo, registrando apenas "levantamento de dados necessários para realização de trabalhos de apuração correcional"), para evitar o risco de delimitar negativamente o raio de ação do AFRFB executante, que conta com a pormenorizada descrição da demanda por cópia do aludido ofício.

Portanto, resumindo o acima exposto, em tais casos, recomenda-se que a autoridade instauradora designe AFRFB estranho à comissão (que, em geral, até pode ser lotado no próprio Escor) e que este, sem prévio comunicado ao acusado e sem oferta de quesitos, inquisitorialmente, tão somente colete os documentos e dados solicitados pelo colegiado, sem emissão de nenhum juízo de valor ou apreciação subjetiva, resumindo o feito em termo de diligência, podendo ter como anexo termo de apreensão para descrever documentação porventura apreendida. De posse do material fornecido pelo executor do TDPF-D, cabe ao Chefe de Escor encaminhar à comissão, para juntada aos autos do processo administrativo disciplinar. Ato contínuo, deve a comissão notificar o acusado desta juntada, a fim de que este possa exercer seu direito ao contraditório.

Embora seja um instrumento específico da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, os integrantes de comissão neste sistema correcional devem ter clara distinção das situações comuns propiciadoras de diligência abarcadas no sentido lato do art. 155 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de concretização totalmente inserida no rol de competência do próprio colegiado (mediante mera deliberação em ata, notificação ao acusado para acompanhar e realização do ato em si) das situações excepcionais requeredoras desta específica diligência de natureza fiscal, de formalização mais rigorosa e com providências que extrapolam as competências do colegiado (mediante deliberação em ata, provocação à autoridade instauradora e emissão, por parte desta, de TDPF-D em nome de AFRFB estranho ao colegiado).

De imediato, se afirma o quase óbvio que a comissão não deve solicitar emissão de TDPF-D para qualquer ato diligencial a ser realizado em unidades da própria Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil ou mesmo em quaisquer outros órgãos da Administração. Também, conforme já afirmado anteriormente, não há que se cogitar de emissão de TDPF-D com o mero efeito de dar suposto e desnecessário amparo para atos de intimação a particulares ou para ofícios destinados a órgãos, entidades ou instituições, requerendo ou solicitando fornecimento de dados ou de documentos.

Assim, *a priori*, podem ser satisfeitas com meros ofícios as necessidades, por parte da comissão, de obter inúmeros tipos de documentos (tais como certidões, registros de imóveis, contratos sociais, documentos comerciais de área aduaneira) em poder dos mais diversos órgãos, empresas públicas ou até mesmo pessoas físicas, como ofícios de notas, ofícios de registro de imóveis, juntas comerciais, intervenientes em comércio exterior, leiloeiros, etc. Caso, excepcionalmente, em situações como estas, a troca de ofícios não se demonstre suficiente para atender à demanda da comissão, esta pode se dirigir fisicamente ao órgão, entidade ou instituição, mediante simples diligência de sentido geral do art. 155 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não se exigindo TDPF-D para tal.

> *Portaria Coger nº 73, de 2014 - Art. 3º É dispensável a emissão de TDPF nos casos de solicitações ou intimações a contribuintes que sejam encaminhadas por meio de ofício.*
> *Parágrafo único. O ofício a que se refere o caput deverá indicar o nome da autoridade solicitante, bem como o endereço completo, telefone de contato e horário para comparecimento ou entrega dos documentos requisitados.*
> *Art. 4º Não se exige TDPF para realização de diligências em órgãos públicos*

da administração direta, autárquica e fundacional.

Em síntese, conforme já afirmado acima, nas hipóteses de uma comissão necessitar verificar *in loco* determinada rotina operacional de, por exemplo, uma unidade aduaneira ou de uma unidade de atendimento a público, em busca de informação inerentemente associada a aspectos dinâmicos e espontâneos do funcionamento, que se entende não captáveis por meio de informações prestadas por escrito ou mesmo por provas orais, cabe a ela mesma realizar diligência nos termos genéricos mencionados no art. 155 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de providências totalmente a seu alcance, com notificação à defesa e dispensando-se emissão de TDPF-D. Por meio desta diligência, a própria comissão verifica, atesta e coleta suas próprias impressões acerca da operacionalidade da unidade visitada, sob ponderação das contestações da defesa, se for o caso, e registra o resultado em termo.

Por outro lado, prosseguindo neste exemplo hipotético meramente ilustrativo, se aquela mesma comissão deliberar ser necessária a verificação, no estabelecimento da empresa, de documentação fiscal ou de escrituração contábil, cabe-lhe solicitar à autoridade instauradora a emissão de TDPF-D, em nome de AFRFB estranho ao colegiado, sem notificação à defesa e detalhando minuciosamente as informações de que precisa, com posterior juntada aos autos do material fornecido pelo executante do Mandado e sua submissão ao contraditório.

Ainda em mera exemplificação hipotética, se a comissão, em lugar de se fazer presente nas dependências do contribuinte, necessitar tão somente de confirmar a existência do estabelecimento privado em determinado endereço, basta-lhe realizar a diligência de sentido lato, com notificação à defesa e sem emissão de TDPF-D. Embora esta prova se relacione de alguma forma com o estabelecimento privado, uma vez que não se farão necessárias a entrada do integrante da comissão nas dependências do contribuinte e muito menos a vista ou a análise de documentos ou de escrituração, o ato se resume a uma diligência comum, realizada pela própria comissão por fora das dependências privadas, no ambiente público do logradouro, podendo ter a presença e a participação contraditória do acusado e encerrando-se com o registro em termo daquilo que foi observado *in loco*.

Encerrando a diferenciação hipotética de exemplos, se aquela mesma comissão, em lugar de simplesmente ter de verificar a existência do estabelecimento privado em determinado endereço, necessitar esclarecer se o acusado mantém ou não qualquer tipo de relacionamento com a empresa, de forma a se demonstrar relevante simplesmente comprovar que o acusado não só sabe da existência daquelas dependências e como também as frequenta, deve ela mesma novamente proceder a uma diligência em sentido lato, sem necessidade de emissão de TDPF-D. Em relação à hipótese anterior, a diferença deste exemplo (em que basta à comissão se postar, de forma reservada, em local fora do estabelecimento, apenas para comprovar a espontânea entrada do acusado, sem também necessitar entrar) é que, em tal caso específico, talvez se justifique o emprego da prerrogativa concedida pelo art. 45 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, que se traduz em a própria comissão realizar a diligência excepcionalmente sem notificar a defesa, visto que, por óbvio, o objeto do ato se perderia com a prévia comunicação e, ao final, redigir o respectivo termo e posteriormente conceder vista ao acusado, como forma de garantir-lhe o contraditório.

Finalizando o tema do emprego da diligência de natureza fiscal em instância correcional, acrescente-se que, tendo em vista a natureza inquisitorial deste ato, nada impede a edição e o efetivo emprego do TDPF-D em fase de admissibilidade, conforme já (a validade de um TDPF-D em instância correcional não tem como pré-requisito a instauração do processo disciplinar).

4.4.6.2 - Reprodução Simulada

Uma outra forma válida de se buscar o esclarecimento do fato é a reprodução simulada da situação objeto da apuração ou da rotina da unidade ou de uma atividade, preferencialmente no local da ocorrência, devidamente notificada ao acusado (nas formas e meios permitidos em **4.3.11.3** e em **4.4.3**), com a participação de servidores que atuam na área ou na atividade em questão, adaptando o dispositivo do art. 483, III do CPC (já reproduzido linhas acima, em **4.4.6**). Sendo o processo disciplinar, em regra, muito dependente de provas orais - que, por sua natureza, podem refletir pessoalidades, avaliações subjetivas, etc - tem-se, em determinados casos, que a reprodução simulada pode servir como forma válida e eficiente de ratificação ou de desmentido daquilo que foi dito. Não é raro ocorrer, em determinado processo, de uma prova requerer a feitura de outra como forma de sua validação. Assim, não só para provas orais, mas para qualquer outro tipo de elemento formador de convicção, pode-se lograr a confirmação ou não da possibilidade material daquilo que a prova informa.

> *"Essa providência [reprodução simulada], entre outras razões de convencimento, tem por escopo verificar a possibilidade de haver o delito disciplinar sido praticado do modo que as testemunhas, os acusadores ou vítimas afirmam perante as comissões disciplinares. Poderá ainda tal diligência se prestar para testar a verossimilhança da própria confissão dos acusados, quando se desconfie que, para exculpar outras pessoas influentes, pretendam falsos confitentes assumir a responsabilidade pelas irregularidades funcionais em apuração." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 111, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*
>
> *"Então, o expediente da reprodução simulada é importante para confirmar a possibilidade material daquilo que está sendo afirmado. (...)*
> *As declarações devem ser confrontadas com os outros elementos dos autos e, sempre que a dúvida repousar sobre a possibilidade material do que foi dito, deve ser promovida a reprodução simulada (...)." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pg. 210, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*
>
> *"Em certas situações, pode ser conveniente, desde que não ofenda a moral e aos bons costumes, reproduzir de forma simulada os fatos pertinentes à prática da infração disciplinar, a fim de verificar, por exemplo, a verossimilhança da versão apresentada pela defesa." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pg. 547, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

De forma análoga ao que dispôs para a diligência, em respeito à garantia do direito ao contraditório, se a defesa se fizer presente à reprodução simulada, antes de seu encerramento, deve a comissão perguntar ao acusado ou a seu procurador se desejam mais alguma simulação (obviamente, sujeita à imediata apreciação de pertinência por parte do colegiado) e se querem manifestar alguma informação a mais no termo, devendo constar do documento tais ofertas e as respectivas respostas, bem como, se for o caso, as razões do motivado indeferimento por parte do trio (não se afasta a prerrogativa estabelecida no § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de o presidente denegar pedidos impertinentes, protelatórios ou sem relação com o fato).

4.4.7 - Pesquisas da Própria Comissão em Sistemas Informatizados

Na busca da elucidação do fato, é comum a comissão necessitar realizar pesquisas em sistemas informatizados da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Em regra, a pesquisa realizada pela própria comissão pode ser objeto de deliberação motivada em ata, mas não é ato que requeira prévia notificação de sua realização ao acusado, visto que não há o que contraditar no momento da produção da prova.

Não se trata de ato em que a comissão vai laborar na formação da prova em si; ao contrário, a prova já é pré-constituída, encontrando-se disponível em sistema informatizado e, no ato de instrução, a comissão tão somente vai acessar aquela prova já produzida e trazê-la aos autos.

Caso a pesquisa alcance resultado relevante, a comissão deve juntar aos autos os extratos impressos, de forma que a garantia constitucional do contraditório fique preservada com a entrega de cópia junto à citação para apresentar defesa escrita (se for o caso), conforme já abordado em **4.3.12.2**.

Nos termos das normatizações infralegal e interna, consubstanciadas no art. 17 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, e refletido de forma mais específica no art. 24 da Portaria RFB n° 6.483, de 29 de dezembro de 2017, não só os servidores lotados na Coger ou em Escor, mas também aqueles designados para integrar comissões ou equipes de investigação podem solicitar ao Corregedor ou ao Chefe de Escor autorização para acesso a sistemas informatizados da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, em modalidade consulta, independentemente de tal acesso estar previsto em portaria estabelecedora de perfis.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 17. O Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda e o Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil poderão autorizar o acesso aos sistemas informatizados dos órgãos do Ministério da Fazenda abrangidos nas respectivas esferas de competência, nos perfis necessários ao desenvolvimento das atividades correcionais, por parte dos servidores subordinados e dos integrantes de comissão ou equipe por eles designada, bem como os seus próprios.*
> *Parágrafo único. O acesso autorizado nos termos do caput será implementado independentemente de estar previsto em portaria de perfil específica.*
>
> *Portaria RFB n° 6.483, de 2017 - Art. 24. O Corregedor e os Chefes de Escor poderão autorizar o acesso aos sistemas informatizados, nos perfis necessários ao desenvolvimento das atividades correcionais, dos servidores subordinados e de integrantes de comissão ou de equipe por eles designada, bem como os seus próprios.*
> *Parágrafo único. O acesso autorizado nos termos do caput será implementado independentemente de estar previsto em portaria de perfil específica e deverá ser limitado ao prazo da investigação ou da comissão.*

Acrescente-se que as senhas de acesso que o servidor já possuía antes de integrar comissão disciplinar, mesmo quando concedidas para desempenho de atividades fins na instituição, podem ser utilizadas para obter informações julgadas relevantes para o prosseguimento do feito disciplinar, não sendo necessária autorização por parte da autoridade instauradora.

Além das pesquisas que podem ser feitas pela própria comissão (desde os sistemas informatizados mais simples e usuais da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil até outros menos comuns, conforme descritos em **2.5.3.3.1** e em **2.5.3.3.2**), pode o colegiado solicitar diretamente ou por intermédio da autoridade instauradora ao grupo de investigação disciplinar ou a outras autoridades, pesquisas em ferramentas mais poderosas e de acesso reservado.

Tudo o acima exposto no presente tópico é de ser compreendido à luz da ponderação da recomendação, já expressada em **2.5.3.4**, para que se esgote na fase de admissibilidade todas as pesquisas e investigações, a fim de que a comissão não tenha de buscar apuração de novos fatos não conexos ou continuados em relação aos motivos que ensejaram a instauração.

4.4.8 - Apurações Especiais

Nos casos em que as informações necessárias para elucidação do fato são dados que, por contrato, ficam sob a guarda do Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro) ou da Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência (Dataprev) ou ainda de qualquer outra empresa que seja contratada pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) para prestar o serviço de guarda de sua base de dados e, que, portanto, são impossíveis de se obter com mera pesquisa por parte da comissão de inquérito, o colegiado pode cogitar de solicitar uma apuração especial.

Em síntese, a apuração especial é um meio de prova válido quando se precisa identificar, grosso modo, acesso à base de dados institucional. Mais especificamente, por meio de apuração especial, é possível, por exemplo, identificar o usuário responsável por determinado acesso a sistema informatizado da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, com registro do local e endereço eletrônico do equipamento (o chamado *internet protocol* ou endereço IP), ou identificar os acessos de determinada natureza realizados em um local ou por um usuário.

Tomando em síntese que apuração especial nada mais é que uma consulta em banco de dados de acordo com critérios pré-estabelecidos de seleção (cabe ao solicitante indicar para quem tem a base sob sua guarda que dados quer que sejam extraídos de todo o conjunto armazenado), o seu bom resultado passa obrigatoriamente pela melhor e mais concentrada seleção e pela mais precisa descrição dos dados que se quer extrair. No caso específico da atuação correcional na RFB, em que o extenso, complexo e diversificado banco de dados institucional tem como depositários o Serpro e a Dataprev, cabe à comissão de inquérito identificar com máximos acerto e seletividade os dados de que necessita para o deslinde de seu processo (fechando ao máximo as faixas de abrangência dos critérios de pesquisa, tais como período de tempo, servidores, sistemas) e os descrever com absoluto detalhamento, para que aquela entidade demandada, dentre as duas indicadas acima, que possua sob sua custódia o dado desejado consiga identificar exatamente o que precisa resgatar e fazê-lo correta e completamente, em mínimo tempo possível de pesquisa, com menor custo e com mínima possibilidade de erro ou de incompletude no resultado apresentado.

Antes de adentrar no tema, relevante destacar, à vista do alto custo e do longo tempo de resposta, que é fundamental restringir ao estritamente essencial e indispensável o pedido de realização de apuração especial. A comissão deve analisar restritivamente esta necessidade à vista do objetivo inicialmente bem delineado. Relembra-se aqui a competência que os integrantes da comissão têm para, com o uso de suas senhas de acesso a sistemas informatizados e de seus conhecimentos técnicos sobre a matéria-fim, proceder por conta própria às pesquisas, tentando ao máximo evitar a dependência de agentes externos.

A exemplo das provas periciais *lato sensu* e o exame grafotécnico mais especificamente, eis que a possibilidade de a comissão ter de deliberar pela feitura de uma apuração especial pode ser um dos exemplos a fortemente indicar a pertinência de se realizar interrogatório prévio, cuja aceitabilidade se defenderá em **4.4.15.1** (tomando o cuidado de registrar na intimação que este ato em nada prejudicará o chamamento posterior para que o acusado se manifeste no fim da instrução, por meio do interrogatório final). Em outras palavras, se já desde o início da instrução tem-se como elemento que pode ser relevante na formação da convicção a autoria de determinados acessos a sistema, demonstra-se pertinente chamar de imediato o acusado a ser interrogado se ratifica ou se contesta os registros informatizados que apontam sua matrícula ou senha. Caso o servidor reconheça como seus os acessos sob questão, afasta-se o risco de ter de enfrentar o a apuração especial adiante; caso não ratifique, desde que seja relevante e imprescindível para a convicção global, pode a comissão já de início provocar a apuração especial, enquanto transcorrem em paralelo demais atos de instrução.

Caso se demonstre realmente imprescindível realizar a apuração especial, deve a

comissão encaminhar o pedido à autoridade instauradora, a fim de que esta repasse para a Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec) por meio do Sistema de Controle de Demandas (SCD). Nos termos da normatização infralegal, consubstanciada no art. 16 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, e refletida de forma mais específica no art. 21 da Portaria RFB n° 6.483, de 29 de dezembro de 2017, a Cotec dará prioridade ao atendimento desta solicitação. Acrescente-se, ademais, que por força de contrato, o Serpro (ou a Dataprev ou qualquer outra empresa contratada para o serviço de guarda da base de dados) é obrigado a consultar a base de dados sob sua guarda e a prestar as informações solicitadas.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 16. As unidades de tecnologia da informação dos órgãos do Ministério da Fazenda darão prioridade ao atendimento da solicitação da Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e da Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil, para subsidiar o desempenho das atividades correcionais, que tenha por objeto apurações a serem realizadas nas bases de dados localizadas nos órgãos do Ministério da Fazenda, no Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro) ou na Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social (Dataprev).*
>
> *Portaria RFB n° 6.483, de 2017 - Art. 21. A Coordenação-Geral de Tecnologia da Informação (Cotec) dará prioridade ao atendimento de solicitação da Coger ou dos Escor, para subsidiar o desempenho das atividades correcionais, que tenha por objeto apurações a serem realizadas nas bases de dados localizadas no Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro) ou na Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social (Dataprev).*

Conforme já introduzido acima, o excepcional pedido de apuração especial terá melhor processamento (tanto em prazo de entrega de resposta quanto em confiabilidade e qualidade do conteúdo da resposta) quanto mais se restringir a abrangência do pedido (evitar abarcar longos períodos pretéritos ou amplas faixas de atuação) e quanto melhor se especificar os sistemas informatizados internos e seus módulos e bases dados que devem ser pesquisados

De um lado, o pedido com maior possibilidade de receber um resposta qualificada e em tempo razoável é aquele que se restringe a uma determinada relação de sistemas no *log* dos quais em que se necessita fazer a pesquisa. Quando o pedido de apuração especial informa este tipo de espectro bem delineado à empresa, o atendimento fica facilitado, pois a busca se dá diretamente nas respectivas bases de dados que compõem cada sistema.

De lado oposto, pedidos de apuração especial de abrangência elástica ou indefinida - tais como quando se quer identificar todos os acessos, eventos ou transações realizados por um usuário em todos os sistemas internos, inclusive em mera modalidade consulta, ou quando se quer identificar todos os usuários que acessaram determinado dado por meio de qualquer sistema interno - obrigam um grau de muito maior elaboração por parte da empresa a fim de suprir a resposta confiável. Em tais casos, primeiramente, a empresa precisa identificar os sistemas acessados, por meio dos registros de autenticação no Sistema de Entrada e Habilitação (Senha-Rede) e no Sistema Integrado de Informações Econômico-Fiscais (Senha-Sief), que são dois sistemas responsáveis pelo controle de acesso lógico aos sistemas informatizados e que se localizam, respectivamente, nos computadores de grande porte do Serpro e no ambiente Sief. No passo seguinte, a empresa deve identificar os sistemas em que o usuário é habilitado e que porventura não apareceram no primeiro passo. Por fim, no terceiro e último passo, deve a empresa buscar os registros nas bases de dados que compõem os sistemas identificados ou os *logs* de infraestrutura (já que poucos sistemas gravam *log* de consulta).

Compreende-se, então, à vista desta possibilidade de a empresa ter de desenvolver uma rotina específica para extrair o dado solicitado dentre universo de banco de dados sob guarda contratual, que, além de o pedido ter de se restringir temporal e materialmente (abarcando delimitado intervalo de tempo e restrita gama de atuação), também é

extremamente pertinente que seja o mais detalhado possível em termos de nomes dos sistemas e módulos a serem pesquisados (encontráveis nas portarias definidoras de perfis), pois a empresa não tem o total e qualificado conhecimento de todos os sistemas internos. Do contrário, corre-se sério risco de obter resposta somente depois de longo prazo ou de obter resposta inconclusa ou ainda, na pior das hipóteses, após longo prazo, receber de volta o pedido sem resposta alguma.

Neste diapasão, preventivamente, deve o pedido ratificar para a empresa contratada a sua obrigação de fornecer a resposta que seja possível dentro do que se perguntou, não lhe cabendo optar por nada responder se porventura encontrar apenas parte das respostas solicitadas. Deve-se expressar no pedido que, mesmo que esteja disponível para a empresa apenas parte do período ou apenas parte da abrangência material, deve-se fornecer a resposta e não cogitar de devolver sem nada responder e com sugestão de refazimento dos quesitos.

Do contrário, em caso de atendimento não satisfatório por parte da empresa, a comissão não pode atestar o serviço como concluído e deve registrar as lacunas ou as inconsistências na resposta prestada, a fim de a pesquisa ser refeita. Apenas em caso de atendimento satisfatório é que deve a comissão atestar que o serviço por ser dado como concluído.

Convém que o pedido também registre desde já que a entidade contratada indique, no resultado de suas pesquisas, o responsável técnico pela extração ou pela apuração dos dados, bem como que informe, como um texto padrão, que são adotados cuidados de segurança (tais como observância de normas técnicas e de regras de segurança de informação) que asseguram a confiabilidade dos dados armazenados.

Faz-se necessário atentar para alguns detalhes importantes no preenchimento do pedido no sistema SCD. No item “Serviço”, deve-se escolher opção “Prev-PAD” apenas quando a pesquisa se referir a sistemas da extinta Secretaria da Receita Previdenciária (SRP), marcando-se a opção “PAD” para pesquisas em todos os demais sistemas internos. Ademais, não se deve informar o nº de Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou de Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) e muito menos o nome do investigado ou acusado no campo “Resumo do Serviço” do pedido, pois este campo fica visível a todos os usuários do sistema SCD; este tipo de detalhamento individual deve ser feito no campo “Complementos do Serviço/Anexos”. Importante também lembrar que, como o sistema SCD associa toda a tramitação do pedido, o envio de mensagens e a remessa da resposta ao servidor habilitado que tenha aberto a demanda, deve o Escor manter atualizada uma lista dos servidores habilitados e de demandas em seu nome, pois, em caso de eventual remoção daquele servidor, deve-se alterar o nome do solicitante, a fim de que as respostas não sejam automaticamente dirigidas para o correio eletrônico institucional do recém-removido.

Faz-se necessário antecipar a diferenciação entre apuração especial e perícia, assessoria técnica e assistência técnica. Conforme se aduzirá em **4.4.9** e **4.4.10**, estes três atos instrucionais têm em comum o fato de que, em última análise, trazem aos autos juízo de valor sobre fatos ou dados pré-existentes (seja diretamente, por meio do laudo do próprio perito ou assessor técnico, seja indiretamente, com o assistente técnico fornecendo subsídios à comissão), com base nos quesitos formulados a servidor ou profissional detentor de conhecimento especializado. Daí, para se ter respeitada a garantia do contraditório, se defenderá em **4.4.9** e **4.4.10**, a oportunização ao acusado para que este também possa apresentar seus quesitos (se desejar), uma vez que a quesitação unilateral apenas por parte da comissão pode induzir ou direcionar aquele juízo de valor que ao final será acostado à instrução probatória.

Diversamente ocorre na apuração especial, cuja justificativa de realização não repousa na extração de juízo de valor sobre fatos ou dados pré-existentes. Na apuração especial, tão

somente, a comissão solicita à empresa contratada para guarda de dados que, como órgão responsável por sistemas informatizados e depositário de dados, lhe forneça algumas informações. O ato, em síntese, consubstancia-se tão somente em a empresa acessar o banco de dados de interesse da RFB e que por contrato fica sob sua guarda, e listar os dados solicitados para a comissão. Ao atender tal demanda, a empresa não agrega aos autos, nem direta nem indiretamente, nenhuma avaliação subjetiva. No caso, os juízos de valor ocorrerão *a priori* (no momento em que a comissão delibera solicitar sua realização, sendo certo que a Lei n° 8.112, de 11/12/90, não prevê participação do acusado nas deliberações) e *a posteriori* (quando o acusado tiver vista dos autos e porventura contestar a prova juntada ou quando a comissão livremente a valorar, na deliberação de indiciar ou não, com o contraditório sendo exercido na defesa escrita, se for o caso). Daí porque não há que se cogitar de formação de juízo de valor no momento da feitura da prova, ou seja, no momento em que o Serpro coleta os dados solicitados.

Portanto, sendo a apuração especial uma forma objetiva de se coletar uma prova, não há que se dar prévia notificação de sua realização ao acusado e muito menos que a ele se estender direito de quesitar. Até porque qualquer quesito que o acusado pudesse acrescentar ao pedido de apuração especial seria, na verdade, um dado adicional que poderia ser extraído do banco de dados - ao mesmo tempo, de extração independente dos dados originalmente solicitados e não atuando na leitura que deles se obtém - e que deveria ser considerado um outro pedido de prova, dissociado do primeiro, passível de ser provocado pelo acusado em qualquer momento no curso do processo, e de realização sob jugo da comissão. Em síntese, a apuração especial figura como um mero desarquivamento de dados, no sentido mais amplo do termo - a exemplo do que pode ocorrer com documentos ou processos da matéria-fim para instruir o processo disciplinar, para cujos desarquivamentos não se cogita de quesitação da parte.

Sendo assim, quando, de forma excepcional, a comissão entender necessária a onerosa e demorada prova de apuração especial, primeiramente, convém que, informalmente, fora dos autos, consulte a autoridade instauradora sobre a imprescindibilidade e a viabilidade da prova. Caso a autoridade concorde com a realização desta incomum prova, deve o colegiado formalmente deliberar por sua feitura, motivando com a explanação não só de que os dados desejados e constantes do banco de dados institucional são imprescindíveis para o deslinde do processo como também expor as razões de somente serem obtíveis por meio da apuração especial, não estando disponíveis por outros meios nem para o trio e tampouco para a defesa. Ato contínuo, a comissão deve encaminhar, pelo correio eletrônico institucional, a solicitação de apuração especial para a autoridade instauradora, descrevendo da melhor forma possível os dados que precisa que sejam resgatados.

Quando do retorno do resultado, normalmente por meio de um ofício do Serpro ou da Dataprev, cabe de imediato uma análise conjunta, por parte da comissão e da autoridade instauradora, acerca da qualidade, do acerto e da completude do trabalho apresentado pela entidade demandada. Caso concordem que o resultado é preciso e completo, ou seja, de que a demanda foi perfeitamente atendida, o resultado da apuração especial é então formalmente repassado pela autoridade instauradora para a comissão autuá-lo e a autoridade instauradora deve atestá-la e concluí-la no SCD. Mas, caso entendam que o resultado não é satisfatório (seja por erro na pesquisa, seja por incompletude), devem acordar, fora dos autos, pelo reenvio à entidade demandada, por tantas vezes quantas forem necessárias, descrevendo precisamente o motivo da insatisfação e indicando pormenorizadamente o que tem de ser refeito ou completado. Mas é importante alertar que, sempre que possível, estas avaliações negativas sobre a qualidade da apuração especial e a decisão de reiterar a demanda para a entidade contratada não devem se revestir do caráter de manifestações formais, não devendo ser autuadas, sob pena de fornecer argumentos de que este meio de prova é precário, impreciso e de baixa confiabilidade. Da mesma forma, as versões rechaçadas do resultado da

apuração especial não são documentos de interesse do processo e sim erros cometidos pela entidade contatada e não convém serem juntadas ao processo, reservando-se a autuação apenas para a versão que vier a ser aceita como satisfatória. Somente deve ser juntado ao processo o documento que atende ao que foi solicitado.

4.4.9 - Perícias e Assessorias Técnicas

Pode ocorrer de, no curso de um apuratório, a comissão necessitar de determinado conhecimento técnico específico para esclarecer, comprovar ou atestar algum fato ou o estado, valor, particularidades ou condição de bens, coisas ou pessoas. O senso comum, em regra, refere-se, de forma abrangente, a este tipo de prova como pericial. Neste sentido amplo, podem ser citados, em lista meramente exemplificativa: falsidade ou autenticidade de documento (no sentido amplo do termo, abarcando até mídias eletrônicas), exame grafotécnico, tradução juramentada, exame contábil, conferência de valores, inventário de bens, avaliação de bens, avaliações técnicas de equipamentos ou mercadorias ou de qualquer assunto relacionado à engenharia, perícia médica de forma geral e incidente de sanidade mental do acusado, dentre outros.

A mero título de referência, convém mencionar que a Corregedoria-Geral da Advocacia da União (AGU/CGAU) possui uma norma que disciplina a realização de provas desta natureza no seu âmbito específico, a Portaria CGAU/AGU nº 1, de 4 de março de 2021, e que pode ser aqui parcialmente reproduzida, no inciso I do art. 2º e no art. 19, apenas para fim didático de aproveitar suas definições.

> *Portaria CGAU/AGU nº 1, de 2021 - Art. 2º Considera-se:*
> *I - perícia, prova realizada acerca de fatos que requeiram informações ou exames por técnicos ou especialistas;*
> *Art. 19. São consideradas provas periciais, além de outras modalidades:*
> *I - perícia ou exame grafotécnico e perícia documental, a análise do documento em sua integridade, para determinar se foi objeto de fraude, por recursos químicos, acréscimos ou supressões de texto e grafismos ou adulteração de qualquer natureza, visando à determinação de sua autenticidade ou falsidade material;*
> *II - perícia de engenharia, a análise de aspectos concernentes às obras e aos serviços de engenharia;*
> *III - perícia contábil, a análise de dados e informações contábeis;*
> *IV - perícia médica, a análise do estado de saúde e da capacidade laborativa do acusado antes, durante ou depois dos fatos, sem determinação de sua imputabilidade;*
> *V - avaliação de bem móvel ou imóvel, a análise técnica de seu valor ou de seu estado;*
> *VI - perícia de tecnologia da informação, a análise, coleta e interpretação de evidências digitais; e*
> *VII - análise de evolução patrimonial, a análise acerca do patrimônio e da renda de uma pessoa, com o objetivo de identificar situações que constituam enriquecimento ilícito, patrimônio a descoberto ou incompatível com a renda ou recebimento de recursos não declarados ou não justificados.*

Antes de adentrar no tema, convém destacar que a prova pericial, em seu sentido amplo da expressão, que guarda sinônimo com provas técnicas, à vista das possibilidades de acarretar demora e/ou custo, somente deve ter sua realização deliberada pela comissão se o fato em questão for imprescindivelmente relevante para o deslinde do processo e se seu esclarecimento depender única e exclusivamente de conhecimento técnico especializado, sem outra forma de ser suprido. Ainda dentro do sentido lato da prova pericial, repisa-se a relevância da designação de pelo menos um integrante da comissão com conhecimentos da

área-fim de que trata o processo, como forma de suprir o colegiado de condições de ele mesmo realizar pesquisas, exames, etc, diminuindo a dependência em relação a agentes externos.

O tema conta com manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), por meio do Parecer PGFN/Coged nº 1.077/2023/ME e também foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/4.

> *Parecer PGFN/Coged nº 1.077/2023/ME: "44. Especificamente em relação ao indeferimento da prova pericial, importa salientar que, assim como os servidores que atuam nas áreas finalís5cas propriamente ditas (arrecadação, fiscalização, tributação, por exemplo), o corpo funcional que atua nos órgãos de controle interno da RFB dispõe de elevado conhecimento técnico em matéria contábil, pelo que se torna dispensável o exame pericial, uma vez que os membros das comissões de processo disciplinar detém expertise para a apuração de irregularidades relacionadas à evolução patrimonial de servidores."*
>
> *Nota Técnica Coger nº 2021/4: "4. Dentro do escopo de todas as competências legais e regimentais da RFB e das atribuições legais e normativas dos servidores integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), os membros da CI podem manifestar-se sobre qualquer tema técnico, dispensando realização de prova pericial lato sensu. De outro lado, não lhes cabe manifestar amparados em seus conhecimentos de formação acadêmica ou de qualquer outro conhecimento técnico à margem das competências institucionais e das atribuições funcionais de seus cargos."*

Assim, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seu art. 155, prevê a possibilidade de a comissão, indistintamente, se socorrer de dois agentes detentores de conhecimentos específicos de que seus integrantes não dispõem: peritos e técnicos.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.*
> *Art. 156.*
> *§ 2º Será indeferido o pedido de prova pericial, quando a comprovação do fato independer de conhecimento especial de perito.*

Todavia, o dispositivo legal tão somente enumerou estes dois conceitos, mas não cuidou de defini-los e muito menos de diferenciá-los. À vista da fungibilidade dos dois termos, interpreta-se pela possibilidade de designação tanto de um quanto de outro (perito ou técnico), no curso do processo administrativo disciplinar, de forma que, atendidos os princípios da ampla defesa e do contraditório no que tange a este tipo de prova, o pormenor da terminologia porventura adotada pela comissão, por si só, não terá o condão de inquinar o ato instrucional de nulidade.

Não obstante, a despeito do hábito de se empregar o termo "perito" *lato sensu* para qualquer tipo de manifestação de conhecimento específico, pode-se inferir uma formal diferenciação entre perito *stricto sensu* e assessor técnico (ou, simplesmente, técnico).

O sentido mais estrito do termo "perito" refere-se à pessoa cujo cargo público é especificamente perito. Mais do que um conhecimento, este servidor tem uma atribuição legal de exercer a atividade de perícia, manifestando-se, no que for provocado, por meio de laudo pericial (por exemplo, uma pessoa que ocupa o cargo público de perito da Polícia Federal (PF), no pleno exercício de seu *munus* público, pode elaborar um laudo pericial grafotécnico). há ainda o alcance do termo "perito" para aqueles que, mesmo não detendo o cargo público com tal múnus, exerce papel desta natureza técnica no âmbito do processo judicial, por

designação do juiz. Como esta acepção se restringe ao processo judicial, ao longo do presente texto, a menção a perito em sentido estrito será sempre vinculada à ocupação de cargo público com esta espécie de atribuição.

Já o assessor técnico é, em regra, um servidor detentor de determinado conhecimento em função de sua área de atividade, mas sem ser ocupante de cargo específico de perito e que contribui para o esclarecimento, no que for provocado, prestando assessoria técnica, por meio de laudo técnico (por exemplo, uma pessoa que ocupa o cargo público de engenheiro de um órgão público qualquer, aproveitando os conhecimentos de que dispõe sobre sua atividade laboral, pode elaborar um laudo técnico sobre uma obra). Ou seja, sendo necessário determinado conhecimento específico e não havendo um cargo público de perito daquela matéria, subsidiariamente, pode-se lançar mão do assessor técnico.

Assim, somente se cogita de perícia, no sentido com que este termo é aplicável ao processo disciplinar, realizada em seara pública. Pela própria definição de perito ser o detentor do cargo público para tal *munus* (a despeito do senso comum tratar o termo "perito" com uma abrangência *lato sensu*), não se cogita de perito privado, de forma que o perito, sendo sempre um servidor, é dotado de fé pública. As assessorias técnicas, por sua própria definição, nem sempre são realizadas em seara pública; mas, sempre que possível, devem sê-lo, de forma que, preferencialmente, o assessor técnico seja servidor, dotado de fé pública. Diferentemente do perito, o assessor técnico, excepcionalmente, na ausência da requerida especialização em seara pública, até pode não ser um servidor público, mas sim um agente privado (como ocorreria nos raros casos em que se vislumbrasse necessidade de perícia ou avaliação imobiliária, em que o acusado declara valores subavaliados de seus acréscimos patrimoniais).

Uma vez que o senso comum somente costuma associar o cometimento do crime de falso testemunho ao depoente que presta comprometimento de verdade (nos termos expostos em **4.4.4.4.3**), é interessante pontuar que o perito também pode incorrer neste crime, conforme sua literalidade, no art. 342 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP).

> *CP - Falso testemunho*
> *Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial ou em juízo arbitral:*
> *Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa*
> *§ 2º O fato deixa de ser punível, se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.*

Destaque-se que ambos, ao emitirem um laudo (seja pericial, seja técnico), laboram em prova para o processo. Em outras palavras, a manifestação do perito ou do assessor técnico é, em si, uma prova processual; o laudo pericial ou técnico é a prova em si sobre o assunto que se quer esclarecer.

> *CPP - Art. 160. Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados. (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28/03/94)*

Assim, se a comissão, na sua livre convicção, entende necessária alguma perícia para instruir o processo (em situações que exijam conhecimento técnico especializado e para as quais exista um cargo público específico de perito, tais como exame grafotécnico; transcrição de prova obtida por meio de interceptação telefônica, gravação ou filmagem; tradução juramentada, dentre outras), deve deliberar em ata e entregar notificação (nas formas e meios permitidos em **4.3.11.3** e em **4.4.3**) ao acusado, ofertando-lhe prazo para apresentação, por escrito, de quesitos. Tratando-se de matéria de natureza policial, tradicionalmente se busca a PF (em extensão ao comando do art. 144, § 1º, I e IV da CF, que atribuiu competência

exclusiva para atuar como polícia judiciária da União), mas sem prejuízo de se empregarem outros órgãos, como a Polícia Civil estadual. Citam-se ainda, como outros exemplos, os tradutores juramentados, os ofícios de registros de imóveis, juntas comerciais, etc.

De forma análoga, se a comissão, na sua livre convicção, entende necessária alguma assessoria técnica para instruir o processo (em situações que exijam conhecimento técnico especializado e para as quais não exista um cargo público específico de perito, tais como, dentre outras, inventário de bens; exame contábil; avaliação de bens; conferência de valores e avaliações técnicas de equipamentos ou mercadorias, mesmo que estes bens, valores, equipamentos ou mercadorias estejam confiados a servidores acusados de malversação), igualmente deve deliberar em ata e entregar notificação (nas formas e meios permitidos em **4.3.11.3** e em **4.4.3**) ao acusado, ofertando-lhe prazo para apresentação, por escrito, de quesitos.

> *CPP - Art. 176. A autoridade e as partes poderão formular quesitos até o ato da diligência.*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/4.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/4: "6. Perícia é um exame realizado por um servidor ocupante de cargo público denominado perito, que possui atribuição legal para a sua execução – além de conhecimento especializado. É sempre realizada no âmbito público, e o perito, sendo um servidor, é dotado de fé pública. Não há falar em perito privado.*
> *7. Já assessoria técnica é, em regra, um ato efetuado por agente público que detenha determinado conhecimento em função de sua área de atividade, porém não ocupante de cargo de perito. Na ausência da requerida especialização em seara pública, pode ser realizada por agente privado. Contudo deve-se preferencialmente designar assessor técnico que seja servidor.*
> *8. Tanto o perito quanto o assessor técnico manifestam-se por meio de laudo – pericial ou técnico, respectivamente –, que assume força probante, ou seja, é, em si, uma prova.*

Para ambos os casos, deve primeiramente a comissão elaborar seus próprios quesitos, buscando ao máximo esgotar todas as dúvidas a fim de não se fazer necessário posterior complementação. Neste rumo, convém que a comissão deixe um quesito final com provocação para que o perito ou assessor técnico acrescente mais alguma informação que julgar relevante. Após a formulação de seus quesitos, a comissão deve ofertá-los à defesa, a fim de que esta exerça o direito ao contraditório, formulando quesitos de seu interesse (inclusive que possam se contrapor aos do colegiado).

Não obstante, não se afasta a prerrogativa de a comissão, com base no art. 156, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, indeferir quesitos impertinentes, protelatórios ou sem interesse para o esclarecimento dos fatos. Ademais, como a Lei nº 8.112, de 11/12/90, é silente acerca deste prazo, recomenda-se a integração com a Lei nº 9.784, de 29/01/99, de onde se pode extrair duas referências: três dias úteis ou cinco dias corridos, optando pelo mais benéfico à parte.

> *Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.*
> *Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior.*
> *Parágrafo único. O prazo previsto neste artigo pode ser dilatado até o dobro, mediante comprovada justificação.*

Uma vez que a normatização é silente quanto a quem cabe designar o perito, pode-se tê-lo designado nos autos por portaria de pessoal tanto do presidente da comissão quanto da

autoridade instauradora. Por uma questão de cautela, a fim de evitar alegação da defesa de interferência da comissão na designação e consequentemente no trabalho do perito, pode-se recomendar a opção mais conservadora, qual seja, da designação ficar a cargo da autoridade instauradora. Diante do silêncio da lei, a cautela acima não significa ilegal a designação por parte do presidente da comissão, de forma que aquela eventual alegação é perfeitamente afastável se não se configurar efetivo prejuízo à defesa. Mesmo nesta hipótese, recomenda-se que a comissão encaminhe o pedido de realização da perícia via autoridade instauradora, com a indicação do órgão e do perito (se for o caso), do tema a ser desenvolvido e dos quesitos que devam ser respondidos. Mas tal margem de liberalidade aqui admitida a favor do presidente da comissão é obrigatoriamente afastada no caso excepcional de a perícia acarretar custo, devendo então a comissão solicitar à autoridade instauradora sua realização, expondo os motivos que a justifiquem, bem como o respectivo custo.

Da mesma forma que se expôs para perícia, uma vez que a normatização também é silente quanto a quem cabe designar o assessor técnico, pode-se tê-lo designado nos autos por portaria de pessoal tanto do presidente da comissão quanto da autoridade instauradora. Por uma questão de cautela, a fim de evitar alegação da defesa de interferência da comissão na designação e consequentemente no trabalho do assessor técnico, pode-se recomendar a opção mais conservadora, qual seja, da designação ficar a cargo da autoridade instauradora. Diante do silêncio da lei, a cautela acima não significa ilegal a designação por parte do presidente da comissão, de forma que aquela eventual alegação é perfeitamente afastável se não se configurar efetivo prejuízo à defesa. Mesmo nesta hipótese, recomenda-se que a comissão encaminhe o pedido de realização da assessoria técnica via autoridade instauradora, com a indicação do órgão e do assessor técnico (se for o caso), do tema a ser desenvolvido e dos quesitos que devam ser respondidos. Mas tal margem de liberalidade aqui admitida a favor do presidente da comissão é obrigatoriamente afastada no caso excepcional de, em função do tema, for inviável a realização de assessoria técnica em órgão público e o ato acarretar custo, devendo então a comissão solicitar à autoridade instauradora autorização para sua realização por particulares, expondo os motivos que a justifiquem e indicando quem poderá realizá-la, bem como o respectivo custo.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/4:

> *Nota Técnica Coger nº 2021/4: "9. Caso a CI delibere pela realização de essencial prova pericial ou técnica, deve assegurar ao acusado o direito de formular quesitos, em decorrência do caput do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990 – não obstante o poder concedido no § 1º do mesmo artigo para, motivadamente, denegar quesitos impertinentes, protelatórios ou sem interesse para o esclarecimento dos fatos.*
> *10. Depois, deve providenciar a designação do perito ou do assessor técnico, por meio de portaria de pessoal do presidente do colegiado ou da autoridade instauradora, sendo essa última opção a mais recomendada."*

Destaque-se que os comandos dos arts. 10 a 12 da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Economia (ME), não permitem conceder à autoridade instauradora poder para convocar servidor - nem mesmo se excepcionalmente for servidor da própria RFB - que venha atuar como perito ou como assessor técnico e dele exigir dedicação integral. Ao contrário, o art. 13 da Portaria MF nº 492, de 2013, prevê a competência para que a autoridade disciplinar requisite a titulares de unidades do órgão da Pasta a indicação de servidores para o tipo de atuação de que aqui se trata, reservando que, como regra geral, sobre este servidor não recai ônus de dedicação integral, a menos de casos de específica extrema necessidade e em acordo com a sua chefia.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 13. A autoridade instauradora de procedimentos correcionais poderá requerer aos titulares das unidades dos*

> *órgãos que compõem a estrutura do Ministério a indicação de servidores para auxiliar os trabalhos na condição de assistentes técnicos ou peritos.*
> *Parágrafo único. A indicação para assistente técnico ou perito não demanda dedicação integral por parte do servidor indicado, a não ser em caso de extrema necessidade.*

A propósito, as perícias ou assessorias técnicas cuja realização são deliberadas pela comissão (seja de ofício, seja deferindo pedido da parte), em princípio, como regra, devem ter seu custo absorvido pela Administração, sem importar em ônus para a defesa, conforme já aduzido em **4.4.1.2**.

Como forma de buscar maior agilização na entrega do laudo, convém que a comissão entre em contato com a unidade, órgão ou entidade onde será realizada a prova, com o fim de identificar quem efetivamente procederá ao trabalho e de buscar um contato pessoal. O prévio contato da comissão com que irá realizar a perícia, a fim de se informar quais os dados e documentos porventura necessários para melhor instruir o pedido, qual a forma de encaminhamento, qual a previsão de prazo de entre, dentre outras questões meramente operacionais e instrumentais em nada se confunde com quebra da imparcialidade ou com interferência do colegiado na autonomia profissional do perito ou do assessor técnico ou com indução na forma como deve redigir seu laudo.

A abordagem já apresentada em **4.4.2 -** a cuja leitura se remete - acerca dos detalhes de suspeição e impedimento para agentes intervenientes na instrução probatória se aplicam ao perito e ao assessor técnico.

> *Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:*
> *I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;*
> *II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;*
> *III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.*
> *Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.*

Em **4.2.6** foram apresentadas as definições de graus de parentesco e a forma de contá-los, a cuja leitura se remete.

Não obstante a gratuidade reinante no processo disciplinar acima aventada, não há vedação para que o acusado, além de contar com seu procurador constituído nos autos, a seu exclusivo critério e às suas expensas, contrate assistente técnico privado para fazer-lhe um laudo próprio a qualquer tempo da instrução processual ou para auxiliá-lo na elaboração dos quesitos que lhe foi oportunizada pela comissão antes da feitura da prova em si ou nos questionamentos já posteriores ao laudo pericial ou ao laudo técnico.

Acerca desta participação de um assistente técnico privado, há dois pontos a serem ressaltados.

Primeiramente, a faculdade assegurada ao acusado de trazer laudo particular e de vê-lo juntado aos autos em nada se confunde com apriorística equiparação, em termos de valoração probatória, com o laudo pericial ou com o laudo técnico decorrente da prova pericial realizada por deliberação da comissão. Esta desigualdade valorativa reside principalmente no fato de o laudo particular ser produzido a pedido do acusado, totalmente fora dos limites da Administração e adquirido à margem dos controles asseguradores de sua confiabilidade e ainda também, em alguns casos, em virtude da ausência de fé pública se for contraposto a um laudo pericial (que sempre será público) ou a um laudo técnico (que preferencialmente

também pode ser de lavra pública), conforme as acepções de terminologia aqui adotadas. Em decorrência, tampouco a juntada aos autos de uma manifestação técnica emitida por um particular, que pode vir contaminada pelos naturais interesses e esforços de defesa do acusado, vincula a convicção da comissão, a quem caberá apreciar sua validade como prova, de acordo com o restante do conjunto probatório.

Ademais, é de se indeferir eventual pedido da defesa para que o próprio acusado, seu procurador ou até mesmo seu assistente técnico particular acompanhem o ato em si de feitura da prova pericial e dela participem. Com exceção da perícia médica, que, obviamente requer a presença física do próprio servidor a ser periciado e que é contemplada com específica normatização infralegal (no Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal, emitido pela Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho no Serviço Público do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - MPDG/SEGRT e aprovado pela Portaria MPDG/SEGRT nº 19, de 20/04/17, que prevê a possibilidade de o servidor se fazer acompanhar, na perícia, à sua livre escolha, de seu médico particular, na condição de seu assistente técnico), não assiste direito à defesa em processo disciplinar estar presente para acompanhar e participar, ao lado do perito ou do assessor técnico oficialmente designado, no momento da coleta da prova pericial.

Uma vez que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, e a Lei nº 9.784, de 29/01/99, não abordam a questão desta específica atuação do próprio acusado, de seu procurador e de seu assistente técnico particular, avança-se na necessária sequência de integração para, enfim, se obter a esclarecedora base legal impeditiva no Código de Processo Penal (CPP). A lacuna legal resta suprida com a integração do § 4º do art. 159 do CPP, no sentido de que, no Direito público punitivo, além da prévia oferta à quesitação, a participação da defesa na prova pericial somente se admite após a feitura em si da prova e a elaboração do laudo - no caso, podendo posteriormente questionar a peça escrita oficial, conforme afirmado acima, ou até mesmo para participar, reinquirindo o perito ou o assessor técnico, em eventual convocação para prestarem prova oral. Sendo assim, de nada importa para a processualística disciplinar o comando em sentido oposto constante do inciso II do art. 465 do Código de Processo Civil - CPC, tendo em vista a maior afinidade do processo disciplinar com o processo penal, o que faz encerrar no CPP a busca da integração da lacuna estatutária.

> *CPP - Art. 159.*
> *§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.*

Além de o tema ter sido abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/4, também há posicionamento doutrinário da Controladoria-Geral da União (CGU), neste sentido.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/4 "14. Diferentemente do processo judicial, sem prejuízo de o acusado poder contratar, às suas expensas, assistente técnico privado para fazer-lhe um laudo próprio ou para auxiliá-lo na elaboração dos seus quesitos para a perícia oficial, não há previsão legal para que a defesa indique esta espécie de assistente com o propósito de acompanhar o trabalho de perito, assessor técnico ou assistente técnico em PAD, com exceção de perícia médica, em que o servidor pode, a seu critério, se fazer acompanhar de seu médico particular assistente (...)."*
>
> *"Não há previsão legal de que o acusado possa acompanhar, diretamente ou por assistente técnico privado, a realização dos exames que subsidiarão a feitura do laudo pericial*
> *Faculta-se-lhe [ao acusado], no entanto, valer-se de assistente técnico privado para contestação de elementos do laudo pericial ou então para a inquirição do perito.*
> *Observe-se, a respeito, que a contratação de assistente técnico é apenas mais*

> *uma faculdade do acusado, isto é, não há qualquer obrigatoriedade da intervenção desse profissional no feito disciplinar.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 193, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Reitere-se que, em princípio, o perito ou o assessor técnico atuam no processo por meio de seu laudo, respondendo aos prévios quesitos da comissão e da defesa. Posteriormente, a parte é notificada da juntada do laudo e sobre ele, o acusado ou seu procurador ou seu assistente técnico particular exercita o contraditório, podendo contestar as conclusões do laudo oficial.

Em extensão ao comando do art. 182 do CPP, o laudo pericial ou técnico é de ser analisado e cotejado na visão conglobante da comissão (e, posteriormente, da autoridade julgadora) acerca de todo o conjunto probatório, à luz do principio da livre valoração da prova. Em outras palavras, até é possível sim, em situações incomuns, que a comissão não acate este laudo, rejeitando-o, desde que motivadamente, mostrando nos autos que a peça não se harmoniza com os demais elementos probatórios constantes do processo.

> *CPP - Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.*
>
> *"À vista disso, ressaltamos mais uma vez que, mesmo no que diz respeito aos elementos periciais de prova, importante reconhecer a possibilidade de a autoridade julgadora do processo administrativo, a exemplo do que ocorre em sede judicial, posicionar-se de forma a afastar as conclusões do expert, não ficando, assim, adstrito ao laudo ou à informação pericial, não havendo mitigação da aplicação do convencimento motivado no regime jurídico disciplinar, uma vez que, como afirmado, o julgador administrativo deve-se valer, para o exercício das suas funções, da atuação conforme a lei e o Direito (Lei 9.784/99), atraindo o dever de interpretação e aplicação de todo o ordenamento, sistema e regimes jurídicos, envolvendo as diversas normas e princípios de Direito, mormente e com mais força em razão de suas decisões poderem ser revistas pelo Poder Judiciário ... Porém, para que se não aceite o laudo pericial, devem as autoridades processantes, instrutora ou julgadora, decidir motivadamente e amparadas em outros elementos de prova produzidos nos autos ou derivados de outros procedimentos e, não obstante, submetidos ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pg. 183, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*
>
> *"Sob a luz do princípio da decisão processual fundamentada no livre convencimento motivado, os laudos periciais confeccionados por órgãos públicos em sede de processo administrativo disciplinar são considerados essencialmente pareceres não vinculantes, não ficando a autoridade julgadora do processo submetida às conclusões exaradas no laudo. Assim, o julgador pode discordar do teor dos documentos periciais juntados ao processo disciplinar, desde que proceda de forma motivada, declinando as razões da desconsideração da produção do expert". Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pg. 199, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

E dentro desta visão conglobante com que deve ser visto o laudo pericial ou técnico no processo, nas hipóteses de sua incompletude ou de sua insuficiência ou de sua obscuridade que impeçam o esclarecimento da verdade material, em solução menos traumática que sua rejeição, é possível que o perito ou assessor técnico, em complemento a seus laudos originais, sejam intimados a responderem, por escrito, quesitos adicionais remetidos pela comissão e/ou

pela defesa, ou ainda, excepcionalmente, serem convocados a prestarem prova oral, conforme o inciso I do § 5º do art. 159 do CPP (com redação dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, no que se denominou de minirreforma da parte processual penal), com o fim de melhor esclarecerem pontos de seus laudos, na condição de declarantes (em razão de já terem participado do processo como perito ou assessor técnico, estão impedidos para testemunhar, nos termos do inciso I do art. 18 da Lei nº 9.784, de 29/01/99), oportunidade em que podem ser reinquiridos pela comissão pelo acusado, por seu procurador ou por seu assistente técnico particular.

> *CPP - Art. 159.*
> *§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*
> *I - requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*
>
> *"O uso de expressões técnicas desconhecidas, por exemplo, pode exigir um esclarecimento adicional.(...) ou (...) a sua conclusão parece contrária ao convencimento que já se tinha; ou então contrasta com todas as demais provas já recolhidas (...). A comissão, então, pode solicitar ao perito que complete, explique ou compareça a audiência para ser inquirido. Esta previsão encontra-se no art. 435 do CPC." Léo da Silva Alves, "A Prova no Processo Disciplinar", pgs. 168 e 169, Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003*
>
> *"(...) Mesmo que não haja acompanhamento da perícia, pois muitas vezes esse exame técnico é feito por órgão ou entidade oficial competente, é sempre possível contraditar o laudo apresentado, podendo-se requerer a inquirição do perito em audiência." Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, "Processo Administrativo", pg. 139, Malheiros Editores, 1ª edição, 2001*

Obviamente, ambas as hipóteses acima aventadas, de se remeter quesitos complementares ou se ouvir o perito ou assessor técnico como declarante, passam pela iniciativa de ofício da comissão ou de sua aquiescência a pedido da defesa, compreendendo o próprio colegiado que, de fato, o laudo merece esclarecimento ou complementação.

Mas não se confunda a diferença essencial entre prova de natureza pericial *lato sensu* e prova oral: enquanto naquela primeira buscam-se o conhecimento, a opinião ou a avaliação técnico-científica do *expert* no tema, na prova oral busca-se um relato fático dissociado de opiniões e apreciações pessoais.

Acrescente-se ainda uma outra possibilidade, cogitada pelos §§ 2º e 3º do art. 464 do CPC, qual seja, diante de um tema técnico de menor complexidade que não dependa um laudo para esclarecimento, pode-se apenas coletar prova oral do perito ou do assessor técnico especialista.

> *CPC - Art. 464.*
> *§ 2º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.*
> *§ 3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.*

Ainda na seara da incompletude, insuficiência ou obscuridade do laudo pericial ou técnico, é de afirmar que a prova pericial não se harmoniza com os institutos do pedido de reconsideração ou de recurso hierárquico, previstos nos arts. 106 e 107 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, mais especificamente no Capítulo VIII - Do Direito de Petição do Título III - Dos

Direitos e Vantagens. Independentemente da visão conglobante a favor da comissão, que lhe permite motivadamente não valorar o laudo desconforme com as demais provas autuadas, não cabe pedir ao perito ou ao assessor técnico que reconsidere seus conhecimentos específicos sobre o tema em que foi demandado a se manifestar e menos ainda se cogita de recorrer a um superior hierárquico daquele especialista, visto que a sua manifestação técnica se encerra em si mesma nos objetivos e contornos do processo em curso, nada se confundindo ou se misturando com eventual linha de subordinação hierárquica em que aquele detentor de conhecimentos técnicos se insere em seu local de trabalho e em sua unidade ou órgão de lotação. Conforme exposto acima, reconhece-se ser possível que, amparada em outras provas, às quais a liberdade de apreciação probatória lhe conceda prerrogativa de conceder maior valoração, pode a comissão até desconsiderar o laudo pericial ou técnico, podendo inclusive o colegiado, por iniciativa sua, decidir pela realização de nova prova pericial ou técnica, por outro perito ou assessor técnico; mas não cabe provocar o profissional que exarou o laudo original a mudar sua manifestação e nem tampouco provocar que um superior hierárquico seu, na sua específica linha de hierarquia, faça impor sua compreensão sobre o tema.

Nesta linha, perceba-se que a CGU, novamente em manifestação doutrinária, não inclui o pedido de reconsideração e o recurso hierárquico como possibilidades a serem manejadas nem pela comissão e menos ainda pela defesa em face de laudo pericial ou técnico.

> *"Em princípio, a participação do acusado para a formação da prova pericial cinge-se às manifestações já expostas: I) requerer a produção desse meio de prova, II) formular quesitos, após ser intimado para tal fim, III) contestar elementos do laudo pericial, depois de notificado sobre a sua juntada aos autos e, finalmente, IV) requerer a oitiva do perito, e nessa ocasião inquiri-lo.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 141, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Fechando este tema das possibilidades de aprimoramento e de refazimento da prova pericial, convém reproduzir os entendimentos externados pela AGU, em sua manifestação doutrinária, devendo-se atualizar as remissões para os §§ 1º a 3º do art. 480 do CPC.

> *"Outros aspectos a serem observados pela comissão processante quanto à produção da prova pericial são os seguintes:*
> *a) se a comissão entender necessário, poderá intimar o perito para prestar esclarecimentos oralmente sobre determinada questão;*
> *b) a comissão processante deverá basear suas conclusões no que for posto no laudo pericial, sem prejuízo, no entanto, de formar convicção diversa, desde que amparada em outras provas e que o faça de forma fundamentada;*
> *c) a comissão processante poderá solicitar, de ofício ou a requerimento do acusado, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida;*
> *Obs. 1) a segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaíram a primeira e se destina a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu (art. 438 do Código de Processo Civil);*
> *Obs. 2) 'a segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira' (art. 439 do Código de Processo Civil);*
> *Obs. 3) a segunda perícia não substitui a primeira, cabendo a comissão processante apreciar livremente o valor de uma e outra.", Advocacia-Geral da União, "Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", 1ª edição, 2015, disponível em http://www.agu.gov.br/unidade/cgau, acessado em 29/05/17*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/4.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/4: "15. Por fim, de um lado, o perito, o assessor*

técnico ou o assistente técnico podem ser chamados a esclarecer, por meio de laudo complementar ou por meio de excepcional prova oral, pontos controversos de seu laudo original. Mas, de outro lado, não cabe pedido de reconsideração ao subscritor do laudo e tampouco recurso hierárquico à autoridade que lhe seja superior."

Cabe aqui uma importante ressalva acerca desta inaplicabilidade da esfera recursal lato sunsu em face de laudo pericial ou de laudo ténico. Conforme se aduzirá de forma específica em **4.4.9.1** e em **4.4.16**, a perícia médica oficial, em razão de suas peculiaridades, diferentemente da regra geral das provas periciais, comporta pedido de reconsideração ao perito ou à junta médica oficial que avaliou o periciado ou a outro perito ou a outra junta médica também oficial, sem, no entando, caber aqui a ideia de recurso hierárquico, diante da ausência de via hierárquica.

Especificamente no caso de exame grafotécnico, é de se antecipar que a possibilidade de a comissão ter de deliberar pela feitura desta prova pericial pode ser um dos exemplos a fortemente indicar a pertinência de se realizar interrogatório prévio, cuja aceitabilidade se defenderá em **4.4.15.1** (tomando o cuidado de registrar na intimação que este ato em nada prejudicará o chamamento posterior para que o acusado se manifeste no fim da instrução, por meio do interrogatório final). Em outras palavras, se já desde o início da instrução tem-se como elemento que pode ser relevante na formação da convicção a autoria de determinado documento, demonstra-se pertinente chamar de imediato o acusado a ser interrogado (ou, excepcionalmente, qualquer outro agente a ser inquirido) se ratifica ou se contesta os manuscritos ou a assinatura. Caso o servidor reconheça como seus os escritos sob questão, afasta-se o risco de ter de enfrentar o exame grafotécnico adiante; caso não ratifique, desde que seja relevante e imprescindível para a convicção global, pode a comissão já de início provocar o exame grafotécnico, enquanto transcorrem em paralelo demais atos de instrução.

Para proceder ao exame grafotécnico, a comissão deve se orientar com perito do órgão público competente (em princípio, PF) sobre o conteúdo do texto a ser ofertado. Não havendo escritos para a comparação ou se forem insuficientes os exibidos, seguindo as orientações técnicas, pode a própria comissão proceder à coleta de material.

CPP - Art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:
I - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;
II - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida;
III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;
IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.
Art. 235. A letra e firma dos documentos particulares serão submetidas a exame pericial, quando contestada a sua autenticidade.

STJ, Mandado de Segurança nº 6.547: "Ementa: (...) II - Não há cerceamento ao direito de defesa da servidora por não se produzir prova que, além de não ter sido requerida, mostrou-se desnecessária. Hipótese em que se deixou de realizar perícia técnica sobre assinaturas do conferente na concessão de benefícios, tendo em vista que a servidora acusada as reconheceu como suas."

Caso o acusado (ou qualquer outro agente de quem excepcionalmente se precise

coletar a prova), alegando a garantia constitucional de não se autoincriminar, se recuse a fornecer material para exame grafotécnico, pode-se tentar suprir a lacuna fornecendo originais (não se recomenda envio de cópias xerográficas) de documentos por ele preenchidos ou assinados, disponíveis na repartição (tais como folhas de ponto, despachos e termos elaborados em processos).

No caso de processos com suporte documental em papel, os documentos originais a serem periciados deve ser temporariamente desentranhados dos autos, mediante termo de desentranhamento, substituídos por cópias durante a feitura da prova, e remetidos por ofício da comissão, juntamente com os seus quesitos e os da defesa (caso a defesa os tenha apresentado) à PF, onde em geral e *a priori* são realizados os exames grafotécnicos de interesse da Administração federal. No caso dos processos digitais, formalizados no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) e que possuem suporte documental em meio digital, os documentos devem ser retirados do dossiê do processo até que sejam restituídos à comissão juntamente com o laudo pericial.

É importante que a comissão verifique se o fato objeto do processo administrativo disciplinar também é objeto de inquérito policial e, em caso positivo, esta informação deve constar do ofício, pois provavelmente esta simultaneidade de demandas causará maior interesse na PF em realizar o exame grafotécnico. Caso não haja condições operacionais (em razão de excesso de demandas, por exemplo) ou mesmo interesse por parte da PF em realizar a prova solicitada, pode-se redirecionar o pedido a outros órgãos públicos competentes, como a Polícia Civil do respectivo estado, por exemplo. A última hipótese é a contratação pública de profissional especializado em exame grafotécnico, por meio de procedimento licitatório promovido pela respectiva Divisão de Programação e Logística, devendo, para fim de comprovar a motivação desta contratação excepcional, a comissão se acautelar e preservar todos os ofícios com pedidos precedentes a órgãos públicos e as comprovações de suas negativas ou omissões em realizarem o exame.

Os quesitos da comissão devem se restringir a questionar se os escritos cuja autoria se discute são ou não do punho do acusado (ou de quem quer que seja). Como regra geral - a menos de peculiaridades de algum caso concreto - não convém que a comissão adentre em questões mais detalhadas em seus quesitos, tais como questionar eventuais diferenças de grafia, deixando este tipo de quesito à disposição do periciado, que é quem melhor conhece a própria assinatura e/ou escrita.

Não há previsão legal que ampare a intenção do acusado de compelir a comissão a proceder a exame grafotécnico, podendo esta negar pedido considerado impertinente ou protelatório, sem prejuízo de, assim em qualquer tipo de prova pericial, poder o acusado, às suas custas, submeter determinados escritos a um perito particular e apresentar o laudo à comissão, que deve juntá-lo aos autos.

Além da perícia médica *lato sensu*, empregada para se atestar qualquer problema de saúde do servidor e que será abordada no tópico seguinte, outra perícia médica de natureza mais específica é aquela em que se avaliam a sanidade mental e a imputabilidade do acusado, a cargo de junta médica oficial da Superintendência (ou Gerência) Regional de Administração da Diretoria de Administração e Logística da Secretaria de Gestão Corporativa da Secretaria-Executiva do ME (ME/SE/SGC/DAL/SRA ou ME/SE/SGC/DAL/GRA), e será abordada em tópico à parte, em **4.4.16**.

4.4.9.1 - Atestados Médicos e Perícias e Juntas Médicas Oficiais

Ao tratar da seguridade social do servidor, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, na alínea “d” do inciso I do seu art. 185, apenas prevê o benefício da licença para tratamento

de sua saúde. Na sequência, o § 1º do art. 188 da mesma Lei estabelece que o prazo desta licença pode se estender de um dia até 24 meses.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 185. Os benefícios do Plano de Seguridade Social do servidor compreendem:*
> *I - quanto ao servidor:*
> *c)licença para tratamento de saúde;*
> *Art. 188.*
> *§ 1º A aposentadoria por invalidez será precedida de licença para tratamento de saúde, por período não excedente a 24 (vinte e quatro) meses.*

Na sequência, os arts. 202 a 205 da Lei nº 8.112, de 1990, regulam o benefício, estabelecendo maior rigor formal à medida que se aumenta o período da licença médica. Nos termos do art. 202 e do *caput* do art. 203, ambos da citada Lei, a concessão desta licença, pode se dar a pedido ou de ofício e como regra, condiciona-se à submissão do servidor à perícia médica oficial.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 202. Será concedida ao servidor licença para tratamento de saúde, a pedido ou de ofício, com base em perícia médica, sem prejuízo da remuneração a que fizer jus.*
> *Art. 203. A licença de que trata o art. 202 desta Lei será concedida com base em perícia oficial. (Redação dada pela Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009)*

A Lei, no entanto, trata desta perícia em tela de forma apenas superficial, sem regulá-la, residindo, para todo Poder Executivo federal, sua regulamentação no Decreto nº 7.003, de 9 de novembro de 2009, e sua instrumentalização estabelecida pela Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal, da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, do Ministério da Economia (ME/SEDGG/SGP), em sua Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 15 de dezembro de 2022. Esta Portaria, na verdade, mais que apenas instrumentalizar a referida perícia, figura como norma regulamentadora de toda a procedimentalização para a concessão das licenças para tratamento de saúde do servidor e por motivo de doença em pessoa da sua família.

Contrariando a regra geral acima, o art. 204 da Lei nº 8.112, de 1990, e os incisos do *caput* e os §§ 1º, 4º e 5º do art. 4º Decreto nº 7.003, de 2009, permitem que a licença médica que não ultrapasse o período de quinze dias corridos e que, somada a outras licenças para tratamento de saúde gozadas no período de doze meses anteriores, seja inferior também a quinze dias, possa ser concedida dispensando-se a perícia médica oficial, desde que seja apresentado, eletronicamente em plataforma digital oficial própria, o atestado particular em até cinco dias do início do afastamento. Como regra, este atestado não deve indicar o nome ou a natureza da doença, salvo se o mal decorreu do trabalho ou se for doença grave, contagiosa ou incurável, de acordo com o comando do art. 205 da Lei nº 8.112, de 1990. A não apresentação, sem motivo justificado, do atestado acima citado autoriza a Administração a considerar o período a descoberto como falta ao serviço, nos termos do art. 44 daquela Lei e do § 5º do art. 4º daquele Decreto.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 204. A licença para tratamento de saúde inferior a 15 (quinze) dias, dentro de 1 (um) ano, poderá ser dispensada de perícia oficial, na forma definida em regulamento. (Redação dada pela Lei nº 11.907, de 2009)*
> *Art. 205. O atestado e o laudo da junta médica não se referirão ao nome ou natureza da doença, salvo quando se tratar de lesões produzidas por acidente em serviço, doença profissional ou qualquer das doenças especificadas no art. 186, § 1º.*
>
> *Decreto nº 7.003, de 2009 - Art. 4º A perícia oficial poderá ser dispensada para a concessão de licença para tratamento de saúde, desde que:*

> *I - seja inferior a quinze dias corridos; e (Redação dada pelo Decreto nº 11.255, de 9 de novembro de 2022)*
> *II - somada a outras licenças para tratamento de saúde gozadas nos doze meses anteriores, seja inferior a quinze dias.*
> *§ 1º A dispensa da perícia oficial fica condicionada à apresentação de atestado médico ou odontológico encaminhado por meio de plataforma digital do Governo federal. (Redação dada pelo Decreto nº 11.255, de 2022)*
> *§ 2º No atestado a que se refere o § 1º, deverá constar a identificação do servidor e do profissional emitente, o registro deste no conselho de classe, o código da Classificação Internacional de Doenças - CID ou diagnóstico e o tempo provável de afastamento.*
> *§ 3º Ao servidor é assegurado o direito de não autorizar a especificação do diagnóstico em seu atestado, hipótese em que deverá submeter-se à perícia oficial, ainda que a licença não exceda o prazo previsto no inciso I do caput. (Redação dada pelo Decreto nº 11.255, de 2022)*
> *§ 4º O atestado deverá ser encaminhado por meio de plataforma digital do Governo federal no prazo de cinco dias corridos, contado da data do início do afastamento do servidor. (Redação dada pelo Decreto nº 11.255, de 2022)*
> *§ 5º A não apresentação do atestado no prazo estabelecido no § 4º, salvo por motivo justificado, caracterizará falta ao serviço, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

Para licenças acima de quinze dias corridos ou que totalizem mais de quinze dias em doze meses, obriga-se que a licença médica seja concedida mediante perícia médica oficial, conforme a regra geral imposta pelo art. 202 e pelo *caput* do art. 203, ambos da Lei nº 8.112, de 1990. Para licença médica que não totalize mais que 120 dias, seja em uma única licença, seja na soma das licenças concedidas em um período de doze meses, a perícia médica pode ser realizada por apenas um médico singular do órgão, denominada perícia médica oficial singular; para licença médica que ultrapasse 120 dias, seja em uma única licença, seja na soma das licenças concedidas em um período de doze meses, a perícia médica obrigatoriamente deve ser realizada por junta médica oficial, composta por dois ou três médicos, e se denomina avaliação médica por junta oficial, conforme prevê a redação atualizada do § 4º do art. 203 da citada Lei e nos termos das inovações introduzidas na regulamentação estabelecida pelos incisos do *caput* do art. 2º e pelo art. 3º, ambos do Decreto nº 7.003, de 2009, e reiterados pelo *caput* e pelo inciso I do parágrafo único do art. 3º e pelo *caput* do art. 4º, ambos da Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 2022. A exemplo da cautela acima exposta para o atestado particular, também o laudo da junta médica oficial não deve indicar o nome ou a natureza da doença. Ademais, as licenças decorrentes de motivo odontológico devem ser realizadas por cirurgião-dentista, na linha do § 5º do art. 203 da mesma Lei. Analogamente ao acima exposto, o não comparecimento, sem motivo justificado, do servidor à perícia médica oficial devidamente agendada autoriza a Administração a considerar o período mencionado no atestado particular como falta ao serviço, nos termos do art. 44 daquela Lei e do art. 9º-A daquele Decreto.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 203.*
> *§ 4º A licença que exceder o prazo de 120 (cento e vinte) dias no período de 12 (doze) meses a contar do primeiro dia de afastamento será concedida mediante avaliação por junta médica oficial. (Redação dada pela Lei nº 11.907, de 2009)*
> *§ 5º A perícia oficial para concessão da licença de que trata o caput deste artigo, bem como nos demais casos de perícia oficial previstos nesta Lei, será efetuada por cirurgiões-dentistas, nas hipóteses em que abranger o campo de atuação da odontologia. (Incluído pela Lei nº 11.907, de 2009)*

> *Decreto nº 7.003, de 2009 - Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:*
> *I - perícia oficial: avaliação técnica realizada por médico ou cirurgião-dentista formalmente designado, destinada a fundamentar as decisões da administração*

> *quanto ao disposto neste Decreto; (Redação dada pelo Decreto nº 11.255, de 9 de novembro de 2022)*
> *II - avaliação por junta oficial: perícia oficial realizada por, no mínimo, dois médicos ou dois cirurgiões-dentistas; e (Redação dada pelo Decreto nº 11.255, de 2022)*
> *III - perícia oficial singular: perícia oficial realizada por apenas um médico ou um cirurgião-dentista.*
> *Art. 3º A licença para tratamento de saúde será concedida ao servidor, a pedido ou de ofício:*
> *I - por perícia oficial singular, em caso de licenças que não excederem o prazo de cento e vinte dias no período de doze meses a contar do primeiro dia de afastamento; e*
> *II - mediante avaliação por junta oficial, em caso de licenças que excederem o prazo indicado no inciso I.*
> *Parágrafo único. Nos casos previstos no inciso I, a perícia oficial deverá ser solicitada pelo servidor no prazo de cinco dias contados da data de início do seu afastamento.*
> *Art. 9º-A O não comparecimento do servidor à avaliação pericial agendada, exceto por motivo justificado, caracterizará falta ao serviço no período indicado no atestado de saúde, nos termos do disposto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 8.112, de 1990. (Incluído pelo Decreto nº 11.255, de 2022)*

> *Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 2022 - Art. 3º Considera-se perícia oficial singular a perícia oficial em saúde realizada por apenas um médico ou um cirurgião-dentista.*
> *Parágrafo único. Será realizada perícia oficial singular:*
> *I - em caso de licença para tratamento de saúde que não exceder o prazo de 120 (cento e vinte) dias no período de 12 (doze) meses, a contar do primeiro dia de afastamento; e*
> *Art. 4º Nos casos de licenças que excederem o prazo de que trata o inciso I do parágrafo único do art. 3º e nas demais hipóteses previstas na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, será realizada avaliação por junta oficial, composta por dois ou três médicos ou cirurgiões-dentistas.*

A repercussão contrária ao servidor em decorrência de sua postura omissiva e faltosa diante destes regramentos de natureza médica encontra amparo também no art. 231 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC).

> *CC - Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.*

E também é importante mencionar a possibilidade de repercussões jurídicas, de naturezas penal, civil e administrativa para o servidor que porventura apresente atestado falso, conforme determina o art. 24 da Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 2022.

> *Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 2022 - Art. 24. A apresentação de atestado falso ou que contenha informação falsa sujeitará os responsáveis às sanções penais, administrativas, cíveis e ao ressarcimento dos valores indevidamente recebidos.*

Cabe ainda acrescentar a inovação que se estendeu pelos incisos do § 1º do já mencionado art. 2º do Decreto nº 7.003, de 2009, que estabeleceu duas modalidades simplificadoras de se operar, em todo Poder Executivo federal, a perícia médica oficial. Segundo estes comandos normativos, a perícia médica oficial, além de obviamente poder se realizar na tradicional modalidade de avaliação presencial, também pode se dar nas modalidades de avaliação por telessaúde ou por análise de documentos. Esta inovação foi literalmente reproduzida no art. 2º da Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 2022, e os arts. seguintes desta norma passaram a regulamentar com mais detalhes as duas modalidades simplificadoras.

> *Decreto nº 7.003, de 2009 - Art. 2º*
> *§ 1º A perícia oficial de que trata o inciso I do caput poderá ser realizada nas seguintes modalidades: (Incluído pelo Decreto nº 11.255, de 2022)*
> *I - avaliação presencial; (Incluído pelo Decreto nº 11.255, de 2022)*
> *II - avaliação por meio de telessaúde, quando expressamente autorizada pelo servidor; ou (Incluído pelo Decreto nº 11.255, de 2022)*
> *III - análise documental. (Incluído pelo Decreto nº 11.255, de 2022)*

A perícia médica oficial na modalidade por análise documental é aceita nos casos de licença médica que, em regra, não totalize mais que sessenta dias, seja em uma única licença, seja na soma das licenças concedidas em um período de doze meses e desde que não envolvam análise da capacidade laborativa ou invalidez do servidor e que o tempo de espera para realização da avaliação for superior a trinta dias contados da apresentação do necessário atestado particular, conforme o inciso I do *caput* e os §§ 1º e 2º do art. 6º da Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 2022.

> *Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 2022 - Art. 6º A perícia oficial por análise documental poderá ser realizada, a critério do perito, nas seguintes hipóteses:*
> *I - avaliações técnicas que não envolvam análise da capacidade laborativa ou invalidez; e*
> *§ 1º As licenças para tratamento de saúde do servidor, poderão ser objeto de perícia oficial por análise documental, quando o tempo de espera para a realização da perícia for superior a 30 (trinta) dias corridos, contados do envio do atestado.*
> *§ 2º Não poderá ser realizada a perícia oficial por análise documental quando a soma dos períodos das licenças para tratamento de saúde do servidor ou licença por motivo de doença em pessoa da família, ainda que de forma não consecutiva, seja superior a 60 (sessenta) dias dentro de um período de 12 meses.*

A perícia médica oficial na modalidade de avaliação por telessaúde é aceita nos casos de licença médica que não totalize mais que 120 dias, seja em uma única licença, seja na soma das licenças concedidas em um período de doze meses e desde que não envolvam análise da capacidade laborativa ou invalidez do servidor, conforme o inciso I do *caput* do art. 6º e o *caput* e o § 1º do art. 10, ambos da Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 2022. Diante desta limitação temporal da duração da licença, é certo que esta modalidade somente se aplica para perícia médica oficial singular, ou seja, realizada por apenas um perito. Nesta modalidade, definida no art. 9º da mesma Portaria, emprega-se recurso de videoconferência ou ferramenta similar de transmissão de sinais de áudio e vídeo, disponibilizado pela Administração, em tempo real. Importante destacar que, uma vez indicado pela Administração que a perícia médica oficial ocorrerá sob esta modalidade, já desde o § 3º do art. 2º do Decreto nº 7.003, de 2009 (literalmente repetido no 2º do art. 10 da citada Portaria), permite-se que o servidor se recuse a se submeter a tal formato remoto.

> *Decreto nº 7.003, de 2009 - Art. 2º*
> *§ 3º Ao servidor é assegurado o direito de recusar a avaliação por meio de telessaúde. (Incluído pelo Decreto nº 11.255, de 2022)*
>
> *Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 2022 - Art. 9º A perícia oficial por telessaúde será realizada com a utilização da ferramenta de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, disponibilizado pelos órgãos e entidades da administração pública federal.*
> *Art. 10. A perícia oficial por telessaúde poderá ser realizada nas mesmas hipóteses do art. 6º, com exceção do prazo previsto no seu § 2º.*
> *§ 1º Poderá ser realizada perícia oficial por telessaúde para licenças para tratamento de saúde do servidor ou por motivo de doença em pessoa da família de até 120 (cento e vinte) dias no período de 12 (doze) meses a contar do*

> *primeiro dia de afastamento.*
> *§ 2º Ao servidor é assegurado o direito de recusar a avaliação por meio de telessaúde, devendo indicar esta opção no momento que encaminhar o atestado, via SOUGov.*
> *Art. 11. A unidade SIASS ao disponibilizar a agenda deve indicar expressamente que a perícia oficial ocorrerá de maneira remota com a utilização do recurso de videoconferência.*

Esta modalidade de perícia médica oficial já havia sido instituída desde a edição da Portaria ME/SEDGG/SGP nº 190, de 5 de setembro de 2019. Esta Portaria mais antiga tem foco delimitado na perícia médica oficial na modalidade de avaliação por telessaúde, diferentemente da Portaria mais recente, que regulamenta todo o tema da concessão das duas licenças associadas a questões médicas. Novamente, cabe aqui destacar que, na mesma linha posteriormente reiterada no § 2º do art. 10 da Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 2022, já desde a Portaria ME/SEDGG/SGP nº 190, o seu art. 11 expressa que o servidor deve ter prévia ciência não só da modalidade remota de realização da perícia médica oficial mas também das limitações e das diferenças de tal formato em comparação com o ato pericial realizado presencialmente, exigindo, inclusive, a assinatura de sua aquiescência em um termo padronizado em seu anexo.

> *Portaria ME/SEDGG/SGP nº 190, de 2019 - Art. 11. O servidor solicitante da perícia deverá ser previamente informado sobre as limitações da avaliação por videoconferência em comparação com a avaliação presencial, sendo obrigatória a assinatura do termo de ciência constante do Anexo.*

A Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 2022, nos incisos do *caput* e no § 1º do art. 12 e no art. 13, impõe que a realização da perícia médica oficial na modalidade de avaliação por telessaúde condicione-se ao fato de servidor e perito estarem simultaneamente conectados pelo recurso tecnológico de transmissão de sinais de áudio e vídeo, ao amparo de registro eletrônico fechado com preservação da privacidade e do sigilo e com óbvia vedação de gravação do ato. Estes comandos praticamente repetem o que já contava dos arts. 6º e 7º da Portaria anterior.

> *Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 2022 - Art. 12. Durante a perícia oficial por telessaúde, servidor e perito deverão estar conectados simultaneamente por meio do recurso de videoconferência, devendo observar os seguintes requisitos:*
> *I - servidor e perito devem estar simultaneamente conectados à internet, no horário*
> *previamente agendado;*
> *II - servidor e perito devem utilizar equipamento com câmera e som; e*
> *III - o servidor deve estar em ambiente seguro, silencioso e iluminado no momento da videoconferência.*
> *§ 1º A não observância dos requisitos fixados poderá ensejar a necessidade de perícia*
> *presencial, a critério do perito.*
> *Art. 13. A perícia oficial por telessaúde ocorrerá em ambiente adequado e por meio de sistema de registro eletrônico fechado, garantindo-se a privacidade e o sigilo das informações.*
> *Parágrafo único. Será assegurado o sigilo da avaliação, conforme preceituam os Códigos de Ética da Medicina e da Odontologia, vedada a gravação de áudio e vídeo.*

Por fim, a perícia médica oficial na modalidade de avaliação presencial é originariamente aplicada aos casos em que a licença médica ultrapassa 120 dias, seja em uma única licença, seja na soma das licenças concedidas em um período de doze meses, o que, de outra forma, significa dizer que se associa à necessidade de avaliação médica por junta oficial.

Não obstante, já desde os §§ 6º e 7º do art. 2º do Decreto nº 7.003, de 2009 (literalmente repetidos nos §§ 1º e 2º do art. 2º da Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 2022), assegura-se ao perito a prerrogativa de optar, em qualquer caso, pela realização de perícia médica oficial na modalidade de avaliação presencial, ainda que *a priori* as condicionantes permitissem alguma das duas modalidades simplificadoras.

> *Decreto nº 7.003, de 2009 - Art. 2º*
> *§ 6º Ao médico ou ao cirurgião-dentista é assegurada a autonomia para escolher entre as modalidades de realização de perícia oficial de que trata o § 1º. (Incluído pelo Decreto nº 11.255, de 2022)*
> *§ 7º Caso considere necessário, o perito poderá optar pela perícia presencial a qualquer tempo. (Incluído pelo Decreto nº 11.255, de 2022)*

Informe-se que o Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal, emitido pela então Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho no Serviço Público do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - MPDG/SEGRT e aprovado pela Portaria MPDG/SEGRT nº 19, de 20/04/17, prevê a possibilidade de o servidor se fazer acompanhar na perícia médica oficial de assistente técnico, à sua livre escolha, o qual, mesmo sendo seu médico particular, não tem o direito de interferir no ato. Assim, na eventualidade de se deparar com pedido de tal natureza, sendo esta uma questão muito afeta às peculiaridades da seara médica (inclusive de fortes balizamentos ético-profissionais específicos), convém que a comissão não se manifeste e apenas encaminhe a petição à junta médica oficial. Na verdade, o servidor pode se valer de assistente técnico antes mesmo da perícia, a seu critério, já desde a formulação de seus quesitos, sendo certo, no entanto, que todos os ônus referentes a este agente auxiliar, tais como atos de comunicação sobre a realização do ato, recaem no acusado ou em seu procurador.

> *"Fica a critério do perito a presença de acompanhante durante a perícia, desde que este não interfira nem seja motivo de constrangimento, pressão ou ameaça ao perito ou ao periciado.*
> *O comparecimento a consulta com profissional de saúde, tratamento, procedimentos ou exames, por uma fração do dia, não gera licença, por falta de amparo legal, mas deverá ser comprovado por meio de declaração de comparecimento emitida pelo profissional assistente, para servir como justificativa de afastamento, ficando a critério da chefia imediata do servidor a compensação do horário, conforme a legislação em vigor (parágrafo único do art. 44 da Lei no 8.112, de 1990).*
> *O atestado do assistente não reúne, por si só, os elementos suficientes para a concessão de licenças motivadas por incapacidade resultante de doença ou lesão. Cabe ao perito retirar do atestado as informações que servirão de base para orientar seu trabalho, podendo acatar ou não a sugestão do profissional assistente. Para tanto o perito poderá solicitar ao servidor ou seu dependente legal a apresentação de pareceres, exames, atestados e relatórios (...).", Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - Secretaria Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho no Serviço Público, "Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal", 3ª edição, 2017, pgs. 5 de seu Capítulo I, 15 de seu Capítulo II e 56 de seu Capítulo III*

Quanto à origem do médico ou da junta médica oficial, em princípio, busca-se no próprio órgão a que está vinculado o servidor (ou seja, no caso, empregam-se os médicos ou as juntas médicas oficiais das Superintendências (ou Gerências) Regionais de Administração da Diretoria de Administração e Logística da Secretaria de Gestão Corporativa da Secretaria-Executiva do ME (ME/SE/SGC/DAL/SRA ou ME/SE/SGC/DAL/GRA)). Não obstante, ao tratar da assistência à saúde do servidor, o art. 230 da Lei nº 8.112, de 1990, prevê ainda a possibilidade de se realizarem perícias médicas oficiais em qualquer unidade do Subsistema Integrado de Atenção à Saúde do Servidor Público Federal (Siass) de outros órgãos públicos

da área de saúde ou no Instituto Nacional de Seguro Social (INSS). Esta permissão se faz refletir também no art. 6º do Decreto nº 7.003, de 2009.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 230. A assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família compreende assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, terá como diretriz básica o implemento de ações preventivas voltadas para a promoção da saúde e será prestada pelo Sistema Único de Saúde - SUS, diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou mediante convênio ou contrato, ou ainda na forma de auxílio, mediante ressarcimento parcial do valor despendido pelo servidor, ativo ou inativo, e seus dependentes ou pensionistas com planos ou seguros privados de assistência à saúde, na forma estabelecida em regulamento. (Redação dada pela Lei nº 11.302, de 10 de maio de 2006)*
> *§ 1º Nas hipóteses previstas nesta Lei em que seja exigida perícia, avaliação ou inspeção médica, na ausência de médico ou junta médica oficial, para sua realização o órgão ou entidade celebrará, preferencialmente, convênio com unidades de atendimento do sistema público de saúde, entidades sem fins lucrativos declaradas de utilidade pública, ou com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
> *§ 2º Na impossibilidade, devidamente justificada, da aplicação do disposto no parágrafo anterior, o órgão ou entidade promoverá a contratação da prestação de serviços por pessoa jurídica, que constituirá junta médica especificamente para esses fins, indicando os nomes e especialidades dos seus integrantes, com a comprovação de suas habilitações e de que não estejam respondendo a processo disciplinar junto à entidade fiscalizadora da profissão. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *§ 3º Para os fins do disposto no caput deste artigo, ficam a União e suas entidades autárquicas e fundacionais autorizadas a: (Incluído pela Lei nº 11.302, de 2006)*
> *I - celebrar convênios exclusivamente para a prestação de serviços de assistência à saúde para os seus servidores ou empregados ativos, aposentados, pensionistas, bem como para seus respectivos grupos familiares definidos, com entidades de autogestão por elas patrocinadas por meio de instrumentos jurídicos efetivamente celebrados e publicados até 12 de fevereiro de 2006 e que possuam autorização de funcionamento do órgão regulador, sendo certo que os convênios celebrados depois dessa data somente poderão sê-lo na forma da regulamentação específica sobre patrocínio de autogestões, a ser publicada pelo mesmo órgão regulador, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias da vigência desta Lei, normas essas também aplicáveis aos convênios existentes até 12 de fevereiro de 2006; (Incluído pela Lei nº 11.302, de 2006)*
> *II - contratar, mediante licitação, na forma da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde que possuam autorização de funcionamento do órgão regulador; (Incluído pela Lei nº 11.302, de 2006)*
>
> *Decreto nº 7.003, de 2009 - Art. 6º Inexistindo perito oficial, unidade de saúde do órgão ou entidade no local onde tenha exercício o servidor, o órgão ou entidade do servidor celebrará acordo de cooperação com outro órgão ou entidade da administração federal, ou firmará convênio com unidade de atendimento do sistema público de saúde ou com entidade da área de saúde, sem fins lucrativos, declarada de utilidade pública.*
> *Parágrafo único. Na impossibilidade de aplicação do disposto no caput, que deverá ser devidamente justificada, o órgão ou entidade promoverá a contratação da prestação de serviços por pessoa jurídica, nas condições previstas no art. 230, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990.*

A Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 2022, no seu art. 15 e no *caput* do seu art.

16, prevê a possibilidade de o servidor se insurgir contra o laudo da perícia médica oficial para fim de concessão de licença para tratamento de saúde. De acordo com aqueles comandos normativos, resta esclarecido que o servidor pode apresentar pedido de reconsideração ao mesmo perito ou à mesma junta médica oficial que o avaliou e, na hipótese de indeferimento deste primeiro instrumento, pode ainda o periciado interpor recurso a outro perito ou a outra junta distinto ou distinta de quem indeferiu o pedido de reconsideração. Embora não caiba aqui mencionar recurso hierárquico, em razão da ausência de subordinação hierárquica entre peritos e juntas médicas oficiais, ainda é possível correlacionar a faculdade aqui reconhecida com o exercício do direito estatutário de petição, gênero em que repousam as espécies pedido de reconsideração e recurso (este sim, hierárquico, daí porque esta correlação se faz de forma extensiva), nos arts. 106 e 107 da Lei nº 8.112, de 1990, mais especificamente no Capítulo VIII - Do Direito de Petição do Título III - Dos Direitos e Vantagens. Ainda sobre o tema, o parágrafo único do art. 16 e o art. 17 da citada Portaria estabelecem, respectivamente, que o prazo para manejo de qualquer das duas instâncias recursais é de trinta dias da ciência, pelo servidor, da decisão recorrida e que ambas reavaliações devem se dar obrigatoriamente na modalidade presencial.

> *Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 2022 - Art. 15. Cabe pedido de reconsideração da decisão pericial, sendo a reavaliação realizada pelo mesmo perito ou junta oficial que proferiu a primeira decisão.*
> *Art. 16. Na hipótese de indeferimento do pedido de reconsideração caberá recurso a ser avaliado por outro perito ou junta, distinto do que apreciou o pedido de reconsideração.*
> *Parágrafo único: O prazo para interposição de pedido de reconsideração ou de recurso é de 30 (trinta) dias, a contar da publicação ou da ciência, pelo interessado, da decisão recorrida.*
> *Art. 17. A avaliação pericial na reconsideração e no recurso deve ser realizada de forma presencial.*

Tanto é assim que o já mencionado Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal também prevê as possibilidades de interposição de pedido de reconsideração e de recurso (não necessariamente hierárquico mas sim tão somente a outro perito ou a outra junta médica, o que mitiga o senso comum de hierarquia revisora em seara médica) frente a laudos periciais.

> *"Caso o servidor não concorde com a decisão pericial terá o direito de interpor um pedido de reconsideração que será dirigido à autoridade que houver proferido a decisão sendo a avaliação realizada pelo mesmo perito ou junta oficial.*
> *Na hipótese de novo indeferimento, o servidor poderá solicitar recurso, que deverá ser encaminhado a outro perito ou junta, distinto do que apreciou o pedido de reconsideração.*
> *Em caso de deferimento do pedido de reconsideração ou recurso, os efeitos da decisão retroagirão à data do ato impugnado. Em caso contrário, os dias em que o servidor não comparecer ao trabalho serão considerados como faltas justificadas, podendo ser compensadas de acordo com o previsto no art. 44 da Lei nº 8.112, de 1990, ou seja, a critério da chefia imediata do servidor.*
> *Modelos de Laudos, Registros e Pedidos de Reconsideração e Recurso a Perícia Oficial em Saúde: (...) Tenho ciência que, tratando-se de indeferimento deste pleito, os dias em que não comparecer ao trabalho serão considerados como faltas não justificadas.", Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - Secretaria Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho no Serviço Público, "Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal", 3ª edição, 2017, pg. 38 de seu Capítulo II e modelos de seu Anexo II*

Tratando-se *stricto sensu* de uma manifestação pericial, dotada de fé-pública, os laudos médicos oficiais e as licenças para tratamento de saúde devem ser acatados não só na

gerência de pessoas, para fim de não haver prejuízo à remuneração, mas também na instância disciplinar, naquilo que possam influenciar na configuração ou não da responsabilização administrativa, seja na materialidade, seja na autoria. A título meramente exemplificativo, é comum esta repercussão da matéria médica na instância disciplinar, sobretudo em casos de suposta configuração de inobservância do dever de assiduidade ou dos ilícitos de abandono de cargo ou de inassiduidade habitual, ou até mesmo na configuração de incidente de insanidade mental.

Destaque-se que os §§ 2º e 3º do art. 203 da Lei nº 8.112, de 1990, preveem a possibilidade de o servidor trazer atestado de um médico particular (como um assistente técnico seu) em caso de absoluta inexistência de médico oficial e também de impossibilidade das soluções alternativas elencadas pelo art. 6º do Decreto nº 7.003, de 2009. Mas este atestado passado por médico particular somente produzirá seus efeitos jurídicos se encaminhado em via eletrônica em até cinco dias do início do afastamento, conforme o já mencionado § 4º do art. 4º do Decreto nº 7.003, de 2009.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 203.*
> *§ 2º Inexistindo médico no órgão ou entidade no local onde se encontra ou tenha exercício em caráter permanente o servidor, e não se configurando as hipóteses previstas nos parágrafos do art. 230, será aceito atestado passado por médico particular. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
> *§ 3º No caso do § 2º, o atestado somente produzirá efeitos depois de recepcionado pela unidade de recursos humanos do órgão ou entidade. (Redação dada pela Lei nº 11.907, de 2009)*
>
> *Decreto nº 7.003, de 2009 - Art. 6º Inexistindo perito oficial, unidade de saúde do órgão ou entidade no local onde tenha exercício o servidor, o órgão ou entidade do servidor celebrará acordo de cooperação com outro órgão ou entidade da administração federal, ou firmará convênio com unidade de atendimento do sistema público de saúde ou com entidade da área de saúde, sem fins lucrativos, declarada de utilidade pública.*
> *Parágrafo único. Na impossibilidade de aplicação do disposto no caput, que deverá ser devidamente justificada, o órgão ou entidade promoverá a contratação da prestação de serviços por pessoa jurídica, nas condições previstas no art. 230, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990.*

Assim, no caso em que a Administração se depara com atestado médico particular, trazido pelo servidor - sem que aqui se autorize que o agente administrativo *lato sensu*, que não é médico oficial, se insurja ou questione a legitimidade em si das conclusões técnicas esposadas no atestado passado por médico particular, mas sim tão somente atendo-se a suas formalidades legais, de prazo, por exemplo -, é certo que há amparo legal para apenas considerar tal documento apto a produzir seus efeitos jurídicos se for tempestivamente apresentado à Administração. A não consideração de tais efeitos jurídicos pode se manifestar, por exemplo, desde o imediato e praticamente inquestionável desconto pecuniário até, em um grau muito mais grave e residual, talvez afastar justificativas para ausências e faltas para fim disciplinar.

Ocorre que, para fins disciplinares, a não consideração do atestado particular requer mais do que a simples apresentação intempestiva, pois esta instância atua sobre um bem merecedor de tutela muito mais forte que a repercussão pecuniária. Em instância punitiva, se demonstra mais relevante a análise de mérito que o setor médico oficial pode fazer sobre as informações constantes do atestado particular, homologando-o ou não.

Isto porque, por óbvio, o atestado particular, além de ter de ser apresentado no prazo, requer também a homologação por parte do setor médico oficial. Por um lado, a homologação oficial do atestado particular trazido pelo servidor, cujo período abrangido afastaria a

materialidade do ilícito, ainda que intempestivamente apresentado, veda qualquer repercussão contrária ao servidor, seja pecuniária, seja disciplinar. Por outro lado, no extremo oposto, a não homologação deste atestado particular, ainda que apresentado tempestivamente, dentro da competência legal do setor médico oficial, por discordar material e tecnicamente dos motivos expostos pelo médico particular, em regra, pode permitir a repercussão tanto pecuniária quanto disciplinar. Neste diapasão de não aceitação de atestado particular, embora sabidamente emitido sob o foco específico de discussão de sanidade mental e de capacidade ou não para acompanhar processo disciplinar, merece destaque a manifestação exarada pela Controladoria-Geral da União (CGU/CCC), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC n° 12, de 13 de janeiro de 2016.

> *Enunciado CGU/CCC n° 12, de 2016: "Atestado médico particular. Indeferimento de prova pericial. 1. O atestado médico particular não tem, necessariamente, o condão de sobrestar o processo disciplinar. 2. Inexistindo dúvida razoável acerca da capacidade do acusado para o acompanhamento do processo, com base no conjunto probatório carreado aos autos, poderá a prova pericial ser indeferida."*

E, na situação intermediária, em que a não homologação daquele atestado externo decorre apenas do aspecto formal de ter sido intempestivamente apresentado, ou seja, por aspecto meramente formal, embora se autorize que se proceda ao desconto pecuniário e, em princípio, que até se cogite de suposta configuração de ilícito, tem-se que atuar com cautela para fim disciplinar, sujeitando que a confirmação da imputação ou o seu afastamento dependerá do rito contraditório do devido processo legal, com a análise das peculiaridades de cada caso em concreto.

Tanto é verdade que na situação intermediária acima não se adota nenhuma resposta apriorística para as repercussões e que deve se atentar às condições e particularidades de cada caso, conforme o rito contraditório possa enriquecer a instrução processual, que, neste rumo, se obtêm manifestações jurisprudenciais de diferentes resultados. Menciona-se, primeiramente, julgado em que a Corte Superior manteve a demissão de servidor, por abandono de cargo, em virtude da não homologação de atestado médico particular por aspectos formais, por parte do órgão oficial, destacando-se que, embora o caso em concreto não se referisse a problema de saúde mental, a linha de argumentação do julgado atribuiu relevância ao aspecto formal da homologação do atestado de forma a se presumir que, mesmo que a moléstia fosse mental, a decisão poderia ser a mesma.

> *STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 14.816: "Ementa: Administrativo. Mandado de Segurança. Ex-servidor público estadual. Laudo médico. Não homologação. Licença médica não concedida. Faltas ao serviço não abonadas. Abandono de cargo. Ato de demissão. Legalidade. Tendo sido descumprido requisitos básicos exigidos pela lei para concessão de licença médica para tratamento de saúde - como a homologação de laudo médico por órgão competente e reconhecimento de firma em atestado passado por médico particular, tornam-se injustificáveis as faltas cometidas por servidor, inexistindo direito a ser amparado pela via do 'mandamus' por revestir-se de legalidade o ato demissório. Recurso ordinário desprovido."*

Todavia, por outro lado, a mesma Corte Superior, emitiu dois julgados mais recentes, afastando a pena demissória em casos de formal configuração de abandono em que os servidores não haviam cumprido formalidades de apresentar à Administração os atestados médicos de moléstias mentais, acatando a possibilidade de o não cumprimento de formalidade ter se devido justamente à perturbação mental.

> *STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 21.392: "Ementa: Processo administrativo disciplinar. Servidor público. Abandono de cargo motivado por quadro de depressão. Animus abandonandi. Não-configuração. II - Os*

> *problemas de saúde da recorrente (depressão) ocasionados pela traumática experiência de ter um membro familiar em quadro de dependência química, e as sucessivas licenças médicas concedidas, embora não comunicadas à Administração, afastam a presença do animus abandonandi."*
>
> *STJ, Recurso Especial nº 637.447: "Ementa: Administrativo. Servidor público. Abandono de cargo. Não-configuração. Existência de justa causa. Inteligência do art. 207, § 1º, da Lei 1.711/52. 2. Hipótese em que o servidor se ausentou por mais de 30 (trinta) dias, sem informar, em momento oportuno, para fins de concessão de licença médica, sua enfermidade psicológica. A situação clínica foi, todavia, posteriormente comprovada por laudo médico, razão pela qual não se configura o abandono de cargo."*

Por fim, conforme já aduzido em **3.2.5**, a cuja leitura se remete a fim de evitar desnecessária repetição, vale destacar que o fato de o servidor estar de licença médica não necessariamente o impede de acompanhar o processo disciplinar (sobretudo se a licença médica advém de males meramente físicos, dissociados da capacidade mental).

4.4.9.2 - Integrante de Comissão Designado para Atuar como Perito Externo

Conforme já aduzido em **4.2.6**, pode ocorrer (sobretudo em hipótese de transcurso simultâneo de instâncias administrativa e criminal, por exemplo) de o Poder Judiciário ou o Ministério Público ou qualquer outro órgão necessitar que algum servidor atue na instância judicial como perito ou auxiliar, em função de seus conhecimentos técnicos específicos. Caso, em primeiro momento, esta requisição seja apresentada diretamente ao próprio servidor que atua em atividades correcionais, de acordo com o *caput* do art. 21 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, este deve comunicar o fato para a autoridade instauradora e para seu chefe imediato (caso estas autoridades sejam distintas, como na hipótese de servidor convocado), ainda que não integre comissão ou que a comissão por ele integrada conduza apurações sobre fatos distintos dos que originaram a designação como perito ou auxiliar. No caso de a requisição recair sobre integrante de comissão que conduza apurações sobre os mesmos fatos que justificaram a designação como perito ou auxiliar, ao ter tomado conhecimento da demanda externa, seja por intermédio do próprio integrante requisitado, seja por ter recebido diretamente a requisição do Poder Judiciário ou do Ministério Público, cabe primeiramente à autoridade instauradora provocar a instância fiscal, com o fim de obter indicação de outro servidor estranho ao processo administrativo disciplinar a ser ofertado ao órgão requisitante para desempenhar a tarefa. Isto porque os parágrafos únicos dos mesmos dispositivos normativos determinam, como hipótese de impedimento, que o servidor seja imediatamente afastado da comissão que porventura integre e que conduza apurações acerca do mesmo fato objeto de sua designação como perito ou auxiliar, como se operasse a presunção de que a atuação como perito ou auxiliar contamina a isenção para continuar na comissão. O comando encartado no parágrafo único do art. 21 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, termina por esclarecer a motivação preventiva do *caput* dos mesmos dispositivos, uma vez que, já sabendo previamente da designação de qualquer servidor como perito ou auxiliar, a autoridade instauradora já não o inclui em comissões.

Mas é de se reconhecer que esta hipótese de impedimento acrescentada no ordenamento pelo parágrafo único do art. 21 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, refletido no art. 20 da Portaria RFB n° 6.483, de 29 de dezembro de 2017, a rigor, não se alinha aos limites do art. 18 da Lei nº 9.784, de 29/01/99. Obviamente, os dispositivo são válidos e vigoram no ordenamento interno, mas extrapolam os limites do impedimento previsto na Lei, porque o texto legal restringe a crítica inafastável à isenção à hipótese de o servidor acumular mais de uma atuação no mesmo processo, mas não para processos distintos, como é o caso da hipótese regulamentada pela Portaria MF e pela Portaria RFB, já que a atuação em

procedimento no âmbito do Ministério Público ou em processo no âmbito do Poder Judiciário passou a também impor vedação intransponível para atuação em outro feito, na instância disciplinar.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 21. O servidor que atue em atividades correcionais e que seja designado para atuar como perito ou auxiliar do Poder Judiciário, do Ministério Público ou de qualquer outro órgão deverá comunicar tal fato à respectiva corregedoria e ao titular do órgão ou da unidade de lotação, independentemente de qualquer ato nesse sentido praticado pela autoridade que o designou.*
> *Parágrafo único. O servidor que for designado para atuar como perito, nas situações previstas no caput deste artigo, será afastado imediatamente das atividades da comissão de sindicância ou de processo disciplinar que trate dos mesmos fatos objeto da perícia.*
>
> *Portaria RFB n° 6.483, de 2017 - Art. 20. O servidor que atue em atividades correcionais e que seja designado para atuar como perito ou auxiliar do Poder Judiciário, do Ministério Público ou de qualquer outro órgão deverá comunicar tal fato à autoridade instauradora da RFB e ao chefe de sua unidade de lotação, independentemente de qualquer ato nesse sentido praticado pela autoridade que o designou.*
> *Parágrafo único. O servidor que for designado para atuar como perito, nas situações previstas no caput deste artigo, será afastado imediatamente das atividades da comissão que trate dos fatos objeto da perícia.*

4.4.10 - Consultas ou Assistências Técnicas e Requisições de Dados ou Informações a Unidades ou Órgãos

É comum, no curso do processo administrativo disciplinar - em que pode se apurar tanto fato circunscrito a uma determinada área de conhecimento técnico (fiscal ou não) da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil quanto fato que não se circunscreva às competências regimentais do órgão -, que a comissão necessite solicitar documentos, dados ou informações a unidades internas ou a órgãos, entidades ou até Poderes externos ou ainda que os consulte, acerca de temas de suas respectivas competências.

Quanto a simples pedidos de documentos ou de informações ou dados já prontos e acabados em si, de posse de unidades da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil ou de posse de órgãos, entidades ou Poderes externos, não há nenhum regramento interno que discipline a procedimentalização do envio da solicitação, por parte da comissão. Assim, independentemente das Regiões Fiscais em que transcorre o processo e em que se localiza o destinatário da solicitação, em atenção aos princípios do formalismo moderado e da legalidade, é de se subentender que a comissão é tacitamente autorizada a proceder a tais pedidos diretamente, por meio de atos de comunicação assinados por seu presidente (nas formas e meios permitidos em **4.3.11.3**), sendo desnecessário fazê-los passar pela autoridade instauradora ou por qualquer outra autoridade superior, bem como também para indicar seu próprio endereço de instalação, a fim de lhe serem diretamente dirigidos os documentos, dados ou informações solicitados.

A afirmação acima em nada interfere (nem a obrigando e tampouco vedando-a) na praxe eventualmente ajustada por determinados Chefes de Escor com os presidentes das comissões - ou, por vezes, ao contrário, por prática solicitada por alguns presidentes de comissão ao Chefe de Escor - no sentido de que pedidos do colegiado dirigidos a Poder Judiciário e a Ministério Público sejam encaminhados pela autoridade instauradora, como forma de supostamente agregar maior relevância ao pleito subscrito pelo detentor daquele cargo de chefia.

Avançando no tema, pode ser necessário à comissão obter não apenas um documento ou um dado pronto e já existente em si, mas sim formular uma consulta, interna ou externa, envolvendo algum questionamento acerca de um tema técnico para o qual não se sinta segura ou competente para firmar entendimento.

Neste tema, inicialmente focando-se nas consultas acerca de matérias afetas às diversas áreas de atuação técnica da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, repisa-se a relevância da designação de pelo menos um integrante da comissão com conhecimentos da área-fim de que trata o processo, como forma de suprir o colegiado de condições de ele mesmo realizar pesquisas, exames, etc, diminuindo a dependência em relação a agentes externos ao trio. Isto porque, no caso da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, os integrantes das comissões, em razão dos cargos que ocupam, têm competência de direito para se manifestarem sobre matéria aduaneira, de fiscalização, de arrecadação, previdenciária, etc. Ademais, convém destacar que, à vista das possibilidades de acarretar demora na apuração, a consulta somente deve ter sua realização deliberada pela comissão se o fato em questão for imprescindivelmente relevante para o deslinde do processo e se seu esclarecimento depender única e exclusivamente de conhecimento técnico especializado, sem outra forma de ser suprido.

Caso efetivamente se configure esta situação excepcional, em que se requeira conhecimento técnico específico de área da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, pode então, por meio do instituto da consulta, a comissão buscar informações procedimentais com as Coordenações-Gerais ou com suas projeções regionais ou até mesmo locais regimentalmente competentes para respectivas matérias específicas nos diversos macroprocessos de trabalho (que, por sua vez, se subdividem em inúmeros processos de trabalho), tanto das atividades-fim quanto das atividades-meio, dos quais se citam, como exemplos, as áreas de controle aduaneiro, de fiscalização, de atendimento, de arrecadação, de gestão do crédito tributário, de pesquisa e investigação, de gestão de pessoas, de materiais e logística, de tecnologia da informação, dentre outros.

Como forma de buscar maior agilização, convém que a comissão entre em contato com a unidade onde será realizada a prova, com o fim de identificar quem efetivamente procederá ao trabalho e de buscar um contato pessoal. E, em termos de instrumentalização formal de consulta à unidade da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, novamente em atenção aos princípios do formalismo moderado e da legalidade, é de se subentender que a comissão é tacitamente autorizada a se reportar diretamente à autoridade local, seja da unidade de lotação ou de exercício do acusado, seja da unidade em que se deu o fato, seja de qualquer outra, mesmo de RF diferente de onde transcorre o apuratório, por meio de ato de comunicação assinado por seu presidente (nas formas e meios permitidos em **4.3.11.3**), sendo desnecessário fazê-lo passar pela autoridade instauradora ou por qualquer outra autoridade superior, bem como também para indicar seu próprio endereço de instalação, a fim de lhe ser diretamente dirigida a resposta.

São igualmente válidas para as consultas a serem formuladas a órgãos, entidades ou Poderes externos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil as recomendações para que, à vista da possível demora em obter a resposta, somente delibere tal ato quando absolutamente imprescindível ao esclarecimento fático e para que, previamente, a comissão busque um contato pessoal com quem realizará a prova, a fim de agilizar a obtenção do resultado - a rigor, neste caso, tal contato prévio até se demonstra mais recomendável, com o fim de evitar postergação no atendimento da demanda.

Em termos de consultas a órgãos, entidades ou Poderes externos, a normatização infralegal, operada pelo art. 19 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, e literalmente refletida no art. 18 da Portaria RFB n° 6.483, de 29 de dezembro de 2017, prevê apenas um rigor formal diferenciado quando se trata de consultas referentes a temas da competência da Procuradoria-

Geral da Fazenda Nacional, que devem ser encaminhadas, via Chefe de Escor, pelo Corregedor.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 19. As consultas, em matéria disciplinar, dirigidas à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional serão encaminhadas por intermédio do Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda ou pelo Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil.*
>
> *Portaria RFB n° 6.483, de 2017 - Art. 18. As consultas, em matéria disciplinar, dirigidas à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) serão de competência do Corregedor.*

Na ausência de similares regramentos para consultas a demais órgãos, entidades ou Poderes externos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, mais uma vez sob a luz dos princípios do formalismo moderado e da legalidade, presume-se que a Administração concedeu autorização para que a comissão se reporte diretamente à respectiva autoridade competente, sem necessidade de provocação da via hierárquica interna, bem como indique seu próprio endereço de instalação para recebimento da resposta. Não obstante parecer pouco plausível o emprego do instituto da consulta dirigido a Poder Judiciário e a Ministério Público, pode-se repetir aqui o que se afirmou em linhas anteriores, acerca da aceitável prática ajustada entre determinados Chefes de Escor e presidentes de comissões, no sentido de que provocações dirigidas àqueles órgãos sejam encaminhadas pela autoridade instauradora.

Convém ressalvar, neste aspecto excepcional de a demanda da comissão externa passar por autoridades internas - seja por expressa previsão legal, como no caso de consultas à Procuradoria-Geral da Fazenda, seja por ajuste discricionário entre Chefes de Escor e presidentes de comissões, nos pedidos de documentos, dados ou informações ou consultas a Poder Judiciário e a Ministério Público - que se não concede à autoridade instauradora (ou qualquer a outra autoridade hierárquica) o poder de apreciar a aplicabilidade ou não do pedido ou da consulta formulada pelo colegiado sob suas garantias de autonomia e independência, mas sim tão somente suprir o conhecimento à autoridade superior de que houve provocação a determinado órgão externo de relevância.

Ao final da consulta remetida à unidade da própria Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil ou a órgão, entidade ou Poder externo, caso a comissão entenda que o assunto e, por conseguinte, a resposta obtida são de abrangência teórica e relevância tais que se vislumbra aplicar a outros casos e justificar a adoção de determinado entendimento, pode encaminhar cópia à Coger, a fim de disseminar e uniformizar o tema.

Por fim, diferenciando as assistências técnicas das consultas, tem-se que as demandas da comissão tanto podem ater-se apenas a meros aspectos procedimentais relacionados aos fatos investigados, cuja normatização ou orientação esteja afeta a outra área da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, distinta da Corregedoria (que são as demandas solucionáveis por meras consultas), quanto podem exigir conhecimentos técnicos de maior especificidade, que requeiram a indicação individualizada de determinados especialistas na matéria.

Grosso modo, enquanto a consulta se resume ao encaminhamento de quesitos que impessoalmente podem ser esclarecidos pela autoridade que responde por determinada área técnica, as assistências técnicas se empregam quando se necessita que um servidor especializado em determinada matéria se dedique a analisar dados, informações, documentos, procedimentos ou normas pré-existentes e que, de alguma forma, interessam ao esclarecimento dos fatos sob apuração, com o fim de permitir que os membros da comissão laborem um próprio entendimento ao qual não lograriam chegar - por ausência de conhecimentos específicos sobre aquele tema - sem o auxílio do assistente técnico. Assim como se aduziu linhas acima para sconsultas, as assistências técnicas, no âmbito interno da

RFB, podem se reportar a conhecimentos específicos dos mais variados macroprocessos de trabalho ou processos de trabalho, tanto de atividades-fim quanto de atividades-meio.

É de se destacar que a assistência técnica (sem confundir com assessoria técnica) apenas propiciará à comissão informações técnicas, sobre determinado assunto, que lhe permitirão orientar-se acerca dos rumos da apuração. Diferentemente da prova pericial *lato sensu* (perícia *stricto sensu* e assessoria técnica), em que o perito ou o assessor técnico laboram uma prova, ao redigirem o laudo pericial ou técnico, o assistente técnico não elabora uma prova em si, mas tão somente, em geral por meio de parecer (se for necessário), fornece elementos para apreciação de provas já existentes ou coleta de novas provas e até mesmo para auxiliar a comissão na elaboração de quesitos para o perito ou para o assessor técnico ou no entendimento do respectivo laudo exarado. Diferentemente da perícia, que é considerada prova do processo (daí se recomendar que se encaminhe o pedido de realização via autoridade instauradora), a assistência técnica é da comissão.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/4.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/4: "4. Dentro do escopo de todas as competências legais e regimentais da RFB e das atribuições legais e normativas dos servidores integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), os membros da CI podem manifestar-se sobre qualquer tema técnico, dispensando realização de prova pericial lato sensu. De outro lado, não lhes cabe manifestar amparados em seus conhecimentos de formação acadêmica ou de qualquer outro conhecimento técnico à margem das competências institucionais e das atribuições funcionais de seus cargos.*
> *11. Além da perícia e da assessoria técnica, a CI pode ainda requisitar, em caso de necessidade, assistência técnica, a qual se distingue dos instrumentos anteriores por não elaborar uma prova, mas propiciar meios para a apreciação de elementos probatórios já existentes no PAD ou a coleta de novas evidências.*
> *12. Apesar dessa diferença, a CI também deve garantir ao acusado, na hipótese de designação de assistente técnico, o exercício dos direitos estabelecidos pelo caput do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990.*
> *14. Diferentemente do processo judicial, sem prejuízo de o acusado poder contratar, às suas expensas, assistente técnico privado para fazer-lhe um laudo próprio ou para auxiliá-lo na elaboração dos seus quesitos para a perícia oficial, não há previsão legal para que a defesa indique esta espécie de assistente com o propósito de acompanhar o trabalho de perito, assessor técnico ou assistente técnico em PAD, com exceção de perícia médica, em que o servidor pode, a seu critério, se fazer acompanhar de seu médico particular assistente.*
> *19. Por fim, de um lado, o perito, o assessor técnico ou o assistente técnico podem ser chamados a esclarecer, por meio de laudo complementar ou por meio de excepcional prova oral, pontos controversos de seu laudo original. Mas, de outro lado, não cabe pedido de reconsideração ao subscritor do laudo e tampouco recurso hierárquico à autoridade que lhe seja superior."*

Em outras palavras, enquanto o perito e o assessor técnico emitem juízo de valor sobre fatos ou dados pré-existentes acerca dos quais sejam especialistas ou detenham específico conhecimento, por meio de laudo que, ao final, consubstancia-se em si como prova, o assistente técnico apenas provê subsídios à comissão, por meio dos conhecimentos ou informação repassados, para que ela mesma forme seu juízo de valor acerca dos fatos ou dados pré-existentes, não laborando uma prova.

A mero título de referência, convém mencionar que a Corregedoria-Geral da Advocacia da União (AGU/CGAU) possui uma norma que disciplina a realização de provas desta natureza no seu âmbito específico, a Portaria CGAU/AGU nº 1, de 4 de março de 2021, e que pode ser aqui parcialmente reproduzida, no inciso II e no parágrafo único do art. 2º e no

art. 8º, apenas para fim didático de aproveitar suas definições.

> *Portaria CGAU/AGU nº 1, de 2021 - Art. 2º Considera-se:*
> *II - assistência técnica, atividade acessória ou auxiliar prestada à comissão de modo a contribuir para a compreensão ou a organização dos elementos obtidos na instrução processual, como a extração, a tabulação e a organização de dados, a elaboração de planilhas, o uso de equipamentos, de sistemas ou de ferramentas de tecnologia;*
> *Parágrafo único. A assistência técnica da comissão não constitui prova.*
> *Art. 8º São consideradas, além de outras modalidades:*
> *I - a assistência técnica em mídia, o auxílio prestado à comissão para o manuseio dos diversos tipos de hardware, mídia e outros equipamentos de informática;*
> *II - a assistência técnica em programas, o auxílio prestado à comissão para a utilização de software, aplicativo e outros programas de informática; e*
> *III - a assistência técnica em perícia, o auxílio prestado à comissão para elaboração de quesitos a serem formulados a um perito.*

O art. 156 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, determina que deve ser oportunizado ao acusado o direito de formular quesitos à perícia e à assessoria técnica, sem mencionar assistência técnica. Não obstante, na esteira, é recomendável estender o mesmo direito aos casos relativos à demanda por assistência técnica pela comissão disciplinar, notificando o acusado (nas formas e meios permitidos em **4.3.11.3** e em **4.4.3**), mas sem prejuízo da prerrogativa de o colegiado, com base no art. 156, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, indeferir quesitos impertinentes, protelatórios ou sem interesse para o esclarecimento dos fatos.

Feita a presente diferenciação entre perícia (*lato sensu*) e assistência técnica provocada pela comissão na forma como são empregados em instância disciplinar, convém reiterar o já exposto em **4.4.9**, quando se abordaram as provas pericial e de assessoria técnica e a cuja leitura se remete, aplicando-se ao presente, além da quesitação, o que mais for cabível (excepcionalidade do emprego desta prova, designação, impedimento, suspeição, requesitação, oitiva e caráter não vinculante). Aplica-se igualmente aqui a possibilidade de a defesa constituir seu próprio assistente técnico particular, para auxiliá-la tanto em quesitação prévia quanto em contestação posterior à participação do assistente técnico oficialmente designado, restando vedada a atuação daquele agente privado no curso e no momento de atuação deste agente público.

Da mesma forma que se expôs para a perícia (*lato sensu*), mesmo sendo a assistência técnica uma prova da comissão, recomenda-se que sua designação fique a cargo da autoridade instauradora. Não obstante, convém que a comissão, sabedora da sua própria necessidade, realize contatos prévios com as unidades da RFB, a fim de identificar algum servidor com conhecimento técnico, isenção, comprometimento e anuência de sua chefia para realizar a tarefa, e, caso obtenha sucesso, indique o nome à autoridade instauradora. Destaque-se que os comandos dos arts. 10 a 12 da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Economia (ME), não permitem conceder à autoridade instauradora poder para convocar este servidor e dele exigir dedicação integral.

Ao contrário, também reitera-se aqui o comando já externado em **4.4.9**, para solucionar a necessidade da comissão e para instrumentalizar a assistência técnica, positivado no art. 13 da Portaria MF nº 492, de 2013, prevê a competência para que a autoridade disciplinar requisite a titulares de unidades do órgão da Pasta a indicação de servidores para o tipo de atuação de que ora se trata, reservando que, como regra geral, sobre este servidor não recai ônus de dedicação integral, a menos de casos de específica extrema necessidade e em acordo com a sua chefia.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 13. A autoridade instauradora de*

> *procedimentos correcionais poderá requerer aos titulares das unidades dos órgãos que compõem a estrutura do Ministério a indicação de servidores para auxiliar os trabalhos na condição de assistentes técnicos ou peritos.*
> *Parágrafo único. A indicação para assistente técnico ou perito não demanda dedicação integral por parte do servidor indicado, a não ser em caso de extrema necessidade.*

Por fim, convém relembrar a cláusula de sigilo que recai sobre a matéria disciplinar, de forma que, caso seja necessário o repasse de elementos dos autos para uma unidade estranha ao sistema correcional ou para um órgão estranho à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil ou individualmente para um assistente técnico, deve a comissão cuidar de faze-lo no limite dos documentos necessários à resposta esperada, não cabendo entrega de cópia integral dos autos. E a cautela se redobra, à vista de dados protegidos por sigilo fiscal, no caso provocação remetida a órgão externo.

4.4.11 - Acareação

Expressamente, para casos em que se detectem contradições em seus depoimentos, o art. 158, § 2º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, prevê a realização de acareação entre testemunhas. O art. 159, § 1º da mesma Lei também prevê acareação entre acusados quando divergirem em seus interrogatórios. Em sentido estrito, a Lei não prevê acareação entre testemunha e acusado, mas também não a veda de forma expressa. Não obstante, se aceita que, tomados aqueles dispositivos estatutários em leitura mais abrangente, em conjunto com uma aplicação extensiva do art. 229 do CPP, até se pode cogitar de acareação entre testemunhas e acusados, apesar de suas opostas possibilidades de omitir verdades e de não produzir provas contra si mesmos.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 158.*
> *§ 2º Na hipótese de depoimentos contraditórios ou que se infirmem, proceder-se-á a acareação entre os depoentes.*
> *Art. 159.*
> *§ 1º No caso de mais de um acusado, cada um deles será ouvido separadamente, e sempre que divergirem em suas declarações sobre fatos ou circunstâncias, será promovida a acareação entre eles.*
>
> *CPP - Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.*
> *Parágrafo único. Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação.*

Todavia, em virtude de figurarem no processo de forma diferenciada (enquanto um se submete ao compromisso de verdade, o outro tem a prerrogativa de não se autoincriminar), não é recomendável acarear testemunha e acusado, devido à prerrogativa deste último de não se submeter ao compromisso da verdade. E, daí, pode-se estender a crítica também para a realização de acareação entre acusados, já que ambos se protegem com a mesma garantia constitucional.

Destaque-se que, a menos de excepcionalíssimas hipóteses de confissão por parte do acusado, pode, de fato, nas questões centrais acerca da materialidade e da autoria, haver divergência de provas orais entre testemunha que depõe contrariamente ao acusado e o interrogatório deste. Dependendo do grau de conhecimento das testemunhas acerca da ilicitude cometida pelo acusado, pode mesmo ocorrer no processo administrativo disciplinar a inconsistência entre as provas orais tomadas das testemunhas compromissadas em não incorrer em crime de falso testemunho e a prova oral tomada do acusado que, ao contrário,

dispõe da garantia constitucional de não ser obrigado a se autoincriminar. Igualmente, em processo administrativo disciplinar com mais de um acusado, pode ocorrer de seus interesses e estratégias de defesa serem colidentes, de forma a, cada um, tentar imputar cometimentos e responsabilidades ao outro, em manifestações discrepantes nos respectivos interrogatórios.

Sejam quais forem as provas orais em que se demonstra divergência, competindo à comissão a condução dos trabalhos apuratórios, cabe-lhe apreciar, primeiramente, se o ponto de discrepância é de resolução absolutamente imprescindível para o correto esclarecimento dos fatos. Não o sendo, a eficiência processual indica e ampara a dispensabilidade da realização da acareação, ainda que solicitada pela defesa (nos termos já mencionados em **4.4.1.5**, em que a comissão tem o poder, estabelecido no § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para denegar a realização de provas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias).

E, mesmo quando a divergência se demonstra relevante para o fim de corretamente esclarecer os fatos sob apuração, ainda assim, cabe à comissão apreciar se, por meio de outras provas válidas, não se obtém o necessário esclarecimento, podendo-se também dispensar a realização da constrangedora, onerosa e em geral improdutiva prova de acareação (embora prevista na Lei, é uma prova de residual aplicação).

O que importa destacar é que acareação é remédio excepcional, a ser empregado apenas quando a divergência reside em aspecto relevante de fato ou de circunstância e seu esclarecimento é imprescindível para o apuratório, não sendo possível esclarecer por meio de outro tipo de prova. Ou seja, embora o texto legal em princípio pareça impositivo quanto à realização de acareação, a comissão pode ver-se diante de divergência não relevante ou sanável por outro meio, de forma a não realizar a acareação e sem que isto configure cerceamento a direito de defesa e, consequentemente, sem que acarrete nulidade.

> *"A acareação tem de ser usada em situação extrema, quando os depoimentos forem conflitantes em pontos fundamentais e quando não for possível, de outra forma, esclarecer a divergência (...)*
> *(...) Pessoalmente, nos alinhamos à (...) corrente que vê a presença do acusado numa acareação como forma de, indiretamente, constrangê-lo a um pronunciamento que, geralmente, lhe será desfavorável." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pgs. 205 e 206, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

E tal entendimento advém da aplicação extensiva do princípio da livre valoração da prova, insculpido no *caput* do art. 155 do CPP, no curso da fase de inquérito administrativo, sob condução da comissão, conforme melhor se abordará em **4.4.17.1**. Segundo este princípio, cabe à comissão avaliar a pertinência ou não de realizar determinada prova, à vista daquele já mencionado comprometimento de seus trabalhos com o interesse público e com a oficialidade na busca da verdade material.

Prevalecendo, como sói ocorrer, a aplicação extensiva do princípio da livre valoração da prova, diante de provas orais que se infirmam, cabe à comissão apreciar se, à vista do conjunto probatório por ela mesma coletado, não é possível discernir o esclarecimento desta divergência de outra forma, sem realizar a acareação. Assim o fazendo, seja valorando uma prova em detrimento de outra, ou valorando outra em detrimento de uma, a comissão está tomando para si, de forma absolutamente lícita, o emprego do princípio da livre valoração da prova.

E isto é mais frequente de ocorrer em razão de divergência entre depoimentos de testemunhas compromissadas, afirmando determinado fato, e interrogatório do acusado, negando-o. Em tal situação, seja à vista do conjunto probatório, seja à vista da sua própria percepção e cognição acerca dos fatos, pode a comissão compreender que, especificamente no ponto de divergência, pela natural condição de o acusado não se autoincriminar, seja mais razoável e factível atribuir maior valor ao depoimento da testemunha, mesmo sendo esta um

agente privado, mitigando a credibilidade das informações prestadas pelo servidor que figura no polo passivo da relação processual (ressalvando que tal entendimento é pontual, atuando apenas naqueles quesitos específicos onde reside a divergência, sem que isto signifique negação total de valor a toda extensão do interrogatório). Em tais casos, compete à comissão a seu exclusivo e autônomo critério, avaliar que, embora o interrogatório seja uma prova válida e perfeita, deve ter seu valor de formação de convencimento minorado em determinados pontos específicos que se contrapõem a outras provas mais robustas e críveis e, mesmo sendo tais outras provas também de natureza oral (como testemunhos), não cogitar, licitamente, sem incursão em qualquer ilegalidade ou nulidade, de realizar acareação. A mesma compreensão também é valida quando a divergência reside entre interrogatórios colidentes de mais de um acusado, podendo a comissão minorar o valor de parte de alguma destas provas orais, em comparação ao robusto conjunto probatório em contrário.

Mas, em situação excepcional, caso não se aplique o que acima foi exposto, tendo sido constatada divergência relevante e insolucionável por outro meio, o presidente da comissão, nas formas e meios permitidos em **4.3.11.3** e em **4.4.3**, intimará os depoentes cujas declarações sejam divergentes, indicando local, dia e hora para a competente acareação e também notificará o acusado, com três dias úteis de antecedência (art. 41 da Lei nº 9.784, de 29/01/99).

Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergência, reduzindo-se a termo o ato de acareação, que será assinado pelos acareados e pelos integrantes da comissão. As perguntas previamente elaboradas em conjunto pela comissão devem ser apresentadas pelo presidente com precisão e habilidade. Relembre-se o já aduzido em **4.4.1.2**, no sentido de que esta postura presidencialista não é levada a rigor na espontânea participação dos dois vogais, podendo estes membros apresentar quesitos complementares a qualquer momento e diretamente aos acareandos. Tratando-se de acareação entre testemunhas, ao final, passa-se a palavra ao acusado ou a seu procurador, para que caso queiram, apresentem suas perguntas aos acareados, referentes aos pontos de divergência, registrando em termo a opção de não usar a faculdade.

> *"Na acareação, o procurador do acusado pode reperguntar como se fosse na inquirição." Wolgran Junqueira Ferreira, "Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União", pg. 144, Edições Profissionais, 1ª edição, 1992*

O termo de acareação deverá conter referências sobre as declarações anteriores dos acareados e se foram ou não confirmadas.

Se ausente algum dos intimados para a acareação, ao que estiver presente dar-se-á a conhecer os pontos de divergência, consignando-se o que explicar ou observar.

> *CPP - Art. 230. Se ausente alguma testemunha, cujas declarações divirjam das de outra, que esteja presente, a esta se darão a conhecer os pontos da divergência, consignando-se no auto o que explicar ou observar. (...)*

Obviamente com muito mais ressalvas acerca da intransponível necessidade de se proceder a este tipo de prova em processo administrativo disciplinar, informe-se que, no que for cabível e necessário, pode-se empregar a ferramenta da videoconferência, à luz do art. 1º da Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 12, de 01/11/11.

> *CPC - Art. 461.*
> *§ 2º A acareação pode ser realizada por videoconferência ou por outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.*
>
> *IN CGU/CRG nº 12, de 01/11/11 - Art. 1º O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal SisCor-PEF, visando instrumentalizar a realização de atos processuais a distância, poderá promover a tomada de depoimentos,*

acareações, investigações e diligências por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa, na forma disciplinada nesta Instrução Normativa.

4.4.12 - Atos de Instrução que Envolvem Sigilos Fiscal ou Bancário

Abordando introdutoriamente, de forma conjunta, a possibilidade de afastamento das cláusulas de sigilo fiscal e de sigilo bancário, com o fim específico de se poder juntar tais dados do próprio acusado e até de terceiros no PAD, de imediato, afirma-se que ambas se inserem na proteção constitucional da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no inciso X do art. 5º da Constituição Federal (CF). Não obstante, sendo conhecida a necessidade cada vez maior de se aparelhar o Estado no combate a ilícitos disciplinares e penais, não há que se cogitar de caráter absoluto dos direitos individuais. Estas duas espécies de sigilo são relativas e apresentam limites, podendo os dados protegidos serem disponibilizados sob condições previstas em lei, uma vez que deve prevalecer o interesse público em detrimento do interesse particular, à luz do que a doutrina e a jurisprudência consagram como princípio da convivência das liberdades. Esta possibilidade de afastamento de cláusulas preservadoras da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem restou positivada no art. 31, § 4º da Lei nº 12.527, de 18/11/11.

Lei nº 12.527, de 18/11/11 - Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.
§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:
I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e
II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.
§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

STF, Mandado de Segurança nº 23.452, Voto: "Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas, individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição."
Idem: STF, Mandado de Segurança nº 24.369; e Justiça Federal de 1ª Instância, Ação Cautelar nº 2001.5101003489-6

"É que os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias." Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, "As Nulidades no Processo Penal", pg. 145, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2006

De um lado, é certo que no contexto atual surgem situações em que agentes públicos e instituições financeiras - mais do que simplesmente terem amparo - devem mesmo repassar a

outras autoridades os dados fiscais ou bancários a que têm acesso em função do ofício, pois não se cogita de que a garantia fundamental da pessoa tenha sido erigida na CF com o fim de acobertar ilícitos e proteger infratores, em detrimento do interesse público. Na presunção de boa-fé a informar o Direito, os sigilos constitucionalmente eleitos devem proteger apenas as operações lícitas, sendo certa, portanto, a possibilidade de se juntarem ao PAD dados protegidos por aquelas cláusulas de sigilo, tanto do próprio acusado como até, se necessário, de terceiros.

Mas, por outro lado, é de se destacar que os sigilos fiscal e bancário somente devem ser afastados diante da existência de fundados indícios de grave irregularidade e em caráter excepcional, quando o interesse público deve prevalecer sobre o direito individual. E, mesmo nestas hipóteses excepcionais, os dados disponibilizados somente devem ser utilizados pela autoridade solicitante de forma restrita, limitadamente para a apuração que justificou o afastamento da inviolabilidade, mantendo-se a obrigação do sigilo em relação às pessoas estranhas ao processo ou procedimento administrativo em curso.

Os cuidados na autuação, em processo administrativo disciplinar, de dados desta natureza foram mencionados em **4.3.11.7**, a cuja leitura se remete.

Conforme melhor se abordará em **4.4.12.2** e em **4.4.12.5**, embora o tema seja aqui exposto como parte da instrução probatória em meio ao inquérito administrativo de um rito disciplinar já instaurado, nada impede que também seja aplicável para procedimentos de índole inquisitorial ou investigativa, em que se inclui, exemplificadamente, a fase de admissibilidade, ainda a cargo da autoridade instauradora.

Preambularmente às descrições das peculiaridades das duas espécies de sigilo, é de se recomendar que, caso a Administração se depare com situação de tamanha relevância que justifique acessar os dados protegidos por sigilos fiscal ou bancário, antes de seguir os ritos positivados para afastar as cláusulas de garantia fundamental da pessoa (quando houver necessidade de rito), se solicite ao próprio servidor a renúncia expressa dos sigilos.

4.4.12.1 - O Dever Funcional de o Agente do Fisco Guardar Sigilo dos Dados Fiscais e a Questão do Ministério Público

Iniciando-se pelo sigilo fiscal, tem-se que ao mesmo tempo em que o ordenamento permite ao Fisco acessar dados patrimoniais, econômicos e financeiros de pessoas físicas e jurídicas a fim de proceder à sua competência constitucional e legal, este mesmo ordenamento veda que o agente fiscal torne públicos os dados particulares obtidos em razão do ofício, e considera que a imotivada divulgação configura violação do dever de guardar sigilo funcional, com repercussões administrativa e até penal e civil.

Assim, a menos de, em primeira hipótese, o próprio indivíduo espontaneamente concordar com o repasse destes seus dados a terceira pessoa, a regra geral é da proibição da violação do sigilo por parte de agentes públicos que, em função do cargo que ocupam, acessam tais dados. Mais especificamente, sendo, em âmbito federal, a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil o órgão legalmente competente a dispor, para seu múnus oficial e de interesse público, da base de dados reveladora da riqueza do universo dos contribuintes, a seus agentes cabe a regra geral da inviolabilidade da intimidade e privacidade alheias.

Neste tema, de imediato, convém delimitar o alcance da expressão “sigilo fiscal”. Preambularmente, tal tarefa se escora na definição genérica que se pode extrair da atual literalidade do art. 198 do Código Tributário Nacional (CTN). No escopo próprio de uma Lei Complementar definidora de normas gerais sobre o Direito Tributário pátrio, o mencionado dispositivo legal permite extrair de sua leitura que o sigilo fiscal projeta-se sobre os dados que revelam a situação econômica ou financeira da pessoa física ou jurídica, no que se inclui a

propriedade de qualquer tipo de bens e riqueza em geral, ou a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

> *CTN - Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. (Redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/01)*

Tão somente por esta definição genérica, jamais se duvidou, pelo simples senso comum, que, por um lado, a obrigatoriedade de guardar sigilo se opera, por exemplo, sobre as declarações de ajuste anual de imposto sobre a renda de pessoas física ou jurídica e sobre os balanços contábeis destas últimas. Também, por outro lado, sempre restou inequívoco que não são protegidos pela cláusula de sigilo fiscal os meros dados cadastrais de identificação de contribuintes (tais como nome, endereço, filiação e contatos pessoais e eletrônicos e a regularidade ou não de sua situação fiscal) e composição societária. E, neste sentido, mencionem-se manifestações tanto da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional quanto da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, por meio da Cosit.

> *Parecer PGFN/CDA nº 2.152/2007: "11. Observamos que dados meramente cadastrais não estão resguardados por qualquer espécie de sigilo, visto que são dados costumeiramente fornecidos pelos sujeitos em sua vida social, negocial, quotidiana, v.g.: número do CPF, CNPJ, RG, telefone, agência e conta bancária, nome completo, estado civil, endereço, bens legalmente submetidos a registro público, pessoas jurídicas de que participa, ascendentes, descendentes, etc. Estes dados, por serem fornecidos pelo próprio sujeito espontaneamente e usualmente ou por obrigação legal a registros públicos, não integram a sua esfera da intimidade ou da vida privada, sendo dotados de certo grau de publicidade inerente ao seu uso na sociedade. Basta ver que qualquer folha de talão de cheques contém boa parte deles."*
>
> *Solução de Consulta Interna-Cosit nº 24, de 30/08/10: "10. No que diz respeito ao fornecimento de endereço do contribuinte (quinta e sexta questões apresentadas), conforme ficou assente na SCI Cosit nº 16, de 21 de junho de 2005, não se trata de informação protegida pelo sigilo fiscal.*
> *10.1 O CTN estabelece que a prestação de assistência mútua e a permuta de informações entre as Fazendas Públicas depende de previsão em lei ou convênios (art. 199), silenciando-se quanto à necessidade de convênios na prestação de informações econômico-fiscais não abrangidas pelo sigilo. Não obstante, visando uniformizar e controlar a disseminação de informações, a IN SRF nº 19, de 1998, disciplinou os procedimentos de fornecimento de dados cadastrais e econômico-fiscais da RFB a outros órgãos ou entidades.*
> *10.2 Segundo o § 1º do art. 2º da IN SRF nº 19, de 1998, o fornecimento desses dados está limitado àqueles constantes de cadastro de domínio público e àqueles que não informem a situação econômica ou financeira dos contribuintes. O § 2º do art. 2º desse ato normativo prescreve que se considera de domínio público os dados das pessoas físicas ou jurídicas, que, por força de lei, devam ser submetidos a registro público.*
> *10.3 O endereço se enquadra naqueles "dados que não informem a situação econômica ou financeira dos contribuintes", constante da parte final do § 1º do art. 2º da IN SRF nº 19, de 1998. A prestação dessa informação consta de alguns convênios celebrados pela RFB com órgãos públicos, como por exemplo o convênio celebrado entre a RFB e o Ministério Público de Minas Gerais.*
> *10.4 Assim, em caso de informação a ser prestada sistematicamente, deve-se celebrar convênio com o objetivo de uniformizar e controlar a transferência dos dados da RFB, até porque na maioria dos casos essa transferência se dá via internet, mediante consulta on line, sem a interferência direta desse órgão."*

Neste rumo, a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil objetivou regulamentar o tema, restritamente no que se refere a acesso a informações protegidas por sigilo fiscal constantes de seus próprios sistemas informatizados, por meio da Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11. Esta norma interna se, por um lado, pouco avançou no esclarecimento de que agentes estão ou não autorizados a acessarem os dados protegidos por sigilo fiscal, por outro lado, na definição da expressão, embora inicialmente tenha reproduzido os mesmos termos do *caput* do art. 198 do CTN, como inovação, trouxe ao ordenamento uma lista exemplificativa de informações que se deve considerar protegidas por sigilo fiscal, ao mesmo tempo em que apresentou uma delimitação do alcance desta expressão.

Assim, definiu-se a regra geral, de forma bastante ampla, de que, subjetivamente, no caso específico de dados sigilosos constantes em sistemas informatizados, deve o usuário (de se destacar que a norma não emprega o termo "servidor") possuir senha, chave de acesso, certificação digital ou qualquer outro mecanismo de segurança regularmente concedido ao usuário, condição esta, que a *contrario sensu* da leitura da norma, resta dispensada no caso de dados sigilosos constantes em outros meios físicos, acessados através do manuseio de processos e demais expedientes ou documentos.

Objetivamente, foram definidos como dados protegidos por sigilo fiscal todos aqueles obtidos em razão do ofício que revelem a riqueza de forma mais geral de sujeito passivo e de terceiros ou que revelem suas atividades negociais e empresariais quando as informações destas atividades foram obtidas para fins de fiscalização e arrecadação tributária (tanto de tributos internos quanto aduaneiros). Por outro lado, a norma interna expressou a exclusão de meros dados cadastrais de identificação de contribuintes, que abarcam a participação societária, e da regularidade de sua situação fiscal, bem como dados econômico-fiscais apresentados de forma agregada.

> *Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11 - Art. 2º São protegidas por sigilo fiscal as informações sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades, obtidas em razão do ofício para fins de arrecadação e fiscalização de tributos, inclusive aduaneiros, tais como:*
> *I - as relativas a rendas, rendimentos, patrimônio, débitos, créditos, dívidas e movimentação financeira ou patrimonial;*
> *II - as que revelem negócios, contratos, relacionamentos comerciais, fornecedores, clientes e volumes ou valores de compra e venda;*
> *III - as relativas a projetos, processos industriais, fórmulas, composição e fatores de produção.*
> *§ 1º Não estão protegidas pelo sigilo fiscal as informações:*
> *I - cadastrais do sujeito passivo, assim entendidas as que permitam sua identificação e individualização, tais como nome, data de nascimento, endereço, filiação, qualificação e composição societária;*
> *II - cadastrais relativas à regularidade fiscal do sujeito passivo, desde que não revelem valores de débitos ou créditos;*
> *III - agregadas, que não identifiquem o sujeito passivo; e*
> *IV - previstas no § 3º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 1966.*
> *§ 2º A divulgação das informações referidas no § 1º caracteriza descumprimento do dever de sigilo funcional previsto no art. 116, inciso VIII, da Lei nº 8.112, de 1990.*
> *Art. 3º No âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, o acesso a informações de que trata esta Portaria restringir-se-á aos usuários que possuam senha, chave de acesso, certificação digital ou qualquer outro mecanismo de segurança que lhe tenha sido regularmente concedido, nos termos de portaria específica de sistemas e perfis, que autorize o seu acesso às bases de dados informatizadas.*

Ainda que se possa interpretar que, ao associar os dados fiscais às atividades de

arrecadação e fiscalização tributária, a norma tenha se referido apenas a servidores estatutários, é de se destacar que, a rigor, não há clara delimitação subjetiva sobre o tema de acesso a dados fiscais constantes de sistemas informatizados, pois, ao mencionar a condição de acesso, empregou-se o termo genérico "usuário".

A necessidade de se enfrentar o tema redundou ainda na elaboração do Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11, com extensa conceituação e aprofundada análise, internamente vinculante, vedando que seu quadro funcional adote interpretações contrárias ou incompatíveis com aquele texto; e na sua disponibilização na *intranet* institucional.

> *Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11 - Art. 1º Fica aprovado o Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).*
> *Art. 2º O Manual estará disponível na intranet da RFB.*
> *Art. 3º Os servidores da RFB, no desempenho de suas atribuições, deverão observar as orientações constantes do Manual.*
> *Parágrafo único. São inaplicáveis, no âmbito da RFB, eventuais interpretações que sejam contrárias ou incompatíveis com as do Manual.*

Conforme acertadamente destaca este Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil, não apenas a indevida divulgação de dados protegidos por tal cláusula importa em responsabilização disciplinar enquadrada no art. 132, IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90, conforme se aduzirá em **4.7.4.9**, pois o ordenamento também prevê repercussão para a divulgação de dados classificados como meramente cadastrais e dados fiscais agregados. Obviamente, em razão da menor relevância do bem jurídico tutelado, a divulgação destes dados repercute como descumprimento do dever funcional de guardar sigilo sobre assunto da repartição, enquadrado no art. 116, VIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, sem prejuízo da possibilidade de enquadramento no art. 116, III da mesma Lei, caso se configure o que se chama de acesso imotivado, conforme se aduzirá respectivamente em **4.7.2.8** e em **4.7.2.3**.

Já desde a edição da Instrução Normativa (IN) SRF nº 19, de 17 de dezembro de 1998, que trata da disponibilização de dados da RFB a órgãos e entidades públicos não integrantes da Administração tributária de qualquer ente federado e a instituições de direito privado, aquele órgão já dispunha de uma definição da base cadastral, diferenciadora dos dados econômico-fiscais protegidos por sigilo fiscal. Os §§ 1º e 2º do art. 2º da IN definem os dados cadastrais como aqueles constantes de cadastro de domínio público por serem submetidos, por força de lei, a registro público e que não informam a situação econômica ou financeira da pessoa física ou jurídica. E o art. 10 da citada norma menciona ainda os dados econômico-fiscais apresentados de forma agregada sem identificação de contribuintes, para cuja consideração, agregando-se a leitura conjunta do § 2º do art. 3º da Portaria SRF nº 306, de 22 de dezembro de 2007, depreende-se que se deve reportar a, no mínimo, quatro sujeitos passivos.

Isto posto, a IN SRF nº 19, de 1998, estabeleceu, nos seus arts. 1º e 4º, a possibilidade de a RFB disponibilizar tais dados para solicitantes de direito publico ou privado (para instituições privadas, o fornecimento somente é permitido se as informações forem indispensáveis ao exercício de suas atividades) que não integrem as Fazendas Públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante celebração de convênio. Conforme os arts. 3º, 5º, 6º e 9º da norma, este convênio regulará se o fornecimento se dará de forma eventual ou continuada e se será mediante apuração especial ou acesso direto à base de dados (esta modalidade é disponível apenas para instituições públicas).

> *IN SRF nº 19, de 1998 - Art. 1º Esta Instrução Normativa disciplina os procedimentos de fornecimento de dados cadastrais e econômico-fiscais da Secretaria da Receita Federal - SRF, a outras entidades.*
> *Art. 2º*

> *§ 1º O fornecimento de dados fica limitado àqueles constantes de cadastro de domínio público e que não informem a situação econômica ou financeira dos contribuintes.*
> *§ 2º Consideram-se de domínio público os dados das pessoas físicas ou jurídicas, que, por força de lei, devam ser submetidos a registro público.*
> *Art. 3º O fornecimento de dados será condicionado sempre à celebração de convênio entre a SRF e a entidade solicitante, observado modelo aprovado por ato específico.*
> *Art. 10. O disposto nesta Instrução Normativa se aplica, também, ao fornecimento de dados econômico-fiscais, que devem ser apresentados de forma agregada, vedada a possibilidade de identificação de contribuintes.*

Em complemento, a IN SRF nº 20, de 17 de fevereiro de 1998, estabeleceu, nos seus art. 1º, 2º e 4º, a possibilidade de a RFB disponibilizar não só dados cadastrais mas também dados econômico-fiscais (e aqui sem a restrição de serem apresentados de forma agregada) para órgãos ou entidades da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, também mediante celebração de convênio, obviamente com menores limitações que aquelas impostas pelos convênios exigidos pela IN SRF nº 19, de 1998, a favor dos demais órgãos, entidades e instituições). Conforme os arts. 5º e 6º daquela norma, este convênio regulará se o fornecimento se dará de forma eventual ou continuada e se será mediante apuração especial ou acesso direto à base de dados.

> *IN SRF nº 20, de 1998 - Art. 1º Esta Instrução Normativa disciplina os procedimentos de fornecimento de dados cadastrais e econômico-fiscais da Secretaria da Receita Federal - SRF, a outros órgãos e entidades da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*
> *Art. 2º Para fins desta Instrução Normativa, consideram-se órgãos e entidades da Fazenda Pública aqueles dotados de competência legal para cobrar e fiscalizar impostos, taxas e contribuições instituídas pelo Poder Público.*
> *Art. 4º O fornecimento de dados será condicionado sempre à celebração de convênio entre a SRF e o órgão ou a entidade solicitante, observado modelo aprovado por ato específico.*

Como não poderia ser diferente, estes comandos normativos ganharam reprodução no Manual de Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

> *Portaria RFB nº 3.541, de 2011 - Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil - 4.1 - (...) Para atendimento de solicitações de fornecimento de dados cadastrais, deve ser observado o disposto nas Instruções Normativas SRF nº 19 e nº 20, ambas de 17 de fevereiro de 1998, sendo a última aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta que detenham competência para fiscalizar e cobrar impostos, taxas e contribuições instituídas pelo Poder Público, e a primeira aplicável a outros órgãos e entidades não integrantes da administração tributária.*
> *Nos termos das citadas Instruções Normativas, o fornecimento de dados fica condicionado à celebração de convênio entre a RFB e o órgão solicitante. O convênio determinará, entre outros requisitos, a forma de fornecimento das informações (se eventual ou continuada), se por meio de apuração especial ou acesso on line aos bancos de dados.*

E a diferenciação entre dados cadastrais e dados protegidos por sigilo fiscal voltou à tona, ganhando relevância na edição do Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019, que trata do compartilhamento das bases de dados especificamente no âmbito restrito da Administração Pública federal. Este Decreto, no inciso I do art. 3º e no art. 5º, estabelece a regra geral de que os órgãos e as entidades federais devem compartilhar entre si as informações de forma mais ampla possível, com dispensa de convênios ou acordos de cooperação, ressalvadas restrições legais. Para isto, o Decreto apresenta, nos incisos I e III do art. 2º, uma lista sintética de dados considerados como cadastrais e, nos arts. 28 e 29, uma lista detalhada de dados que a RFB e a

PGFN devem compartilhar, não protegidos por sigilo fiscal, já que estes dados específicos foram ressalvados da abrangência compartilhadora já desde o § 2º do seu art. 1º.

> *Decreto nº 10.046, de 2019 - Art. 1º Este Decreto estabelece as normas e as diretrizes para o compartilhamento de dados entre os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e os demais Poderes da União, com a finalidade de:*
> *§ 2º Ficam excluídos do disposto no caput os dados protegidos por sigilo fiscal sob gestão da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia.*
> *Art. 2º Para fins deste Decreto, considera-se:*
> *I - atributos biográficos - dados de pessoa natural relativos aos fatos da sua vida, tais como nome civil ou social, data de nascimento, filiação, naturalidade, nacionalidade, sexo, estado civil, grupo familiar, endereço e vínculos empregatícios;*
> *III - dados cadastrais - informações identificadoras perante os cadastros de órgãos públicos, tais como:*
> *a) os atributos biográficos;*
> *b) o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF;*
> *c) o número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ;*
> *d) o Número de Identificação Social - NIS;*
> *e) o número de inscrição no Programa de Integração Social - PIS;*
> *f) o número de inscrição no Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - Pasep;*
> *g) o número do Título de Eleitor;*
> *h) a razão social, o nome fantasia e a data de constituição da pessoa jurídica, o tipo societário, a composição societária atual e histórica e a Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE; e*
> *i) outros dados públicos relativos à pessoa jurídica ou à empresa individual;*
> *Art. 3º O compartilhamento de dados pelos órgãos e entidades de que trata o art. 1º observará as seguintes diretrizes:*
> *I - a informação do Estado será compartilhada da forma mais ampla possível, observadas as restrições legais, os requisitos de segurança da informação e comunicações e o disposto na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais;*
> *Art. 5º Fica dispensada a celebração de convênio, acordo de cooperação técnica ou instrumentos congêneres para a efetivação do compartilhamento de dados entre os órgãos e as entidades de que trata o art. 1º, observadas as diretrizes do art. 3º e o disposto na Lei nº 13.709, de 2018.*
> *Art. 28. A Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia disponibilizará aos órgãos interessados os seguintes dados não protegidos por sigilo fiscal:*
> *I - informações constantes da declaração de operações imobiliárias relativas à existência de bem imóvel, localização do ato registral, números de inscrição e respectivas situações cadastrais no CPF e no CNPJ das partes envolvidas na operação;*
> *II - informações constantes da declaração do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural relativas à existência de bem imóvel;*
> *III - informações referentes a registros de natureza pública ou de conhecimento público constantes de nota fiscal;*
> *IV - informações sobre parcelamento e moratória de natureza global dos débitos por ela administrados;*
> *V - informações sobre débitos de pessoas jurídicas de direito público; e*
> *VI - demais informações de natureza pública constantes das bases de dados sob sua gestão.*
> *Art. 29. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional disponibilizará aos órgãos interessados os seguintes dados não protegidos por sigilo fiscal:*

> *I - dados constantes do termo de inscrição na dívida ativa da União e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;*
> *II - informações sobre parcelamento e moratória de natureza global dos débitos inscritos em Dívida Ativa da União;*
> *III - informações sobre débitos inscritos em dívida ativa da União, incluídos os de pessoas jurídicas de direito público e aqueles em fase de execução fiscal; e*
> *IV - demais informações de natureza pública constantes das bases de dados sob a sua gestão.*

Nesta linha, vigora na RFB a Portaria RFB nº 34, de 14 de maio de 2021, cujos arts. 2º e 3º listam as bases de dados que podem ser disponibilizadas a órgãos e a entidades da Administração Pública federal direta e indireta e a forma de serem solicitados. Ademais, nos onze anexos da Portaria (a cuja leitura se recomenda caso se necessite identificar, de forma pormenorizada, item por item que institucionalmente foi tido como não albergado pelo sigilo fiscal), são tabelados, de forma discriminada, os tipos de dados disponibilizados em cada uma das bases elencadas no art. 2º.

> *Portaria RFB nº 34, de 2021 - Art. 2º Serão disponibilizados dados constantes das seguintes bases:*
> *I - Cadastro de Pessoas Físicas (CPF);*
> *II - Cadastro de Atividade Econômica da Pessoa Física (CAEPF);*
> *III - Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);*
> *IV - Cadastro de Imóveis Rurais (Cafir);*
> *V - Cadastro Nacional de Obras (CNO)*
> *VI - Cadastro do Simples Nacional*
> *VII - Declaração de Operações Imobiliárias (DOI);*
> *VIII - Nota Fiscal Eletrônica (NF-e);*
> *IX - Sistemas de controle de débitos de pessoas jurídicas de direito público;*
> *X - Sistemas de controle de débitos parcelados; e*
> *XI - Sistema de emissão de Certidão de Regularidade Fiscal perante a Fazenda Nacional.*
> *Parágrafo único. Os dados a que se refere o caput, passíveis de disponibilização, são os discriminados nos Anexos I a XI desta Portaria.*
> *Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dos demais Poderes da União interessados em obter acesso aos dados a que se refere o art. 2º deverão formalizar solicitação à RFB, da qual deverão constar as seguintes informações:*
> *I - identificação:*
> *a) do órgão ou entidade solicitante: nome, número e data do ato de criação, número do CNPJ e endereço;*
> *b) do dirigente máximo: nome, número da identidade e do CPF e endereço eletrônico institucional;*
> *c) do responsável para assuntos relacionados à contratação dos serviços: nome, CPF, e-mail e telefone;*
> *d) do responsável para assuntos relacionados à tecnologia da informação: nome, CPF, e-mail e telefone;*
> *II - relação detalhada dos dados solicitados;*
> *III - descrição da forma e da periodicidade de recebimento dos dados solicitados (eventual ou continuada);*
> *IV - demonstração da necessidade do compartilhamento e das finalidades de uso dos dados solicitados;*
> *V - indicação das bases de dados administradas pelo órgão ou entidade solicitante, a fim de que a RFB verifique quais informações são de interesse da Administração Tributária Federal;*
> *VI - declaração quanto ao cumprimento dos requisitos de segurança definidos pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação da RFB; e*
> *VII - concordância com os termos e as disposições desta Portaria.*

> *Parágrafo único. Recebida a solicitação de compartilhamento de dados e formalizada em processo eletrônico específico (e-processo), a RFB terá 20 (vinte) dias para manifestação conclusiva sobre a viabilidade ou não de atender à solicitação.*

Relevante aduzir que a leitura deste ordenamento combinado pelo Decreto nº 10.046, de 2019, e pela Portaria RFB nº 34, de 2021, em nada alterou a possibilidade, as restrições e as cautelas exigidas para disponibilização, mediante específicos convênios firmados pela RFB, de dados cadastrais e econômico-fiscais agregados para órgãos e entidades públicos não integrantes da Administração tributária de qualquer ente federado e instituições de direito privado e até de dados cadastrais e econômico-fiscais para os órgãos e entidades públicos integrantes das Fazendas Públicas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ainda disciplinadas respectivamente pelas Portarias SRF nº 19, de 1998, e nº 20, de 1998 (daí porque não foram revogadas pela Portaria RFB nº 34, de 2021 - ao contrário, seu art. 13 expressa que seus comandos não se aplicam a convênios e instrumentos congêneres para fornecimento e intercâmbio de informações pela RFB, mantendo-os vigentes). E, mesmo para os órgãos e entidades públicos federais, no que se incluem aqueles demais órgãos e entidades da Fazenda Pública da União além da própria RFB (como a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por exemplo), a leitura atenta do art. 4º da Portaria RFB nº 34, de 2021, demonstra que o efetivo fornecimento de dados cadastrais pela RFB vincula-se a celebração de contrato entre o solicitante e o prestador de serviço de tecnologia da informação da RFB (o Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro, ou a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência - Dataprev), não sendo muito diferente do convênio antes exigido pelas duas mencionadas Portarias SRF.

Ainda neste contexto de esforços doutrinários passíveis de discussão, até se vislumbra estender que, em princípio, também podem não estar protegidos por sigilo fiscal os registros operacionais das inúmeras formas de contato Fisco-contribuinte, na satisfação das obrigações tributárias, como, por exemplo, as declarações de importação e seus documentos usuais de instrução, as inúmeras petições da parte, os resultados extraídos de alguns sistemas informatizados da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, tais como meros extratos de recolhimentos, de débitos, de cancelamentos, de suspensões, de compensações, de acompanhamento de processo, etc.

Destaque-se que a afirmação acima (iniciada com uma expressão de cautela para lhe afastar o caráter generalístico) e a lista meramente exemplificativa que a ilustra carecem de análise bastante cuidadosa, atrelada às peculiaridades e às finalidades do caso em que se aplicam, uma vez que, dependendo do contexto em que se inserem, determinados dados de uma declaração de importação podem propiciar a um concorrente do contribuinte informações comerciais relevantes, assim como dados de um documento de arrecadação podem permitir uma estimativa de faturamento.

A exata determinação de que um tipo de dado ou de documento é ou não protegido por sigilo fiscal ainda pode reservar algum grau de indefinição, carecendo de análise pormenorizada de caso a caso, de acordo com suas peculiaridades.

Assim, pode haver contextos em que a exposição de um documento que demonstre recolhimento de determinado tributo ou contribuição ou a disponibilização de dados contidos em uma declaração de importação, por exemplo, não afrontem nenhuma reserva que deva se manter a favor do contribuinte (como, exemplificadamente, na simples juntada de tais elementos em processo administrativo disciplinar). Mas o mesmo pode já não mais ser verdadeiro se a disponibilização, indesejadamente, tornar acessíveis, por cálculo em sentido inverso, a inferência de faturamento (receita bruta ou líquida no período) ou as estratégias de comércio exterior (de onde importa, de quem adquire, quanto paga, etc) de uma empresa para terceiros, sobretudo concorrentes. Na verdade, tem-se que aqueles tipos de dados

exemplificados, se não albergados pela forte cláusula *stricto sensu* de sigilo fiscal (cujo descumprimento, em tese, pode chegar a afrontar o art. 132, IX da Lei n° 8.112, de 11/12/90), podem merecer tratamento reservado para fins comerciais ou outros, de forma a, em determinados casos e à vista de suas peculiaridades, serem incluídos na cautela sintetizada no dever funcional de guardar sigilo sobre assunto da repartição, insculpido no art. 116, VIII da mesma Lei. Por tal motivo, em síntese, recomenda-se ao agente do Fisco tratamento de extremada cautela na transferência mesmo daqueles dados que não indicam de forma direta a situação econômica ou financeira da pessoa, sopesando-se as peculiaridades e finalidades a que se presta a disponibilização, sob pena de ter de se seguir o rito legal que será descrito abaixo.

Feita esta introdução, voltando ao tratamento em si a ser dispensado aos dados sigilosos, retoma-se que, historicamente, em nosso ordenamento, vigora, como regra geral, a obrigação de o agente do Fisco guardar para público externo o sigilo dos dados de natureza fiscal a que tem acesso em razão de seu ofício. Tanto é verdade que o CTN, nos textos originais de seus arts. 198 e 199, previa, como únicas possibilidades de afastamento do sigilo fiscal, respectivamente, a requisição judicial no interesse da Justiça e mediante intercâmbio de informações entre as Fazendas Públicas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme lei ou convênio.

> *Parecer AGU nº GQ-11, vinculante: "42. Os pareceres da PGFN informam que a legislação sobre sigilo está alicerçada no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, que diz respeito ao direito à privacidade (...).*
> *43. Na realidade, o sigilo fiscal visa a proteger o direito à privacidade, genericamente garantido pelo inciso X do art. 5º da Constituição. A garantia insculpida no inciso XII do mesmo art. 5º é um caso particular do direito à privacidade, relativo à inviolabilidade de documentos privados, destinado a garantir, ao mesmo tempo, a inviolabilidade da circulação desses documentos e o seu conteúdo.*
> *45. Restaria, por fim, com referência ao caso sob exame, analisar a possibilidade de invocação, no caso de pessoas jurídicas, dos direitos individuais. (...):*
> *'(...) a pesquisa no texto constitucional mostra que vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º se estendem às pessoas jurídicas, tais como o princípio da isonomia, o princípio da legalidade, o direito de resposta, o direito da propriedade, o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, a inviolabilidade do domicílio, a garantia do direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, assim como a proteção jurisdicional, o direito de impetrar mandado de segurança.' (Curso de Direito Constitucional Positivo, 8ª edição revista, Malheiros Editores, 1992, p. 175/176)."*

Mesmo com a alteração promovida neste art. 198 do CTN pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/01, por meio da qual o legislador permitiu refletir no ordenamento o crescente grau de indignação social com o uso indevido do cargo por agentes públicos, sobrevive, em seu *caput*, como regra geral, a inviolabilidade do sigilo fiscal. Todavia, positivando o caráter relativo do direito individual em face do interesse público, a nova redação passou a contemplar maior possibilidade de regular afastamento da cláusula de proteção individual, sem que se cogite de configuração do ilícito de violação de sigilo.

> *CTN - Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.*
> *§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:*
> *I - requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;*

> *II - solicitações de autoridade administrativa no interesse da administração pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.*
> *§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da administração pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.*
> *§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:*
> *I - representações fiscais para fins penais;*
> *II - inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;*
> *III - parcelamento ou moratória.*
> *(Redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/01)*

Importante destacar que as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/01, no art. 198 do CTN, não se confundem com quebra de sigilo, mas sim apenas ato legal de transferência do sigilo e do compromisso, por parte do recebedor das informações protegidas, de manter o sigilo.

Primeiramente, a redação do novo § 1º do art. 198 do CTN manteve, como imediata exceção, a troca de informação entre os Fiscos dos diversos entes da Federação, mediante lei ou convênio, conforme estabelece o art. 199, a ser concretizada nos termos regulamentados pela Portaria SRF nº 20, de 17/02/98. Prosseguindo na inteligência da nova redação, tem-se que o legislador previu ainda mais duas hipóteses de exceção, nos incisos I e II do citado § 1º.

No inciso I do § 1º do art. 198 do CTN, manteve-se também a exceção para o caso de requisição de autoridade judiciária - qual seja, o magistrado (juiz, desembargador ou ministro de Tribunais Superiores ou Supremo Tribunal Federal, o que não inclui Juízo Arbitral) -, mediante tão somente o interesse da Justiça, que sempre se presume em requisição advinda daquelas autoridades ou encaminhadas sob sua ordem. Daí, diante da extensa gama de tutelas a cargo do Poder Judiciário, o regular fornecimento de dados não deve ser entendido na restrição de apuração de ilícito disciplinar *stricto sensu*, mas sim para amparar qualquer tipo de demanda advinda do juízo, inclusive para apuração de ilícitos de diferentes instâncias de responsabilização (como tributária, penal e civil). Ou seja, à vista especificamente desta demanda externa, o servidor do Fisco está obrigado a transferir os dados fiscais solicitados, não se cogitando, por óbvio, que incorra em ilícito.

> *Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11 - Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil - 3.2.1 - (...) Anote-se que a norma estabelece que a requisição deve ser de autoridade judiciária, assim entendido o Magistrado (Juiz, Desembargador, Ministro de Tribunais Superiores, do Supremo Tribunal Federal). Dessa forma, para atendimento da requisição, o servidor da RFB deve verificar se o expediente oriundo do Poder Judiciário está firmado por autoridade judiciária ou por servidor que, de ordem da autoridade judiciária competente, firma o expediente que encaminha a requisição.*
> *Atenção Orienta-se que a resposta da RFB seja sempre dirigida à própria autoridade judiciária requisitante.*
> *Registre-se, outrossim, que não cabe à RFB analisar se a requisição de autoridade judiciária foi formalizada no interesse da Justiça. Presume-se que tenha sido feita no interesse da Justiça.*
> *7.2 - A RFB deve fornecer informações protegidas por sigilo fiscal às Comissões Parlamentares de Inquérito criadas pelo Congresso Nacional (CPMI) e suas Casas (CPI), quando houver requisição, nos termos da Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952, atendidas as condições do § 3º do art. 58 da Constituição, visto que, pela ordem constitucional, essas comissões têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.*

7.3 - A RFB não pode fornecer informações protegidas por sigilo fiscal às Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) criadas pelas Assembleias Legislativas dos Estados ou Câmara Legislativa do Distrito Federal ou comissões investigativas similares de Câmaras de Vereadores, por não estarem incluídas no art. 58, § 3º, da Constituição.

Na esteira, informe-se que, como, por força do art. 58, § 3º da CF, as comissões parlamentares de inquérito criadas pelo Congresso Nacional ou por suas Casas dispõem dos mesmos poderes investigativos de autoridades judiciais, gozam da mesma prerrogativa dos membros do Poder Judiciário no que tange ao dever do servidor do Fisco em acatar suas requisições para fornecimento de dados protegidos por sigilo fiscal (prerrogativa esta que, por ausência de previsão legal, não se refletem nas comissões parlamentares de inquérito de âmbito estadual e distrital).

Mas aqui cabe um parêntese antes de prosseguir com a análise do § 1º do art. 198 do CTN. Faz-se relevante, neste ponto, informar que o fato de o CTN, infraconstitucionalmente, ter regulado o tema do sigilo fiscal não significa que a matéria a ele esteja restrita, sendo possível a convivência com outros dispositivos legais. Assim, tem-se a Lei Complementar nº 75, de 20/05/93, que, conforme determinou o art. 128, § 5º da CF, dispôs sobre a organização, as competências e o estatuto especificamente do Ministério Público da União, que engloba o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Esta Lei Orgânica do Ministério Público da União, em seu art. 8º, II, VIII e § 2º, combinado com o seu art. 24, estabelece condições para que os membros do *Parquet* da União tenham acesso a dados protegidos por sigilo fiscal, desde que atendidos os requisitos desta própria Lei Orgânica (e não os requisitos do art. 198, § 1º, do CTN), repassando para eles a responsabilização pela preservação do sigilo e cominando-lhe penas pela quebra indevida, em absoluta consonância com os preceitos constitucionais que protegem a intimidade das pessoas.

CF - Art. 128. O Ministério Público abrange:
I - o Ministério Público da União, que compreende:
a) o Ministério Público Federal;
b) o Ministério Público do Trabalho;
c) o Ministério Público Militar;
d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;
II - os Ministérios Públicos dos Estados.
§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:
Lei Complementar nº 75, de 20/05/93 - Art. 24. O Ministério Público da União compreende:
I - O Ministério Público Federal;
II - o Ministério Público do Trabalho;
III - o Ministério Público Militar;
IV - o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.
Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá nos procedimentos de sua competência:
II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;
VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;
§ 1º O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal.

> *§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.*

No mesmo rumo, tem-se a previsão de amparo de fornecimento de dados fiscais ao Ministério Público da União no Regulamento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, nos termos do art. 998, § 1º, II, do Decreto nº 3.000, de 26/03/99.

> *Decreto nº 3.000, de 26/03/99. Art. 998. Nenhuma informação poderá ser dada sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades (Lei nº 5.172, de 1966, arts. 198 e 199).*
> *§ 1º O disposto neste artigo não se aplica aos seguintes casos (Lei nº 5.172, de 1966, arts. 198, parágrafo único, e 199, e Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, art. 8º, § 2º):*
> *I - requisição regular de autoridade judiciária no interesse da justiça;*
> *II - requisição do Ministério Público da União no exercício de suas atribuições;*
> *III - informação prestada de acordo com o art. 938 deste Decreto, na forma prevista em lei ou convênio.*
> *§ 2º A obrigação de guardar reserva sobre a situação de riqueza dos contribuintes se estende a todos os funcionários do Ministério da Fazenda e demais servidores públicos que, por dever de ofício, vierem a ter conhecimento dessa situação (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 201, § 1º).*
> *§ 3º É expressamente proibido revelar ou utilizar, para qualquer fim, o conhecimento que os servidores adquirirem quanto aos segredos dos negócios ou da profissão dos contribuintes (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 201, § 2º).*
> *§ 4º Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas é permitido, além dos previstos em lei, o acesso a dados, documentos e informações fiscais e financeiras na forma prescrita na Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995.*

Neste sentido, a Cosit se manifestara, por meio de sua Nota nº 200, de 10/07/03. Todavia, em função de a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ter emitido entendimentos contrários (nos seus Pareceres PGFN/CAT nº 891/2001, 1.157/2001 e 1.443/2007, abarcando no mesmo rol de exigências do art. 198, § 1º do CTN as requisições de dados fiscais oriundas tanto do Ministério Público da União quanto dos Ministérios Públicos dos Estados), fez-se necessária manifestação da Advocacia-Geral da União, que assentou o tema, da forma como acima exposta, por meio da Nota Técnica Denor/CGU/AGU nº 179/2007, objeto do Despacho do Consultor-Geral da União nº 428/2007 e do Despacho do Advogado-Geral da União, de 21/12/07, aprovando-a, nos termos que se seguem:

> *Nota Cosit nº 200, de 10/07/03: "4. Ademais, há que se ter em mente a obrigatória observância dos dispositivos da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, cuja aplicação não pode ser afastada na esfera administrativa, tendo em vista a estrita vinculação legal das atividades do Ministério Público Federal, exceto na hipótese de serem tais dispositivos, no todo ou em parte, declarados inconstitucionais, com produção, no plano pessoal, de efeito erga omnes, seja em virtude do exercício do controle concentrado da constitucionalidade, seja em decorrência de publicação de Resolução do Senado Federal, com base no art. 52, inc. X, da Constituição Federal.*
> *4.1. Dessa forma, às unidades da Receita Federal impõe-se o comando do art. 8º, § 2º, da supracitada Lei Complementar, que, com vista a conferir amplos poderes de investigação ao Ministério Público Federal, contém preceito proibitivo da oposição da exceção de sigilo a essa instituição. (...)*
> *5. Observe-se pois que o dispositivo legal acima transcrito obriga a autoridade fiscal, nas solicitações de autoridade do Ministério Público, a compartilhar*

> *com ela informações que detém em razão do ofício, sem, contudo, deixar de resguardar o sigilo dessas informações que, a partir de então, é imposto a ambas as autoridades."*
>
> *Nota Técnica Denor/CGU/AGU nº 179/2007: "Conclusão: Em face do exposto, têm-se como plenamente compatíveis com a Constituição Federal os dispositivos da LC nº 75/93 que autorizam a órgãos do Ministério Público a solicitar informações fiscais quando necessárias e adequadas à formação do 'opinio delicti' como posto nos preceptivos legais que regem a matéria, §§ 1º e 2º do art. 8º da referida Lei Complementar. Daí constituiu premissa válida para o entendimento de que não somente a questão do sigilo fiscal está disciplinada nos preceptivos constantes do art. 198 do Código Tributário Nacional, mas, e por conseguinte, por lei de igual hierarquia e em pleno vigor no ordenamento jurídico nacional, porquanto não afastada sua eficácia por nenhuma decisão judicial apta para tanto."*
>
> *Despacho do Consultor-Geral da União nº 428/2007: "4. Estou de acordo com as conclusões da Nota Técnica nº 179-Denor/CGU/AGU no sentido de que é perfeitamente compatível a disciplina contida no art. 198 do Código Tributário Nacional com as disposições do art. 8º da Lei Complementar nº 75, de 1993, no sentido de ser permitido o acesso aos membros do Ministério Público, nos precisos limites da Lei, aos dados sigilosos encontrados em órgãos e entidades da administração pública."*

Após esta manifestação da Advocacia-Geral da União, restou superada a Nota Cosit nº 372, de 29/10/07, que, por sua vez, acompanhava os já mencionados entendimentos expostos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional por meio de seus Pareceres PGFN/CAT nº 891/2001, 1.157/2001 e 1.443/2007, expressando que as requisições de dados fiscais por parte do Ministério Público da União e, mais especificamente, do Ministério Público Federal (conforme art. 128, I da CF), deveriam se submeter aos parâmetros do art. 198, § 1º, II do CTN. Neste rumo por fim voltou a se manifestar a Cosit, por meio de sua Nota Técnica nº 1, de 16/01/08.

> *Nota Técnica Cosit nº 1, de 16/01/08: "11. Dessa forma, tendo em vista que o Advogado-Geral da União, no uso de suas atribuições legais, firmou interpretação no sentido de que não há que se opor reserva de sigilo fiscal ao Ministério Público Federal, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 428/2007, dirimindo de vez as controvérsias que ainda existiam entre os órgãos da Administração Federal, e considerando que essa interpretação deve ser uniformemente seguida pelas unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil, propõe-se seja tornada sem efeito a Nota Cosit nº 372, de 2007, restabelecendo-se, em consequência, o entendimento esposado na Nota Cosit nº 200, de 2003."*

Assim, além da requisição judicial, também à vista da demanda oriunda do Ministério Público da União e, mais especificamente, do Ministério Público Federal, o servidor do Fisco está obrigado a transferir os dados fiscais solicitados, não se cogitando, por óbvio, que incorra em ilícito. E, de forma análoga ao que se registrou para demandas judiciais, atentando-se para a extensa tutela a cargo daquele órgão ministerial, o regular fornecimento de dados ao membro do *Parquet* da União não deve ser entendido na restrição de apuração de ilícito disciplinar *stricto sensu*, mas também para amparar a persecução de qualquer ilícito cometido no âmbito da Administração, independentemente da esfera de responsabilização (administrativa, penal ou civil).

Todavia, as mencionadas manifestações da Advocacia-Geral da União (Nota Técnica Denor/CGU/AGU nº 179/2007, Despacho do Consultor-Geral da União nº 428/2007 e Despacho do Advogado-Geral da União, de 21/12/07) se reportaram especificamente ao art. 8º da Lei Complementar nº 73, de 20/05/93. Ou seja, ao terem tomado como base legal a Lei

Orgânica do Ministério Público da União (previsto no art. 128, I da CF), tais entendimentos não abarcaram os Ministérios Públicos dos Estados (separadamente previsto no art. 128, II da CF). Com isto, especificamente no que tange aos Ministérios Públicos dos Estados, ainda prevalecem os entendimentos externados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (em seus Pareceres PGFN/CAT nº 891/2001, 1.157/2001 e 1.443/2007), devendo o fornecimento de dados protegidos por sigilo fiscal a estes órgãos ministeriais se condicionar ao atendimento das condições exigidas pelo art. 198, § 1º do CTN.

Retornando ao art. 198 do CTN, prosseguindo no inciso II do seu § 1º, como inovação ao texto original, passou-se a prever também a exceção para o caso da solicitação de autoridade administrativa, externa à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, à margem de autorização judicial. Só que, neste caso, diferentemente da requisição por parte da autoridade judiciária (bastante por si só), o afastamento da garantia individual se dá mediante interesse da Administração Pública (ou seja, para apuração de infração disciplinar, punível pela Administração, no âmbito de sua autotutela) e também em função de outras condições que a Lei estabelece, sobre as quais a seguir se discorrerá.

4.4.12.2 - O Regramento Atual da Disponibilização de Dados Sigilosos, por Parte da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, para Órgãos Externos

Embora se saiba que o § 2º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN) contemple a possibilidade de compartilhamento de dados protegidos por sigilo fiscal mediante intercâmbio da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) com o órgão recebedor, aqui, por ser a principal inovação legislativa sobre o tema, a hipótese que mais interessa analisar é a do afastamento do sigilo de um servidor por solicitação administrativa, ao amparo do inciso II do § 1º do mesmo comando legal. Para ser considerado regular e não configurar o ilícito de violação de sigilo funcional, como exceção à cláusula constitucional de proteção à intimidade e à vida privada, não havendo espontânea disponibilização pelo próprio servidor de seus dados sigilosos, o fornecimento, por parte do agente do Fisco, para autoridades administrativas externas à RFB, requer cumulativamente que: a solicitação seja feita à autoridade fiscal por outra autoridade administrativa no interesse da Administração Pública; e que o pedido se faça acompanhar de comprovação da instauração de processo administrativo no órgão solicitante para apurar infração administrativa daquele servidor de quem se solicitam os dados fiscais. Frise-se: a hipótese em comento, a se sujeitar ao mencionado dispositivo do CTN, refere-se apenas à disponibilização dos dados para órgão externo ao órgão fiscal; a transferência interna de dados fiscais merecerá tratamento diferenciado no próximo tópico.

> *CTN - Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. (Redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001)*
> *§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (Redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 2001)*
> *II - solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. (Incluído pela Lei Complementar nº 104, de 2001)*

Diante da relevância que este tema assume internamente na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e das controvérsias que ainda provoca, convém detalhar a análise de

cada componente das condições de afastamento do sigilo, acima listadas. De um primeiro lado, deve-se compreender a autoridade administrativa externa competente para solicitar os dados ao Fisco com certo grau de restrição, como o agente público que não só tenha poder de mando mas também seja responsável, ainda que indiretamente, pela apuração em curso; e, por outro lado, deve ser considerada no sentido amplo da expressão "Administração Pública" elencado em **1**, podendo advir tanto da Administração Pública direta quanto da Administração Pública indireta, de qualquer dos Três Poderes de todos os entes federados (não só da União, mas também de Estados, Distrito Federal e municípios), no exercício de sua função tipicamente executiva e no cumprimento de suas competências institucionais.

> *Nota Cosit nº 3, de 07/01/04: "6. Conforme verificado, o art. 198, § 1o, inciso II do CTN, não faz restrições quanto à natureza jurídica, ente federativo ou Poder ao qual deve pertencer a autoridade administrativa que requer informações protegidas pelo sigilo fiscal.*
> *6.1 Em face disso, conclui-se que autoridades administrativas de entes da administração direta (órgãos) e indireta (autarquias e fundações públicas) da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios podem, em princípio, obter da SRF informações sigilosas de sujeitos passivos constantes dos bancos de dados do órgão, desde que atendidos os requisitos condicionantes do deferimento do pleito.*
> *7. Como primeiro requisito a ser mencionado, verifica-se que o requerente da informação sigilosa necessita ser efetivamente uma autoridade administrativa, ou seja, agente público com poder de se fazer obedecer (poder de mando) no órgão ou entidade em que exerce suas atividades.*
> *8. Além disso, o requerente das informações fiscais deve, evidentemente, ser a autoridade administrativa direta ou indiretamente responsável pela condução do processo administrativo no qual se pretende apurar a prática de infração administrativa."*

Por sua vez, o sentido da expressão "no interesse da Administração Pública" deve ser compreendido como qualquer atividade de interesse público, ou seja, de interesse da coletividade e de todo o conjunto social, em ato impessoal. Assim, não resta dúvida que, além de ilícitos disciplinares de naturezas diversas que não fazem parte do foco desta análise, o pedido de fornecimento de dados fiscais, por órgão externo, cuja motivação reside na apuração de graves ilícitos disciplinares cometidos por servidor público atende à condição legal, visto que é de interesse público e da coletividade a devida apuração destas irregularidades. Neste sentido, em dois momentos distintos, na condição de órgão máximo de assessoramento jurídico no âmbito do Ministério da Economia (ME) e, portanto, de figurar como rica fonte de consulta, já se manifestou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ao autorizar que a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil atendesse a pedido de autoridade externa com o fim de instruir apuração de ilícito disciplinar.

> *Parecer PGFN/CAT nº 784/2001: "12. Essa concepção ampla preconizada no inciso II do § 1º do art. 198 do CTN, no que diz respeito ao termo Administração Pública, é corroborada nos próprios termos do dispositivo. É que se fala em solicitação da autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, ou seja, no interesse da coletividade, pois os 'fins da administração pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada'. (...)*
> *13. Não se pode negar o interesse da coletividade na apuração de ilícitos cometidos por agentes públicos, porquanto a informação se refere a investigação por prática de infração administrativa."*
>
> *Parecer PGFN/CDI nº 1.433/2006: "33. (...) não há dúvidas que os interesses envolvidos na apuração de ilícitos cometidos por agentes públicos dizem respeito a toda uma coletividade, devendo ser prestadas as informações porventura requeridas pelo órgão processante, mesmo sendo elas protegidas*

por sigilo fiscal, já que o interesse particular do investigado deve sempre ceder diante da necessidade de apuração da verdade, isto é, diante de um interesse público maior."

Quanto à condicionante legal de haver no órgão externo solicitante processo administrativo para apurar infração disciplinar, é de se destacar que não cabe aqui leitura restritiva do dispositivo, como se fosse exigida, estritamente, a espécie do processo administrativo disciplinar (PAD). Ao contrário, a expressão "processo administrativo" no texto legal deve ser compreendida no sentido amplo com que é empregada na Administração e até mesmo na legislação, abarcando tanto os processos em sentido estrito que, em rito contraditório, encerram uma lide (de que são espécies o PAD e a sindicância disciplinar previstos no art. 143 da Lei nº 8.112, de 11/12/90), como também meros procedimentos administrativos de índole investigativa ou inquisitorial (como sindicâncias outras, inclusive aquelas de fim patrimonial, conforme se aborda em **2.1.1** e em **4.7.4.4.4**), bastando terem sido formal e regularmente instaurados (com os requisitos de competência, motivação, forma, etc). Também neste sentido se manifestou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ao autorizar, no Parecer PGFN/CDI nº 1.433/2006 - e posteriormente reiterar, no Parecer PGFN/CAT nº 4.865/2019 - a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil a fornecer dados fiscais com o fim de instruir sindicância patrimonial instaurada em outro órgão, quando é sabido que este rito é inquisitorial e investigativo, antecedente à instauração da lide entre Administração e servidor, nele não se cogitando de obrigação de oferta de ampla defesa e contraditório.

Parecer PGFN/CDI nº 1.433/2006: "40. (...) 'Muito embora sustentemos a necessidade de interpretar restritivamente as exceções ao sigilo fiscal, contidas no art. 198, do CTN, acreditamos que a expressão 'processo' empregada em seu § 1º, II, abrange tanto o processo em sentido estrito quanto o procedimento formalmente instaurado.' (...)
43. Percebe-se, dessa forma, que o art. 198, § 1º, inciso II, do Código Tributário Nacional, exige, para que seja possível a liberação do dever de sigilo fiscal, apenas que o processo ou procedimento administrativo esteja regularmente instaurado por autoridade administrativa competente, tenha objeto lícito e finalidade pública.
44. Na hipótese ora em análise, teremos, então satisfeitos todos os requisitos exigidos pela legislação em comento para que possa ser quebrado o sigilo fiscal do investigado, sendo as informações sigilosas requisitadas pela sindicância patrimonial essenciais para a apuração dos fatos sob investigação (...)."

Parecer PGFN/CAT nº 4.856/2019: 20. Entendemos que não é necessária a abertura de processo administrativo com contraditório e ampla defesa para fins de investigação realizada na sindicância patrimonial nos termos do Decreto nº 5.483, de 30 de junho de 2005. Desse modo, é possível afirmar que o procedimento de sindicância patrimonial atende ao art. 198, § 1º, inciso II do CTN, desde que regularmente instaurado o procedimento administrativo, com a solicitação por autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, ainda que o procedimento não tenha previsão de contraditório, mas seja apenas investigativo.
21. Outro ponto de relevo é a necessidade de que as demandas de informação para investigar o sujeito passivo tenham base em informações detidas pelas autoridades administrativas e sejam individualizadas, como preceitua o art. 198, § 1º, inciso II do CTN, não sendo cabível o compartilhamento de informações a partir de pedidos aleatórios ou massivos sem informações que confiram lastro a sua formulação, devendo os elementos indicarem a possível prática de infração prevista na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.
22. Um aspecto para o qual devemos chamar atenção é a necessidade de preservação do sigilo, com sua transferência da Administração Tributária para autoridade administrativa responsável pela sindicância patrimonial cercada

> *por cuidados que evitem que as informações se tornem públicas, como a transferência de dados unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios, como apontado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 1.055.941 (Tema 990 de Repercussão Geral).*

Tanto é verdadeira esta interpretação do art. 198, § 1º, II do CTN que a Controladoria-Geral da União (CGU) menciona, em sua Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, em duas passagens, a possibilidade de afastamento do sigilo fiscal, saber, no seu art. 14, de forma genérica em qualquer procedimento correcional, e, no seu art. 26, mais especificamente em sindicância patrimonial, quando é sabido que este rito é inquisitorial e investigativo, antecedente à instauração da lide entre Administração e servidor, nele não se cogitando de obrigação de oferta de ampla defesa e contraditório. Também interessante destacar que o comando do art. 27 do mesmo ato normativo expressa que a apresentação de informações fiscais, espontânea ou a pedido, configura renúncia do sigilo fiscal para fim de emprego daqueles dados no procedimento.

> *IN CGU n° 14, de 2018 - Art. 14. Sempre que as circunstâncias assim o exigirem, poderá ser solicitado, com fundamento no art. 198, § 1º, inciso II, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, o acesso às informações fiscais de investigado, acusado ou indiciado, ficando o órgão solicitante obrigado a preservar o sigilo fiscal das informações recebidas.*
> *Parágrafo único. As solicitações de informações fiscais direcionadas à Secretaria da Receita Federal do Brasil e demais órgãos de administração tributária serão expedidas pela autoridade instauradora ou aquela que tenha competência nos termos de regulamentação interna, devendo estar acompanhadas dos elementos comprobatórios para o atendimento do previsto no art. 198, § 1º, inciso II, da Lei nº 5.172, de 1966.*
> *Art. 26. A comissão de SINPA poderá solicitar a quaisquer órgãos e entidades detentoras de dados, tais como cartórios, departamentos estaduais de trânsito e juntas comerciais, informações relativas ao patrimônio do servidor ou empregado sob investigação, e de outras pessoas físicas e jurídicas que possam guardar relação com o fato sob apuração.*
> *Art. 27. A apresentação de informações e documentos fiscais ou bancários pelo sindicado ou pelas demais pessoas que possam guardar relação com o fato sob apuração, independentemente de solicitação da comissão, implicará renúncia dos sigilos fiscal e bancário das informações apresentadas para fins da apuração disciplinar.*

Neste rumo, é de se dizer que restou superada a interpretação emanada pela Cosit, em sua já mencionada Nota nº 3, de 07/01/04, anterior ao Parecer PGFN nº 1.433/2006, no sentido de que a transferência de dados acobertados por sigilo fiscal somente seria legalmente autorizada ao servidor do Fisco na hipótese específica de se ter instaurado, no órgão externo solicitante, processo administrativo disciplinar contra o investigado.

Ainda sobre as condicionantes para disponibilização externa, por óbvio, deve-se estar diante de indício de grave irregularidade disciplinar (uma vez que o pedido de dados fiscais advém de autoridade administrativa, coerentemente o texto legal condiciona o fornecimento à apuração apenas de infração desta natureza, não abarcando na permissão dados solicitados para apuração de infrações de naturezas distintas, como civil e penal, por exemplo) a provocar o afastamento de uma cláusula constitucional de proteção da intimidade e da vida privada. Além disto, os dados fiscais solicitados devem ser essenciais para a apuração em tela e devem guardar direta relação com o servidor acusado e com o fato objeto da apuração. Para o foco de maior interesse no presente, que é o correcional, faz-se necessário, então, que a autoridade externa solicitante expresse em seu pedido os motivos que justificaram a instauração do

processo ou procedimento administrativo, demonstrando a necessidade de apurar infração disciplinar supostamente cometida pelo servidor cujos dados fiscais se solicitam e que estes dados guardem pertinência com a infração.

> *Parecer PGFN/CDA nº 2.152/2007 - "36.*
> *f) As informações submetidas ao sigilo fiscal somente poderão ser fornecidas pela RFB e pela PGFN quando solicitadas, cumulativamente:*
> *f.1) por autoridade administrativa da administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes legalmente constituídos;*
> *f.2) para atender a fins de investigação de infração administrativa;*
> *f.3) quando sejam adequadas e necessárias para o esclarecimento daquilo que é investigado (princípio da proporcionalidade);*
> *f.4) com o requisito objetivo da existência de processo ou procedimento administrativo em trâmite no órgão solicitante (procedimento presidido pela autoridade administrativa referida em "a"); e*
> *f.5) que as informações se refiram exclusivamente ao sujeito que é investigado (aplicação do subprincípio da necessidade, pertencente ao princípio da proporcionalidade);*
> *g) Não há que se falar em solicitação de informação à RFB ou PGFN, submetida ao sigilo fiscal, para que seja posteriormente instaurado o processo ou procedimento administrativo, a existência do procedimento ou processo administrativo é condicionante objetiva prévia para a legalidade da solicitação da informação;"*

Ou seja, interpretando a leitura atual do art. 198 do CTN para o caso específico do servidor investigado em instância disciplinar em órgão externo, como exceção à cláusula, pode-se afastar seu sigilo - ou melhor, pode-se transferir a manutenção de sua preservação para a autoridade destinatária -, sem necessidade de autorização judicial, se for pedido por autoridade administrativa em ato de interesse público e se houver processo administrativo instaurado contra ele (e basta que seja processo ou procedimento administrativo qualquer, não necessariamente disciplinar, podendo ser de índole inquisitorial e investigativa), com o fim de apurar a prática de infração administrativa de sua suposta autoria. O afastamento de sigilo fiscal de terceiro que não o acusado, se for algo indispensável no processo, a favor de órgão externo, terá de ser judicialmente autorizado, já que o art. 198 do CTN, em princípio, não o ampara.

Em resumo, a inovação trazida pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/01, ao art. 198 do CTN acrescentou a possibilidade de o agente fiscal afastar o sigilo do servidor investigado, a favor de outro órgão externo, à margem de autorização judicial, mediante apenas pedido de autoridade administrativa externa, repassando a esta autoridade solicitante não só os dados protegidos mas também a responsabilidade de preservar seu sigilo. Em outras palavras, o ordenamento propicia à autoridade externa o acesso e o uso dos dados fiscais, mas não a sua divulgação.

Obriga-se mencionar aqui um pormenor complexo neste tema. A RFB, para o cumprimento de suas competências legais e regimentais, recebe das instituições financeiras, por força do art. 5º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, informações referentes a diversas espécies de operações financeiras, e também tem acesso, em suas regulares atividades de fiscalização, por força do art. 6º do mesmo diploma legal, a todo tipo de informação de interesse fiscal em poder daquelas mesmas instituições, incluindo aquelas operações. Ou seja, em outras palavras, o órgão fiscal passa a ser detentor de informações, sejam recebidas das instituições financeiras, sejam obtidas em procedimentos fiscais, originalmente acobertadas por outra cláusula de sigilo que não o fiscal, qual seja, de sigilo bancário, conforme se detalhará em **4.4.12.5**.

Mas o aprofundamento no tema, à luz da jurisprudência superior, indica que, na

verdade, a natureza de sigilo protetor da intimidade e da vida privada individual mais se atrela ao detentor da informação do que à sua natureza original. Em outras palavras, tanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto o Supremo Tribunal Federal (STF), este no julgamento conjunto de quatro ações diretas de inconstitucionalidade, entendem que dados originalmente de natureza bancária, uma vez de posse da RFB, passam a ter natureza de dados protegidos por sigilo fiscal.

> *STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, Recurso Especial nº 1.349.363/SP, DJe de 31/5/2013, Ementa: "1. (...) Em verdade, sob o manto do sigilo fiscal podem estar albergadas informações a respeito da situação financeira da pessoa (inclusive informações bancárias) e sob o manto do sigilo bancário podem estar albergadas informações também contidas na declaração de bens. Basta ver que as informações requisitadas pela Secretariada Receita Federal junto às instituições financeiras deixam de estar protegidas pelo sigilo bancário (arts. 5º e 6º da LC n. 105/2001) e passam à proteção do sigilo fiscal (art. 198, do CTN). Sendo assim, o fato é que a mesma informação pode ser protegida por um ou outro sigilo, conforme o órgão ou entidade que a manuseia."*
>
> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Dias Toffoli, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859/DF, DJe de 20/10/2016, Ementa: "Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. (...) Art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001. Ausência de quebra de sigilo. (...).*
> *4. Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009) consagram, de modo expresso, a permanência do sigilo das informações bancárias obtidas com espeque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal. (...)*
> *7. O art. 1º da Lei Complementar 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, não determina quebra de sigilo, mas transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública. Outrossim, a previsão vai ao encontro de outros comandos legais já amplamente consolidados em nosso ordenamento jurídico que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e patrimônio de determinados indivíduos."*

Na esteira, o STF entendeu não só pela constitucionalidade de dispositivos legais que autorizam a transferência de dados protegidos por sigilo bancário para autoridades públicas, no que se inserem as autoridades fiscais da RFB, uma vez que estas informações se mantêm, em gênero, protegidas por cláusula de sigilo (agora sob nome de sigilo fiscal), como também permitiu, em julgado com repercussão geral (inclusive citado no Parecer PGFN/CAT nº 4.865/2019, acima já reproduzido), que o órgão fiscal compartilhe estes dados, agora sob sua custódia, com órgãos de persecução criminal, desde que se preserve a proteção constitucional à intimidade e à vida privada individual.

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Dias Toffoli, Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP, DJe 05/10/2020, Ementa: "Compartilhamento dos Relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil com os órgãos de persecução penal para fins criminais. Desnecessidade de prévia autorização judicial. Constitucionalidade reconhecida. Recurso ao qual se dá provimento para restabelecer a sentença condenatória de 1º grau.."*
> *Tema nº 900: "Possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público,*

> *para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário."*
> *Tese: "1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional;*
> *2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB referido no item anterior deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios."*

Nesta mesma linha, é possível que a autoridade fiscal, mediante solicitação de autoridade administrativa em que se atendam a todos os requisitos do inciso II do § 1º do art. 198 do CTN, repasse também informações que originalmente possuíam natureza acobertada pela cláusula de sigilo bancário, uma vez que, de posse da RFB, se inserem na qualidade de dados protegidos por sigilo fiscal, com disponibilização disciplinada pelo mencionado comando legal.

A PGFN também manifestou este entendimento, mediante consulta da própria RFB, em que esta defendia o entendimento da manutenção da diferente natureza de proteção que deveria recair sobre os dois distintos tipos de dados. Contrariando a tese defendida pela RFB, a PGFN, em seu Parecer PGFN/CAT nº 19.151/2020, seguiu a linha jurisprudencial acima, esposando ser mesmo um dever funcional da autoridade fiscal repassar os dados em poder da RFB, ainda que originalmente fossem dados de natureza bancária, para a autoridade solicitante que demonstre o atendimento de todas as condições do inciso II do § 1º do art. 198 do CTN. A PGFN ressalvou apenas que a solicitação, encaminhada em ato de comunicação formal, seja individualizada e motivada em face de determinado servidor ou de determinados servidores contra quem se apura infração administrativa e que se assegure a preservação do sigilo.

> *Parecer PGFN/CAT nº 19.151/2020: "26. Interessante mencionar que o Supremo Tribunal Federal, no RE 1.055.941 (Tema 990 de Repercussão Geral), reiterou por ampla maioria o entendimento pela legitimidade do compartilhamento de dados protegidos por sigilo fiscal entre a Receita Federal do Brasil e o Ministério Público, inclusive dados oriundos de instituições financeiras, sem autorização prévia do Poder Judiciário, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.*
> *27. O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 1.055.941 (Tema 990 de RepercussãoGeral) estabelece premissas que nos conferem segurança quanto à interpretação de que a Administração Tributária deve realizar o compartilhamento de informações, ainda que se trate de informações bancárias transformadas em informaçõesprotegidas por sigilo fiscal, quando da solicitação realizada por autoridade administrativa para fins de apuração por prática de infração administrativa.*
> *30. As informações obtidas pela Administração Tributária com fundamento nos artigos 5º e 6º da Lei Complementar n. 105, de 2001, não podem ser diferenciadas das demais informações protegidas por sigilo fiscal, sendo passíveis de compartilhamento nos termos do art. 198, § 1º, II, do Código Tributário Nacional. Vale acrescer a necessidade de que a informação seja solicitada de forma fundamentada, demonstrando sua pertinência temática, para instrução de processo administrativo regularmente instaurado, nos termos já analisados pelo Parecer SEI n. 4856/2019/ME, por autoridade administrativa competente e tenha como objetivo investigar o sujeito passivo a*

> *que se refere a informação, por prática de infração administrativa. Também merece registro a necessidade de que os pedidos sejam individualizados e justificados, não se admitindo pedidos aleatórios ou massivos, e de que a transferência ocorra por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.*
> *31. Em face dos argumentos apresentados ao longo do presente parecer, conclui-se que é dever da Administração Tributária o compartilhamento de informações, ainda que se trate de informações bancárias transformadas em informações protegidas por sigilo fiscal, quando da solicitação realizada por autoridade administrativa para fins de apuração por prática de infração administrativa, observado os demais requisitos do art. 198, § 1º, II, do CTN e desde que os pedidos sejam individualizados e justificados, não se admitindo pedidos aleatórios ou massivos, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional, atendendo a legalidade e ao princípio constitucional da moralidade administrativa.*

Salvo exceções já mencionadas em **4.4.12.1** (Poder Judiciário, Ministério Público da União e, mais especificamente, do Ministério Público Federal) e mais algumas poucas instituições que ainda se mencionarão adiante no presente tópico, é de se estabelecer como regra geral apriorística que os entendimentos ora expostos, delimitando a possibilidade condicionada de fornecimento de dados fiscais, aplicam-se quase indistintamente a qualquer órgão externo de que advenha a requisição. Exemplificadamente, citam-se como também sujeitos às condicionantes legais do inciso II do § 1º do art. 198 do CTN, para receberem dados fiscais:

- os Ministérios Públicos Estaduais;
- a CGU, bem como a Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG) e os demais órgãos e unidades integrantes do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), inclusive a Corregedoria do Ministério da Economia (Coger-ME);
- os membros do Poder Legislativo e as Mesas das Casas do Congresso Nacional;
- os membros da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Estados (a menos dos dados de hiposuficiente especificamente sob sua assistência e mediante sua autorização);
- o Instituto Nacional da Securidade Social (INSS);
- os Tribunais de Contas, inclusive da União (TCU);
- as autoridades policiais, inclusive no âmbito da Polícia Federal (PF) e mais ainda de Polícias Civis estaduais;
- e as comissões de inquérito instauradas em órgão externo.

Acrescente-se que, em todos estes casos, a aplicação do mandamento também independente do âmbito em que se situa o requisitante (se federal, estadual ou municipal, quando cabível esta diferenciação).

Cabem aqui duas ressalvas para compartilhamento de dados protegidos por sigilo fiscal para os dois órgãos federais de controle, o TCU e a CGU, que possuem competências para realizarem auditorias e inspeções no âmbito da Administração Pública federal, em suas linhas de atuação respectivamente de controle externo e de controle interno, sobre qualquer órgão ou entidade. E aí reside um embate porque, diferentemente do exercício de sua competência controladora sobre qualquer outra instituição federal, em que basta requerem as informações internas necessárias, ao auditarem ou inspecionarem a RFB, cujo múnus

majoritariamente se apoia nos dados fiscias protegidos por sigilo, ou alguns outros órgãos do ME detentores de dados reveladores das demonstrações financeiras da União, não cabe o TCU e a CGU simplesmente requisitar os expedientes de trabalho e suas bases de dados, visto não serem ordinariamente compartilháveis.

Primeiramente, conforme será melhor abordado em **4.7.4.4.4**, ressalve-se a legalidade do repasse das declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (DIRPF) dos seguintes e respectivos grupos de agentes públicos: para o TCU, daqueles atingidos pela Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993; e para a CGU, a partir do ano de 2007, daqueles que, nos termos da Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 298, de 6 de setembro de 2007, tenham autorizado tal acesso eletrônico firmado por convênio com a RFB. Posteriormente, a Portaria ME/SEDGG/SGP nº 12.421, de 20 de outubro de 2021, uniformizou que tal autorização se dá de forma eletrônica.

Ademais, em razão da necessidade de se revisar um parecer da AGU exarado ainda ao tempo da redação original do art. 198 do CTN, o Parecer AGU nº GQ-110, que, à época, corretamente estabelecia que o acesso por parte do TCU a dados protegidos por sigilo fiscal, da mesma forma que sigilo bancário, requereria autorização judicial, o tema não só foi abordado à luz do atual ordenamento como ainda o foi de forma extensiva também para a CGU. Assim o Parecer AGU nº AM-8, concentrando-se apenas no sigilo fiscal, revisou parcialmente o antigo Parecer, na parte em que tratava desta cláusula em face do TCU, e estabeleceu uma didática leitura dos comandos do já reproduzido inciso II do § 1º e também e sobretudo do § 2º do art. 198 do CTN, que trata de uma outra forma de repasse de dados, mediante intercâmbio da RFB com o órgão solicitante.

> *CTN - Art. 198.*
> *§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. (Incluído pela Lei Complementar nº 104, de 2001)*

Ao mesmo tempo em que harmonizou as competências legais dos dois órgãos de controle com esta garantia fundamental individual de molde constitucional de proteção à intimidade e à vida privada, o Parecer AGU nº AM-8 limitou que os procedimentos de auditoria ou de inspeção do TCU e da CGU restringem-se à fiscalização dos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais dos órgãos da União e das entidades federais. Fincados este balizamentos, restou atualizado o entendimento da AGU de que é legal o compartilhamento de dados protegidos por sigilo fiscal, da RFB para o TCU e para a CGU, sem necessidade de provimento judicial, não só para a hipótese de investigarem possível infração por parte de quem solicitam as informações, nos termos do inciso II do § 1º do art. 198 do CTN, como também, nos termos do subsequente § 2º, para procederem à auditoria ou à inspeção de dados, processos e controles operacionais da administração tributária e aduaneira e da gestão fiscal (ou seja, para auditarem ou inspecionarem a própria RFB) ou da análise de demonstrações financeiras da União.

São duas hipóteses distintas, pois os procedimentos contemplados no § 2º não são voltados à identificação de uma determinada infração administrativa, como são os procedimentos encampados no inciso II do § 1º do art. 198 do CTN, instaurados para investigar o agente a que se referem os dados fiscais solicitados. Os procedimentos de auditoria e de inspeção têm uma visão abrangente visando à prevenção e à verificação da regularidade dos trabalhos na atividade-fim do órgão ou da entidade submetida ao procedimento de controle.

Assim, atento à grande diferença de alcance subjetivo entre os dois comandos do art. 198 do CTN (enquanto a permissão do inciso II do § 1º, para procedimento investigativo ou

contraditório individualizado, mira em um ou, no máximo, em alguns sujeitos passivos identificados, a permissão do § 2º, em procedimentos de auditoria e de inspeção, não se limita a sujeitos passivos previamente determinados), o Parecer AGU nº AM-8 impôs condições a mais para a segunda hipótese de compartilhamento. O órgão máximo de assessoramento jurídico no Poder Executivo federal condicionou que, antes de se concretizar o compartilhamento, um decreto e, na sequência, um instrumento próprio (como um convênio, por exemplo), previamente estabeleçam condições que assegurem o atendimento de todas as cautelas impostas pelo § 2º do art. 198 do CTN, a fim de ser firmado intercâmbio entre a RFB e cada um dos dois órgãos de controle.

> *Parecer AGU nº AM-8, vinculante: "Ementa: I - A competência dos órgãos de controle externo (TCU) e interno (CGU), em procedimentos de auditoria ou inspeção, restringe-se à fiscalização dos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais da União e de entidades da administração direta e indireta, não tendo por objetivo a fiscalização do cidadão ou de pessoa jurídica não submetidos às suas esferas de atuação. II - Informações protegidas por sigilo fiscal, sob custódia de órgãos da Administração Tributária Federal, podem ser compartilhadas com os órgãos administrativos federais de controle (TCU e CGU), transferindo-se-lhes o sigilo, na forma do art. 198, do Código Tributário Nacional. III - A solicitação pode ser feita por autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, na forma do art. 198, § 1º, II, do CTN, quando (i) comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, (ii) com o objetivo de investigar o sujeito passivo (pessoa física ou jurídica determinada) a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. IV - Mediante decreto e instrumento próprio, no qual se estabeleçam os limites de uso da informação e as condicionantes necessárias ao resguardo do sigilo, pode ser realizado o compartilhamento de dados fiscais com o Tribunal de Contas da União ou com a Controladoria-Geral da União, sem anonimização, quando indispensável à realização de procedimentos de auditoria e inspeção de dados, processos e controles operacionais da administração tributária e aduaneira, da gestão fiscal ou da análise de demonstrações financeiras da União. V - O intercâmbio de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública, nos termos e limites do art. 198, § 2º, do Código Tributário Nacional, com transferência do sigilo, para fins de auditoria na administração tributária e aduaneira, na gestão fiscal ou nas demonstrações financeiras da União pressupõe: (i) a existência de processo administrativo regularmente instaurado, contendo clara definição do objetivo e escopo da auditoria; (ii) que a entrega das informações se dê mediante recibo, que formalize a transferência, facultado, pela própria natureza, o uso de tecnologia que lhe faça as vezes e assegure autenticidade, integridade, registro de acessos e rastreabilidade (iii) a existência de manifestação fundamentada, contemporânea ao momento processual, demonstrando a pertinência temática da informação com o objeto da auditoria ou inspeção e a necessidade e indispensabilidade de acesso, vale dizer, com indicação de que o trabalho não pode ser realizado ou que o seu resultado não pode ser alcançado por outro modo, mesmo com a anonimização; (iv) uso restrito ao fim específico de realização da auditoria, vedada a divulgação ou a utilização para finalidade diversa do respectivo escopo.*

E eis que, na esteira do Parecer AGU nº AM-8, foi editado o Decreto nº 10.209, de 22 de janeiro de 2020, regulamentando, nos arts. 3º, 5º e 9º, a competência legal da CGU e, no que couber, do TCU, de requisitarem, ordinariamente, a qualquer órgão federal (segundo as regras gerais do Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019, de compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública federal), as informações e os documentos necessários a seus trabalhos ou a suas atividades e, em especial à RFB, também os dados

protegidos por sigilo fiscal, não só à luz dos condicionantes do inciso II do § 1º do art. 198, para apuração individualizada de infração, como também por meio do intercâmbio de que trata o § 2º do mesmo art. 198 do CTN, quando indispensável para realização de auditorias ou de inspeções sobre o próprio órgão, repetindo as condições já impostas pela AGU.

> *Decreto nº 10.209, de 2020 - Art. 3º Os dados e as informações sob sigilo fiscal poderão ser compartilhados pelos órgãos do Ministério da Economia com a Controladoria-Geral da União, mediante instrumento próprio, nas seguintes hipóteses:*
> *I - por solicitação direta, conforme o previsto no inciso II do § 1º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 1966 - Código Tributário Nacional, quando existir interesse da administração pública e comprovada a instauração regular de processo administrativo no órgão com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação por prática de eventual infração administrativa; e*
> *II - por intercâmbio, conforme o previsto no § 2º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 1966 - Código Tributário Nacional, quando indispensável à realização de procedimentos de auditoria ou de inspeção de dados, de processos ou de controles operacionais da administração tributária e aduaneira, da gestão fiscal ou da análise de demonstrações financeiras da União.*
> *Art. 5º Sem prejuízo do disposto no art. 2º, os órgãos no âmbito do Poder Executivo federal fornecerão à Controladoria-Geral da União os dados e as informações necessários para a realização dos seus trabalhos ou atividades, observadas as regras de compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal, nos termos do disposto no Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019.*
> *Art. 9º Observado o disposto no art. 42 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, aplica-se, no que couber, o disposto neste Decreto às requisições e às solicitações de dados e de informações feitas pelo Tribunal de Contas da União.*

Assim, restou estabelecida a possibilidade de o TCU e de a CGU, por meio de convênios individualizados, com base no § 2º do art. 198 do CTN, requisitarem da RFB dados protegidos por sigilo fiscal para auditarem ou inspecionarem a própria RFB, na condição simultânea de remetente dos dados solicitados e de auditada ou inspecionada, em suas atividades-fim, ou seja limitadamente sobre processos e controles operacionais da administração tributária e aduaneira e da gestão fiscal, conforme delimitou o Parecer AGU nº AM-8.

Daí, importante ressaltar que, ainda o TCU e a CGU celebrem convênios de tal natureza com a RFB, a fim de instrumentalizarem o intercâmbio de dados protegidos por sigilo fiscal, estes órgãos recebedores se limitam a utilizá-los, em eventuais procedimentos de auditoria e de inspeção em face do próprio órgão fiscal, apenas no que tange à fiscalização dos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais, como controles externo e interno, legalmente previstos, da administração tributária e aduaneira e da gestão fiscal, e não sobre a atividade correcional.

Em outras palavras, independentemente da celebração de convênios desta espécie, o sistema correcional da RFB tem amparo, no comando do *caput* do art. 198 do CTN, que estabelece a regra geral de vedação do repasse de dados protegidos por sigilo fiscal, para negar acesso a procedimentos correcionais que contenham dados protegidos por sigilo fiscal em eventuais inspeções e auditorias do TCU e da CGU, já que o Parecer AGU nº AM-8 e o Decreto nº 10.209, de 2020, permitiu o compartilhamento das informações sigilosas apenas para suprir as atividades de controles externo e interno sobre a administração tributária e aduaneira e a gestão fiscal, e não sobre a atividade correcional.

Os instrumentos da auditoria e da inspeção, a cargo do TCU e da CGU, não autorizam o repasse de dados fiscais em poder da corregedoria nem à luz do inciso II do § 1º do art. 198

do CTN, já que não se voltam a apurar suposta irregularidade de determinado agente mas sim para verificar a adequação e a regularidade de forma geral da atuação procedimental dos órgãos, e nem mesmo à luz do subsequente § 2º, pois a autorização concedida ao Fisco para repassar os dados sigilosos no curso daqueles dois procedimentos de controles externo ou interno se limitam à atividade-fim da RFB e não alcançam a atividade correcional.

Cabe informar que, em 24/06/20, a RFB e a CGU celebraram o Convênio nº 3/2020/SE, com extrato publicado oficialmente em 24/06/20, para o compartilhamento de informações protegidas por sigilo fiscal, por prazo indeterminado. Em linha similar, em 23/11/20, a RFB e o TCU celebraram Convênio nº TC-038.168/2020-2, com extrato publicado oficialmente em 25/11/20. Importante ressalvar que tais convênios destacam que não se aplicam para o repasse de dados protegidos por sigilo bancário em poder da RFB.

É de se mencionar que nem mesmo a existência de leis ordinárias que atribuam a determinados órgãos prerrogativas de requisitar informações e dados para fins de cumprimento de suas competências autoriza a interpretação de que tais dispositivos legais significariam exceções à regra geral de manutenção do sigilo fiscal estabelecida no art. 198 do CTN. Repousando tais prerrogativas exclusivamente em leis ordinárias, estes diplomas legais não possuem o condão de alterar o CTN, que, sabidamente, foi recepcionado na atual ordem constitucional com força de lei complementar. A alegação de que a lei orgânica (ou ainda a lei de criação ou qualquer lei estabelecedora de estrutura e competências) de algum órgão que conceda tais prerrogativas teriam o condão de superar o art. 198 do CTN somente é aceitável se aquele diploma legal também possuir o mesmo *status* de lei complementar (conforme figura como exemplo ilustrativo o caso do Ministério Público da União, ao amparo da Lei Complementar nº 75, de 20/05/93, já abordado em **4.4.12.1**).

Neste rumo, não asseguram imediato acesso a dados protegidos por sigilo fiscal, por exemplo, pela CGU, o art. 26 da Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001 (que lhe confere competências na condição de órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal); ou os incisos V e VII do art. 51 da Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019; os incisos X e XIII do art. 4º do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, os incisos IV, V e XVIII do art. 16 do Anexo I do Decreto nº 11.102, de 23 de junho de 2022, os incisos XXII e XXIV do art. 45 e o inciso VII do art. 53, ambos do Anexo I do Regimento Interno da CGU, aprovado pela Portaria CGU nº 3.553, de 12 de novembro de 2019 (que, em síntese, lhe conferem competências na condição de órgão central do SisCor, com destaque para a supervisão da atividade correcional); e muito menos os arts. 58 a 63 da IN CGU nº 14, de 2018 (que, para o fim da competência de supervisão, institui os procedimentos de inspeção correcional e visita técnica correcional), ou pelo Tribunal de Contas da União, os arts. 2º, 42 ou 87 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (que é a lei orgânica daquela Corte de Contas). Nos termos já expostos acima, mesmo estes dois órgãos de controle têm o atendimento de seus pedidos de fornecimento de dados protegidos por sigilo fiscal condicionados à comprovação da submissão dos requisitos do inciso II do § 1º ou do § 2º do art. 198 do CTN. Neste rumo, ainda que restrita à CGU e mencionando a lei anterior à vigente Lei nº 13.844, de 2019, é válida a manifestação da PGFN, por meio do seu Parecer PGFN nº 2.349/2011:

> *Parecer PGFN nº 2.349/2011: "37. Nem se diga que as Lei nº 10.180, de 2001, e nº 10.683, de 2003, com o auxílio de normas infralegais, albergariam o dever de a Corregedoria-Geral da RFB fornecer os dados fiscais à CGU. O fornecimento não dispensa o atendimento da legislação específica sobre sigilo fiscal, que, evidentemente, exige veiculação por lei complementar ou por norma que ostente esse status. Esse não é um argumento de hierarquia entre a lei ordinária e a lei complementar, visto que, atualmente, é pacífica a inexistência de escalonamento entre elas. Mas é a lembrança de que tais espécies normativas se dirigem a campos de atuação exclusivos, distinguindo-se em razão da pertinência temática, além do quorum qualificado de aprovação desta*

> *última. À guisa de exemplo, quando o legislador houve por bem modificar a matéria de sigilo fiscal, veiculou a alteração através da Lei Complementar nº 104, de 2001, uma vez que o CTN 'só pode ser revogado ou modificado por lei formalmente complementar'.*
> *39. Dito isto, fixa-se a premissa de que o acesso pela CGU a dados fiscais, para ser deferido, deve obedecer à legislação pertinente ao sigilo fiscal, atualmente regulado pelos arts. 198 e 199 do Código Tributário Nacional (CTN).*
> *49. No tocante à espécie de procedimento, servem para transferência de dados todos os feitos disciplinares, punitivos ou não, sob contraditório ou não, previstos no Decreto nº 5.480, de 2005, e pela Portaria CGU nº 335, de 2008, com exceção da inspeção (...).*
> *50. Note-se que o processo administrativo de inspeção não é apto a atender o requisito 'com objetivo de investigar a prática de infração administrativa', pois ele não fiscaliza diretamente o servidor por prática de infração funcional; fiscaliza os atos correcionais em si (...).*
> *51. No mais, ainda quando satisfeitos os requisitos do art. 198, deve-se atentar que esse acesso é limitado aos dados do acusado, i. e´, nos termos do CTN, do 'sujeito passivo a que se refere a informação' (aplicação do subprincípio da necessidade, pertencente ao princípio da proporcionalidade). Isso quer dizer que, acaso constem nos autos dados fiscais outros que não sejam do servidor acusado (empresas contribuintes, por exemplo), não poderão ser entregues à CGU, merecendo tratamento apropriado que os resguardem (autos apartados, ocultação de partes/excertos, ou outro meio idôneo). Sendo imprescindível o acesso, ele precisará de autorização judicial."*

Por um lado, como um exemplo específico da necessidade de atendimento das condicionantes para o regular fornecimento de dados fiscais, destaca-se a hipótese em que o destinatário é autoridade policial (PF ou Polícias Civis estaduais, por exemplo). Conforme já asseverou a Cosit, a autoridade policial não dispõe de acesso a dados fiscais à margem dos requisitos do art. 198 do CTN. Não obstante, uma vez cumpridos os requisitos legais, é licita a transferência de dados sigilosos à autoridade policial.

> *Nota Cosit nº 3, de 07/01/04: "17. À luz do exposto, conclui-se ser descabido o fornecimento de informações de sujeitos passivos protegidas pelo sigilo fiscal a autoridade policial no exercício da atividade que lhe é própria - questão objeto da Nota SRRF02/Disit nº 40, de 2001, e da SCI Disit/SRRF06 nº 1, de 2002 -, haja vista que, nesse caso: (...) b) referido procedimento busca apurar a prática de ilícito criminal (ato punível pelo Estado), e não de uma infração administrativa (ato punível pela Administração); e c) a autoridade policial age no interesse da Justiça, e não no interesse da Administração."*
> *(**Nota**: O item "a", suprimido, trazia entendimento já superado por posterior Parecer PGFN/CDI n° 1.433/2006 e pelo art. 16 da Portaria CGU nº 335, de 30/05/06, exposto linhas acima)*
>
> *Solução de Consulta Interna-Cosit nº 2, de 24/01/05: "12. Por todo o exposto, conclui-se que, uma vez instaurado inquérito policial a fim de apurar a prática de infração penal objeto de representação fiscal para fins penais, é admissível o fornecimento pela Secretaria da Receita Federal de informações relativas ao representado e ao crédito tributário apurado, ainda que protegidas pelo sigilo fiscal, à autoridade policial federal que conduz o inquérito.*
> *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 198, com a redação determinada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001."*
>
> *Solução de Consulta Interna-Cosit nº 24, de 30/08/10: "f) na hipótese em que a representação fiscal para fins penais se referir a apenas um sujeito passivo e o processo de auto de infração que deu origem a tal representação contiver dados de terceiros, havendo requisição de informações da autoridade policial*

> *que conduz o inquérito policial relativas ao representado, deve-se suprimir os dados daqueles, desde que não haja indícios de sua participação no ilícito penal."*

Por outro lado, em sentido oposto, cita-se a exceção, de abrigo constitucional (art. 100, §§ 9º e 10 e art. 131 da CF) e legal (art. 4º da Lei nº 9.028, de 12/04/95), que autoriza o fornecimento de dados protegidos por sigilo fiscal à AGU (aqui compreendida em seus órgãos ou unidades de representação judicial da União e das autarquias e fundações públicas federais, a saber: o Gabinete; a Procuradoria-Geral da União, incluindo suas unidades regionais, estaduais e seccionais; a Procuradoria-Geral Federal, incluindo as Procuradorias Regionais Federais, as Procuradorias Federais nos Estados, as Procuradorias Seccionais Federais e os Escritórios de Representação), para o cumprimento de seu mister de representar judicial ou extrajudicialmente a União, defendendo seus direitos e interesses tanto em matéria tributária quanto em outra matéria qualquer de interesse da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, bem como para executar créditos da União e ainda para expedição de precatórios e compensação de débitos perante a Fazenda Pública.

> *Lei nº 9.028, de 12/04/95 - Art. 4º Na defesa dos direitos ou interesses da União, os órgãos ou entidades da Administração Federal fornecerão os elementos de fato, de direito e outros necessários à atuação dos membros da AGU, inclusive nas hipóteses de mandado de segurança, habeas data e habeas corpus impetrados contra ato ou omissão de autoridade federal.*

Nos termos acima, advindo de autoridade competente no âmbito da AGU, não há que se opor à solicitação de transferência de dados acobertados por sigilo fiscal, quando estes se demonstram necessários à legítima defesa de interesses nacionais. Assim se manifestaram a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e a própria Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, por meio de seu Manual do Sigilo Fiscal, aprovado pela Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11:

> *Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11 - Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil - 7.1 - (...) Atenção 4) Podem ser fornecidas informações protegidas por sigilo fiscal à AGU, para fins de defesa da União em processo judicial que envolva matéria tributária ou outra de interesse da RFB, desde que as informações solicitadas estejam relacionadas ao objeto da ação judicial, em conformidade com o disposto no art. 4º da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995. Para as demais ações judiciais que não envolvam a RFB, devem-se observar as disposições contidas no convênio e no inciso II do § 1º do art. 198 do CTN.*
>
> *Parecer PGFN/CJU/CED nº 1.249/2008: "16. Registre-se, de resto, que a informação sigilosa não há de ser franqueada a qualquer órgão de Estado, mas especificamente àquele que, por determinação constitucional, representa a União judicial ou extrajudicialmente.*
> *20. Cuida-se, portanto, de hipótese anômala de transferência de sigilo que deflui do próprio ordenamento jurídico e da racionalidade que o orienta, exatamente como se verifica no acesso a informações protegidas por sigilo fiscal pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.*
> *24. Ante o exposto, tendo em vista que a solicitação emana de autoridade que, na forma da Constituição e das Leis, detém competência para representar a União judicial e extrajudicialmente, bem assim que foi objetivamente indicada a necessidade de a Advocacia-Geral da União conhecer essas informações para o exercício da legítima defesa dos interesses do Estado brasileiro (...), é a manifestação no sentido da possibilidade jurídica de fornecimento (...)."*

Também a favor da disponibilização de dados para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional já se manifestou este próprio órgão de assessoramento jurídico.

> *Parecer PGFN/PGA nº 980/2004: "Ementa: Sigilo fiscal. Possibilidade de*

> *acesso recíproco de dados econômico-fiscais entre a Secretaria da Receita Federal e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Previsão constitucional de compartilhamento de cadastros e de informações fiscais: Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003."*

Por sintetizar diversos aspectos acima abordados, nos termos ora vigentes, didática foi a manifestação da Cosit, nos seguintes termos:

> *Solução de Consulta Interna-Cosit nº 24, de 30/08/10: "A expressão 'Administração Pública', constante do art. 198, § 1°, II, do Código Tributário Nacional (CTN), abrange a administração direta e indireta de qualquer das esferas da Administração Pública e a expressão 'Autoridade Administrativa' refere-se àquela autoridade de qualquer dos Poderes legalmente constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário).*
> *O fornecimento de informações protegidas pelo sigilo fiscal ao Ministério Público Estadual só é possível caso a solicitação preencha todos os requisitos do art. 198, § 1º, inciso II, do CTN.*
> *O Segundo Termo Aditivo ao Convênio celebrado entre a RFB e a AGU prevê a prestação de informações, à AGU, à Procuradoria-Geral da União e à Procuradoria-Geral Federal, sobre bens, direitos e rendas declarados e, se houver, sobre faturamento, para fins de execução.*
> *O acesso ao Ministério Público da União de informações abrangidas pelo sigilo fiscal, compreende os ministérios públicos que compõem esse órgão.*
> *Os dados relativos ao endereço do sujeito passivo não estão protegidos pelo sigilo fiscal, contudo, o seu fornecimento por parte da RFB, em caráter sistemático, requer a celebração de convênio com a entidade solicitante.*
> *Na hipótese em que a representação fiscal para fins penais se referir a apenas um sujeito passivo e o processo de auto de infração que deu origem a tal representação contiver dados de terceiros, havendo requisição de informações da autoridade policial que conduz o inquérito policial relativas ao representado, deve-se suprimir os dados daqueles, desde que não haja indícios de sua participação no ilícito penal."*

Embora a interpretação ora adotada seja a de que o mandamento do art. 198 do CTN volta-se ao dever do agente fiscal para com autoridades externas, nada impede que uma comissão disciplinar designada no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil adote uma postura mais cautelosa e conservadora de seguir os procedimentos acima descritos (mas destaque-se que não se considera obrigatória tal postura no caso de integrantes serem agentes do próprio Fisco). A hipótese legal do art. 198, § 1º, II do CTN ampara perfeitamente a solicitação de dados fiscais ao titular da unidade fiscal da jurisdição do acusado, encaminhada via Chefe do Escor (autoridade administrativa com poder de mando e indiretamente responsável pela apuração), no interesse da Administração (para apurar, em instância disciplinar, ilícito disciplinar do servidor objeto do pedido).

Nesta linha, finalizando a análise da nova redação do art. 198 do CTN, para a hipótese de se afastar o sigilo fiscal de servidor investigado, no interesse da Administração - ou seja, na hipótese de o agente do Fisco fornecer dados protegidos por sigilo fiscal à outra autoridade administrativa -, o § 2º do citado artigo estabelece que a obrigação de preservar o sigilo é transferida para a autoridade recebedora das informações. Neste intercâmbio de dados entre órgãos ou autoridades públicas, com vista à investigação de ilícitos disciplinares, transferem-se não só os dados fiscais solicitados, mas também a responsabilidade de não divulgá-los, já que a autoridade solicitante receberá os dados pessoalmente e mediante recibo que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. Assim, quando o agente do Fisco, nos termos permitidos em lei, repassa a outra autoridade os dados protegidos por sigilo fiscal, propiciando-lhe não só o acesso, mas também o uso dos dados, não há que se falar que ele incorreu no ilícito de violar o dever de guardar sigilo funcional, visto que a presunção é de que esta garantia do particular (de não ter seus dados tornados públicos ou divulgados)

permanecerá preservada.

Idêntico entendimento se extrai também do art. 25, § 2º da Lei nº 12.527, de 18/11/11, que regulamenta a garantia fundamental estabelecida no art. 5º, XXXIII da CF, atinente ao direito de petição.

> *Lei nº 12.527, de 18/11/11 - Art. 25.*
> *§ 2º O acesso à informação classificada como sigilosa cria a obrigação para aquele que a obteve de resguardar o sigilo.*

Na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, como órgão detentor dos dados, o dispositivo do art. 198, § 2º do CTN encontra-se atualmente regulamentado pela Portaria RFB nº 551, de 30/04/13, que estabelece os procedimentos formais para preservar o sigilo das informações ao longo do seu fornecimento. Citam-se ainda a Lei nº 12.527, de 18/11/11, e os Decretos nº 7.724, de 16/05/12, e nº 7.845, de 14/11/12, como fontes de consulta mais detalhadas sobre definição, expedição, tramitação e guarda de documentos sigilosos. A propósito, informe-se que este último Decreto contém, dentre diversos outros regramentos, dispositivos não regulamentados pelo Decreto nº 7.724, de 16/05/12, como é o caso dos dispositivos aqui mencionados, acerca de expedição (destacadamente seus arts. 26 e 28), tramitação e guarda de documentos sigilosos.

> *Decreto nº 7.845, de 14/11/12 - Art. 26. A expedição e a tramitação de documentos classificados deverão observar os seguintes procedimentos:*
> *I - serão acondicionados em envelopes duplos;*
> *II - no envelope externo não constará indicação do grau de sigilo ou do teor do documento;*
> *III - no envelope interno constarão o destinatário e o grau de sigilo do documento, de modo a serem identificados logo que removido o envelope externo;*
> *IV - o envelope interno será fechado, lacrado e expedido mediante recibo, que indicará remetente, destinatário e número ou outro indicativo que identifique o documento; e*
> *V - será inscrita a palavra "PESSOAL" no envelope que contiver documento de interesse exclusivo do destinatário.*
> *Art. 28. A expedição de documento com informação classificada em grau de sigilo secreto ou reservado será feita pelos meios de comunicação disponíveis, com recursos de criptografia compatíveis com o grau de sigilo ou, se for o caso, por via diplomática, sem prejuízo da entrega pessoal.*
>
> *Portaria RFB nº 551, de 30/04/13 - Art. 13. No fornecimento de informações protegidas por sigilo fiscal a órgãos, entidades e autoridades requisitantes ou solicitantes, nas hipóteses admitidas pelos arts. 198 e 199 da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN), ou por lei específica, as unidades da RFB deverão adotar os seguintes procedimentos, sem prejuízo dos demais previstos na legislação pertinente:*
> *I - fazer constar, impressa e em destaque, na parte superior direita de todas as páginas da correspondência que formalizar a remessa das informações, bem como dos documentos que a acompanharem, a expressão "INFORMAÇÃO PROTEGIDA POR SIGILO FISCAL";*
> *II - remeter as informações em 2 (dois) envelopes lacrados:*
> *a) um externo, que conterá apenas o nome ou a função do destinatário e seu endereço, sem qualquer anotação que indique o grau de sigilo do conteúdo; e*
> *b) um interno, no qual serão inscritos o nome e a função do destinatário, seu endereço, o número do documento de requisição ou solicitação, o número da correspondência que formaliza a remessa e a expressão "INFORMAÇÃO PROTEGIDA POR SIGILO FISCAL";*
> *III - o envelope interno de que trata a línea "b" do inciso II será lacrado e sua expedição será acompanhada de recibo, no modelo constate do Anexo IV desta*

Portaria;
IV - o recibo, a que se refere o inciso III, destinado ao controle da custódia das informações, conterá, necessariamente, indicações sobre o remetente, o destinatário, o número do documento de requisição ou solicitação e o número da correspondência que formaliza a remessa, e será arquivado no órgão remetente, depois da comprovação da entrega do envelope interno ao destinatário ou responsável pelo recebimento.
Art. 14. Nas hipóteses admitidas em lei, atendidas as demais disposições desta Portaria, é permitido o fornecimento de informações de caráter sigiloso mediante documento: (Redação dada pela Portaria RFB nº 668, de 3 de abril de 2020)
I - digitalizado em formato PDF (Portable Document Format) ou outro padrão de arquivo de imagem; ou (Incluído pela Portaria RFB nº 668, de 2020)
II - eletrônico em formato digital, legível por equipamento eletrônico ou sistema computacional. (Incluído pela Portaria RFB nº 668, de 2020)
§ 1º O fornecimento de informações será realizado mediante processo regularmente instaurado e a entrega será feita, à autoridade solicitante, mediante recibo que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. (Incluído pela Portaria RFB nº 668, de 2020)
§ 2º O tratamento eletrônico para preparação, envio e entrega dos documentos referidos neste artigo, e dos respectivos recibos, será definido em ato da Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec). (Incluído pela Portaria RFB nº 668, de 2020)

4.4.12.3 - A Questão do Sigilo Fiscal Especificamente para Servidores da Secretaria da Receita Federal do Brasil, Sobretudo Aqueles que Integram o Sistema Correcional

É de se ressaltar que a interpretação exarada no tópico anterior, delimitada pelos mandamentos e condicionantes da atual redação do art. 198, § 1º, II do CTN, aplica-se à hipótese de dados fiscais serem solicitados por autoridades administrativas externas à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), independentemente de haver prévio pedido de disponibilização dos dados ao servidor investigado e de este conceder ou não.

Quando a necessidade de acesso aos dados fiscais e de seu emprego é do próprio integrante do Fisco, em função da natureza de suas atividades laborais, afastam-se aquelas regras gerais e aplica-se entendimento específico de que não há que se submeter aos condicionantes do art. 198, § 1º, II do CTN e muito menos à espontânea disponibilização por parte do servidor investigado.

E de outra forma não poderia ser, visto que, por óbvio, a Coger e os Escor integram a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e, igualmente às unidades fiscais, têm suas competências estabelecidas no Regimento Interno do órgão, aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017. Ademais, seus integrantes são servidores que fazem parte do corpo funcional daquele órgão e da carreira que lhe é típica (conforme as Leis nº 10.593, de 06/12/02, nº 11.457, de 16/03/07, nº 11.890, de 24/12/08, e nº 13.464, de 10/07/17), possuindo, portanto, as mesmas atribuições legais e poderes e sobre eles recaindo as mesmas responsabilizações estatutárias, civis e penais em decorrência de atos funcionais que são inerentes aos servidores que atuam na área fiscal. Não há que se ter do sistema correcional uma visão apartada da própria Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, como se fosse estranha ao órgão que integra.

Tanto é correta a interpretação acima - de que não há que cogitar de sigilo fiscal para a atividade correcional interna - que, segundo os incisos III a V do parágrafo único do art. 22, o art. 29, o inciso V do art. 330 e o inciso VI do art. 332, todos do Anexo I do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF n° 430, de 9 de outubro de 2017, a Coger, os

Escor e os seus titulares são competentes, em síntese, para verificar aspectos disciplinares em feitos fiscais; solicitar ou realizar diligência fiscal; requisitar informações, processos, documentos e declarações de renda; e propor ação fiscal ou sua revisão. Na esteira, para que seja possível o regular desempenho de tais competências, a coerência do ordenamento impõe que se extraia a permissão regimental para que a Coger e os Escor acessem quaisquer sistemas informatizados da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil bem como utilizem os dados disponibilizados para a atividade correcional.

> *Portaria MF nº 430, de 2017 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 22. À Corregedoria (Coger) compete gerenciar as atividades relativas ao desenvolvimento da integridade funcional dos servidores da RFB e à responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei.*
> *Parágrafo único. No exercício de suas competências, caberá à Coger:*
> *III - verificar, no interesse de suas atividades, dados, informações e registros contidos nos sistemas da RFB e em quaisquer documentos constantes dos seus arquivos;*
> *IV - solicitar ou executar diligências, requisitar informações, processos e documentos necessários ao exame de matéria na área de sua competência;*
> *V - verificar os aspectos disciplinares dos feitos fiscais e de outros procedimentos administrativos; e*
> *Art. 29. Ao Escritório de Corregedoria (Escor) em cada região fiscal compete gerir e executar, no âmbito de sua jurisdição, as atividades previstas para a Coger.*
> *Art. 330. Ao Corregedor incumbe:*
> *V - determinar diligências, requisitar informações, processos e quaisquer documentos necessários às atividades de sua competência e determinar a realização de ação fiscal ou propor sua revisão, sempre que o exame de denúncias, representações, processos disciplinares e de responsabilização de pessoa jurídica, nos termos da lei, ou outros expedientes relativos às suas atividades assim o recomendar;*
> *Art. 332. Aos Chefes dos Escors incumbe, no âmbito de sua competência:*
> *VI - determinar diligências, requisitar informações, processos e quaisquer documentos necessários às atividades de sua competência, e propor a realização de ação fiscal ou propor sua revisão, sempre que o exame de denúncias, representações, processos disciplinares e de responsabilização de pessoas jurídicas, nos termos da lei, ou de outros expedientes relativos às suas atividades assim o recomendar.*

Destaque-se que o Regimento Interno da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil dispôs ao sistema correcional a competência para investigação ou apuração de qualquer fato ensejador da instância disciplinar, independentemente de já se ter ou não instaurado o rito contraditório (sindicância disciplinar ou PAD). Desta forma, atesta-se que as competências regimentalmente dispostas (em que se incluem acessar diretamente ou solicitar aos titulares das unidades fiscais dados ou documentos) aplicam-se em qualquer fase (seja em investigação sigilosa, seja em apuração contraditória), sob pena de prejuízo de seu exercício.

Acrescente-se ainda que, nos termos das normatizações infralegal e interna, consubstanciadas no art. 17 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Economia (ME), e nos art. 24 e 25 da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), prevê-se irrestrito acesso de servidores da atividade correcional aos sistemas informatizados, mediante autorização do Corregedor ou dos Chefes de Escor (destes, por delegação do Corregedor, conforme já mencionado em **4.4.7**); ratifica-se a competência regimental de ambos para proporem realização e revisão de ação fiscal; e considera-se ainda como procedimentos fiscais as diligências e perícias realizadas em instância disciplinar. Ou seja, além de propiciar o

efetivo exercício de parte das competências regimentais anteriormente descritas, esta norma interna estabelece que, quando servidores da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil atuam na instância disciplinar, trazem para esta atuação as competências e prerrogativas que detêm em função de seu cargo, transportando para a matéria correcional todo o poder da instância fiscal, onde aplicável.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 17. O Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda e o Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil poderão autorizar o acesso aos sistemas informatizados dos órgãos do Ministério da Fazenda abrangidos nas respectivas esferas de competência, nos perfis necessários ao desenvolvimento das atividades correcionais, por parte dos servidores subordinados e dos integrantes de comissão ou equipe por eles designada, bem como os seus próprios.*
> *Parágrafo único. O acesso autorizado nos termos do caput será implementado independentemente de estar previsto em portaria de perfil específica.*
>
> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 24. O Corregedor e os Chefes de Escor poderão autorizar o acesso aos sistemas informatizados, nos perfis necessários ao desenvolvimento das atividades correcionais, dos servidores subordinados e de integrantes de comissão ou de equipe por eles designada, bem como os seus próprios.*
> *Parágrafo único. O acesso autorizado nos termos do caput será implementado independentemente de estar previsto em portaria de perfil específica e deverá ser limitado ao prazo da investigação ou da comissão.*
> *Art. 25. As diligências para fins correcionais, quando realizadas no domicílio dos contribuintes por servidores da Coger e de seus Escor, ou por equipe designada pelos chefes dessas unidades, deverão ser previamente autorizadas pelo Corregedor ou pelo Chefe do Escor da respectiva Região Fiscal, emitindo-se o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal de Diligência (TDPF-D).*
>
> *Portaria Coger nº 73, de 2014. Art. 2º Consideram-se procedimentos fiscais as diligências e perícias realizadas no domicílio dos contribuintes pelos servidores da Corregedoria e de seus Escritórios e Núcleo, ou por equipe designada pelos chefes dessas unidades.*
> *Parágrafo único. Os procedimentos fiscais de que trata este artigo deverão ser previamente autorizados pelo Corregedor ou pelo respectivo Chefe de Escor ou Nucor, emitindo-se o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF).*

De tão cristalinos que são os dispositivos legais, regulamentares e regimentais e as manifestações jurisprudenciais judiciais e administrativas já expostos em explicitarem competências para o sistema correcional acessar e utilizar dados protegidos por sigilo fiscal em poder da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (seja diretamente por suas próprias senhas, seja solicitando ao titular de unidade fiscal, independentemente dos condicionantes do art. 198 do CTN e muito menos de vontade do servidor investigado), que nem sequer se faria necessário despender esforços para trazer ao tema a chamada teoria dos poderes implícitos.

Não obstante, não é demais apresentar esta fonte jurisprudencial e doutrinária. Embora se saiba que precipuamente é voltada ao Direito Constitucional (desenvolvida que foi pelo constitucionalismo norte-americano, mas já adotada no Direito pátrio pelo Supremo Tribunal Federal), a teoria dos poderes implícitos, *mutatis mutandis*, se aplica à discussão em tela para elucidar definitivamente a questão. Esta formulação, em síntese, elabora que, quando a Constituição confere determinado poder a um órgão, simultânea e implicitamente aí se incluem, a favor do órgão em si e das autoridades que o integram, amplos poderes, com todos os meios ordinários e apropriados, necessários para a execução daquela competência. O enunciado se sintetiza com a máxima de que, desde que guardada a adequação entre os meios e o fim, onde se pretende o fim, restam autorizados os meios de atingi-lo. Neste rumo,

didática é a manifestação jurisprudencial.

> *STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, Voto: "(...) Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso McCulloch v. Maryland (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. Cabe assinalar, ante a sua extrema pertinência, o autorizado magistério de Marcelo Caetano (Direito Constitucional, vol. II/12-13, item nº 9, 1978, Forense), cuja observação, no tema, referindo-se aos processos de hermenêutica constitucional e não aos processos de elaboração legislativa - assinala que, ´Em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos noutros expressamente atribuídos´. (...) Não constitui demasia relembrar, neste ponto, Senhora Presidente, a lição definitiva de Rui Barbosa (Comentários à Constituição Federal Brasileira, vol. I/203-225, coligidos e ordenados por Homero Pires, 1932, Saraiva), cuja precisa abordagem da teoria dos poderes implícitos (...) assinala: ´Nos Estados Unidos, é, desde Marshall, que essa verdade se afirma, não só para o nosso regime, mas para todos os regimes. Essa verdade fundada pelo bom senso é a de que - em se querendo os fins, se hão de querer, necessariamente, os meios; a de que se conferimos a uma autoridade uma função, implicitamente lhe conferimos os meios eficazes para exercer essas funções. (...). Quer dizer (princípio indiscutível) que, uma vez conferida uma atribuição, nela se consideram envolvidos todos os meios necessários para a sua execução regular. Este, o princípio; esta, a regra. Trata-se, portanto, de uma verdade que se estriba ao mesmo tempo em dois fundamentos inabaláveis, fundamento da razão geral, do senso universal, da verdade evidente em toda a parte - o princípio de que a concessão dos fins importa a concessão dos meios.' (...)."*

Ora, dispor a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil de um sistema correcional para, sob ótica de interesse público, cuidar da moralidade de seus agentes fiscais e, em sequência, atrofiar-lhe os meios de ação e de persecução (sobretudo, exemplificadamente, naquilo que nos dias atuais mais atinge a percepção e a indignação social, que são os indícios de enriquecimento ilícito de um servidor), submetendo-lhe a requisitos legais voltados a órgãos externos ou à espontânea disponibilização por parte do servidor, seria o mesmo que afrontar, caso já não houvesse tão explícitas normas regimentais autorizadoras de acesso e uso da sua própria base de dados, a bem montada teoria dos poderes implícitos.

Ainda neste tema de competência, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional já manifestou entendimento, por meio do Parecer PGFN/CDI nº 1.850/2004. O ineditismo e a irretocável qualidade técnica do arrazoado jurídico dão ao PGFN/CDI nº 1.850/2004 um emblemático valor até histórico na defesa do entendimento de que não há que se arguir a garantia de sigilo fiscal contra comissão disciplinar composta por servidores da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, órgão detentor dos dados fiscais. Ainda segundo a PGFN, tendo sido os dados sigilosos trazidos aos autos e empregados de forma reservada, não configura violação do sigilo fiscal, vez que não há revelação para terceiros. Da mesma forma também já se manifestou a jurisprudência.

> *Parecer PGFN/CDI nº 1.850/2004: "22. Ora, é evidente que não se pode arguir a garantia do sigilo fiscal contra a Secretaria da Receita Federal, órgão responsável pela guarda dessas informações. A disposição constitucional evocada pelo acusado veda a divulgação das informações pelo Fisco Estadual,*

Municipal e Federal para terceiros. No caso em exame, além da Comissão Processante, composta por membros da Secretaria da Receita Federal, a única pessoa que teve acesso às informações foi o advogado do acusado, razão pela qual não ocorreu a quebra do sigilo fiscal do acusado pela Comissão Processante responsável pelo Processo Administrativo nº (...).”

STJ, Primeira Seção, Ministra Relatora Regina Helena Costa, Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 21.328/DF, DJe 01/07/2021, Ementa: “ II - A controvérsia gravita em torno de eventual ilegalidade na obtenção, por parte do Escritório de Corregedoria da Receita Federal, do histórico de movimentação fiscal do Impetrante, Auditor Fiscal, após constatar indícios de infração disciplinar, relacionada à sua participação na administração de empresa de consultoria da área fiscal.
III - Em questão idêntica, esta Corte compreendeu não se configurar a violação ao sigilo fiscal o uso de tais dados pela própria Receita Federal no exercício do poder disciplinar, na linha do que definiu o Supremo Tribunal Federal que, ao julgar conjuntamente as ADI 2.386/DF, ADI 2.390/DF, ADI 2.397/DF e ADI 2.859/DF, assentou inexistir quebra de sigilo na hipótese de haver intercâmbio de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública, de acordo com o art. 1º da Lei Complementar n. 104/2001, ao inserir o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN (1ª T., AREsp 1.068.263/RJ, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, DJe 05.03.2020).
IV - Ao julgar as apontadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, dentre as teses firmadas, registrou que, para se falar em "quebra" de sigilo fiscal, necessário seria vislumbrar a exposição da informação ao público externo, circunstância inocorrente com o simples acesso do órgão detentor dos dados.
V - Não se configurando quebra de sigilo fiscal o compartilhamento de dados entre os órgãos distintos, ante o compromisso de sigilo de ambos, menos ainda há de se cogitar em ilegalidade quando os dados fiscais são utilizados pela própria Receita Federal, no exercício do poder disciplinar, visando preservar a integridade da Administração Tributária, atividade essencial ao funcionamento do Estado, consoante art. 37, XXII, da Constituição da República.

TRF da 2ª Região, Recurso em Apelação Cível nº 0006280-03.2009.4.02.5101: Voto: “Quanto à alegação de quebra de sigilo fiscal da ex-Auditora Fiscal sem autorização judicial, o que, a seu juízo, estaria a configurar prova ilícita, não há que se falar em sigilo para a própria Receita Federal, detentora que é dos dados analisados, tendo em vista a natureza das funções por ela desempenhadas.”

TRF da 2ª Região, Apelação Cível nº 569.327: “Ementa: Não existe quebra de sigilo quando são aferidas - por comissão interna, corregedora - informações que o servidor, no caso Auditor Fiscal, está legalmente obrigado a prestar, sob pena de demissão, nos termos de dispositivo categórico da Lei nº 8.429/92. Inviável, assim, anular processo administrativo disciplinar, sob o argumento de que houve a quebra ilegítima de sigilo fiscal. Procedimento administrativo instaurado com base na evolução patrimonial do autor, e albergado em disciplina regular da autoridade investigante. Absurdo cogitar de necessidade de autorização judicial quando todos os magistrados, procuradores da república e demais agentes públicos devem apresentar periodicamente tais dados, e (óbvio), não para que sejam ignorados por responsáveis que, isto sim, os devem aferir. Apelo desprovido.”

TRF da 4ª Região, Apelação Cível nº 5015529-79.2011.404.7100: “Ementa - (...) A simples utilização de dados fiscais protegidos do cidadão em procedimento administrativo instaurado dentro do âmbito da própria Secretaria da Receita Federal - órgão responsável pela sua guarda - não pode ser considerada quebra do sigilo fiscal. Ainda que sua utilização não tenha

> *ocorrido para fins fiscais, os dados permaneceram restritos ao órgão tributário, não tendo sido divulgados ou expostos a público, inexistindo qualquer abalo à intimidade e privacidade dos envolvidos. 2. Além disso, com o advento da Lei Complementar nº 104/2001, foi expressamente introduzida no ordenamento jurídico a possibilidade de utilização de informações obtidas pela Fazenda Pública em razão do ofício por autoridade administrativa, desde que (i) regularmente instaurado processo administrativo com o objetivo de investigar o sujeito passivo por prática de infração administrativa e (ii) preservado o sigilo no âmbito da Administração Pública. No mesmo sentido seguem as disposições do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001."*
>
> *TRF da 4ª Região, Apelação Cível nº 5021274-15.2012.404.7000: "Ementa - (...) Insurge-se a Impetrante, ora Apelante, contra a suposta violação ao seu direito de sigilo fiscal, cuja matriz encontra respaldo no artigo 5º, inciso XII, da nossa Magna Carta, sob o argumento de que uma série de documentos anexados ao Processo Administrativo-Disciplinar nº 10980.017459/2008-75 foram-lhe juntados sem autorização judicial, a partir de outros autos de índole criminal e de responsabilidade administrativa, que estão em tramitação junto ao Juízo da 1ª Vara Federal de Ourinhos/SP. No caso, como se sabe, a Corregedoria-Geral e os Escritórios da Corregedoria-Geral, como integrantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, têm suas competências estabelecidas no Regimento Interno aprovado pela Portaria-MF nº 587, de 21/12/10, vigente à época dos fatos, sendo eles servidores que fazem parte do corpo funcional deste Órgão e da carreira que lhe é típica, possuindo, portanto, as mesmas atribuições e poderes, não se podendo ter do sistema correicional uma visão apartada da própria Secretaria da Receita Federal do Brasil. Ora, resta evidente que não se pode argüir a garantia do sigilo fiscal contra a própria Secretaria da Receita Federal do Brasil, que é o órgão responsável pela guarda dessas informações, podendo a autoridade ou o servidor que faça parte da comissão processante trazer para o trabalho correicional as informações a que se tem acesso em função do cargo que ocupam, informações estas que estejam armazenadas nos sistemas informatizados do Órgão. Dessa maneira, tenho que, no caso, não pode prevalecer o argumento de que as informações fiscais a que têm acesso os servidores da Secretaria da Receita Federal do Brasil não poderiam ser utilizadas para fins disciplinares por duas razões simples: a primeira delas é porque o exame de responsabilidade funcional ou da prática de irregularidades por servidor subalterno passa pelo exame de sua atuação, que é de conhecimento ordinário da autoridade hierarquicamente superior; em segundo lugar, tais informações são acessadas mediante procedimentos internos próprios, em sistemas informatizados a exigir a identificação de quem as tenha consultado. Pode-se observar, ainda, que todas as informações fiscais de que aqui se trata foram prestadas pelos próprios titulares na qualidade de contribuintes, e seria ilógico obstar ao Órgão de Correição Funcional o exame das declarações fiscais de qualquer contribuinte que faça parte de seu corpo funcional."*

Destaca-se bastante interessante que a PGFN reitere e sedimente, quase duas décadas depois, o mesmo entendimento externado no pioneiro Parecer PGFN/CDI nº 1.850/2004, por meio do Parecer PGFN/Coged nº 1.077/2023/ME, mencionado inclusive a jurisprudência superior.

> *Parecer PGFN/Coged nº 1.077/2023/ME: "29. Além disso, o Superior Tribunal de Justiça "tem o entendimento de que não há a configuração de violação do sigilo fiscal quando os dados são utilizados pela própria Receita Federal, no exercício do poder disciplinar, nos moldes do entendimento do STF, estabelecido no julgamento conjunto das ADIs 2.389/DF, 2.390/DF, 2.397/DF e 2.859/DF, no qual concluiu pela inexistência de quebra de sigilo quando há o intercâmbio de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública, de*

acordo com o art. 1º da Lei Complementar n. 104/2001, ao inserir o § 1º, II, e o § 2º ao art. 198 do CTN". (AgInt no MS 24607/DF, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, DJe 14/12/2022)."

A leitura conjunta que se extrai dos mencionados dispositivos legais, regulamentares e regimentais, dos Pareceres PGFN/CDI nº 1.850/2004 e 1.433/2006 e da jurisprudência é de que, não se cogitando de falta de motivo de fato ou de direito para assim proceder (como um dos requisitos de validade de qualquer ato administrativo) - com o que se afasta a hipótese de desvirtuamento das competências associadas ao órgão de lotação e ao cargo ocupado para vasculhar de forma arbitrária a intimidade e a privacidade alheias -, diante de situações que justifiquem a mitigação da garantia constitucional e à vista do interesse público a impulsionar de ofício a investigação ou a apuração de supostas infrações de elevada gravidade, em qualquer fase em que se encontre a provocação da instância disciplinar (seja em fase de admissibilidade, seja no curso de rito investigativo inquisitorial, seja no curso de sindicância disciplinar ou de PAD), não há que se opor cláusula de sigilo fiscal para autoridade ou servidor ou comissão composta por servidores da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, sendo tais agentes competentes para, diretamente, acessar dados e sistemas informatizados inerentes à matéria fiscal e, quando for necessário para o desempenho de suas competências, para requisitar documentos, processos ou quaisquer outras informações em poder de titular de unidade fiscal, bem como para efetivamente utilizar tais informações em suas atividades, sem terem de se submeter aos ditames do art. 198, § 1º, II do CTN, que são voltados a autoridades externas ao Fisco, e muito menos à manifestação volitiva do investigado.

Conforme exposto em **4.4.12.2**, o art. 198, § 1º, II do CTN, obviamente, volta-se à Administração como um todo e buscam harmonizar o conflito de interesses que pode se estabelecer na hipótese de um órgão público distinto da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (e, como tal, sem acesso a dados fiscais) necessitar de dados fiscais de um servidor de seus quadros para o fim de investigação ou apuração disciplinar - expondo, de um lado, o dever de oficialidade da Administração e, de outro, a garantia fundamental da pessoa de ter sua intimidade preservada da violação, da invasão, da perseguição pessoal, da devassa ou da mera curiosidade.

Para tal caso, obviamente, a primeira e mais pacífica hipótese seria a espontânea disponibilização, por parte do próprio servidor, de seus dados fiscais ao órgão. Não havendo esta espontânea disponibilização (a que ninguém se obriga) e nem mesmo havendo o pré-requisito necessário de o órgão externo a solicitar ao investigado, cuidou o ordenamento de viabilizar a necessária persecução disciplinar no órgão solicitante e, ao mesmo tempo, preservar a intimidade do servidor do acesso imotivado e, por fim, garantir legalidade ao ato da autoridade fiscal de repassar os dados solicitados à autoridade externa. Tão somente destas duas possibilidades é de que cuidam o art. 198, § 1º, II do CTN (ao impor como condições ao repasse, por parte da autoridade fiscal, que os dados sigilosos sejam solicitados por autoridade administrativa, sob motivos de interesse público, para apurar possível irregularidade por parte de quem tem os dados solicitados, em um procedimento administrativo instaurado no órgão de origem).

Mas, de acordo com as fontes legais, regulamentares, regimentais e jurisprudenciais mencionadas acima, à vista das peculiaridades da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, pelo próprio múnus público do órgão e dos agentes que o integram (seja na atividade-fim fiscal, seja na atividade-meio correcional, visto que, conforme já exposto, a competência desta absorve parte da competência daquela), resta dispensável solicitar ao servidor a disponibilização de seu sigilo fiscal, visto que este é acessível desde sempre na matéria correcional. E ainda mais dispensável seria, nos termos do art. 198, § 1º, II do CTN, o agente do Fisco que integra a estrutura correcional solicitar ao próprio Fisco - do qual ele

indissociadamente e por própria natureza faz parte - o repasse dos dados protegidos por sigilo fiscal de quem quer que seja.

Soaria até estranho que a estrutura correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil tivesse de solicitar ao próprio investigado ou acusado a permissão para, sob interesse público, acessar dados que este órgão, por múnus público, detém sob sua própria guarda e que se revelam essenciais para os trabalhos (sobretudo em casos de investigação que, por própria natureza, deveria seguir sob sigilo). Igualmente estranho soaria uma autoridade fiscal integrante do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil solicitar a outra autoridade fiscal o repasse de dados aos quais ela própria desde sempre possui acesso por força de seu cargo e por previsão regimental.

Não há, portanto, que se cogitar de descumprimento dos condicionantes elencados no art. 198, § 1º, II do CTN, quando a estrutura correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil utiliza, em seu múnus (seja pelo agente correcional, quando acessa diretamente os dados, seja pelo titular da unidade fiscal, quando aquele lhe solicita o repasse), os dados fiscais de quem quer que seja, uma vez que, neste caso específico, inexiste a figura de uma autoridade administrativa externa ao órgão solicitando os dados fiscais ao agente do Fisco.

E, nesta mesma hipótese específica, menos ainda há que se cogitar de afronta ao *caput* do art. 198 do CTN, uma vez que, obviamente, não há divulgação destas informações, mas tão somente seu uso interno dentro do próprio Fisco. Reafirma-se, na concessão quase pleonástica: a estrutura correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil insere-se na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Não se divulga no órgão aquilo que já se encontra no próprio órgão.

Ademais, além de se afirmar que não se cogita de afronta aos mandamentos do art. 198 do CTN por parte da estrutura correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil no exercício de seu múnus, ratifica-se ainda que a inteligência salutarmente garantista daquela norma resta suprida na atuação deste sistema.

Em outras palavras, apenas por mera tese - uma vez que não se afasta aqui da convicção de que a linha interpretativa a se iniciar a análise, quando a discussão sobre acesso a dados protegidos por sigilo fiscal se dá internamente no próprio Fisco, não é de submissão ou não aos parâmetros voltados ao meio externo estabelecidos no art. 198 do CTN -, mesmo se se quisesse avaliar a conformação da atuação correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil àqueles ditames legais, não se encontrariam afrontas aos princípios garantistas em favor da defesa. Quando o integrante da estrutura correcional acessa dados sigilosos de quem quer que seja no interesse do serviço, o faz, até onde aplicável, exatamente sob moldes que o art. 198 do CTN emprega para proteger a intimidade e a privacidade do sujeito passivo. A uma porque a regra interna na Coger e nos Escor é de haver um processo administrativo *lato sensu* já protocolizado; a duas porque quem acessa os dados é uma própria autoridade fiscal, com todos os poderes e competências inerentes a seu cargo e dispostos regimentalmente.

Ou seja, além de se defender que, regimentalmente, o agente do próprio Fisco não necessita atender aos condicionantes impostos pelo art. 198 do CTN, ainda que se queira submeter a ação correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil a tais parâmetros, se verifica total adequação e respeito à natureza garantista da norma - a menos, claro, do formalismo excrescente que seria uma autoridade fiscal solicitar à outra de igual natureza e competência os dados aos quais desde sempre ela própria já possui acesso.

A renúncia espontânea, por parte do próprio investigado, a seus sigilos fiscal e bancário obviamente não se opera obrigatoriamente como pré-requisito nas investigações promovidas na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Para o tema de que aqui se

trata (especificamente sigilo fiscal), o pedido de renúncia volta-se aos órgãos estranhos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, que não possuem os dados fiscais, com teleologia claramente de economia de esforços: antes de provocar o órgão detentor dos dados, que se solicite a espontaneidade do próprio.

Mas não é demais reiterar que a CGU positivou, no art. 27 de sua Instrução Normativa (IN) CGU n° 14, de 14 de novembro de 2018, que a apresentação de informações fiscais, do próprio servidor ou de pessoas com ele relacionadas, espontânea ou a pedido, configura renúncia do sigilo fiscal para fim de emprego daqueles dados no procedimento.

> *IN CGU n° 14, de 2018 - Art. 27. A apresentação de informações e documentos fiscais ou bancários pelo sindicado ou pelas demais pessoas que possam guardar relação com o fato sob apuração, independentemente de solicitação da comissão, implicará renúncia dos sigilos fiscal e bancário das informações apresentadas para fins da apuração disciplinar.*

Menos ainda se cogita de afronta ao art. 1º da Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 298, de 06/09/07, e ao art. 1º da Portaria ME/SEDGG/SGP nº 12.421, de 20 de outubro de 2021, quando o sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil acessa diretamente ou solicita ao titular de unidade fiscal os dados fiscais do servidor. Conforme se exporá em **4.7.4.4.4**, esta norma regulamentou um dever funcional que recai sobre os agentes públicos (de, por determinação das Leis nº 8.429, de 02/06/92, e 8.730, de 10/11/93, ou anualmente entregar cópia de sua declaração de Imposto sobre a Renda ou desde sempre autorizar a seu órgão de lotação acessar estas declarações apresentadas ao Fisco). Ou seja, a Portaria Interministerial tão somente disciplinou as duas formas de cumprimento do dever legal por parte dos agentes públicos, em nada se confundindo com limitação do poder de ofício da Administração. Do contrário, significaria crer que uma simples Portaria limitaria o poder-dever conferido em Lei para a Administração atuar com oficialidade na busca da verdade material que esclareça as supostas irregularidades de que tenha conhecimento.

É de se lembrar que a Controladoria-Geral da União (CGU) figura como órgão central Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), com competência para normatizar e padronizar procedimentos de uma miríade de órgãos federais, das mais diversas áreas de atuação (atividades estas exercidas pela Corregedoria-Geral da União - CGU/CRG). Como tal, e de outra forma não poderia ser, seus regramentos se voltam para as situações gerais, não contemplando peculiaridades. Assim, a CGU, ao estabelecer, em conjunto com o então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), que figurava como órgão central Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipec), procedimentos para investigações por meio da Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 298, de 06/09/07, em comando posteriormente atualizado pela Portaria ME/SEDGG/SGP nº 12.421, de 2021, da lavra Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal, da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (ME/SEDGG/SGP), atual órgão central do Sipec, o fez tendo em vista a realidade da imensa maioria dos órgãos federais, qual seja, de não terem em suas bases internas de dados as informações fiscais de seus respectivos quadros de servidores. Daí, aquelas a norma generalista determina que o servidor autorize a seu órgão de lotação acesso às suas declarações anuais de Imposto sobre a Renda, sem ter contemplado - e nem poderia mesmo fazê-lo - a peculiaridade da desnecessidade deste rito quando o órgão já possui tais dados, como é o caso da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

Sem prejuízo de eventualmente o sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil obter do servidor a espontânea entrega de seus dados fiscais, destaque-se que o fato de este sistema desde sempre já dispor de dados sobre os quais a Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 298, de 06/09/07, e a Portaria ME/SEDGG/SGP nº 12.421, de 2021, disciplinam aos demais órgãos uma primeira forma de obtenção e, justo por isto, não necessitar de tal rito, em nada configura afronta à norma daquele dois órgãos

centrais. A convicção plena de que determinados dispositivos normativos restam dispensáveis porque os fins a que eles se propunham já se encontram desde sempre concretizados - e daí não se utilizarem os ritos normatizados - em nada se confunde com descumprir as normas. Não se trata de a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil obter um determinado objetivo disciplinado em normas (no caso, o acesso a dados fiscais de quem quer que seja sob investigação ou apuração) de forma diferente daquelas normatizadas. A Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - subentenda-se, seu sistema correcional - não engendra uma forma ilegal para obter os dados; simplesmente, ela já os tem.

Da mesma forma como se aduziu em **4.4.13.2**, também aqui é válido o destaque de que a pesquisa e o emprego de dados ou de documentos fiscais diretamente pelo agente da instância correcional não configuram quebra de sigilo e tão somente faz operar, para ele, a transmissão do dever legal de preservar o sigilo, à luz do art. 198, § 2º do CTN, sob pena de responsabilizações penal e administrativa em caso de divulgação irregular. O mesmo se aplica se o agente da instância correcional recebe os dados ou documentos fiscais transferidos pelo titular de unidade fiscal, não se operando, nem para um e nem para outro, quebra de dever funcional de guardar sigilo.

Idêntico entendimento se extrai também do art. 25, § 2º da Lei nº 12.527, de 18/11/11, que regulamenta a garantia fundamental estabelecida no art. 5º, XXXIII da CF, atinente ao direito de petição.

> *Lei nº 12.527, de 18/11/11 - Art. 25.*
> *§ 2º O acesso à informação classificada como sigilosa cria a obrigação para aquele que a obteve de resguardar o sigilo.*

Para se concluir o tema referente a sigilo fiscal, é de se destacar ainda não só a licitude como também a pertinência de a autoridade ou o servidor ou a comissão composta por servidores do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, também de forma justificada por motivos fáticos ou jurídicos que afastam a mera curiosidade invasiva, arbitrária e desvirtuada do interesse público, à vista da gravidade do fato em investigação ou apuração, acessar diretamente ou requisitar ao titular de unidade fiscal dados sigilosos de terceiros que mantenham alguma relação de proximidade com o servidor investigado ou acusado, dispensando-se autorização da parte de um ou de outro, tais como, por exemplo, seu cônjuge ou companheiro (independentemente do estado civil, da natureza ou do regime por meio do qual se opera a união das duas pessoas ou da forma como apresenta sua declaração de ajuste anual, se em conjunto ou em separado) e de seus parentes (independentemente se há ou não vinculação de dependência econômica formal ou informal desta pessoa em relação ao servidor e de sua condição econômico-financeira), sejam estes terceiros servidores ou não. No mesmo rumo, é totalmente lícita a intimação diretamente a este próprio terceiro, para que apresente à corregedoria dados seus acobertados pelo sigilo.

Por um lado, é certo que nada autorizaria ou justificaria o acesso a dados protegidos de terceiro, e o seu emprego, sem nenhuma relação de proximidade com o servidor investigado ou acusado e/ou com os fatos sob apreciação. Mas, por outro lado, também é certo que, no estágio tecnológico atual em que se incluem sofisticados mecanismos financeiros, exemplificadamente, diante das possibilidades de configuração de ilícito associado a enriquecimento ilícito (que se dissocia de um ato funcional propriamente dito, conforme se discorrerá em **4.7.4.4.3.b**) e do emprego das chamadas interpostas pessoas (vulgarmente conhecidas como “laranjas”) como estratégias de ocultação de patrimônio, seria quase pueril e ingênuo que se concentrassem as investigações apenas na pessoa e no patrimônio do servidor em si e não se cogitasse de este lançar mão de pessoas próximas para dissimular seus ganhos ilícitos, fechando-se inocentemente os olhos para as possíveis transações entre familiares ou demais terceiros. Seria igualmente inócua qualquer iniciativa de controle estatal que condicionasse sua ação à autorização do suposto beneficiado e dos demais envolvidos.

Ressalte-se que pela simpes e mediana percepção concreta da existência de ardis, por parte do servidor, de emprego de pessoas próximas, sobretudo familiares, na dissimulação do enriquecimento ilícito, é mais que natural, compreensível, defensável e esperado mesmo que, já de imediato, a Administração estenda sua atenção sobre parentes, tão somente pela relação de parentesco de *per si*, mesmo ainda sem ter claros indícios de sua concorrência fática na conduta.

Focando-se especificamente nesta linha de se estar diante de suposto enriquecimento ilícito ou, de forma mais ampla, de haver indícios de ato de improbidade administrativa *lato sensu*, caso se cogite de o terceiro, ainda que de forma meramente indireta, também se beneficiar ou mesmo apenas participar, auxiliando o servidor, da grave conduta infracional, o amparo para a Administração estender sua atenção até este particular reside na base principiológica da oficialidade e da busca da verdade processual. Assim, é certo que se o sistema correcional pode acessar e empregar dados protegidos por sigilo fiscal do servidor envolvido em suposto ato de improbidade administrativa, também pode fazê-lo em face de terceiros quando há indícios de concorrência para a conduta ímproba, seja pesquisando diretamente, seja solicitando à autoridade fiscal, seja intimando os próprios a fornecerem.

Inobstante, é de se deixar claro que, mesmo em tais situações, o terceiro não faz parte do foco investigativo ou apuratório, não havendo em seu desfavor procedimento fiscal e muito menos disciplinar. Por óbvios limites legais e regimentais, a atuação correcional foca-se apenas no servidor, restando a necessidade de saber informações sobre o terceiro apenas por uma relação transversal, em razão de se cogitar de tal conhecimento auxiliar no esclarecimento dos fatos referentes ao agente público, pela proximidade pessoal entre ambos e/ou pela coparticipação na infração. Daí, não é de se cogitar de emissão de Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal modalidade diligência (TDPF-D).

Embora inicialmente se tenha restringido a força de amparo principiológico a casos de improbidade administrativa, na prática, esta restrição não impõe relevantes perdas na atuação estatal. Ora, é fácil compreender que, diante da diversidade de enquadramentos disciplinares constantes da Lei nº 8.112, de 1990, abarcando uma miríade de condutas funcionais, desde o mais diminuto até o maior grau de gravidade, não soa razoável que a estrutura correcional adentre em dados sensíveis não só do servidor envolvido com os fatos mas também de terceiros que sequer se subordinam a esta relação disciplinar por infrações de meros deslizes comportamentais. Para que, de forma razoável, equilibrada, coerente e propocional, a Administração considere necessário acessar e empregar dados sensíveis de terceiro, é porque certamente trata-se de suposto ilícito, para o qual este particular concorre, marcado por gravidade. E as condutas funcionas mais graves se encaixam justamente no conceito genérico de atos de improbidade administrativa, sendo então bastante provável que, na imensa maioria dos casos em que se cogite de necessidade de acesso a dados fiscais sensíveis de terceiros, se tenha amparo na base principiológica.

Não se sustenta tentar limitar o poder de investigação ou de apuração da Administração, restringindo seu espectro de pesquisas a pessoas que mantenham apenas duas espécies de vínculo com o servidor, a saber: seu cônjuge, companheiro ou filhos (protagonistas desde sempre de uma forma de proximidade apriorística, presumível, natural e automática, independentemente de relação de dependência econômica) e demais pessoas que vivam sob sua dependência econômica (como podem ser exemplos pais, irmãos, avôs, netos, tios, parentes por afinidade ou até mesmo outros terceiros). Tal linha inadequada de interpretar indicaria que, ainda que a oficialidade e a verdade material requisitassem, não seria possível estender a investigação ou a apuração, por exemplo, ao pai ou à mãe do servidor, caso estes ostentassem salutar condição econômico-financeira, ainda que se dispusesse de robustos indícios de transferência de bens. Além de não poder se confundir obrigações mínimas impostas aos agentes públicos com o espectro muito maior das diligências oficiais

movidas pela Administração em atendimento ao interesse público, também é de se asseverar que as investigações ou apurações que indubitavelmente competem à Administração no que se refere a terceiras pessoas visam a tão somente desmascarar as tentativas do agente público em diluir seu patrimônio irregularmente amealhado por meio de transferências patrimoniais em favor de parentes ou demais terceiros próximos e não a avaliar o grau de riqueza ou de dependência econômica destas pessoas em si.

Conclui-se que, nos casos de investigação ou de apuração de enriquecimento ilícito, em que se pode cogitar, em tese, de diluição do patrimônio irregularmente obtido pelo agente público em favor de pessoas próximas, o estado formal de dependência econômica ou não desta pessoa em relação ao servidor em nada atua como autorizador ou delimitador do alcance dos trabalhos. Se assim não fosse, poderia um servidor amealhar o mais vultoso patrimônio de que se cogite de forma ilícita e transferi-lo para um parente próximo de salutar condição econômico-financeira e restaria então este agente público hipotético imune a investigações ou apurações. Ou, em linha de argumentação ainda mais absurda, se o poder-dever estatal de investigar ou de apurar atos de improbidade administrativa se limitasse à declaração de bens apresentada pelo próprio servidor, nesta exegese míope, a Lei nº 8.429, de 1992, se tornaria totalmente inútil, salvo situações excepcionalíssimas em que o servidor, além de ímprobo, fosse também incauto a ponto de declarar seu enriquecimento ilícito ou no máximo diluí-lo entre pessoas muito próximas. Por óbvio, não se sustenta eventual alegação de relação conjugal ou estável ou de filiação ou ainda de dependência econômica da terceira pessoa em relação ao servidor como pré-requisito delimitador à inclusão na investigação ou na apuração.

Neste ponto, por ser extremamente didático e pertinente para o tema em apreço, cabe reproduzir interessante julgado, que vai até além do que aqui se abordou. A manifestação jurisprudencial, a favor da atuação correcional em face de um servidor, não delimita nem mesmo o emprego e a autuação de dados protegidos por sigilo bancário do seu cônjuge (desde que com o necessário provimento judicial, obviamente) e tampouco se comove com alegação da defesa de que haveria cláusula de sigilo profissional a também se superpor sobre os dados do cônjuge, em razão de este ser advogado.

> *TRF da 2ª Região, Agravo de Instrumento nº 0004434-15.2015.4.02.0000: "Ementa: 1. Havendo suspeitas da prática de ato de improbidade previsto no art. 9º da Lei nº 8.429/92, afigura-se lícita a quebra de sigilo bancário de servidor público, consoante art. 3º, § 1º da Lei Complementar nº 105/2001, sendo medida útil e adequada para obter prova de eventual origem ilícita dos recursos. 2. O cônjuge de servidor público investigado, casado pelo regime de comunhão parcial de bens, pode ter seu sigilo bancário relativizado, pois eventual proveito ilícito auferido pelo servidor poderá se confundir parcialmente com o patrimônio da sua esposa em razão do regime patrimonial adotado. Ademais, os integrantes do núcleo familiar podem se beneficiar, de forma direta ou indireta, do ato de improbidade, sendo alcançados pelas disposições da Lei nº 8.429/92 (art. 3º). 3. O sigilo profissional do advogado (art. 7º, XIX, da Lei nº 8.906/94) não constitui direito absoluto e pode ser relativizado para permitir a investigação de atos de improbidade administrativa, ressaltando-se que eventuais informações de terceiros ficarão sob responsabilidade da Administração, que zelará pela manutenção do sigilo (art. 10, § 2º, do Decreto nº 5.483/2005). 7. A ausência de respaldo probatório documental sobre as defesas apresentadas pelo servidor em processo administrativo justificam o pedido de quebra de sigilo bancário. 8. A análise das declarações de rendas pelos membros da comissão de sindicância não configura invasão de competência das autoridades tributárias, pois a investigação não tem a finalidade de verificar a eventual sonegação de tributos, objetivando, na verdade, apurar, de forma independente, a ocorrência de atos ilícitos de improbidade administrativa. 9. Agravo de instrumento não provido.*
> *Voto: "Assim, havendo suspeitas da prática de ato de improbidade previsto no*

> *art. 9º da Lei nº 8.429/92, em princípio, afigura-se lícita a quebra de sigilo bancário, consoante o citado art. 3º, § 1º da Lei Complementar nº 105/2001. Acrescente-se, ainda, que a medida é útil e adequada para obter prova de eventual origem ilícita dos recursos que venha a configurar ato de improbidade administrativa praticado pelo servidor.*
> *Contudo, a agravante se insurge contra o fato de também ter sido atingida pela decisão, tendo em vista que não possui qualquer vínculo com a Administração Pública e que a medida viola o seu sigilo profissional por ser advogada.*
> *No ponto, saliente-se que o fato de a agravante ser casada com o servidor investigado pelo regime de comunhão parcial de bens justifica a quebra também de seu sigilo bancário, pois eventual proveito ilícito auferido pelo servidor poderá se confundir parcialmente com o patrimônio da sua esposa em razão do regime patrimonial adotado.*
> *Conforme observado pelo Ministério Público Federal em seu parecer (fl. 839):*
> *'Veja que o fato de a Recorrente não ser integrante da Administração Pública não afasta a possibilidade do deferimento da quebra de sigilo bancário. Isso porque tal medida se fundamenta no regime de bens do casamento, que, no caso, é o da comunhão parcial de bens.*
> *Entendimento em contrário permitiria que todo e qualquer servidor público que fosse casado e cometesse atos de improbidade, valendo-se de conta corrente do cônjuge, ficasse livre de qualquer sindicância minimamente apta a revelar indícios de irregularidade.'*
> *Acrescente-se que a Lei nº 8.429/92 estende suas disposições, no que couber 'àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta' (art. 3º) e, ainda, condiciona a posse e o exercício de cargo público à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, incluindo os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro (art. 13, § 1º). Desse modo, havendo incompatibilidade entre a evolução patrimonial do servidor e os recursos por ele recebidos, é válido que as investigações alcancem também o patrimônio dos integrantes de seu núcleo familiar, seja pela possibilidade de confusão patrimonial, seja pelo possível benefício que possam ter com o ato de improbidade."*

Vale a pena reiterar e destacar que, pelo aspecto didático do julgado que, as mesmas razões ali apresentadas para justificar o emprego dos dados protegidos por sigilo bancário do cônjuge do servidor também se aplicam a qualquer outro terceiro, parente ou não, mesmo não sendo agente público, e acerca de dados de outra natureza (como aqueles protegidos por sigilo fiscal), desde que haja indícios de que possa ter participado ou se beneficiado da infração (seja de improbidade administrativa, seja de qualquer outra natureza)

Ademais, diante de qualquer materialidade, mesmo não incluída no gênero dos atos de improbidade administrativa, conforme já afirmado no início do presente tópico, o sistema correcional dispõe de competências correcionais expostas nos já reproduzidos incisos III e IV do art. 22 e no art. 29, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB, para pesquisar nos sistemas internos e para requisitar informações.

Na ponderação salutar do equilíbrio de forças do sistema jurídico, figurando, de um lado, como pesos, os princípios da indisponibilidade do interesse público, da oficialidade e da busca da verdade material e, de outro lado, como contrapesos, os alicerces do Estado Democrático de Direito asseguradores de garantias fundamentais, é certo que compete à Administração, nos devidos ritos legais, esgotar as investigações e apurações acerca de quaisquer supostas irregularidades de seus agentes. Isto se desdobra em o sistema correcional da RFB, em razão do acesso que as atribuições legais dos cargos de seus integrantes lhe confere, poder utilizar todo o conjunto de informações fiscais disponíveis na base de dados fiscais em poder do órgão, para investigar ou apurar qualquer materialidade, ímproba ou não.

E, se aqui se defendem o acesso a dados fiscais de terceiros e o seu emprego (compreendendo-se tais terceiros como outras pessoas que não só de fato existem mas que também efetiva e concretamente mantêm relação de proximidade com o servidor e que, portanto, são possuidoras de seus próprios dados fiscais), mais convicção ainda se apresenta ao se assegurar a licitude e a pertinência de acesso a dados fiscais destas interpostas pessoas quando elas não mantêm nenhuma correlação pessoal com o investigado ou quando sequer existem de fato. Neste caso, a rigor, não se acessam e não se utilizam dados de uma outra pessoa, estranha ao servidor, mas sim, na verdade, trata-se de dados do próprio investigado.

Em síntese, sendo absolutamente relevante para a atividade correcional, em que pese o seu poder coercitivo e punitivo se limitar a servidores, é lícito que agentes do Fisco acessem diretamente ou requisitem ao titular de unidade fiscal dados ou documentos fiscais de terceira pessoa que possa ter direto ou indireto envolvimento com o fato (qualquer que seja, enquadrado ou não no gênero de atos de improbidade administrativa) ou intimem este particular a fornecê-los diretamente e os analisem para formação de convencimento, utilizando-os, se for o caso, seja em fase inquisitorial, seja em fase contraditória. Conforme já aduzido linhas acima, aqui não se cogita de se aplicarem os condicionantes do inciso II do § 1º do art. 198 do CTN, mas sim em geral as competências regimentais já reproduzidas - ainda se podendo buscar apoio na teoria dos poderes implícitos, cabendo, sim, na salutar ponderação com que a ciência jurídica equilibra pesos e contrapesos, responsabilizações ao agente que acessasse dados fiscais de terceiro por mera curiosidade ou interesse pessoal.

Em complemento, os demais órgãos públicos federais, que não possuem o automático acesso a esta ampla base de dados, uma vez motivadamente necessitando de informações protegidas por sigilo fiscal de terceiros além do próprio agente e que não faz parte da sua base própria de dados, demandar a autorização ao Poder Judiciário.

Prosseguindo, se são trazidos aos autos dados fiscais de terceiros (indicadores de sua situação econômica ou financeira ou de operações realizadas), protegidos por sigilo, pode-se ter configurada situação de conflito de direitos, ambos de índole privada e particular. De um lado, há o direito constitucional à privacidade, a favor deste terceiro, de não ter seus dados disponibilizados para o acusado e para seu procurador. Por outro lado, associado ao inafastável poder-dever de a Administração apurar sob ótica prevalecente do interesse público, há o direito também constitucionalmente previsto de o acusado, ainda que em instância administrativa, ter assegurados ampla defesa e contraditório, por todos os meios e recursos lícitos. Na ponderação de bens tutelados em antagonismo, se o conhecimento de tais dados, indispensável ao múnus apuratório, se demonstra relevante para o exercício de defesa, configurando o legítimo interesse jurídico do acusado, é de se valorizar a máxima da instância punitiva, considerando de maior indisponibilidade o amplo direito de defesa e permitindo ao acusado o acesso aos dados sigilosos de terceiros, mitigando-se, excepcionalmente neste caso, o direito à privacidade do outro. Por óbvio, o acesso aos dados de terceiros tem sua justificativa restringida ao exercício do direito de defesa, sendo então transferido não só ao agente público mas também ao acusado e a seu procurador o dever de manter sigilo acerca dos dados a que tiveram acesso em função do processo disciplinar, podendo ser responsabilizados, nas vias competentes, por usos indevidos ou por sua divulgação sem justa causa.

> *"A entrega da informação fiscal para aquele que demonstre legítimo interesse jurídico encontra fundamento no art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, da Constituição Federal, como ressaltado, e, importa sublinhar, na ausência de direitos absolutos. Com efeito, a eventual tensão entre a manutenção da informação fiscal em sigilo e o seu conhecimento estrito para exercício de direito consagrado na ordem jurídica, resolve-se pela entrega ou fornecimento da informação para aquele fim específico, sendo punidos, na forma própria, os abusos acaso cometidos.", Aldemario Araujo Castro, "Considerações Acerca*

dos Sigilos Bancário e Fiscal, do Direito Fundamental de Inviolabilidade da Privacidade e do Princípio Fundamental da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado", disponível em http://www.aldemario.adv.br/sigilo.pdf, acesso em 07/12/10

Mencione-se que, quando aqui se aduziu a necessidade de haver motivos fáticos ou jurídicos que justifiquem o excepcional afastamento da garantia constitucional para que o sistema correcional acesse dados protegidos por sigilo fiscal do próprio servidor ou de terceiros, quis se registrar que, para tal, deve a Administração estar diante de uma apuração de ilícito em princípio grave e relevante e que dependa daquele tipo de dados. A necessária existência de motivo para este ato de acesso, como requisito de sua validade, não significa, necessariamente, a lavratura formal de qualquer ato de decisão definitiva ou sequer interlocutória, já que não se confunde com exigência de exposição do motivo, a que se denomina motivação (conforme já aduzido em **3.3.1.5.1** e em **3.3.2.2**). Com aquela assertiva apenas se quer alertar o aplicador do Direito de que não se tolera que a Administração cogite de acessar e de autuar em um processo administrativo disciplinar ou em um procedimento investigativo dados protegidos por sigilo fiscal para apurações que não guardem nenhuma relação com tais informações sigilosas e que possam prescindir deste remédio excepcional. Em termos mais concretos, ratifica-se que, se por um lado, legal e principiologicamente, pode sim o sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil acessar e usar dados fiscais de acusados e de terceiros relacionados quando o fato sob apuração depende de tais elementos de prova, como é o caso de suposto enriquecimento ilícito, por outro lado, todavia, não cabe tal permissão para apurações de fatos de menor relevância e sem relação com aqueles dados, tais como a apuração de simples falta de urbanidade ou de pontualidade, apenas para citar exemplos bastante ilustrativos.

Os motivos fáticos ou jurídicos, como requisitos de validade do ato administrativo de o agente da estrutura correcional acessar tais dados de determinado servidor sob investigação ou sob apuração, restam intrinsecamente associados, objetiva e materialmente - e não ritualística ou formalmente -, à peculiaridade de a natureza e a gravidade do caso requererem a excepcionalidade de se afastar uma garantia constitucional, eliminando, por um lado, a possibilidade de a Administração fazê-lo por mera devassa na privacidade e na intimidade alheia, mas, por outro lado, em nada se confundindo com necessidade de uma autoridade e muito menos de a comissão lavrar uma formal decisão fundamentada.

A decisão de se acessar e de se empregar no procedimento investigativo ou no processo administrativo disciplinar os dados protegidos por sigilo fiscal advém da convicção do agente competente para, vinculadamente, impulsionar os trabalhos investigativos ou apuratórios, bastando para isto o sólido amparo na base legal, normativa e principiológica, independendo de qualquer ato formal meramente procedimental. O motivo que se exige e que não se confunde com necessidade de sua explicitação, refletindo a impulsão *ex officio* sob império do ordenamento de regência, para se afastar a indevida intromissão na órbita de direitos íntimos e privados da pessoa, é a leitura, pelo menos *a priori*, ao tempo processual em que ainda opera o *in dubio pro societate* (seja na investigação reservada, seja no processo contraditório), de que o caso sob análise do agente correcional passa inexoravelmente pela necessidade de acesso aos dados reveladores da riqueza do servidor e de seus parentes próximos e pela consequente gravidade material do fato.

Neste rumo, como de outra forma não poderia ser, não há necessidade de qualquer ato formal meramente procedimental, instrumental ou interlocutório e muito menos de decisão fundamentada que contenha expressamente os motivos para que servidores do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil acessem e empreguem os dados de sigilo fiscal de acusado ou de terceiros nos trabalhos investigativos ou contraditórios. Sequer a leitura de toda a normatização infralegal, da base principiológica informadora e muito menos da base legal contida no art. 198 do CTN permite que se cogite da

exigência de tal ato antecedente ao acesso aos dados fiscais de quem quer que seja e ao seu uso em instância correcional.

O que motiva e, em consequência, legitimiza o acesso a tais dados e o seu uso em procedimento investigativo ou em processo administrativo disciplinar é a gravidade do fato sob apuração mediante interesse público, gravidade esta que faz o caso concreto sob análise se amoldar às construções hipotéticas do ordenamento previamente concessor e autorizador de tais competências dos agentes investigadores ou apuradores.

Mencione-se ainda que, de outro lado, pode a instância correcional ter acesso a dados protegidos por sigilo fiscal do acusado ou de terceiros por estes já estarem encartados nos autos desde a fase de admissibilidade (por exemplo, oriundos de processo administrativo fiscal), e a comissão não vislumbrar necessidade de sua permanência nos autos, por entender que não serão utilizados como prova e que são irrelevantes para o fato sob apuração, podendo, então, neste caso, deliberar por seu formal desentranhamento. Mas relembre-se que, especificamente nos processos digitais, formalizados no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) e que possuem suporte documental em meio digital, depois de serem juntados em definitivo, os documentos permanecem disponíveis e acessíveis a partir da funcionalidade de pesquisa a documentos, mesmo após sua exclusão.

4.4.12.4 - Envio de Informações, por Parte da Comissão, para Outras Unidades e para Órgãos Externos

Pode ocorrer de, no curso do apuratório disciplinar, a comissão ser provocada ou estar legalmente obrigada a enviar dados e documentos decorrentes de seus trabalhos para outras unidades da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil ou ainda para órgãos ou autoridades externas. Visando a uma sistematização da forma desta disponibilização de informações (o que não se confunde em interferir na autonomia do colegiado), a normatização infralegal, consubstanciada no art. 20 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, e reproduzida de forma ainda mais específica e praticamente similar no art. 19 da Portaria RFB n° 6.483, de 29 de dezembro de 2017, alerta, de forma geral, para as obrigações de reserva da matéria correcional (conforme o *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e o § 3° do art. 7° e o § 1º do art. 31, ambos da Lei n° 12.527, de 18/11/11) e, de forma específica, para o dever de sigilo funcional sobre dados de natureza fiscal, econômica e patrimonial (conforme o art. 198 do CTN) e elenca alguns critérios.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 20. O envio de informações e documentos a órgãos externos referentes a atividades desenvolvidas no âmbito da Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e da Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil observará o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da Administração, nos termos do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, ocorrendo nas seguintes hipóteses:*
> *I - houver requisição de autoridade judiciária, no interesse da justiça;*
> *II - houver requisição do Ministério Público da União, nos termos da legislação pertinente;*
> *III - forem verificados indícios de prática de crime cuja iniciativa da ação penal seja do Ministério Público;*
> *IV - decorrente de solicitação de outras autoridades administrativas, legalmente fundamentada;*
> *V - houver necessidade da prática de atos instrutórios que dependam de autorização judicial;*
> *VI - para a promoção ou para a defesa dos interesses da União, na forma da lei e dos demais regulamentos da Advocacia-Geral da União; e*
> *VII - em processo administrativo instaurado para apurar improbidade administrativa, de acordo com o art. 15 da Lei nº 8.429, de 1992.*

§ 1º Nas situações descritas nos incisos I a VI, o envio se dará obrigatoriamente pela autoridade instauradora do feito disciplinar.
§ 2º Quando, na hipótese prevista no inciso V, houver urgência e relevância, a comissão poderá solicitar autorização à autoridadeinstauradora,inclusive por meio eletrônico, para envio de informações e documentos diretamente a órgão externo.
§ 3º Na hipótese prevista no inciso VII:
I - o presidente da comissão enviará as informações ou documentos diretamente ao órgão externo, com comunicação imediata à autoridade instauradora; e
II - a comissão deverá realizar a comunicação no início do processo ou no decorrer dos trabalhos, caso os indícios da prática de ato de improbidade somente surjam durante a apuração.
§ 4º O fornecimento de informações de natureza fiscal, econômica ou patrimonial observará o sigilo fiscal de que trata o art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Portaria RFB n° 6.483, de 2017 - Art. 19. O envio de informações e documentos, referentes a atividades desenvolvidas no âmbito da Corregedoria-Geral e de seus Escritórios, observará o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da Administração, nos termos do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, ocorrendo nas seguintes hipóteses:
I - a outras unidades da RFB, quando necessários ao desempenho das funções que lhes são próprias;
II - a órgãos externos, quando:
a) houver requisição de autoridade judiciária, no interesse da justiça;
b) houver requisição do Ministério Público da União, nos termos da legislação pertinente;
c) forem verificados indícios de prática de crime cuja iniciativa da ação penal seja do Ministério Público;
d) decorrente de solicitação de outras autoridades administrativas, legalmente fundamentada;
e) houver necessidade da prática de atos instrutórios que dependam de autorização judicial;
f) em processo administrativo instaurado para apurar improbidade administrativa, de acordo com o art. 15 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.
§ 1º Nas situações descritas nas alíneas a a e do inciso II, o envio se dará obrigatoriamente pela autoridade instauradora.
§ 2º Quando, na hipótese prevista na alínea e do inciso II, houver urgência e relevância, a comissão poderá solicitar autorização à autoridade instauradora, inclusive por meio eletrônico, para envio de informações e documentos diretamente a órgão externo.
§ 3º Na hipótese prevista na alínea f do inciso II:
I - o presidente da comissão enviará as informações ou documentos diretamente ao órgão externo, com comunicação imediata à autoridade instauradora;
II - a comissão deverá realizar a comunicação no início do processo ou no decorrer dos trabalhos, caso os indícios da prática de ato de improbidade somente surjam durante a apuração.
§ 4º O fornecimento de informações de natureza fiscal, econômica ou patrimonial observará o sigilo fiscal de que trata o art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

A diferença entre as duas normas reside basicamente em que a norma ministerial, por óbvio, não trata do envio de informações e documentos para unidades da própria Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, sendo certo que, quando necessário para o desempenho de competências regimentais, pode ser feito diretamente pela comissão, sem interveniência da

autoridade instauradora, conforme permite o inciso I do art. 19 da Portaria RFB n° 6.483, de 2017, ao não impor formalidades.

Já o envio de informações e documentos para órgão e autoridades externas, a norma ministerial e a norma interna praticamente repetem suas literalidades e previsões, estabelecendo que, como regra, deve ser feito por meio da autoridade instauradora se decorrente de: requisição judicial ou do Ministério Público Federal; obrigatoriedade de representação criminal; pedido de outras autoridades administrativas; promoção ou defesa de interesses da União a cargo da Advocacia-Geral da União; interesse da própria comissão, com o fim de obter autorização judicial para prática de ato instrucional. Excepcionalmente, nesta última hipótese, em caso de urgência e relevância, pode a comissão fazer a remessa diretamente ao destinatário, mediante autorização (até por via eletrônica) da autoridade instauradora.

Nos termos já expostos em **2.5.6.2.4.b**, no caso específico de haver compartilhamento de dados pessoais, previsto no inciso XVI do art. 5º da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados, seja no âmbito do próprio sistema correcional, seja com outras subinstâncias da RFB (tais como de fiscalização ou de controle aduaneiro ou de gestão de pessoas), seja com outros órgãos, entidades ou Poderes responsáveis por demais atividades de persecução administrativa, civil ou penal, convém a comissão de inquérito encaminhe para a autoridade instauradora, a fim que esta autorize e decida a permissão de acesso ou a transferência daqueles dados, nos termos disciplinados pelo § 1º e pelos incisos I e II do *caput* do art. 16 da Portaria RFB nº 4.505, de 2020. No ato que efetiva o compartilhamento, que pode ser um ofício, por exemplo, convém que a autoridade informe ao destinatário sobre a preservação da cláusula de sigilo que acoberta todos os documentos preparatórios utilizados como fundamento de tomada de decisão no processo disciplinar, conforme o § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o *caput* do *caput* do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, e o *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Como a regra geral é de o compartilhamento se dar apenas para pessoa jurídica de direito público, no mesmo termo, convém também que a autoridade alerte que qualquer tratamento a ser efetivado com os dados pessoais compartilhados deve se limitar ao atendimento da finalidade e do interesse públicos e ao cumprimento das competências ou atribuições legais e que o destinatário deve adotar medidas de segurança, a fim de proteger os dados recebidos de acessos, compartilhamentos, alterações ou destruições indevidas, nos termos do inciso XVI do art. 5º, do *caput* do art. 23, do *caput* do art. 26, do *caput* do art. 46 e do art. 47, todos da Lei nº 13.709, de 2018.

> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º*
> *§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.*
>
> *Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão.*
>
> *Lei nº 13.709, de 2018 - Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:*
> *XVI - uso compartilhado de dados: comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados;*
> *Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:*
> *II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;*

> *Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:*
> *II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:*
> *a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;*
> *Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que:*
> *Art. 26. O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei.*
> *Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.*
> *Art. 47. Os agentes de tratamento ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento obriga-se a garantir a segurança da informação prevista nesta Lei em relação aos dados pessoais, mesmo após o seu término.*

Quando, por força do art. 15 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, se tiver de realizar imediata comunicação ao Ministério Público Federal e ao Tribunal de Contas da União (por meio da Secretaria de Controle Externo - Secex - do respectivo Estado), da apuração de suposto ato de improbidade administrativa, por expressa previsão deste dispositivo legal, conforme já aduzido em **4.3.2** e se mencionará em **4.7.4.4.1.c**, cabe à própria comissão, por intermédio de seu presidente, providenciar esta ciência, sem prejuízo de também informar, internamente, à autoridade instauradora.

No caso de necessidade de fornecimento para órgãos externos de dados protegidos por sigilo fiscal, deve a comissão tomar as cautelas exigidas na Portaria RFB nº 551, de 30/04/13, que, após a alteração do art. 198 do CTN, disciplinou, na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, os dispositivos do art. 26 do Decreto nº 7.845, de 14/11/12 (cuja menção se justificou em **4.4.12.2**), e que já foram reproduzidas linhas acima. Mencione-se que este tipo de comando, na verdade, já existia desde a revogada Portaria RFB nº 4.491, de 06/10/05.

4.4.12.5 - Sigilo Bancário

De forma análoga ao que foi asseverado para o sigilo fiscal, os dados pormenorizados das operações financeiras realizadas por qualquer pessoa física ou jurídica são contemplados, como regra geral, com a proteção constitucional de serem tratadas como sigilosos. Mais especificamente, trata-se de mais um reflexo da cláusula de direito e garantia fundamental individual estampado no inciso X do art. 5º da Constituição Federal (CF), de proteção da intimidade e da vida privada, doutrinariamente chamado de sigilo bancário e que tem normatização infraconstitucional na Lei Complementar (LC) nº 105, de 10 de janeiro de 2001, já a partir da regra geral estabelecida desde o *caput* do art. 1º.

> *LC nº 105, de 2001 - Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.*

De forma mais detalhada, materialmente, o que aqui se protege são os dados identificadores dos diversos vínculos que as pessoas mantêm com as instituições financeiras, os lançamentos que alteram estes vínculos e a sua condição após os lançamentos. Em outras

palavras, acobertam-se aqui as informações de que uma pessoa física ou jurídica abriu, mantém ou encerrou determinado tipo de conta (conta corrente, conta de poupança ou conta de investimento, por exemplo) em uma certa instituição financeira (como um banco de qualquer espécie ou uma corretora de títulos e valores mobiliários, por exemplo), sob diferentes graus de vinculação (como único titular ou como primeiro cotitular ou como segundo cotitular ou ainda como procurador, representante legal, intermediado ou beneficiário final). Também restam sob esta proteção as informações acerca de cada lançamento envolvendo as contas da pessoa, englobando o seu tipo (depósito, transferência, pagamento, saque, estorno, dentre diversos outros definidos nos incisos do § 1º do art. 5º da LC nº 105, de 2001), as agências e contas de origem e de destino, a data de ocorrência, o valor da transação e o valor do saldo (credor ou devedor) resultante em conta.

> *LC nº 105, de 2001 - Art. 5º*
> *§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:*
> *I - depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;*
> *II - pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;*
> *III - emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;*
> *IV - resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;*
> *V - contratos de mútuo;*
> *VI - descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;*
> *VII - aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;*
> *VIII - aplicações em fundos de investimentos;*
> *IX - aquisições de moeda estrangeira;*
> *X - conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;*
> *XI - transferências de moeda e outros valores para o exterior;*
> *XII - operações com ouro, ativo financeiro;*
> *XIII - operações com cartão de crédito;*
> *XIV - operações de arrendamento mercantil; e*
> *XV - quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.*

De um lado, estão sob esta proteção constitucional do sigilo bancário, portanto, não só os dados fixos dos vínculos mantidos (instituições financeiras, agências e contas) como também os dados pormenorizados de cada operação envolvendo estes vínculos (valores, origens, destinos e datas de cada depósito, transferência, pagamento, saque) e saldo final, visíveis no extrato. De outro lado, não são aqui considerados protegidos os dados agregados associados ao nome do titular (que, em geral, possuem natureza fiscal), conforme excetua o inciso III do § 3º do art. 1º da LC nº 105, de 2001.

E, embora doutrinariamente se sintetize todo este amplo espectro material de proteção constitucional sob a expressão “sigilo bancário”, muitas operações se dão em instituições diversas do senso comum do que sejam bancos em sentido estrito. Conforme listam os incisos do § 1º do art. 1º da LC nº 105, de 2001, são instituições financeiras, além dos bancos de qualquer espécie, as corretoras de valores mobiliários, as administradoras de cartões de crédito, as bolsas de valores e de mercados futuros, as corretoras de câmbio, dentre diversas outras.

> *LC nº 105, de 2001 - Art. 1º*
> *§ 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar:*
> *I - os bancos de qualquer espécie;*
> *II - distribuidoras de valores mobiliários;*
> *III - corretoras de câmbio e de valores mobiliários;*
> *IV - sociedades de crédito, financiamento e investimentos;*
> *V - sociedades de crédito imobiliário;*
> *VI - administradoras de cartões de crédito;*

> *VII - sociedades de arrendamento mercantil;*
> *VIII - administradoras de mercado de balcão organizado;*
> *IX - cooperativas de crédito;*
> *X - associações de poupança e empréstimo;*
> *XI - bolsas de valores e de mercadorias e futuros;*
> *XII - entidades de liquidação e compensação;*
> *XIII - outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.*
> *§ 2º As empresas de fomento comercial ou factoring, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º.*

É certo que, pela própria natureza das atividades que desenvolvem, todas estas espécies de instituições financeiras têm acesso a informações de seus clientes que se encaixam naquele rol material consagrado com proteção constitucional à intimidade e à vida privada, não podendo ser tornadas públicas, sob pena de responsabilizações administrativa, penal e civil. Acrescente-se que esta obrigação de sigilo recai também sobre o Banco Central do Brasil (BC), sobre a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e sobre seus agentes, em face de terceiros, ressalvada, por óbvio, a possibilidade de acesso e emprego dos dados bancários pelas duas instituições para o exercício de suas atribuições legais, conforme o *caput* e o § 3º do art. 2º da LC nº 105, de 2001.

> *LC nº 105, de 2001 - Art. 2º O dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições.*
> *§ 3º O disposto neste artigo aplica-se à Comissão de Valores Mobiliários, quando se tratar de fiscalização de operações e serviços no mercado de valores mobiliários, inclusive nas instituições financeiras que sejam companhias abertas.*

Todavia, à vista da maior relevância concedida ao interesse público, ainda que não haja expresso consentimento por parte do agente para que seus dados acobertados pelo sigilo bancário sejam acessados e utilizados, a cláusula de garantia individual pode ser afastada, se assim entender justificável o Poder Judiciário, com o fim de solucionar sérias questões que lhe são submetidas, sobretudo acerca de cometimento de crimes e até mesmo de graves ilicitudes disciplinares (precipuamente associadas a ato de improbidade administrativa causador de enriquecimento ilícito em decorrência de variação patrimonial desproporcional). Segundo a leitura conjunta do inciso IV do § 3º e do § 4º do art. 1º com o *caput* do art. 3º, ambos da LC nº 105, de 2001, diante daquelas condições materiais, ou seja, destacadamente, havendo autorização judicial, as instituições financeiras, o Bacen e a CVM podem disponibilizar os dados protegidos por sigilo bancário, sobretudo a favor de órgãos de controle, vinculando-se o destinatário a preservar o sigilo e a somente empregá-los na relação processual que justificou o afrouxamento da cláusula proibitiva.

> *LC nº 105, de 2001 - Art. 1º*
> *§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:*
> *IV - a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;*
> *§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: (...)*
> *Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.*

De forma análoga ao que se aduziu em **4.4.12.2**, quando a instituição financeira, devidamente autorizada pelo juízo, fornecer os dados protegidos por sigilo bancário, o já mencionado e reproduzido *caput* do art. 3º da LC nº 105, de 2001, estabelece que a obrigação de preservar a proteção da intimidade e da vida privada alheia é transferida para o agente recebedor dos dados. Neste compartilhamento de informações, com vista à investigação de ilícitos disciplinares ou penais, transferem-se não só os dados bancários solicitados, mas também a responsabilidade de não divulgá-los, já que o agente público solicitante dará uso restrito aos dados recebidos e não poderá lhes dar fins estranhos aos que motivaram a autorização judicial. Assim, quando a instituição financeira, nos termos permitidos em lei e judicialmente autorizada, repassa ao agente público os dados protegidos por sigilo bancário, propiciando-lhe não só o acesso mas também o uso dos dados, não há que se falar que incorreu no ilícito de violar o dever de guardar sigilo, visto que a presunção é de que a garantia da intimidade e da vida privada do particular (de não ter seus dados tornados públicos ou divulgados, se assim ele próprio já não o fez espontaneamente) permanecerá preservada, nos termos exigidos pelo art. 11 da LC nº 105, de 2001.

> *Lei Complementar nº 105, de 2001 - Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.*

O afastamento do sigilo bancário, por mitigar proteção constitucional à intimidade e à vida privada, somente deve ser cogitado diante de grave irregularidade e em que o acesso aos dados protegidos é indispensável e imprescindível e quando de outra forma não se chega ao esclarecimento fático. Além da gravidade da conduta, acrescente-se que os dados de operações financeiras devem ser efetivamente essenciais para o esclarecimento fático, guardando direta relação com o servidor e com o objeto da apuração. Em outras palavras, a medida judicial concessiva depende de critérios material, instrumental, subjetivo e objetivo.

Até aqui vem se mencionando a hipótese de transmissão de sigilo bancário das instituições financeiras, mediante indispensável autorização judicial, para qualquer autoridade com poder de persecução penal ou administrativa, independentemente de seu órgão ou entidade de lotação. Cabe agora discorrer sobre o caso específico de a instituição financeira ter de fornecer dados acobertados por sigilo bancário, em bases totalizadas mensalmente, para a administração tributária federal, ou seja, para a RFB, seguindo os comandos do *caput* e os §§ 2º e 5º do art. 5º da LC nº 105, de 2001.

> *LC nº 105, de 2001 - Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.*
> *§ 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.*
> *§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.*

Por força do art. 5º da LC nº 105, de 2001, as instituições financeiras são obrigadas a repassar para o Fisco federal as informações de totais mensais de cada tipo de operação (listadas no § 1º do seu art. 1º, acima já reproduzido) realizada por cada usuário de seus serviços, sem qualquer individualização de operações, nos termos regulamentados pelo Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002, em especial no *caput* do seu art. 2º. Importante

destacar que o § 5º do art. 5º da LC nº 105, de 2001, deixa claro que estes dados agregados repassados à RFB assumem a qualidade de dados fiscais e passam a ser protegidos por esta cláusula de sigilo.

> *Decreto nº 4.489, de 2002 - Art. 2º As informações de que trata este Decreto, referentes às operações financeiras descritas no § 1º do art. 5º da Lei Complementar nº 105, de 2001, serão prestadas, continuamente, em arquivos digitais, de acordo com as especificações definidas pela Secretaria da Receita Federal, e restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e com os montantes globais mensalmente movimentados, relativos a cada usuário, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos efetuados.*

Além deste periódico fornecimento de ofício de dados agregados para a RFB, os seus agentes fiscais, no desempenho de sua atividade-fim sobre instituições financeiras, têm acesso não só a documentos, livros e registros contábeis destas pessoas jurídicas como também a informações individualizadas das operações financeiras, quando estas se revelam indispensáveis para o andamento de qualquer processo administrativo *lato sensu* ou, mais especificamente, de qualquer procedimento de fiscalização em curso (processo administrativo fiscal - PAF), não disciplinar, conforme assegura o art. 6º da LC nº 105, de 2001, nos termos regulamentados pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, em especial no § 5º do seu art. 2º. Esta construção mais permissiva, por parte do legislador, a favor da administração tributária, encontra justificativa ao se lembrar da indispensabilidade do funcionamento da estrutura estatal fiscalizadora e arrecadadora, diante da necessidade de suprir as necessidades sociais e da sabida tendência refratária do contribuinte em se submeter espontaneamente à legislação tributária.

> *LC nº 105, de 2001 - Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.*
> *Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.*
>
> *Decreto nº 3.724, de 2001 - Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB serão executados por ocupante do cargo efetivo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e terão início mediante expedição prévia de Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal - TDPF, conforme procedimento a ser estabelecido em ato do Secretário da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pelo Decreto nº 8.303, de 4 de setembro de 2014)*
> *§ 5º A Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis. (Redação dada pelo Decreto nº 6.104, de 2007)*

Acrescente-se que o Decreto nº 3.724, de 2001, além de estabelecer parâmetros para autorização do exame de dados bancários por autoridade fiscal, em seus arts. 8º a 11, prevê hipóteses de responsabilização em decorrência de utilização e violação imotivadas destas informações.

> *Decreto nº 3.724, de 2001 - Art. 8º O servidor que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida nos termos deste Decreto, em finalidade ou hipótese diversa da prevista em lei, regulamento ou ato administrativo, será responsabilizado administrativamente por descumprimento do dever funcional de observar normas legais ou regulamentares, de que trata o art. 116, inciso III, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, se o fato não configurar infração mais grave, sem prejuízo de sua responsabilização em ação regressiva própria e da responsabilidade penal cabível.*
> *Art. 9º O servidor que divulgar, revelar ou facilitar a divulgação ou revelação de qualquer informação de que trata este Decreto, constante de sistemas informatizados, arquivos de documentos ou autos de processos protegidos por sigilo fiscal, com infração ao disposto no art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), ou no art. 116, inciso VIII, da Lei nº 8.112, de 1990, ficará sujeito à penalidade de demissão, prevista no art. 132, inciso IX, da citada Lei nº 8.112, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis.*
> *Art. 10. O servidor que permitir ou facilitar, mediante atribuição, fornecimento ou empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações, banco de dados, arquivos ou a autos de processos que contenham informações mencionadas neste Decreto, será responsabilizado administrativamente, nos termos da legislação específica, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis.*
> *Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica no caso de o servidor utilizar-se, indevidamente, do acesso restrito.*
> *Art. 11. Configura infração do servidor aos deveres funcionais de exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo e de observar normas legais e regulamentares, nos termos do art. 116, incisos I e III, da Lei nº 8.112, de 1990, sem prejuízo da responsabilidade penal e civil cabível, na forma dos arts. 121 a 125 daquela Lei, se o fato não configurar infração mais grave:*
> *I - não proceder com o devido cuidado na guarda e utilização de sua senha ou emprestá-la a outro servidor, ainda que habilitado;*
> *II - acessar imotivadamente sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal, arquivos de documentos ou autos de processos, que contenham informações protegidas por sigilo fiscal.*
> *Art. 12. O sujeito passivo que se considerar prejudicado por uso indevido das informações requisitadas, nos termos deste Decreto, ou por abuso da autoridade requisitante, poderá dirigir representação ao Corregedor-Geral da Secretaria da Receita Federal, com vistas à apuração do fato e, se for o caso, à aplicação de penalidades cabíveis ao servidor responsável pela infração.*

Em atendimento ao Decreto nº 3.724, de 2001, a Portaria RFB nº 2.047, de 26 de novembro de 2014, estabeleceu a Requisição de Informações sobre a Movimentação Financeira (RMF), com a qual autoridades fiscais se reportam a instituições financeiras, para solicitar as informações necessárias. É de se destacar que as autoridades correcionais da RFB não têm competência para emitir RMF, conforme o art. 4º daquela Portaria RFB.

Portanto, a RFB tem duas formas específicas e próprias de ter acesso a dados de operações financeiras protegidos originalmente por sigilo bancário que dispensam autorização judicial, quais sejam, por fornecimento agregado de ofício das instituições financeiras e por PAF realizado diretamente nestes contribuintes. De se destacar que tanto o § 5º do art. 5º quanto o parágrafo único do art. 6º, ambos da LC nº 105, de 2001, impõem à RFB a manutenção do sigilo destes dados recebidos ou obtidos.

E, conforme já exposto em **4.4.12.2**, a cuja leitura se remete, a jurisprudência do STJ e do STF (no julgamento conjunto pela improcedência de quatro ações diretas de inconstitucionalidade em face dos arts. 5º e 6º da LC nº 105, de 2001, pacificando o entendimento de que é constitucional a transferência de informações protegidas por sigilo

bancário para a RFB sem necessidade de autorização judicial) é no sentido de que estes dados, originalmente acobertados por cláusula de sigilo bancário, passam a ser protegidos por cláusula de sigilo fiscal, uma vez que defendem que uma mesma informação pode ser protegida por um ou por outro sigilo, dependendo do ambiente em que tramita, bastando apenas o fato concreto de haver uma cláusula resguardadora da inteligência do inciso X do art. 5º da CF, não importando a sua natureza jurídica. A favor das informações sobre operações financeiras que estão de posse da RFB, neste ambiente, a proteção da intimidade e da vida privada individual exigida pelo § 5º do art. 5º e pelo parágrafo único do art. 6º, ambos da LC nº 105, de 2001, passa a ser em razão de sigilo fiscal (sem prejuízo da manutenção da cláusula de sigilo bancário, agora com a força do *caput* do art. 1º da mesma norma, a proteger estas mesmas informações em poder das instituições financeiras). A proteção baseada na cláusula de sigilo fiscal para os dados agregados no art. 5º já vem expressa no seu § 5º, tendo sido apenas reiterada pela jurisprudência, ao passo que, diferentemente, a similar proteção para os dados obtidos conforme o art. 6º, ambos da LC nº 105, de 2001 - que podem conter operações individualizadas -, não era positivada e foi então objeto de construção jurisprudencial.

> *STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, Recurso Especial nº 1.349.363/SP, DJe de 31/5/2013, Ementa: "1. (...) Em verdade, sob o manto do sigilo fiscal podem estar albergadas informações a respeito da situação financeira da pessoa (inclusive informações bancárias) e sob o manto do sigilo bancário podem estar albergadas informações também contidas na declaração de bens. Basta ver que as informações requisitadas pela Secretariada Receita Federal junto às instituições financeiras deixam de estar protegidas pelo sigilo bancário (arts. 5º e 6º da LC n. 105/2001) e passam à proteção do sigilo fiscal (art. 198, do CTN). Sendo assim, o fato é que a mesma informação pode ser protegida por um ou outro sigilo, conforme o órgão ou entidade que a manuseia."*
>
> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Dias Toffoli, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859/DF, DJe 20/10/2016, Ementa: "Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. (...) Art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001. Ausência de quebra de sigilo. (...).*
> *4. Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009) consagram, de modo expresso, a permanência do sigilo das informações bancárias obtidas com espeque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal. (...)*
> *7. O art. 1º da Lei Complementar 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, não determina quebra de sigilo, mas transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública. Outrossim, a previsão vai ao encontro de outros comandos legais já amplamente consolidados em nosso ordenamento jurídico que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e patrimônio de determinados indivíduos.*

Na sequência, ainda no âmbito jurisprudencial, o STF foi provocado a se manifestar sobre a questão de, uma vez que se entende que as informações acerca de operações financeiras em poder da RFB transmutam-se em informações fiscais merecedoras agora desta espécie de proteção sigilosa, se é constitucional a autoridade fiscal disponibilizar estes dados ao ser provocada por autoridade responsável por persecução criminal, dispensando-se

autorização judicial. E a Corte Suprema manifestou, em julgado com repercussão geral, entendimento da constitucionalidade desta transferência de sigilo, inclusive para as informações individualizadas em PAFs obtidos nos termos do art. 6º da LC nº 105, de 2001, desde que operacionalizada por meio de atos formais de comunicação, com certificação do destinatário e resguardado o sigilo protetor da intimidade e da vida privada.

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Dias Toffoli, Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP, DJe 05/10/2020, Ementa: "Compartilhamento dos Relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil com os órgãos de persecução penal para fins criminais. Desnecessidade de prévia autorização judicial. Constitucionalidade reconhecida. Recurso ao qual se dá provimento para restabelecer a sentença condenatória de 1º grau.."*
> *Tema nº 900: "Possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário."*
> *Tese: "1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional;*
> *2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB referido no item anterior deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios."*

Mais que isto: o julgado acima teve, em seu voto, a expressa manifestação extensiva, para além da persecução criminal, da constitucionalidade da transferência do sigilo que acoberta aqueles dados, de parte da autoridade fiscal, também para autoridades competentes para a apuração de infrações administrativas.

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Dias Toffoli, Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP, DJe de 05/10/2020, Voto do Ministro Relator: "Em um primeiro momento, para garantir o sigilo de 'informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades', o manuseio das informações no âmbito da administração pública deverá obedecer aos procedimentos legais mediante o devido processo administrativo, no qual tudo deve ser registrado, inclusive a exposição clara e fundamentada da motivação do ato da autoridade que fez a solicitação da informação, cabendo à autoridade requerente preservar a garantia do sigilo fiscal. (...)*
> *Saliente-se: somente para investigar sujeito passivo por prática de infração administrativa é que informações fiscais sigilosas do sujeito passivo podem ser diretamente transferidas, desde que a autoridade administrativa solicitante comprove a instauração regular de processo administrativo."*

Especificamente no foco de interesse deste texto, qual seja, de repercussão do presente tema na processualística disciplinar, ao ser provocada por consulta da RFB justamente sobre este tema, diante de solicitação de autoridade administrativa que atende aos requisitos do inciso II do § 1º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN), a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) se manifestou por meio de seu Parecer PGFN/CAT nº 19.151/2020. Em sua peça, a PGFN asseverou ser possível a transferência de dados referentes a operações financeiras (inclusive e sobretudo informações individualizadas, que são muito mais reveladoras da intimidade e da vida privada que dados agregados mensais) que originalmente eram acobertados pela cláusula de sigilo bancário para

autoridade administrativa que comprove ter procedimento regularmente instaurado em seu órgão ou entidade, motivado por interesse público e com o fim de apurar infração administrativa por parte de quem se solicitam os dados, desde que de forma individualizada e justificada e também operacionalizada por meio de atos formais de comunicação, com certificação do destinatário, e resguardado o sigilo protetor da intimidade e da vida privada.

> *Parecer PGFN/CAT nº 19.151/2020: "26. Interessante mencionar que o Supremo Tribunal Federal, no RE 1.055.941 (Tema 990 de Repercussão Geral), reiterou por ampla maioria o entendimento pela legitimidade do compartilhamento de dados protegidos por sigilo fiscal entre a Receita Federal do Brasil e o Ministério Público, inclusive dados oriundos de instituições financeiras, sem autorização prévia do Poder Judiciário, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.*
> *27. O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 1.055.941 (Tema 990 de Repercussão Geral) estabelece premissas que nos conferem segurança quanto à interpretação de que a Administração Tributária deve realizar o compartilhamento de informações, ainda que se trate de informações bancárias transformadas em informações protegidas por sigilo fiscal, quando da solicitação realizada por autoridade administrativa para fins de apuração por prática de infração administrativa.*
> *30. As informações obtidas pela Administração Tributária com fundamento nos artigos 5º e 6º da Lei Complementar n. 105, de 2001, não podem ser diferenciadas das demais informações protegidas por sigilo fiscal, sendo passíveis de compartilhamento nos termos do art. 198, § 1º, II, do Código Tributário Nacional. Vale acrescer a necessidade de que a informação seja solicitada de forma fundamentada, demonstrando sua pertinência temática, para instrução de processo administrativo regularmente instaurado, nos termos já analisados pelo Parecer SEI n. 4856/2019/ME, por autoridade administrativa competente e tenha como objetivo investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. Também merece registro a necessidade de que os pedidos sejam individualizados e justificados, não se admitindo pedidos aleatórios ou massivos, e de que a transferência ocorra por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.*
> *31. Em face dos argumentos apresentados ao longo do presente parecer, conclui-se que é dever da Administração Tributária o compartilhamento de informações, ainda que se trate de informações bancárias transformadas em informações protegidas por sigilo fiscal, quando da solicitação realizada por autoridade administrativa para fins de apuração por prática de infração administrativa, observado os demais requisitos do art. 198, § 1º, II, do CTN e desde que os pedidos sejam individualizados e justificados, não se admitindo pedidos aleatórios ou massivos, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional, atendendo a legalidade e ao princípio constitucional da moralidade administrativa."*

Segundo este entendimento, a RFB, por meio de suas autoridades fiscais, é obrigada a disponibilizar, sem necessidade de autorização judicial, para as autoridades correcionais que solicitem dados protegidos por sigilo fiscal acerca de servidor objeto de apuração disciplinar, à luz do inciso II do § 1º do art. 198 do CTN, também as informações acerca de operações financeiras envolvendo o mesmo agente e que porventura já estejam de posse do Fisco, destacadamente aquelas obtidas por força do art. 6º da LC nº 105, de 2001.

Toda esta construção faz sentido. Afinal, se as informações reveladoras de operações financeiras praticadas no âmbito dos serviços prestados por instituições financeiras e que, em

reflexo da forte proteção constitucional a favor da intimidade e da vida privada, somente poderiam ser extraídas deste seu preservado repositório a favor da ação fiscalizatória, já se encontram em poder de autoridades administrativas, no desempenho da função estatal fiscal, não faria sentido obstruir o acesso do mesmo Estado àquelas informações, ainda que para exercício de outras atividades públicas.

Ora, se assim é para qualquer autoridade correcional, com mais facilidade se conclui no mesmo sentido a favor das autoridades do sistema correcional da própria RFB, com dispensa de autorização judicial, desde que atendidos os critérios do inciso II do § 1º do art. 198 do CTN. Caso o Corregedor ou o Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor) tenham conhecimento da existência de PAF em cujo bojo já haja informações originalmente protegidas por sigilo bancário regularmente obtidas pelo Fisco e que interessem de forma indispensável à instância disciplinar, podem, motivadamente, solicitar o repasse, com base no mencionado Parecer PGFN/CAT, desde que individualizada e justificadamente, que se operacionalize por meio de atos formais de comunicação e que se mantenha o sigilo protetor da intimidade e da vida privada. E ainda maior segurança se tem para compreender que, caso já esteja regularmente em poder do sistema correcional da RFB PAF que contenha dados referentes a operações financeiras em face de determinado servidor, estes podem ser empregados em processo disciplinar em curso.

Mas é de se reconhecer que nem sempre os dados de natureza bancária previamente encartados em PAF - para os quais se pode ter acesso pela simples via administrativa - são suficientes para atender a demanda específica do processo disciplinar em curso na instância disciplinar.

Na situação mais comum da processualística disciplinar, será necessário lançar mão do caminho mais garantista e formalizado, por via da judicialização, para se obter o afastamento do sigilo bancário que protege as informações acerca de operações financeiras. Isto porque, em contraponto à premência e à inafastabilidade da necessidade arrecadatória do Estado, a atividade de controle interno de integridade que a Administração exerce sobre seus agentes não possui a mesma prioridade e, consequentemente, não obteve do legislador o mesmo respaldo simplificador e facilitador para o acesso a dados protegidos por sigilo bancário, sendo exigida a autorização judicial - até porque esta ação repressiva sobre o quadro funcional é muito mais pontual e muito menos frequente que a atividade da fiscalização tributária sobre todo conjunto de contribuintes.

Já desde a edição da LC nº 105, de 2001, antes dos avanços jurisprudenciais judiciais e administrativo acima relatados, o texto legal prevê uma instrumentalidade específica para se afastar o sigilo bancário à vista de infração estatutária, no § 1º do seu art. 3º, por um caminho diferente do que se fez suficiente ao se tratar do tema sob ótica do sigilo fiscal. A solução expressa e originalmente fornecida pela LC nº 105, de 2001, para se obter, de instituições financeiras, do Bacen ou da CVM, dados protegidos por sigilo bancário para apuração de infração disciplinar, independentemente se autoridades administrativas fiscais ou correcionais já os detenham ou não, passa pela obrigatória autorização judicial, na linha da regra geral estabelecida pelo *caput* do mesmo comando legal, já exposta acima.

> *LC nº 105, de 2001 - Art. 3º*
> *§ 1º Dependem de prévia autorização do Poder Judiciário a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.*

Se, por um lado, esta instrumentalidade prevista de forma expressa no *caput* e no § 1º do art. 3º da LC nº 105, de 2001, é mais complexa e demorada que a opção aceita pela jurisprudência superior e pelo Parecer PGFN/CAT nº 19.151/2020, por outro lado, contempla

a possibilidade de a instância correcional solicitar ao juízo competente todo o rol exato e suficiente de informações protegidas por sigilo bancário que se fazem necessárias para o caso concreto em curso, ao passo que o acesso franqueado pela vertente fiscal se limita às informações sobre operações financeiras que porventura constem dos PAFs instaurados em face do sujeito passivo.

Na esteira e na mesma linha defendida em **4.4.12.2** quando se abordou o afastamento do sigilo fiscal, é de se destacar que não cabe aqui leitura restritiva do § 1º do art. 3º da LC nº 105, de 2001, ao mencionar que "comissão de inquérito administrativo" solicitará os dados de operações financeiras, como se fosse condição para se cogitar de tal fornecimento haver PAD em sentido estrito já instaurado. Ao contrário, a expressão deve ser compreendida no sentido amplo com que é empregada na Administração e até mesmo na legislação, abarcando tanto os processos em sentido estrito que, em rito contraditório, encerram uma lide (de que é espécie o processo administrativo disciplinar - PAD, previsto no art. 143 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990), como também procedimentos correcionais de índole investigativa (como análise preliminar e sindicância patrimonial, conforme se aborda em **2.1.1** e em **4.7.4.4.4**), bastando terem sido formal e regularmente instaurados (com os requisitos de competência, motivação, forma, dentre outros). Menos ainda a postulação em tela vincula-se à existência de prévio processo judicial em curso, nos termos do § 2º do art. 3º da LC nº 105, de 2001.

> *LC nº 105, de 2001 - Art. 3º*
> *§ 2º Nas hipóteses do § 1º, o requerimento de quebra de sigilo independe da existência de processo judicial em curso.*

Tanto é verdadeira a interpretação extensiva do § 1º do art. 3º da LC nº 105, de 2001, que a CGU aduz, em sua Instrução Normativa (IN) CGU n° 14, de 14 de novembro de 2018, no art. 27, a possibilidade de quebra do sigilo bancário em sindicância patrimonial.

> *IN CGU n° 14, de 2018 - Art. 27. A apresentação de informações e documentos fiscais ou bancários pelo sindicado ou pelas demais pessoas que possam guardar relação com o fato sob apuração, independentemente de solicitação da comissão, implicará renúncia dos sigilos fiscal e bancário das informações apresentadas para fins da apuração disciplinar.*

A propósito, reconheça-se que, embora, por mero fim didático, se esteja abordando a questão do afastamento do sigilo bancário aqui, em trecho deste texto dedicado à instrução probatória do processo disciplinar, é bem mais provável que, na realidade, o enfrentamento de tal tema se dê já desde a subfase investigativa da fase de admissibilidade, no curso de sindicância patrimonial. No atual grau de elaboração experimentado pelo sistema correcional da RFB, sobretudo no que diz respeito ao amadurecimento do emprego exaustivo da fase de admissibilidade, busca-se o aprimoramento de, quando é caso de instaurar processo disciplinar, já se tenha o deslinde deste incidente. Não obstante, pode ocorrer de a comissão, já no curso do processo disciplinar, se deparar com a necessidade de ver afastada tal cláusula protetora de intimidade e da vida privada.

Interessante pontuar aqui uma diferença em relação à abordagem feita **4.4.13.2**, acerca do acesso a dados protegidos por sigilo fiscal pelo sistema correcional da RFB. Aqui, no tema do acesso a dados protegidos por sigilo bancário que transcendem o conteúdo porventura já constante de PAFs, não há nenhum tipo de competência exclusiva do sistema correcional da RFB e de suas autoridades ou agentes que facilitem ou que abreviem a instrumentalidade em comparação com qualquer outro órgão ou entidade: a comissão processante e a autoridade correcional da RFB têm de submeter seu pedido à autorização judicial ou têm de contar com aquiescência de parte do titular dos dados solicitados, exatamente da mesmo forma como qualquer outro solicitante.

Para que a instância correcional, seja na RFB, seja em qualquer outro órgão ou entidade, tenha acesso aos dados protegidos por sigilo bancário que atendam de forma

individualizada e integral a demanda da comissão processante e possa empregá-los no processo disciplinar em curso, sem se limitar ao que consta previamente de eventuais PAFs, só há duas possibilidades juridicamente aceitas: expressa anuência por parte do servidor ou de quem quer que seja o titular das informações solicitadas ou autorização judicial. Nesta linha, é interessante destacar que o citado art. 27 da IN CGU nº 14, de 2018, expressa que a apresentação de informações bancárias, do próprio servidor ou de pessoas com ele relacionadas, espontânea ou a pedido, configura renúncia do sigilo bancário para fim de emprego daqueles dados no procedimento.

Cabe aqui mais uma ressalva, diferente do que se aduziu ao acesso a informações protegidas por sigilo bancário transmutadas em informações protegidas por sigilo fiscal. Ao se solicitar ao próprio titular a espontânea autorização de emprego ou ao se solicitar judicialmente, a autoridade correcional motiva esta excepcional quebra da garantia constitucional à intimidade e à vida privada com a necessidade de instruir o procedimento disciplinar em curso. Sendo assim, não convém que a autoridade correcional, por mera liberalidade sua, repasse estes dados a destinatários diferentes do peticionante contemplado com o provimento judicial

O repasse de dados protegidos por sigilo bancário a que a autoridade correcional teve acesso mediante autorização judicial somente poderá ocorrer se também foi judicialmente autorizado. Nesta hipótese, seguem-se, analogamente, as cautelas expostas para fornecimento de dados protegidos por sigilo fiscal (dispostas no art. 13 da Portaria RFB nº 551, de 30 de abril de 2013; e no art. 26 do Decreto nº 7.845, de 14 de novembro de 2012, cuja menção se justificou em **4.4.12.2**). Nenhum servidor ou autoridade da Coger ou de Escor pode repassar elementos que contenham dados protegidos por sigilo bancário, a que tenha tido acesso de forma regular, nos termos aceitos pelo § 1º do art. 3º da LC nº 105, de 2001, para qualquer outro órgão ou autoridade solicitante e sequer sob requisição da Controladoria-Geral da União (CGU), ainda que esta busque se amparar na condição de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), sem que haja específica autorização judicial para tal repasse, segundo a manifestação da PGFN, por meio do seu Parecer PGFN nº 2.349/2011.

> *Parecer PGFN nº 2.349/2011: "57. Nesse ínterim, obtidos os dados das instituições bancárias pela CI através de autorização judicial, essas informações não servirão para outros fins que não sejam aqueles que motivaram o pedido. Nessa hipótese, o melhor a fazer é observar os termos da decisão judicial respectiva. Muito embora se possa argumentar que a finalidade do acesso pela CGU aos autos (e aos dados bancários) possa ser congênere, se a decisão judicial for silente (muito provável) ou restritiva, é recomendado que o servidor da RFB, ao entregar os autos disciplinares às autoridades da CGU, confira maior proteção aos dados bancários evitando o acesso a eles.*
> *63. (...) Nesse contexto, a solução mais segura é a que exige autorização judicial. De qualquer maneira, entende-se que, salvo melhor juízo, a LC nº 105, de 2001, não legitimaria a CGU à vista de dados bancários no bojo de PAD´s."*

É necessário se expor que, à luz da jurisprudência que autorizou o acesso da autoridade correcional a dados originalmente protegidos por sigilo bancário e transmutados para sigilo fiscal após estarem de posse do Fisco, a PGFN, no já citado Parecer PGFN/CAT nº 19.151/2020, não descuidou de enfrentar a existência do comando restritivo do § 1º do art. 3º da LC nº 105, de 2001. A PGFN interpretou que, com a abrangência mais restrita do acesso aos dados de operações financeiras encartados em PAFs, esta possibilidade jurisprudencialmente aceita deve ser vista como uma alternativa a mais de possibilidade, não colidente com a ida ao Poder Judiciário para obtenção de autorização de acesso ao conjunto de informações que efetiva e exatamente supre a necessidade do processo disciplinar em

curso, e reconheceu ser - justamente em razão dessa diferença de alcance - de menos provável emprego que o pedido em juízo.

> *Parecer PGFN/CAT nº 19.151/2020: "17. Interessante que o art. 3º, § 1º da Lei Complementar n. 105, de 2001, estabelece a necessidade deautorização judicial para que as instituições financeiras sejam obrigadas a prestar informações e a fornecer documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público. Não é por existir dispositivo específico autorizando a solicitação ao Poder Judiciário por comissão de inquérito que se impediria a concessão de informações com base no art. 198, § 1º, II, do CTN. O dispositivo existe para ampliar a possibilidade de obtenção desse tipo de informação. A possibilidade de demandar judicialmente uma informação não afasta outros dispositivos legais que permitam o compartilhamento em situações especificas.*
> *18. Vale destacar que as diversas possibilidades de acesso são comuns e atendem propósitos distintos.O acesso a dados protegidos por sigilo fiscal pode não englobar todos os dados bancários necessários ao melhordesenvolvimento da atividade da autoridade responsável pela apuração de prática de infração administrativa. Acreditamos que será muito rara a transferência de informações protegidas por sigilo fiscal obtidas junto a instituições financeiras com base no art. 6º da Lei Complementar n. 105, de 2001, uma vez que a transferência de dados bancários para a Administração Tributária é muito pequena, como mencionado pelo Ministro Dias Toffoli em seuvoto no RE 1.055.941 (Tema 990 de Repercussão Geral), cujo trecho a seguir colacionamos:*
> *'Conforme informa a SRF na Nota nº 07/2019 - RFB/Sufis, ´do total de 1.502.022 procedimentos fiscais executados nos últimos quatro anos, foram expedidas apenas 554 RMF solicitando dados às instituiçõesfinanceiras, o equivalente a apenas 0,04% do total de procedimentos fiscais no período referido'.'*
> *19. Em regra a busca de informações bancárias pela comissão de inquérito administrativo deve ser realizada em juízo, mas há possibilidade de acesso com base no art. 198, § 1º do Código Tributário Nacional, desde que as informações bancárias tenham se transformado em informações fiscais. Vale ainda ressaltar que o acesso a que nos referimos não se realiza em relação a informações protegidas por sigilo bancário, mas informações protegidas por sigilo fiscal, cuja natureza foi transformada com base em legítimos parâmetros jurídicos."*

Na prática do sistema correcional da RFB, exatamente em harmonia com a interpretação exarada pela PGFN, o acesso a dados originalmente protegidos por sigilo bancário encartados em PAFs é menos comum e se mostra relevante apenas em casos em que a própria subinstância de fiscalização procede à representação correcional, em virtude de, em seu múnus tributário, ter verificado elementos informativos de suposta infração disciplinar por parte de contribuinte servidor. Nesta hipótese, até se demonstra de fato relevante que a subinstância disciplinar tenha acesso aos dados das operações financeiras utilizados no PAF, uma vez que os contornos infracionais podem estar circunscritos aos elementos probatórios de posse do Fisco.

Fora esta hipótese, em todos os demais casos em que a atividade disciplinar necessita de afastamento de sigilo bancário, ainda que se saiba da existência de PAF na subinstância de fiscalização, se mostra muito mais pertinente primeiramente solicitar ao servidor a espontânea disponibilização de acesso aos dados protegidos, exata e justamente para o período e para as contas de interesse, espectro este que em geral não concide com a abrangência daqueles autos fiscais; e, caso esta primeira tentativa reste infrutífera, fazê-lo judicialmente.

Mesmo à luz da jurisprudência superior e do Parecer PGFN/CAT nº 19.151/2020, acima citados e reproduzidos, no âmbito do sistema correcional da RFB, opta-se por adotar

postura cautelosa de, ainda que a subinstância fiscal já disponha dos dados originalmente protegidos por sigilo bancário, seja envolvendo diretamente o servidor, seja envolvendo outras pessoas (tais como seu cônjuge ou companheiro e seus (demais) dependentes), nos termos do art. 6º da LC n° 105, de 2001, dispensando autorização judicial, e se estes dados forem exatamente aqueles de que necessita a subinstância diciplinar, não convém expor ao risco de importá-los diretamente a fim de empregá-los como elementos formadores de convicção. Mesmo nas incomuns hipóteses em que aquelas informações invidualizadas sobre operações financeiras sejam necessárias e suficientes para o deslinde da questão disciplinar, é recomendável que o aplicador do Direito ainda pondere que, além de o mencionado *caput* do art. 6º dispensar a autorização judicial para uso de dados de sigilo bancário especificamente para fins fiscais, tem-se também que o § 1º do art. 3º, ambos da mesma LC, condicionou expressamente o uso daqueles dados em processo disciplinar quando solicitados pela comissão (ou seja, quando diretamente relevantes para a convicção deste colegiado e que aqui se interpreta não apenas disciplinar mas também investigativo) à aquiescência do servidor ou à autorização judicial.

Atendo-se apenas à expressa positivação legal, a LC nº 105, de 2001, foi clara ao ponderar direitos em conflito: sob determinadas condições, permitiu-se o afastamento do sigilo bancário sem manifestação judicial à vista do interesse público da subinstância fiscal; todavia, por expressa vontade do legislador, o mesmo não ocorreu ao se ponderar a privacidade da pessoa com a subinstância disciplinar. Portanto, a fim de evitar eventuais decisões judiciais conflitantes em primeira instância, a cautela recomenda que, mesmo que o Fisco disponha dos dados de sigilo bancário e se estes dados são diretamente relevantes para a formação de convicção, nos termos já expostos acima, deve-se primeiramente intimar o servidor para que ele (ou seu cônjuge ou companheiro ou seus (demais) dependentes) autorize o seu uso e de todos os demais elementos autuados no PAF e, em caso de negação, provocar a AGU, a fim de que esta solicite judicialmente a permissão de acesso e de emprego por parte do sistema correcional, em qualquer fase (seja em subfase investigativa em fase de admissibilidade, seja em processo administrativo disciplinar).

Pode-se deixar a construção permissiva das jurisprudências judiciais e administrativa apenas como a chave de solução para casos excepcionais em que a comissão, seja por equívoco, seja por convicção, tenha acessado e utilizado diretamente no processo disciplinar dados protegidos por sigilo bancário sem aquiescência do seu titular e sem autorização judicial. Caso este fato ocorra e a defesa venha alegar nulidade, as construções jurisprudenciais servirão de remédio específico para o caso concreto.

Mas antes de se detalhar a instrumentalidade do afastamento do sigilo bancário, convém abrir um rápido parêntese subjetivo, acerca de a quem o tema pode atingir. De se esclarecer que a expressão aqui empregada “seus (demais) dependentes” comporta dupla leitura: se o cônjuge ou companheiro também é dependente do servidor, é de ser lida “seus demais dependentes”; se o cônjuge ou companheiro não é dependente do servidor, é de ser lida apenas como “seus dependentes”. Isto porque a análise patrimonial (como ocorre na imensa maioria dos casos em que se afasta a cláusula de proteção em tela) de um servidor casado ou de um servidor em relação estável também repercute sobre seu cônjuge ou sobre seu companheiro. Ademais, também é possível se cogitar de repercussão sobre seus (demais) dependentes, como filhos ou até mesmo pais, a título de exemplo não exaustivo. Não obstante o interesse em tela *a priori* recair sobre os dados de operações financeiras que envolvem o próprio servidor, pode ser necessário buscar o afastamento do sigilo bancário de outras pessoas físicas, tais como seu cônjuge ou companheiro e seus (demais) dependentes ou ainda outros familiares ou até mesmo particulares utilizados como interpostas pessoas (“laranjas”) ou ainda até pessoas jurídicas, pois é sabida a prática usual de utilização de contas de pessoas íntimas e confiáveis para fins de acobertamento de aquisição de patrimônio incompatível com os rendimentos declarados e origens conhecidas. É notório que agentes públicos envolvidos

em casos de enriquecimento ilícito comumente utilizam relações familiares e de parentesco para ocultar seu patrimônio. Restringir que o ordenamento pátrio, em especial a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, impediria tal extensão na análise iria de encontro às medidas de combate à corrupção disseminadas atualmente na sociedade, conforme também entende a jurisprudência.

> *TRF da 5ª Região, Apelação Cível nº 564.213: "Ementa: 5. A instauração da sindicância é clara e definida, para a investigação de esquema de sonegação e corrupção, envolvendo um escritório de advocacia e dois Auditores Fiscais da Receita Federal, bem como sob fundamentação legal, a saber, art. 143 da Lei nº. 8.112/90, como se vê à fl. 84. 6. A quebra de sigilo bancário de familiares do apelante se justifica na prática usual de utilização de contas de pessoas íntimas e confiáveis, para fins de acobertamento de aquisição de valores sem causa."*
>
> *TRF da 2ª Região, Agravo de Instrumento nº 2015.00.00.004434-41: "Ementa: 1. Havendo suspeitas da prática de ato de improbidade previsto no art. 9º da Lei nº 8.429/92, afigura-se lícita a quebra de sigilo bancário de servidor público, consoante art. 3º, §1º da Lei Complementar nº 105/2001, sendo medida útil e adequada para obter prova de eventual origem ilícita dos recursos. 2. O cônjuge de servidor público investigado, casado pelo regime de comunhão parcial de bens, pode ter seu sigilo bancário relativizado, pois eventual proveito ilícito auferido pelo servidor poderá se confundir parcialmente com o patrimônio da sua esposa em razão do regime patrimonial adotado. Ademais, os integrantes do núcleo familiar podem se beneficiar, de forma direta ou indireta, do ato de improbidade, sendo alcançados pelas disposições da Lei nº 8.429/92 (art. 3º). 3. O sigilo profissional do advogado (art. 7º, XIX, da Lei nº 8.906/94) não constitui direito absoluto e pode ser relativizado para permitir a investigação de atos de improbidade administrativa, ressaltando-se que eventuais informações de terceiros ficarão sob responsabilidade da Administração, que zelará pela manutenção do sigilo (art. 10, §2º, do Decreto nº 5.483/2005). 4. O simples fato de ter havido consultas a dados do demandante no sistema interno da Receita Federal não significa, por si só, que o servidor (auditor da Receita Federal) estava sofrendo perseguições, tampouco é suficiente para atribuir ao servidor que realizou a consulta a autoria da denúncia anônima que deflagrou a investigação."*
>
> *TRF da 3ª Região, Apelação Cível nº 2.252.913: "Ementa: 1. Segundo consta dos autos foi iniciada uma investigação envolvendo o contribuinte e os fiscais responsáveis pela sua fiscalização, dentre eles a parte ré, tendo-se verificado algumas inconsistências patrimoniais, com indícios de variação patrimonial a descoberto, que ensejaram a instauração de Sindicância Patrimonial, em 07/01/2015. Consta, ainda, da mídia eletrônica, que houve diversas prorrogações do prazo para conclusão da sindicância, culminando ao final com o presente pedido de quebra de sigilo bancário. 2. A demora para a conclusão da fase inquisitiva além de não constituir, por si só, fato relevante a anular toda a investigação, deve considerar a complexidade do caso, como é o presente. De qualquer forma, pelas informações trazidas pela União Federal em sede de contrarrazões, pode-se verificar que a sindicância foi concluída em 15/01/2016, com a existência de indícios de variação patrimonial a descoberto no período de 2006 a 2013, dando-se início ao processo administrativo disciplinar - PAD, que se encontra na fase inicial de instrução, sendo o acusado notificado em 06 de junho de 2016. A sentença de procedência foi prolatada no presente feito em 17 de janeiro de 2017, devendo, portanto, ser afastada a alegação de que não houve conclusão sobre abertura ou não do processo administrativo disciplinar - PAD. 3. Havendo fortes indícios de enriquecimento injustificado do sindicado e desde que cumprida a norma prevista no artigo 3o, §1°, da LC 105/2001, a quebra de sigilo pode ser*

> *autorizada na fase inquisitiva. 4.Ainda, a quebra de sigilo das contas bancárias do cônjuge do servidor público é plenamente justificada, não só pela sua relação familiar com o sindicado, mas, sobretudo, porque demonstrado que houve o recebimento de valores de origem não identificada e sequer comprovada quando demandado."*

Retoma-se então a procedimentalização para que a comissão obtenha acesso a dados protegidos por sigilo bancário que atendam de forma individualizada e integral a demanda sua para emprego em processo disciplinar em curso, sem se limitar ao que consta previamente de eventuais PAFs.

Antes, convém registrar que pode se mostrar pertinente, em determinado caso concreto, intimar o servidor (ou quem quer que seja o titular das nformações solicitadas) a se manifestar e justificar sua movimentação financeira e bancária, podendo, somente com este expediente, já se ter esclarecidos pontos que pareciam obscuros, dispensando-se medida mais invasiva da intimidade e da vida privada.

Caso não se aplique a hipótese acima ou tenha se revelado emvão a provocação, a seguinte tentativa de solução se dá com detalhada intimação para que o servidor (ou quem quer que seja o titular das informações solicitadas) espontaneamente conceda o acesso. No curso de inquérito administrativo, obviamente, a intimação deve ser precedida por ata de deliberação da comissão de inquérito (em contrapartida, caso o tema em apreço se dê no curso de sindicância patrimonial, na subfase investigativa da fase de admissibilidade - o que, inclusive, até é o mais comum, conforme já se expôs -, a elaboração de ata de deliberação não faz parte da praxe instrumental).

O primeiro item desta intimação deve ser um comando para que o servidor informe os nomes das instituições financeiras nacionais e no exterior, nomes e nº de agências e nº de todas as contas correntes, contas de poupança e contas de investimentos, inclusive de contas movimentadas em corretoras de títulos e valores mobiliários, de que o próprio, seu cônjuge ou companheiro e seus (demais) dependentes constem como titular (ainda que conjuntamente), procurador, representante legal, intermediado ou beneficiário final, no período de aferição.

Em seguida, a intimação deve ter comando para que o servidor e, se for o caso, seu cônjuge ou companheiro e seus (demais) dependentes, quando constem como titular (ainda que conjuntamente), procurador ou representante legal (nestes dois últimos casos, desde que possuam poderes específicos para tal), apresentem autorização, em duas vias e com firma reconhecida, conforme modelo disponibilizado, para que cada instituição financeira informada no primeiro item e situada no Brasil forneça diretamente à corregedoria da RFB, para o período de aferição, os extratos de todas as contas correntes, contas de poupança e contas de investimentos, incluindo aplicações financeiras, empréstimos, financiamentos, leasing e compras de moeda estrangeira e os extratos das faturas de cartões de crédito.

Mencione-se, embora seja incomum, a intimação pode conter item similar, para que o servidor e, se for o caso, seu cônjuge ou companheiro e seus (demais) dependentes, quando constem como titular (ainda que conjuntamente), procurador ou representante legal (nestes dois últimos casos, desde que possuam poderes específicos para tal), apresentem autorização, em duas vias e com firma reconhecida, conforme modelo disponibilizado, para que cada corretora de títulos e valores mobiliários informada no primeiro item e situada no Brasil forneça diretamente à corregedoria da RFB, para o período de aferição, os extratos de movimentação financeira das contas movimentadas. Mas, no caso destas corretoras, normalmente se intima apenas para que o servidor forneça os comprovantes de rendimentos anuais, conforme descrito abaixo, restando para casos muito específicos este item da intimação para autorizar acesso a tais extratos de movimentação financeira.

Estas autorizações dos dois itens acima devem ser expressas institucionalmente em

favor da corregedoria e não individualmente em favor da comissão condutora do processo, pois o rito procedimental e a natureza jurídica da comissão podem mudar (sobretudo quando se enfrenta o tema ainda na subfase investigativa, que antecede o processo disciplinar) e, como trata de documento que autoriza que o sistema correcional se dirija diretamente a cada instituição financeira, é necessário que se comprove que quem autorizou, agindo nas condições de procurador ou representante legal, o fez com poderes para tal.

Além disto, a intimação deve impor ao servidor e, se for o caso, a seu cônjuge ou companheiro e a seus (demais) dependentes, quando constem como titular (ainda que conjuntamente), procurador ou representante legal (agora nestes casos sem necessidade de possuírem poderes específicos para tal), que forneçam cópias dos comprovantes de rendimentos anuais emitidos por cada instituição financeira informada no primeiro item para todas as contas correntes, contas de poupança e contas de investimentos, inclusive de contas movimentadas em corretoras de títulos e valores mobiliários, para cada instituição financeira informada no primeiro item e situada no Brasil e no exterior. Estes comprovantes, além de informarem os rendimentos em si, também informam os saldos no último dia útil de cada ano-calendário dentro do período solicitado.

Também deve fazer parte desta intimação um item que determine que o servidor e, se for o caso, seu cônjuge ou companheiro e seus (demais) dependentes, quando constem como titular (ainda que conjuntamente), procurador ou representante legal (novamente nestes casos sem necessidade de possuírem poderes específicos para tal), apresentem, para cada instituição financeira informada no primeiro item e situada no exterior, para o período de aferição, os extratos de todas as contas correntes, contas de poupança e contas de investimentos, incluindo aplicações financeiras, empréstimos, financiamentos, *leasing* e compras de moeda estrangeira e os extratos das faturas de cartões de crédito. Tratando-se de instituições financeiras situadas no exterior, não faria sentido intimar para apresentar autorização de acesso direto, como se faz acima com as nacionais.

Até este ponto, pode-se ter como um padrão desta intimação requerer informação sobre todas as contas, apresentação de comprovantes de rendimentos anuais das contas nacionais e de extratos das contas internacionais e autorização para acesso direto aos extratos das contas nacionais. A partir daí, a intimação pode se desdobrar em novos itens, dependendo de cada caso concreto.

Conforme já exposto acima, apesar dos julgados já mencionados que permitem o acesso e o emprego diretamente para fins correcionais, adotando-se aqui postura cautelosa, conservadora e minudente, pode-se intimar para que o servidor e, se for o caso, seu cônjuge ou companheiro e seus (demais) dependentes, apresentem autorização para a corregedoria da RFB utilizar, para fins correcionais, os dados bancários e demais documentos autuados no PAF que sejam ou tenham sido alvo.

Estes são os itens mais sensíveis desta intimação, pois tocam dados protegidos por sigilo bancário. A partir daí, caso se demonstre pertinente caso a caso, pode-se aproveitar o termo e intimar o servidor para informar ou para apresentar documentos acerca de questões submetidas apenas a sigilo fiscal.

Por exemplo, pode se intimar o servidor para informar os rendimentos e a relação de bens e direitos do próprios, do seu cônjuge ou companheiro e de seus (demais) dependentes porventura não informados em respectivas declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (DIRPF) em determinados anos-calendários e para apresentar comprovantes de rendimentos anuais recebidos por aqueles seus familiares no período de aferição.

Também é comum constar desta intimação comando para o servidor apresentar cópias autenticadas do contrato de compra e venda e da respectiva escritura de imóveis porventura

adquiridos e/ou alienados pelo próprio e/ou por aqueles seus familiares no período de aferição, bem como informações sobre datas, valores, meio de pagamento e recebimento, emitente, CPF, banco, agência e conta corrente em que os valores foram repassados aos alienantes e/ou pelos adquirentes, acompanhados dos respectivos comprovantes destas operações (tais como cópias de extratos bancários, cópias das microfichas dos cheques em frente e verso e autenticadas pelo banco ou cópias dos extratos de Transferência Eletrônica Disponível - TED ou de Documento de Ordem de Crédito - DOC ou de pagamentos e transferências instantâneas por meio de PIX) e, de forma similar e no que cabível, também para veículos adquiridos e/ou aliendados, empréstimos, financiamentos ou quaisquer outras modalidades de crédito contraídas ou cedidas, doações e transferências patrimoniais declaradas em DIRPF e efetuadas ou recebidas (e estes questionamentos tanto podem se referir a determinada aplicação ou origem de cuja existência já se saiba quanto também podem ser genéricos).

Se for o caso, pode-se incluir comando para que o servidor apresente cópia de eventual processo de arrolamento ou de processo de inventário, com o respectivo formal de partilha, que reflita na situação patrimonial do servidor e seja do interesse da apuração.

Ainda a título de exemplos de comandos, pode-se, enfim, intimar o servidor a apresentar cópias de contratos sociais, com demais alterações, de determinadas pessoas jurídicas e comprovações de pagamentos declarados, incluindo as distribuições realizadas a título de rendimentos de sócios ou lucros e dividendos, no período de aferição e, neste caso, também a apresentar o livro caixa com os regsitros contábeis de tais distribuições.

Na provável hipótese de negação total ou parcial por parte do servidor, cabe à comissão reiterar a intimação, indicando que nada ou que apenas parte do que foi solicitado restou fornecido.

Permanecendo a postura omissiva de parte do servidor para conceder espontaneamente acesso a dados protegidos por sigilo bancário que atendam de forma individualizada e integral a demanda da comissão para emprego em processo disciplinar em curso, sem se limitar ao que consta previamente de eventuais PAFs, faz-se então necessário lançar mão da terceira tentativa, que é de solicitar autorização judicial, conforme expressamente determina o já mencionado e reproduzido § 1º do art. 3º da LC nº 105, de 2001. Conforme aduzido linhas acima, no caso mais comum, de necessidade de acesso a determinada extensão de dados específicos protegidos por sigilo bancário (que, muito provavelmente, não faz parte de PAFs porventura a dispor do Fisco ou, mesmo que faça, para os quais não se quer empregar as jurisprudências judiciais e administrativa permissivas já descritas), não havendo renúncia espontânea, o afastamento do sigilo bancário para fins correcionais requer autorização judicial, sem exceção.

Neste ponto, revela-se interessante pesquisar se porventura já há afastamento do sigilo bancário nas instâncias judiciais penal ou civil, por haver em curso inquérito policial ou ação penal ou ainda ação civil pública de improbidade. Em caso positivo, pode a comissão provocar a autoridade instauradora, nos termos do inciso V do art. 20 da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, e da alínea "e" do inciso II do *caput* e do § 1º do art. 16 da Portaria RFB nº 4.505, de 6 fr outubro de 2020, reproduzido em **4.4.12.4**, a fim de que esta solicite o compartilhamento de acesso àqueles dados diretamente ao Poder Judiciário, dispensando-se atuação da AGU. Em caso negativo, pode-se ainda tentar provocar, no Ministério Público Federal (MPF), o interesse para peticionar na ação o afastamento do sigilo bancário, para em seguida solicitar o compartilhamento. Aqui, mais uma vez relembrando a possibilidade de o enfrentamento deste tema se dar no âmbito de sindicância patrimonial, a autoridade instauradora sai do padrão de ser Chefe de Escor e passa a ser um dos Coordenadores do Grupo Nacional de Investigação (GNI), nos termos do inciso V do art. 3º-A da Portaria Coger nº 168, de 10 de junho de 2019.

Caso as hipóteses acima não se viabilizem, na regra geral, a solicitação da comissão, intermediada pela autoridade instauradora, deve ser dirigida preferencialmente à AGU, em função de legitimidade para atuar, judicialmente, como parte, em nome da União (ou, secundariamente, via MPF), encaminhada pela autoridade instauradora, novamente nos termos do V do art. 20 da Portaria MF nº 492, de 2013, e da alínea "e" do inciso II do *caput* e do § 1º do art. 16 da Portaria RFB nº 4.505, de 20207.

Esta solicitação à AGU se dá por intermédio das suas representações estaduais do Grupo Permanente de Combate à Corrupção. Este Grupo, especializado naquela atividade de controle, deve atuar em harmonia e em mútua colaboração com a Corregedoria (Coger) e com os Escor, já que o sistema correcional detém os autos do processo, com cujas cópias o órgão de assessoramento jurídico pode promover as medidas judiciais cabíveis. É possível se obter o desejado provimento judicial, e até com celeridade, visto que os Advogados da União que integram aquelas representações estaduais despacham direta e periodicamente com o juízo e o pedido é feito com medida *inaudita altera parte* em procedimento cautelar, em que é dispensada a manifestação da defesa. Por isto, antes de formalizar as solicitações à AGU, é importante fazer contato com este Grupo para melhor instrumentalizar as medidas.

O pedido, a ser dirigido à AGU, de afastamento judicial de sigilo bancário deve ser proposto pela comissão à autoridade instauradora, em relatório preliminar, e deve relatar todas as iniciativas, providências, tentativas e reiterações anteriores, acima já descritas, com o fim de obter a renúncia espontânea ao sigilo por parte do servidor.

Este relatório preliminar deve enfatizar os relevantes valores detectados de suposto enriquecimento ilícito decorrente de desproporção patrimonial, em determinados anos-calendário, seja em razão de os respectivos totais de origens conhecidas não terem sido suficientes para suprir os totais de aplicações (caso se tenha adotado metodologia indireta com cálculo exaustivo e tradicional de todas as aplicações e de todas as origens), seja em razão direta de aquisições de bens (e/ou de realizações de despesas) não lastreadas em origem identificada e/ou de depósitos de origem não comprovada (caso se tenha adotado a metodologia do rastreio patrimonial, seja completo, seja restrito). Se for o caso, também deve constar a identificação de movimentação financeira em patamar *a priori* incompatível. O termo deve ainda destacar que, à vista da documentação disponível, inegavelmente o servidor apresenta indícios de enriquecimento ilícito, revelando-se portanto imprescindível o acesso a dados bancários de titularidade sua, de seu cônjuge ou companheiro e de seus (demais) dependentes, listando quais são estes dados em termos de contas mantidas ou movimentadas em instituições financeiras nacionais, a que período se referem, e, se for o caso, explicitar que há dados bancários encartados em ação fiscal, à qual também deve-se solicitar acesso. É importante que o relatório preliminar destaque para a AGU que o pedido deve ser formulado para que a Corregedoria da RFB, institucionalmente, possa receber os dados sigilosos diretamente das instituições financeiras (não convém engessar o pedido, formulando-o em nome individualizado de determinada comissão, que pode não mais existir quando do deferimento). Por fim, diante da imensa quantidade de dados que se presume receber, deve-se solicitar que o provimento judicial determine às instituições financeiras que os dados de contas mantidas em bancos de qualquer espécie sejam fornecidos em formatações previamente padronizadas pelo Bancen facilitadoras de seu manejo e que os comprovantes de rendimentos anuais sejam fornecidos em meio eletrônico.

Destaque-se que esta provocação para que a AGU atue no curso da instrução probatória (como no caso, postulando em juízo favor da quebra de sigilo bancário) não impede sua posterior atuação na fase de julgamento (por meio de parecer da PGFN, por exemplo, como é o caso dos julgamentos de competência do Ministro de Estado da Economia), conforme assevera a jurisprudência.

Mandado de Segurança nº 14.504: "Ementa: 4. Admite-se a atuação da

Advocacia-Geral da União no processo disciplinar como auxiliar da comissão processante junto ao Poder Judiciário na obtenção de provas produzidas na ação penal intentada sob os mesmos fatos investigados na esfera administrativa."
Voto: "(...) Destacou o autor da ação ser indevida a interferência da Advocacia-Geral da União na fase de instrução, pois esse mesmo órgão, ao término do procedimento, participa do julgamento do feito. Sem razão, contudo, o impetrante. (...) Na espécie, o servidor investigado, auditor da receita federal, era vinculado ao Ministério da Fazenda, sendo o ministro desta Pasta o juiz natural do processo administrativo disciplinar e não o Advogado-Geral da União. Ainda, a função da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, na esfera administrativa, é de assessoramento e orientação dos dirigentes do Poder Executivo Federal, para dar segurança jurídica aos atos administrativos que serão por eles praticados. Assim, o parecer apresentado no processo administrativo disciplinar tem cunho meramente informativo. Não há se falar, portanto, que a Advocacia-Geral da União teria participação no julgamento do feito. De outro vértice, observa-se ter sido a Advocacia-Geral da União acionada tão somente para solicitar documentos colacionadas nos autos da ação penal em trâmite na Justiça Federal contra o investigado, cujos fatos se relacionavam com o inquérito administrativo. Outra não poderia ter sido a atitude da comissão processante, uma vez que ela, ou seus membros, não possuem poder postulatório, pressuposto processual para estar em juízo, qualidade esta intrínseca à Advocacia-Geral da União, nos termo do artigo 131 da Constituição Federal."

A jurisprudência é no sentido de que o procedimento do afastamento do sigilo bancário, com que se visa à coleta da prova consubstanciada em extratos estáticos de operações pretéritas, ainda que dependente de autorização judicial, é meramente investigativo e não se amolda aos conceitos mais estritos de ação ou processo judicial. Por este motivo, a tramitação do pedido de afastamento do sigilo bancário não requer que se ofereça contraditório ao titular das operações financeiras, sendo que esta garantia constitucional tem sua observância postergada para o curso do processo administrativo ou da ação judicial, se for o caso, após a juntada dos extratos solicitados.

STF, Agravo Regimental em Inquérito, Processo nº 897: "Ementa: I - A quebra do sigilo bancário não afronta ao artigo 5º, X e XII da Constituição Federal. II - O princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitória."

STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.146: "Ementa: (...) 2. A quebra do sigilo bancário encerra um procedimento administrativo investigatório de natureza inquisitiva, diverso da natureza do processo, o que afasta a alegação de violação dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. 3. O sigilo bancário não é um direito absoluto, deparando-se ele com uma série de exceções previstas em lei ou impostas pela necessidade de defesa ou salvaguarda de interesses sociais mais relevantes."

STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.771: "Ementa: (...) 4. A ausência de notificação sobre a quebra do sigilo bancário não ofende o princípio do contraditório, eis que o mesmo não prevalece na fase inquisitorial. 5. Considera-se devidamente fundamentada a decisão que determina a quebra do sigilo bancário do impetrante, quando sobre este pesa suspeita de prática de atos ímprobos, os quais não poderão ser esclarecidos senão mediante o deferimento da medida extrema. 6. O direito à privacidade é constitucionalmente garantido. Todavia, não é absoluto, devendo ceder em face do interesse público. 7. Se de um lado é certo que todos têm direito ao sigilo bancário como garantia à privacidade individual, de outro, não é menos certo que havendo indícios de improbidade administrativa impõe-se a quebra dos dados bancários do administrador público. Isso porque a proteção

constitucional não deve servir para acobertar prática de atos delituosos."

À vista da presumível demora para obter os dados em via judicial e da celeridade requerida para o deslinde do processo e sem perder de vista ainda o caráter fortemente invasivo desta medida na intimidade e da vida privada alheia, deve a comissão restringir a hipótese de pedido de quebra de sigilo bancário nos termos do § 1º do art. 3º da LC nº 105, de 2001, aos casos absolutamente essenciais e indispensáveis.

Não há que se estender o mandamento constitucional em favor da preservação da intimidade e da vida privada que a LC nº 105, de 2001, no § 1º do seu art. 3º, concretizou por meio da exigência de autorização judicial para que sejam usados, como elementos formadores de convicção, dados bancários de quem quer que seja em instância disciplinar, quando estes dados existem mas não se cogita de efetivamente usá-los.

Pode ocorrer de a instância disciplinar da RFB vir a ter acesso a dados protegidos por sigilo bancário do acusado ou de terceiros por estes já estarem autuados desde a fase de admissibilidade (por exemplo, oriundos de PAF), e a comissão de inquérito não vislumbrar necessidade de sua permanência nos autos, por entender que não serão utilizados como prova e que são irrelevantes para o fato sob apuração. Como não faz sentido manter dados sensíveis nos autos se não se vislumbra dar-lhes efetivo emprego, pode a comissão simplesmente deliberar por seu formal desentranhamento, obviamente sem necessidade de autorização judicial. Mas relembre-se que, especificamente nos processos digitais, formalizados no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) e que possuem suporte documental em meio digital, depois de serem juntados em definitivo, os documentos permanecem disponíveis e acessíveis a partir da funcionalidade de pesquisa a documentos, mesmo após sua exclusão.

Cabe aqui um detalhamento prático e aplicável da inteligência inserida no art. 5º da LC nº 105, de 2001, em especial em seu *caput* e em seus §§ 2º e 5º, todos já reproduzidos acima, qual seja, da obrigatoriedade de, periodicamente, instituições financeiras prestarem informações agregadas e não individualizadas à RFB, acerca de operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços, a serem preservadas - e, consequentemente, acessadas e empregadas - sob cláusula de sigilo fiscal e sob regulamento do Decreto nº 4.489, de 2002.

Na esteira da necessidade de cautelosa análise antes de interpor pedido judicial de afastamento de dados protegidos por sigilo bancário, destaca-se que a relevância destas informações pode ser inicialmente inferida mediante o valor agregado de movimentação financeira, obtido com pesquisa prévia nos dados constantes dos sistemas informatizados da própria RFB, desde a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF), passando pela Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira (Dimof) e até a e-Financeira e a Declaração de Operações com Cartões de Crédito (Decred), que a seguir se descrevem.

Neste rumo, resgate-se que, por força do inciso III do § 3º do art. 1° da LC n° 105, de 2001, não constituía afastamento do sigilo bancário, por parte das instituições financeiras, o fornecimento periódico do dado agregado de movimentação financeira, para fim de apuração da extinta CPMF, instituída pela Lei n° 9.311, de 24 de outubro de 1996, e que vigorou até 31 de dezembro de 2007.

LC n° 105, de 2001 - Art. 1°
§ 3° Não constitui violação do dever de sigilo:
III - o fornecimento das informações de que trata o § 2° do art. 11 da Lei n° 9.311, de 24 de outubro de 1996;

Lei n° 9.311, de 1996 - Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.

> *§ 2° As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda.*

Da mesma forma, consecutivamente na cronologia do ordenamento, também não constituía afastamento do sigilo bancário, por parte das instituições financeiras, o fornecimento semestral à RFB do dado agregado de movimentação financeira, por meio da extinta Dimof, a partir de 1º de janeiro de 2008, em substituição à CPMF, nos termos disciplinados pelas INs RFB nº 802, de 27 de dezembro de 2007, e nº 811, de 28 de janeiro de 2008.

> *IN RFB nº 802, de 2007 - Art. 1º As instituições financeiras, assim consideradas ou equiparadas nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, devem prestar informações semestrais, na forma e prazos estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), relativas a cada modalidade de operação financeira de que trata o art. 3º do Decreto nº 4.489, de 2002, em que o montante global movimentado em cada semestre seja superior aos seguintes limites:*
> *I - para pessoas físicas, R$ 5.000,00 (cinco mil reais);*
> *II - para pessoas jurídicas, R$ 10.000,00 (dez mil reais).*
> *Art. 3º Esta IN entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2008*
>
> *IN RFB nº 811, de 2008 - Art. 1º Instituir a Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira (Dimof), cuja apresentação é obrigatória para os bancos de qualquer espécie, cooperativas de crédito e associações de poupança e empréstimo, e para as instituições autorizadas a realizar operações no mercado de câmbio.(Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.092, de 02/12/10)*
> *§ 1º As informações de que trata o caput compreendem a identificação dos titulares das operações financeiras, pelo número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), e os montantes globais mensalmente movimentados.*
> *§ 2º É vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a origem ou o destino dos recursos utilizados nas operações financeiras de que trata o caput.*
> *Art. 3º As instituições financeiras de que trata o art. 1º estão obrigadas à apresentação das informações, em relação aos titulares das operações financeiras mencionadas no art. 2º, quando o montante global movimentado, em cada semestre, for superior a:*
> *I - R$ 5.000,00 (cinco mil reais), no caso de pessoas físicas;*
> *II - R$ 10.000,00 (dez mil reais), no caso de pessoas jurídicas.*
> *§ 1º Para fins do disposto no caput, considera-se montante global movimentado em cada semestre o somatório dos montantes globais movimentados mensalmente nos meses de janeiro a junho e de julho a dezembro, correspondendo ao primeiro e ao segundo semestres de cada ano, respectivamente.*
> *Art. 4º A Dimof deverá ser apresentada, em meio digital, mediante a utilização de aplicativo a ser disponibilizado na página da Secretaria da Receita Federal do Brasil na Internet, no endereço <www.receita.fazenda.gov.br>:*
> *I - até o último dia útil do mês de fevereiro, contendo as informações relativas ao segundo semestre do ano anterior; e*
> *II - até o último dia útil do mês de agosto, contendo as informações relativas ao primeiro semestre do ano em curso.*

A IN RFB nº 1.571, de 2 de julho de 2015, estabeleceu a obrigatoriedade da prestação

semestral de informações referentes a operações financeiras de interesse fiscal, por meio de declaração eletrônica gerada diretamente em sistema informatizado próprio (e-Financeira). A e-Financeira, inserida no escopo do Sistema Público de Escrituração Digital (Sped), além de incorporar os dados sobre movimentação financeira antes informados na Dimof, abrange ainda os dados sobre aplicações financeiras, seguros, planos de previdência privada e investimentos em ações.

> *IN RFB nº 1.571, de 2 de julho de 2015 - Art. 1º Esta Instrução Normativa disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações financeiras de interesse da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).*
> *Art. 2º As informações serão prestadas mediante apresentação da e-Financeira, constituída por um conjunto de arquivos digitais referentes a cadastro, abertura, fechamento e auxiliares, e pelo módulo de operações financeiras.*
> *Art. 6º*
> *§ 11. É vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a origem ou o destino dos recursos utilizados nas operações financeiras de que trata o caput.*
> *Art. 7º As entidades de que trata o art. 4º estão obrigadas à apresentação das informações relativas às operações financeiras mencionadas nos incisos I, II e VIII a XI do caput do art. 5º, quando o montante global movimentado ou o saldo, em cada mês, por tipo de operação financeira, for superior a:*
> *I - R$ 2.000,00 (dois mil reais), no caso de pessoas físicas; e*
> *II - R$ 6.000,00 (seis mil reais), no caso de pessoas jurídicas.*
> *Art. 12.*
> *Parágrafo único. Em relação aos fatos ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2016, fica dispensado o fornecimento à RFB das informações de que trata a Instrução Normativa RFB nº 811, de 28 de janeiro de 2008, na forma prevista na Instrução Normativa RFB nº 1.168, de 29 de junho de 2011.*

Importa destacar que, independentemente do instrumento utilizado para a prestação da informação e do seu nome jurídico, desde a CPMF, passando pela Dimof e até a e-Financeira, trata-se de repasse apenas do nome do titular das operações financeiras e do seu montante periódico, sem identificação da origem dos recursos e a natureza dos gastos realizados. Desta forma, tem-se que se preservam a intimidade e a vida privada das pessoas. Uma vez recebidos estes dados globais, o Fisco os conserva sob cláusula de sigilo fiscal, conforme o suprareproduzido § 5º do art. 5º da LC nº 105, de 2001, e, portanto, são acessíveis e utilizáveis nos termos já expostos para esta outra cláusula, sem necessidade de autorização judicial.

Na mesma linha, informe-se que a Decred, instituída pela IN SRF nº 341, de 15 de julho de 2003, também contém dados acobertados apenas pelo sigilo fiscal e não por sigilo bancário, uma vez que, por meio desta Declaração, as administradoras de cartões de crédito tão somente informam à RFB os valores agregados superiores a determinado montante mínimo que cada contribuinte gasta, ao mês, com cartões de crédito, sem pormenorizar operação por operação.

> *IN SRF nº 341, de 2003 - Art. 2º As administradoras de cartão de crédito prestarão, por intermédio da Decred, informações sobre as operações efetuadas com cartão de crédito, compreendendo a identificação dos usuários de seus serviços e os montantes globais mensalmente movimentados.*
> *Art. 3º As administradoras de cartões de crédito poderão desconsiderar as informações em que o montante global movimentado no mês seja inferior aos seguintes limites:*
> *I - para pessoas físicas, R$ 5.000,00 (cinco mil reais);*
> *II - para pessoas jurídicas, R$ 10.000,00 (dez mil reais).*

Sendo assim, a suposta movimentação financeira incompatível pode ser indício capaz de provocar a posterior comprovação de ocultação de origens de recursos, a qual, por sua vez, tanto pode originar lançamento de crédito tributário em procedimento fiscal quanto também pode sugerir o aprofundamento de investigação de suposto ato de improbidade administrativa decorrente de enriquecimento ilícito, passível de ser enquadrado no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, com a definição tomada no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, conforme se abordou em **2.5.3.2.5**. Neste caso, tem-se que a persecução disciplinar não cogita de empregar, como elementos formadores de sua convicção, dados protegidos por sigilo bancário, mas sim fiscal, não se submetendo, portanto, à prévia autorização judicial como parâmetro de licitude.

Também não cabem no sentido estrito de dados protegidos por sigilo bancário, a necessitarem de provimento judicial para acesso, os dados contidos na base do Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS), do Bacen. Conforme o próprio endereço eletrônico do Bacen informa, o CCS contém informações de mera natureza cadastral, acerca dos relacionamentos (contas correntes, contas de poupança e contas de investimento) que determinado cliente mantém ou manteve (indicando datas de abertura e, se for o caso, de encerramento das contas) com instituições do Sistema Financeiro Nacional, sem disponibilizar saldos e movimentações financeiras. A rigor, uma consulta pela e-Financeira permite acesso a um rol de informações até mais extenso que aquele propiciado por uma consulta via CCS, sendo de se reconhecer, no entanto, que esta pesquisa é mais simples de ser feita que aquela.

> *"O Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS) é um sistema que registra a relação de instituições financeiras e demais entidades autorizadas pelo Banco Central com as quais o cliente possui algum relacionamento (como conta corrente, poupança e investimentos).*
> *Importante! O CCS informa a data do início e, se for o caso, a data do fim do relacionamento com a instituição, mas não contém dados de valor, de movimentação financeira ou de saldos de contas e aplicações.*
> *O Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS) é um sistema de informações de natureza cadastral que abrange os relacionamentos mantidos pelos clientes (pessoa física ou jurídica) ou representantes legais com bancos e outras instituições do Sistema Financeiro Nacional participantes do Cadastro. Esses relacionamentos abrangem contas, investimentos, aplicações e outros ativos.*
> *O Cadastro contém as seguintes informações sobre o relacionamento dos clientes com as instituições do Sistema Financeiro Nacional:*
> - *identificação do cliente ou de seus representantes legais e procuradores;*
> - *instituições financeiras nas quais o cliente mantém seus ativos ou investimentos;*
> - *datas de início e, se for o caso, de fim de relacionamento com a instituição.", disponível em https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/cadastroclientes e https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/perguntasfrequentes-respostas/faq_ccs, acesso em 16/06/20*

4.4.13 - Compartilhamento de Elemento, Circulação de Elemento Informativo e Prova Emprestada

Quando se detecta que um determinado elemento informativo ou elemento de prova já realizado e autuado em um processo - seja em fase investigativa, seja em fase contraditória, de qualquer instância e em andamento ou já encerrado - também pode atuar como formador de convicção em outro processo ainda em curso, pode-se operar o seu compartilhamento, a fim de poupar o seu refazimento. Pode-se ainda cogitar de uma situação muito peculiar, de dois

processos em curso na mesma instância simultaneamente necessitarem do mesmo elemento formador de convicção, sendo então realizado apenas uma vez, autuado em um dos processos e compartilhado para o outro.

O compartilhamento ilumina-se pela liberdade dos meios de prova, pela necessidade de atendimento do preceito da celeridade processual, inserida na garantia constitucional da duração razoável do processo, nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal (CF), e pela motivação da busca principiológica da economia processual e da verdade processualmente viável, a fim de se obter a mais justa decisão.

Diferentemente do processo penal, que tem o compartilhamento positivadamente previsto no art. 372 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é silente quanto ao tema. Não obstante, à luz do seu próprio art. 155, que permite o emprego de todas as diligências cabíveis objetivando a coleta de prova e a melhor elucidação dos fatos, tem-se que os meios de prova empregáveis na instrução processual disciplinar não estão taxativamente previstos e tampouco há vedação para o emprego do compartilhamento naquele diploma legal. Com isto, desde sempre, a jurisprudência e a doutrina defendem a pertinência do emprego do instituto na processualística disciplinar, independentemente se o elemento a ser transladado advém de processo judicial ou administrativo.

> *CPC - Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.*
>
> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 9.850: "Ementa: A doutrina e a jurisprudência se posicionam de forma favorável à 'prova emprestada', não havendo que suscitar qualquer nulidade, tendo em conta a utilização de cópias do inquérito policial que corria contra o impetrante. Constatado o exercício do contraditório e da ampla defesa."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 13.111, Relatório: "(...) quanto à prova emprestada, faz-se necessário que o impetrante apresente seus argumentos de modo detalhado e com base em elementos constantes da prova pré-constituída. Assim, a mera alegação de que a prova emprestada não teria observado o devido processo legal não pode prosperar. Este Superior Tribunal tem admitido a prova emprestada em alguns casos. Na hipótese, tanto as informações como o relatório final da comissão disciplinar noticiam que a quebra do sigilo bancário ocorreu nos autos de ação penal cujo conteúdo foi devidamente utilizado no PAD."*
> *Idem, STJ, Mandado de Segurança nº 10.874 e Recurso em Mandado de Segurança nº 20.066.*
>
> *"A prova também pode ser emprestada, isto é, colhida em outro processo, onde foi produzida e assim trazida para o procedimento disciplinar, por ser aplicável ao caso em apuração." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 148, Editora Forense, 2ª edição, 2006*
>
> *"A comissão pode obter provas emprestadas de outros processos." Léo da Silva Alves, "A Prova no Processo Disciplinar", pg. 161, Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003*

Refletindo e pacificando o fato de que o compartilhamento é aceito no Direito processual em geral, em que obviamente não se excepciona o processo disciplinar, a

Controladoria-Geral da União (CGU) primeiramente se manifestou, por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), no Enunciado CGU/CCC nº 20, de 26 de fevereiro de 2018, a favor do intercâmbio administrativo. Em seguida, o instituto recebeu previsão positivada na Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018. O seu art. 12, ao ratificar a amplitude de possibilidade de emprego de meios de provas na processualística disciplinar, expressou a validade do instituto da prova emprestada de forma genérica, já sem ressalvar instâncias.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 12. Nos procedimentos correcionais regulamentados nesta Instrução Normativa poderão ser utilizados quaisquer dos meios probatórios admitidos em lei, tais como prova documental, inclusive emprestada, manifestação técnica, tomada de depoimentos e diligências necessárias à elucidação dos fatos.*
>
> *Enunciado CGU/CCC nº 20, de 2018: "Admissibilidade do compartilhamento de provas entre procedimentos administrativos. O compartilhamento de provas entre procedimentos administrativos é admitido, independentemente de apurarem fatos imputados a pessoa física ou a pessoa jurídica, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça".*

Assim, dentro dos limites que abaixo se exporão, não há impedimento para que a comissão designada em determinado processo administrativo (seja procedimento correcional investigativo, seja processo disciplinar) junte aos autos prova realizada em outro processo, seja também administrativo (de qualquer fase), seja até judicial, tanto de ofício por iniciativa do próprio colegiado, quanto a pedido da defesa.

Cabe aqui uma explanação conceitual. Embora sejam informalmente empregadas como equivalentes, as noções de compartilhamento e de empréstimo guardam diferença. A rigor, deve-se aduzir a compartilhamento de elemento ou a elemento compartilhado (tanto para elemento informativo quanto para elemento de prova) como um gênero, dentro do qual cabem as espécies circulação de elemento informativo e prova emprestada. Quando se trata de compartilhamento de elemento informativo, ou seja, de elemento não submetido ao contraditório no processo de origem, o instrumento correto é a circulação de elemento informativo. Na acepção técnica, ainda que aqui se esteja sintetizando os critérios doutrinários, somente se tem prova emprestada quando o elemento dos autos originais foi produzido sob o manto do contraditório (no caso de elemento constituendo) ou foi posteriormente submetido a esta garantia ainda naqueles autos (no caso de elemento pré-constituído) a favor de quem é parte interessada neste processo e que também é parte no processo de destino. E faz todo sentindo já que, conforme exposto em **4.4.1.1.3.a**, o termo "prova" requer, como condição de emprego, a satisfação da garantia do contraditório; sendo assim, a expressão "prova emprestada" permanece condicionada ao mesmo critério.

Como consequência, se, por um lado, o conceito estrito de prova emprestada (ou de empréstimo de prova) requer certos requisitos instrumentais prévios, por outro lado, o conceito de circulação de elemento informativo dispensa rigores formais, sobretudo se se trata de translado entre dois procedimentos correcionais investigativos, não havendo, como regra, restrição para a validade de tal intercâmbio (salvo hipóteses requeredoras de autorização judicial, adiante descritas).

À vista deste acerto conceitual, é de se ter em mente que a expressão "prova emprestada" possui um rigor técnico de emprego mais restritivo. Não obstante, não raro, se veem manifestações jurisprudenciais e doutrinárias e até mesmo previsões em normas, como aquelas acima expostas, empregando a expressão de uma maneira genérica, que não necessariamente se reporta ao translado de prova já submetida ao contraditório no processo original a favor de quem também é parte no processo de destino. Este emprego alargado do conceito faz com que a expressão "prova emprestada" seja muito mais comum e de uso

consagrado. Na mesma linha, pode-se conceder, ao longo deste texto, a liberalidade de se grafar “prova emprestada” em situação em que o rigor técnico clamaria pela expressão “circulação de elemento informativo”.

Vê-se que desde a integração com o art. 372 do CPP - ou seja, a cautela vem desde a sede processual penal - impera a preocupação com a satisfação da garantia do contraditório. Esta necessidade instrumental para fim de validação do emprego do instituto se reflete nas manifestações jurisprudenciais mais específicas e aprofundadas.

> *STF, Mandado de Segurança nº 28.003: “Ementa: 4) As provas obtidas em razão de diligências deflagradas na esfera criminal podem ser utilizadas em processo administrativo disciplinar, uma vez submetidas ao contraditório, posto estratégia conducente à duração razoável do processo, sem conjuração das cláusulas pétreas dos processos administrativo e judicial. “*
>
> *STJ, Súmula nº 591: “É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa.”*

Conforme a conceituação acima exposta, é condição essencial para o emprego de prova emprestada no processo disciplinar, no sentido estrito desta expressão, que o elemento importado tenha sido submetido ao contraditório a favor do interessado no processo de origem, que é exatamente o mesmo acusado nos autos de destino. Embora as manifestações jurisprudenciais acima tenham se reportado apenas à situação mais complexa, do compartilhamento de processo judicial para processo disciplinar, obviamente, este comando de necessária observância da base principiológica cara à defesa se aplica igualmente se a prova advém não só de de autos judiciais, mas também se exige, igualmente, mesmo que advenha de outro processo administrativo, disciplinar ou não.

Primeiramente, menciona-se a única forma perfeita de atendimento da conceituação estrita do instituto da prova emprestada na processualística disciplinar, como a melhor espécie do gênero compartilhamento de elemento. Para tal, é necessário que a mesma pessoa figure como interessado no processo de origem, seja este judicial ou administrativo, e também como acusado no processo disciplinar de destino e que a prova tenha sido coletada ou produzida sob aquele manto principiológico nos primeiros autos. Assim sendo, tendo sido devidamente ofertado o contraditório ao mesmo interessado, esta prova transmutada, ainda que em cópia, além de poder, tecnicamente, ser denominada de emprestada, é integralmente válida no processo disciplinar de destino, trazendo para estes autos todo o seu valor como elemento formador de convicção e mantendo a força e o condão intrínsecos à sua natureza. Com isto, quer se dizer que o valor apriorístico de cada tipo de prova se translada também, não tendo seu valor probante reduzido à mera cópia documental juntada. Tem-se que, por exemplo, provas emprestadas decorrentes de uma oitiva de testemunha compromissada ou de um laudo de perito mantêm seus respectivos valores probantes que lhes são *a priori* inerentes, dentro da consagrada livre valoração da prova, no processo disciplinar de destino. As provas emprestadas, quando atendem a acepção restrita desta expressão conceituadora, trazem para o processo disciplinar de destino o mesmo valor que a princípio possuem no processo em que efetivamente foram realizadas, qual seja, de serem a materialização, em elemento juridicamente válido, de atos concretos realizados naqueles autos (uma oitiva ou uma perícia, por exemplo).

Pode-se apresentar uma segunda conformação que, embora não se amolde à definição estrita de prova emprestada e nem tampouco se possa rotular como circulação de elemento informativo, não é impedida de ser tratada como uma hipótese intermediária também cabível no gênero aceito de compartilhamento de prova. É possível se cogitar de algum caso específico em que, para o deslinde de um determinado processo disciplinar, se demonstre necessária a importação de uma prova produzida em outro processo, judicial ou

administrativo, envolvendo diferente interessado para o qual foi suprido o contraditório na origem. Tanto é verdadeira a aceitabilidade deste elemento que seu compartilhamento pode decorrer de pedido do próprio acusado no processo disciplinar a que se destina sua juntada, hipótese em que o aspecto formal não justificaria, por si só, a liminar denegação. Tal entendimento pode encontrar maior amparo em provas sobre condições ou situações externas à conduta do acusado no processo disciplinar de destino ou que, de quaisquer formas, não digam respeito especificamente à sua pessoa. Mesmo que já valesse como prova no processo de origem, para também valer como tal no processo disciplinar de destino, a sua cópia importada deve aqui ser submetida ao contraditório a favor do acusado, notificando-o da juntada do novo elemento (nas formas e meios permitidos em **4.3.11.3** e em **4.4.3**) e expressando seu direito de contestar o seu conteúdo estático-documental. Com isto, a lacuna da diferença pessoal entre o interessado no processo de origem e o acusado no processo disciplinar de destino pode ser ao menos parcialmente sanada com a oferta de contraditório a este agente. Este entendimento elástico da plausibilidade do emprego do compartilhamento mesmo que o processo de origem se refira a um interessado diferente do processo disciplinar de destino é inferido como ratificado no já reproduzido Enunciado CGU/CCC nº 20, de 2018, que, mesmo sem abordar a questão do contraditório, expressa permissão de um processo administrativo referente a pessoa jurídica para outro que se refira a pessoa física.

Avança-se na análise, com a terceira hipótese, esta sim não cabível no conceito de prova emprestada mas perfeitamente amoldada ao conceito de circulação de elemento informativo, válida, conforme introduzido acima, como espécie do gênero do compartilhamento de elemento. Na prática, como já se fez na hipótese acima, se percebe que o crucial para o tema é que o acusado no processo disciplinar de destino da prova compartilhada tenha a oportunidade de contraditar seu conteúdo estático-documental, nestes autos de seu interesse, onde círculo de direitos seus está sob risco. Com isto, pode-se aduzir que, na verdade, o fato de não se ter franqueado o contraditório a este acusado no processo de origem, seja judicial ou administrativo, não inviabiliza o emprego do instituto da circulação do elemento informativo, pois tal lacuna pode ser, pelo menos em parte, suprida com a contestação sobre a cópia juntada no processo disciplinar de destino. E percebe-se que a presente construção, diferentemente das duas hipóteses acima, não se altera se o interessado no processo de origem é, ou não, o mesmo acusado no processo disciplinar de destino. A lacuna instrumental a ser suprida e o saneamento são os mesmos. Assim, seja quando o elemento deveria ter tido sua feitura ofertada ao contraditório e irregularmente não o foi, seja quando o elemento - por sua natureza - não comportava mesmo contraditório em sua feitura (por exemplo, um depoimento em inquérito policial), não resta absolutamente inviabilizado seu uso como elemento informativo, mediante circulação, em outro processo, no qual passará à qualidade de prova mediante o contraditório diferido. Aplica-se analogamente a solução acima apresentada para a segunda hipótese, sendo a lacuna parcialmente sanada com a garantia do contraditório ao acusado no processo disciplinar de destino com a notificação da juntada (novamente nas formas e meios permitidos em **4.3.11.3** e em **4.4.3**), expressando seu direito de contestar o que consta da cópia documental.

Nestas duas hipóteses acima, diferentemente da primeira hipótese da perfeita harmonização com o conceito teórico e restritivo de prova emprestada, o valor probante da cópia do elemento informativo ou da prova compartilhada pode ser minorado, à luz da livre valoração da prova. Em princípio, aqui, diferentemente da primeira hipótese, não se afirma que este elemento informativo ou que esta prova compartilhada traga e mantenha consigo, para o processo disciplinar de destino, toda a força de seu valor probante e todo o *status* apriorístico que sua natureza lhe confere na escala de valoração que pudesse possuir no processo de origem, conforme também entende a jurisprudência. Na segunda hipótese, de nada importa, para fim de valoração no processo disciplinar de destino, perquirir se a feitura da prova na origem teve ou não a perfeita oferta do contraditório para o seu interessado, já

que eventual contestação não aproveitaria outra pessoa, qual seja, o acusado no processo disciplinar de destino. E, na terceira hipótese, ainda com mais ênfase, se aplica o que se aduziu linhas acima, acerca de o elemento informativo circulado para o processo disciplinar de destino não trazer consigo o valor probante que possa ter tido no processo de origem, no qual sequer teve oferta de contraditório, aqui se reduzindo à juntada de cópia documental, com menor *status* apriorístico na escala de valoração.

> *STJ, Recurso Especial nº 1.561.021: "Ementa: 1. No processo penal, admite-se a prova emprestada, ainda que proveniente de ação penal com partes distintas, desde que assegurado o exercício do contraditório. 2. Inexiste nulidade na condenação baseada em depoimento de testemunha colhido em outro processo criminal, uma vez oportunizada a manifestação das partes sobre o conteúdo da prova juntada, resguardando-se o direito de interferir na formação do convencimento judicial.*
> *Voto: O que se pode discutir, mas não pode ser objeto de habeas corpus, é o valor dessa prova. Se ela vai valer do mesmo modo que uma testemunha ouvida no mesmo processo, sob o contraditório das mesmas partes, se ela terá o valor de um informante, se ela terá o valor de um documento, se ela terá o valor de um mero indício, enfim, é critério de valoração da prova, mas válida essa prova é, não violando nenhuma norma legal, e não violando tampouco o princípio constitucional do contraditório."*

Em síntese, conforme amparo jurisprudencial e doutrinário, a validade do elemento compartilhado do processo de origem para o processo disciplinar de destino não se condiciona a serem ambos feitos administrativos, nem a envolverem o mesmo polo passivo e nem mesmo a ter sido submetido a contraditório naqueles primeiros autos. O elemento compartilhado pode vir tanto de outro processo administrativo quanto de um processo judicial, os autos de origem podem comportar outro interessado diferente do acusado no processo disciplinar de destino e sua coleta pode ter se dado de forma inquisitorial. A validade da juntada de sua cópia no processo disciplinar de destino basicamente se condiciona apenas pela oferta de contraditório ao acusado, conforme manifestações jurisprudencial e doutrinária - não obstante, como exposto acima, as diferentes combinações analisadas poderem refletir em distintos graus de manutenção do valor probante deste elemento.

> *STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 617.428:"Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo."*
>
> *"No processo administrativo, que se orienta no sentido da verdade material, não há razão para dificultar o uso da prova emprestada, desde que, de qualquer maneira, se abra possibilidade ao interessado de questioná-la (...)." Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, "Processo Administrativo", pg. 135, Malheiros Editores, 1ª edição, 2001*

Ao fim deste arrazoado, o mais importante é deixar claro que se preserva a inteligência e o objetivo que há por trás do instituto do compartilhamento de elemento informativo em geral ou do instituto da prova emprestada em específico, que é a economia processual obtida. Os institutos em tela se justificam precipuamente para dispensar o refazimento do elemnto compartilhado ou da prova emprestada no processo de destino, segundo a manifestação da

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN)), por meio do seu Parecer PGFN/Coged nº 2.428/2023/MF, o qual, por sua vez, cita a jurisprudência.

> *Parecer PGFN/Coged nº 2.428/2023/MF: "50. Quanto ao contraditório sobre a prova emprestada, perceba-se que a jurisprudência não exige a repetição da prova, o que desnaturaria o expediente. Ora, a vantagem da prova emprestada é justamente dispensar a repetição da sua colheita, em homenagem à economia e celeridade processuais. Acaso fosse exigida a repetição de cada depoimento cujo teor se tomou de empréstimo, a prova emprestada não seria útil. Por esta razão, o STJ entende que o contraditório sobre a prova emprestada significa o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente. Veja-se:*
> *'Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Crimes licitatórios. Prova emprestada. Possibilidade. Desnecessária identidade de partes. Posterior submissão da prova ao contraditório. Agravo desprovido. 1. A jurisprudência desta Corte Superior admite a utilização de prova emprestada, desde que assegurado o contraditório, vinda de processo do qual não participaram as partes do feito para o qual a prova será trasladada. Precedentes. 2. Com efeito, esta Corte entende que 'independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo' (EREsp n. 617.428/SP, rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 4/6/2014, DJe 17/6/2014). 3. No caso, após a juntada da referida prova emprestada, a defesa teve oportunidade de insurgir e refutá-la, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, não havendo que se falar em eventual nulidade. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no AREsp: 1217163 MG 2017/0316370-8, Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, Data de Julgamento: 27/11/2018, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 07/12/2018)'."*

Feita esta apresentação jurídico-conceitual do tema, cabe agora expor de forma prática os diferentes desdobramentos para a operacionalização do compartilhamento de elemento informativo ou de elemento de prova inserido em outro processo, judicial ou administrativo, para o processo disciplinar de destino. Primeiramente, antecipe-se que, caso o elemento advenha de outro processo administrativo, pode ou não haver necessidade de autorização judicial para o compartilhamento, a depender da natureza das informações contidas; e caso advenha de processo judicial, obviamente, se fará necessária a devida autorização.

Na primeira hipótese a se abordar, a mais simples, cuida-se de compartilhar um elemento informativo ou um elemento de prova comum (qual seja, que não encarte informações submetidas à regra especial de sigilo, a exemplo de sigilo bancário, sigilo de comunicações, qualquer espécie de sigilo agasalhada no inciso X do art. 5º da CF, referente a intimidade, vida privada, imagem ou honra, sigilo profissional ou segredo de justiça) de um processo administrativo, disciplinar ou não, para outro processo disciplinar. Para que tal compartilhamento de elemento não sigiloso se proceda, basta que, após a devida deliberação da comissão, o presidente solicite, por ofício, à sua autoridade instauradora diligências para o fornecimento, junto à autoridade competente pelo processo de origem, disciplinar ou não (na hipótese de estas duas autoridades serem diferentes - ou seja, mesmo que a outra autoridade também seja do sistema correcional); se o processo de origem também for disciplinar e instaurado pela mesma autoridade, obviamente basta que esta forneça a diretamente o elemento solicitado. Na situação ainda mais peculiar, sendo ambos os processos disciplinares e conduzidos pela mesma comissão ou havendo pelo menos um membro em comum em ambos colegiados, pelo princípio do formalismo moderado, pode-se dispensar a solicitação de compartilhamento à autoridade instauradora, podendo o próprio trio proceder de imediato à juntada deliberada no processo de destino.

Mas, como já introduzido acima, a legalidade da aplicação do instituto do compartilhamento na processualística disciplinar não se limita à importação de elemento informativo ou de elemento de prova sem sigilo legal de um processo disciplinar para outro, podendo também se configurar duas situações mais complexas, quais sejam, de se ter como processo de origem autos judiciais (penais ou civis), em que sempre se prevê a necessidade de autorização judicial (independentemente da natureza do elemento que se quer importar) ou de se necessitar importar elemento sigiloso encartado em processo administrativo, disciplinar ou não, que pode, ou não, suscitar necessidade daquela autorização. Obviamente, em todo caso em que se requeira autorização judicial, impõe-se um maior rigor formal para o compartilhamento.

No caso de se necessitar importar elemento que se encontra autuado em processo judicial, independentemente de ter ou não natureza especialmente sigilosa, de forma óbvia, deve a Administração solicitar autorização judicial para o seu compartilhamento no processo disciplinar. Na peculiaridade ainda mais restritiva de o elemento se enquadrar em hipótese acobertada por alguma espécie de sigilo legal, a diferença na operacionalização reside apenas no detalhe de que o pedido administrativo deve ser bem melhor fundamentado, diante da maior cautela com que o Poder Judiciário avaliará o pedido de compartilhamento de elemento sensível.

E no caso de o elemento conter informações acobertadas por hipótese legal de sigilo e estar encartado em outro processo também administrativo, disciplinar ou não, é primeiro de se perquirir se a sua admissão no processo de origem decorreu ou não de necessária autorização judicial. Caso não tenha decorrido de autorização judicial para sua admissão no processo de origem (por exemplo, prova de natureza fiscal em processo administrativo no âmbito da RFB), o elemento pode ser diretamente importado para o processo disciplinar de destino, da forma ordinária já descrita acima. Caso tenha decorrido de autorização judicial para sua admissão no processo de origem e esta autorização desde já tenha sido abrangente para qualquer emprego na Administração ou ao menos para o sistema correcional em geral, o elemento também pode ser ordinariamente importado para o processo disciplinar de destino. Mas, caso tenha decorrido de autorização judicial para sua admissão no processo de origem e esta autorização tenha sido restritiva para seu emprego apenas naqueles autos administrativos, a sua importação para o processo disciplinar de destino depende de nova e específica autorização judicial que estenda seu emprego, conforme doutrina da CGU.

> *"No processo administrativo disciplinar, a comissão poderá se utilizar de provas trazidas de outros processos administrativos e do processo judicial, observado o limite de uso da prova emprestada. A prova, nesse caso, poderá ser juntada por iniciativa do colegiado ou a pedido do acusado. No caso da existência de prova já obtida com o afastamento do sigilo (interceptações telefônicas, sigilo bancário, e sigilo fiscal de terceiros estranhos à investigação) em outro processo, e havendo necessidade de juntada dessa prova no processo administrativo disciplinar, a comissão pode requerer diretamente à autoridade competente pelo outro processo o compartilhamento dessa prova para fins de instrução probatória, com base na independência atribuída pelo art. 150 da Lei nº 8.112/90:*
> *Todavia, é certo que tal providência deverá ser analisada caso a caso, de modo que seja possível verificar se a decisão prolatada na esfera judicial permite ou não o compartilhamento de informações entre processos correcionais deflagrados no mesmo órgão. Caso, por exemplo, a quebra de sigilo bancário tenha sido deferida com o fim específico de instruir determinada apuração disciplinar, deverá ser realizado novo pedido na esfera judicial para o compartilhamento da respectiva documentação acobertada por sigilo. Frise-se que com o compartilhamento da prova a comissão tem o compromisso de assegurar o seu sigilo, zelando para garantir o cuidado necessário para*

impedir sua divulgação, sob pena de incidir nas infrações estabelecidas nas legislações específicas, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 170, 2013, disponível em http:// www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13

Obviamente, sob o devido amparo de autorização judicial (seja já desde a decisão original abrangente a favor de qualquer emprego no âmbito da Administração ou do sistema correcional, seja com extensão posterior de provimento que havia sido específico apenas para um determinado processo), não há ilicitude ou ilegitimidade em importar de outro processo, judicial ou administrativo, dados acobertados por cláusula legal de sigilo da mesma pessoa que figura como acusado no processo disciplinar de destino e nem mesmo de outra pessoa, física ou jurídica, diferente deste acusado. Não há que se falar em violação de sigilo protegido por cláusulas legais específicas a favor deste acusado ou daquele primeiro interessado, pois aqui tão somente se trata da hipótese de transferência do compromisso de se manter ainda em sigilo aqueles dados. A Administração pode utilizar os dados sensíveis referentes ao acusado do processo disciplinar de destino ou referentes a terceiro, bem como aquele acusado também pode fazê-lo com dados sensíveis referentes a terceiro, mas ambos agentes devem atuar no limite do seu interesse processual e, caso divulguem tais dados, incorrem em ilicitude e se sujeitam à responsabilização por este ato.

Isto traz à tona uma questão importante e complexa, que é a discussão se meios de obtenção de prova (já conceituados em **4.4.1.1.3.a**) merecedores de reserva de jurisdição podem ser compartilhados. Os entendimentos jurisprudencial e doutrinário é de que, uma vez tendo havido autorização judicial para o afastamento da proteção constitucional (seja aquela que acoberta o sigilo da comunicação telefônica, sejam aquelas que acobertam, de diversas formas, sigilos relativos à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra, a título de exemplos não exaustivos), o uso das informações já desveladas pode sim ser compartilhado, mediante nova autorização judicial (voltada não mais para o excepcional afastamento do sigilo original, visto este já ter sido afastado, mas voltada sim apenas à extensão do emprego) e com transferência do comprometimento de manutenção da cláusula de sigilo.

STF, Questão de Ordem em Inquérito n° 2.424: "Ementa: Prova emprestada. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos."

"Mas é possível que, em processo civil, se pretende aproveitar prova emprestada, derivada de interceptação telefônica lícita, colhida em processo penal desenvolvido entre as mesmas partes. (...)
Poderá, em casos como esse, ter eficácia a prova emprestada, embora inadmissível sua obtenção no processo não-penal?
As opiniões dividem-se, mas, de nossa parte, pensamos ser possível o transporte de prova. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez,

> *deve prevalecer a lógica do razoável. (...)*
> *Nessa linha de interpretação, cuidados especiais devem ser tomados para evitar que o processo penal sirva exclusivamente como meio oblíquo para legitimar a prova no processo civil. Se o juiz perceber que esse foi o único objetivo da ação penal, não deverá admitir a prova na causa cível." Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, "As Nulidades no Processo Penal", pgs. 119 e 120, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2006*

Assim, por exemplo, o resultado de interceptações ou escutas telefônicas, originalmente autorizadas em juízo criminal apenas para fins de investigação criminal ou de instrução penal, pode ser objeto de outro provimento judicial, autorizando seu emprego para demais órgãos de controle *lato sensu*, em cujas atuações públicas, mesmo que de outras instâncias processuais e que acarretem outras circunstâncias jurídicas, verifiquem-se correspondências e semelhanças materiais com o objeto daquele meio de obtenção de prova (a exemplo do afastamento para a persecução criminal de corrupção poder ser empregada para a ação civil de improbidade administrativa e para o processo disciplinar, que, embora sejam procedimentalizações não penais, decorrem daquele mesmo fato típico original - conforme se especificará em **4.4.14.1**). Até porque seria incoerente que uma sentença penal condenatória contendo tais dados se tornasse pública e o Estado não os pudesse utilizar em outra instância processual. A inteligência é que não cabe cogitar de novo afastamento de sigilo constitucional se este já foi regularmente afastado. Uma vez mitigada a proteção da tutela constitucional (seja da conversa telefônica, seja da intimidade, da vida privada, da imagem ou da honra) e tendo sido o excepcional meio de obtenção de prova regularmente produzido dentro dos limites legais, a questão agora se resume apenas a seu uso pelo mesmo Estado, só que sob outra ótica, sob outra vertente de interesse estatal.

4.4.14 - Captações de Comunicações

4.4.14.1 - Interceptação e Escuta Telefônicas, Interceptação e Escuta Ambientais e Interceptações Informática e Telemática, nos Termos da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996

Ainda que seja uma matéria fortemente vinculada ao Direito Constitucional, ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, vale o esforço de tentar apresentar, muito superficialmente, os conceitos e as instrumentalidades referentes ao gênero das provas de captação de comunicação de variadas espécies. Avalia-se que a forma mais didática para apresentar este tema complexo - de interesse apenas incidental e reflexo na processualística disciplinar -, é iniciar pelo comando expresso no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal (CF).

Refletindo o contexto tecnológico da época de sua elaboração, este dispositivo de garantia fundamental individual, em sua parte inicial, veda - e pelo menos para a presente tutela constitucional, em termos positivados, o faz de forma *a priori* absoluta e sem prever exceção - a violação do sigilo protetor dos atos de correspondência e dos atos de comunicações telegráficas e de dados entre duas (ou até mais) pessoas. Daí, são ilícitas as provas obtidas com a quebra do sigilo que envolve troca de qualquer forma de correspondência, troca de telegramas e troca de dados.

> *CF - Art. 5º*
> *XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de*

investigação criminal ou instrução processual penal;

A compreensão desta primeira parte do comando constitucional exige o entendimento jurídico da ação de violar estes sigilos, a que comumente se associa a ideia do ato antijurídico de interceptação. No sentido jurídico aqui empregado, a ação de interceptar uma espécie de ato de comunicação se refere a captar o seu conteúdo, a fim de conhecê-lo, antes de sua chegada ao destinatário. Juridicamente, interessa o sentido etimológico do termo "interceptar", que é "captar durante a passagem". Em outras palavras, a interceptação em tela se reporta à captura em pleno fluxo, enquanto o elemento de comunicação se transporta, se desloca, viaja, entre o remetente e o destinatário, antes de se concretizar em objeto final nas mãos deste último, passível de ser lido ou visto ou ao menos de se saber de sua existência.

Assim, é necessário diferenciar que a garantia prevista na parte inicial do inciso XII do art. 5º da CF assegura como aprioristicamente invioláveis apenas aqueles atos de correspondência e de comunicação (no seu sentido abstrato de transporte, tráfego, deslocamento, viagem), em sua fluência, entre o seu envio pelo remetente e a sua chegada no destinatário. Esta cláusula constitucional não atinge a utilização do resultado concreto decorrente daqueles atos, tais como as cartas, os telegramas e os dados em si que fisicamente chegam às mãos do destinatário (ou chegavam, diante da inadequação em parte daquela terminologia aos dias atuais). Uma vez recebidas pelo destinatário, as cartas, os telegramas e os dados deixam de ser elementos de comunicação e passam a ter natureza ordinária de documentos particulares (o art. 233 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal - CPP não deixa dúvida quanto a isto no que se refere às correspondências epistolares, incluindo-as no regime legal dos documentos). Consequentemente, na condição de documentos, podem ser apreendidos no cumprimento de mandados de busca e apreensão judicialmente autorizados à vista de justa causa motivadora, conforme a alínea "f" do § 1º do art. 240 do CPP, ou podem ainda ser objeto de confirmação oral de sua existência por meio de testemunhos.

> *CPP - Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.*
> *Parágrafo único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.*
> *Art. 240.*
> *§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:*
> *f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;*

Obviamente que o que se afirmou acima não significa que aqueles elementos (cartas, telegramas e dados) sejam francamente violáveis; o que se diz é que a sua proteção constitucional não se alberga no mencionado inciso XII do art. 5º da CF, mas sim no inciso X do mesmo art. 5º, por se inserirem no conceito de intimidade, de vida privada, de imagem ou de honra - tanto que sua eventual apreensão requer autorização judicial.

Todavia, prosseguindo-se na leitura, agora para a parte final do inciso XII do art. 5º da CF, depreende-se que exclusivamente a comunicação telefônica, ou seja, o ato em que duas pessoas conversam no telefone, no tradicional sentido de comunicação oral em serviço de telefonia (fixa ou móvel ou via satélite), no momento do diálogo, pode ser validamente interceptada, desde que limitada a emprego na investigação criminal ou na instrução processual penal e se feita nos termos da lei. A explicação plausível para o diferente tratamento que a CF dispensou a ao meio de comunicação telefônica (no sentido abstrato de transporte, tráfego, deslocamento, viagem) em comparação às correspondências e às comunicações telegráficas e de dados reside em que não se justificaria quebrar os fluxos das

cartas, dos telegramas e dos dados, uma vez que se pode ter acesso ao resultado concreto que eles produzem, enquanto a conversa telefônica não deixa resultado, vestígio ou registro, desaparecendo imediatamente ao fim da ligação. A comunicação telefônica, além de instantânea, é abstrata e seu conteúdo, com efeito de prova, somente pode ser coletado e preservado - com a interceptação - ao tempo em que o ato se desenvolve, sob pena de ser perdido definitivamente já desde o momento em que se encerra a conversa. A jurisprudência expressa esta diferenciação.

> *STF, Recurso Extraordinário nº 219.780, Voto: "Passa-se, aqui, que o inciso XII não está tornando inviolável o dado da correspondência, da comunicação, do telegrama. Ele está proibindo a interceptação da comunicação dos dados, não dos resultados. Essa é a razão pela qual a única interceptação que se permite é a telefônica, pois é a única a não deixar vestígios, ao passo que nas comunicações por correspondência telegráfica e de dados é proibida a interceptação porque os dados remanescem; eles não são rigorosamente sigilosos, dependem da interpretação infraconstitucional para poderem ser abertos. O que é vedado de forma absoluta é a interceptação da comunicação da correspondência, do telegrama. Por que a Constituição permitiu a interceptação da comunicação telefônica? Para manter os dados, já que é a única em que, esgotando-se a comunicação, desaparecem os dados. Nas demais, não se permite porque os dados remanescem, ficam no computador, nas correspondências, etc."*

Percebe-se em todo presente tema um didático exemplo da aplicação do princípio da convivência das liberdades, mencionado em **3.3.1.11** e em **4.4.1.1.2.b**, nas tutelas constitucionais tanto do inciso X (acerca dos objetos concretos e dos conteúdos das cartas, dos telegramas e dos dados) quanto do inciso XII do art. 5º da CF (acerca dos fluxos das correspondências e das comunicações), diante do conflito de direitos particular e público, indicando que nenhum direito individual é absolutamente inquebrável ou insuperável, ainda que *a priori* estabelecido constitucionalmente, em proteção ao bem maior, de ordem pública. Nesta linha, inclusive, é possível a defesa da possibilidade, excepcional e subsidiária, da interceptação, em pleno fluxo, das correspondências epistolares, desde que haja justa causa para a medida restritiva e autorização judicial, nos termos defendidos pela jurisprudência e pela doutrina.

> *STJ, Quinta Turma, Ministra Relatora Laurita Vaz, Habeas Corpus nº 203.371/RJ, DJe 17/09/2012, Ementa: "1. O princípio constitucional da inviolabilidade das comunicações não é absoluto. O interesse público, em situações excepcionais, pode se sobrepor à privacidade, para evitar que direitos e garantias fundamentais sejam utilizados para resguardar conduta criminosa. Como já decidiu a Suprema Corte, 'a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de praticas ilicitas' (HC 70814, 1.ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 24/06/1994)."*
> *Voto: "O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao denegar a ordem originária, reconheceu a inexistência de constrangimento ilegal no cumprimento do mandado de busca e apreensão, pelos seguintes fundamentos:*
> *'Por opção do constituinte originário, a Carta Democrática de 1988 elencou no artigo 5º uma série de princípios e garantias que têm como fonte a dignidade humana insculpida em seu artigo 1º, inciso III.*
> *Contudo, nenhum desses princípios ostenta caráter absoluto, devendo ser sopesados. Por vezes o próprio texto constitucional os excepciona, tal como ocorre no inciso XII do artigo 5º:*
> *'É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.'*

Nessa esteira, a doutrina especializada firmou entendimento no sentido de que o sigilo de correspondência refere-se ao processo comunicativo, ou seja, a carta é sigilosa enquanto sai da esfera do remetente e ingressa naquela do destinatário.
Desse modo, uma vez recebida, a epístola deixa de ser uma comunicação e passa a ter cunho de documento particular, que pode ser apreendido mediante autorização judicial.
É essa a posição adotada por André Nicolitt, em sua festejada obra Manual de Processo Penal, citando o culto Des. Geraldo Prado:
'Ao contrário, a correspondência torna-se, quando chega ao seu destinatário, documento privado e fica sujeita a busca e apreensão judicial (art. 240, § 1º, f, e parágrafo único do art. 233, CPP), pois a inviolabilidade constitucional já não mais as protege de forma tão intensa como quando estão na trajetória rumo ao destinatário' (Campus Jurídico - 1ª Edição, 2009. p. 400). Grifos nossos.
Também é esse o entendimento de Marcellus Polastri Lima, no seu Manual de Processo Penal:
'Porém, deve ser distinguido se a carta ainda estava sendo destinada (em encaminhamento) ao destinatário, ou se já estava em seu poder, já tendo o mesmo aberto a correspondência recebida, pois, conforme Torquato Avolio, '...uma vez recebida a carta, não se trata mais de comunicação, mas de documento particular, cuja apreensão pode se dar mediante autorização judicial nos casos previstos em lei'.' (Lumen Juris - 3ª Edição, 2009. p. 392). Grifos nossos.
As cartas em questão foram apreendidas por força de mandado de busca e apreensão, e encontradas já abertas em um quarto na casa da Paciente, dentro de um envelope vermelho, onde se achavam, também, outras missivas e cartões.
Afastada está, portanto, a questão da não recepção do art. 240, § 1º, alínea 'f', do Código de Processo Penal pela Constituição Federal. (fls. 99/100)'
(...)
Consoante já decidiu esta Corte Superior, os direitos e garantias fundamentais 'não podem servir de esteio para impunidade de condutas ilícitas, razão por que não vislumbro constrangimento ilegal na captação de provas por meio da quebra do sigilo de correspondência, direito assegurado no art. 5º, XII, da CF, mas que não detém, por certo, natureza absoluta.' (HC 93.874/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 15/06/2010, DJe de 02/08/2010)"

"A leitura do preceito pode levar à conclusão de que apenas nos casos de comunicações telefônicas seria possível que o Poder Público quebrasse o sigilo e que seria impossível abrir ao seu conhecimento dados constantes de correspondência postal, telegráfica ou de comunicações telegramáticas. Sabe-se, porém, que a restrição de direitos fundamentais pode ocorrer mesmo sem autorização expressa do constituinte, sempre que se fizer necessária a concretização do princípio da concordância prática entre ditames constitucionais. Não havendo direitos absolutos, também o sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas são passíveis de ser restringidos em casos recomendados pelo princípio da proporcionalidade.", Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, "Curso de Direito Constitucional"pg. 392, Editora Saraiva, 2ª edição, 2008

Mesmo já apresentada esta linha de entendimento, vale maior esforço hermenêutico para, diante da redação pouco clara, compreender em definitivo a parte inicial do inciso XII do art. 5º da CF: em razão da aposição de conjunções aditivas e de vírgula, caberia dúvida se o constituinte teria, de forma desproporcional, consagrado sigilo "de dados" ou, de forma coerente, consagrado sigilo "da comunicação de dados" na expressão "*é inviolável o sigilo da*

correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas". A introdução acima já sinalizou a opção que soa correta, qual seja, de que onde se lê "de dados" se interpreta "comunicação de dados", de forma a se amparar a construção de que o inciso XII do art. 5º da CF protege, de forma igual, o fluxo das comunicações por correspondências, das comunicações telegráficas e das comunicações de dados e, diferenciadamente, prevê possibilidade de interceptação, nos termos de lei, apenas para as comunicações telefônicas. Novamente, reporta-se a didático julgado.

> *STF, Recurso Extraordinário nº 418.416-8, Voto: "28. Reafirmo, pois, que, na espécie, não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve 'quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial' (f. 570).*
> *29. Nesse sentido o voto que proferi no MS 21.729, Pleno, 5/10/95, red. Néri da Silveira, quando asseverei que a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, 'é da comunicação 'de dados' e não os 'dados', o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse' (RTJ 179/225,270). E, em aparte, já me adiantara a propósito, para aduzir - RTJ 179/225, 259:*
> *30. Ponderou, logo em seguida, o em. Ministro Moreira Alves - RTJ 179/255,259:*
> *'(...) com relação àquelas outras comunicações, não se fala em ordem judicial, porque é ordem judicial para efeito de interceptação, mas ninguém nega que pode haver ordem judicial para busca e apreensão. (...) levando-se em conta o conceito de privaticidade, com um certo elastério, mesmo assim esse conceito não seria absoluto, seria relativo, e sendo assim aplicar-se-ia o mesmo princípio daqueles outros que também são relativos e que estão no inciso XII, que são a autorização judicial para comunicação realmente, enquanto que nos outros casos é a busca e apreensão, porque nunca ninguém sustentará que busca e apreensão ficaria barrada por inviolabilidade constitucional, senão seria o paraíso do crime'.*
> *31. Já naquela oportunidade, reportara-me ao trabalho precioso sobre o tema do d. Tércio Ferraz([3][3]), do qual extraio esta síntese magnífica, que não tenho dúvidas em subscrever:*
> *'Feita, pois, a distinção entre a faculdade de manter sigilo e a liberdade de omitir informações, este, objeto correlato ao da privacidade, e entendido que aquela não é uma faculdade absoluta, pois compõe, com diferentes objetos, diferentes direitos subjetivos, exigindo do intérprete o devido temperamento, cumpre agora, na análise do texto constitucional, esclarecer, com referência ao art. 5º, XII, o que significam ali os dados protegidos pelo sigilo e em que condições e limites ocorre esta proteção.*
> *Em primeiro lugar, a expressão 'dados' manifesta uma certa impropriedade (Celso Bastos / Ives Gandra; 1989:73). Os citados autores reconhecem que por "dados" não se entende o objeto de comunicação, mas uma modalidade tecnológica de comunicação. Clara, nesse sentido, a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990:38) - 'Sigilo de dados. O direito anterior não fazia referência a essa hipótese. Ela veio a ser prevista, sem dúvida, em decorrência do desenvolvimento da informática. Os dados aqui são os dados informáticos (v. incs. XIV e LXXII)'. A interpretação faz sentido. O sigilo, no inciso XII do art. 5º, está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade. Isto é feito, no texto, em dois blocos: a Constituição fala em sigilo 'da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas'. Note-se, para a caracterização dos blocos, que a conjunção e uma correspondência com telegrafia, segue-se uma vírgula e depois, a conjunção de dados com comunicações telefônicas. Há uma simetria nos dois blocos. Obviamente o que se regula é comunicação por*

> *correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefônica. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não está havendo quebra de sigilo. Mas, se alguém entra nesta transmissão como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violado o sigilo de dados'."*

Ademais, abra-se, ainda, mais um rápido parêntese para reconhecer a desatualização do texto constitucional, visto que o emprego do telegrama (assim como do telex e do fac-símile, todos como espécies do gênero das comunicações telegráficas) caiu em absoluto desuso com o emprego posterior de comunicações informáticas e telemáticas.

Esclarecida, então, literalidade do inciso XII do art. 5º da CF, cumpre apresentar a permissão legal que atende o comando de sua parte final. O legislador ordinário regulamentou a violação do sigilo da comunicação telefônica ou, como é mais comum expressar, regulamentou a "interceptação telefônica", por meio da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, como uma, dentre várias, das espécies do gênero das provas decorrentes de captação de comunicações. Somente a partir de então a interceptação telefônica passou a ser admitida - conforme o inciso LVI do mesmo art. 5º da CF, nos termos já abordados em **4.4.1.1.2.a** - no ordenamento como prova. Assim, legal e juridicamente, a prova validamente obtida com interceptação telefônica, no sentido desta conceituação, se refere à captação de uma conversa telefônica (independentemente de se usar linha fixa ou móvel ou via satélite) totalmente realizada de acordo com as previsões e restrições daquela Lei, em especial do *caput* do art. 1º, dos incisos do *caput* do art. 2º, do art. 3º e do *caput* do art. 6º, quais sejam: diante de indícios de materialidade e de autoria de crime punível com pena superior à detenção (ou seja, com pena de reclusão), especificamente para a instrução de investigação criminal (do inquérito policial, por exemplo) ou para a instrução processual penal (da ação penal), sem possibilidade de a prova ser obtida por outros meios menos sensíveis e excepcionais, solicitada por autoridade policial ou pelo Ministério Público Federal (MPF), autorizada ou determinada de ofício por juiz e feita por aquela primeira autoridade, por prazo máximo (e renovável) de quinze dias.

> *Lei nº 9.296, de 1996 - Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.*
> *Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:*
> *I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;*
> *II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;*
> *III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção;*
> *Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:*
> *I - da autoridade policial, na investigação criminal;*
> *II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.*
> *Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.*

A interceptação telefônica no sentido estrito de que trata a Lei nº 9.296, de 1996, também chamada de grampeamento, em linha fixa ou móvel ou via satélite, é um procedimento probatório excepcional e de emprego subsidiário (visto mitigar garantia fundamental individual de molde constitucional, sob condição restritiva de existência de indícios de materialidade e de autoria de prática de suposto crime punível com pena de reclusão, garantia esta que somente pode ser afastada diante da impossibilidade de obtenção da prova por outro meio menos invasivo), de exclusiva provocação em instância criminal, requeredor de provimento judicial, executado por um terceiro (a autoridade policial) e efetuado sem o conhecimento e o consequente consentimento de qualquer dos dois interlocutores.

Interessante pontuar que a jurisprudência evoluiu no sentido de considerar lícitas sucessivas renovações da interceptação telefônica, pelo tempo que for necessário para a elucidação dos fatos investigados, desde motivadas e realizadas em atenção a todos os demais ditames da Lei nº 9.296, de 1996.

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Gilmar Mendes, Recurso Extraordinário nº 625.623/PR, DJ3 06/02/2022, Ementa: "3. Possibilidade de sucessivas prorrogações da interceptação telefônica, desde que demonstrada a necessidade de renovar a medida e respeitado o limite de 15 (quinze) dias entre cada uma delas, sem que exista violação ao art. 5º, da Lei n. 9.296/96. Precedentes da Corte: RHC 120.111/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 31/03/2014; HC 145.569-AgR/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 28/09/2017; HC 137.820/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 12/06/2018; HC 130.596-AgR/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 30/08/2018; HC 128.755-AgR/PA, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 18/02/2020; RHC 192.427-AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 30/11/2020; HC 201.609-AgR/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 17/06/2021; ARE 1.320.336-AgR/GO, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe de 29/09/2021; HC 204.378-AgR/MT, Rel. Min. Nunes Marques, DJe de 3/2/2022.*
>
> *4. No caso concreto, diante da demonstração, mínima e razoável, de que a medida era imprescindível para elucidação dos fatos, especialmente se levada em conta as ações criminosas investigadas, não há como declarar a nulidade das decisões que, embora sucintas, estão de acordo com o dever de fundamentação exigido pelo art. 93, IX, da Constituição Federal.*
>
> *5. Recurso extraordinário provido, com a fixação da seguinte tese para o Tema 661:*
>
> *'São lícitas as sucessivas renovações de interceptação telefônica, desde que, verificados os requisitos do artigo 2º da Lei nº 9.296/1996 e demonstrada a necessidade da medida diante de elementos concretos e a complexidade da investigação, a decisão judicial inicial e as prorrogações sejam devidamente motivadas, com justificativa legítima, ainda que sucinta, a embasar a continuidade das investigações. São ilegais as motivações padronizadas ou reproduções de modelos genéricos sem relação com o caso concreto'."*

É relevante a diferenciação acerca do conhecimento e do consequente consentimento da captação da conversa telefônica, por parte de um dos dois interlocutores. Conceitualmente, o que se denomina interceptação telefônica, em sentido estrito, requer que, além de se atenderem todos os comandos já mencionados da Lei nº 9.296, de 1996, terceiro (a autoridade policial) capte o diálogo sem que ambos saibam. Quando ocorre de um dos interlocutores saber da captação realizada pela autoridade policial e ainda assim estabelecer a conversa telefônica (o que presume sua anuência), mantido o atendimento a todos os requisitos legais acima, a rigor, deixa-se de chamar de interceptação telefônica em sentido estrito e denomina-se escuta telefônica.

Portanto, é lícita e, consequentemente, admitida a escuta telefônica, em linha fixa ou móvel ou via satélite, realizada à vista de de indícios de materialidade e de autoria de crime punível com pena de reclusão, especificamente para a instrução de investigação criminal ou para a instrução processual penal, em situação em que não é possível de a prova ser obtida de forma menos sensível e excepcional, solicitada por autoridade policial ou pelo MPF, autorizada ou determinada de ofício por juiz e feita por aquela primeira autoridade, ainda que um dos interlocutores saiba da captação.

Isto porque uma vez que a Lei nº 9.296, de 1996, não adentra no detalhe do conhecimento e do consequente consentimento da captação da conversa telefônica por parte de um dos dois interlocutores, apenas empregando a expressão genérica "interceptação telefônica", é de se compreender o gênero legalmente aceito das captações que, atendendo a todos os requisitos legais, gera provas lícitas, denominadas interceptação telefônica em sentido amplo, que comporta não só a interceptação telefônica em sentido estrito (em que os interlocutores não sabem da captação) mas também a escuta telefônica (em que um dos interlocutores sabe da captação).

A interceptação e a escuta telefônicas se enquadram no conceito de meios de obtenção de prova e até mais especificamente de técnicas especiais de investigação (TEIs), apresentadas em **4.4.1.1.3.a**.

No contexto do que se tinha por objetivo inicial implementar uma minirreforma aperfeiçoadora da legislação penal e processual penal, tanto que havia ganho ambicioso (porém frustrado) epíteto de "pacote anticrime", a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, mais de três décadas depois da promulgação da CF, acrescentou o art. 8º-A à Lei nº 9.296, de 1996, positivando as espécies de captações ambientais de conversas entre presentes e mantidas em qualquer espécie de local privado e não aberto a público (exceto a casa, em virtude da inviolabilidade consagrada no inciso XI do art. 5º da CF), no qual pessoas conversem sob presunção de privacidade. Embora não albergada na proteção do inciso XII do art. 5º da CF mas sim no inciso X do mesmo art. 5º, com base em requisitos muito similares aos da interceptação telefônica, conforme expressa o § 5º do art. 8º-A à Lei nº 9.296, de 1996, quais sejam, de existência de indícios de materialidade e de autoria de prática de suposto crime punível com pena máxima (aqui de detenção ou de reclusão) superior a quatro anos e de impossibilidade de obtenção da prova por outro meio igualmente eficaz, com o fim exclusivo de investigação ou de instrução criminal, pode o juiz autorizar que a autoridade policial instale, em local privado e não aberto a público, dispositivo de captação ambiental, por período máximo de quinze dias, renovável diante de conduta permanente, habitual ou continuada. Partindo das interceptações ambientais em sentido amplo (feitas por terceiro no ambiente de conversas entre presentes), de forma similar à interceptação telefônica em sentido estrito e à escuta telefônica, pode-se ter a interceptação ambiental em sentido estrito, quando os interlocutores não têm conhecimento da captação realizada pela autoridade policial, e a escuta ambiental, quando um interlocutor tem conhecimento e, logicamente, aquiesce com a captação realizada por aquela autoridade. Sendo realizadas nos moldes descritos pelo art. 8º-A da Lei nº 9.296, de 1996, em seu *caput* e em seus §§ 1º a 3º e 5º, a interceptação ambiental e a escuta ambiental, realizadas em local privado e não aberto a público, são provas lícitas e admitidas.

> *Lei nº 9.296, de 1996 - Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou*

> *em infrações penais conexas. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, nos termos do inciso XI do caput do art. 5º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática.*

Não por acaso se ressalvou o rigor instrumental acima mencionado para a interceptação ambiental e para a escuta ambiental realizadas por terceiro em local privado e não aberto a público. Isto porque, no sentido oposto, a captação ambiental, com conhecimento ou sem conhecimento de interlocutor, de conversa realizada em local aberto ao público (todas as espécies de logradouros públicos, equipamentos e instalações em geral de transportes públicos, estabelecimentos comerciais em geral e todo tipo de local com afluxo irrestrito de pessoas, em que se incluem algumas espécies e alguns recintos de prédios públicos), onde não se justifica que os participantes dialoguem sob qualquer expectativa de privacidade, não é albergada pela proteção do inciso X do art. 5º da CF e dispensa todo regramento do art. 8º-A da Lei nº 9.296, de 1996, a começar pela autorização judicial, para sua licitude e admissão.

Na esteira, uma questão interessante que se coloca é este tipo de captação realizada nos ambientes internos da repartição. Salvo as instalações das unidades específicas de atendimento a público e os espaços de grande trânsito de pessoas estranhas em quaisquer unidades ou prédios públicos (tais como portarias, entradas, guichês de recepção ou de atendimento, saguões, *halls*, escadarias, elevadores, depósitos, garagens, estacionamentos, dentre outros), as salas internas de trabalho (pequenos comportamentos laborais ocupados cotidianamente por pequenos grupos de servidores) e os espaços de uso individualizado ou limitado (a exemplo de banheiros, vestiários e refeitórios), embora se situem em prédios públicos, não são ambientes ostensivamente abertos e de acesso franqueado a todos, de forma que, como regra geral, não são lícitas e admitidas interceptações ambientais ou escutas ambientais nestes recintos de acesso restrito a poucos agentes.

Muito antes da positivação das captações ambientais, já desde a redação original da Lei nº 9.296, de 1996 - ou seja, oito anos após a promulgação da CF, o legislador ordinário já havia acrescentado duas outras espécies de captação de conversa. Atualizando terminológica e tecnologicamente a redação do texto constitucional, o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296, de 1996, estende o alcance do diploma legal também para o fluxo das comunicações informáticas e telemáticas.

> *Lei nº 9.296, de 1996 - Art. 1º*
> *Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.*

Não obstante a interpretação apresentada acima no sentido de a expressão "comunicação de dados" também estar albergada na tutela da parte inicial do inciso XII do art. 5º da CF e não em sua parte final, não é de se cogitar de inconstitucional o parágrafo único único do art. 1º da Lei nº 9.296, de 1996, que claramente abarca a interceptação do fluxo de dados. A uma porque a Lei vigora sem nenhuma manifestação de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e a duas porque, de fato, o texto constitucional pode ser compreendido como uma construção por vezes

necessariamente generalista e passível de atualização hermenêutica em sua leitura, podendo ser melhor e mais contemporaneamente definido na regulamentação infraconstitucional, sobretudo em esfera legal, como aqui ocorreu (e, sabe-se que, em termos de mudanças tecnológicas, oito anos é um lapso de tempo relevante).

A comunicação informática não exige muitos esforços para ser compreendida, sendo aquela que, de forma geral, utiliza computadores propriamente ditos e seus equipamentos periféricos, *softwares* e sistemas de redes e tem como principal exemplo o envio de mensagens eletrônicas por meio de endereços de correio eletrônico institucional ou pessoal (*emails*). Já a comunicação telemática engloba um conceito tecnicamente mais elaborado, pois agrega as tecnologias daqueles recursos acima descritos de informática com recursos de telecomunicações (telefonia, satélite, cabos telefônicos e fibras ópticas). Esta espécie de comunicação à distância baseia-se em serviços de informática fornecidos através de rede de telecomunicações (comunicação informática combinada com telefonia), permitindo o processamento, a compressão, o armazenamento e a comunicação de grandes quantidades de dados, nos mais variados formatos e extensões, e tem como principais exemplos o envio de mensagens instantâneas por meio de serviços ou aplicativos próprios (tais como *WhatsApp*, *Telegram*, *Facebook Messenger*, *Skype*), as conversas eletrônicas em *chats* privados ou em redes sociais (*Twitter*, *Facebook*) e serviços de telefonia baseados em *internet protocol* ou endereço IP de sistema *voice over IP* (*Viber*). Com isto, enquanto a comunicação telefônica tinha originalmente a natureza oral, a Lei nº 9.296, de 1996, ao abarcar as comunicações informáticas e telemáticas, regulamenta também a violação do sigilo de comunicação de sinais, símbolos, caracteres, textos, imagens, áudios, vídeos e dados em geral, ou seja, regulamenta a interceptação do fluxo de envio de informações destas variadas espécies.

Em ambos os casos de interceptação, o provimento judicial pode ser para que o provedor do serviço informático ou telemático passe a replicar, em tempo real, o conteúdo trafegado não só para o destinatário original mas também para outro destino sob guarda da autoridade policial, apontado na decisão. De forma similar ao que se aduziu acima para as captações de conversas telefônicas, aqui também pode-se cogitar de duas hipóteses, em que as interceptações das comunicações informáticas e telemáticas se dão sem ou com conhecimento e consequentemente sem ou com consentimento de um dos interlocutores (em que se teriam, respectivamente, as interceptações e as “escutas”, em sentido estrito). Uma vez que não soa natural mencionar escutas informática ou telemática, aqui se tratarão ambas as hipóteses pelo gênero de interceptações informática ou telemática.

Assim, é lícita a interceptação da comunicação informática ou da comunicação telemática realizada nos termos do art. 1º, dos incisos do *caput* do art. 2º, do art. 3º e do *caput* do art. 6º, todos da Lei nº 9.296, de 1996, ou seja, em virtude de indícios de materialidade e de autoria de crime punível com pena de reclusão, especificamente para a instrução de investigação criminal ou para a instrução processual penal, sem possibilidade de a prova ser obtida por outros meios, solicitada por autoridade policial ou pelo MPF, autorizada ou determinada de ofício por juiz e feita por aquela primeira autoridade sem conhecimento dos interlocutores, por prazo máximo (e renovável) de quinze dias.

No entanto, neste sentido estrito de interceptação, ou seja, de captação dos fluxos das comunicações informáticas ou telemáticas, na regência do inciso XII do art. 5º da CF e do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296, de 1996, aqui depara-se com relevantes controvérsias de naturezas ao mesmo tempo jurídica e tecnológica, já que os provedores de mensagens instantâneas por meio de serviços ou aplicativos próprios em geral aplicam cláusulas de segurança criptográfica nos respectivos fluxos de comunicação, de forma que há o embate entre o provimento judicial e a ausência de operacionalidade técnica para cumpri-lo.

De um lado, assim como afirmado linhas acima para cartas, telegramas e dados, além da proteção constitucional estabelecida no inciso XII do art. 5º da CF para o fluxo das

mensagens eletrônicas informáticas ou telemáticas, também os seus conteúdos já armazenados no destinatário não são francamente violáveis, posto serem albergados no inciso X do mesmo art. 5º, por se inserirem no conceito de intimidade, de vida privada, de imagem ou de honra. Acrescente-se ainda que a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, no inciso V do seu art. 3º, e a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, chamada de Marco Civil da Internet, no inciso I do seu art. 7º, asseguram a proteção da intimidade e da vida privada; e os incisos II e III do mesmo art. 7º desta segunda Lei ratificam a apriorística inviolabilidade tanto do fluxo de comunicações via *internet* quanto do conteúdo das comunicações armazenadas, todavia afastável mediante autorização judicial para acesso, em construções refletidas na jurisprudência. E o § 2º do art. 10 da Lei nº 12.965, de 2014, ratifica que o acesso ao conteúdo das comunicações armazenadas somente se dará mediante autorização judicial. Aqui, cabe um parêntese: ainda que o § 2º do art. 10 da Lei nº 12.965, de 2014, também tenha condicionado a disponibilização do conteúdo das comunicações armazenadas "na forma que a lei estabelecer", é se presumir que o legislador cogitou de lei posterior a disciplinar o tema, podendo se discutir a existência ou não desta nova lei requerida, mas não parecendo razoável interpretar que aquela menção a outra lei se referiria à já existente Lei nº 9.296, de 1996, pois, se tivesse sido esta a intenção do legislador, a melhor técnica redacional legislativa indicaria a expressa indicação desta Lei e não, de forma genérica e possivelmente prospectiva, à lei que vier a estabelecer.

> *Lei nº 9.472, de 1997 - Art. 3° O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:*
> *V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas;*
>
> *Lei nº 12.965, de 2014 - Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:*
> *I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*
> *II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;*
> *III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;*
> *§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.*

De outro lado, a inovação do ordenamento trazida pela Lei nº 12.965, de 2014, dá a chave de solução para a dificuldade tecnológica indicada acima para a realização de interceptação do fluxo de comunicações informáticas e telemáticas prevista na Lei nº 9.296, de 1996, ao prever, no inciso III do art. 7º e ao reiterar e ao complementar no § 2º do art. 10, a possibilidade de afastamento do sigilo das mensagens eletrônicas já armazenadas no destinatário, mediante autorização judicial. Pode-se entender que, como uma Lei mais recente e mais específica, o Marco Civil da Internet, notadamente no inciso III do seu art. 7º e no § 2º do art. 10, em perfeita harmonia com as garantias constitucionais em relevo, confere uma possibilidade mais exequível de lícito acesso a conteúdo armazenado de mensagens eletrônicas informáticas ou telemáticas, dispensando-se a captação de seu fluxo nos termos da Lei nº 9.296, de 1996, conforme também compreende a jurisprudência.

> *STJ, Quinta Turma, Ministro Relator Ribeiro Dantas, Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 63.492/AC, DJe 23/11/2020, Ementa: "2. A quebra de sigilo de conteúdo de comunicação privada armazenada em conta de e-mail depende de prévia autorização judicial, mediante decisão devidamente fundamentada, a qual, porém, diferentemente do que acontece com as interceptações telefônicas e com o fluxo*

de comunicações pela internet, independe dos requisitos estabelecidos no art. 2º, da Lei n. 9.296/1996, em face da incidência, específica e posterior, do previsto no art. 7º, III, da Lei n. 12.965/2014 - Marco Civil da Internet, do poder geral de cautela e da teoria dos poderes implícitos.
3. O art. 7º, III, da Lei 12.965/2014, se encontra em completa harmonia com os incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal, sendo legítima a sua opção de prever requisitos diferentes e mais flexíveis para a quebra do sigilo de dados privados já armazenados quando comparados com as exigências para a interceptação telefônica e de fluxo das comunicações pela internet."

STJ, Quinta Turma, Ministro Relator Ribeiro Dantas, Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 63.041/SP, DJe 23/11/2020, Ementa: "2. A quebra de sigilo de conteúdo de comunicação privada armazenada em conta de e-mail depende de prévia autorização judicial, mediante decisão devidamente fundamentada, a qual, porém, diferentemente do que acontece com as interceptações telefônicas e com o fluxo de comunicações pela internet, independe dos requisitos estabelecidos no art. 2º, da Lei n. 9.296/1996, em face da incidência, específica e posterior, do previsto no art. 7º, III, da Lei n. 12.965/2014 - Marco Civil da Internet. 3. Agravo regimental não provido."

STJ, Quinta Turma, Ministro Relator Ribeiro Dantas, Recurso em Habeas Corpus nº 102.093/PB, DJe 23/08/2020, Ementa: "7. A Constituição Federal de 1988 prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas, salvo ordem judicial.
8. A Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, em seu art. 7º, assegura aos usuários os direitos para o uso da internet no Brasil, entre eles, o da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, do sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, bem como de suas comunicações privadas armazenadas.
9. Com o avanço tecnológico, o aparelho celular deixou de ser apenas um instrumento de comunicação interpessoal. Hoje, é possível ter acesso a diversas funções, entre elas, a verificação de mensagens escritas ou audível, de correspondência eletrônica, e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.
10. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência. (HC 315.220/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/9/2015, DJe 9/10/2015).
11. Por se encontrar em situação similar às conversas mantidas por e-mail, cujo acesso exige prévia ordem judicial, a obtenção de conversas mantidas por redes sociais, tais como o whatsapp, sem a devida autorização judicial, revela-se ilegal.
12. Hipótese que, além da autorização pessoal do agente infrator, que digitou a senha para acesso aos dados celulares, foi deferido judicialmente, na decisão da prisão preventiva, o acesso aos dados contidos no aparelho celular, inexistindo, destarte, a alegada inobservância dos preceitos de estatura constitucional que conferem tutela à intimidade e à vida privada.

STJ, Recurso em Habeas Corpus nº 77.232: "Ementa: O sigilo a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição da República é em relação à interceptação telefônica ou telemática propriamente dita, ou seja, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos. Desta forma, a obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não se subordina aos ditames da Lei n. 9.296/96. II Contudo, os dados armazenados nos aparelhos celulares decorrentes de envio ou

> *recebimento de dados via mensagens SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens (dentre eles o 'WhatsApp'), ou mesmo por correio eletrônico, dizem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, sendo, portanto, invioláveis, no termos do art. 5º, X, da Constituição Federal. Assim, somente podem ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, nos termos do art. 3º da Lei n. 9.472/97 e do art. 7º da Lei n. 12.965/14. III A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos ('WhatsApp'), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel."*

Tendo em vista que as comunicações informáticas e telemáticas, diferentemente das conversas telefônicas, possuem um resultado concreto final (ainda que eletrônico e virtual) e lembrando ainda a questão complexa que envolve o fluxo criptografado sobretudo das comunicações telemáticas, no atual estágio tecnológico, é possível que o provimento judicial de afastamento da cláusula de sigilo, baseando-se no inciso III do art. 7º e no § 2º do art. 10, ambos da Lei nº 12.965, de 2014, dispense a interceptação do fluxo da comunicação em direção à autoridade policial para permitir a quebra do sigilo e o acesso aos dados em geral (tais como sinais, símbolos, caracteres, textos, imagens, áudios e vídeos) que chegam ao destinatário e que ficam armazenados ao final desta fluência.

Por todo exposto acima, a interceptação telefônica, a escuta telefônica, a interceptação ambiental, a escuta ambiental (estas duas realizadas em local privado e não aberto a público) e as interceptações informática ou telemática, positivadas na Lei nº 9.296, de 1996, ou o acesso ao conteúdo armazenado das mensagens informáticas ou telemáticas, disciplinado na Lei nº 12.965, de 2014, uma vez realizados sem autorização judicial ou de qualquer outra forma operada fora dos limites legais, tornam a prova ilícita e, como tal, não podem ser admitidas, nem mesmo em investigação criminal ou em instrução processual penal. Acrescente-se que, em razão de sua ilicitude, se o resultado de qualquer daquelas espécies do gênero de captação de comunicação ou conteúdo de mensagens armazenadas vier a ser autuado em processo, tal fato pode ter o condão de contaminar provas derivadas (somente não o terá se estas outras provas tiverem fonte independente, conforme já aduzido em **4.4.1.1.2.b)**.

Além desta repercussão processual, a coleta de qualquer daquelas espécies de captação ao arrepio da Lei nº 9.296, de 1996, ou de qualquer outra lei constitui crime, conforme o seu art. 10 (na redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, sendo aqui relevante indicar - para trazer à tona o contexto sistemático desta alteração legal - que esta se trata da lei de abuso de autoridade, já abordada em **3.2.1.1**) e o seu art. 10-A (incluído pela já mencionada Lei nº 13.964, de 2019). Ademais, além de a simples feitura em si da interceptação telefônica ou da escuta telefônica ou das interceptações informática ou telemática já ser fato típico, também, com muito mais ênfase, configura crime divulgar tal captação, conforme tipifica o inciso II do § 1º do art. 151 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP).

> *Lei nº 9.296, de 1996 - Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei: (Redação dada pela Lei nº 13.869, de 2019)*
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 13.869, de 2019)*
> *Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no caput deste artigo com objetivo não*

> *autorizado em lei.*
> *Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 2º A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial.*
>
> *CP - Art. 151. Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem:*
> *Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.*
> *§ 1º Na mesma pena incorre:*
> *Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica*
> *II - quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas;*

Ainda no contexto de todas as espécies do gênero captação de comunicações, conforme entendem a jurisprudência e a doutrina, há a plausibilidade da descoberta ocasional (ou ao acaso) de elementos informativos relevante e pertinente mas que extrapola a motivação inicial do meio de obtenção de prova. Este novos elementos descobertos ao acaso podem transpor os limites objetivos (no que se refere a fatos) e/ou subjetivos (no que se refere a agentes) e podem ou não ter congruência com os fatos originalmente deflagradores da captação. Havendo esta congruência, por conexão ou continência, os novos elementos são denominados conhecimentos de de investigação e, não havendo, são chamados de conhecimentos (ou encontros fortuitos). Conforme já exposto em **4.4.1.1.2.b**, os conhecimentos de informação podem ser empregados no procedimento em curso, em razão de sua própria definição, ou compartilhados com outros procedimentos investigativos ou com processos contraditórios. Já os encontros fortuitos, por definição, não são empregados no procedimento em curso e podem, sob título de notícias fáticas, atuarem como fontes de provas apenas para dar azo à deflagração de um novo procedimento investigativo; ou, sob título de elementos informativos, serem compartilhados para outro procedimento investigativo já em curso; ou ainda, por fim, como elementos informativos de reduzida valoração, serem compartilhados para processo contraditório em curso.

> *STF, Questão de Ordem em Inquérito n° 2.424: "Ementa: Prova emprestada. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos."*
>
> *"Outra questão relevante acerca do tema reporta-se à teoria do encontro fortuito de provas, decorrente de medidas de interceptações telefônicas, a qual defende a validade da prova obtida em face de terceiro, não envolvido inicialmente na medida de exceção, a exemplo de uma interceptação das comunicações telefônicas, deferida pela autoridade judicial, com o fim de angariar elementos para a comprovação do crime de tráfico de drogas praticado pelos indivíduos "a", "b" e "c", onde se flagra a conversa do*

> *indivíduo "d", completamente a par e desconhecido dos fundamentos da interceptação, cometendo, preparando-se para cometer o crime de contrabando ou descaminho, ou ainda o crime de sonegação fiscal, ou mesmo confessando o cometimento desses crimes e esclarecendo os contornos da materialidade delitiva. Para o Supremo Tribunal Federal essa prova apresenta plena vocação, validade, para ser empregada em face do indivíduo "d", independentemente de ele ter sido citado na fundamentação do pedido de interceptação e mesmo se tratando de outros crimes não mencionados na determinação da medida.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pg. 232, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Nos Tribunais Superiores e na doutrina dominante é pacífica a possibilidade de empregar na sede processual penal este novo elemento ocasionalmente descoberto, ainda que indicador de crime punível apenas com pena de detenção, desde que guarde conexão ou contingência com o fato original, porque a Lei nº 9.296, de 1996, não faz restrição nesse sentido.

> *STJ, Habeas Corpus nº 33.553: "Ementa: 2. É lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação."*
>
> *STF, Agravo Regimental em Agravo de Intrumento nº 626.614: "Ementa: Interceptação telefônica licitamente conduzida. Encontro fortuito de prova da prática de crime punido com detenção. Legitimidade do uso como justa causa para oferecimento de denúncia. Agravo regimental desprovido. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica licitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção.*
>
> *"A nosso ver, à medida que adotamos posicionamento ampliativo do uso desses meios e a legislação de regência (Lei 9.296/95) não fazer menção a qualquer restrição de seu aproveitamento, essa prova pode ser utilizada tanto para dar início ao procedimento administrativo (servindo de notícia de infração disciplinar), quanto para a sua instrução, na fase apropriada, bastando, no primeiro caso, o formal pedido da autoridade administrativa competente e o deferimento da autoridade judicial com jurisdição sobre a matéria específica. No segundo caso, basta o formal pedido elaborado pelo colegiado disciplinar processante, endereçado à autoridade judicial competente e a sua determinação de traslado dos documentos.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pg. 233, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Cabe mencionar que, nos casos mais específicos de interceptação telefônica ou ambiental e de escuta telefônica ou ambiental, não há necessidade de se efetivar transcrição da íntegra de todo o conteúdo das conversas captadas, bastando a autoridade policial transcrever apenas os trechos relevantes para formação de convicção, como, no caso da instância processual penal, os trechos que tenham servido de base para oferecimento de denúncia (e desde que, em respeito ao conceito de cadeia de custódia, já detalhado em **4.4.1.8**, se preserve a íntegra dos registros de áudio captados, para que, caso requerido, o réu possa contraditar), nos termos que se depreende dos §§ 1º e 2º do art. 6º da Lei nº 9.296, de 1996 (este último menciona apenas um resumo das diligências), e conforme também entende a jurisprudência.

> *Lei nº 9.296, de 1996 - Art. 6º*
> *§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.*

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

STJ, Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.171.305:"Ementa: Segundo a jurisprudência deste STJ, a transcrição integral do conteúdo da interceptação telefônica é dispensável, sendo suficiente a transcrição dos trechos que digam respeito ao investigado embasadores da denúncia , para que, a partir deles, exerça o contraditório e a ampla defesa. 2. A declaração de nulidade atinente à transcrição parcial das interceptações telefônicas, assim como as demais nulidades processuais, exige demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pela parte. Precedentes."

4.4.14.2 - Gravações Telefônica ou Ambiental Feitas pelo Interlocutor

Esgotando as espécies de provas do gênero das captações de comunicações, em sentido oposto a todas as possibilidades de interceptação *lato sensu* (englobado as interceptações em sentido estrito e as escutas), em que sempre atua um terceiro (autoridade policial, com ou sem consentimento de interlocutor), apresentam-se as espécies de gravação, em que quem grava é um dos próprios interlocutores da conversa (são autogravações), sem que o outro saiba, conforme diferencia a doutrina.

"Com efeito, parte da doutrina faz distinção, na interceptação das comunicações telefônicas, considerando o seu autor e o conhecimento ou não pelas pessoas que realizam a comunicação, dividindo a interceptação em interceptação telefônica propriamente dita, gravação clandestina das conversações telefônicas e escuta telefônica. (...). Gravação das conversações telefônicas realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro interlocutor constitui-se em gravação clandestina (1). A interceptação das conversações telefônicas realizada por terceiro e com o conhecimento de um dos interlocutores é classificada pela doutrina como escuta telefônica (2). A interceptação das conversações telefônicas realizada por terceiro e sem o conhecimento dos interlocutores classifica-se como interceptação telefônica em sentido estrito (3)". Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pg. 231, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.

A gravação de uma comunicação telefônica, em linha fixa ou móvel ou via satélite, por um dos interlocutores, chamada de gravação clandestina, não se alberga na Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, e, como tal, não possui como requisitos de sua licitude e admissibilidade os comandos daquela Lei (como o conhecimento da autoridade policial e do Ministério Público Federal - MPF e a autorização judicial) e não reflete o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal (CF), mas sim o inciso X do mesmo art. 5º, na tutela da intimidade, da vida privada, da imagem e da honra das pessoas.

Logicamente, sendo um dos interlocutores da conversa, contra esta pessoa não há que se cogitar de se opor cláusula de sigilo e não há ilicitude no ato em si de gravar clandestinamente, até porque não incorre nas tipificações dos arts. 10 e 10-A, ambos da Lei nº 9.296, de 1996. Avançando ainda nesta situação, o interlocutor, ao divulgar a sua gravação clandestina da conversa telefônica, também não se incorre na tipificação já reproduzida do inciso II do § 1º do art. 151 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), que trata de divulgação de conversa telefônica alheia, entre outras pessoas. Ademais, esta prova divulgada - não de forma ostensiva e injustificada, mas sim motivadamente para a autoridade competente - é processualmente admissível se houver justa causa em sua divulgação. Compreende-se, a rigor, com amparo jurisprudencial, por justa causa o uso do teor da conversa apenas em defesa de direito ou de interesse, próprio ou de terceiro (não para acusação), destacadamente em instância penal.

STF, 'Habeas Corpus' n° 74.678: "Ementa: Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade.
Relatório: O interesse público deve prevalecer sobre a manutenção do sigilo da conversação telefônica envolvendo prática delitiva. (...) A Carta Magna não criou sigilo para beneficiar e privilegiar infratores e perturbadores da ordem na esfera dos direitos individuais e comuns. (...)
A propósito, ensina Vicente Grecco Filho em recente monografia sobre a Lei 9.296/96:
'Ainda no capítulo das observações preliminares, é importante fazer uma distinção que nem sempre se apresenta, quer em julgamentos, quer em textos doutrinários, qual seja a diferença entre a gravação feita por um dos interlocutores da conversação telefônica, ou com autorização deste, e a interceptação. Esta, em sentido estrito, é a realizada por alguém sem autorização de qualquer dos interlocutores para a escuta e, eventualmente gravação, de sua conversa, e no desconhecimento deles.' (...)
Estando afastada a hipótese de falta de justa causa para a gravação e de indevida divulgação da conversa entre o paciente e o ofendido (Código Penal, arts. 151, II, e 153), não há razão plausível que justifique qualificar essa prova como ilícita. Frente à interpretação sistemática das normas constitucionais pertinentes e ainda das disposições contidas nos arts. 151, II, e 153, do Código Penal, suficientes para atestar a prestabilidade probatória da gravação, descabe cogitar da exigência da interposição de qualquer outro provimento legislativo regulamentador."

STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 503.617: "Ementa: A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa."
Idem: STF, Mandado de Segurança nº 194.247 e 'Habeas Corpus' n° 75.338; e STJ, Recurso Especial nº 112.274

Já a gravação ambiental entre presentes feita por um dos interlocutores, sem conhecimento da autoridade policial e do MPF e sem autorização judicial, em qualquer espécie de local privado e não aberto a público (o que, neste caso, obviamente pode incluir a própria casa de quem grava, não havendo que se falar em violação dos incisos XI e XII do art. 5º da CF), no qual pessoas conversem sob presunção de privacidade, chamada de gravação ambiental clandestina, não obstante também estar na tutela do inciso X do mesmo art. 5º e, como tal, não ter feito parte da redação original da Lei nº 9.296, de 1996, posteriormente foi incluída no § 4º do seu art. 8-A, pela já citada Lei nº 13.964, de de 29 de dezembro de 2019, mas com a forte restrição de somente ser processualmente lícita para fim de defesa e não para acusação, para fins penais. Coerentemente, o § 1º do art. 10-A da Lei nº 9.296, de 1996, afasta a tipicidade da gravação ambiental feita por um dos interlocutores, sem nem sequer restringir para que fim foi feita (ou seja, pode-se compreender atípica mesmo que tenha sido realizada com fim diverso de defesa). A doutrina, desde antes da inovação legal com a inclusão do mencionado art. 8º-A, também já ratificava que a gravação ambiental clandestina, em local privado e não aberto a público, pode ser divulgada - não de forma ostensiva e injustificada, mas sim motivadamente para a autoridade competente - a fim de poder ser admitida como prova lícita, desde que haja justa causa, como o emprego para defesa em instância penal, suficiente para mitigar o direito à preservação da intimidade, da vida privada, da imagem e da honra dos demais presentes, albergado no inciso X do art. 5º da CF.

Lei nº 9.296, de 1996 - Art. 8º-A

> *§ 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> *"A interceptação ambiental em sentido estrito é a realizada por um terceiro e sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores. A escuta ambiental é a realizada por terceiro, mas com o conhecimento de um dos interlocutores. A gravação ambiental clandestina é a realizada por um dos interlocutores.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pg. 235, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*
>
> *"(...) as gravações clandestinas e as ambientais, por configurarem afronta ao irredutível direito constitucional de intimidade e privacidade (art. 5º, inciso X, da CF/1988), não poderão jamais ser autorizadas.*
> *Vale salientar, contudo, que a variação axiológica dos padrões reinantes no nosso ordenamento positivo, associando-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, abrem, em linha de excepcionalidade, oportunidade a que tais gravações, em razão da imponência dos fatos, se tornem lícitas. Tal licitude encontra ocasião propícia nas circunstâncias que colocam em primeiro plano, e como ação inicial ('fiat') a agressão criminosa do interlocutor-devassado contra o interlocutor devassador (que promoveu a gravação ilícita).*
> *Em tais condições, é a própria vítima da gravação clandestina ou ambiental que, com o seu comportamento reprovável e criminoso, gera a razão jurídica suficiente para tornar lícitas essas gravações que, em outras condições normais, seriam ilícitas e, por conseguinte, imprestáveis como prova em qualquer processo ou instância.*
> *De efeito, pode-se assentar que as gravações telefônicas, fonográficas ou cinematográficas, efetivadas em tais circunstâncias, são absolutamente lícitas, podendo instruir tanto o processo judicial (penal e cível) quanto o administrativo disciplinar." José Armando da Costa, "Controle Judicial do Ato Disciplinar", pgs. 126 a 128, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2002*

A ressalva acima para a gravação ambiental clandestina realizada em local privado e não aberto a público se justifica porque, em sentido oposto, esta espécie de captação em local aberto ao público (todas as espécies de logradouros públicos, equipamentos e instalações em geral de transportes públicos, estabelecimentos comerciais em geral e todo tipo de local com afluxo irrestrito de pessoas, em que se incluem algumas espécies e alguns recintos de prédios públicos), onde não se justifica que os participantes dialoguem sob qualquer expectativa de privacidade, não é albergada pela proteção do inciso X do art. 5º da CF e não se condiciona ao comando do § 4º do art. 8º-A da Lei nº 9.296, de 1996, de emprego exclusivo em defesa.

Na esteira, uma questão interessante que se coloca é este tipo de captação realizada nos ambientes internos da repartição. Salvo as instalações das unidades específicas de atendimento a público e os espaços de grande trânsito de pessoas estranhas em quaisquer unidades ou prédios públicos (tais como portarias, entradas, guichês de recepção ou de atendimento, saguões, *halls*, escadarias, elevadores, depósitos, garagens, estacionamentos, dentre outros), as salas internas de trabalho (pequenos comportamentos laborais ocupados cotidianamente por pequenos grupos de servidores) e os espaços de uso individualizado ou

limitado (a exemplo de banheiros, vestiários e refeitórios), embora se situem em prédios públicos, não são ambientes ostensivamente abertos e de acesso franqueado a todos, de forma que, como regra geral, somente são lícitas e admitidas as gravações ambientais clandestinas nestes recintos de acesso restrito a poucos agentes quando empregadas para fins de defesa.

Portanto, as conversas telefônicas em linha fixa ou móvel ou via satélite ou as conversas entre presentes em local privado e não aberto a público clandestinamente gravadas por um dos interlocutores não estão limitadas à investigação criminal ou à instrução processual penal, à autorização judicial e aos contornos definidos na Lei nº 9.296, de 1996, para poderem ser autuadas como provas lícitas. Uma vez gravadas (e a gravação em si é atípica), desde que haja justa causa na consequente divulgação (com o que, na verdade, se atende à proporcional e razoável ponderação do bem tutelado no caso específico com a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra dos demais interlocutores), afasta-se a ilicitude desta prova e, portanto, ela pode ser admitida em processo, inclusive de instância administrativa. Ratifica-se que a admissibilidade destas provas não é afastada por sua clandestinidade e também não se sujeita ao cumprimento dos dispositivos do inciso XII do art. 5° da CF, mas sim do inciso X do mesmo art. 5º. Tendo sido tais provas coletadas sem quebrar de forma antijurídica a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da imagem e da honra de alguém e não envolvendo interlocutores que devam ter seu sigilo profissional preservado em razão de seu ofício, à luz do princípio da convivência das liberdades (mencionado em **4.4.1.1.2.b**), elas são lícitas e admissíveis. Por outro lado, não havendo justa causa na divulgação das conversas telefônicas ou ambientais (na ponderação dos parâmetros do inciso X do art. 5° da CF), estas provas são consideradas ilícitas, o que as torna inadmissíveis em processo, qualquer que seja a instância.

Cabe aqui uma ponderação. Quando se vincula a existência de justa causa para divulgação de conversas telefônicas em linha fixa ou móvel ou via satélite ou de conversas entre presentes em local privado e não aberto a público clandestinamente gravadas por um dos interlocutores ao seu emprego apenas para defesa em face de injusta acusação criminal, se está, na verdade, adotando o maior conservadorismo justificável para a instância penal, que se refletem em todas as fontes acima mencionadas. Diante das distintas tutelas das esferas penal e disciplinar, até pode ser possível, atentando-se para as peculiaridades de determinado caso de maior gravidade estatutária, defender a divulgação destes espécies de gravações realizadas por um interlocutor, sem conhecimento do outro, para a autoridade administrativa competente e a consequente licitude como prova também quando se verificam indícios de cometimento de infração disciplinar de forte repulsa interna.

4.4.14.3 - Sigilo dos Dados Telefônicos, Informáticos e Telemáticos

Por óbvio, conforme indica a jurisprudência, também não se encontra albergada em nenhuma das espécies de captações de conversas telefônicas protegidas no inciso XII do art. 5° da Constituição Federal (CF) e na Lei n° 9.296, de 24 de julho de 1996, a simples listagem, fornecida pelas operadoras de serviço de telefonia fixa ou móvel ou via satélite, por ordem judicial, com os registros históricos de ligações originadas de determinada linha de telefone e/ou por ela recebidas, protegidos como sigilo de dados telefônicos.

> *STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 17.732: "Ementa: VII - A quebra do sigilo dos dados telefônicos contendo os dias, os horários, a duração e os números das linhas chamadas e recebidas não se submete à disciplina das interceptações telefônicas regidas pela Lei 9.296/96 (...)"*

A presente análise refere-se uma situação intermediária. Não se trata de solicitar diretamente às operadoras de telefonia apenas a informação de nomes de assinantes e de números de suas linhas telefônicas (dados que, resgatando-se as antigas listas telefônicas

impressas, podem ser tidos como imediatamente acessíveis e disponibilizáveis, dispensando-se autorização judicial). Tampouco se trata de buscar acesso ao conteúdo das conversas telefônicas mantidas pelos interlocutores, por meio da interceptação telefônica em sentido estrito ou da escuta telefônica, que possuem cláusula específica de reserva jurisdicional e de procedimentalização nos termos estritos da Lei nº 9.296, de 1996, conforme já exposto em **4.4.14.1**.

Aqui se cuida do interesse e da necessidade de saber a lista de números das linhas e data, hora e duração das ligações realizadas por determinado assinante. Não obstante, advirta-se que mesmo tais dados resumidos de sigilo de dados telefônicos inserem-se em cláusula de intimidade da pessoa e, como tal, para serem admitidos como prova lícita em processo punitivo de qualquer instância, requerem a medida cautelar da autorização judicial. Até se reconhece que se poderia cogitar, por exemplo, de a Administração defender o ponto de vista da sua prerrogativa de provocar diretamente as operadoras de telefonia a concederem tais dados para fim de defesa de direitos de administrados, mas convém a postura cautelosa de buscar a autorização judicial na instância sancionadora. Estando fora da proteção do inciso XII do art. 5º da CF, uma vez que contida na tutela do inciso X do mesmo art. 5º, esta prova pode ser demandada direta e exclusivamente para instrução de processo disciplinar, sem necessidade de haver investigação criminal ou ação penal e pode-se cogitar de tal afastamento no que se refere ao acusado ou até mesmo no que se refere a terceiros com quem o servidor mantenha interlocução e que também estejam de alguma forma envolvidos com os fatos.

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Gilmar Mendes, Recurso Extraordinário nº 625.623: "Ementa: 2. O afastamento do sigilo de dados telefônicos somente poderá ser decretado, da mesma maneira que no tocante às comunicações telefônicas, nos termos da Lei n. 9.296/96 e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando o fato investigado constituir infração penal punida com reclusão e presente a imprescindibilidade desse meio de prova, pois a citada lei vedou o afastamento da inviolabilidade constitucional quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal ou a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, não podendo, em regra, ser a primeira providência investigatória realizada pela autoridade policial."*
>
> *STF, Ministro Relator Dias Toffoli, Recurso Extraordinário nº 862.368/DF, DJe 06/11/2015, Decisão Monocrática: "Ainda nessa linha, destaco o parecer do Ministério Público Federal:*
> *'14. Os dados cadastrais, ao contrário do que entendeu o recorrente, não está sujeito ao sigilo, pois não envolve dados que digam respeito à privacidade ou à intimidade da pessoa. Para tanto, basta lembrar das antigas 'listas telefônicas' que eram disponibilizadas pelas empresas de telefonia, contendo o numero do telefone e a identificação do titular da linha.*
> *15. Os dados cadastrais nada mais são do que informações objetivas fornecidas pelos consumidores e armazenadas em banco de dados das empresas de telefonia e compreende o nome completo, o CPF, o RG, o endereço e o número do telefone, não se tendo acesso às informações relativas às ligações telefônicas feitas ou recebidas pela pessoa, que estão efetivamente sujeitas ao sigilo e que somente podem ser obtidos com ordem judicial'."*
>
> *STF, Ministra Relatora Cármen Lúcia, Recurso Extraordinário nº RE 1.064.490/RS, DJe 11/03/2020, Decisão Monocrática: "1. Recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da Quarta Região:*
> *'Constitucional e administrativo. Cadastro de telefonia móvel. Informações solicitadas pelo MPF, MPE e polícias. Sigilo. Art. 5º, X a XIII da CF/88. 1. Os dados cadastrais dos usuários das operadoras estão protegidos pela garantia do sigilo, nos termos dos artigos 5º, X a XIII, da CF/88 e 3º, VI e*

IX, da Lei n. 9.472/97, sigilo esse que somente pode ser quebrado mediante intervenção judicial, nas hipóteses cabíveis. A entrega dos cadastros de todos os usuários dos apelantes aos solicitantes implicará a quebra do sigilo. 2. Embargos infringentes a que se nega provimento' (fl. 59, vol. 20).
Contra essa decisão o Ministério Público Federal interpôs recurso especial e recurso extraordinário (fls. 64-68, vol. 20 e fls. 22-42, vol. 21).
2. No recurso extraordinário o recorrente alega ter o Tribunal de origem contrariado os incs. X e XII do art. 5º da Constituição da República. Argumenta que "as autoridades de persecução criminal, no exercício de suas atribuições, necessitam ter acesso aos dados cadastrais das empresas operadoras de telefonia inclusive para diligenciar com vistas à realização de interceptação telefônica, portanto são imprescindíveis tais informes para que seja adequadamente solicitado ao juízo a quebra do sigilo das telecomunicações e interceptações telefônica" (fl. 25, doc. 21).
Sustenta que "não há que falar, ademais, que os cadastros de clientes configurem dados pertinentes à comunicações telefônicas sujeitas ao sigilo previsto na Constituição, pois apenas estão abrangidos pelo sigilo das comunicações telefônicas (entendido aqui o uso desse meio), os registros de telefonemas, horários, duração, destinatários e, primordialmente, o próprio conteúdo daquelas" (fl. 25, doc. 21).
Salienta que 'tais dados não se inserem na intimidade ou privacidade do indivíduo, sendo comumente disponibilizados em listas telefônicas públicas (assinantes, endereços, etc.)'. Além disso, os referidos 'dados cadastrais telefônicos' não se confundem com 'comunicação de dados' ou 'comunicação telefônicas.' (fl. 37, vol. 21).
5. Razão jurídica não assiste ao recorrente.
6. O Tribunal Regional assentou:
'Quanto ao mérito: Parece-me inquestionável que os dados cadastrais dos usuários das operadoras estão protegidos pela garantia do sigilo. E nem poderia ser de outra forma. Nos termos do art. 3º da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações): 'Art. 3º - O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: (...) VI - à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso; (...) IX - ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço'.
A Norma Geral de Telecomunicações nº 20/96, fixada pelo Poder Concedente, também prevê a impossibilidade de divulgação 'do número de acesso atribuído à Estação Móvel do Assinante, salvo com a expressa autorização deste' (item 6.11.2).
Tais regras apenas refletem a consagração constitucional do direito à intimidade (CF, art. 5.º, X a XII).
É também assente a necessidade de intervenção judicial para a quebra desse sigilo, tendo essa questão já sido enfrentada pela jurisprudência. Há julgado do E. STJ, em que por unanimidade se reconheceu que os dados cadastrais dos usuários do serviço de telefonia são sigilosos. Não podem ser fornecidos a terceiros. Podem apenas ser divulgados, para fins de processo criminal ou investigação policial, mediante prévia determinação do juiz."

STJ, Quinta Turma, Ministro Relator Felix Fischer, Recurso em Habeas Corpus nº 82.868/MS, DJe 01/08/2017, Ementa: "VIII - In casu, não se vislumbra constrangimento ilegal na decisão judicial que permitiu às operadoras de telefonia que fornecessem informações relativas a dados telefônicos (nomes/assinantes e usuário, endereços e números de linhas telefônicas, e de extratos parciais de terminais) que possam ter relação com fatos objeto da investigação, não havendo que se falar em quebra indevida do sigilo das telecomunicações."

STJ, Sexta Turma, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, Habeas

> *Corpus nº 237.006/DF, DJe 27/06/2014, Ementa: "2. Não se confundem as medidas de quebra de sigilo telefônico com a interceptação de comunicação telefônica, esta última albergada, ademais, pela cláusula de reserva de jurisdição. Daí, não são exigíveis, no contexto da quebra de sigilo de dados, todas as cautelas insertas na Lei 9.296/1996. In casu, o magistrado, em cumprimento do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, motivou a quebra do sigilo de dados, com base na intensa utilização de certo terminal telefônico, havendo a franca possibilidade de se desvendar, com base em dados cadastrais oriundos das registros de companhia telefônica, a autoria de um quarto agente no concerto delitivo."*
>
> *STJ, Quinta Turma, Ministro Relator Jorge Mussi, Recurso em Habeas Corpus nº 53.541/RJ, DJe 20/09/2017, Ementa: "Nulidade da decisão que permitiu o acesso aos dados cadastrais, histórico e extratos de chamada telefônicos. Inaplicabilidade da Lei 9.296/1996. Provimento judicial fundamentado. Mácula não configurada.*
> *1. De acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça, a quebra do sigilo de dados telefônicos, consistentes no histórico de chamadas, dados cadastrais e extratos de ligações, não se submete à disciplina da Lei 9.296/1996, que trata da interceptação das comunicações telefônicas.*
> *2. Na espécie, o magistrado singular justificou a quebra do sigilo dos dados telefônico dos recorrentes com base, essencialmente, nas informações coletadas pela autoridade policial e pelo Ministério Público indicativas da prática criminosa atribuída aos investigados, inexistindo, assim, qualquer nulidade apta a contaminar as provas dela decorrentes."*

Neste ponto, na hipótese de processo disciplinar decorrente de operação policial conjunta ou que tramita simultaneamente a inquérito policial, ação penal ou ação civil de improbidade administrativa, revela-se interessante pesquisar se porventura já não há o afastamento do sigilo dos dados telefônicos nas instâncias penal ou civil (ou, até mesmo, se já não se tem o conteúdo de interceptações ou de escutas telefônicas na seara criminal). Caso já exista este afastamento, pode a comissão provocar a autoridade instauradora, a fim de que esta, nos termos do inciso V do art. 20 da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, e da alínea "e" do inciso II do *caput* e do § 1º do art. 16 da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, reproduzido em **4.4.12.4**, solicite diretamente ao Poder Judiciário o compartilhamento dos dados pré-existentes das ligações telefônicas, como prova emprestada, sem a necessidade de postulação por parte da Advocacia-Geral da União (AGU). Caso haja o paralelismo entre o processo disciplinar e a investigação criminal ou a ação penal mas não exista o afastamento do sigilo dos dados telefônicos, pode-se provocar o Ministério Pùblico Federal (MPF), a fim de verificar se o órgão tem interesse em peticionar neste sentido na seara criminal.

De outro lado, em processo disciplinar que não possua apuração sobre o mesmo fato nas esferas penal ou civil, deve a comissão provocar a autoridade instauradora, novamente nos termos do V do art. 20 da Portaria MF nº 492, de 2013, e da alínea "e" do inciso II do *caput* e do § 1º do art. 16 da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, a fim de que esta encaminhe à AGU solicitação para que o órgão competente busque judicialmente o afastamento do sigilo dos dados telefônicos, por intermédio das suas representações estaduais do Grupo Permanente de Combate à Corrupção. Nesta provocação, convém solicitar que a AGU forneça uma cópia de sua petição à autoridade instauradora, a fim de que a unidade de correição possa avaliar se o pedido atende exatamente a demanda.

Aquele Grupo, especializado na tal atividade de controle, deve atuar em harmonia e em mútua colaboração com a Corregedoria (Coger) e com os Escritórios de Corregedoria (Escor), já que o sistema correcional detém os autos do processo disciplinar, com cujas cópias o órgão de assessoramento jurídico pode promover as medidas judiciais cabíveis. É possível

se obter o desejado provimento judicial, e até com celeridade, visto que os Advogados da União que integram aquelas representações estaduais despacham direta e periodicamente com o juízo e o pedido é feito com medida *inaudita altera parte* em procedimento cautelar, em que é dispensada a manifestação da defesa. Por isto, antes de formalizar as solicitações à AGU, é importante fazer contato com este Grupo para melhor instrumentalizar as medidas.

Mas, em linha diferente se inserem os dados resumidos de ligações telefônicas realizadas por meio de linha fixa ou móvel ou via satétilte de aparelhos institucionais, podendo a comissão solicitar ao setor competente no órgão os extratos das contas telefônicas originadas do aparelho e da linha oficiais, independentemente de autorização judicial. Para tal assertiva, conta-se com a positivação efetivada pela Controladoria-Geral da União (CGU), em sua Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, cujo art. 13 expressou a plausibilidade jurídica de a Administração não só acessar mas também monitorar o registro de ligações telefônicas feito pelo servidor utilizando o aparato institucional, e conta-se ainda com apoio doutrinário da própria CGU.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 13. Para a elucidação dos fatos, poderá ser acessado e monitorado, independentemente de notificação de investigado ou acusado, o conteúdo dos instrumentos de uso funcional de servidor ou empregado público, tais como, computador, dados de sistemas, correio eletrônico, agenda de compromissos, mobiliário e registro de ligações.*
>
> *"Conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Mandado de Segurança nº 17.732, a disponibilização do registro histórico das ligações (originadas ou recebidas) de uma linha telefônica, bem como o registro de dados, de horários e de duração das chamadas, fornecidas pelas operadoras de telefonia, não estão incluídas nos permissivos do inciso XII do art. 5º da CF e na Lei nº 9.296/96, no entanto, esses dados também estão protegidas por sigilo, e a sua disponibilização depende de autorização judicial (...).*
> *Necessário ressalvar que, no caso de telefone de propriedade da Administração, não há que se falar em sigilo dos dados telefônicos, uma vez que se trata de instrumento de trabalho. Insta destacar, contudo, que nesses casos não serão obtidos o conteúdo dos diálogos, mas tão somente os registros das ligações realizadas. Desse modo, tratando-se de telefone funcional, cedido ao servidor, a Comissão poderá solicitar ao setor responsável os extratos das contas telefônicas, independente de autorização judicial.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 240 e 241, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Embora todo o arrazoado acima tenha se concentrado no sigilo dos dados telefônicos, é de se estender, com absoluto paralelismo, analogamente, as mesmas construções em face do sigilo dos dados informáticos ou telemáticos.

Cabe aqui apresentar um gradiente de seletividade dos requisitos legais para diferentes graus de acesso aos dados informáticos ou telemáticos, indo desde um menor patamar de disponibilização mediante mera instância administrativa, passando por um patamar intermediário de disponibilização até atingir a maior disponibilização da íntegra do conteúdo armazenado, sendo estas duas últimas passíveis de serem manejados em instância judicial civil.

Primeiramente, a simples identificação meramente cadastral da existência de correio eletrônico particular e de seu titular e do local de instalação de determinado endereço eletrônico do equipamento (o chamado *internet protocol* ou endereço IP) bem como da existência de conta de aplicativos de envio de mensagens instantâneas (tais como *WhatsApp*, *Telegram*, *Facebook Messenger*, *Skype*) ou de contas em *chats* privados ou em redes sociais (*Twitter*, *Facebook*) ou de contas de serviços de telefonia baseados no endereço IP de sistema

voice over IP (*Viber*) e de seu titular não se submete à reserva de jurisdição, podendo ser diretamente requisitada pela autoridade administrativa, mediante intimação, aos provedores dos respectivos serviços, com base no § 3º do art. 10 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, chamada de Marco Civil da Internet. Embora não se apliquem à situação em comento, para facilitar a compreensão deste dispositivo legal, que funciona como uma regra de exceção, faz-se necessário reproduzir aqui os incisos V, VI e VIII do art. 5º e o *caput* e o § 1º do art. 10, ambos da mesma Lei, que definem o que sejam registro de conexão e registros de acesso a aplicações de internet e estabelecem sua reserva de jurisdição, enquanto o subsequente § 3º do mesmo art. 10 dispensa autorização judicial, seja civil, seja penal, para o acesso aos dados meramente cadastrais. Na prática, a presente construção é válida e suficiente para atender a demanda administrativa de, tendo o endereço IP de determinado equipamento, necessitar identificar o seu titular, ou seja, o usuário final do prestador de servidor de informática ou de telemática, cabendo então intimação da autoridade administrativa ao provedor.

> *Lei nº 12.965, de 2014 - Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:*
> *V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;*
> *VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;*
> *VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.*
> *Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.*
> *§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.*
> *§ 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.*

O comando do § 3º do art. 10 da Lei nº 12.965, de 2014, obteve regulamentação, sem inovação, no art. 11 do Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016. Ademais, toda a construção acima defendida encontra amparo na jurisprudência.

> *Decreto nº 8.771, de 2016 - Art. 11. As autoridades administrativas a que se refere o art. 10, § 3º da Lei nº 12.965, de 2014 , indicarão o fundamento legal de competência expressa para o acesso e a motivação para o pedido de acesso aos dados cadastrais.*
> *§ 1º O provedor que não coletar dados cadastrais deverá informar tal fato à autoridade solicitante, ficando desobrigado de fornecer tais dados.*
> *§ 2º São considerados dados cadastrais:*
> *I - a filiação;*
> *II - o endereço; e*
> *III - a qualificação pessoal, entendida como nome, prenome, estado civil e profissão do usuário.*
> *§ 3º Os pedidos de que trata o caput devem especificar os indivíduos cujos dados estão sendo requeridos e as informações desejadas, sendo vedados pedidos coletivos que sejam genéricos ou inespecíficos.*

> *STJ, Sexta Turma, Ministo Relator Hamilton Carvalhido, Habeas Corpus nº 83.338/DF, DJe 26/10/2019, Ementa: "1. A simples titularidade e o endereço do computador do qual partiu o escrito criminoso não estão resguardados pelo sigilo de que cuida o inciso XII do artigo 5º da Constituição da República, nem tampouco pelo direito à intimidade prescrito no inciso X, que não é absoluto.*
> *Relatório: "Habeas corpus contra a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, denegando, por maioria, o writ impetrado em favor de (...), preservou-lhe a ação penal a que responde como incurso nas sanções dos artigos 138, caput, 139 e 140, caput, combinados com o artigo 141, incisos II e III, do Código Penal, em acórdão assim ementado:*
> *'I. O resguardo do sigilo de dados, genericamente considerado, possui, como garantia que é, função instrumental, no sentido de viabilizar a efetiva realização de direitos individuais relativos à incolumidade da intimidade e da vida privada. Isso significa dizer que a garantia, conceitualmente, por si só, não tem qualquer sentido satisfatório, sendo antes uma projeção do direito cuja tutela instrumentaliza (STF, MS 23452/RJ, Rel. Min. Celso de Melo). Nesse contexto, o campo de manifestação da garantia informa-se exatamente pela latitude da necessidade de tutela do direito, a entendermos, conseguintemente, que não se cogitando de ameaça ou efetiva lesão ao direito à intimidade e vida privada, igualmente não se pode cogitar em garantia de sigilo de dados. II. O conhecimento de dados meramente cadastrais, inclusive de e mail, quando disso não se extrapola para a stiça dimensão de informações sobre o status ou modus vivendi da pessoa, não atinge a intimidade ou a vida privada de alguém, não estando submetido à cláusula de reserva de jurisdição. Licitude da prova produzida nesses termos'.*
> *Voto do Ministro Relator: "Dessarte, a questão que me coloco é se os fatos acima alinhavados atingem o direito à intimidade e vida privada do paciente. O que temos, em suma é que: previamente conhecido o conteúdo de um determinado e-mail, reputado como mecanismo para a prática de crime, perquiriu-se acerca dos dados cadastrais de sua origem, i.e., o terminal conectado através do IP pelo qual o e-mail foi enviado. Definitivamente, não penso que o conhecimento de dados cadastrais, quando disso não se extrapola para a dimensão de informações sobre o status ou modus vivendi da pessoa, atinja a intimidade ou a vida privada de alguém. Verifique-se que, neste caso, somente veio à baila dados relativos à fonte do e-mail, sem entrar no campo de consideração informações relativas à pessoa mesma referida, os dados fornecidos referem-se inclusive ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal; analogicamente, a meu ver, é como se questionar acerca da propriedade de determinado bem imóvel, ou linha telefônica."*

Na situação intermediária, caso a necessidade de saber resida na identificação dos interlocutores e das datas e horários das comunicações informáticas e telemáticas, a exemplo do que se ilustrou com farta jurisprudência, linhas acima, acerca do sigilo dos dados telefônicos, também se estende que o afastamento dos sigilos sobre os dados informáticos e telemáticos, nos termos do inciso X do art. 5º da CF, para emprego em processo disciplinar, não deve prescindir de prévia autorização judicial para que a Administração, segura e licitamente, provoque as provedoras dos respectivos serviços. Igualmente, se dispensa o pré-requisito de existência de investigação criminal ou instrução penal, para se demandar direta e exclusivamente para instrução de processo disciplinar, em face tanto do acusado quanto de terceiros com quem o servidor mantenha interlocução e que também estejam de alguma forma envolvidos com os fatos.

Nestes casos intermediários, em que o que se quer saber são as informações relacionadas ao registro de conexão ou ao registro de acesso a aplicações de internet, com as definições dadas nos já reproduzidos incisos V, VI, e VIII do art. 5º da Lei nº 12.965, de 2014. Tomando então estes comandos, em leitura conjunta com os também já reproduzidos

caput e § 1º do art. 10 com os arts. 22 e 23, todos da mesma Lei, é possível que o provimento judicial, mediante procedimento civil, conceda acesso a metadados de comunicações informáticas ou telemáticas, compreendendo registros de conexão e registros de acesso à aplicação de internet, com data, hora e registro do local e endereço eletrônico do equipamento (o chamado *internet protocol* ou endereço IP).

> *Lei nº 12.965, de 2014 - Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.*
> *Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:*
> *I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;*
> *II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e*
> *III - período ao qual se referem os registros.*
> *Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.*

Por fim, na terceira situação, conforme já exposto em **4.4.14.1**, o acesso ao conteúdo armazenado das mensagens eletrônicas no destinatário, mencionado no inciso III do art. 7º e no § 2º do art. 10, ambos da Lei nº 12.965, de 2014, também requer autorização judicial, que pode ser obtida em procedimento civil, não sendo requisito instância de investigação criminal ou de instrução processual penal.

E, ainda, não se deixe de lembrar que previsão legal para a interceptação do fluxo da comunicação informática ou telemática, mantida pelos interlocutores, antes mesmo do armazenamento do conteúdo, possui cláusula mais específica de reserva jurisdicional, exigindo a investigação criminal ou a instrução processual penal, conforme prevê o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296, de 1996.

4.4.14.4 - Uso de Interceptações e Escutas Como Elementos Compartilhados no Processo Disciplinar

No que se refere mais especificamente ao processo disciplinar, como já foi delimitado desde a parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal (CF) e com reflexos no art. 1º, no art. 3º e no art. 8º-A, todos da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que somente autorizam a violação do sigilo da conversa telefônica, seja por interceptação telefônica em sentido estrito, seja por escuta telefônica, em linha fixa ou móvel ou via satélite, a violação do sigilo da conversa entre presentes, seja por interceptação ambiental em sentido estrito, seja por escuta ambiental, e a violação dos fluxos de comunicações informáticas e telemáticas, em todos este casos, para investigação criminal ou para instrução penal, é certo que a comissão não pode pedir tais afastamentos para fim exclusivamente disciplinar. Contrariamente à maior significância atribuída ao crime, tem-se que o ordenamento indicou ao aplicador que, na ponderação de direitos em conflitos, como regra, se atribui maior relevância à preservação do sigilo daquelas espécies de conversas telefônica e ambiental e das comunicações informáticas e telemáticas do que à elucidação de ilícitos puramente disciplinares. Para que a comissão cogite de quebra da garantia constitucional, presume-se estar diante de caso grave, com provável repercussão também na esfera penal (com pena máxima superior a quatro anos, nas hipóteses ambientais; ou com qualquer pena de reclusão, nas demais hipótese) e que a captação seja indispensável para a comprovação do crime (uma vez que, por outro lado, não se justifica este meio de obtenção de prova para situações banais ou de menor gravidade, que

não configurem crime, ou até mesmo para situações que configurem crime punível de forma branda, ou ainda quando se pode obter a comprovação por outros meios).

Assim, havendo a justificada necessidade de a comissão contar com tal espécie de prova, restam-lhe duas possibilidades. Na primeira hipótese, mais rara e menos provável, ainda não havendo nenhuma provocação da instância penal, cabe à comissão representar ao Ministério Público Federal (MPF), provocando o seu interesse pela investigação criminal. Este órgão, dentro da sua competência de promover a ação penal, pode entender cabível e solicitar ao juízo a interceptação ou a escuta telefônicas, ou a interceptação ou a escuta ambientais ou a inteceptação informática ou telemática, nos termos permitidos pela Lei nº 9.296, de 1996, para a instrução da investigação criminal. Daí, a comissão pode pedir ao MPF para que este solicite ao juízo o compartilhamento daquele elemento informativo (ou, eventualmente, o empréstimo da prova, se já possuir esta qualidade, mediante o contraditório para o mesmo interessado, nos autos de origem) obtido vom fim judicial para a instância disciplinar, nos termos já expostos em **4.4.13** e conforme permite a jurisprudência e concorda a doutrina. Na segunda hipótese, já há havendo inquérito policial em curso ou ação penal instaurada e aí constar a interceptação ou a escuta, dispensa-se a provocação por sua feitura e, novamente, a comissão pode pedir ao MPF para que este solicite ao juízo o compartilhamento. Em qualquer das duas hipóteses, uma vez trazida aos autos administrativos o elemento informativo ou o elemento de prova compartilhado, deve cuidar a comissão de notificar o acusado e ofertar-lhe a prerrogativa de contraditório.

> *STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 24.956: "Ementa: A cláusula final do inciso XII do artigo 5° da Constituição Federal - '...na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal' - não é óbice à consideração de fato surgido mediante a escuta telefônica para efeito diverso, como é exemplo o processo administrativo disciplinar."*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 14.797: "Ementa: 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal encontra-se consolidada no sentido da possibilidade do aproveitamento, em processo disciplinar, de prova licitamente obtida mediante o afastamento do sigilo telefônico em investigação criminal ou ação penal, contanto que autorizada a remessa pelo juízo responsável pela guarda dos dados coletados, e observado, no âmbito administrativo, o contraditório."*
>
> *STF, Questão de Ordem em Inquérito n° 2.424: "Ementa: Prova emprestada. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.024, Voto: "Ultrapassada mais essa afirmação, examino a última delas, que diz respeito à ilegalidade da escuta telefônica para fins de utilização no procedimento administrativo, com base no art. 3° da Lei n° 9.296/96 (...):*
> *O argumento não tem qualquer fundamento. Como visto, o dispositivo esclarece que somente o juiz pode determinar a interceptação telefônica, a requerimento das autoridades que elenca, nada dispondo sobre a impossibilidade de utilização da mesma para fins de investigação administrativa.*

No caso, a administração valeu-se das gravações para fins de prova no processo administrativo, mas a interceptação foi requerida nos exatos termos do inciso I, art. 3° da legislação em comento, como consta do Alvará de Escuta, uma vez que os dois policiais impetrantes também respondem a processo criminal."

STJ, Mandado de Segurança nº 17.534: "Ementa: 5. É possível o uso de interceptações telefônicas, na forma de provas emprestadas, derivadas de processo penal, desde que tenha havido autorização judicial para tanto, como na espécie (fl. 511), bem como que tenha sido dada oportunidade para o contraditório em relação a elas, como se verifica dos autos (fls. 5877-5878). Precedente: MS 16.122/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 24.5.2011."

"Numa abordagem técnica, interceptação telefônica é a captação, por parte de terceiro, de conversa telefônica alheia sem o consentimento de um dos interlocutores. (...)
(...) a interceptação telefônica, constituindo uma exceção legal à franquia constitucional da liberdade de comunicação (inciso XII do art. 5º da CF/1988), poderá ser legalmente autorizada (Lei nº 9.296, de 24.7.1996), para o fim específico e exclusivo de investigação criminal ou instrução processual penal, vis-à-vis autorização judicial.
Feitas essas considerações a respeito dessa delicada diligência, acode-nos à mente a seguinte indagação: caso haja resíduos indicadores de infração disciplinar nessas gravações, poderão ser eles repassados para a repartição pública interessada e utilizados para ensejar a abertura de procedimento disciplinar? Entendemos que isso seja possível, desde que haja autorização judicial expressa nesse sentido e que seja preservado, por parte da instância disciplinar, o sigilo das diligências, gravações e transcrições referentes, uma vez que tais investigações são empreendidas em segredo de justiça." José Armando da Costa, "Controle Judicial do Ato Disciplinar", pgs. 125 e 126, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2002

"Mas é possível que, em processo civil, se pretende aproveitar prova emprestada, derivada de interceptação telefônica lícita, colhida em processo penal desenvolvido entre as mesmas partes. (...)
Poderá, em casos como esse, ter eficácia a prova emprestada, embora inadmissível sua obtenção no processo não-penal?
As opiniões dividem-se, mas, de nossa parte, pensamos ser possível o transporte de prova. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável. (...)
Nessa linha de interpretação, cuidados especiais devem ser tomados para evitar que o processo penal sirva exclusivamente como meio oblíquo para legitimar a prova no processo civil. Se o juiz perceber que esse foi o único objetivo da ação penal, não deverá admitir a prova na causa cível." Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, "As Nulidades no Processo Penal", pgs. 119 e 120, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2006

Destaque-se que eventuais inseguranças que ainda poderia haver no emprego da interceptação telefônica em sentido estrito como elemento compartilhado no processo disciplinar restou definitivamente afastada com a manifestação da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 18, de 10 de outubro de 2017. E, embora a CGU/CCC tenha se

manifestado apenas acerca da interceptação telefônica em sentido estrito, não se vislumbram motivos que impeçam a interpretação extensiva para as demais espécies de provas de captações de conversas admitidas pela Lei nº 9.296, de 1996 (escuta telefônica, interceptação e escuta ambientais e interceptações informática ou telemática).

> *Enunciado CGU/CCC nº 18, de 10/10/17: "A admissibilidade da prova emprestada, oriunda de interceptação telefônica, nos processos administrativos sancionadores. É lícita a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para fins de instrução de procedimento correcional."*

É de se diferenciar o tratamento bastante restritivo exposto acima, para as espécies de captação de comunicações realizadas sob molde da Lei nº 9.296, de 1996, do tratamento a ser disposto para o acesso a conteúdo de mensagens informáticas ou telemáticas armazenadas no destinatário. Conforme já exposto em **4.4.14.1**, este acesso não configura uma interceptação propriamente dita e obtém regência mais flexível no inciso III do art. 7º da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, a chamada Marco Civil da Internet. De acordo com este dispositivo legal, o acesso ao conteúdo das comunicações já armazenadas, à margem da interceptação de seu fluxo, é também uma espécie de mitigação da garantia fundamental individual insculpida no inciso X do art. 5º da CF e, como tal, requer autorização judicial; todavia, não se impõe que esta procedimentalização se dê no curso de investigação criminal ou de instrução penal. É possível, portanto, se provocar a Advocacia-Geral da União (AGU) para que este órgão de assessoramento jurídico postule em juízo a favor do afastamento do sigilo que protege aquelas mensagens armazenadas, ainda que apenas para instrução processual disciplinar.

> *Lei nº 12.965, de 2014 - Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:*
> *I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*
> *II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;*
> *III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;*

Ainda em socorro ao emprego de todas estas espécies admitidas de provas de captação em processo disciplinar, um outro detalhe vem à tona. A CF e a Lei nº 9.296, de 1996, delimitam a feitura destas provas apenas para investigação criminal ou instrução processual penal. Mas a restrição imposta à prova não se estende à coisa julgada, pois a sentença penal definitiva tem a força de independer dos meios probantes empregados e das intrínsecas limitações que recaem no momento da captação das provas (como, no caso, a preservação da intimidade). Em outras palavras, a coisa julgada tem o condão de se desgarrar e de se desprender das questões de fato e de direito e dos meios que se empregaram para que fosse proferida. Por este entendimento é que se expressa que, caso se tenha sentença penal definitiva calcada tão somente na interceptação ou na escuta telefônica ou na interceptação ou na escuta ambiental ou na interceptações informática ou telemática, licitamente produzida em instância criminal, esta sentença pode ser trazida para a instância cível (inclusive administrativa).

Mas é de se destacar a recomendação de que, caso se demonstre relevante instruir processo disciplinar com transcrições de regular espécie de prova de captação de comunicação, levando em conta que este tipo de elemento comumente suscita provocações junto ao Poder Judiciário mesmo nas instâncias processuais judiciais, convém, sempre que possível, que a comissão busque reforçar a instrução e a formação de convicção, juntando não só as transcrições mas também outros elementos probantes, de distinta natureza, a fim de que o processo possa se manter válido ainda que posteriormente aquelas provas venham a ser judicialmente declaradas nulas. Isto porque, em tal tipo de processo, será extremamente recomendável que a comissão, em seu relatório, logre diferenciar de forma bastante clara

aquela prova trazida emprestada da instância judicial das demais provas coletadas por meios meramente administrativos e independentes da interceptação ou da escuta telefônica ou da interceptação ou da escuta ambiental ou da interceptação informática ou telemática, a fim de mantê-las imunes de eventual declaração de nulidade daquele primeiro ato instrucional.

Ainda neste aspecto, relembre-se o já aduzido em **4.4.14.1**, de que não há necessidade de se efetivar transcrição da íntegra de todo o conteúdo das conversas captadas, bastando aproveitar a transcrição apenas dos trechos relevantes para formação de convicção (e desde que, em respeito ao conceito de cadeia de custódia, já detalhado em **4.4.1.8**, se preserve a íntegra dos registros de áudio captados, para que, caso requerido, o acusado possa contraditar), nos termos que se depreende dos §§ 1º e 2º do art. 6º da Lei nº 9.296, de 1996 (este último menciona apenas um resumo das diligências), e conforme também entende a jurisprudência.

> *Lei nº 9.296, de 1996 - Art. 6º*
> *§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.*
> *§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.*
>
> *STJ, Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.171.305:"Ementa: Segundo a jurisprudência deste STJ, a transcrição integral do conteúdo da interceptação telefônica é dispensável, sendo suficiente a transcrição dos trechos que digam respeito ao investigado embasadores da denúncia , para que, a partir deles, exerça o contraditório e a ampla defesa. 2. A declaração de nulidade atinente à transcrição parcial das interceptações telefônicas, assim como as demais nulidades processuais, exige demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pela parte. Precedentes."*

E, com ainda maior ênfase, faz-se a mesma recomendação em caso em que se demonstre relevante instruir processo disciplinar com transcrições de conversas telefônicas ou entre presentes clandestinamente gravadas por um dos interlocutores.

4.4.14.5 - Detalhamentos da Interceptação de Comunicações por Correio Eletrônico e por Aplicativos Instantâneos de Mensagens e de Acesso ao Conteúdo Armazenado Destas Mensagens

No caso da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), os servidores contam com o correio eletrônico institucional, por meio do qual podem enviar mensagens eletrônicas (*emails*), cujo uso é disciplinado pela Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002 (ainda que a plataforma tenha mudado, da original IBM Notes para a atual MS Office Outlook, os regramentos da citada Portaria SRF continuam aplicáveis). Segundo o art. 1º desta norma, o correio eletrônico institucional é uma ferramenta de trabalho, de propriedade da Administração, e, no rigor imposto por seu art. 6º, deve ser usado apenas para fins relacionados com as atribuições legais do cargo do usuário, sendo vedados diversos usos dissociados do interesse do trabalho.

> *Portaria SRF nº 1.397, de 2002 - Art. 1º O Correio Eletrônico, ferramenta de propriedade da Secretaria da Receita Federal - SRF, constitui instrumento de uso institucional, destinado ao intercâmbio de mensagens, para fins de racionalização do trabalho e aumento da produtividade.*
> *Parágrafo único. Ao usuário cabe utilizar o Correio Eletrônico em atividades inerentes às suas atribuições no âmbito da SRF.*
> *Art. 6º É vedado o envio das seguintes espécies de mensagens eletrônicas:*
> *I - SPAM: mensagem destinada a múltiplos usuários, sem consentimento prévio*

> *destes, e que objetive a divulgação de correntes, produtos, marcas, empresas, organizações ou endereços eletrônicos, ou a oferta de mercadorias ou serviços, gratuitamente ou mediante remuneração;*
> *II - relativas a negócios ou atividades particulares do usuário, propaganda ou apoio a qualquer iniciativa ou atividade que não tenha aprovação formal da SRF;*
> *III - de teor ofensivo, calunioso, difamatório ou injurioso;*
> *IV - de conteúdo político-partidário ou sindical, de qualquer natureza ou espécie;*
> *V - relativas a conteúdo obsceno, ilegal ou antiético;*
> *VI - de conteúdo preconceituoso ou discriminatório;*
> *VII - que contenham listas de endereços eletrônicos dos usuários do Correio Eletrônico, para fora da instituição.*

Decerto, equiparando-se a um documento ou a uma ordem escrita e assinada, a mensagem eletrônica, nos dias atuais, está absolutamente inserida no conceito de documento que instrumentaliza correspondência ou comunicação entre duas ou mais pessoas e, como tal, traz à tona a questão se seu conteúdo e se seu tráfego estariam ou não protegidos pelas garantias constitucionais de não violação, respectivamente insculpidas nos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal (CF) e, mais especificamente para a segunda, na tutela que protege de interceptação ilegal o fluxo (no seu sentido abstrato de transporte, tráfego, deslocamento, viagem) das comunicações informáticas, conforme o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, mencionada em **4.4.14.1**.

> *Lei nº 9.296, de 1996 - Art. 1º*
> *Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.*

No caso específico das ferramentas de trabalho do correio eletrônico e do endereço eletrônico institucionais, novamente é de operar o princípio da convivência das liberdades, mencionado em **4.4.1.1.2.b**, para ponderar que nenhum direito individual é absolutamente inquebrável ou insuperável, devendo ser mitigado em favor do bem maior, de ordem pública. Assim, são aceitos e, portanto, válidos como prova juridicamente lícita, o acesso à caixa postal institucional do servidor ou o seu monitoramento, por parte da Administração, mesmo sem autorização judicial e ainda que à margem de investigação criminal ou de instrução processual penal (ou seja, ainda que diante de ilícito puramente disciplinar), à vista de fundados indícios de cometimento de irregularidades, rastreáveis ou comprováveis tão somente pelo correio eletrônico institucional fornecido ao infrator. Sendo ferramenta de trabalho, não gera expectativa de privacidade e não há que se cogitar de intimidade a ser preservada, visto que o correio eletrônico institucional tem uso restrito a fins de trabalho e não há que se afastar a propriedade da Administração sobre o computador e sobre o próprio provedor de acesso à *internet*, conforme também defendem a jurisprudência e a doutrina. O fluxo e o conteúdo de tais mensagens eletrônicas em ambiente de correio eletrônico institucional não encontram proteção nos incisos XII e X do art. 5º da CF, de forma que o conteúdo captado ou armazenado no correio eletrônico é prova que licitamente pode ser empegar na processualística disciplinar (salvo mensagens de caráter estritamente pessoal tramitadas pela ferramenta institucional).

> *STJ, Segunda Turma, Ministro Relator Og Fernandes, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 48.665/SP, DJe 05/02/2016, Ementa: "4. A quebra do sigilo de dados telemáticos também é vista como medida extrema, pois restritiva de direitos consagrados na Carta Magna (art. 5º, X e XII, CF/88; arts. 11 e 21 do Código Civil). Não obstante, a intimidade e a privacidade das pessoas, protegidas no que diz respeito aos dados já transmitidos, não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, assim como quaisquer outros direitos fundamentais, os quais, embora formalmente ilimitados (isto é,*

desprovidos de reserva), podem ser restringidos caso isso se revele imprescindível à garantia de outros direitos constitucionais.
5. Não configura prova ilícita a obtenção de informações constantes de e-mail corporativo utilizado pelo servidor público, quando atinentes a aspectos não pessoais, mas de interesse da Administração Pública e da própria coletividade; sobretudo quando há expressa menção, nas disposições normativas acerca do seu uso, da sua destinação somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, bem como advertência sobre monitoramento e acesso ao conteúdo das comunicações dos usuários para fins de cumprir disposições legais ou instruir procedimento administrativo. Precedentes do TST."

STJ, Recurso Especial nº 1.875.319: "Ementa: 1. O e-mail corporativo, por se tratar de uma ferramenta de trabalho, fornecida pelo empregador, não se equipara às correspondências pessoais, não havendo falar em violação à intimidade do recorrente quando o empregador acessa arquivo de mensagens que se encontrava em computador utilizado como ferramenta de trabalho e de propriedade da empresa."
Voto: "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da ilicitude da devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial, pois nas conversas mantidas pelo programa Whatsapp, que é forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se efetiva interceptação inautorizada de comunicações:
Contudo, in casu, como se vê do voto condutor do acórdão recorrido, 'o arquivo contendo as mensagens foram localizadas no servidor do sistema utilizado pela empresa vítima porque encaminhados pela corré (...) para o e-mail corporativo por ela utilizado - (...)", salientando que, "como o arquivo de registro das mensagens encontrava-se em computador utilizado como ferramenta de trabalho e de propriedade da empresa, perfeitamente possível que o empregador tivesse acesso ao conteúdo de todas as informações existentes no equipamento, sem que fosse necessária autorização judicial'."

TST, Recurso de Revista nº 613/2000-013-10-00: "Ementa: 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (e-mail particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado e-mail corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 4. Se se cuida de e-mail corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à internet e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear

a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal."

TST, Recurso de Revista nº 9.961/2004-015-09-00.1: "Ementa: I) Dano moral. Não caracterização. Acesso do empregador a correio eletrônico corporativo. Limite da garantia do art. 5º, XII da CF. 1. O art. 5º, XII, da CF garante, entre outras, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e da comunicação de dados. 2. A natureza da correspondência e da comunicação de dados é elemento que matiza e limita a garantia constitucional, em face da finalidade da norma: preservar o sigilo da correspondência - manuscrita, impressa ou eletrônica - da pessoa - física ou jurídica - diante de terceiros. 3. Ora, se o meio de comunicação é o institucional - da pessoa jurídica -, não há de se falar em violação do sigilo de correspondência, seja impressa ou eletrônica, pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela. 4. Assim, se o "e-mail" é fornecido pela empresa, como instrumento de trabalho, não há impedimento a que a empresa a ele tenha acesso, para verificar se está sendo utilizado adequadamente. Em geral, se o uso, ainda que para fins particulares, não extrapola os limites da moral e da razoabilidade, o normal será que não haja investigação sobre o conteúdo de correspondência particular em "e-mail" corporativo. Se o trabalhador quiser sigilo garantido, nada mais fácil do que criar seu endereço eletrônico pessoal, de forma gratuita, como se dá com o sistema "gmail" do Google, de acesso universal."

TRF da 1ª Região, Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.66469-2: "Ementa: (...) O e-mail corporativo é instrumento de trabalho e não detém a natureza de correspondência pessoal."

"(...) entende-se que se o correio eletrônico de onde se retirou a prova é institucional, por ser ele do serviço público e não privativo do servidor, a prova poderá ser utilizada.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pgs. 114 e 115, Fortium Editora, 1ª edição, 2008

A Portaria SRF n° 1.397, de 2002, na leitura conjunta de seus arts. 7º e 8º, apenas estabelece a possibilidade de acesso ao correio eletrônico institucional e de seu monitoramento, desde que autorizados por autoridade competente, em casos de usos indevidos ou por determinação judicial ou por suspeita de quebra de segurança; mas não especificam quem é esta autoridade a quem incumbe autorizar, apenas genericamente mencionada no parágrafo único do art. 7º, e tampouco há norma delegando tal competência.

Portaria SRF nº 1.397, de 2002 - Art. 7º É vedado à Administração do Correio Eletrônico:
I - violar correspondência;
II - acessar ou monitorar conteúdo de mensagens, salvo se formalmente autorizada, ou por solicitação do titular da caixa postal.
Parágrafo único. A autoridade competente da SRF poderá autorizar o acesso e a monitoração de caixa postal, quando houver suspeita de quebra de segurança, hostilidades externas decorrentes de ação de hackers ou vírus, perseguições ou constrangimentos ilegais, violação do disposto no art. 6º ou, ainda, por determinação judicial.
Art. 8º É reservado à SRF o direito de monitorar, auditar e controlar a utilização do Correio Eletrônico, observado o disposto no art. 7º desta Portaria.

Daí, faz-se necessário integrar o ordenamento para enfrentar a questão de se definir a

autoridade competente para autorizar o acesso e o monitoramento da caixa postal eletrônica institucional na hipótese que ora interessa, qual seja, em âmbito de investigação ou apuração disciplinar (seja em fase de admissibilidade ou no curso de processo disciplinar).

Para este fim, primeiramente buscando a definição em normas de lavra ministerial, eis que a leitura conjunta do inciso IV do parágrafo único do art. 16, do *caput* do art. 21, do inciso VIII do art. 354 e do inciso VI do art. 356, todos do Anexo I do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020, indica que, tratando-se de necessidade de diligências e informações para atender motivos disciplinares, a competência determinadora recai sobre a autoridade correcional, ou seja, o Corregedor ou o Chefe do Escritório de Corregedoria (Escor), dependendo de qual destas autoridades figure como competente para instaurar a instância disciplinar. E acrescente-se que, de acordo com o art. 16 da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, cabe à administração local do correio eletrônico institucional (em regra, a cargo de projeção da Coordenação-Geral de Tecnologia da Informação - Cotec responsável pela gestão do sistema de informação na unidade), com a devida priorização, apenas a operacionalização da medida solicitada pelo Corregedor ou Chefe de Escor.

> *Portaria MF n° 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 16. À Corregedoria (Coger) compete gerenciar e executar as atividades relativas à disciplina e correição dos servidores da RFB e à responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei.*
> *Parágrafo único. No exercício de suas competências, caberá à Coger:*
> *IV - verificar, no interesse de suas atividades, dados, informações e registros contidos nos sistemas da RFB e em quaisquer documentos constantes dos seus arquivos;*
> *Art. 21. Ao Escritório de Corregedoria (Escor) compete executar, em todo território nacional, as atividades atribuídas à Coger.*
> *Art. 354. Ao Corregedor incumbe:*
> *VIII - determinar diligências, requisitar informações, processos e quaisquer documentos necessários às atividades de sua competência e determinar a realização de ação fiscal ou propor sua revisão, sempre que o exame de denúncias, de representações, de procedimentos disciplinares e de responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei, ou de outros expedientes relativos às suas atividades assim o recomendar;*
> *Art. 356. Aos Chefes dos Escritórios de Corregedoria (Escor) incumbe, no âmbito de todo o território nacional:*
> *VI - determinar diligências, requisitar informações, processos e quaisquer documentos necessários às atividades de sua competência e determinar a realização de ação fiscal ou propor sua revisão, sempre que o exame de denúncias, representações, procedimentos disciplinares e de responsabilização de entidades privadas, nos termos da lei, ou outros expedientes relativos às suas atividades assim o recomendar.*
>
> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 16. As unidades de tecnologia da informação dos órgãos do Ministério da Fazenda darão prioridade ao atendimento da solicitação da Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e da Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil, para subsidiar o desempenho das atividades correcionais, que tenha por objeto apurações a serem realizadas nas bases de dados localizadas nos órgãos do Ministério da Fazenda, no Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro) ou na Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social (Dataprev).*

Em linha mais abrangente e mais recente, no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), a Controladoria-Geral da União (CGU), na qualidade de órgão central, positivou, em sua IN CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, no art. 13, a plausibilidade jurídica de a Administração não só acessar mas também monitorar o uso, por

parte de servidor, de equipamentos, recursos logístico-estruturais e mobiliários públicos, no que se incluem os acessos a sistemas informatizados internos e, mais especificamente, o uso do correio eletrônico institucional e o conteúdo armazenado em computadores, memórias e demais recursos de tecnologia da informação de propriedade pública.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 13. Para a elucidação dos fatos, poderá ser acessado e monitorado, independentemente de notificação de investigado ou acusado, o conteúdo dos instrumentos de uso funcional de servidor ou empregado público, tais como, computador, dados de sistemas, correio eletrônico, agenda de compromissos, mobiliário e registro de ligações.*

A técnica redacional da citada IN da CGU não deixa dúvida de que tais acessos e monitoramentos, embora aqui mencionados quando o presente texto se reporta à fase do inquérito administrativo, também podem ser efetuados desde a fase de admissibilidade, pois ressalva a óbvia desnecessidade excepcional de se notificar tanto investigado quanto acusado para a feitura de tais medidas cautelares.

De outro turno, especificamente no âmbito da RFB, vigora também dispositivo de linha similar, positivado no art. 18 da Portaria RFB nº 4.505, 6 de outubro de 2020, mais recente e mais específica para fim correcional que a Portaria SRF nº 1.397, de 2002. Segundo o *caput* do comando normativo e o seu inciso I, focando a competência para a espécie sensível de diligência e de informação de que aqui se trata - em comparação com os dispositivos regimentais mais genéricos -, em qualquer procedimento correcional instaurado (ou seja, tanto procedimento investigativo em fase de admissibilidade quanto procedimento disciplinar de natureza punitiva), pode o Corregedor, desde que motivadamente, autorizar o monitoramento ou o acesso do correio eletrônico institucional do servidor investigado ou acusado. Destaque-se que, no comando normativo mais específico, esta sensível competência restou exclusiva do Corregedor, não tendo sido estendida ao Chefe de Escor. Mais que isto, o inciso II do *caput* autoriza até o monitoramente do emprego da estação de trabalho da RFB. Ademais, por se tratar de uma medida cautelar de forte impacto invasivo e que expõe a risco de invasão da privacidade do servidor, o parágrafo único do mencionado art. 18 ressalva que, além de advir de autorização motivada, somente poderão ser utilizadas as informações referentes ao escopo do trabalho correcional em curso, devendo ser objeto de procedimento à parte caso revelem outra infração independente da originária.

> *Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 18. Para apurar indícios da ocorrência de infrações disciplinares nos casos em que houver procedimento correcional instaurado, o Corregedor poderá autorizar, motivadamente:*
> *I - o acesso ou o monitoramento de caixa postal do correio eletrônico da RFB; e*
> *II - o acesso remoto e sigiloso ao conteúdo de estações de trabalho no âmbito da RFB.*
> *Parágrafo único. Os dados e as informações levantados em decorrência das medidas previstas no caput:*
> *I - somente poderão ser usados ou inseridos no PAD se tiverem relação com o objeto da investigação; e*
> *II - serão objeto de outro processo disciplinar se indicarem infração que não seja objeto do PAD que motivou o acesso.*

Os comandos normativos acima devem ser vistos de forma harmonizada com o cenário de contínua evolução tecnológica e de flexibilização do conceito de repartição, com a adoção de ferramenta de gestão na modalidade de teletrabalho, exposto em **2.2.1.4**. Se, de um lado, a Administração concede ao servidor a possibilidade de trabalhar em casa, por outro lado, a *longa manus* de controle se estende para o local onde de fato se exercem as atribuições do cargo. Neste rumo, é perfeitamente defensável que o sistema correcional acesse ou monitore o conteúdo do correio eletrônico institucional e monitore o emprego da estação de

trabalho ou de equipamento móvel (como *notebook* institucional) que o servidor tenha deslocado para sua residência ou para qualquer outro local distinto de sua unidade de lotação ou exercício. Na hipótese em tela, o acesso e o monitoramento se limita às ferramentas tecnológicas e aos equipamentos públicos e em nada se confunde com violação da casa em si do servidor, protegida no inciso XI do art. 5º da CF. Ademais, se a Administração disponibiliza o recurso tecnológico para que o servidor acesse seu correio eletrônico institucional por meio de equipamente pessoal particular (aparelho de telefonia celular, computador, *notebook* ou *tablet*, por exemplo), continua sendo lícito o acesso e o monitoramento do emprego da ferramenta institucional pelo sistema correcional.

Mas é necessário ressalvar que todos estes acessos e monitoramentos devem se limitar aos fatos e provas que interessam correcionalmente e que sejam de lícita obtenção. Quaisquer dados ou documentos de esfera privadas devem ser descartados e dados reveladores de qualquer informação protegida por cláusula especial de sigilo (a exemplo de dados protegidos por sigilo bancário, de dados protegidos por sigilo profissional e de dados reveladores de intimidade, vida privada, honra e imagem) somente podem ser admitidos mediante as necessárias cautelas.

De forma oposta à hipótese tratada acima, os correios eletrônicos particulares privados comerciais utilizados em caráter particular pelo servidor, ainda que por meio de equipamentos da instituição, não se inserem no conceito de ferramentas de trabalho de propriedade da Administração, mas sim se inscrevem em círculos de garantias fundamentais individuais. Daí, nos termos já expostos em **4.4.14.1**, merecem as proteções constitucional e legal de inviolabilidade de seu fluxo e de seu conteúdo, nos termos respectivos dos incisos XII e X do art. 5º da CF. Conforme já afirmado naquele tópico, o afastamento destas proteções é excepcional, mas não de todo impossível, sendo certo que, novamente, à vista de possível conflito entre o interesse particular e o interesse público, é de se eleger o último.

Assim, primeiramente no que tange ao correio eletrônico particular privado comercial, a garantia fundamental individual de inviolabilidade do trânsito da comunicação (no sentido de transporte, tráfego, deslocamento, viagem) pode vir a ser quebrada, mediante autorização judicial, de acordo com as hipóteses e condições abarcadas pela Lei nº 9.296, de 1996, cujo parágrafo único do art. 1º estende sua aplicação à interceptação do fluxo de comunicações informáticas. A interceptação destas mensagens eletrônicas e seu emprego como prova de investigação criminal ou de instrução penal, sem a devida autorização judicial e sem participação de autoridade policial, as torna nulas; tendo sido judicialmente autorizado o acesso e tendo sido seguido o trâmite da Lei nº 9.296, de 1996, o emprego como prova é lícito e pode-se ainda solicitar a extensão, como prova emprestada, para o processo disciplinar, conforme entende a doutrina.

> *"O correio eletrônico ou e-mail institucional utilizado pelos servidores é uma ferramenta de trabalho disponibilizada pela Administração Publica que poderá, ou não, ter seu uso discriminado em normas internas do órgão.*
> *Como já destacado para justificar a interceptação telefônica, bem como outras cláusulas de sigilo merecedoras de afastamento quando da ponderação do interesse público sobre o privado, não constitui afronta à primeira parte do art. 5º, XII, CF o uso das informações contidas no e-mail institucional do servidor, haja vista fundados indícios de irregularidades, para fins de apuração que dependam exclusivamente desse meio de prova, uma vez que descabe, nesse caso, a alegação de preservação de intimidade. Isso se justifica em razão de o e-mail corporativo ter seu uso restrito a fins do trabalho, o que confere à Administração o acesso a ele ou o seu monitoramento, sem que seja necessária autorização judicial.*
> *Diferentemente do que foi exposto em linhas anteriores, no caso do e -mail de uso particular do servidor, fornecido por provedor comercial de acesso à internet, a intimidade de suas informações está assegurada*

> *constitucionalmente, sendo seus dados invioláveis pela Administração.*
> *Ocorre que, havendo necessidade de utilização de informações provenientes do e-mail privado do servidor, para fins apuratórios, a disponibilização desses dados depende da autorização judicial, conforme previsão da Lei nº 9.296/96, que no parágrafo único do art. 1º, estende o compartilhamento do sigilo à interceptação do fluxo das comunicações em sistemas de informática (a exemplo do e-mail pessoal) e telemática (como modem e fac-símile). Daí ser aceito o mesmo procedimento discriminado para as comunicações telefônicas para o compartilhamento do sigilo desses fluxos de dados.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 241 e 242, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Na sequência, diante da incessante evolução tecnológica, sobretudo no campo das comunicações, não fica à margem do Direito a apreciação da licitude probatória do emprego de serviços ou aplicativos de comunicação instantânea por texto ou por voz, bem como de envio de arquivos de imagens ou áudio ou de vídeo ou ainda de áudio e vídeo, tais como *WhatsApp*, *Telegram*, *Facebook Messenger*, *Skype*, dentre outros, próprios para envio e recebimento de mensagens digitais. Em linha análoga ao que se defendeu acima para a possibilidade de interceptação da comunicação informática, conforme entende a jurisprudência, novamente nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296, de 1996, é lícita a prova obtida a partir da interceptação daquelas espécies de comunicações telemáticas, realizada pela autoridade policial, com a devida autorização judicial, em investigação criminal ou em instrução penal, cabendo sua extensão, como prova emprestada, para o processo disciplinar.

> *STJ, Recurso em Habeas Corpus nº 90.726: "Ementa: 3. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência. (HC 315.220/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/9/2015, DJe 9/10/2015). 4. Com o avanço tecnológico, o aparelho celular deixou de ser apenas um instrumento de comunicação interpessoal. Hoje, é possível ter acesso a suas diversas funções, entre elas, a verificação de mensagens escritas ou audíveis, de correspondência eletrônica, e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional. 5. Por se encontrar em situação similar às conversas mantidas por e-mail, a cujo acesso é exigida prévia ordem judicial, a obtenção de conversas mantidas pelo programa whatsapp, sem a devida autorização judicial, revela-se ilegal, o que não ocorreu na espécie. 6. No caso em exame, é lícita a apreensão do celular, pois efetuada no bojo de prisão em flagrante, bem como o acesso aos dados neles contidos, dada a existência de autorização judicial para perícia do seu conteúdo, de modo que não há falar em ilicitude das provas que suportam o decreto condenatório."*

Mas, uma vez que se reconhece a dificuldade tecnológica de interceptação de comunicações telemáticas em virtude de emprego de ferramentas de criptografia pelos provedores de tais serviços, é mais viável lidar com o afastamento da garantia fundamental individual insculpida no inciso X do art. 5º da CF que recai sobre o conteúdo das mensagens armazenado no destinatário. Nesta visão mais pragmática, assumem relevo os comandos legais previstos no inciso III do art. 7º e no § 2º do art. 10 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, a chamada Marco Civil da Internet, que preveem o acesso ao conteúdo mediante o único requisito da prévia autorização judicial, com que se dispensa o atendimento das condições mais exigentes da Lei nº 9.296, de 1996, conforme já se expôs em **4.4.14.1**.

Em todos estes casos, independentemente da natureza informática ou telemática das

mensagens e da instrumentalidade adotada, necessário pontuar que, tratando-se obviamente de medida invasiva da intimidade, o juízo somente concederá acesso ao conteúdo das mensagens particulares diante de situações de forte repulsividade social que justifiquem tamanha mitigação de direitos e garantias fundamentais individuais de molde constitucional. E mesmo no espectro restrito da licitude probatória, é de se atentar que o emprego processual se restringe às mensagens que, de forma efetiva e exclusiva, colaboram para o esclarecimento dos fatos em questão, devendo ser desprezadas as demais, para que a mitigação da intimidade, protegida no inciso X do art. 5º da CF, seja apenas a exata, justa e necessária.

Diferentemente deste uso do conteúdo pré-existente no aparelho de telefonia celular particular apreendido em operação judicialmente autorizada seria o aproveitamento, por parte da autoridade policial, do fato de o bem estar sob sua guarda para obter o chamado "espelhamento", com o fim de, a partir daí, monitorar o envio e o recebimento de novas mensagens de texto e de áudio ou arquivos anexados de diferentes formatos, como uma indevida interceptação telemática. Este espelhamento, em apertadíssima síntese, é um recurso que permite ao usuário estender o uso do aplicativo (que originalmente havia sido baixado em seu aparelho de telefonia celular) para outros equipamentos, como um computador pessoal, por exemplo, em ambiente de *internet*, de forma que as mensagens possam ser acessadas, enviadas e recebidas indistintamente em qualquer dos equipamentos, com atualização simultânea de conteúdo em ambas as plataformas. A jurisprudência superior já enfrentou o tema e entendeu pela ilicitude da prova assim obtida. Segundo o didático julgado, este tipo de ferramenta duplicadora não previne a fidedignidade das mensagens, pois a tecnologia envolvida naquela espécie de aplicativos confere acesso não apenas ao conteúdo dos textos e áudios ou dos arquivos anexados que já estavam arquivados no aparelho de telefonia celular antes da sua apreensão judicialmente autorizada mas também à sequência de novas mensagens ou anexos que passam a chegar a partir daí, em um prolongamento temporal da mitigação da garantia constitucional que não encontra amparo na Lei nº 9.296, de 1996. E, sobretudo, também foi fortemente criticado o fato de que o espelhamento permite ao operador atuar como interlocutor, editando, acrescentando ou excluindo mensagens ou arquivos anexados, sem a possibilidade de posterior resgate dos termos originais mediante perícia.

> *STJ, Recurso em Habeas Corpus nº 99.735: "Ementa: 1. Hipótese em que, após coleta de dados do aplicativo WhatsApp, realizada pela Autoridade Policial mediante apreensão judicialmente autorizada de celular e subsequente espelhamento das mensagens recebidas e enviadas, os Recorrentes tiveram decretadas contra si prisão preventiva, em razão da suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006. 2. O espelhamento das mensagens do WhatsApp ocorre em sítio eletrônico disponibilizado pela própria empresa, denominado WhatsApp Web. Na referida plataforma, é gerado um tipo específico de código de barras, conhecido como Código QR (Quick Response), o qual só pode ser lido pelo celular do usuário que pretende usufruir do serviço. Daí a necessidade de apreensão, ainda que por breve período de tempo, do aparelho telefônico que se pretende monitorar. 3. Para além de permitir o acesso ilimitado a todas as conversas passadas, presentes e futuras, a ferramenta WhatsApp Web foi desenvolvida com o objetivo de possibilitar ao usuário a realização de todos os atos de comunicação a que teria acesso no próprio celular. O emparelhamento entre celular e computador autoriza o usuário, se por algum motivo assim desejar, a conversar dentro do aplicativo do celular e, simultaneamente, no navegador da internet, ocasião em que as conversas são automaticamente atualizadas na plataforma que não esteja sendo utilizada.*
>
> *4. Tanto no aplicativo, quanto no navegador, é possível, com total liberdade, o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas (registradas antes do emparelhamento) ou recentes (registradas após), tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato. Eventual*

exclusão de mensagem enviada (na opção "Apagar somente para Mim") ou de mensagem recebida (em qualquer caso) não deixa absolutamente nenhum vestígio, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários. 5. Cumpre assinalar, portanto, que o caso dos autos difere da situação, com legalidade amplamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, em que, a exemplo de conversas mantidas por e-mail, ocorre autorização judicial para a obtenção, sem espelhamento, de conversas já registradas no aplicativo WhatsApp, com o propósito de periciar seu conteúdo. 6. É impossível, tal como sugerido no acórdão impugnado, proceder a uma analogia entre o instituto da interceptação telefônica (art. 1.º, da Lei n.º 9.296/1996) e a medida que foi tomada no presente caso. 7. Primeiro: ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero observador de conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento via WhatsApp Web o investigador de polícia tem a concreta possibilidade de atuar como participante tanto das conversas que vêm a ser realizadas quanto das conversas que já estão registradas no aparelho celular, haja vista ter o poder, conferido pela própria plataforma online, de interagir nos diálogos mediante envio de novas mensagens a qualquer contato presente no celular e exclusão, com total liberdade, e sem deixar vestígios, de qualquer mensagem passada, presente ou, se for o caso, futura. 8. O fato de eventual exclusão de mensagens enviadas (na modalidade "Apagar para mim") ou recebidas (em qualquer caso) não deixar absolutamente nenhum vestígio nem para o usuário nem para o destinatário, e o fato de tais mensagens excluídas, em razão da criptografia end-to-end, não ficarem armazenadas em nenhum servidor, constituem fundamentos suficientes para a conclusão de que a admissão de tal meio de obtenção de prova implicaria indevida presunção absoluta da legitimidade dos atos dos investigadores, dado que exigir contraposição idônea por parte do investigado seria equivalente a demandar-lhe produção de prova diabólica. 9. Segundo: ao contrário da interceptação telefônica, que tem como objeto a escuta de conversas realizadas apenas depois da autorização judicial (ex nunc), o espelhamento via Código QR viabiliza ao investigador de polícia acesso amplo e irrestrito a toda e qualquer comunicação realizada antes da mencionada autorização, operando efeitos retroativos (ex tunc). 10. Terceiro: ao contrário da interceptação telefônica, que é operacionalizada sem a necessidade simultânea de busca pessoal ou domiciliar para apreensão de aparelho telefônico, o espelhamento via Código QR depende da abordagem do indíviduo ou do vasculhamento de sua residência, com apreensão de seu aparelho telefônico por breve período de tempo e posterior devolução desacompanhada de qualquer menção, por parte da Autoridade Policial, à realização da medida constritiva, ou mesmo, porventura – embora não haja nos autos notícia de que isso tenha ocorrido no caso concreto –, acompanhada de afirmação falsa de que nada foi feito."

Trazendo mais proximamente à processualística disciplinar esta abordagem de uso cotidiano de mensagens digitais de texto e de áudio e de arquivos de imagem ou de áudio ou de vídeo ou de áudio e vídeo, por meio de serviços ou aplicativos de comunicação instantânea instalados em aparelhos de telefonia celular, eis que o conteúdo armazenado até determinado momento no equipamento particular do acusado ou de terceiros somente poderá ser acessado pela Administração e trazido aos autos como prova válida mediante autorização judicial. Por óbvia construção lógica, tal hipótese pouco comum se demonstra ainda mais improvável de ocorrer já que somente se cogita da efetividade desta ação mediante fator surpresa, em geral obtido no âmbito de operações policiais, na investigação criminal, mediante autorização

judicial para que a autoridade policial apreenda o equipamento e acesse seu conteúdo. Uma vez existente a prova na instância penal, é aceitável a sua solicitação ao juízo, por parte da Administração, para fazer parte do procedimento correcional como prova emprestada.

Já o aparelho de telefonia celular institucional e entregue pela Administração para uso e guarda do servidor é considerado como uma ferramenta de trabalho, para o qual se presume uso exclusivo para interesse do serviço. Como um equipamento público, tão somente sua apreensão pela autoridade cedente (em geral, o titular da unidade) não requer nenhum tipo de tutela constitucional, não havendo que se cogitar de mitigação da proteção à intimidade, visto não se supor o uso do equipamento para fim pessoal, e, portanto, não carecendo de autorização judicial. Ainda no mesmo rumo, também restam ao alcance da Administração, proprietária do aparelho e da linha de telefonia celular, as informações nele contidas decorrentes de eventual uso, por parte do servidor, de recursos de dados propiciados pela instituição junto ao equipamento. Se a Administração entrega o aparelho ao servidor juntamente com um pacote de serviços ou de aplicativos de dados já instalados, o órgão tem acesso imediato ao conteúdo armazenado utilizando este pacote institucionalmente contratado, instalado e arcado. Neste caso, pode-se acessar e empregar como prova processual lícita o conjunto de mensagens de texto ou de áudio e os arquivos armazenados - novamente aqui se restringe àquelas que conferem o mínimo suficiente afastamento da proteção à intimidade, efetivamente colaborando para o esclarecimento dos fatos em questão.

De forma análoga ao que se aduziu acima para acesso a correio eletrônico institucional, o acesso ao conteúdo armazenado neste aparelho de telefonia celular institucional deve se limitar aos fatos e provas que interessam correcionalmente e que sejam de lícita obtenção. Quaisquer dados ou documentos de esfera privadas devem ser descartados e dados reveladores de qualquer informação protegida por cláusula especial de sigilo (a exemplo de dados protegidos por sigilo bancário, de dados protegidos por sigilo profissional e de dados reveladores de intimidade, vida privada, honra e imagem) somente podem ser admitidos mediante as necessárias cautelas.

Ademais, se o servidor agrega ao mesmo aparelho de telefonia celular e à mesma linha um pacote particular de serviços ou de aplicativos de dados, contratado, instalado e arcado à sua conta, o conteúdo armazenado utilizando este pacote passa a merecer a mesma tutela constitucional de proteção à intimidade defendida linhas acima para o uso do correio eletrônico particular privado comercial, ainda que usando equipamento público. O acesso às mensagens de texto ou de áudio e aos arquivos anexados armazenadas no aparelho e suportadas pelos serviços e aplicativos instaurados à custa do servidor, e o seu emprego como prova processual lícita, somente podem se dar com autorização judicial.

Cabe ainda menção a uma outra possibilidade de licitude de prova envolvendo serviços ou aplicativos de comunicação instantânea por texto ou por voz ou de envio de arquivos, que é a disponibilização das mensagens de texto ou dos arquivos de imagem ou de áudio ou de vídeo ou de áudio e vídeo por um dos interlocutores.

Em linha análoga ao tratamento jurídico e jurisprudencial dado à divulgação de gravação clandestina de conversa telefônica convencional (em linha fixa ou móvel ou via satélite) por um dos interlocutores, não há de se ter como ilícita a prova advinda da disponibilização, por um dos interlocutores de comunicação instantânea por texto ou por voz, se houver justa causa em sua divulgação. Ainda na linha da analogia acima mencionada, pode-se compreender por justa causa o uso do teor da comunicação apenas em defesa de direito ou de interesse, próprio ou de terceiro (não para acusação), destacadamente em instância penal. Netes contornos, são elementos válidos de prova os registros das conversas em formato de mensagens de texto (os chamados "*prints*") e em formato de arquivos de imagem ou de áudio ou de vídeo ou de áudio e vídeo, fornecidos por um dos interlocutores. Assim é a jurisprudência do STF, ao ter julgado improcedente uma queixa-crime em que o

querelante aduzia que o querelado teria cometido crime contra sua honra ao ter compartilhado mensagens ofensivas em aplicativo de mensagens instantâneas e em vídeos divulgados em redes sociais, ao passo em que este argumentava a ilicitude provas a seu desfavor oriundas destas mídias virtuais.

> *STF, Ação Ordinária nº 2.002: Relatório: "(...), senador, propôs ação penal privada contra (...), senador, pela prática dos crimes do art. 138, caput (calúnia), e §1º, (calúnia por divulgação), e art. 140 (injúria), combinados com a causa de aumento do art. 141, III, do Código Penal (meio que facilita a divulgação da ofensa). Narrou a queixa-crime que o querelado teria ofendido a dignidade e o decoro do querelante – chamando-o de "ladrão", "mentiroso", "senador do mal", "corrupto", "covarde" e "frouxo", dentre outras expressões –, em 8.3.2015, por meio de compartilhamento de mensagens instantâneas pela rede de mensagens "WhatsApp", (...), e em data não determinada, em vídeo divulgado em redes sociais. Intimado, o querelante regularizou a representação processual e recolheu as custas iniciais. Notificado, o querelado ofereceu resposta (eDOC 23). Sustentou que suas declarações são ligadas ao mandato parlamentar e, por consequência, protegidas pela inviolabilidade parlamentar (art. 53, CF). Alegou a falta de justa causa, pela inexistência de gravação das entrevistas e de ata notarial quanto a ofensas por redes sociais (...)."*
> *Voto: "(...) A petição inicial é instruída (...) com o registro das declarações alegadamente veiculadas por redes sociais. As declarações ofensivas à honra podem ser provadas por qualquer meio, sendo desnecessária a vinda aos autos de gravação ou de ata notarial. A documentação produzida é suficiente para, na fase processual atual, demonstrar a existência do fato. A existência e o conteúdo das declarações poderão ser objeto da prova durante eventual instrução processual. Assim, a prova que acompanha a petição inicial é suficiente. Rejeito a preliminar (...)."*

Por fim, apesar de parecer óbvia, não se dispensa a advertência de que eventual existência de equipamento institucional (estação de trabalho, notebook, aparelho de telefonia celular, por exemplo) na residência do servidor jamais autoriza que a Administração adentre este seu espaço inviolável, sob pena de afronta à garantia fundamental individual estabelecida no inciso XI do art. 5º da CF, cabendo tão somente requisitar a imediata devolução do bem público ao órgão.

4.4.14.6 - Filmagem ou Gravação em Ambiente Público ou de Trabalho

Outro tema que merece atenção é a admissibilidade ou não de prova obtida por meio de captação ambiental, em local aberto ao público, realizada pela Administração sem aviso prévio a quem quer que seja e sem pedido de autorização judicial e com o específico fim de esclarecer ou de instruir o conhecimento acerca de uma hipótese fática infracional.

Não se trata, portanto, de captação ambiental realizado por qualquer dispositivo desde sempre fixado e posicionado em local aberto ao público - tais como todas as espécies de logradouros públicos de uso comum das pessoas e de circulação de veículos reconhecidos como tal pela Administração municipal, equipamentos e instalações em geral de transportes públicos, estabelecimentos comerciais em sentido amplo e todo tipo de local com afluxo irrestrito de pessoas, em que também se incluem algumas espécies e alguns recintos de prédios públicos -, com o fim inespecífico e impessoal de realizar filmagens ou gravações ou qualquer espécie de monitoramento espacial meramente preventivos e à margem de qualquer suposição concreta e individualizada de perpetração de irregularidades no ambiente.

Busca-se enfrentar a questão de ser ou não admissível a prova obtida por meio de captação de sinais de vídeo e/ou de áudio que se saiba ou que se reconheça ter advindo de um

dispositivo de captação ambiental, portátil ou instalado, preparado e utilizado a partir de um momento certo para obter comprovação de determinado ato ou conduta de que antecipadamente já se tenha suspeita, em qualquer espécie de local aberto a público acima listado. Aqui então se trata de operações controladas de inteligência, de menor ou de maior grau de complexidade, que pode se dar não só em recintos de prédios públicos, como é mais comum, mas até mesmo em ambientes externos, tais como ruas, avenidas, praças, toda rede de transportes públicos, lojas, bares, restaurantes, centros comerciais e afins, em lista de impossível exaustação referente a todo espaço com livre acesso de pessoas. Ou, em outras palavras, analisa-se a validade jurídica desta captação premeditada e controlada, como prova admissível em processo, com o fim específico de comprovar conduta cuja materialização se desconfia que naquele ambiente se realizará, não se tratando de filmagens ou gravações ou monitoramentos genéricos e espontâneos, com mero propósito cautelar ou vigilante, comuns nos ambientes de circulação pública nos prédios públicos.

> *"À vista do ordenamento jurídico e em razão de ausência de norma que regule o tema para o caso de procedimentos administrativos (omissão não eloquente), não consideramos ilegais as referidas medidas para o registro de transgressões disciplinares praticadas por servidores da Administração, realizadas em locais públicos, abertos ou expostos ao público (interiores das repartições públicas destinadas ao atendimento público ou à sua recepção, ruas, logradouros, praças, interiores de veículos, shoppings centers, centros comerciais, interiores de comércios abertos ao público, lojas de conveniências, bares restaurantes, etc.), uma vez que ao eventual servidor acusado não se permite valer-se dos direitos fundamentais à intimidade e à imagem para lesar a Administração e o patrimônio público, assim como o patrimônio particular. Também consideramos válida e desde que operada por servidores públicos com atribuições específicas, a interceptação administrativa disciplinar das comunicações-ambiente realizada nas dependências das repartições públicas restritas aos servidores ou a grupos de servidores, desde que não compreendidas no estrito conceito de domicílio, previsto no art. 150, § 4º, do Código Penal Brasileiro.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pg. 236, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Relembre-se o aduzido em **4.4.6** de que, não obstante a regra geral de a instrução probatória em processo disciplinar ser contraditória, pode haver situações excepcionais em que a informação necessária ao elucidamento fático requeira um meio sigiloso para a feitura ou a coleta da prova. Isto pode ocorrer, por exemplo, em situações em que se presuma que o prévio conhecimento de que há algum tipo de monitoramento ambiental leva o agente (ou qualquer pessoa que transite pelo recinto) a desistir de realizar ou de repetir o ato que se busca comprovar ou o leva a fazê-lo de maneira artificial ou dissimulada, sem as necessárias espontaneidade e naturalidade. Em tais situações, há amparo no art. 45 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, para que se adotem as necessárias medidas acautelatórias, procedendo-se à feitura ou à coleta da prova desejada sem prévia notificação a quem quer que seja, inclusive ao acusado, e tampouco sem se submeter à autorização judicial, conforme fartamente ampara a doutrina.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.*

> *"A previsão da medida regrada no citado art. 45, da Lei n. 9.784/99, guardadas as peculiaridades devidas, encontra similar na providência 'inaudita altera pars', prevista no art. 797 do Código de Processo Civil.*
> *De fato, surgem situações no processo administrativo disciplinar que reclamam providências céleres e acautelatórias, com vista a garantir a eficiência do trabalho investigatório, que busca a verdade real ou material, a par de*

ressalvar os direitos do servidor." Sebastião José Lessa, "Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância", pg. 223, Editora Brasília Jurídica, 4ª edição, 2006

"É permitido que a providência administrativa acauteladora seja tomada sem a prévia manifestação do interessado. O Código de Processo Civil (art. 797) também admite que o juiz adote medidas cautelares sem a audiência das partes, mas ressalva expressamente que tal sucederá 'só em casos excepcionais'. A ressalva se nos afigura inteiramente aplicável no processo administrativo (...).
(...) as providências preventivas tanto podem ser adotadas antes de ser instaurado o processo, como durante o seu curso. Naquele caso, tratar-se-á de providências cautelares prévias, enquanto neste o agente adotará providências cautelares incidentais.
Bem diversificadas podem ser as providências preventivas por parte da Administração. Dependendo da situação fática, pode ser determinada a retenção de bens ou documentos, interdição de local, (...)." José dos Santos Carvalho Filho, "Processo Administrativo Federal", pgs. 210 e 211, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005

Este tipo de filmagem ou gravação, em ambiente público ou de trabalho, é lícito e se assemelha, com as devidas proporções, à vigilância eletrônica, considerada como uma subespécie das operações encobertas, que, por sua vez, são espécies das técnicas especiais de investigação (TEI), aduzidas em **4.4.1.1.3.a**.

Ainda que efetuada de forma sigilosa em prol do elemento surpresa necessário para se comprovar alguma ilicitude de que se tem desconfiança, a filmagem ou gravação do agir espontâneo das pessoas que transitam pelo local, sem nenhum tipo de indução de parte da Administração para o infrator pratique ato delituoso, em nada se confunde com o inadmitido flagrante preparado ou provocado, abordado na Súmula nº 145 do Supremo Tribunal Federal (STF). Ainda que se queira conduzir a contestação pra o viés associado a flagrante e não de gravação, uma vez que aqui não se cogita de a comissão induzir o servidor à conduta infracional, se fosse o caso, se trataria de flagrante esperado, que também é uma subespécie de operação encoberta.

Estes conceitos advêm da instância processual penal, em que, conforme a jurisprudência, o flagrante é dito preparado quando a autoridade policial provoca o infrator à prática do crime e, ao mesmo tempo, atua para que este não se consuma; e é dito esperado quando, diante da notícia da prática de uma ação delituosa, aquele agente persecutório apenas toma as providências necessárias para surpreender o criminoso no ato consumativo.

STF, Súmula nº 145: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação."

STF, Mandado de Segurança nº 22.373: "Ementa: O Plenário desta Corte, quando do julgamento do MS 23.442, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 17.02.2002, entendeu que a alegação de flagrante preparado é própria da ação penal e que não tem pertinência na instância administrativa."
(Nota: A menção correta é Mandado de Segurança nº 23.242 e não nº 23.442)
Idem: STF, Mandados de Segurança nº 23.242 e 23.401

STJ, Quinta Turma, Ministra Relatora Laurita Vaz, Habeas Corpus nº 40.436/PR, DJe 02/05/2006, Ementa: 1. Não se deve confundir flagrante preparado com esperado - em que a atividade policial é apenas de alerta, sem instigar qualquer mecanismo causal da infração.
2. A 'campana' realizada pelos policiais a espera dos fatos não se amolda à figura do flagrante preparado, porquanto não houve a instigação e tampouco a preparação do ato, mas apenas o exercício pelos milicianos de vigilância na conduta do agente criminoso tão-somente a espera da prática da infração penal."

Neste rumo, aplicando-se em concreto a modelação acima exposta, não há que se cogitar de ilicitude ou de ilegitimidade decorrente de prova obtida por meio de filmagem de sinais de vídeo e/ou de gravação de sinais de áudio em qualquer espécie de local ou espaço público com afluxo coletivo de pessoas e de acesso e trânsito permitidos a qualquer um. Diante da obviedade de que não se afronta a garantia constitucional de preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem quando se coletam filmagem ou gravação em qualquer espécie de logradouros públicos, transportes públicos e comércios em geral, na linha assentada pela jurisprudência, cuida-se aqui de se concentrar na hipótese de captações realizadas em recintos do órgão, pois as diferentes espécies destes ambientes suscitam dúvidas para o tema em apreço.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 19.329: "Ementa: 3. Não é possível considerar que tenha sido irregular a filmagem da operação que culminou com a prisão em flagrante da impetrante, uma vez que foi realizada em via pública, não sendo razoável, portanto, ser acatado o argumento de violação da intimidade."*

Já neste foco mais específico, nos casos em que a Administração instala ou manuseia câmera ou qualquer outro tipo de equipamento, fixo ou portátil, para filmar imagens e/ou para captar áudio em recinto do prédio público, *a priori*, como regra geral, não há que se cogitar de expectativa de privacidade, tanto de servidor quanto de particular, que pudesse vir a ser violada. Ademais, também se pode interpretar que o órgão possui patrimônios material (processos, documentos, bens de consumo, equipamentos, mobiliário e demais bens permanentes) e imaterial (preservação da moralidade administrativa em seu próprio âmbito) a proteger e, nesta condição, ao lado do cidadão ofendido (porventura existente) em face da investida do servidor, o ente do Estado passa a também figurar como vítima ao ter aqueles bens jurídicos afrontados por quem quer que frequente seus recintos ou que meramente por eles transite - e destacadamente por seus próprios servidores, cuja conduta funcional deve ser marcada pela regra geral da probidade e da transparência de seus atos. Daí, se a jurisprudência aceita como lícita a filmagem ou a gravação realizada pela vítima particular de atos que afrontem círculo de bens e de direitos individuais seus, ainda com mais força se afirma a licitude de tal captação ser realizada pela Administração, na condição de vítima estatal, ainda que sem aviso prévio e à margem de autorização judicial.

> *STJ, Recurso em Habeas Corpus nº 14.672: "Ementa: 1. A uníssona jurisprudência desta Corte, em perfeita consonância com a do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a gravação efetuada pela vítima dos fatos, em tese, criminosos, é prova lícita, que pode servir de elemento probatório para a notitia criminis e para a persecução criminal. 2. Ademais, trata-se de gravação de funcionários públicos no exercício de sua função pública, e não de conversa particular ou sigilosa, o que afasta a incidência do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, que garante a intimidade da vida privada. 3. Recurso desprovido".*
>
> *TRF da 2ª Região: Apelação Criminal nº 2000.51.01.5008445: "Ementa: 2. A gravação da própria conversa, efetuada pela vítima dos fatos, em tese, criminosos, é prova lícita, que pode servir de elemento probatório para a notitia criminis e para a persecução criminal. Precedentes do STF."*
> *Relatório: "O Ministério Público Federal denunciou (...) e (...) como incursos nas penas do artigo 317, caput, do Código Penal, na forma dos artigos 29 e 69 do mesmo estatuto, pelo fato de, em março de 1999, o primeiro denunciado ter solicitado, para si e para o segundo denunciado, vantagem indevida consistente no pagamento da quantia de R$ 6.536,16 (seis mil, quinhentos e trinta e seis reais e dezesseis centavos), em troca da "regularização" do débito de R$ 13.000,00 (treze mil reais) de (...) junto à Autarquia. (...)*
> *Consta também da denúncia que, meses depois, ao tomar conhecimento de uma reportagem sobre fraudes praticadas contra o INSS, produzida pela Rede*

> *Globo de Televisão, (...) procurou a emissora que se dispôs a registrar o fato por ela narrado. De fato, no dia 25 de janeiro de 2000, acompanhada da repórter (...), que se fez passar por sua irmã, adentraram no Posto de Benefícios onde foi recebida por (...). Este, após breve conversa, informou que seu débito somava R$ 17.000,00, solicitando-lhe vantagem indevida no valor de R$ 8.500,00 para "regularizar" a situação e, ainda segundo a denúncia, a negociação transcorreu com o auxílio e a presença de (...). O episódio foi filmado e exibido no Jornal Nacional. (...)*
> *O Ministério Público Federal (...) Aduziu, ainda, que é válida a prova da imagem obtida por meio de câmera oculta em repartição pública (...)."*
> *Voto: "Em primeiro lugar registre-se que a jurisprudência, tanto no âmbito do Pretório Excelso, quanto do Superior Tribunal de Justiça são no sentido de que não é prova ilícita, a gravação efetuada pela vítima dos fatos, em tese, criminosos, principalmente se tratando de servidores no exercício de funções no âmbito da Administração Pública, que tem no princípio da publicidade um dos seus pilares. (...)*
> *Mas a fita onde está a gravação de conversa própria não é ilícita, e ainda por cima é dotada de credibilidade quanto ao delito, porquanto confrontando os valores citados por (...) com os valores manuscritos, nota-se que eles correspondem, o que dá total credibilidade à gravação (...)"*

A presumida e desejada regularidade dos atos funcionais não contempla a hipótese de qualquer conduta que, ao mesmo tempo em que atende e segue todos os princípios e disciplinamentos da Administração, exponha parcela de reserva pessoal que a Constituição Federal (CF) protege. Ademais, conforme já aduzido em **3.3.1.11** e em **4.4.1.1.2.b**, não há garantias fundamentais estampadas no texto constitucional com o fim de proteger infrator ou de ocultar ilicitude, restando situações limítrofes em que o princípio da convivência das liberdades aponta a mitigação da proteção individual em prol do bem maior social.

Mas, na visão genérica dos espaços compreendidos na ideia abrangente de prédio publico, é de se diferenciarem as instalações das unidades específicas de atendimento a público e os espaços de grande trânsito de pessoas estranhas em quaisquer unidades ou prédios públicos (tais como portarias, entradas, guichês de recepção ou de atendimento, saguões, *halls*, escadarias, elevadores, depósitos, garagens, estacionamentos, dentre outros) das salas internas de trabalho (pequenos comportamentos laborais ocupados cotidianamente por pequenos grupos de servidores) e dos espaços de uso individualizado ou limitado (a exemplo de banheiros, vestiários e refeitórios).

Embora, a rigor, se pudesse defender que todas estas instalações ou dependências se circunscrevem à noção ampla de repartição e na qual indistintamente se presumiria a manutenção de comportamentos exclusivamente atinentes ao interesse do trabalho e às atribuições legais do cargo e às competências legais e regimentais do órgão, é pertinente adotar postura mais cautelosa, a fim de diferenciar que salas internas de trabalho, banheiros, vestiários e refeitórios não são ambientes ostensivamente abertos e de acesso franqueado a todos, de forma que devem ser sopesadas as captações ambientais preparadas nestes recintos de acesso restrito a poucos agentes. Ainda que situados no prédio público, é de se ponderar que tais espaços reservados ainda permitem presumir uma conduta dos servidores com relativa expectativa de privacidade, de forma que é aceitável se evitar captações preparadas nestes recintos mais intimistas da repartição.

Fora esta ressalva, para o restante dos espaços compreendidos no prédio público, não há que se cogitar, com a filmagem ou com a gravação, de qualquer violação às garantias constitucionais preservadoras da intimidade, da vida privada, da imagem e da honra, ainda que não haja aviso prévio da instalação dos instrumentos de captação e mesmo sem autorização judicial. Nestes espaços sem nenhuma expectativa de privacidade de parte de usuários e transeuntes, não há ato funcional lícito que possa expor, de forma indesejada,

aqueles valores constitucionalmente protegidos.

Neste rumo, mencione-se o dispositivo do inciso I do art. 19 da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, que concede poder ao Corregedor e aos Chefes de Escor para autorizarem acesso a imagens e informações gravadas em sistemas de monitoramento ou de vigilância e de controle de acesso de pessoas e de veículos, independentemente de tais sistemas serem próprios da RFB ou serem de terceiros, tais como concessionários ou empresas contratadas. Tais imagens são comumente objeto de gravação em depósitos de materiais ou de mercadorias apreendidas, em portões de acesso, em pátios de veículos, em unidades de atendimento a público e em áreas alfandegadas em geral, em lista meramente exemplificativa e não exaustiva. Uma vez acessadas nos termos acima, estas imagens ou informações, materializadas em mídias, podem ser autuadas como provas válidas nos procedimentos investigativos e nos processos disciplinares.

> *Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 19. Para fins do disposto nesta Portaria, o Corregedor e os chefes de Escor poderão autorizar o acesso:*
> *I - a imagens e informações captadas ou registradas pelos sistemas de monitoramento e vigilância eletrônica e de controle de acesso de pessoas e de veículos, próprios ou disponibilizados à RFB; e*

4.4.15 - Interrogatório do Acusado

4.4.15.1 - O Momento do Interrogatório do Acusado

Embora não tanto quanto a oitiva de testemunha, o interrogatório do acusado também é um dos atos instrucionais válidos na processualística disciplinar encerradores de razoável grau de dificuldade, tanto de ordem teórica quanto de ordem prática. Afinal, sendo também uma prova oral, requer cuidadoso preparo prévio e, no momento de sua feitura, congrega dinamismo e necessidade de atendimento a regramentos normatizados, para que logre, ao seu final, a satisfação dos requisitos jurídicos de sua validade, visto ser um ato de instrução relevante e de realização a ser obrigatoriamente buscada pela comissão. Pode não se revelar tarefa simples, sobretudo para um colegiado de pouca experiência, conciliar o atendimento do regramento jurídico condicionador da validade do ato com a capacidade de permitir ao acusado expor suas argumentações de defesa e ao mesmo tempo ainda tentar extrair de sua fala informações indispensáveis ao esclarecimento de sua participação nos fatos que ensejaram a instauração do processo disciplinar.

Acrescente-se a dificuldade de ser um ato caracterizado pela interlocução, fundado no imediatismo e na fugacidade das palavras e frases faladas com diferentes graus de improviso e de espontaneidade, atraindo ainda não só a natureza jurídica contraditória mas também a garantia de autopreservação do acusado, uma vez que coloca em contato comissão, servidor, seu procurador e eventualmente até outra defesa. Neste contexto, ainda que seja um ato de exercício de plenitude defesa, pode haver confrontações entre comissão e acusado ou entre comissão e seu procurador, sobretudo se seus interesses ou predisposições à verdade colidem. Diante do eventual interesse da defesa em desvalorizar a busca da verdade processual, aquela necessidade para que o colegiado atente aos regramentos formais em vigor assume ainda maior relevância, a fim de se preservar a higidez do ato em face de questionamentos de supostas nulidades procedimentais.

Assim, recomenda-se que a comissão siga um roteiro básico de procedimentos na realização do interrogatório do acusado. E como a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, não esgotou sua normatização, e tampouco o fez a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, é necessário, subsidiariamente e por analogia, da mesma forma como se aduziu para a oitiva de

testemunha, integrar as lacunas do Estatuto com mandamentos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), nesta ordem.

A propósito, dentre os atos processuais mais comuns de ocorrer no processo disciplinar (a exemplo do que ocorre também nos procedimentos judiciais), as provas orais, de forma geral, e o interrogatório do acusado, em especial, talvez sejam onde mais se ressente a falta de normatização no Estatuto e mais se necessita empregar os dois códigos processuais. Mas reitera-se o caráter subsidiário de integração, somente válida nos pontos em que o Estatuto não regulamentou; onde há previsão na Lei nº 8.112, de 1990, esta deve prevalecer, ainda que pontualmente conflitante com a norma de processo penal e/ou de processo civil.

Relembre-se que os atos preparatórios, de execução e de autuação das provas orais em geral sofreram forte impacto com o advento e com o emprego na instância disciplinar de novas ferramentas não previstas originalmente na Lei nº 8.112, de 1990. Estas três ferramentas são: o processo digital, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), determinado pela Ordem de Serviço Coger nº 1, de 3 de junho de 2015; o programa de gestão na modalidade teletrabalho, disciplinado internamente pela Portaria RFB n° 2.383, de 13 de julho de 2017, e estendido ao processo de trabalho correcional pela Portaria RFB n° 390, de 21 de fevereiro de 2019, com a atualização promovida pela Portaria RFB nº 390, de 21 de fevereiro de 2019; e os aplicativos de chamada em vídeo, a exemplo do *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec), para coleta de prova oral, ao amparo do *caput* do art. 106 da Portaria Normativa (PN) CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022.

> *PN CGU nº 106, de 2022 - Art. 106. A tomada de depoimentos será realizada, preferencialmente, por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa.*
> *§ 1º Nos procedimentos investigativos e processos correcionais, audiências e reuniões destinadas a garantir a adequada produção da informação ou prova também poderão ser realizadas por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurado o caráter reservado daquelas.*

Esclareça-se que o termo “depoimentos”, constante do *caput* do art. 106 da PN CGU nº 27, de 2022, possui sentido genérico, abarcando não apenas a oitiva de testemunha em si, mas também a oitiva de declarantes e o interrogatório do acusado, conforme consta do inciso I do art. 173 da Lei nº 8.112, de 1990. Ou seja, em termos legais, “depoimento” contempla qualquer prova oral, de forma que tanto testemunha e declarante quanto acusado podem ser referidos como genericamente depoentes. Em contraponto, no § 1º do mesmo art. 106 da PN CGU nº 27, de 2022, o termo “reuniões” se reporta a reuniões deliberativas exclusivas dos membros da comissão ou reuniões que porventura o colegiado faça com agentes externos ao processo e o termo “audiências”, de sentido ainda mais abrangente, abarca eventuais reuniões que possam ser solicitadas pelo acusado e/ou pelo procurador com o trio.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 173. Serão assegurados transporte e diárias:*
> *I - ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado;*

Mais especificamente quanto a esta terceira e última ferramenta, diante da maciça adesão do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) a este meio de coleta das provas orais, todo este tópico **4.4.15** privilegiará, onde cabível, a descrição da instrumentalidade do preparo, da realização e da gravação do interrogatório do acusado com o emprego do recurso tecnológico, em detrimento do método tradicional de registro e de autuação mediante redução a termo.

Conforme já exposto em **4.4.1.4**, não há, a rigor, uma expressa sequência pré-definida de atos de instrução processual; ao contrário, é o curso do desenrolar de cada inquérito administrativo que indicará à comissão que linha apuratória adotar. Mas, o interrogatório, por sua destacada relevância no processo disciplinar como ato instrutório demarcador de garantias constitucionais a favor do acusado, é visto como uma prova de defesa. Como tal, deve ser o ato final da busca de convicção antes de a comissão deliberar indiciar ou propor arquivamento do feito, para que funcione, em tese, como a última oportunidade de o acusado tentar demonstrar sua inocência e não ser indiciado. Esta é a única amarra que a Lei nº 8.112, de 1990, estabelece quanto à feitura de determinada prova e momento temporal. O *caput* do art. 159, da Lei nº 8.112, de 1990, comanda que o interrogatório do acusado deve ser realizado após as oitivas de testemunha, o que melhor se interpreta esclarecendo que significa dizer ao final da instrução probatória.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 159. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158.*

Aqui, convém ponderar o mandamento do *caput* do art. 159 da Lei nº 8.112, de 1990, que diz que, após a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado. A precipitada interpretação deste dispositivo poderia levar ao equívoco de se considerar que o delimitador temporal do interrogatório seria apenas os testemunhos e que o acusado poderia ser ouvido antes da eventual realização de outros meios de prova provas de outra natureza, ou que as oitivas seriam o delimitador temporal da realização de qualquer outro meio de prova. Obviamente, a melhor leitura advém de interpretação teleológico-sistemática, à luz do princípio constitucional da ampla defesa, que permite ao acusado ser o último a se manifestar antes da indiciação (se esta vier a ocorrer), após o conhecimento de todos os fatos que lhe imputem responsabilidade por irregularidades. Daí, o interrogatório do acusado é de ser tomado após a realização de todo o tipo de prova, e não necessariamente após as inquirições de testemunhas.

Ao atingir este ponto, em que, em princípio, não se vislumbra realizar nenhum outro ato instrucional, a fim de garantir que o acusado seja o último a se manifestar na instrução, a comissão deve intimá-lo para ser interrogado. Tendo em vista que a instrução processual esteve aberta desde a notificação inicial da condição de acusado, termo em que se deu ciência do direito imediato e contínuo de peticionar pela produção de provas, não deve a comissão estimular, neste momento processual avançado, a apresentação de estratégias protelatórias por parte da defesa, ofertando-lhe, antes do interrogatório, se deseja produzir mais provas. Este direito de postular por provas já foi expressamente garantido ao acusado desde a entrega da notificação inicial e não cabe à comissão, neste momento processual, espontaneamente, conceder-lhe a chance de se beneficiar de sua própria estratégia não colaborativa e omissa com o esclarecimento fático. O que se verifica quando a comissão cria este inexistente ato processual é a defesa, percebendo que a instrução processual está prestes a ser concluída, apresentar pedidos de diversas provas, com intuito meramente protelatório, mesmo em casos em que tenha se mantido silente durante toda a fase do inquérito administrativo.

Todavia, sem se confundir com regra, não há impedimento de se fazer um ou até mais interrogatórios prévios do acusado no início ou no curso da instrução. Isto porque, seja em decorrência de pedido do próprio acusado, seja em decorrência de o colegiado, de ofício e mediante seus autônomos critérios, detectar como estrategicamente interessante, há situações em que se justifica intimar o servidor a prestar interrogatório prévio logo no início da instrução processual.

Esta iniciativa abre espaço para a defesa apresentar desde já seus pedidos de atos de formação de prova, desestimulando a formulação de tais pedidos no interrogatório final ou no prazo de defesa (ou, ao menos, permitindo maior facilidade para a comissão indeferi-los).

Acrescente-se que tal oportunidade prévia para manifestação oral também pode ser especialmente pertinente em casos em que se apura eventual enriquecimento ilícito, em que o acusado pode já de início apresentar suas justificativas e possíveis origens de recursos.

Ademais, se bem planejada em seus questionamentos, pode agregar a vantagem de forçar o acusado a antecipar para a comissão sua versão dos fatos sob apuração, o que, em confronto com elementos de prova já existentes, pode melhor orientar o colegiado na condução da instrução processual e também, de certa forma, pode obrigar a defesa a se manter vinculada às suas primeiras teses ou deixar claro suas contradições caso adote argumentos conflitantes no decorrer do inquérito administrativo.

Pode-se ainda mencionar situações indesejadas mas que, sem dúvida, apontam pela pertinência do interrogatório prévio, tais como em processos em que a primeira impressão é de arquivamento e a comissão tem a percepção de que esclarecimentos prévios do servidor já apontarão o rumo a tomar para a rápida conclusão da apuração; ou em processos em que as provas inicialmente autuadas e que apontam contrariamente ao servidor consubstanciam-se em documentos por ele assinados ou em acessos a sistemas por ele realizados, de forma que a prova oral, questionando a veracidade de suas assinaturas ou de seus acessos, já pode fazer com que se evite perícia grafotécnica ou apuração especial (caso ele os confirme) ou, ao contrário, caso ele os negue, já pode fazer com se busquem de imediato outros meios de prova a fim de evitar aqueles dois excepcionais atos de instrução.

E, caso no encerramento da instrução processual, o acusado opte por dificultar a coleta de seu interrogatório final, a existência da prova oral prévia supre, ainda que em parte, o seu direito de se manifestar nos autos, facilitando para a comissão a deliberação de partir para a indiciação sem interrogar, sob entendimento de renúncia tácita da defesa.

Estes interrogatórios prévios não carreiam nulidade para o processo, uma vez que não se afasta a realização do interrogatório ao final, tentando-se concluir a busca da convicção, conforme determina o art. 159 da Lei nº 8.112, de 1990. Caso se intime o acusado para interrogatórios no início ou no curso da instrução, convém que a comissão registre na intimação a condição de preliminar destes atos, consignando que suas realizações em nada prejudicarão a tomada do interrogatório ao final da instrução, conforme a vontade da Lei, conforme manifestações da segundo a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio dos seus Parecer AGU nº GQ-37 e GQ-117, da jurisprudência e da doutrina

> *Parecer AGU nº GQ-37, vinculante: "Ementa: (...) É insuscetível de eivar o processo disciplinar de nulidade o interrogatório do acusado sucedido do depoimento de testemunhas, vez que, somente por esse fato, não se configurou o cerceamento de defesa."*
>
> *Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: "Ementa: (...) Não nulifica o processo disciplinar a providência consistente em colher-se o depoimento do acusado previamente ao de testemunha."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.736: "Ementa: (...) IV. A oitiva do acusado antes das testemunhas, por si só, não vicia o processo disciplinar, bastando, para atender a exigência do art. 159 da Lei nº 8.112/90, que o servidor seja ouvido também ao final da fase instrutória."*
>
> *"Entretanto, nada prejudica nem impede que, para atender à conveniência instrutória do processo disciplinar, a pessoa acusada, suspeita da prática do ato inquinado de irregular, seja ouvida no curso da coleta da prova. O que a Lei, a meu sentir, torna necessário nessa hipótese é que, encerrada a coleta das provas, inclusive com a audiência de testemunhas, seja, então, ouvido, novamente, o acusado, mediante interrogatório - art. 159." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pgs. 149 e 150, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

> *"O interrogatório, como vimos, é o último momento nessa fase de prova. Mas a comissão, na sua primeira reunião, preparatória da instrução processual, poderá deliberar por começar ouvindo exatamente o acusado. (...) devendo, depois, ser novamente ouvido em procedimento de interrogatório." Léo da Silva Alves, "A Prova no Processo Disciplinar", pgs. 162 e 163, Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003*

Ademais, o tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/11.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/11: "9. Apesar de o caput do art. 159 da Lei nº 8.112, de 1990, prever a realização do interrogatório após a oitiva de testemunhas, não se pode entender que esse ato deva ser imediatamente seguido por aquele, tampouco que o primeiro ocorra uma única vez. O acusado deve ser inquirido, caso queira, depois da juntada de todas as provas, independentemente da sua natureza, de modo que o interrogatório seja o último ato da instrução. Ademais, a CI pode interrogar o agente público diversas vezes durante essa fase, de ofício ou a pedido, inclusive antes da oitiva de testemunhas e até mesmo como ato inaugural, desde que o intime para ser inquirido novamente ao final da instrução."*

De outro lado, a despeito da literalidade impositiva do art. 159 da Lei nº 8.112, de 1990, não se tem o interrogatório final como obrigatório, sob a ótica da condução do processo a cargo da comissão, se no decurso da instrução probatória, restou cabalmente comprovada a inocência do acusado. O princípio da eficiência supera o formalismo do rito encartado no devido processo legal para se defender que não há nulidade na deliberação excepcional de encerrar a instrução processual dispensando de ofício a prova oral, uma vez que, cogitando-se de declaração de inocência, não se presume prejuízo à defesa. Mas, caso a defesa queira o interrogatório para deixar nos autos sua última manifestação, não cabe à comissão indeferir. Também, se a convicção favorável à proposta de arquivamento decorre apenas de insuficiência de prova condenatória, deve-se coletar o interrogatório, à vista da possibilidade de a defesa lograr comprovar sua inocência por meio de teses apresentadas na derradeira prova oral.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/11.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/11: "5. Mesmo se entender que não há provas suficientes de que o acusado tenha cometido ilícito funcional - e que não é possível obtê-las -, a CI deve realizar o interrogatório, só cabendo dispensá-lo se estiver convencida da inocência do servidor, por economia processual."*

4.4.15.2 - Atos Preparatórios Antes do Interrogatório do Acusado

De imediato, antecipe-se que os procedimentos do interrogatório do acusado são, em parte, semelhantes aos da oitiva de testemunha, tanto que o *caput* do art. 159 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, expressa que nele serão observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158 da mesma Lei, que tratam da prova testemunhal.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 158. O depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo, não sendo lícito à testemunha trazê-lo por escrito.*
> *§ 1º As testemunhas serão inquiridas separadamente.*
> *Art. 159. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158.*

De forma geral, a primeira providência a ser formalizada com vista a se coletar interrogatório é deliberar em ata o chamamento do acusado para prestar a sua prova oral. Neste momento, basta que a comissão manifeste e expresse a sua decisão de ouvir o acusado, dispensando-se a necessidade de já se ter a data e o horário em que o ato será realizado (até

porque, em geral, somente depois da deliberação é que o colegiado promoverá contatos com os agentes envolvidos para chegar a um agendamento viável para todos). Convém que a ata de deliberação já indique que a realização do interrogatório do acusado se dará por meio de aplicativo de chamada em vídeo, a exemplo do *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec).

Não obstante, antecipe-se que, além de o interrogatório ter de ser prestado obrigatoriamente de forma oral, havendo mais de um acusado, devem ser tomados em separado, conforme a leitura conjunta do *caput* do art. 158 e do *caput* do art. 159, ambos da Lei nº 8.112, de 1990. Nesta linha, convém, sempre que possível, que a comissão cogite de realizar interrogatórios um imediatamente após o outro, preferencialmente até em um mesmo dia, de forma a diminuir a possibilidade de prévio conhecimento das perguntas ou a contaminação das provas orais, buscando preservá-las ao máximo. Em razão desta estratégia, é interessante que a comissão, na medida do possível, busque vislumbrar, de antemão, de uma só, a realização de todos os interrogatórios, para que possa deliberar suas realizações em conjunto, em uma ata única.

> *"Mesmo que sejam os depoimentos tomados no mesmo dia, as testemunhas não poderão se comunicar, a fim de que os depoentes não sofram recíprocas influências. Inquiridas separadamente, as testemunhas poderão confirmar, aduzir informações, ou infirmar o dito por outras testemunhas." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 145, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Uma vez deliberada a realização do interrogatório do acusado, a comissão deve criar, no aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams*, uma equipe privada, apenas com os seus membros, como proprietários. Esta estratégia é importante para que a sessão de vídeo tenha acesso fechado a demais intervenientes. Para isto, não deve a comissão inserir nesta equipe qualquer outro participante estranho ao colegiado, tais como acusado, procurador e até mesmo secretário *ad hoc*, na hipótese residual de se utilizá-lo. Advirta-se que também não se faz agendamento da reunião no aplicativo, a fim de suprir maior segurança de que os demais participantes somente poderão entrar no ambiente virtual do ato mediante o chamamento da comissão.

4.4.15.2.1 - Atos de Comunicação do Interrogatório do Acusado

Os atos de comunicação preparatórios do interrogatório são, como regra, a intimação do acusado e o ofício ao seu chefe, cabendo a leitura do *caput* do art. 159 harmonizada com adaptação dos comandos do art. 157, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. A instrumentalização destes atos há muito transcende a literalidade daquele comando legal, uma vez que a Lei nº 8.112, de 1990, estagnada ao tempo de sua edição, prevê apenas entrega física em mãos de atos de comunicação, em duas vias.

A intimação para ser interrogado deve ser entregue pessoalmente por ser uma comunicação dirigida ao acusado de caráter individual e personalíssimo, pois lhe impõe prática ou abstenção de ato a seu exclusivo encargo. Os detalhamentos do envio de ato de comunicação de caráter personalíssimo ao acusado e de envio de atos de comunicação em geral voltados à defesa se encontram em **4.3.4.1**, em **4.3.11.3** e em **4.4.3**, a cujas leituras complementares se remete.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/11.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/11: "3. É dever da comissão de inquérito (CI) oportunizar ao acusado o exercício de sua defesa por meio do interrogatório, determinando data, horário, local e forma de sua realização e intimando o*

agente público para esse ato de defesa com, no mínimo, três dias úteis de antecedência, por força do art. 41 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.
4. Tal intimação deve ser feita ao próprio acusado, utilizando-se uma das formas de comunicação admitidas pela instância disciplinar (pessoal, postal, eletrônica, etc.). Não é recomendado intimá-lo apenas por intermédio de seu procurador, ainda que a procuração lhe conceda tal poder."

Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

Orientação Coger n° 54
Os comunicados acerca de atos processuais personalíssimos, que imponham prática ou abstenção ato a cargo do acusado, a exemplos exaustivos da notificação inicial, das intimações para interrogatório e da citação, devem ser-lhe entregues pessoalmente, o que se supre com entrega em mãos ou vias postal ou virtual com confirmação de recebimento, não suprida com entrega apenas ao procurador, independentemente dos poderes expressos na procuração.

Nunca será demais frisar que, para que um servidor seja interrogado, requer-se o óbvio pré-requisito de ter sido notificado para acompanhar o processo como acusado. Um servidor que não tenha participado do processo ou que originalmente tenha sido chamado aos autos como testemunha não pode, sem notificação inicial como acusado, ao final ser intimado para ser interrogado, conforme atesta a jurisprudência.

STF, Mandado de Segurança nº 21.721, Voto: "(...) na fase instrutória do inquérito administrativo em causa, o impetrante só foi intimado e ouvido como testemunha, não lhe tendo sido assegurado, portanto, já que não figurava sequer como acusado, o direito de acompanhar os atos dessa fase, nos termos do artigo 156 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, nem foi interrogado, na forma do disposto no artigo 159 da mesma Lei. De testemunha passou diretamente a indiciado, sem ter figurado, na fase instrutória, como acusado com os direitos a ele inerentes.
Houve, portanto, inequívoco cerceamento de defesa, uma vez que, ao contrário do que pretendem as informações, a ampla defesa que ao artigo 153 da referida lei assegura ao acusado, com a observância do princípio do contraditório, não abarca apenas o indiciado, mas também o acusado em sentido estrito, que é a qualificação que se dá, na fase instrutória do inquérito, ao ainda não indiciado. Em outras palavras, acusado é a expressão empregada no artigo 153 em sentido amplo, para abranger o acusado em sentido estrito (o acusado ainda não indiciado, conforme resulta dos artigos 159 e 160) e o indiciado (artigos 161 e 164)."

A despeito do texto legal positivado, o processo disciplinar, irrigado por demais fontes, consagra e valida a diversidade dos meios de entrega dos atos de comunicação em geral. Esta múltipla possibilidade foi referendada pela manifestação da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 10, de 30 de outubro de 2015, condicionando apenas que a entrega seja feita por escrito (não se aceita o comunicado meramente verbal) e com comprovação da ciência por parte do destinatário, na linha do § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 26.
§ 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.

Enunciado CGU/CCC nº 10, de 2015: "Validade da notificação de atos processuais. A validade de uma intimação ou notificação real fica condicionada a ter sido realizada por escrito e com a comprovação da ciência

> *pelo interessado ou seu procurador, independentemente da forma ou do meio utilizado para sua entrega".*

Neste rumo, mais especificamente, conforme se expôs em **4.3.11.3** e em **4.4.3.2**, a intimação do acusado para o interrogatório pode ser entregue das mais variadas formas e por diversos portadores, desde o emprego de recursos tecnológicos, tais como endereços de correios eletrônicos e números de telefones móveis, sejam particulares ou institucionais, ou ainda outros recursos similares, desde que estritamente de uso pessoal e individual apenas do próprio destinatário, que o *caput* do art. 97 e o *caput* do art. 98, ambos da Portaria Normativa (PN) CGU nº 27, de 1 de outubro de 2022, definem como válidos, indo além da permissão já expressada desde a Portaria RFB nº 1.397 de 11 de novembro de 2002; por via postal; e até, de forma mais rara, por entrega física em mãos.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 97. As comunicações referentes aos procedimentos investigativos e processos correcionais que tramitam nos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal devem ser realizadas por escrito e, preferencialmente, por meio de correio eletrônico institucional, aplicativos de mensagens instantâneas ou recursos tecnológicos similares, observadas as diretrizes e as condições estabelecidas nesta Portaria Normativa.*
> *Art. 98. O encaminhamento de comunicações processuais por meio de recursos tecnológicos pode ocorrer mediante mensagem para o endereço de correio eletrônico ou para o número de telefone móvel, funcional ou pessoal.*
>
> *Portaria SRF nº 1.397, de 2002 - Art. 1º O Correio Eletrônico, ferramenta de propriedade da Secretaria da Receita Federal - SRF, constitui instrumento de uso institucional, destinado ao intercâmbio de mensagens, para fins de racionalização do trabalho e aumento da produtividade.*

O meio pessoal de entrega da intimação do acusado para o interrogatório por correio eletrônico institucional ou particular ou por aplicativo de mensagem instantânea segue os comandos dos arts. 101 a 103 da PN CGU nº 27, de 2022. Primeiramente, o art. 101 exige coleta da confirmação de recebimento da mensagem pelo acusado. Os incisos I a III consideram confirmado o recebimento, respectivamente, com a manifestação expressa do destinatário ou com o aviso automático de leitura (o correio eletrônico institucional possui, além do recurso de confirmação de entrega, o recurso de aviso de recebimento, que equivale à exigida comprovação de leitura) ou com sinal gráfico do aplicativo que demonstre a leitura. O inciso IV contempla o recebimento ficto, caso a comissão utilize um endereço de correio eletrônico ou um número de telefone móvel informado pelo próprio servidor e já usado anteriormente. E o inciso V considera confirmado o recebimento se o destinatário atender o objeto da notificação inicial (no caso, inaugurar a relação processual com a comissão). Neste caso, até se reconhece que não agrega nenhum trabalho a mais ou perda de tempo para a comissão se, além de cumprir a recomendação de enviar a intimação para o próprio acusado, também o fizer, cumulativamente (mas não se confunde com alternativamente) para o seu procurador.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 101. Enviada a mensagem pelo correio eletrônico ou pelo aplicativo de mensagem instantânea, a confirmação do recebimento da comunicação se dará mediante:*
> *I - a manifestação do destinatário;*
> *II - a notificação de confirmação automática de leitura;*
> *III - o sinal gráfico característico do respectivo aplicativo que demonstre, de maneira inequívoca, a leitura por parte do destinatário;*
> *IV - a ciência ficta, quando encaminhada para o correio eletrônico ou número de telefone móvel informados ou confirmados pelo interessado; ou*
> *V - o atendimento da finalidade da comunicação.*
> *Parágrafo único. A contagem de prazos terá início no primeiro dia útil seguinte à data da primeira ocorrência de confirmação de recebimento da comunicação*

dentre aquelas previstas neste artigo.

O art. 103 da PN CGU nº 27, de 2022, estabelece que devem ser autuadas a mensagem eletrônica, a confirmação de leitura e o arquivo de imagem da intimação (ou, alternativamente, deve a comissão redigir termo com todos os dados do envio e da confirmação e autuá-lo junto com o arquivo de imagem). Por fim, o *caput* do art. 102 da norma ressalva que, se em cinco dias (que se presumem corridos) não houver alguma forma acima de confirmação de leitura, o procedimento deve ser cancelado e repetido, por meio convencional ou novamente por meio tecnológico, a critério da comissão.

PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 102. Não ocorrendo alguma das hipóteses do art. 101, no prazo de 5 (cinco) dias o procedimento de comunicação deve ser cancelado e repetido por qualquer meio.
Art. 103. A comunicação processual deve ser incorporada aos autos, mediante a juntada da mensagem de correio eletrônico, de aplicativo de mensagem instantânea ou de termo nos quais constem o dia, o horário e o número de telefone para o qual se enviou a comunicação, bem como o dia e o horário em que ocorreu a confirmação do recebimento da mensagem pelo destinatário, com imagem do ato.

No meio pessoal de entrega da intimação do acusado para o interrogatório por via postal, emitem-se duas vias, remetendo-se uma para o servidor, com o serviço do aviso de recebimento (AR, que é um serviço adicional disponibilizado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT para objeto registrado, ou seja, que possui número de registro que permite rastreamento), em que o remetente preenche um formulário próprio, que lhe é devolvido, assinado e datado por quem recebeu a postagem, comprovando que a remessa foi entregue e quando o foi, devendo este comprovante posteriormente ser autuado ao processo.

As aplicações subsidiária e supletiva na processualística disciplinar dos comandos estabelecidos no § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999, e no § 1º do art. 248 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) deixa inequívoco que, na hipótese de se empregar via postal para entrega da intimação do acusado para o interrogatório, o único requisito exigido sobre a correspondência é que seja feita por meio de carta registrada com AR. E é importante destacar que o CPC, no § 4º do mesmo art. 248, ratificou a validade da entrega do ato de comunicação a porteiros ou demais empregados em caso de o servidor residir em condomínio ou qualquer outra espécie de moradia com controle de acesso, sendo certo que alcança também o empregado doméstico da sua própria unidade residencial. se o destinatário estiver ausente, o comando legal permite que o responsável pelo recebimento de correspondência recuse receber, desde que declare a ausência por escrito. E, nos termos do parágrafo único do art. 274 do CPC, eventual mudança de endereço de parte do acusado deve ser comunicada, sob pena de ser válida a intimação remetida para o antigo endereço, independentemente de quem a tenha recebido.

CPC - Art. 248.
§ 1º A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo.
§ 4º Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente.
Art. 274. Não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais, aos advogados e aos demais sujeitos do processo pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria.
Parágrafo único. Presumem-se válidas as intimações dirigidas ao endereço constante dos autos, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, se

> *a modificação temporária ou definitiva não tiver sido devidamente comunicada ao juízo, fluindo os prazos a partir da juntada aos autos do comprovante de entrega da correspondência no primitivo endereço.*

E, no meio pessoal de entrega da intimação do acusado para o interrogatório fisicamente em mãos, também se emitem duas vias do ato, a fim de uma ficar com o acusado e outra ser autuada com sua assinatura e datada, conforme expressamente prevê o *caput* do art. 157, a ser lido em conjunto com o *caput* do art. 158, ambos da Lei nº 8.112, de 1990. Este residual meio de entrega pessoal fisicamente em mãos da intimação para o interrogatório pode ser realizado tanto por apenas um dos membros da comissão (o presidente ou indistintamente qualquer dos dois vogais, não sendo necessária a formalidade de estarem presentes os três integrantes) quanto por um servidor estranho ao colegiado, seja integrante do grupo de atividades administrativas dos Escritórios de Corregedoria (Escor) que porventura o possuam, seja ainda por qualquer servidor do Escor ou mesmo de outra unidade (como unidade regional de gestão de pessoas) cedido para esta atividade (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros). Em outras palavras, não é necessário que esta forma de entrega da intimação seja presenciada por todos os integrantes da comissão e sequer que seja praticada por um integrante do colegiado. Acrescente-se que o parágrafo único do art. 102 da PN CGU nº 27, de 2022, permite o emprego do instituto da entrega por hora certa, descrito em **4.4.3.2**, a cuja leitura se remete, quando se tem que o acusado se encontra em local certo e sabido e se oculta a fim de não receber a intimação para ser interrogado.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 102.*
> *Parágrafo único. Para a realização dos atos de comunicação, admite-se a utilização da citação por hora certa, nos termos da legislação processual civil, quando o acusado ou indiciado encontrar-se em local certo e sabido e houver suspeita de que se oculta para se esquivar do recebimento do respectivo mandado.*

A exemplo das comunicações prévias à oitiva de testemunha, na intimação para o interrogatório não se antecipa ao acusado o teor de perguntas e objetivos do ato (o que se busca esclarecer) e tampouco nada se informa a seu chefe acerca do que será perguntado. O interrogatório também tem a peculiaridade da oralidade e da instantaneidade, características que lhe agrega certo grau de qualidade dinâmica na valoração final do conjunto de provas, e deve a comissão preservar tal riqueza, mantendo resguardado ao máximo o conteúdo da prova.

A intimação do acusado para o interrogatório, como não poderia deixar de ser, sofreu relevante atualização a fim de contemplar a coleta da prova oral por meio de aplicativo de chamada em vídeo, a exemplo do *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec). Passou a ser indispensável que este ato de comunicação contenha as informações necessárias e suficientes sobre o aplicativo, para que o participante compreenda como deve proceder para baixá-lo, se for o caso, e para utilizá-lo, sem prejuízo de a comissão manifestar estar à disposição para eventuais dúvidas. Deve ainda informar que, na data agendada, poucos minutos antes do horário, a comissão chamará o acusado e seu procurador para ingressarem na reunião, por meio do aplicativo; que o ato será gravado; e que todos os participantes deverão utilizar equipamentos que possuam câmera e microfone, conforme o § 3º do 108 da PN CGU nº 27, de 2022, e manter tais câmeras abertas ao longo do ato, focalizando seus rostos, a fim de certificar suas identificações na íntegra da gravação. Na hipótese de o acusado estar na ativa (e não licenciado ou afastado), a intimação para o interrogatório deve informar a possibilidade de os autos serem consultados a qualquer tempo, por meio da habilitação no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo). Ademais, convém que a comissão acrescente neste

ato de comunicação a sugestão para que todos os participantes utilizem fone de ouvido, para se obter melhor qualidade de áudio, e que utilizem um ambiente reservado.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 108.*
> *§ 3º A necessidade de utilização de equipamento com câmera e microfone para a participação na audiência ou reunião deverá ser informada na intimação.*

Na intimação de acusado para o interrogatório que seja servidor ativo afastado ou licenciado ou não seja servidor ativo, como é o caso de inativo ou de ex-servidor, não habilitado para acessar o aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams* pela plataforma institucional, a comissão deve inserir também determinação para que, no momento do ato, esteja, assim como seu procurador, com documento de identidade com foto, a fim de ser mostrado no início da gravação. Convém ainda que o ato de comunicação se faça acompanhar de cópia dos autos, preferencialmente digital, complementando as cópias já entregues no curso do processo.

Com o emprego do processo digital, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema e-Processo, determinado pela Ordem de Serviço Coger nº 1, de 3 de junho de 2015; com a maciça adesão de servidores do sistema correcional da RFB ao programa de gestão na modalidade de teletrabalho disciplinado internamente pela Portaria RFB n° 2.383, de 13 de julho de 2017, e estendido ao processo de trabalho correcional pela Portaria RFB n° 390, de 21 de fevereiro de 2019, com a atualização promovida pela Portaria RFB nº 390, de 21 de fevereiro de 2019; e com o advento da gravação da prova oral por intermédio do aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams*, não há mais que se falar em local do interrogatório, visto a possibilidade de cada participante estar em sua residência ou em seu posto de trabalho, perdendo sentido a antiga regra geral de que o interrogatório se daria na sede da comissão e que se excepcionaria apenas em casos de pessoas impossibilitadas de se deslocar por enfermidade ou por velhice, nos termos do art. 220 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP). Na hipótese comum de participantes estarem em diferentes localidades, é de se acrescentar a necessária cautela com eventual diferença de fuso horário, conforme alerta o § 2º do art. 108 da PN CGU nº 27, de 2022.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 108.*
> *§ 2º A comissão atentará para eventual diferença de fuso horário entre as localidades envolvidas ao deliberar pelo horário da realização da audiência ou reunião por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.*

Especificamente quanto ao prazo de antecedência para a comissão entregar ao acusado a intimação para o interrogatório, é de se reconhecer que a Lei nº 8.112, de 1990, é silente, residindo a base legal, no sentido estrito deste termo, no art. 41 da Lei nº 9.784, de 1999, que estabelece o prazo mínimo de antecedência de três dias úteis. Este comando é reiterado no § 2º do art. 26 da mesma Lei. E a PN CGU nº 27, de 2022, no *caput* do art. 108, ratifica este prazo. Ainda de acordo com a base legal em sentido estrito, pode-se ter também como referência alternativa, além do prazo de três dias úteis previsto no art. 41, o prazo de cinco dias corridos, previsto no *caput* do art. 24, ambos da Lei acima citada.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior.*
> *Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.*
> *§ 2º A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento.*

> *Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.*
>
> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 108. O presidente da comissão deverá intimar a pessoa a ser ouvida com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, informando data, horário e local em que será realizada a audiência ou reunião por meio de videoconferência.*

Na prática, o que ocorre é um prévio acerto (seja por meio virtual, telefônico ou até mesmo presencial) entre os dois polos atuantes no interrogatório (comissão e defesa). A comissão deve buscar acertar uma data e um horário com o acusado e intimá-lo, com o prazo hábil de três dias úteis de antecedência, para que, caso queira, preste seu interrogatório. Se, ao contatar a defesa para intimar, o acusado ou o procurador manifestar intenção de participar mas antecipadamente alegar relevante impossibilidade ou impedimento para participar naquela data e/ou horário, tenta-se acertar nova data e/ou horário, se isto for possível, até que se chegue a um agendamento que contemple todos e daí a comissão emite os respectivos atos de comunicação.

Como consequência do princípio do prejuízo, o art. 104 da PN CGU nº 27, de 2022, assevera que, mesmo que haja algum defeito formal no ato de comunicação, a exemplo do não atendimento do prazo legal mínimo, de três dias úteis - e até mesmo a sua total inexistência -, o comparecimento espontâneo do acusado supre e supera o vício meramente formal.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 104. O comparecimento espontâneo do acusado em ato processual supre eventuais vícios formais relativos à comunicação de sua realização.*

Por força leitura conjunta do parágrafo único do art. 157 com o *caput* do art. 159, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, após a entrega ao acusado, deve-se comunicar ao titular da unidade, por meio de ofício, remetido pelo correio eletrônico institucional (dispensando-se comprovações de recebimento), a intimação para que seu subordinado seja interrogado na data e horário aprazados. Importante destacar a pertinência deste comando legal que, em leitura apressada, poderia parecer apenas exageradamente formalista a impor um mero comunicado dispensável. É de se estimular ao máximo a participação do próprio servidor na instrução probatória. Daí, advém a inteligência de se comunicar à sua chefia imediata, para que esta diligencie pela presença do intimado, nos limites do razoável, ou seja, de um lado, sem determinar a sua participação e, de outro lado, sem criar obstáculos. Tanto é assim que a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), no inciso III do § 4º do seu art. 455, prevê que a intimação do juiz para que servidor compareça para testemunhar se faz por meio de requisição a seu chefe, podendo-se então inferir a relevância do comando legal estatutário, por vezes inadvertidamente esquecido ou desprezado por comissões, já que reflete a mesma instrumentalidade garantista adotada pela lei processual civil.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 157.*
> *Parágrafo único. Se a testemunha for servidor público, a expedição do mandado será imediatamente comunicada ao chefe da repartição onde serve, com a indicação do dia e hora marcados para inquirição.*
> *Art. 159. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158.*
>
> *CPC - Art. 445*
> *§ 4º A intimação será feita pela via judicial quando:*
> *III - figurar no rol de testemunhas servidor público ou militar, hipótese em que o juiz o requisitará ao chefe da repartição ou ao comando do corpo em que servir;*

> *"Não diz a Lei que o servidor deva ser federal, nem submetido ao Regime Jurídico Único. Assim, a expressão deve ser entendida no seu sentido mais amplo: servidor, ou empregado (celetista), da administração direta ou indireta, civil ou militar, dos três Poderes das três Órbitas de Poder, ao ser intimado a depor como testemunha, deverá ter seu chefe avisado de tal evento." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pgs. 142 e 143, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

No caso de se deliberar interrogar acusado inativo ou ex-servidor, também é de se empregar intimação, com base na leitura conjunta do acima citado *caput* do art. 159 com o *caput* do art. 157, ambos da Lei nº 8.112, de 1990. Embora esta capitulação exclusiva na Lei nº 8.112, de 1990, já fosse suficiente, deve-se reforçar o chamamento, agregando-se à base legal da intimação a previsão do inciso IV do art. 4º e do *caput* do art. 39 e, se for o caso, também do art. 28, todos da Lei nº 9.784, de 1999.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 157. As testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da comissão, devendo a segunda via, com o ciente do interessado, ser anexada aos autos.*
>
> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:*
> *IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.*
> *Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.*
> *Art. 39. Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.*
> *Parágrafo único. Não sendo atendida a intimação, poderá o órgão competente, se entender relevante a matéria, suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão.*

Decerto, o que não se recomenda é o uso do termo "convite" ou da expressão "solicitação de comparecimento" para nenhuma espécie de destinatário, por expressarem forte grau de discricionariedade e voluntariedade na decisão de atender ou não ao chamado, conforme entende a doutrina.

No caso de se deliberar interrogar acusado que se encontra em local sabido no exterior, deve a comissão envidar todos os esforços para concretizar o necessário ato de comunicação (ou, ao menos, para carrear ao processo mínima certeza jurídica de a intimação ter chegado ao destinatário). Para isto, podem ser consideradas algumas opções instrumentais. Ressalve-se que, sendo estrangeiro o acusado que se situa no exterior, excepcionalmente deve-se solicitar sua participação, em rara hipótese de dispensar a intimação, pelo fato de o estrangeiro, estando fora do País, não se sujeitar ao ordenamento brasileiro. No caso de o acusado estrangeiro residente no País ou no exterior comparecer ao ato em território nacional para prestar sua prova oral, submete-se ao regramento pátrio.

Primeiramente, se poderia cogitar de adaptar ao processo disciplinar o instrumento da carta rogatória (cuja definição se encontra no inciso II do art. 237 do CPC e conforme lhe dão emprego os arts. 368 e 783 do CPP), com o quê a comissão provocaria a autoridade instauradora a encaminhar ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) o pedido de notificação e, posteriormente, os quesitos a serem perguntados, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes. Todavia, a jurisprudência (ainda que aqui manifestada para oitiva de testemunha) entende que, como o instituto da carta rogatória é de competência exclusiva do Poder Judiciário, somente se aplica ao processo judicial, mencionando a possibilidade de provocação mediante ofício dirigido à autoridade consular.

CPP - Art. 368. Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996)
Art. 783. As cartas rogatórias serão, pelo respectivo juiz, remetidas ao Ministro da Justiça, a fim de ser pedido o seu cumprimento, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes.

CPC - Art. 237. Será expedida carta:
II - rogatória, para que órgão jurisdicional estrangeiro pratique ato de cooperação jurídica internacional, relativo a processo em curso perante órgão jurisdicional brasileiro;

TRF da 2ª Região, Apelação Cível nº 381.707: "Ementa: A colheita de prova testemunhal realizada por autoridade consular e requerida mediante ofício não macula o processo administrativo disciplinar a ser por ela instruído, pois, em se tratando de ato extrajudicial (Decretos 1.560/95 e 1.850/96), descabida a expedição de carta rogatória, para a qual seriam exclusivamente competentes as autoridades jurisdicionais."

Descartada a possibilidade de emprego da carta rogatória, poderia se cogitar, como segunda opção, de buscar, por meio da autoridade instauradora, auxílio da autoridade consular brasileira no país estrangeiro. Neste caso, a comissão, ainda que com pouca possibilidade de sucesso, deve formular seus quesitos e, mediante ofício, repassar a intimação e os quesitos à autoridade instauradora, mediante ofício, com solicitação de que esta encaminhe à Embaixada brasileira no país, na tentativa de que esta diligencie para a realização do ato. Mas a experiência não indica bons resultados neste caminho, pois a autoridade consular costuma alegar ausência de previsão para assim atuar a favor do Estado brasileiro no exterior.

Tampouco é pertinente buscar auxílio da Assessoria de Relações Internacionais (Asain), pois as competências regimentais desta unidade central se limitam à esfera tributária e aduaneira. Não obstante, contando com possibilidade de maior disponibilização diante da proximidade geográfica, na hipótese muito específica de o destinatário se encontrar nos Estados Unidos da América, na Argentina ou no Paraguai, pode-se tentar, por meio da autoridade instauradora, apoio dos respectivos Adidos Tributários e Aduaneiros da RFB, embora sejam tecnicamente vinculados à Asain, junto às Embaixadas do Brasil naqueles países. Neste caso, pode a autoridade instauradora remeter o ofício acima descrito à Adidância, para que esta, junto à Embaixada, diligencie para a realização do ato.

Por fim, na primeira opção efetivamente viável, resta priorizar a via virtual, caso se saibam os contatos do acusado situado no exterior, tais como endereços eletrônicos institucional ou particular, serviços ou aplicativos de mensagens instantâneas e redes sociais de que porventura se tenha conhecimento, na forma preconizada pelo já reproduzido *caput* e pelo § 2º do art. 98 da PN CGU nº 27, de 2022. Como segunda opção viável, se é sabido seu endereço, pode a comissão lançar mão da tentativa de envio por via postal, usando da espécie de remessa postal mais segura e confiável que for disponível para o serviço necessário (a exemplo do *express mail service* - EMS, que é um serviço postal internacional para documentos e mercadorias, com prioridade de tratamento, encaminhamento e entrega sobre outros serviços postais, oferecido pelos operadores postais de cerca de 175 países membros da União Postal Universal - UPU, como é o caso da ECT). Como é o atual padrão de realização de interrogatório até para acusado no País, ainda com mais ênfase se afirma que a comissão deve comunicar ao residente no exterior a realização da prova por meio do aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams*.

PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 98.
§ 2º O interessado, o representante legal e o seu procurador constituído devem informar e manter atualizados o endereço de correio eletrônico e o número de telefone móvel para os fins previstos no caput, sob pena de incorrer na conduta

prevista no inciso XIX do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990.

4.4.15.2.2 - A Participação de Acusado e/ou de Seu Procurador no Interrogatório de Coacusado

Em processos disciplinares com mais de um acusado, faz-se relevante abordar a questão da participação de acusado e/ou de seu procurador no interrogatório de outro acusado. Para isto, inicialmente, convém observar os comandos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, nos §§ 1º e 2º do seu art. 159.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 159.*
> *§ 1º No caso de mais de um acusado, cada um deles será ouvido separadamente, e sempre que divergirem em suas declarações sobre fatos ou circunstâncias, será promovida a acareação entre eles.*
> *§ 2º O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão.*

A leitura do primeiro comando acima leva ao entendimento de que, em processos disciplinares em que há mais de um acusado, além de os interrogatórios serem coletados individualmente (e não em atos coletivos), também não há previsão legal para a participação de acusados nos interrogatórios uns dos outros, tendo a Lei previsto o ato instrucional específico (a acareação) para o caso de eventualmente se fazer indispensável a confrontação de declarações de defesa em prova oral. Ademais, uma vez que o ato instrucional se materializa com a gravação por intermédio de aplicativos de chamada em vídeo, a exemplo do *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec), conforme preveem o *caput* do art. 106 e o *caput* do art. 110, ambos da Portaria Normativa (PN) CGU nº 27, de 11 de outubro e 2022, a garantia do contraditório se concretiza com a prerrogativa de a defesa contestar o conteúdo do que foi gravado. Assim, a participação de um acusado no interrogatório de coacusado não só carece de previsão normativa na lei específica da processualística disciplinar como também é superável e a negativa a pleito de tal natureza não acarreta cerceamento ao direito de defesa e tampouco prejudica a exaustiva busca da verdade material. Na mesma linha já se manifestou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), por meio do seu Parecer PGFN/Cojed nº 579/2010.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 106. A tomada de depoimentos será realizada, preferencialmente, por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa.*
> *Art. 110. O registro audiovisual gerado em audiência deverá ser juntado aos autos, sem necessidade de transcrição em ata, sendo disponibilizado à defesa o acesso ao seu conteúdo ou à respectiva cópia.*
>
> *Parecer PGFN/Cojed nº 579/2010: "25. Em relação à alegação de suposta violação ao exercício do direito de defesa em decorrência da ausência de intimação para participar do interrogatório dos demais acusados, verifica-se que ela não prospera. Não existe dispositivo normativo que garanta a participação do acusado no interrogatório dos demais acusados no processo disciplinar. Efetivamente, este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (...)."*

Com maior destaque, informe-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) já havia se manifestado no sentido de que tal participação dos coacusados, mais do que desnecessária, seria até vedada.

> *STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.716: Voto: "(...) Da análise dos autos (fl.463), vislumbra-se que, destas 25 pessoas, 9 correspondem aos acusados do referido PAD. Quanto a estes, há que se ressaltar que a Lei 8.112/90, ao estabelecer as diretrizes para desenvolvimento do processo administrativo-disciplinar, dispõe que o interrogatório dos acusados deve ser tomado em separado (...).*
> *Assim, a ausência de intimação das datas em que tais interrogatórios iriam acontecer não afronta o direito de defesa, uma vez que se mostra, em regra, não só desnecessária, como também vedada, a presença dos demais acusados.*
> *Logo, é dispensável a intimação do recorrente para interrogatório dos demais envolvidos, não se configurando, na espécie, cerceamento de defesa. Ressalte-se que o recorrente teve acesso à cópia de todos os depoimentos, que possibilitou o contraditório por ocasião da apresentação da defesa escrita (...)."*

Se é cristalina e inequívoca a vontade do legislador de que os interrogatórios sejam coletados sem a presença de demais acusados, restou silente o texto legal acerca da presença de eventuais procuradores dos coacusados. A elucidação de que, em instância disciplinar, *a priori*, não se cogitaria de ilegalidade ou de nulidade se a comissão não facultasse não só aos outros acusados mas até mesmo também aos seus procuradores (ainda que advogados) o direito à presença e à participação no interrogatório do coacusado advém da leitura da jurisprudência, em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como os descritos abaixo, com reflexo também na posição doutrinária:

> *STJ, Mandado de Segurança nº 13.133/DF: Voto: "(...) Ausência de demonstração de prejuízo para o impetrante, decorrente da inexistência de intimação para o interrogatório dos demais acusados, ressaltando que, após o transcurso da fase probatória, apresentou defesa escrita, na qual teve oportunidade de se defender regularmente (...)."*

> *STJ, Mandado de Segurança nº 8.213: "Ementa: (...) É assegurado ao servidor arrolar e reinquirir testemunhas no processo administrativo disciplinar, não incorrendo em ilegalidade a negativa de sua participação ou de seu procurador no interrogatóriuo dos demais acusados."*

> *STJ, Mandado de Segurança nº 8.496: "Ementa: (...) 2. Não há previsão normativa alguma que confira a prerrogativa ao advogado de presenciar o depoimento de outros acusados, no mesmo processo administrativo disciplinar, assim como de formular questões ao seu próprio constituinte."*

> *STJ, Mandado de Segurança nº 10.128: "Ementa: (...) 7. Não há ilegalidade na negativa da participação do impetrante ou de seu procurador no interrogatório dos demais acusados."*

> *"Como na pluralidade de acusados os interrogatórios são feitos em horários distintos, estes só podem se fazer acompanhar pelos respectivos procuradores. Assim, não se justifica que o advogado de um acusado compareça ao interrogatório de outro, que possui seu próprio advogado." Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pg. 355, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

Não obstante esta primeira abordagem delimitada à mera literalidade da Lei nº 8.112, de 1990, e à jurisprudência voltada especificamente para casos concretos no âmbito de processo disciplinar, pode-se buscar maior aprofundamento da análise em tela, indo além destas fontes e trazendo à tona os também válidos e aplicáveis dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), uma vez que a instância processual penal, em virtude da inegável afinidade com a matéria disciplinar, serve de paradigma em diversos assuntos para esta processualística.

Assim, a princípio no mesmo rumo até aqui trilhado, o art. 191 do CPP, com redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, contém dispositivo muito similar à primeira parte do § 1º do art. 159 da Lei nº 8.112, de 1990, estabelecendo que "*Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente*". Não obstante, informe-se que, em razão das tutelas mais severas da instância criminal, a mesma Lei nº 10.782, de 2003, também alterou o art. 185 do CPP, passando a prever que "*O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado*". Ademais, o art. 188 do mesmo Código, também com redação dada pela mesma Lei nº 10.792, de 2003, ao estabelecer que "*Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante*", permite concluir que, em instância de processo penal, é possível, nos casos em que há mais de um acusado, a presença e a efetiva postulação por parte dos demais defensores - e até mesmo a eventual presença dos corréus - nos interrogatórios uns dos outros. E este entendimento tem se sobressaído na jurisprudência quando as Cortes Superiores são instadas a se manifestar acerca do tema especificamente na processualística penal, sobretudo em atenção às possibilidades de tentativa de imputação de responsabilidade a outro corréu ou de delação.

> *STJ, Habeas Corpus nº 198.668: "Ementa: 3. Para o ato do interrogatório nas ações penais com pluralidade de réus, o Código de Processo Penal prevê apenas que estes devem ser interrogados separadamente, o que não significa, por si só, que a inquirição complementar seja feita apenas pelo próprio defensor e pelo órgão acusatório, sob pena de ofensa ao contraditório e à paridade de armas que deve ser resguardada no processo penal. 4. Não há no Código de Processo Penal nenhum comando proibitivo à participação do defensor do corréu no ato do interrogatório, estabelecendo o seu artigo 188, com a redação dada pela Lei n. 10.792/03, que 'Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará as partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante', razão pela qual não é dado ao intérprete restringir esse direito, que tem assento em princípios constitucionais."*

De um lado, é certo que a possível extensão, para a processualística disciplinar, do dispositivo do art. 188 do CPP, que concede ao defensor da parte (seja ele um advogado constituído, seja ele um defensor nomeado) o direito de postular não só no interrogatório do seu próprio acusado mas também no interrogatório do corréu, significaria um atendimento amplo, abrangente e extensivo das garantias de ampla defesa e de contraditório a favor dos coacusados em processo disciplinar, além até do que expressamente estabelece a Lei nº 8.112, de 1990, o que jamais suscitaria críticas à comissão processante e à Administração.

Mas, por outro lado, na questão em tela, deve-se temperar o ímpeto de fazer refletir no processo disciplinar a integralidade de dispositivos do CPP. Primeiramente porque há relevantes diferenças entre as instâncias processuais, tanto de contexto quanto de agentes. No processo disciplinar, conduzido por uma comissão composta por servidores estáveis, não há a figura do magistrado, com todos os poderes em que se investe o membro do Poder Judiciário, inegavelmente mais capazes de conduzir a prova oral, de zelar por interesses eventualmente distintos de partes conflitantes, de manter a ordem no ambiente (ainda que virtual) e de inibir ou de coibir comportamentos inadequados ou exagerados dos participantes do ato instrucional, seja quando estes tentam constranger ou intimidar, seja quando se mancomunam para aliciar ou combinar estratégias.

Ademais, enquanto no processo disciplinar sequer é obrigatória a constituição de procurador e muito menos que este seja um advogado (conforme sedimentado pela Súmula Vinculante nº 5 do STF, já abordada em **4.3.6.3**), no processo penal, a presença do defensor técnico - constituído ou nomeado - é obrigatória e somente este agente da defesa possui a

capacidade postulatória (diferentemente do processo disciplinar, na instância processual penal, o acusado não possui capacidade postulatória). Daí porque, no processo penal, além das maiores cautelas em vista da relevância ímpar do bem jurídico tutelado (a liberdade do acusado), a presença e a atuação do defensor no interrogatório do corréu mereceram maior atenção e interesse por parte do legislador. Decerto, quando o art. 188, em conjunto com o art. 185, ambos do CPP, menciona indagação "das partes", refere-se aos advogados (ou Defensores Públicos), obrigatoriamente presentes ao ato pelo lado das defesas, e ao membro do Ministério Público, no polo da acusação.

> *STF, Súmula Vinculante nº 5: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição."*

Assim, sem jamais perder de vista que o § 1º do art. 159 da Lei nº 8.112, de 1900, determina que os acusados devam ser interrogados um a cada vez e não em conjunto em ato único, de imediato, a análise acerca da possibilidade de extensão do comando do art. 188 do CPP para o processo disciplinar deve se iniciar com a percepção da necessidade de se flexibilizar, para uma compreensão mais abrangente, em razão da capacidade de postulação em instância disciplinar tanto do próprio acusado quanto de seu facultativo procurador e de este ser ou não advogado.

Não obstante tais possibilidades, *a priori*, ratifica-se que não há previsão na Lei nº 8.112, de 1990, para que os demais acusados e seus eventuais procuradores (advogados ou não) sejam notificados de ofício pela comissão, sem provocação das defesas, do interrogatório do coacusado e muito menos para que participem e apresentem perguntas naquele ato. Como forma de, sem proceder à notificação dos demais coacusados (com o que se poderia interpretar como chamamento ao ato), a comissão ao mesmo tempo não se expor à crítica de não ter expressado nos autos as datas de todos os interrogatórios, pode o colegiado indicar na ata de deliberação as datas de toda a rodada de provas orais a serem coletadas dos acusados, com o quê, de forma indireta, mediante o acesso aos autos do processo digital, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), determinado pela Ordem de Serviço Coger nº 1, de 3 de junho de 2015, supre-se então notícia ao conjunto de acusados acerca das datas de todos os interrogatórios.

Todavia, reiterando que tanto a instância disciplinar quanto a instância penal ambas são ramos do Direito público punitivo e, como tal, guardam afinidades em seus princípios reitores e nas fontes informadoras, reconhece-se que não é incomum a jurisprudência evoluir em seus entendimentos para o processo disciplinar e neles também vir a sedimentar teses e institutos aplicáveis ao processo penal.

Assim, diante do tema sob análise, pode-se aceitar que, caso os outros acusados e/ou seus procuradores manifestem antecipadamente intenção de participar do interrogatório de um coacusado, deve a comissão, na lacuna da Lei, questionar ao interrogado se este considera prejudicial à sua defesa a participação (termo que aqui agrega não só o simples acesso ao ambiente virtual no ato mas também a possibilidade de reinquirir o interrogado ao final) daqueles demais interessados. Refinando a questão, pode a comissão desdobrar o questionamento acerca da participação unicamente de acusados, unicamente de procuradores ou de ambos, já que pode haver objeção apenas à participação dos primeiros e não dos últimos.

De um lado, caso o servidor a ser interrogado manifeste se opor à participação dos demais acusados e de seus procuradores ou apenas dos coacusados ou ainda apenas dos seus procuradores, deve a comissão acatar, homenageando e privilegiando a proteção dos direitos de defesa deste que prestará a prova oral, e comunicar o indeferimento aos demais postulantes cuja participação o interrogado não consentiu. De se destacar que, nesta hipótese de denegar a participação, a comissão não incorre em ilegalidade e tampouco inquina o feito com nulidade por cerceamento de direito de defesa, pois o faz com respaldo na literalidade da Lei nº 8.112,

de 11/12/90, e sob amparo das específicas manifestações jurisprudenciais.

Por outro lado, caso o servidor a ser interrogado manifeste não se opor à participação dos outros acusados e de seus procuradores, ou apenas dos acusados ou apenas dos procuradores, pode a comissão deferir a presença e a efetiva participação daqueles cuja presença o interrogado consentiu. Nesta hipótese do deferimento à participação, de acordo com a procedimentalização reinante em processo disciplinar, por força do § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, as perguntas dos demais acusados e/ou de seus procuradores devem ser formuladas ao presidente, para que este, à vista do objetivo de elucidar o fato e da sua prerrogativa de indeferir as intervenções protelatórias, impertinentes ou sem relação com o objeto da apuração, decida se as repassa ao interrogado.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/11 e também na doutrina da Controladoria-Geral da União.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/11: "17. Por fim, na hipótese de coacusados com diferentes procuradores, se na data de realização da prova oral de um dos acusados comparecer a defesa de outro e o interrogado aquiescer, esse outro acusado e o seu procurador podem participar do ato, inclusive com direito a formular perguntas."*
>
> *"Quanto à possibilidade ou não do procurador de um acusado assistir ao interrogatório de outro servidor, cabe à comissão decidir, de acordo com o caso concreto e suas peculiaridades, se deve apenas fornecer cópia do termo ao término de todos os interrogatórios, ou se permite a presença do procurador no ato. Em se permitindo a presença do procurador de outros acusados, não será permitido que ele se utilize da palavra para questionar o interrogado.*
> *Além disso, é possível que a comissão consulte o interrogado se este se opõe à presença do outro procurador. Em caso positivo, é recomendável que a comissão não permita a presença do procurador.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 215, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Ademais, ainda nesta linha de exceção, também é de se ressalvar que não se afasta a garantia constitucional de o acusado não ser constrangido ou coagido a responder a perguntas de coacusados e/ou de seus procuradores que julgue autoincriminatórias ou prejudiciais à sua linha de defesa, podendo clamar pela prerrogativa de manter-se em silêncio.

Em todo caso, havendo mais de um acusado, independentemente de haver ou não intenção de acusado participar do interrogatório de coacusado, convém, sempre que possível, que a comissão realize os interrogatórios um após o outro, em um mesmo dia, de forma a diminuir a possibilidade de prévio conhecimento das perguntas, buscando preservar ao máximo a prova oral. E, mais especificamente, na hipótese de a comissão já antever a possibilidade de participação de um acusado no interrogatório de outro, pode o colegiado valer-se da estratégia de iniciar um interrogatório logo em seguida ao término do outro, aproveitando a presença virtual dos diferentes acusados.

4.4.15.3 - Cautelas no Início do Interrogatório e Não Comparecimento do Acusado

Poucos minutos antes do horário agendado para o início do interrogatório, a comissão deve chamar os demais participantes (acusado e seu procurador) para ingressarem no ambiente virtual onde será realizado o ato. Convém que o colegiado esteja logado em equipamentos da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), utilizando a rede institucional (sem prejuízo de lançar mão de segunda opção de utilizar celulares pessoais) e, da mesma forma como solicita aos demais participantes, é de se sugerir que todos os seus

membros utilizem fone de ouvido e estejam em local reservado. Sendo o acusado servidor ativo da RFB, recomenda-se que o chamamento para o ato seja feito por meio do seu perfil institucional no aplicativo de chamada em vídeo *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec), com o que automaticamente já se confirma sua identidade. Não sendo o participante servidor ativo da RFB, convém que o chamamento seja feito com o envio do *link* por meio de serviços ou aplicativos próprios para envio de mensagens instantâneas, a exemplo do *Whatsapp Business*, ou para o endereço de correio eletrônico pessoal (sendo o primeiro meio preferencial, pois, em geral, o destinatário recebe o *link* em seu celular e já acessa diretamente o aplicativo) e, neste caso, quando o participante externo abre o *link*, imediatamente o aplicativo informa ao criador da reunião o pedido de entrada e a comissão a autoriza.

Iniciada a sessão, o integrante da comissão previamente acertado para ficar mais dedicado às questões tecnológicas (que até pode ser o presidente) deve acionar a gravação e fazer testes de áudio e vídeo. Ato contínuo, o presidente da comissão deve informar a data e a hora em que se inicia a gravação, mencionar o número do processo, relembrar que todos devem manter suas câmeras abertas e focalizadas em seus rostos e identificar nominalmente cada um dos presentes, indicando a condição com que participa do ato e mencionando onde se encontra, a fim de atender o § 2º do art. 110 da Portaria Normativa (PN) CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022. Na hipótese de o procurador não se fazer presente no interrogatório do acusado, deve o presidente verbalizar este fato. No caso de acusado que não seja servidor ativo da RFB e também para o procurador, deve o colegiado solicitar, na hipótese de ser este o primeiro ato de que participem, que apontem seu documento de identidade para a câmera, a fim de certificar sua identificação.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 110.*
> *§ 2º O registro nominal e individualizado da presença de cada um dos participantes na gravação dispensa as suas assinaturas na ata de audiência.*

Uma vez que somente podem acompanhar do interrogatório pessoas efetivamente interessadas no ato, tais como o acusado e o seu procurador constituído nos autos, caso aquele queira participar com um acompanhante qualquer, não se deve permitir a participação de tal pessoa estranha à lide. Todavia, na hipótese de o acusado ratificar sua intenção de que tal pessoa participe, deve manifestar que o constituiu na condição de procurador para o ato específico, independentemente de não possuir procuração nos autos e de ser ou não advogado. Este procurador *ad hoc* deve se submeter ao mesmo critério de identificação já descrito (apontando seu documento de identidade para a câmera).

Tendo sido o acusado regularmente intimado, na hipótese de o mesmo não atender o chamado da comissão para adentrar no ambiente virtual na data e horário aprazados, após ter-se renovado tentativas de chamada e aguardado por um prazo razoável, de, no mínimo, trinta minutos (aqui a mero título de exemplo) e esgotada a possibilidade de participação ainda que intempestiva, deve-se registrar o incidente em termo de não comparecimento.

É de se reconhecer que a indicação de trinta minutos, feita acima, não encontra definição quantitativa em norma. Na ausência de base que estabeleça este tipo de tolerância, trata-se apenas de uma referência inicial, possível de ser adotada ou alterada a cada caso pela comissão, baseada no bom senso em função de eventuais imprevistos ou dificuldades com o emprego dos recursos tecnológicos envolvidos. Obviamente, se, no curso do prazo de tolerância aprioristicamente adotado, o acusado mantém algum contato com a comissão solicitando extensão do limite de espera e justificando de forma plausível o motivo de atraso, convém que a comissão aquiesça e permita a postergação do início do ato, dentro de limites de razoabilidade.

Por ser o interrogatório um ato de interesse da defesa, convém que a comissão tente

nova data. Se, por fim, o acusado demonstra expressamente ou mesmo permite inferir tacitamente a intenção de abrir mão de seu direito e novamente deixar de comparecer sem motivo, pode a comissão deliberar a retomada do curso do processo sem interrogá-lo e esta ausência, por si só, não configura afronta a dispositivo estatutário. Conforme já detalhado em **2.5.3.2.5**, a cuja leitura se remete, e reiterado em **4.3.11.3** e em **4.4.1.3**, acerca da natureza anômala de que a intimação pode, por vezes, se revestir no processo disciplinar quando dirigida ao acusado, embora se utilize deste instrumento para comunicar a data e o horário do seu interrogatório, aqui não se aplica representação e muito menos qualquer tipo de sanção pelo não comparecimento ao ato de interesse da própria defesa.

É de se lembrar da preponderância dos preceitos constitucionais, erigidos ao patamar de direitos e garantias fundamentais individuais, de que ninguém é obrigado a fazer prova que considere ser contrária a si mesmo e a seus interesses e de que até mesmo o silêncio se amolda como válido na livre amplitude de defesa, nos termos decorrentes dos incisos LV e LXIII do art. 5º da Constituição Federal (CF), e da excludente de ilicitude prevista na parte final do inciso III do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), qual seja, do exercício regular de direito. Em outras palavras, não obstante caber sempre à comissão intimar o acusado a, de alguma forma, participar ou contribuir com a instrução probatória, como prestar-se a ser interrogado, a este é dado o inafastável direito de não atender o teor da intimação sem que se cogite de aperfeiçoamento, neste ato, de nova ilicitude, nem conexa e nem tampouco independente, da infração objeto do processo disciplinar em curso. Para o acusado, o dever imposto de atender a intimações de parte do ente processante tem a natureza anômala de não trazer consigo uma repercussão em razão do descumprimento, como ocorre, aliás, com os deveres estabelecidos pelo art. 4º da Lei nº 9.784, de 1999. Obviamente, de um lado, pelos princípios da comunhão da prova e da livre apreciação da prova, a manifestação expressa ou tácita do acusado de voluntariamente abrir mão da oportunidade de dialogar juridicamente nos autos e a sua omissão em atender a intimação pode ser um dos elementos a dinamicamente atuarem na formação de convicção da comissão; mas, de outro lado, pelos princípios da oficialidade e da busca da verdade material, esta lacuna não autoriza a comissão a dispensar a exaustão da instrução probatória e a ter como admitido pelo acusado o teor que lhe poderia ser contrário em vista da intimação não atendida e dos quesitos não respondidos.

Destaque-se que, a rigor, tendo havido a regular intimação, caso o servidor não compareça e sequer forneça à comissão qualquer justificativa que permita inferir sua vontade de prestar a prova oral em data posterior, é lícito ao colegiado, já desde esta primeira e única ausência, supor o desinteresse da defesa e, mesmo sem reiterar o chamamento, prosseguir no rito.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/11.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/11: "3. É dever da comissão de inquérito (CI) oportunizar ao acusado o exercício de sua defesa por meio do interrogatório, determinando data, horário, local e forma de sua realização e intimando o agente público para esse ato de defesa com, no mínimo, três dias úteis de antecedência, por força do art. 41 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.*
> *4. Tal intimação deve ser feita ao próprio acusado, utilizando-se uma das formas de comunicação admitidas pela instância disciplinar (pessoal, postal, eletrônica, etc.). Não é recomendado intimá-lo apenas por intermédio de seu procurador, ainda que a procuração lhe conceda tal poder.*
> *6. Porém o acusado pode optar por não ser interrogado, renunciando, de forma expressa ou mesmo tácita (por meio de reiteradas ausências injustificadas), a essa prova oral ou exercendo o silêncio durante o ato, sem que isso configure nulidade do processo administrativo disciplinar (PAD) ou impeça o colegiado de prosseguir no andamento do procedimento."*

Não mesmo sentido são as manifestações da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GQ-102, bem como da jurisprudência e da doutrina.

> *"17. A Lei nº 8.112, de 1990, não condicionou a validade do apuratório à tomada do depoimento do acusado, nem a positividade das normas de regência autoriza a ilação de que este configura peça processual imprescindível à tipificação do ilícito. A falta do depoimento, no caso, deveu-se à conduta absenteísta do servidor quando intimado a prestar esclarecimentos (...)."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança n° 7.066, Voto: "De todo o exposto, resulta que o impetrante não foi interrogado pela comissão processante, porque recusou-se, por vinte vezes, a comparecer ao local designado, a despeito de estar gozando de perfeita saúde, em determinadas ocasiões.*
> *Em consequência, não há falar em cerceamento de defesa, sendo certo, ainda, que a eventual nulidade do processo, por esse motivo, não poderia ser aproveitada pela parte que lhe deu causa."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 18.090: "Ementa: 7. A Comissão Processante diligenciou no sentido de colher o depoimento pessoal do impetrante, o qual somente não se realizou pelo seu não comparecimento, por duas vezes, sendo que na segunda, o depoimento havia sido marcado para Teixeira de Freitas/BA, conforme solicitação do próprio impetrante, o qual, todavia, não compareceu à audiência. Assim, correto o procedimento da Comissão em dar seguimento ao processo administrativo, haja vista que não poderia ficar aguardando indefinidamente pela disposição do impetrante em prestar o seu depoimento."*
>
> *"Se o acusado, regularmente intimado, não comparecer para submeter-se ao interrogatório, o processo deverá seguir seu curso normal. Neste caso, a lei não oferece qualquer recomendação e nem determina providência intercorrente, necessária ao seguimento normal do processo disciplinar." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 162, Editora Forense, 2ª edição, 2006*
>
> *"Na verdade, em que pese a sua importância, o interrogatório não é um ato indispensável. Se assim fosse, não se poderia continuar o processo contra acusado revel (ou aquele que, no processo disciplinar, mostra-se indiferente desde a instauração). Todavia, essa é uma situação excepcional. Se o acusado for passível de localização, há que ser intimado; estando presente, há que ser interrogado. (...)*
> *Conclusivamente, podemos dizer que se o interrogatório não se dá porque o acusado não compareceu, o ato poderá ser dispensado sem consequências fatais (...)." Léo da Silva Alves, "A Prova no Processo Disciplinar", pgs. 52 e 53, Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003*
>
> *"Se o acusado, conquanto intimado, deixar, sem justa causa, de comparecer ao ato de interrogatório, deve o processo disciplinar prosseguir seu curso normalmente, sem que da ausência resulte qualquer conclusão adversa ao servidor (art. 29, Lei federal nº 9.784/1999)" Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pg. 534, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

4.4.15.4 - A Gravação do Interrogatório do Acusado

A abordagem introdutória da questão da gravação da prova oral no processo disciplinar, decerto, coloca em confronto a literalidade conjunta do *caput* do art. 159 com o *caput* do art. 158, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com dispositivos de outros diplomas legais processuais de instância judicial, tanto civil quanto penal.

De um lado, o *caput* do art. 158 do Estatuto estabelece que as oitivas de testemunhas

em processo disciplinar devem ser prestadas oralmente e materializadas como prova juridicamente válida por meio da redução a termo nos autos, com a elaboração de termo de oitiva. E, ato contínuo, o *caput* do art. 159 da mesma Lei reflete este comando legal para o interrogatório do acusado.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 158. O depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo, não sendo lícito à testemunha trazê-lo por escrito.*
> *Art. 159. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158.*

Acrescente-se que estes comandos legais sempre se harmonizaram com a sistemática adotada pela Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que, como primeira fonte legal a ser subsidiariamente aplicada à Lei nº 8.112, de 1990, regulamenta o processo administrativo em âmbito federal. E o § 1º do art. 22 desta Lei determina que os atos do processo devem necessariamente observar a forma escrita.

> *Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 22.*
> *§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.*

De outro lado, mencione-se que, em consonância com o comando encartado no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal (CF) - que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação -, outros sistemas processuais já reconhecem de forma legalmente positivada a gravação como um meio possível de propiciar celeridade processual. Assim, já desde a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no § 3º do seu art. 13, se pode extrair a incipiente a possibilidade de gravação de atos instrucionais. De forma consentânea, a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, no parágrafo único do art. 8º, admitiu o emprego de meios eletrônicos e de informatização no processo judicial, empregando-se arquivos digitais, mas condicionando a prática de atos processuais por meio eletrônico ao uso de assinaturas eletrônicas. Também o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), tanto ao disciplinar o procedimento comum, nos §§ 1º e 2º do seu art. 405, quanto ao dispor do processo da competência do júri, no art. 475, passou a prever a possibilidade de registro das provas orais por meio audiovisual.

> *Lei nº 9.099, de 1995 - Art. 13.*
> *§ 3º Apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão.*
>
> *Lei nº 11.419, de 2006 - Art. 8º*
> *Parágrafo único. Todos os atos processuais do processo eletrônico serão assinados eletronicamente na forma estabelecida nesta Lei.*
>
> *CPP - Art. 405.*
> *§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2 de junho de 2008).*
> *§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).*
> *Art. 475. O registro dos depoimentos e do interrogatório será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar,*

> *destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008)*
> *Parágrafo único. A transcrição do registro, após feita a degravação, constará dos autos. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)*

Verifica-se então que, de um lado, com a ostensiva disponibilização de seguras e acessíveis ferramentas tecnológicas, o Poder Judiciário, ainda que responsável por instâncias processuais requeredoras de forte formalismo (sobretudo o processo penal), adotou de forma praticamente integral não só o processo eletrônico, conforme já aduzido em **4.3.11.10**, como também a realização e a autuação de provas orais mediante a anexação de arquivos de vídeo. A despeito da inércia do legislador ordinário (o mesmo que atualizou os códigos processuais) em deixar desatualizada as Leis nº 8.112, de 1990, e 9.784, de 1999, de outro lado, não seria eficiente e razoável a Administração manter-se limitada àquelas defasadas literalidades.

No contexto iniciado com a maciça adoção também na instância administrativa do processo digital, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), determinado pela Ordem de Serviço Coger nº 1, de 3 de junho de 2015, e sedimentado pela praticamente integral adesão de servidores do sistema correcional da RFB ao programa de gestão na modalidade de teletrabalho disciplinado internamente pela Portaria RFB n° 2.383, de 13 de julho de 2017, e estendido ao processo de trabalho correcional pela Portaria RFB n° 390, de 21 de fevereiro de 2019, com a atualização promovida pela Portaria RFB nº 390, de 21 de fevereiro de 2019, mais do que se pavimentar, tornou-se mesmo imperioso que o processo disciplinar avançasse para a padronização instrumental de suas provas orais passar a serem coletadas e autuadas mediante aplicativos de chamadas em vídeo, a exemplo do *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec).

Assim, a Controladoria-Geral da União (CGU), por intermédio da Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG), na condição de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), primeiramente, atualizou a sua Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 12, de 1º de novembro de 2011. Desde sua redação original, o *caput* do seu art. 1º e o seu art. 2º permitiam a "tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real", bem como a realização de "audiências e reuniões" sob o mesmo formato. Em primeiro momento, à época da edição daquela norma, visava-se a autorizar uso de videoconferência no sentido estrito do termo, o que já significou um grande avanço instrumental. Na atualização promovida pela IN CGU/CRG nº 5, de 21 de fevereiro de 2020, avançou-se ainda mais na flexibilização instrumental, ao se ter permitido, ou melhor, ao se ter determinado mesmo, na nova redação do *caput* do art. 7°, a dispensa de registro em ata, ou seja, da redução a termo da prova oral, estabelecendo que se deve apenas autuar o arquivo de vídeo gravado no curso do ato.

Estes comandos normativos se acham atualizados e consolidados no *caput* do art. 106 e no *caput* do art. 110, ambos da Portaria Normativa (PN) CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022, com a redação fazendo remissão a "tomada de depoimentos... por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real". Ademais, o *caput* e o inciso I do art. 107 da mesma norma estruturante do órgão central do SisCor refletem a preocupação que o legislador já havia tido, nas alterações legais acima sintetizadas, com a exigência constitucional da duração razoável do processo.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 106. A tomada de depoimentos será realizada, preferencialmente, por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa.*

> *Art. 107. Nos procedimentos investigativos e processos correcionais, a realização de audiência por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real deverá:*
> *I - assegurar a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação; e*
> *Art. 110. O registro audiovisual gerado em audiência deverá ser juntado aos autos, sem necessidade de transcrição em ata, sendo disponibilizado à defesa o acesso ao seu conteúdo ou à respectiva cópia.*

Afinal, conforme se descreverá em **4.4.4.5**, além e acima da mera literalidade positivada, assegura-se que tanto o mais sagrado direito em favor da defesa na fase da instrução processual, qual seja, de contraditar as provas produzidas, quanto a oficialidade que impulsiona a isenta busca da verdade processual restam completamente satisfeitos com esta instrumentalidade eficiente razoável. Em apertada síntese, nas provas orais em processo disciplinar, a comissão processante verbaliza ao depoente (ao acusado, no caso) as perguntas, a fim de também serem respondidas oralmente, mantendo-se a íntegra e a espontaneidade do que foi dito por cada agente, e, antes da dispensa dos participantes, deve-se fazer breve verificação da qualidade dos registros de vídeo e, ao final, o arquivo deve ser arquivado e preservado no processo eletrônico, ao qual a defesa terá amplo acesso.

Com tal procedimentalização, assegura-se que, nas provas orais em processo disciplinar, o arquivo gravado retrata com realidade e fidedignidade o que ocorreu no ambiente virtual e reflete a espontaneidade das verbalizações, sem os antigos inconvenientes de a redução a termo gerar controvérsias acerca do que efetivamente foi dito pelo depoente e de fazer com que qualquer prova oral demorasse longo período de tempo. Este arquivo de vídeo é então o elemento de prova necessário e ao mesmo tempo suficiente para, em aspectos tanto formais quanto materiais, se harmonizar com a mais moderna e eficiente base principiológica reitora da processualística disciplinar.

Acrescente-se ainda que não há que se falar em a comissão ter de transcrever integralmente o que foi verbalizado. O arquivo de vídeo por si só supre a necessidade de instrução dos autos em vista da verdade processual. Obviamente, o acima exposto não impede que a comissão faça resumo parcial, registrando com suas próprias palavras o que depreendeu de trechos mais relevantes, com indicação do tempo em que se encontram no arquivo de vídeo, para fins de indiciação e relatório, por exemplo (sem se preocupar em transcrever literalmente, para deixar bem demarcado que, *a priori*, salvo dificuldade técnica, não mais há a elaboração de termo de interrogatório de acusado).

Como a prova oral deixou de ser necessariamente reduzida a termo, dispensando-se que a oralidade seja transcrita, a sua validade, em termos de cadeia de custódia, está condicionada apenas à juntada e à preservação na íntegra do arquivo de vídeo (a existência, ou não, de transcrição não assegura e nem prejudica a preservação da cadeia de custódia). Para este fim, deve-se proceder à devida custódia da íntegra do arquivo de vídeo, para suprir eventual pedido de acesso por parte da defesa. A quebra da cadeia de custódia neste caso se dá com a não preservação da íntegra do arquivo de vídeo ou com a detecção de algum tipo de corrompimento, ainda que pontual, que impeça que o procedimento de coleta seja totalmente revisto, importando na necessidade de refazimento da prova.

Aqui, o principal objetivo é uniformizar a condução pela comissão do ato em si da prova oral, em seus aspectos jurídicos. Por outro lado, não há intenção de impor a forma pela qual cada colegiado, de acordo com a sua própria experiência no uso de ferramentas tecnológicas de informatização processual, autua os arquivos de vídeo como arquivos não pagináveis no Sistema e-Processo. Esta questão é importante porque as gravações de provas orais resultam em arquivos de vídeo de grande tamanho, ao passo que o Sistema e-Processo somente permite anexação de arquivos não pagináveis já compactados que não excedam 150

Mb, o que não comporta os arquivos em tela, e as diferentes maneiras possíveis de contornar esta limitação tecnológica apresentam vantagens e desvantagens.

Neste ponto, cabe o desdobramento para apresentar ao menos três formas possíveis de a comissão realizar a gravação do ato e, em seguida, quando necessário, compactar os arquivos (ou arquivo) de vídeo, a fim de atender a limitação tecnológica para autuar arquivos não paginàveis no Sistema e-Processo de até 150 Mb, podendo o colegiado adotar aquela que se sente mais confortável e seguro para procedimentalizar. Em geral, arquivos de vídeo decorrentes de gravação de provas orais ultrapassam aquele limite de tamanho, sendo comum, então, ter de se utilizar algum dos procedimentos adiante descritos. Não obstante, a autuação fica mais simples se porventura o arquivo de vídeo gravado, em sua íntegra, totalizar menos de 150 Mb.

Na primeira possibilidade, de mais simples execução, a comissão fragmenta manualmente a gravação do ato em trechos de duração regular, a fim de ter arquivos de vídeo com tamanho que atenda aquele limite e, com isto, possam ser facilmente autuados como arquivos não paginàveis, mediante apenas o método de compactação simples, adiante descrito. Esta procedimentalização apresenta as vantagens de não exigir que a comissão tenha de empregar o método de compactação particionada, mais adiante também descrito, e sobretudo dispensa a habilidade técnica e a posse de aparato tecnológico de parte dos demais participantes para baixar (fazer o *download*) e descompactar arquivos não paginàveis a fim de poderem assistir à gravação; de facilitar o envio dos arquivos de vídeo a eventual acusado sem acesso ao Sistema e-Processo; e, em caso de ocorrer qualquer incidente em determinada passagem do ato, de facilitar seu saneamento com o refazimento de apenas um trecho. Assim, nas verbalizações iniciais já expostas, ao informar que o ato será gravado, ato contínuo, também deve a comissão informar que as gravações serão brevemente interrompidas a intervalos em torno de vinte minutos (que, em geral, geram arquivos de vídeo que atendem àquela limitação de tamanho). Consequentemente, desde o início do ato, deve a comissão manter-se atenta para sucessivas contagens regressivas de cerca de vinte minutos a fim de, mediante aviso prévio aos participantes, interromper brevemente a gravação. Esta duração de cerca de vinte minutos é uma referência, não devendo ser vista como um limite fatal e determinado, uma vez que, obviamente, cabe à comissão avaliar o melhor momento de fazer a breve interrupção, sem interferir no meio de uma resposta ou sem impedir a inclusão de perguntas não planejadas em razão de rumos imprevistos que as respostas do depoente possam tomar.

Outra possibilidade é a comissão gravar na íntegra todo o ato, sem efetuar interrupções manuais. Mas, uma vez que é gerado um arquivo de vídeo único de grande tamanho, antes de autuá-lo como arquivo não paginável, esta forma de gravar na íntegra desdobra-se em duas outras possibilidades de se suceder com a necessária compactação.

Assim, na segunda possibilidade, de mais segura execução sob aspecto tecnológico, após a gravação na íntegra, compacta-se o arquivo de vídeo, ao mesmo tempo em que já indica o tamanho em que o aplicativo *7-Zip* (que é um programa de compactação de arquivos em geral homologado pela Cotec) deve automaticamente particioná-lo (com 140 Mb, por exemplo, para atender àquele limite tecnológico para a autuação dos arquivos não paginàveis). Esta procedimentalização apresenta as vantagens de dispensar a comissão de atentar para o transcurso dos intervalos de cerca de vinte minutos e de assegurar que a compactação particionada gerará arquivos de vídeo já compactados e possíveis de serem autuados no Sistema e-Processo com exatamente 140 Mb (esta precisa delimitação de tamanho não se assegura quando apenas se atenta para um determinado limite temporal de interrupção manual da gravação, visto que cada equipamento - câmera por exemplo - pode apresentar diferentes configurações e recursos que importem em gerar arquivos mais ou menos extensos ainda que com duração similar. Sua principal desvantagem está na

necessidade de que os demais participantes detenham habilidade técnica e aparato tecnológico para baixar (fazer o *download*) e descompactar arquivos não paginàveis a fim de poderem assistir à gravação.

E, na terceira possibilidade, também após a gravação na íntegra, utiliza-se o aplicativo *HandBrake* (que é um programa de compactação de arquivos de vídeo sem perda de qualidade aparente, homologado pela Cotec, mas que necessita de solicitação para ser instalado), a fim de diminuir o tamanho do arquivo de vídeo ao ponto de atender ao limite de 150 Mb. Em poucas palavras, seleciona-se uma combinação de resolução (dentro de uma lista pré-definida) e de ajuste manual de qualidade (por meio de um controle deslizante, automaticamente ajustado em 22 e que, quanto maior o valor escolhido, menor será a qualidade e, consequentemente, o tamanho do novo arquivo de vídeo a ser gerado) para gerar um outro arquivo de vídeo único, com tamanho inferior a 150 Mb. Esta alternativa à compactação particionada do aplicativo *7-Zip* também apresenta a vantagem de dispensar a comissão de atentar para o transcurso dos intervalos de cerca de vinte minutos, mas não assegura que a combinação selecionada de parâmetros gerará um arquivo de vídeo cabível na limitação tecnológica do Sistema e-Processo para sua autuação e consome certo tempo e exige alguma experiência de parte do usuário com o programa para chegar a uma combinação de tamanho e de qualidade adequada.

Acrescente-se que, a critério da comissão, pode-se ativar o recurso da transcrição automática em português do aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams*, caso o colegiado considere que o emprego desta ferramenta pode facilitar seus trabalhos quando da confecção da indiciação e do relatório, sendo certo que esta transcrição, caso ativada, não deve ser juntada aos autos, conforme já se expôs que não cabe transcrição integral da prova oral gravada. Deve-se apenas atentar para o detalhe de alterar a transcrição automática em inglês para o português.

Inequivocamente, o já reproduzido *caput* do art. 106 da PN CGU nº 27, de 2022, estabeleceu como padrão preferencial a coleta de provas orais por meio de aplicativo de chamadas em vídeo, a exemplo do *Microsoft Teams*, com gravação do ato em arquivo de vídeo. Esta passou a ser a predisposição inicial recomendada pela CGU, como uma espécie de *défault* para este meio de prova, em louvável esforço no intuito de simplificar com segurança jurídica a aplicação da processualística disciplinar. Mas, obviamente, o órgão central do SisCor não impôs a todas as unidades setoriais de correição e a todas as comissões e em todos os processos disciplinares em curso, dos mais díspares órgãos e marcadas por heterogêneas realidades em termos de infraestrutura, que somente passa a ser viável usar o registro gravado do ato.

A CGU, à vista da plausibilidade de a maioria das unidades setoriais de correição já dispor de aparato tecnológico para tal, ofertou e até mesmo recomendou uma faculdade, enriquecendo a processualística disciplinar com uma possibilidade instrumental que, mais que aceita, passou a ser adotada como o padrão de autuação das provas orais. O *caput* do art. 106 da PN CGU nº 27, de 2022, estabeleceu uma construção propositiva, recomendando a preferência pela hipótese de se registrar o ato de coleta de prova oral em formato audiovisual, caso assim possa proceder a comissão, dependendo de condições logísticas no órgão, se autodispensando da tarefa de reduzir a termo, desde que autue o arquivo de vídeo, preservando a cadeia de custódia, e que propicie amplo acesso à defesa.

Mas é de destacar que, em lugar de uma redação inequivocamente impositiva e determinística, a PN CGU nº 27, de 2022, manteve a previsão normatizada de a prova oral ser materializada nos autos por meio da elaboração de termo de interrogatório do acusado, mediante redução a termo de tudo o que se diz e de tudo que ocorre no curso do ato. Caso não seja possível a gravação do ato em arquivo de vídeo e/ou não seja possível o seu armazenamento com a devida preservação da cadeia de custódia, o art. 111 da norma permite

a tradicional redução a termo, a ser rubricado e assinado por todos os participantes. É importante se deixar registrado que, a despeito de todo o incentivo normativo, gerencial e estratégico para que a coleta de prova oral se dê da forma atualmente mais célere e simplificada, caso, por qualquer questão logística ou jurídica, uma determinada comissão em determinado processo disciplinar ou até mesmo organicamente uma unidade setorial de correição tenha de optar pela coleta em moldes tradicionais com elaboração de termo de interrogatório do acusado, jamais se estará cometendo qualquer espécie de ilegalidade, posto que a Lei nº 8.112, de 1990, ainda preserva o registro das provas orais por meio da redução a termo, no *caput* do art. 158 e no *caput* do art. 159, tanto para provas testemunhais quanto para interrogatórios de acusados.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 111. Não sendo possível o registro audiovisual e o seu armazenamento, o depoimento será reduzido a termo com elaboração do termo de depoimento.*
> *Parágrafo único. O termo de depoimento deve ser redigido de forma clara, concisa e objetiva, sem rasuras ou emendas, sendo ao final assinado pelos depoentes, pelo procuradores e pelos membros da comissão e rubricado em todas as suas folhas.*

4.4.15.5 - Arguições Preliminares do Interrogatório do Acusado

De imediato, conforme a seguir se descreve, cabe alertar que as preliminares do interrogatório do acusado, a partir deste ponto, jamais podem ser confundidas com as preliminares da oitiva de testemunha, sendo completamente específicas as verbalizações introdutórias a cargo da comissão.

4.4.15.5.1 - Cláusula da Não Autoincriminação

Iniciada a sessão, deflagrada a gravação e já com todos os participantes identificados, de imediato, deve a comissão informar que, com base no *caput* do art. 106 e no *caput* do art. 110, ambos da Portaria Normativa (PN) CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022, o interrogatório será realizado "*por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real*" e gravada em arquivo de vídeo, a ser armazenado (ou seja, custodiado) pela unidade de correição nos autos do processo em curso, e que, ao final do ato, antes de os participantes serem dispensados, será realizada rápida verificação da qualidade dos registros de áudio e de vídeo.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 106. A tomada de depoimentos será realizada, preferencialmente, por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa.*
> *Art. 110. O registro audiovisual gerado em audiência deverá ser juntado aos autos, sem necessidade de transcrição em ata, sendo disponibilizado à defesa o acesso ao seu conteúdo ou à respectiva cópia.*

O interrogatório, diferente do que se expôs para a oitiva de testemunha em **4.4.4.4.1**, envolve um servidor que obrigatoriamente já recebeu a notificação inicial da condição de acusado, de cujo texto já constaram todas as informações relevantes no que se refere ao tratamento de dados pessoais seus e de outrem no curso do processo, conforme já se aduziu em **4.3.4.1**, dispensando, portanto, verbalização da comissão neste sentido no início do ato.

A seguir, deve a comissão informar ao acusado o direito fundamental individual estampado no inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal (CF) de permanecer calado, sem responder perguntas, e de que tal postura não significará confissão e não lhe importará nenhuma outra espécie de prejuízo em termos de formação de convicção, conforme

complementa a redação, enfim atualizada, do parágrafo único do art. 186 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP). Este aviso é fundamental e deve ser verbalizado, a fim de ficar registrado no arquivo de vídeo a ser autuado, pois a sua ausência pode suscitar de a defesa posteriormente alegar nulidade do ato. De forma óbvia, a simples ausência deste alerta prévio não eiva de nulidade automática o interrogatório, já que, à luz do princípio do prejuízo, tal inquinação somente se configura com efetivo prejuízo à defesa e não mediante apenas defeito formal, conforme entende a jurisprudência. Mas cabe a comissão sequer propiciar riscos para a higidez do ato cuidando de assim agir preventivamente.

> *CF - Art. 5º*
> *LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;*
>
> *CPP - Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003)*
> *Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 8.496: "Ementa: 8. Quanto à infringência, pelas Comissões Processantes, do direito constitucional do acusado de permanecer calado, tendo em vista que aquela o advertiu que o silêncio poderia constituir elemento de convicção da autoridade julgadora, infere-se que tal agir não induziu o acusado a se auto-acusar ou a confessar, pelo que há de prevalecer o princípio 'pas de nullité sans grief', segundo o qual não se declara a nulidade sem a efetiva demonstração do prejuízo."*

Consequentemente, diante desta insuperável cláusula constitucional de assegurar o direito ao silêncio em favor do acusado, a fim de não se autoincriminar, não lhe é exigido nenhuma espécie de compromisso com a verdade. A leitura da garantia constitucional é extensa e ampla: não se trata de apenas assegurar o direito de se silenciar, não respondendo as perguntas cujas respostas entenda que lhe prejudiquem; ao acusado também é assegurada a ausência de repercussão pelo fato em si de responder falseando a verdade. Aqui apenas por esforço de retórica, reforça-se que todas as ações verbais tipificadas no crime de falso testemunho ("fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade"), previsto no art. 342 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), dirigidas à testemunha e ao perito *lato sensu*, estão à margem de incidir sobre a conduta do acusado no interrogatório, conforme ratifica a jurisprudência. De forma diametralmente oposta à testemunha, o acusado não tem comprometimento com a verdade quando é interrogado e a escolha deste caminho estratégico de não colaborar com a busca da verdade processual não apenas é lícita a seu favor como não pode repercutir em seu desfavor.

> *STF, Habeas Corpus nº 68.929: "Ementa: (...) Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. ´Nemo tenetur se detegere´. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal".*
> *Idem: STF, ´Habeas Corpus´ nº 68.742 e 71.421*

Já desde a instância processual penal, com salutar reflexo na processualística

disciplinar, o acusado não é obrigado a responder a uma ou a algumas ou até mesmo a todas as perguntas que lhe forem dirigidas pela comissão quando entender que suas respostas atuarão em seu próprio desfavor ou até mesmo quando simplesmente já comparecer ao ato com estratégia previamente adotada de se manter silente. Ou seja, o direito de não responder perguntas que possam lhe incriminar, além de não poder ser considerado pela comissão como tácita confissão ou assunção de culpa de parte do acusado acerca do que lhe for imputado, não pode ser interpretado, por si só, de nenhuma forma em prejuízo da defesa (sem prejuízo, claro, de a estratégia omissiva instigar o colegiado a, se ainda possível, aprofundar alguma linha apuratória no sentido da pergunta respondida com silêncio).

Como seria contraditório que o ordenamento previsse repercussões negativas para quem exercita uma garantia constitucional, depois de quinze anos de inércia, enfim o legislador ordinário foi capaz de harmonizar a redação do art. 186 do CPP, acima reproduzido, com o inciso LVIII do art. 5º da CF, uma vez que sua redação original indicava que o silêncio do acusado poderia constituir elemento para a formação de convicção da autoridade julgadora. No entanto, em clara incoerência este mesmo legislador ordinário manteve anacrônico o art. 198 do CPP, que, em total desarmonia não só com o preceito constitucional como também com o comando do próprio CPP, ambos acima mencionados, ainda prevê consequência jurídica negativa para o acusado que se silencia. Portanto, não cabe conceder aplicabilidade ao desatualizado comando do art. 198 do CP.

Aproveita-se para deixar registrado que o direito à não autoincriminação vai além da opção pelo silêncio em prova oral, se manifestando pela negativa de parte do acusado em colaborar com qualquer ato instrucional que ele entenda lhe ser prejudicial, como é o caso da lícita recusa da defesa em fornecer material de sua posse para realização de perícia, a exemplo da coleta de material para perícia grafotécnica.

À vista do exposto, é de se expor como deve agir a comissão caso o acusado manifeste opção pelo silêncio diante das perguntas no seu interrogatório. Antes, informe-se que, até a vigência da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, que define os crimes de abuso de autoridade, a praxe era de a comissão insistir em todas as perguntas previamente elaboradas, por dois motivos. O primeiro motivo de consignar era para deixar consignado nos autos que todas as questões eram pertinentes com a busca da verdade processual e que o acusado havia optado pela omissão em contribuir com o esclarecimento fático. O segundo motivo de consignar era porque nunca se podia afastar a possibilidade de o servidor resolver responder a alguma pergunta

Mas, deploravelmente, o legislador ordinário, em um contexto histórico de forte reação da classe politica a iniciativas de combate à corrupção tipificou como crime, no inciso I do parágrafo único do art. 15 daquela Lei a conduta do agente persecutor em prosseguir interrogatório diante de acusado optante pelo silêncio.

> *Lei nº 13.869, de 2019 - Art. 15.*
> *Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório:*
> *I - de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio; ou*

Não obstante a infelicidade desta previsão legal, que obstruiu a consignação daqueles dois antigos objetivos, não há outra opção ao aplicador do Direito que não seja, obviamente a submissão à lei, sob pena de incorrer em crime. Assim, se já desde as perguntas introdutórias e nada invasivas, no início do interrogatório, o acusado manifestar, de forma inequívoca, que nada responderá ou se vier a adotar tal postura omissiva no curso do interrogatório, deve a comissão questioná-lo se pretende adotar esta conduta para todo o ato ou se decorre apenas de uma estratégia pontual. Caso o servidor manifeste cabalmente que não quer mesmo nada responder, seja desde o início, seja partir de determinado ponto do interrogatório, deve de imediato a comissão perguntar-lhe se de fato esta é sua iniciativa irretratável até o fim do ato

ou se será uma postura da defesa de seletividade pergunta a pergunta. Se a resposta for no sentido de que o acusado não responderá mesmo nada mais que se lhe apresente a partir daquele momento, deve então deixar o incidente claramente verbalizado na gravação e respeitar a opção da defesa, não prosseguindo com as perguntas. Se o próprio acusado deixar claro ou permitir inferir que adiante poderá voltara responder, convém que a comissão expresse esta condição e faça, então, pergunta por pergunta.

É de se respeitar, inclusive, eventual estratégia de pouca lealdade processual adotada pela defesa, de demonstrar ou de expressar, de um lado, desinteresse em responder apenas as perguntas elaboradas pela comissão e, de outro lado, deixar claro o objetivo de responder apenas as perguntas a serem elaboradas por seu próprio procurador, conforme se exporá em **4.4.15.6**. Esta convicção advém da constatação de que a base principiológica reitora da processualística disciplinar vai além do devido processo meramente legal e consagra sim o devido processo constitucional dentro do qual a amplitude de defesa deve ser tamanha a ponto de superar eventuais legalidades formais.

4.4.15.5.2 - Ausência do Procurador do Acusado no Interrogatório

À vista da cláusula constitucional da não autoincriminação, o interrogatório é de ser compreendido, em síntese, precipuamente, como um ato de interesse da defesa. Constituindo-se o interrogatório um ato personalíssimo do acusado, não gera nulidade, vez que não afronta a garantias de ampla defesa e do contraditório, o fato de a comissão tê-lo tomado sem a presença do procurador. Tanto é assim que, coerentemente, sequer se padroniza enviar a intimação do interrogatório para o procurador mas sim pessoalmente para o próprio acusado, conforme se aduziu em **4.4.15.2.1**.

Desde que regularmente intimado o acusado a prestar o interrogatório, a ausência do seu procurador não pode valer como impeditivo para a realização do ato e muito menos requer designação de defensor *ad hoc* ou dativo. Por ser ato personalíssimo do acusado, o eventual fato de a comissão tê-lo tomado sem a presença do procurador não gera nulidade, pois não afronta as garantias de ampla defesa e do contraditório, ao amparo da Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal (STF). A questão de não se ter acompanhamento técnico no ato do interrogatório insere-se como um caso específico da discussão sobre designação ou não de defensor *ad hoc* ou dativo para acompanhar ato instrucional, já abordada em **4.3.6.3**.

> *STF, Súmula Vinculante nº 5: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição."*

Aqui, neste momento processual específico, além de se preservarem absolutamente válidos e aplicáveis os entendimentos esposados em **4.3.6.3** (de que o contraditório é uma prerrogativa que se faculta ao interessado, conforme o *caput* do art. 156 e o § 2º do art. 159, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; de que pode ser exercitado pessoalmente ou por meio de procurador; e de que a omissão da parte devidamente notificada não impede a realização do ato), ainda mais clara é a leitura, porque expressa no segundo dispositivo legal citado, de que o procurador poderá acompanhar o interrogatório, sem caráter impositivo ou condicional.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.*
> *Art. 159.*
> *§ 2º O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente*

da comissão.

Desde que regularmente intimado o acusado a prestar o interrogatório, a ausência do seu procurador não pode valer como impeditivo para a realização do ato. A tese em contrário, além de forçar o entendimento enviesado de que o contraditório seria impositivo, necessitaria de que o legislador tivesse registrado no § 2º do art. 159 da Lei nº 8.112, de 1990, que "o procurador deverá assistir ao interrogatório", ao invés de "poderá".

Daí, sendo o assessoramento uma faculdade garantida ao acusado, deve por ele ser providenciado, se assim quiser. De um lado, não cabe à comissão exigir a presença de procurador para o interrogatório, tampouco se cogita de designar defensor *ad hoc* ou solicitar designação de defensor dativo para acompanhar o acusado e nem deixar de realizar o ato sem o patrono. De outro lado, menos ainda pertine a comissão e o devido andamento processual se manterem reféns de inércia, desajuste, desapreço profissional ou até mesmo estratégia protelatória de parte do procurador, ainda que advogado. E, neste rumo, já se manifestaram a Advocacia-Geral da União, por meio do seu Parecer AGU nº GQ-99, e a jurisprudência.

> *Parecer AGU nº GQ-99, não vinculante: "15. O regramento do inquérito administrativo é silente quanto ao comprometimento do princípio da ampla defesa, advindo, daí, vício processual insanável, na hipótese em que o acusado seja 'interrogado (fls. 125/126) sem se fazer acompanhar de advogado por ele constituído ou dativo designado pela Presidente da Comissão Processante'. 'De lege lata', esse é cuidado de que deve cercar-se o servidor, a seu talante, sem que constitua qualquer dever da c.i., por isso que não dimanante de lei, como se faria necessário, dado o princípio da legalidade que deve presidir a atuação do colegiado, 'ex vi' do art. 37 da Carta."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 15.837: "Ementa: 6. Não gera a nulidade do ato o fato de o impetrante, intimado com antecedência, não se fazer acompanhar por advogado no momento do seu interrogatório, conforme assentado pela Súmula Vinculante n. 5 do Supremo Tribunal Federal, até porque desde o início apresentou-se como defensor de si, pois é advogado devidamente habilitado, tendo, inclusive, subscrito sua defesa escrita (fls. 274-328e) e o presente writ.*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/11.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/11: "12. Caso o acusado opte por ser interrogado e compareça perante a CI, a ausência do procurador não impede que o ato seja realizado nem acarreta nulidade no PAD. Sendo um ato personalíssimo do agente público, o § 2º do art. 159 da Lei nº 8.112, de 1990, apenas possibilita que o procurador assista ao interrogatório, sem exigir a sua presença, tampouco permite que a CI ou a autoridade instauradora designem defensor dativo ou ad hoc. Não há falar em afronta às garantias de ampla defesa e do contraditório. A assistência por procurador também é uma escolha exclusiva do acusado, portanto ele próprio deve providenciá-la, caso deseje."*

Nem mesmo a consideração da atual redação do *caput* do art. 185 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), dada pela Lei nº 10.792, de 1º e dezembro de 2003, ampara a tese da obrigatoriedade da presença do procurador do acusado no interrogatório coletado no processo disciplinar. É sabido que, com as devidas cautelas, pode-se, em caso de omissão na Lei nº 8.112, de 1990, e também na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, integrar lacuna do rito disciplinar, trazendo institutos do CPP. Mas igualmente é cediço que tal forma de integração somente é aceita quando a norma mais específica não abordou a matéria. E, conforme esclarecido linhas acima, a Lei nº 8.112, de 1990, no § 2º do art. 159, tratou do assunto, ao prever a possibilidade de acompanhamento do procurador. A Lei específica não se quedou omissa. Desta forma, não se tem autorização na Hermenêutica para fazer prevalecer a leitura do *caput* do art. 185 do CPP, ainda que mais

recente, em detrimento do dispositivo mais específico.

> *CPP - Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)*

Tampouco cabe eleger interpretação que se extrairia do comando do inciso XXI do art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - EOAB), em razão do qual se condicionaria a validade do interrogatório à presença do advogado, visto aquele dispositivo legal conferir direitos do profissional e não estabelecer deveres ou obrigações vinculantes para a Administração.

> *Lei nº 8.906, de 1994 - Art. 7º São direitos do advogado:*
> *XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016)*
> *a) apresentar razões e quesitos; (Incluída pela Lei nº 13.245, de 2016)*

4.4.15.6 - O Interrogatório em Si e a Possibilidade de Confissão

Encerradas todas as preliminares, a comissão, enfim, passa às perguntas, que já devem estar previamente preparadas, em contribuição e colaboração conjunta dos três integrantes (sem prejuízo, obviamente, de serem incluídas outras ou de algumas serem excluídas ou modificadas com o curso do depoimento).

Em todos os casos em que se repetirá prova oral do acusado (que já tenha sido interrogado no mesmo processo disciplinar ou deposto em outro, ou excepcionalmente em procedimento investigativo que o antecedeu, ou em via judicial), recomenda-se que as perguntas sejam refeitas, por expresso, não sendo recomendável condensar todo o ato em uma única pergunta para que o depoente ratifique seu depoimento anterior, sob pena de se perder a rica natureza dinâmica e contraditória da prova oral.

Este planejamento prévio é fundamental para a boa realização da prova oral. Deve a comissão cuidar de rascunhar perguntas simples, curtas, de fácil compreensão, sem construções dúbias e sem inserir dois ou mais questionamentos em um único quesito. Também convém evitar perguntas negativas, que já facilitam a resposta em negação do acusado, e perguntas que já incluem qualquer tipo de indução a favor de determinada resposta, bem como também não é boa técnica inserir perguntas que visem a respostas meramente opinativas.

A comissão deve organizar suas perguntas partindo de questionamentos mais genéricos e abertos e que permitem explanações mais longas e opinativas do acusado ao provocá-lo a descrever ou a explicar fatos, inclusive trazendo informações desconhecidas pelo colegiado, para questionamentos mais específicos e diretos (a exemplo de “o que”, “quem”, “quando”, “onde”, “como”, “por que”), sejam de prévio interesse por parte da comissão, sejam sobre as novas informações trazidas nas respostas mais longas e espontâneas.

Esta linha crescente de aprofundamento e de especificação das perguntas, iniciadas com questões mais genéricas, também indica a impertinência de, já de imediato, expor o acusado a confrontações ou a embates sobre temas sensíveis ou críticos, sem prejuízo, obviamente, de, no decorrer das perguntas e das respostas, no momento estrategicamente desde antes planejado ou que se revela na dinâmica do ato adequado para fazê-lo, apresentar provas autuadas que contradizem o que o servidor tenta fazer crer. É fundamental que, no momento em que estrategicamente se demonstrar necessário, a comissão exponha ao acusado

o controle da condução da prova oral e sobretudo a percepção dos indícios de sua insinceridade, confrontando-o com elementos autuados divergentes de suas respostas. Diante de evidência de que o servidor foge à verdade em alguma resposta, não convém que a comissão o acuse, de imediato, de estar fazendo falsa afirmação, sendo de melhor estratégia expor a contradição entre sua fala e elementos constantes dos autos. Ademais, na hipótese de haver diversas provas que contrariam a tese apresentada pelo acusado, convém que o colegiado as exponha uma a uma, em separado, de forma crescente e consecutiva ao longo do interrogatório, não sendo de boa técnica já expor de uma só vez todo o conjunto de informações de prévio conhecimento do trio.

Convém que, previamente, de forma preventiva, antes do início das perguntas, a comissão informe ao procurador a vedação de interferir nas perguntas e nas respostas e de tentar responder em lugar de do servidor, deixando claro que ao final lhe será passada a palavra, a fim de que formule seus quesitos e reinquira seu próprio cliente.

Iniciando, enfim, o interrogatório propriamente dito, é de se afirmar que se o procurador manifestar interesse em formular perguntas a seu cliente e ainda que insista em fazê-las antes da comissão, sob alegação de a prova ser da defesa, interpreta-se que mesmo o interrogatório do acusado é do processo, de forma que primeiramente a comissão faz as suas perguntas e somente depois passa a palavra à defesa. Por um lado, se o colegiado quiser agir desta forma, não estará cometendo nenhuma impropriedade. Não obstante, menos ainda o trio incorrerá em qualquer nulidade se, por outro lado, ponderar que não vale a pena estabelecer esta discussão já no início do ato e abrir mão para que o procurador inicie o interrogatório com suas perguntas.

Conforme já aduzido em **4.4.15.3** e nos termos da leitura conjunta do *caput* do art. 158 com o *caput* do art. 159, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o interrogatório é uma prova oral, sendo vedado ao acusado trazer por escrito suas respostas (até porque nem sabe antecipadamente o que lhe será perguntado). Reitere-se que, além da oralidade, o interrogatório marca-se também pela característica da instantaneidade.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 158. O depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo, não sendo lícito à testemunha trazê-lo por escrito.*
> *§ 1º As testemunhas serão inquiridas separadamente.*
> *Art. 159. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158.*

Não obstante, também se pode permitir ao acusado breves consultas a apontamentos ou documentos. Pode ocorrer de, para que o acusado tenha condição de responder a determinada pergunta, ser necessário ter vista de algum documento do próprio processo (apesar de sempre ter tido acesso integral aos autos). Para tal instrumentalização, pode-se utilizar o recurso de compartilhamento de tela do de aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec).

Nos termos dos arts. 226 a 228 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e da doutrina, pode-se fazer necessário que a comissão solicite ao acusado que manifeste se reconhece ou não objetos, documentos ou pessoas relacionados com o fato a se apurar. Sobretudo no caso de pessoas, se operacionalmente for possível, recomenda-se que este reconhecimento seja feito em um outro ato específico, antes do interrogatório (que é um ato reservado e com o qual se encerra a instrução probatória) e não no seu curso, sendo materializado nos autos por meio de termo próprio - termo de reconhecimento.

> *CPP - Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:*

> *I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;*
> *II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;*
> *III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;*
> *IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.*
> *Parágrafo único. O disposto no inciso III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.*
> *Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.*
> *Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.*

> *"Não se refere (...) a lei ao reconhecimento de pessoa ou coisa. O reconhecimento visa a apontar o autor ou o objeto utilizado na infração em inquérito. É prudente que ocorra o reconhecimento quando existe dúvida sobre a identidade do acusado, ou de locais ou de objetos diretamente envolvidos com a irregularidade em apuração.*
> *A Comissão tem o direito e, mais ainda, o dever de promover a requisição de coisas que sejam indispensáveis ao esclarecimento da questão. Ou mesmo de requisitar a presença de pessoa - servidor para que haja o seu devido reconhecimento com o mesmo objetivo." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 135, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

As perguntas previamente elaboradas pela comissão (aqueles questionamentos mais genéricos seguidos de questionamentos mais específicos) devem ser apresentadas com precisão e habilidade. Relembre-se o já aduzido em **4.4.1.2**, no sentido de que resta superada e antiga postura presidencialista a favor da espontânea participação dos dois vogais, podendo estes membros apresentar quesitos complementares a qualquer momento e diretamente ao acusado, conforme também entende a doutrina. A comissão empregará, ao longo de toda o interrogatório, tom neutro, não lhe sendo lícito usar de meios que revelem coação, intimidação ou invectiva. Em certos casos, em razão da dinâmica e dos rumos imprevisíveis que possa tomar o ato de prova oral, pode o presidente ou qualquer vogal inserir perguntas que ratifiquem ou retifiquem informações já constantes dos autos ou já prestadas pelo acusado, a fim de avaliar sua coerência e credibilidade, sobretudo em situações em que se detecta o emprego de respostas evasivas ou vagas e contradições ou inverdades.

> *"Posteriormente é aberta a palavra aos dois outros membros, mas nada impede que a interação da Comissão permita que um dos membros faça uma pergunta que lhe veio à mente antes de o Presidente lhe passar a palavra; todavia, isto tem de ser feito com muito cuidado e com a aquiescência do Presidente, para não tumultuar o depoimento.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 106, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Em **4.4.4.6**, foram abordados diversos aspectos verbais e não verbais extraíveis da prova oral. Embora aquela apresentação tenha se referido à oitiva de testemunha, com as devidas adequações de, ali, onde se lê "depoente", passe-se a ler "acusado", remete-se à integral leitura daquele tópico, por serem também pertinentes ao interrogatório todas aquelas recomendações.

Incumbe ainda à comissão zelar pela manutenção da ordem, de forma que, além do

alerta prévio verbalizado no início do ato, concretamente o colegiado deve agir no seu transcurso a fim de não permitir que o procurador interfira nas perguntas e respostas ou tente responder por seu cliente, caso assim tente, conforme determina o § 2º do art. 159 da Lei nº 8.112, de 1990, e como indica a doutrina. Aqui, de um lado, a ação de interferir deve ser compreendida como interceder, interromper, obstruir, evitar ou tentar substituir a espontaneidade do acusado; mas, de outro lado, não se confunde com válidas contribuições pontuais, de pequenos acréscimos ou ajustes nas respostas manifestadas pelo interrogado, como novamente indica a doutrina. Ademais, a vedação à interferência, por parte do procurador, no ato da formulação das perguntas pela comissão ou das respostas pelo acusado em nada prejudica o exercício de direito de reinterrogar ao final do ato, conforme adiante se abordará, visto aqui estar se falando de dois momentos distintos. Caso o procurador queira interferir indevidamente no ato, deve a comissão verbalizar no sentido de impedir; na reiteração, pode o colegiado advertir com a possibilidade de determinar que o procurador se retire do ambiente virtual. Obviamente, esta prerrogativa deve ser evitada, tentando-se ao máximo contornar a situação e conduzir de forma serena o ato, sem precisar chegar a tal providência extremada.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 159.*
> *§ 2º O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão.*
>
> *"Ato personalíssimo por excelência que é, inadmite o interrogatório a interferência de qualquer pessoa, inclusive do advogado constituído pelo interrogando." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 227, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*
>
> *"Vale lembrar que o patrono da defesa não pode intervir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas, conforme vedação do art. 187 do CPP. Mas cabe-lhe zelar pela fidelidade dos registros, evitando anotações indevidas, incorretas, incompletas ou que não reflitam, na essência, o que o interrogado efetivamente declarou." Léo da Silva Alves, "A Prova no Processo Disciplinar", pg. 82, Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003*

Cabe relembrar que a comissão deve zelar para que seus membros e os demais participantes do interrogatório do acusado, enquanto não estejam com a palavra, mantenham fechados seus microfones no aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams*, como forma de prevenir e inibir não apenas as indevidas inferências como também os travamentos do recurso tecnológico. Caso se perceba, no curso do ato, algum travamento no funcionamento do *Microsoft Teams* (o que pode ocorrer em razão de baixa qualidade do sinal de *internet*), deve a comissão, de imediato, cuidar de verificar a extensão da gravação que ficou prejudicada e refazer as perguntas.

Por fim, encerradas as perguntas da comissão, dá-se a palavra ao procurador do acusado, para que formule suas perguntas a seu cliente. Embora o já reproduzido § 2º do art. 159 da Lei nº 8.112, de 1990, não confira ao procurador o direito de formular questões a seu próprio constituinte após as perguntas da comissão (se a literalidade normativa tivesse estendido ao procurador o direito de reinquirir não só as testemunhas mas também seu cliente, teria facultado-lhe "*reinquiri-los*" e não "*reinquiri-las*"), se admite - e até se recomenda - que o colegiado espontaneamente oferte tal prerrogativa à defesa, independentemente de pedido, uma vez que se harmoniza com o art. 188 do CPP. Assevera-se que esta postura da comissão, de permitir perguntas formuladas pelo procurador, ainda que não expressamente positivada, sendo favorável à defesa, não inquina de qualquer vício o ato de interrogatório. No modelo tradicional de coleta de interrogatório, presencial e com redução a termo, exigia-se que o procurador dirigisse suas perguntas primeiramente ao presidente e que este as repassasse ao

acusado. No atual estágio de coleta desta prova, não mais faz sentido tal cautela, sendo aceitável e interlocução direta do procurador com o acusado. Não obstante tal liberalidade, com base no § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, o presidente tem a prerrogativa de denegar perguntas sobre questões irrelevantes (que não interessam para o esclarecimento dos fatos por não se reportarem ao objeto de apuração no processo), protelatórias (inúteis por visarem unicamente a impedir ou prejudicar o andamento do ato) e impertinentes (por se reportam a fatos que já constam como demonstrados no processo), mas, como já aduzido em **4.4.1.5**, deve usar este poder com muita cautela.

> *CPP - Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará as partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003)*

Além de haver posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos, o tema também foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/11.

> *Orientação Coger nº 13*
> *Em instância disciplinar, embora não haja previsão legal, pode a comissão, à vista das peculiaridades do caso concreto, permitir perguntas do procurador a seu próprio constituinte; mas não lhe cabe, em processos com mais de um acusado, notificar, de ofício, as demais defesas para que compareçam e participem do interrogatório do coacusado.*
>
> *Nota Técnica Coger nº 2021/11: "15. Estando presente, o procurador é proibido, pela Lei, de interferir no interrogatório do acusado, cabendo intervir somente se for necessário para garantir a regularidade formal do ato. Porém, ao final, pode inquirir o servidor, por meio da CI."*

E caso a comissão, nos termos já expostos em **4.4.15.2.2**, adote esta postura amparada pela base principiológica em detrimento da interpretação literal do § 2º do art. 159 da Lei nº 8.112, de 1990, obviamente, por coerência, passará a palavra não só ao procurador do próprio acusado, a fim de dirigir perguntas, por intermédio do presidente, mas também a outro acusado e a outro procurador porventura presente, conforme também entende a jurisprudência, assegurando-se a manutenção dos direitos do interrogado de manter-se em silêncio diante de pergunta que entenda que a resposta o autoincriminará.

> *STJ, Habeas Corpus nº 198.668: "Ementa: 3. Para o ato do interrogatório nas ações penais com pluralidade de réus, o Código de Processo Penal prevê apenas que estes devem ser interrogados separadamente, o que não significa, por si só, que a inquirição complementar seja feita apenas pelo próprio defensor e pelo órgão acusatório, sob pena de ofensa ao contraditório e à paridade de armas que deve ser resguardada no processo penal. 4. Não há no Código de Processo Penal nenhum comando proibitivo à participação do defensor do corréu no ato do interrogatório, estabelecendo o seu artigo 188, com a redação dada pela Lei n. 10.792/03, que 'Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará as partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante', razão pela qual não é dado ao intérprete restringir esse direito, que tem assento em princípios constitucionais."*

Ao final das perguntas da comissão e do procurador, deve a comissão passar a palavra para o acusado, para que este acrescente o que quiser acerca do fato apurado. Destaca-se que nada obsta que a comissão retome as perguntas se achar necessário, mesmo após já ter passado a palavra para manifestações finais do acusado - desde que, por óbvio, conceda novamente a palavra ao servidor. Aliás, não se despreza esse momento, pois, em um clima já menos tenso e com maior propensão ao relaxamento e à espontaneidade, pode o servidor acrescentar novos fatos ou novas versões.

Ressalte-se que a confissão - seja referente à integralidade seja referente à parte das imputações - não significa, necessariamente, o imediato encerramento da busca da verdade processual. É necessário confrontá-la com as demais provas do processo, sobretudo quando ocorre logo no início do ato, conforme já se expôs em **4.4.1.1.1.a** e se reiterará em **4.4.17.1** e como determina o art. 197 do CPP, na mesma linha adotada pela doutrina. É possível ocorrer uma falsa confissão, por parte do interrogado, acerca de um ilícito de menor gravidade com o fim de tentar acobertar o cometimento, pelo próprio ou por outro implicado, de um ilícito de maior gravidade. Daí, não convém o registro lacônico da confissão; nesta situação, recomenda-se que a comissão aproveite a disposição do acusado e inquira-lhe detalhadamente, a fim de extrair melhores elementos para poder avaliar a verdade ou a contradição desta confissão, conforme o art. 190 do CPP. A rigor, isto vale não só para o caso de a confissão ocorrer no interrogatório, mas em qualquer momento do processo. Aliás, ocorrendo fora do interrogatório (por exemplo, com o próprio servidor ou seu procurador entregando à comissão um documento por escrito), a confissão deve ser confirmada em prova oral autuada na forma de arquivo de vídeo, nos termos do art. 199 do CPP. Sendo a confissão retratável, as mesmas cautelas também se aplicam à retratação porventura apresentada pelo acusado, devendo ser ponderada à vista das demais provas, inclusive da própria confissão.

> *CPP - Art. 190. Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)*
> *Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.*
> *Art. 199. A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195.*
>
> *"Na processualística moderna, a confissão tem validade apenas relativa, onde se constata, no dia-a-dia dos foros, que ela se robustece ou se definha, à medida que seu conteúdo discrepa ou não, respectivamente, das demais provas dos autos." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 104, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*
>
> *"A relatividade da confissão, hoje, é a regra. Não se admite o ato confessional como prova única e concreta, definitiva e inquestionável. (...)*
> *Pode acontecer de o advogado apresentar à comissão um documento escrito pelo acusado, no qual este assume a plena responsabilidade pelos fatos, ou o próprio acusado fazer com que o documento chegue à autoridade. (...). A comissão deverá, nesse caso, notificar o acusado para que compareça e confirme os termos escritos." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pg. 201, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

Reitera-se, conforme já afirmado em **4.4.15.5.1**, o estranhamento com a manutenção do art. 198 do CP, que ainda aos dias atuais estabelece que o silêncio do acusado não importa em confissão, mas que poderia ser usado em seu desfavor. Diante da garantia fundamental individual estampada no inciso LVIII do art. 5º da Constituição Federal (CF), que assegura o direito de o acusado não se autoincriminar e de poder lançar mão do silêncio sem que esta estratégia de defesa lhe seja desfavorável, soa anacrônico que o legislador não tenha harmonizado a literalidade do art. 198 do CPP, sobretudo quando se lembra este cuidado foi tomado para um dispositivo próximo, a saber, no parágrafo único do art. 186 do mesmo CPP, que, em linha com a Carta Magna, foi alterado (embora com lapso de quinze anos) para consagrar na lei processual penal o direito ao silêncio. Não cabe, portanto, aplicar o atávico comando do art. 198 do CPP, que somente sobrevive por fruto da omissão e da incúria do legislador ordinário.

> *CPP - Art. 186.*

> *Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)*

A confissão é uma prova divisível, ou seja, quando contraposta aos demais elementos de prova constantes dos autos, pode ser considerada apenas em parte pela comissão, nos termos do art. 200 do CPP e a doutrina. A confissão do cometimento de um fato sob determinadas condições pode ter acatada apenas a autoria do fato e não ter acatadas as condições de sua feitura, por exemplo. O ônus da comprovação da parte não acatada recai sobre o servidor.

> *CPP - Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.*
>
> *"(...) Aproveitar a confissão na íntegra ou só uma parte é, portanto, juridicamente possível, motivando-se as razões que levam a desconsiderar, quando for o caso, um de seus elementos. 'Deve-se ter em conta que a confissão é a admissão de um fato contrário ao interesse do depoente. Logo, quando o mesmo declara um fato contrário ao seu interesse, seguido de outro que lhe é favorável, ficará no dever de provar o novo fato aduzido'." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pgs. 201 e 202, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

Em que pese a confissão ser retratável (o acusado pode voltar atrás na confissão), a retratação tem valor relativo, cabendo à comissão, na livre apreciação das provas, cotejar a confissão e a retratação com o conjunto probatório e valorar aquela que melhor se coadunar com o restante.

> *"A confissão, portanto, é retratável, mas o valor da retratação é relativo. A comissão poderá, no relatório, avaliar essa retratação e concluir que as declarações originais são, na verdade, as que guardam maior relação com os demais elementos probatórios do processo." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pgs. 202 e 203, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

Se, no curso do interrogatório, o acusado apresenta alguma petição para a qual não se tem imediata resposta, por requerer análise, pode a comissão suspender momentaneamente o depoimento, para que possa deliberar. Ainda, pode optar verbalizar que a petição será analisada oportunamente e, no prazo de até cinco dias (conforme art. 24 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999), será apresentada resposta ao acusado.

Em provas orais que se estendem por horas, é natural que se permitam breves interrupções, para necessidades fisiológicas, que devem ser verbalizadas pela comissão, com fim de evitar posteriores alegações da defesa de que o interrogatório foi coletado sob imposição, como forma de coação, de condições que prejudicavam a concentração e a espontaneidade dos presentes. Diferentemente desta primeira hipótese, há ainda a indesejada possibilidade de, por algum motivo absolutamente instransponível, seja necessário interromper o interrogatório por um tempo que permita que os presentes se dispersem dos locais onde se encontram, com previsão de retomada ainda no mesmo dia ou somente em outro dia, devendo este incidente ser verbalizado. Concretizando-se o retorno, registra-se a retomada dos trabalhos, visando à complementação do ato de instrução.

Finalizada a sessão e encerrada a gravação do último trecho (ou do ato na íntegra), o presidente da comissão deve verbalizar este encerramento e o seu horário, e um dos integrantes deve entrar de imediato no aplicativo *Microsoft Stream (Sharepoint)*, de gerenciamento de arquivos de vídeo em nuvem e que também que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Cotec, para baixar os arquivos (ou o arquivo) de vídeo (apenas o criador da reunião consegue fazê-lo; os demais membros da comissão conseguem apenas acessar os arquivos, mas não baixá-los).

Ato contínuo, deve a comissão lavrar a ata de audiência, exigida pelos §§ 1º e 2º do art. 110 da Portaria Normativa CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022, de que constem data, nomes dos participantes e locais onde se encontram, a ser assinada apenas pelos membros da comissão.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 110.*
> *§ 1º O presidente da comissão assinará a ata de audiência lavrada, na qual serão registrados, pelo menos, a data, os locais e os participantes do ato.*
> *§ 2º O registro nominal e individualizado da presença de cada um dos participantes na gravação dispensa as suas assinaturas na ata de audiência.*

Antes de dispensar os participantes, deve a comissão verificar a qualidade dos registros de áudio e de vídeo. Caso eventualmente se detecte algum problema, o trecho do ato prejudicado deve ser refeito, com nova gravação, no aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams*. Estando estes registros perfeitos ou tendo sido refeita a parte com problema, só então dispensam-se os participantes e juntam-se os arquivos de vídeo aos autos, no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), conforme determina o *caput* do art. 110 da PN CGU nº 27, de 2022. E, na sequência, junta-se a já citada ata de audiência, na qual se faz referência à localização dos arquivos de vídeo já autuados. Importante compreender que a opção de ter de se empregar a redução a termo, com elaboração do tradicional termo de interrogatório, mencionada no art. 111 da PN CGU nº 27, de 2022, é residual e somente se aplica caso haja um problema técnico intransponível envolvendo equipamentos ou funcionamento de rede ou da plataforma.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 110. O registro audiovisual gerado em audiência deverá ser juntado aos autos, sem necessidade de transcrição em ata, sendo disponibilizado à defesa o acesso ao seu conteúdo ou à respectiva cópia.*
> *Art. 111. Não sendo possível o registro audiovisual e o seu armazenamento, o depoimento será reduzido a termo com elaboração do termo de depoimento.*
> *Parágrafo único. O termo de depoimento deve ser redigido de forma clara, concisa e objetiva, sem rasuras ou emendas, sendo ao final assinado pelos depoentes, pelo procuradores e pelos membros da comissão e rubricado em todas as suas folhas.*

Quanto à juntada dos arquivos de vídeo, é necessário relembrar que, em **4.4.15.4**, se mencionou a possibilidade de a comissão gravar o ato de diferentes formas, que repercutem na instrumentalidade de como serem autuados, conforme adiante se expõe.

Na hipótese de a comissão ter fragmentado manualmente a gravação em arquivos de vídeo em torno de vinte minutos de duração, para autuá-los, basta fazer a sua compactação simples empregando o aplicativo *7-Zip* (que é um programa de compactação de arquivos em geral homologado pela Cotec), a fim de transformar sua extensão original (em geral mp4) para a extensão zip, que é única que Sistema e-Processo aceita para anexação de arquivo não paginável. Para isto, seleciona-se a funcionalidade "Adicionar para *[nome do arquivo]*.zip" e o programa cria os novos arquivos de vídeo compactados na mesma pasta em que se encontram os arquivos originais de extensão mp4. Para baixar e descompactar estes arquivos não pagináveis que foram fracionados manualmente pela comissão, primeiramente deve-se fazer o *download* de cada arquivo autuado no processo eletrônico, salvá-los em alguma pasta de destino no equipamento de trabalho da comissão e, por fim, no aplicativo *7-Zip*, selecionar a funcionalidade "Extrair Aqui" e os arquivos de vídeo serão descompactados, na mesma pasta, para suas extensões originais, em geral mp4.

Ainda nesta primeira hipótese de autuação, se a fragmentação manual gerar um arquivo de vídeo de cerca de 20 minutos com mais de 150 Mb para o qual a taxa de compressão do aplicativo *7-Zip* (que não é alta para arquivos de vídeo) não for suficiente para reduzir o tamanho para abaixo daquele tamanho limítrofe, há ainda a opção de se empregar o citado *HandBrake* (que é um programa de compactação de arquivos de vídeo sem perda de

qualidade aparente, homologado pela Cotec, mas que necessita de solicitação para ser instalado).

Na hipótese de a comissão ter optado por gravar o ato na íntegra em um arquivo de vídeo único e em seguida compactá-lo em um só arquivo ainda em extensão mp4, para autuá-lo, deve a comissão submetê-lo à compactação simples empregando o aplicativo *7-Zip*, acima exposta, para gerar a versão em extensão zip.

E, na hipótese de a comissão ter optado por gravar o ato na íntegra em um arquivo de vídeo único e em seguida compactá-lo e ao mesmo tempo já particioná-lo de forma automática e não manual em arquivos de tamanho inferior a 150 Mb, para autuá-lo, deve a comissão, também empregando o aplicativo *7-Zip*, utilizar a compactação particionada. Para isto, seleciona-se a funcionalidade "Adicionar ao arquivo compactado...", escolhendo a extensão zip e indicando que o programa divida em volumes de 140 Mb, para que gere arquivos de vídeos compactados que atendam ao limite tecnológico de autuação como arquivos não paginàveis, criando-os na mesma pasta em que se encontra o arquivo original de extensão mp4. Uma vez que o aplicativo gera arquivos compactados e particionados com nomes [*nome do arquivo]*.zip.001, *[nome do arquivo]*.zip.002, *[nome do arquivo]*.zip.00n (até quantos arquivos particionados forem necessários) e como o Sistema e-Processo somente aceita a extensão zip para anexação de arquivo não paginável, faz-se necessário compactar novamente todos estes arquivos particionados, por meio da compactação simples acima já exposta, para poder autuá-los. Para baixar e descompactar estes arquivos não paginàveis que foram particionados automaticamente pelo aplicativo *7-Zip*, primeiramente deve-se fazer o *download* de cada arquivo autuado no processo eletrônico, salvá-los em alguma pasta de destino no equipamento de trabalho da comissão, selecionar no aplicativo a funcionalidade "Extrair Aqui" e os arquivos de vídeo serão descompactados, na mesma pasta, para suas extensões intermediárias, que eram zip.001, zip.002, até zip.00n, e, por fim, repetir a descompactação em cada um deles, selecionando novamente a mesma funcionalidade, para que, enfim, os arquivos particionados sejam descompactados, gerando, na mesma pasta, o arquivo de vídeo único, com a íntegra do ato, em sua extensão original, em geral mp4.

Ao final, estando com os arquivos (ou com o arquivo) de vídeo autuados e baixados, convém que a comissão os exclua da nuvem do *Microsoft Stream (Sharepoint)* e também da lixeira do aplicativo (não obstante o próprio aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams Microsoft Teams* apagar automaticamente arquivos de vídeo após um determinado decurso de tempo).

4.4.15.7 - Oitivas e Demais Provas após o Interrogatório

Em regra, afastando da presente discussão a possibilidade de interrogatórios prévios, quando a comissão realiza o interrogatório do acusado é porque não vislumbra buscar mais nenhum outro elemento formador de convicção e presume dar por encerrada e esgotada a instrução processual, prosseguindo seja com indiciação e coleta de peça de defesa quando há uma acusação formal a fazer, seja com relatório propondo arquivamento. Todavia, pode ocorrer de algum elemento probatório de natureza constituenda ser realizado ou de natureza pré-constituída ser juntado a partir do interrogatório, seja a pedido da parte, seja por iniciativa da comissão, tanto ainda no curso daquela prova oral quanto após seu término.

Obviamente, se algo de novo, tal como um pedido de outro ato instrucional de natureza constituenda ou pré-constituída ou a apresentação de alguma prova documental ou material, vem à tona no curso do próprio interrogatório, aproveita-se o ato e ali mesmo já se esgotam eventuais questionamentos que porventura caibam serem feitos ao acusado acerca deste elemento de que não se tinha conhecimento até então.

Mas este incidente pode se apresentar já após o interrogatório, o que obriga um desdobramento mais detalhado da hipótese. Pode ser uma iniciativa de ofício da comissão ou, como é mais comum, um pedido da defesa para feitura de um novo ato instrucional, como a realização da oitiva de uma testemunha ou a busca de determinado documento, ou pode ser o surgimento de qualquer outro novo elemento fornecedor de informações acerca do fato sob apuração, obtido diretamente pelo colegiado ou fornecido pela parte.

Tanto no que diz respeito ao encadeamento de a comissão ter a intenção ou receber o pedido de nova instrução e de deliberar por sua realização para posterior autuação quanto no que diz respeito a comissão simplesmente obter ou receber um elemento novo pré-constituído já pronto para ser juntado, primeiramente, de forma bastante cautelosa, deve o colegiado ponderar se esta nova fonte de conhecimento é realmente relevante a ponto de merecer vir ao processo e obter consequente consideração no rumo dos trabalhos. E desdobrando que este tipo de enfrentamento extemporâneo pode se dar tanto ao tempo da elaboração da indiciação quanto já ao tempo da entrega da peça de defesa escrita pelo acusado ou ainda ao tempo da elaboração do relatório, a comissão deve ter postura bastante pragmática, enxuta e atenta à celeridade exigida em seu trabalho em qualquer destes dois momentos, mas a sua cautela e a sua quase refração apriorística em reverter o fluxo devem ser ainda maiores sobretudo se o incidente se der no último momento processual mencionado, já após a entrega da peça de defesa. *A priori*, se a comissão já havia interrogado o acusado com a intenção de demarcar o fim da instrução probatória, de forma lógica e coerente se presume que já estava satisfeita com a verdade processual até então coletada e a feitura ou a juntada de novo elemento é de ser vista como residual, justificada somente se, de forma excepcionalmente efetiva, tem o condão de suprir alguma lacuna instrucional insuperável.

Por um lado, se este novo elemento, além de relevante a ponto de justificar sua extemporânea feitura ou juntada, for contrário ao acusado, eis que, para evitar nulidade da indiciação e/ou do relatório por cerceamento ao direito de defesa, deve a comissão coletar outro interrogatório, a fim de questionar o servidor acerca apenas do que foi acrescentado ao processo e conceder-lhe oportunidade de contraditá-lo. Em outras palavras, se a nova prova trazida aos autos atua em desfavor do acusado, para que possa validamente ser empregado na formação de convicção sem configurar prejuízo à defesa, deve ser submetido a contraditório, mediante interrogatório, para que o servidor possa se manifestar sobre seu conteúdo. Não é necessário, obviamente, refazer todo o interrogatório já realizado, mas sim se concentrar apenas no novo elemento extemporaneamente realizado ou juntado. Se o incidente ocorre na subfase de indiciação, antes da coleta da peça de defesa, deve a comissão reabrir a instrução que já havia sido tida como encerrada e reinterrogar o acusado, para só então elaborar a indiciação; se o incidente ocorre já na subfase de defesa escrita ou na subfase de relatório, já tendo havido indiciação, deve a comissão reabrir a instrução que já havia sido tida como encerrada, reinterrogar o acusado, retificar ou ratificar a indiciação e conceder novo prazo de defesa para que o acusado ou apresente sua peça ou adite a peça já apresentada, se quiser, para só então elaborar o relatório. Daí porque esta decisão é de ser muito bem ponderada e considerada excepcional, sobretudo, com muito mais ênfase se o inquérito administrativo já se encontrava na subfase de elaboração do relatório.

Por outro lado, se este novo elemento, além de relevante a ponto de justificar sua extemporânea feitura ou juntada, for completamente favorável ao acusado, até pode ser realizado e autuado após o seu interrogatório e considerado na eventual indiciação (se o incidente se der antes deste ato) ou no relatório (se o incidente se der na subfase de defesa escrita ou na subfase de relatório). E se este novo elemento a favor da defesa não provoca na comissão necessidade de questionar o acusado (seja porque apenas ratifica elementos favoráveis à defesa já previamente autuados, seja porque é de cristalina e inequívoca compreensão a favor da defesa), também não vai acarretar a obrigação de o colegiado reabrir a instrução e reinterrogá-lo acerca de seu conteúdo, uma vez que não haverá necessidade de

submeter ao contraditório. Mas aqui cabe ainda mais uma ressalva: somente se está cogitando de excepcional subversão do curso processual natural se a comissão tinha, até o surgimento deste novo elemento favorável à defesa, convicção contrária ao acusado, já o tendo indiciado ou estando ainda por fazê-lo; não faz nenhum sentido prático o colegiado se apegar de forma demasiada à exaustividade probatória se, independentemente deste novo elemento, já partiria, do interrogatório realizado, para relatório propondo arquivamento.

Meros expedientes administrativos inerentes ao trabalho desenvolvido pela comissão, tais como portarias de pessoal de prorrogação dos trabalhos e de designação de nova comissão para ultimar os trabalhos e atas de deliberação, não se confundem com provas e, se porventura juntados aos autos após o último interrogatório, não ensejam a realização de novo interrogatório.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/11.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/11: "11. Se a CI intimar o acusado para o interrogatório como ato final da fase instrutória, e posteriormente à sua data forem juntadas ao PAD novas provas, deve ser fixado outro interrogatório a fim de inquirir apenas sobre esses novos elementos, exceto se tais provas não lhe forem desfavoráveis, ou seja, se não houver prejuízo para a defesa. Meros atos administrativos de expediente não impõem a realização de novo interrogatório."*

Há também manifestações no sentido aqui defendido (que também podem ser interpretadas corretamente como manifestações autorizadoras de coleta de interrogatório do acusado no início do inquérito administrativo, conforme aduzido em 4.4.15.1) da lavra da Advocacia-Geral da União, nos seus Pareceres AGU nº GQ-37 e nº GQ-177, e da jurisprudência.

> *Parecer AGU nº GQ-37: "Ementa: (...) É insuscetível de eivar o processo disciplinar de nulidade o interrogatório do acusado sucedido do depoimento de testemunhas, vez que, somente por esse fato, não se configurou o cerceamento de defesa."*
>
> *Parecer AGU nº GQ-177: "Ementa: (...) Não nulifica o processo disciplinar a providência consistente em colher-se o depoimento do acusado previamente ao de testemunha."*

Da mesma forma foi a ementa do Superior Tribunal de Justiça para o Mandado de Segurança nº 7.736:

> *"A oitiva do acusado antes das testemunhas, por si só, não vicia o processo disciplinar, bastando para atender à exigência do art. 159 da Lei 8.112/90, que o servidor seja ouvido também ao final da fase instrutória."*
> *Idem: STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 9.144*

4.4.15.8 - Formas Tradicionais e Ultrapassadas da Coleta do Interrogatório do Acusado

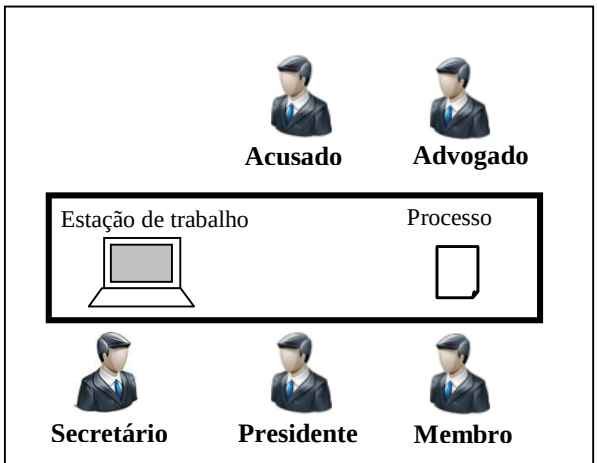
Conforme mencionado em **4.4.15**, houve um grande impacto na forma de coleta do interrogatório do acusado com o advento do processo digital, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), determinado pela Ordem de Serviço Coger nº 1, de 3 de junho de 2015; do programa de gestão na modalidade teletrabalho, disciplinado internamente pela Portaria RFB n° 2.383, de 13 de julho de 2017, e estendido ao processo de trabalho correcional pela Portaria RFB n° 390, de 21 de fevereiro de 2019, com a atualização promovida pela Portaria RFB nº 390, de 21 de fevereiro de 2019; e dos aplicativos de chamada em vídeo, a exemplo do *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec).

Por apego à manutenção de registros históricos, os próximos tópicos vão reproduzir partes das instrumentalidades que se empregavam antes do advento e do emprego do aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams* para coleta da prova oral mediante gravação de arquivo de vídeo e também para contornar as dificuldades que se estabeleciam quando participantes estavam em diferentes localidades.

4.4.15.8.1 - A Disposição Física da Sala para Interrogatórios Presenciais

Na praxe tradicional, o padrão era de as provas orais serem coletadas com todos os participantes presentes no mesmo ambiente, a saber, a sala de oitivas do Escritório de Corregedoria (Escor). Mas esta configuração tornou-se extremamente rara e excepcional a partir da adoção do programa de gestão na modalidade teletrabalho, disciplinado internamente pela Portaria RFB n° 2.383, de 13 de julho de 2017, e estendido ao processo de trabalho correcional pela Portaria RFB n° 390, de 21 de fevereiro de 2019, com a atualização promovida pela Portaria RFB nº 390, de 21 de fevereiro de 2019. Não obstante, convém manter registradas as recomendações que se faziam e que ainda se fazem pertinentes para o caso excepcional da coleta presencial da prova oral.

Neste aspecto, o que mais importa é a disposição das mesas que, consequentemente, estabelece o posicionamento dos participantes dentro da sala. É recomendável dispor as mesas de forma que o acusado, com seu procurador a seu lado, fique de frente para o presidente da comissão e que o secretário fique ao lado do presidente, para que este possa acompanhar o que está sendo digitado. Este arranjo é tema de menor preocupação no interrogatório do acusado que na oitiva de testemunha, em que há a necessidade de se proteger o depoente de eventual tentativa de intimidação por parte da defesa. O fato é que a disposição das mesas e o posicionamento dos participantes, ainda com maior liberalidade no interrogatório do acusado, é escolha discricionária por parte da comissão, não havendo expresso disciplinamento normativo, e, para tal, deve o colegiado se permitir considerar as inferências que possa fazer do comportamento e do grau de contribuição dado aos trabalhos pela defesa no caso concreto.



Configuração recomendada para interrogatório

4.4.15.8.2 - A Redução a Termo

Na praxe tradicional, o padrão era de as provas orais serem materializadas nos autos com a redução a termo, técnica pela qual incumbia à comissão descrever no termo de interrogatório do acusado tudo o que ocorria ao longo do ato, desde as respostas do servidor e as participações dos demais presentes (estivessem todos situados em um mesmo ambiente ou não) até os incidentes, sobretudo de interferências de parte do procurador. Mas esta

materialização tornou-se extremamente rara e excepcional a partir da adoção dos aplicativos de chamada em vídeo, a exemplo do *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec), que permitiu a gravação do ato em arquivos de vídeo a serem autuados no processo.

Nesta linha, já desde a Instrução Normativa CGU/CRG nº 5, de 21 de fevereiro de 2020, que alterou o art. 7º da Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 1º de novembro de 2011, a Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Corregedoria-Geral da União da CGU (CGU/CRG), na condição de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), passou a permitir - sem obrigar - a dispensa da redução a termo, substituída pela autuação do arquivo de vídeo gravado ao longo do ato.

Importante destacar que a coleta da prova oral por meio do aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams* e a sua autuação na forma de arquivo de vídeo solucionou diversos incidentes que podiam ocorrer ao tempo da sua materialização com redução a termo. Citem-se a dificuldade e as controvérsias decorrentes da redução a termo em si, a necessidade de revisão integral do texto ao final por todos os participantes e os possíveis pedidos de alteração de respostas relevantes dadas com espontaneidade.

Não obstante, convém manter registradas as recomendações que se faziam e que ainda se fazem pertinentes para o caso de se ter de realizar a redução a termo em determinado caso concreto de coleta da prova oral - até porque a Portaria Normativa (PN) CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022, norma estruturante que atualizou e revogou diversas normas esparsas da CGU e da CGU/CRG, apesar de eleger a gravação em arquivo de vídeo como o formato preferencial para autuação de prova oral, em seu art. 111 mantém a positivação da possibilidade de se ter de lançar mão da redução a termo de todas as verbalizações a fim de materializá-las em termo de interrogatório de acusado, na hipótese residual de haver problema com a gravação.

> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 111. Não sendo possível o registro audiovisual e o seu armazenamento, o depoimento será reduzido a termo com elaboração do termo de depoimento.*
> *Parágrafo único. O termo de depoimento deve ser redigido de forma clara, concisa e objetiva, sem rasuras ou emendas, sendo ao final assinado pelos depoentes, pelo procuradores e pelos membros da comissão e rubricado em todas as suas folhas.*

Ao tempo desta praxe tradicional, era comum que a condução do ato de coleta da prova oral obedecesse ao sistema presidencialista, com o presidente dirigindo a palavra ao acusado e reduzindo a termo, de forma ditada, todas as verbalizações e todos os fatos ocorridos para que o secretário digitasse o termo de depoimento. Mesmo sob esta procedimentalização, na prática, já era perfeitamente compreensível e até recomendável que se mitigasse o formalismo exagerado, sendo pertinente que os vogais e até mesmo o procurador se dirigissem diretamente ao servidor, bem como o secretário poderia ter maior ou menor autonomia para digitar diretamente as respostas do interrogado, dispensando o ditado do presidente. Nestes detalhes da forma de procedimentalizar sempre imperou a liberdade a favor de cada colegiado convencionar como fazer, apenas se acautelando com a sugestão de o trio ter antecipadamente combinado as liberdades e os limites de atuação de cada um, a fim de não haver discordâncias internas no momento da realização do ato.

Projetando-se para o tempo presente, independentemente de onde se localizam todos os participantes, pode-se, excepcionalmente, fazer necessário (em virtude de algum imprevisto com o aparato tecnológico envolvendo o recurso de gravação de arquivo de vídeo pelo aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams*) ou até mesmo preferível (por alguma liberalidade de viés estratégico de parte da comissão) que a prova oral seja materializada nos

autos mediante redução a termo e elaboração de termo de interrogatório do acusado. Neste rumo, é importante reiterar que a PN CGU nº 27, de 2022, no seu art. 106, estabelece que a prova oral será realizada preferencialmente e não obrigatoriamente por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

Para tanto, parte-se do pressuposto de que as perguntas, em sua imensa maioria, já foram previamente elaboradas (salvo, obviamente, necessidade de se excluir alguma ou de se incluir outra, de acordo com a dinâmica real do ato) e seguem numeradas (para facilitar o entendimento das respostas e a posterior remissão no relatório) e já estão reproduzidas no termo de interrogatório. Não obstante, não há impedimento de, nos moldes do processo judicial, se transcrever apenas as respostas, com ou sem numeração.

A partir daí, a praxe é de o presidente reduzir a termo, ditando para que o secretário digite, todas as verbalizações do acusado e dos demais participantes e todas as ocorrências fáticas.

A comissão deve se limitar, de forma mais fiel possível, às expressões e frases empregadas pelo acusado, sem acrescentar expressões e palavras não faladas e também sem alterar a qualidade da manifestação oral, buscando preservar seu estilo (seja mais rebuscado, seja mais simples). A comissão deve encontrar a medida exata entre, por um lado, não interromper demasiadamente o acusado, interferindo na sua concatenação lógica de ideias e raciocínio, e por outro lado, não deixar o interrogado falar ininterruptamente por longo tempo, pois ao final terá dificuldade para se lembrar de tudo. Convém então combinar previamente com o servidor que, em caso de resposta mais longa, serão feitas pausas espaçadas para reduzir a termo. Pode-se, inclusive, ao final de uma resposta mais longa, solicitar ao secretário que leia o texto digitado em voz alta, a fim de o acusado ratificar ou corrigir. Mais que isto, para assegurar a necessária garantia do ato e até mesmo para tentar inibir exageradas contestações ou solicitações de retificação quando da leitura final do termo, recomenda-se que a comissão adote a praxe, previamente informada, de ler em voz alta cada pergunta e resposta consignadas.

A comissão deve também registrar no termo de interrogatório todos os fatos efetivamente ocorridos ao longo do ato. O termo deve ser o mais fiel à realidade possível. Assim, todos os incidentes, interferências, advertências verbais e as abstenções de fazer uso da palavra, sejam da parte de quem for (vogais, acusado e procurador), devem ser consignadas no termo. Ademais, o termo deve ser elaborado em texto corrido, sem espaços em branco, parágrafos e rasuras.

Ao final, revisa-se o texto e imprime-se uma única via, para que o acusado e seu procurador leiam antes de assinar, e encerra-se o termo, coletando assinaturas de todos os presentes. Caso o acusado eventualmente não possa assinar seu próprio nome, deve-se registrar o incidente no termo e solicitar que alguém assine o termo por ele.

Se, ainda no curso do interrogatório ou já na revisão final, a defesa solicitar que se altere relevantemente o teor de alguma resposta (excluídos pequenos lapsos, esquecimentos ou equívocos e meros erros de digitação ou de grafia), não convém editar em cima da resposta original, para que não se perca a espontaneidade da primeira manifestação. Diante deste pedido, convém consignar ao final que foi solicitado o registro de nova resposta, sem eliminar o registro original. Tendo-se encerrado definitivamente o ato, a comissão junta o termo de interrogatório aos autos.

4.4.15.8.3 - Os Antigos Meios de Superar Localização de Participantes em Distintas Localidades

Antes da adoção dos aplicativos de chamada em vídeo, a exemplo do *Microsoft*

Teams, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec), a necessidade de coleta de interrogatório do acusado com algum dos demais participantes (acusado ou procurador) que se encontrasse fisicamente em outra localidade distinta da localidade de sede da comissão e da feitura do ato gerava grandes dificuldades logísticas.

Caso se necessitasse interrogar como acusado servidor ativo com lotação ou exercício em localidade distinta de onde devesse prestar prova oral, a dificuldade era razoavelmente superada com a permissão para que o servidor recebesse diárias e passagens com o fim de se deslocar para exercer seu direito de prestar interrogatório, estabelecida no inciso I do art. 173 da Lei nº 8.112, de 11 e dezembro de 1990. Neste caso, por previsão regimental, no art. 241 combinado com o inciso XI do art. 354, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 284, de 27 de julho de 2020, e em extensão ao art. 9º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito do Ministério da Economia (ME) -, mediante provocação do presidente da comissão, incumbiria ao Chefe de Escor, como autoridade instauradora, propor ao Corregedor, como ordenador de despesas, nos termos do § 1º do art. 80 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e a este decidir as questões atinentes a deslocamentos, diárias e passagens de interesse correcional.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 173. Serão assegurados transporte e diárias:*
> *I - ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado;*
>
> *Portaria MF nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 241. Ao Serviço de Atividades Administrativas (Sesad) e à Seção de Atividades Administrativas (Sasad) compete gerir e executar as atividades relativas a pessoal, ao apoio administrativo, à gestão de documentos, aos serviços gerais e ao deslocamento de servidores e colaboradores eventuais, no interesse das respectivas atividades.*
> *Parágrafo único. Ao Sesad da Coger e à Sasad da Copei compete, ainda, gerir e executar as atividades financeiras e orçamentárias relativas ao deslocamento de servidores e colaboradores eventuais, no interesse das atividades da Coger e da Copei, respectivamente.*
> *Art. 354. Ao Corregedor incumbe:*
> *XI - praticar os atos de gestão dos recursos orçamentários e financeiros destinados ao pagamento de diárias e passagens, nos deslocamentos de servidores e colaboradores eventuais no interesse da Coger.*
>
> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 9º O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.*

A dificuldade era maior caso o acusado fosse inativo ou ex-servidor domiciliado em outra localidade distinta da sede da comissão, diante da ausência de previsão legal para ordenar despesa para seu deslocamento. Isto obrigava que, primeiramente, a comissão questionasse o acusado se este se propunha a arcar com os custos de seu deslocamento, o que era muitíssimo improvável. Secundariamente, a comissão deveria diligenciar para que o acusado fosse deslocado na condição de colaborador eventual, conforme previsto no art. 4º da Lei nº 8.162, de 8 de janeiro de 1991, e no art. 10 do Decreto nº 5.992, de 19 de dezembro de 2006, e com previsão regimental nos já citados art. 241 e inciso XI do art. 354, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB,

> *Lei nº 8.162, de 1991 - Art. 4º Correrão à conta das dotações orçamentárias próprias dos órgãos interessados, consoante se dispuser em regulamento, as*

> *despesas de deslocamento, de alimentação e de pousada dos colaboradores eventuais, inclusive membros de colegiados integrantes de estrutura regimental de Ministério e das Secretarias da Presidência da República, quando em viagem de serviço. (Redação dada pela Lei nº 8.216, de 13 de agosto de 1991)*
>
> *Decreto nº 5.992, de 2006 - Art. 10. As despesas de alimentação e pousada de colaboradores eventuais, previstas no art. 4º da Lei no 8.162, de 8 de janeiro de 1991, serão indenizadas mediante a concessão de diárias correndo à conta do órgão interessado, imputando-se a despesa à dotação consignada sob a classificação de serviços.*
> *§ 1º O dirigente do órgão concedente da diária estabelecerá o nível de equivalência da atividade a ser cumprida pelo colaborador eventual com a tabela de diárias, ressalvado o disposto no § 3º do art. 3º-B. (Redação dada pelo Decreto nº 7.613, de 17 de novembro de 2011)*

Em primeiro momento, em contexto mais antigo, até 01/11/11, quando não era possível, por restrições orçamentárias, adotar soluções geradoras de custo, para se interrogar inativo ou ex-servidor situado em outra localidade, restaria a mais tênue tentativa de suprir a prova oral com acusado distante, que era com o emprego extensivo e residualíssimo do instituto da carta precatória (ou simplesmente precatória, cuja definição se encontra no inciso III do art. 237 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil - CPC), conforme lhe dão emprego o art. 222 do CPC e o art. 353 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP).

> *CPP - Art. 353. Quando o réu estiver fora do território da jurisdição do juiz processante, será citado mediante precatória.*
>
> *CPC - Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.*
> *§ 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.*
> *§ 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será juntada aos autos.*
> *Art. 237. Será expedida carta:*
> *III - precatória, para que órgão jurisdicional brasileiro pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato relativo a pedido de cooperação judiciária formulado por órgão jurisdicional de competência territorial diversa;*

Por esta instrumentalidade, após o interrogatório por meio de carta precatória ser deliberado em ata, a comissão, então, formularia suas perguntas e, ato contínuo, deveria remeter, por carta precatória, todas as perguntas, preferencialmente para aquela autoridade que, na localidade onde se encontrasse o acusado, tinha poder de instaurar instância disciplinar ou, secundariamente, para a autoridade titular de unidade fiscal da jurisdição, para que esta autoridade deprecada designasse servidor ou comissão para a realização do interrogatório. A intimação, encaminhada ao acusado pelo servidor ou comissão designado(a) pela autoridade deprecada, deveria conter a data, hora e local do interrogatório. Como a Lei nº 8.112, de 1990, é silente acerca do prazo a ser concedido à parte, recomendava-se a integração com a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, de onde se poderia extrair duas referências: três dias úteis, no art. 41, ou cinco dias corridos, no art. 24, optando-se pelo mais benéfico.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior.*
> *Parágrafo único. O prazo previsto neste artigo pode ser dilatado até o dobro, mediante comprovada justificação.*
> *Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com*

antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.

No ato, o servidor ou a comissão designado(a) deveria seguir, no que coubesse, as técnicas e dinâmicas de um interrogatório convencional, registrando a presença do procurador (se fosse o caso) e fazendo oralmente as perguntas e reduzindo a termo as respostas. O servidor ou a comissão designado(a) deveria se limitar às perguntas previamente elaboradas, somente cabendo-lhe formular novas perguntas porventura apresentadas pelo procurador, na hipótese de este comparecer ao ato. Neste caso, não assistiria ao servidor ou à comissão designado(a) o direito de analisar ou não pertinência das perguntas apresentadas pelo procurador, restando este juízo posteriormente reservado para o colegiado responsável pelo processo. Finalmente, após a realização do ato, a autoridade deprecada enviaria o termo para a comissão.

Ainda àquele tempo incipiente, não sendo possível arcar com custos de deslocamento do acusado inativo ou ex-servidor como colaborador eventual e diante da fragilidade da coleta de sua prova oral por meio de carta precatória, o ordenamento administrativo evoluiu para passar a permitir - sem obrigar - o emprego da ferramenta da videoconferência.

Antes, resgate-se que a admissão e a introdução da videoconferência no cenário jurídico, como prova lícita e legalmente prevista, decorreu da esperada e salutar atualização do ordenamento face à evolução dos recursos tecnológicos ao dispor de toda a sociedade. E merece destaque relembrar que esta harmonização do meio jurídico com os avanços da tecnologia iniciou-se na instância processual penal, justamente a instância instrumental mais conservadora, cautelosa e formalista, com a edição da Lei nº 11.690, de 8 de junho de 2008, que introduziu no CPP, no seu art. 217, a possibilidade de a oitiva de testemunha poder ser realizada por meio de videoconferência, originalmente por motivação de proteger a testemunha de eventual risco de intimidação, no que se denominou minirreforma da parte processual. Posteriormente, a inovação jurídica avançou na instância processual penal, com a edição da Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009, estendendo, no *caput* e no § 3º do art. 222 do CPP, a possibilidade de realização de oitiva de testemunha por videoconferência para viabilizar ou facilitar, operacionalmente, a ato de instrução quando o depoente reside em outra jurisdição. O CPC, no § 3º do art. 236, também já havia reconhecido a validade de atos instrutórios e em especial oitiva de testemunha por meio de videoconferência.

CPP - Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)
Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.
§ 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

CPC - Art. 236.
§ 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

> *"Havendo inviabilidade orçamentária, o acusado ex-servidor, tal como o particular testemunha, poderá ser ouvido como colaborador eventual, com base no art. 4º, da Lei nº 8.162/91 e no Decreto nº 5.992/2006. Contudo, se essa também não se mostrar uma opção viável, a comissão poderá interrogá-lo por teleconferência ou por carta precatória.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 230, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Ato contínuo, na sequência, também a Administração cuidou de harmonizar seu regramento àquela realidade tecnológica, tendo cabido à Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG), que efetivamente exerce as atividades do órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), regulamentar o emprego sistêmico desta ferramenta, tendo, para este fim, naquela época, editado a Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 12, de 1º de novembro de 2011. No caso da instância administrativa, a adoção da videoconferência como meio válido de prova decorreu do objetivo de viabilizar ou facilitar, no contexto de então, a coleta de prova oral, precipuamente de testemunha mas também de acusado residente em outra localidade, como forma de dispensar a necessidade de se ordenar despesas com deslocamento.

Neste ponto, convém reconhecer que uma leitura precipitada e restritiva da citada norma poderia levar ao entendimento equivocado de que somente permitiria o emprego da ferramenta da videoconferência para coleta de oitiva de testemunha situada em outra localidade e que não a teria previsto para a coleta de interrogatório do acusado distante. Todavia, seguindo a mesma linha abrangente adotada pelo próprio legislador no inciso I do art. 173 da Lei nº 8.112, de 1990, para o termo "depoimento", associando-o tanto a testemunha quanto a acusado, nunca se teve dúvida de que a literalidade da IN CGU/CGR contemplava não apenas a oitiva de testemunha, mas também o interrogatório do acusado. Ou seja, o órgão central do SisCor admitiu, em via administrativa, o reflexo da permissão desde antes já expressa na instância processual penal, qual seja, de qualquer prova oral pudesse ser, excepcionalmente, coletada por videoconferência, conforme sua doutrina.

> *"Em outras palavras, desde que sejam tomadas as cautelas que atestem que efetivamente se ofereceu oportunidade ao interrogado para se manifestar livremente, assegurando-se inclusive o direito de permanecer calado, e cumpridas todas as demais formalidades legais, o interrogatório realizado por teleaudiência pode ser considerado válido, e não implicando em nulidade, se do ato não resultar ocorrência de qualquer prejuízo ao exercício de ampla defesa.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 227 e 228, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Decerto, qualquer resquício desnecessário de insegurança acerca da possibilidade de se empregar o instrumento da videoconferência para superar dificuldades operacionais atinentes ao interrogatório presencial do acusado restou superado com a manifestação da CGU, por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 7, de 13 de dezembro de 2013, que asseverou a possibilidade de tal emprego.

> *Enunciado CGU/CCC nº 7, de 2013: "Videoconferência. Possibilidade. Interrogatório. PAD e sindicância. No âmbito do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância é possível a utilização de videoconferência para fins de interrogatório do acusado."*

Como é a regra de qualquer prova admitida no processo disciplinar, não só a decisão em si de se realizar o interrogatório do acusado mas também a decisão de como

instrumentalizar este ato (no caso em tela, por meio de videoconferência) sempre decorriam unicamente da deliberação soberana da comissão, independentemente de esta forma ter sido objeto de iniciativa de ofício do colegiado ou de deferimento de pedido formulado pela defesa. Desde que preservadas as garantias de o acusado não fazer prova contra si mesmo e de poder se valer do silêncio no curso daquele ato instrumentalizado por videoconferência, não cabia à defesa questionar a soberana decisão por parte da comissão - que se presumia sempre motivada e amparada na razoabilidade e no bom senso - de coletar a prova oral sob aquela forma não presencial, de acordo com o contexto da época.

De se destacar que a mencionada IN CGU/CRG não impunha ou exigia a realização da videoconferência quando o ato de prova oral envolvesse pessoas que se encontravam em localidades diferentes, mas sim tão somente previa e permitia este tipo de ato processual no rito disciplinar, como forma de, simultaneamente, contemplar tanto a necessidade de busca da verdade processual sob respeito das garantias de ampla defesa e de contraditório quanto a celeridade e a redução de custos procedimentais.

Em geral, os integrantes de comissão já estavam habituados com o uso desta ferramenta tecnológica e os Escritórios de Corregedoria (Escor) já dispunham de sala própria específica para provas orais e dotadas de equipamentos apropriados, o que facilitava não só na sede da comissão (em geral no próprio Escor) como na outra localidade onde se encontrava o acusado a ser interrogado, se esta coincidisse com sede de outro Escor. Mas quando a outra localidade não coincidisse com a sede de outro Escor, devia a comissão primeiramente diligenciar, na localidade onde se encontrava o acusado a ser interrogado, com o fim de obter o devido apoio da área técnica competente (destacadamente, das projeções regional ou local de Tecnologia e Segurança da Informação que jurisdicionavam a localidade ou até mesmo da chefia do respectivo Escor, se fosse o caso) para instalação e/ou disponibilização dos equipamentos necessários, podendo, para isto, solicitar às correspondentes autoridades a indicação de um servidor detentor de conhecimento da tecnologia empregada e nomeá-lo como secretário *ad hoc*, por portaria de pessoal do presidente, especificando que a designação se restringia ao desempenho das funções de assistência técnico-operacional e de apoio administrativo exclusivamente para aquele ato deliberado.

Neste caso, a portaria de pessoal de designação de servidor estranho ao colegiado, a exemplo do já aduzido em **4.3.3**, devia ser publicada no boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, no caso, era o Boletim de Serviço da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - BS RFB). Era recomendável também que, após a designação do secretário *ad hoc*, o presidente da comissão lhe enviasse mensagem pelo correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), não só lhe repassando cópia de sua portaria de pessoal designadora mas também solicitando que entrasse em contato com o secretário da comissão e/ou com o(s) servidor(es) competente(s) da(s) respectiva(s) projeção(ões) de Tecnologia e Segurança da Informação, a fim de acertarem todos os detalhes técnicos necessários à preparação do ato.

A infraestrutura necessária em cada localidade, basicamente, era um equipamento de videoconferência, um monitor de vídeo (como um aparelho de televisão, por exemplo, por meio do qual os presentes em uma sala viam e ouviam a outra sala), uma impressora e uma digitalizadora (ou uma impressora multifuncional com digitalizadora) e uma estação de trabalho padrão (com correio eletrônico institucional), todos interligados e conectados em rede. Em vista do necessário sigilo da instância correcional, que requer alto grau de confiabilidade e de inviolabilidade, devia-se acautelar para impedir riscos de captação indevida do ato, recomendando-se que se configurassem os equipamentos das duas salas (aqui se cogitando da situação padrão e mais comum, de o ato envolver apenas dois recintos distintos) para que a conexão entre eles fosse feita, preferencialmente, de forma direta, sem

que os sinais de áudio e vídeo passassem por servidores locais ou regionais.

Além da configuração mais usual para videoconferência (qual seja, para suprir a necessidade de se interrogar como acusado um inativo ou um ex-servidor ou até mesmo um servidor ativo que, juntamente com seu procurador, se encontrasse em uma localidade enquanto a comissão se encontrava em outra), também se previa a possibilidade de emprego desta ferramenta para outras situações mais excepcionais, tais como comissão e acusado em uma localidade e procurador em outra, podendo se citar comissão e procurador em uma localidade e acusado em outra ou ainda comissão em uma localidade, procurador em outra e acusado em uma terceira. Diante de provocação da defesa para que o interrogatório por videoconferência se desdobrasse em tais possibilidades, podia-se cogitar de a comissão deferir. Era necessário apenas que o colegiado atentasse para o fato de que, em tais configurações, os esforços acima se projetavam também para esta terceira sala, em termos de infraestrutura e necessidade de contar com mais um secretário *ad hoc*, de forma a se tê-la como residual, apenas para casos em que se demonstrasse indispensável para assegurar a plenitude do exercício de defesa.

Sobre as possibilidades acima aventadas, podia-se agregar uma excepcionalidade - àquela época - ainda maior, de se ter de desdobrar esforços em termos de infraestrutura, quando a própria comissão se encontrava separada, com algum de seus membros em localidade distinta dos outros dois.

Fosse qual fosse a configuração, após a confirmação daqueles pré-requisitos operacionais, devia a comissão intimar o acusado das localidades, data e horário de realização do ato, com no mínimo três dias úteis de antecedência, destacando ainda o direito de o procurador comparecer a uma ou a outra localidade, de acordo com sua preferência.

O ato em si devia transcorrer o máximo possível de forma similar a um interrogatório com todos os agentes presentes no mesmo recinto, conforme era o padrão da época. A comissão devia manter o mesmo *layout* de sua sala, no que diz respeito a seu posicionamento e ao posicionamento do acusado ou do procurador, caso um deles se fizesse presente na localidade de instalação do colegiado. No início do interrogatório, devia o presidente informar a todos os agentes envolvidos como transcorreria o ato e suas peculiaridades em comparação com o interrogatório presencial, registrando tais especificidades no termo de interrogatório e adotando, na sequência, a mesma dinâmica do ato convencional quanto às perguntas, respostas, interferências, controle da ordem, apreciação de petições e redução a termo.

Conforme já exposto em **4.4.15.4**, a IN CGU/CRG nº 12, de 2011, foi alterada pela IN CGU/CRG nº 5, de 21 de fevereiro de 2020, passando a permitir o registro audiovisual, a ser juntado nos autos e franqueado à defesa, ficando a comissão dispensada, se assim preferisse, de consignar por escrito em termo de interrogatório tudo o que de fato ocorresse durante a prova oral, bastando para tal gravar o ato e autuar esta gravação. Portanto, ainda ao tempo em que a videoconferência era ferramenta usual para suprir distância entre participantes, antes da adoção de aplicativo de chamadas em vídeo, a exemplo do *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec), já havia amparo para que a comissão procedesse à gravação do ato de prova oral e se dispensasse a redução a termo se assim preferisse. Neste formato de registro, exigia-se apenas que o presidente consignasse em termo a realização da prova oral naquela data e indicasse os participantes e as localidades onde se encontravam, dispensando que assinassem o documento, à vista apenas do registro verbalizado e gravado de sua presença.

Ainda deixando registrada a forma mais convencional de autuação, qual seja, por meio de termo de interrogatório, sem gravação do ato, ao seu final, após ajustado o texto entre todos os agentes participantes, deviam ser juntadas ao processo tantas vias do termo de

interrogatório por videoconferência (todas de igual forma e teor) quantas fossem as localidades envolvidas, ressalvada a sala da comissão se esta estivesse sozinha. A comissão devia assinar digitalmente todas as vias e os demais presentes deviam assinar somente as vias correspondentes às localidades onde se encontravam, de forma que o conjunto de todas as vias contivesse as assinaturas de todos os participantes. Estando a comissão sozinha em sua sala, bastava que assinasse, digitalmente, as vias das demais localidades. Mas se estivesse acompanhada, a comissão devia imprimir uma via do termo de interrogatório e, juntamente com quem mais porventura estivesse na mesma localidade, devia rubricar as primeiras folhas do termo e assinar a última e, em seguida, juntá-la ao processo. Já as demais vias deviam ter os encaminhamentos que se seguem. O arquivo eletrônico original, sem assinaturas, devia ser remetido, pelo correio eletrônico institucional, para os secretários *ad hoc* situados nas demais localidades. Nestas salas remotas, os secretários *ad hoc* deviam imprimir o termo, rubricar, assinar, coletar rubricas e assinatura de quem mais porventura estivesse naqueles recintos, digitalizar esta nova versão do documento e formalizar solicitação de juntada de documento (SJD) no Sistema e-Processo. O colegiado devia então analisar as referidas SJDs e, em seguida, assinar digitalmente todas as vias do termo apresentadas.

Acrescente-se que, embora se tenha descrito o emprego da videoconferência voltado à coleta de interrogatório de acusado inativo ou ex-servidor situado em localidade diferente, esta ferramenta também podia ser usada, exatamente com a mesma dinâmica acima descrita, para se coletar interrogatório de acusado ativo que se encontrava em localidade distinta da comissão, caso não fosse possível ou justificável deslocá-lo, seja por questões de custo ou por quaisquer outras dificuldades operacionais.

Por fim, cabe registrar que a mencionada IN CGU/CRG nº 12, de 2011, foi revogada pela Portaria Normativa CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022. Os comandos da norma revogada, que se reportavam apenas à possibilidade de emprego de videoconferência, foram atualizados, passando a nova norma a prever, em seus arts. 106 a 111, de forma mais genérica, a possibilidade de emprego recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real para realização e gravação de provas orais e o registro audiovisual para ser autuado, conforme se detalhou em **4.4.15.4**.

4.4.16 - Incidente de Sanidade Mental

Pode ocorrer de, no curso de processo administrativo disciplinar, surgir dúvida razoável sobre a sanidade mental do acusado, suscitada pela própria parte ou pela comissão ou ainda por haver interdição judicial por anomalia psíquica. Neste caso, a comissão deve propor à autoridade instauradora a realização de exame pericial por junta médica oficial, da qual participe pelo menos um médico psiquiatra. Em sintéticas palavras, esta perícia específica visa a esclarecer duas possibilidades: de o servidor ter estado acometido de doença mental ao tempo do cometimento do fato - o que redunda na discussão de sua possível inimputabilidade - e/ou de o servidor estar acometido de doença mental ao tempo em que transcorre o processo administrativo disciplinar - o que redunda na discussão de suas condições de acompanhar o feito.

Antecipe-se que, como estratégia de defesa, é mais comum e mais efetivo para os interesses do acusado a apresentação da segunda tese, qual seja, do acometimento de doença mental incapacitante ao tempo em que transcorre o processo disciplinar. A possibilidade de comprovar, agora no curso do processo disciplinar, que, preteritamente, ao tempo do cometimento do fato, era acometido por doença mental incapacitante é mais difícil para o acusado (a menos dos casos de absoluta veridicidade de sua alegação, em que certamente possuirá documentos médicos comprobatórios). Em geral, a preocupação maior da comissão e da autoridade instauradora recai na alegação de insanidade mental presente, pois, para esta, é

mais factível a defesa buscar e obter - com desconfiável ausência de espontaneidade - documentos que atestem a incapacidade já após ter sido notificado da condição de acusado no processo disciplinar.

No caso do processo disciplinar no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), o encargo recai, geralmente, sobre as juntas médicas oficiais das Superintendências (ou Gerências) Regionais de Administração da Diretoria de Administração e Logística da Secretaria de Gestão Corporativa da Secretaria-Executiva do ME (ME/SE/SGC/DAL/SRA ou ME/SE/SGC/DAL/GRA), que possuem unidade de saúde integrante do Subsistema Integrado de Atenção à Saúde do Servidor (Siass), integrante do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipec), oriundo originalmente do extinto Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), absorvido pelo Ministério da Economia (ME).

Trata-se, em essência, de uma prova pericial, já abordada de forma genérica em **4.4.9**, a cuja leitura se remete, e, como tal, sua realização somente se justifica caso haja nos autos elementos que de fato suscitem dúvida razoável acerca da sanidade mental do acusado em alguns daqueles dois relevantes momentos. Sendo em geral um ato de instrução probatória solicitado pela defesa (sem prejuízo de poder se dar de ofício), pode a comissão denegar eventual pedido de perícia médica se lastreado única e simplesmente em mera alegação desamparada de elementos de prova. Merece destaque manifestação neste sentido, exarada pela Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no seu Enunciado CGU/CCC n° 12, de 13 de janeiro de 2016.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 160. Quando houver dúvida sobre a sanidade mental do acusado, a comissão proporá à autoridade competente que ele seja submetido a exame por junta médica oficial, da qual participe pelo menos um médico psiquiatra.*
> *Parágrafo único. O incidente de sanidade mental será processado em auto apartado e apenso ao processo principal, após a expedição do laudo pericial.*
>
> *CPP - Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.*
> *§ 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 12.492: "Ementa: 5. Não havendo dúvidas, pela Comissão Disciplinar, acerca da sanidade mental do impetrante, que, inclusive, quando do seu interrogatório estava devidamente acompanhado de seu advogado, não há falar em violação do disposto no artigo 160 da Lei nº 8.112/90."*
>
> *STJ, Terceira Seção, Ministro Relator Ericson Maranho (Desembargador Federal convocado do TJ/SP), Recurso em Mandado de Segurança nº 8.544/DF, DJe 21/10/2015, Ementa: "(...) Não se demonstrou a existência de quadro clínico compatível com a enfermidade apontada. Os documentos apresentados tratam de - depressão, fadiga, crise de pânico, instabilidade emocional, ansiedade, fobia social - e não de doença mental. De acordo com a jurisprudência desta Corte, no curso de um processo disciplinar, a proposta de submissão de servidor à avaliação médica só é feita diante de dúvida razoável acerca da sua sanidade mental."*
>
> *STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, Mandado de Segurança nº 16.038/DF, DJe 18/11/2011, Ementa: "2. Cabe à Comissão de*

Inquérito propor à autoridade competente a submissão do acusado em processo administrativo disciplinar à avaliação médica, em face da existência de dúvida, ao menos razoável, de problemas relativos à sanidade mental do agente público, a teor do que dispõe o art. 160 da Lei n. 8.112/90.
3. Não se admite na via mandamental a dilação probatória, sendo imperiosa a apresentação pelo impetrante de todo o acervo de provas necessário à comprovação dos fatos imprescindíveis à compreensão da lide (prova pré-constituída).
4. In casu, diante da análise da documentação acostada aos autos do processo administrativo e da defesa do acusado, a Comissão Processante não constatou dúvida sobre a sanidade mental do acusado, emitindo parecer pela aplicação da penalidade máxima de demissão.
5. Depreende-se que não há prova capaz de macular a validade do processo administrativo disciplinar de que se originou o ato de demissão. Muito embora se possa inferir que o impetrante apresentava problemas de saúde, não se pode precisar que a Comissão Processante desrespeitou o disposto no art. 160 da Lei 8.112/90 por deixar de instaurar o incidente de insanidade mental, pois não havia elementos que indicassem não estar o impetrante em perfeitas condições para assumir a responsabilidade pelos atos irregularidades que lhe foram atribuídos, tampouco cabe instruir o feito para esclarecer tal questão.
6. Saliente-se que os problemas de saúde do impetrante apenas foram levantados quando da ultimação da instrução, em defesa escrita, na qual o advogado constituído pelo acusado, após refutar as acusações do cometimento de irregularidades na concessão de benefícios previdenciários, faz mera alegação de que as eventuais "falhas" cometidas no exercício de seu cargo seriam atribuídas ao precário ambiente de trabalho e às limitações de ordem física e mental do servidor, apresentando atestados médicos que indicavam que o impetrante estaria acometido de depressão juntamente com problemas de pressão ocular e labirintopatia. Entretanto, ao contrário do afirmado na exordial, não se arguiu a inimputabilidade do servidor nem tampouco houve requerimento de instauração de incidente de sanidade mental.
7. Ausente prova de qualquer prejuízo à defesa do impetrante que, inclusive, nomeou advogado, compareceu ao interrogatório e apresentou defesa escrita, e tampouco tendo sido demonstrado, durante o trâmite do processo disciplinar, dúvidas quanto à sua sanidade mental, inexiste direito líquido e certo do impetrante a justificar a anulação do processo administrativo disciplinar e a reintegração ao cargo de Técnico do Seguro Social, lembrando, ainda, que a dilação probatória não é compatível com o rito da ação manejada."

Enunciado CGU/CCC n° 12, de 2016: "Atestado médico particular. Indeferimento de prova pericial. 1. O atestado médico particular não tem, necessariamente, o condão de sobrestar o processo disciplinar. 2. Inexistindo dúvida razoável acerca da capacidade do acusado para o acompanhamento do processo, com base no conjunto probatório carreado aos autos, poderá a prova pericial ser indeferida."

Orientação Coger nº 4
Sendo objeto de pedido por parte da defesa e não havendo dúvida razoável em torno da sanidade mental do servidor, é possível que a comissão, motivadamente, indefira a realização da perícia médica.

Neste momento de aferição se realmente existe ou não dúvida juridicamente justificável acerca da sanidade mental do servidor, pode o agente condutor do feito buscar instruir sua convicção. No caso de o tema ter vindo à tona por provocação do próprio servidor, pode-se intimá-lo a trazer aos autos elementos que amparem sua própria tese (e sem prejuízo de assim também proceder a comissão mesmo em caso de iniciativa de ofício para realização da perícia médica). Diante da repercussão que esta prova pericial traz ao processo administrativo disciplinar, convém a comissão diligenciar em busca de elementos

informadores que melhor embasem o pedido - até mesmo provocando o servidor a refinar a comprovação do que alega - e a eventual instrução do feito.

Em geral, é comum o servidor aduzir já ter feito ou estar fazendo tratamentos médicos particulares e frequentemente apenas oferece atestados da lavra de seus médicos assistentes. Em tais situações, é pertinente intimar o servidor a fornecer, além de esclarecimentos e informações de sua própria lavra, também os receituários, resultados de exames com laudos e relatórios médicos que eventualmente possua. Enfim, deve a comissão provocar o peticionante a espontaneamente abrir mão do sigilo que acoberta seus prontuários médicos privados a fim de ter seu pleito melhor embasado e melhor instruído o feito porventura instaurado.

Em acréscimo, independente de o incidente vir a se realizar de ofício ou a pedido, pode-se verificar no histórico funcional do servidor os afastamentos e licenças por motivos médicos anotados em suas folhas de ponto e em seus assentamentos e no Sistema Integrado de Administração de Pessoal (Siape, já que o Sistema de Apoio às Atividades Administrativas - SA3 é um extrator daquele primeiro e depende de sincronização para atualização das ocorrências) e, por fim, solicitar ao servidor que afaste o sigilo médico de seu prontuário oficial e conceda acesso ao conteúdo e à motivação que nortearam aqueles afastamentos e licenças de natureza médica homologados pelo setor médico do órgão. Importante destacar que os prontuários médicos do servidor, sejam privados, seja oficial, são igualmente acobertados por sigilo e somente cabe à comissão mencionar que o servidor é portador, em tese, de determinada doença - declarar na provocação remetida à junta médica oficial, por exemplo - se o próprio tiver declarado este fato formalmente nos autos.

Sobretudo diante de alegação de incapacidade mental por parte do servidor, pode a comissão avaliar a pertinência de intimá-lo a fornecer cópia de sua carteira nacional de habilitação (CNH) vigente e, em caso de recusa ou de alegação de inexistência, oficiar ao Departamento de Trânsito (Detran) da unidade da federação para que informe a data da última renovação e existência de eventuais restrições, a fim de aquilatar possível contradição entre a a moléstia incapacitante alegada e manutenção, pelo órgão oficial, da capacidade de ser condutor de veículos, com renovação da sua habilitação. A capacidade para ser condutor de veículo pode atuar, cautelosa e ponderadamente, como um elemento auxiliar na formação de convicção de inexistência de dúvidas acerca da sanidade mental do servidor. A cautela e a ponderação se justificam pois aqui não se perde de vista a independência das atuações administrativas (do sistema correcional e do órgão de trânsito), de forma que as incapacidades em uma área podem não necessariamente repercutir na outra e também porque não se quer estimular provocação ao Detran para que reveja seu processo de habilitação daquele condutor.

Em situações mais sensíveis, em que se vislumbra a possibilidade - infelizmente, muito comum - de simulação de parte do servidor, alegando falsa insanidade mental, a fim de protelar o andamento do processo administrativo disciplinar ou de obter declaração de incapacidade para acompanhar o processo, a comissão pode lançar mão de algumas estratégias de inteligência investigativa. Diante de casos em que o servidor apresente documentos de natureza médica obtidos de forma unilateral, particularmente e desprovidos de fé pública, e, por um lado, a comissão infere não ser verídica a alegação de incapacidade mental, mas, por outro lado, não se sente segura para indeferir, é interessante a coleta de elementos informadores para instruir a junta médica oficial. A comissão pode até não se expor ao risco de valorar estes novos elementos informadores, cuidando apenas de coletá-los e remetê-los, junto com os quesitos, à junta médica oficial, a fim de lhe propiciar uma visão global do verdadeiro quadro do acusado. É preciso destacar que, em geral, a avaliação médico-pericial em psiquiatria não conta com exames complementares comprobatórios, o que força os médicos peritos a basearem a análise das funções psíquicas do servidor quase exclusivamente em elementos abstratos. Neste contexto, suprir os peritos informações

objetivas é muito proveitoso e valioso para a perícia.

É de se considerar que, não obstante se basear em muitos elementos abstratos e tratar de subjetiva, a perícia medica psiquiátrica não é um ato ilógico e desprovido de técnica. Há toda uma construção objetiva a cargo dos peritos e o fornecimento de informações de vida concreta coletadas com inteligência e a elaboração de quesitos amparadas na técnica da área especializada conferem aos médicos ja juta oficial, sobretudo aos membros sem formação em psiquiatria, melhores elementos para atestarem com segurança e confiança.

Nesta linha, a comissão pode solicitar à Coordenação do Grupo Nacional de Investigação (GNI), por intermédio da Coordenação do Grupo Nacional de Comissões (GNC) e da autoridade instauradora, a realização de operação de campo, a fim de monitorar, em locais públicos, sem invasão de intimidade e de privacidade, a normal atividade do acusado, com capacidades cognitiva e motora aparentando normalidade. É um elemento interssante detectar que o servidor, ao passo em que alega completa incapacidade para se autodeterminar, quando fora do ambiente da relação labral, pratica normalmente todos os atos cotidianos da vida civil.

Na mesma linha de equilíbrio entre o interesse público e a preservação de intimidade e privacidade, pode a comissão pesquisar eventual existência de postagens do servidor, sem restrições de acessos, em redes sociais, com notícias de prática de passeios, viagens, atividades físicas, atos de confraternização e festividades de forma geral que não se coadunem com quadro de alegada debilidade de sua saúde mental

Também é útil a comissão diligenciar em busca de eventual existência de seguros de vida e de financiamentos ou de empréstimos recentes firmados pelo servidor e buscar as autodeclarações de saúde por ele prolatadas diante de companhias seguradoras e de instituições financiadoras e credoras.

Por fim, pode a comissão deliberar a coleta de oitivas de superiores hierárquicos e colegas de trabalho (na hipótese de acusado ativo não licenciado ou afastado) ou de familiares (na hipótese de acusado ativo licenciado ou afastado ou inativo ou ex-servidor), com perguntas padronizadas e organizadas com conhecimento técnico das áreas de psiquiatria e de psicologia - ainda que formuladas por um colegiado leigo, daí porque formam uma oitiva padrão - com o fim de obter informações objetivas e com bom patamar de credibilidade acerca do perfil comportamental do acusado (abrangendo atividades de vida diária laboral ou familiar e funções mentais e psicofisiológicas) que amparem a junta médica a avaliar a sua capacidade mental, em visão conglobante do exame presencial com todos os elementos de inteligência investigativa pré-coletados. Guardadas as devidas cautelas, esta diligência guarda certa analogia com o que se faz em tratamentos psiquiátricos, em que é comum, na anamnese realizada para avaliar graus de incapacidade, a área de assistência social buscar contato com familiares para levantar dados sobre o paciente. Reitera-se que não é intenção fazer com que a comissão, valorando as respostas, afirme se há ou não dúvida acerca da sanidade mental do acusado, mas sim suprir, como elemento adicional de instrução, a perícia a ser realizada pela junta médica oficial. Além da imensa dificuldade técnica ao se tratar de tema tão abstrato, uma vez que, em contexto clínico, a avaliação psiquiátrica engloba diversos fatores de análise, desafiantes até mesmo para médicos peritos sem formação específica em psiquiatria, os integrantes da comissão, como leigos, poderiam incorrer em julgamento de valores e em preconceitos com relação a um possível portador de transtorno mental. As perguntas sugeridas abaixo devem ser adaptadas à peculiaridade de cada caso, pois algumas somente se aplicam se o depoente tem relação laboral com o acusado (caso provável de qualificação como testemunha) e outras cabem apenas para depoente que com ele guarda relação familiar (caso provável de qualificação como declarante).

- Perguntas sobre aparência e aspecto:

- O servidor costuma apresentar-se em boas condições de higiene e vestimentas adequadas de acordo com a situação?
- O servidor costuma utilizar adornos de vaidade e aparenta cuidado com sua aparência?
- Houve algum momento da vida do servidor em que ele mudou bruscamente a aparência, a postura, a forma de andar e os hábitos de higiene? Em caso afirmativo, quando? Em decorrência de qual motivo? Consegue exemplificar?

- Perguntas sobre postura e atitudes:
  - O servidor tem bom relacionamento interpessoal? O servidor relaciona-se bem com colegas de trabalhos, vizinhos, parentes e outras pessoas? Houve alguma mudança na relação interpessoal perceptível? Em caso afirmativo, desde quando? Em decorrência de qual motivo? Consegue exemplificar?
  - O servidor sofre ou já sofreu queixas decorrentes de seu comportamento em relação a outras pessoas, tais como agressividade, desrespeito, indiferença, sedução, assédio, entre outros? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?
  - O servidor apresenta ou já apresentou reações desproporcionais aos acontecimentos, tais como agressividade excessiva, abatimento excessivo, entre outros? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?
  - O servidor é cooperativo em seu ambiente de trabalho? Em caso negativo, desde quando? Aconteceu algo específico que motivou essa mudança?
  - O servidor é uma pessoa sociável? Consegue descrever a vida social do servidor?
- Pergunta sobre nível de consciência (sedação e intoxicação):
  - O servidor apresenta-se em estado de lucidez no convívio diário e tem noção da realidade? Em caso negativo, o que leva a entender que não? Consegue identificar desde quando?
- Perguntas sobre atenção e inteligência:
  - O servidor consegue concentrar-se nas atividades que está realizando? O servidor consegue finalizar as atividades propostas, de forma satisfatória? Em caso negativo, o que leva a entender que não? Consegue identificar desde quando?
  - O servidor aparenta estar distraído com frequência, com prejuízo na realização de suas atividades ou interação social? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?
  - O servidor manifesta ou já manifestou sensação de perseguição, de estar sendo vigiado, de ser vítima de complôs, com prejuízo na realização de suas atividades ou interação social? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?
  - O servidor é capaz de dialogar de maneira adequada, interagindo de maneira satisfatória com outra pessoa? Em caso negativo, o que leva a entender que não? Consegue identificar desde quando?
  - O servidor apresenta bom aproveitamento nas atividades que realiza e cumpre as metas propostas? Em caso negativo, o que leva a entender que não? Consegue identificar desde quando?
  - O servidor tem boa capacidade de aprendizado de novas tarefas, compatíveis com

sua escolaridade? O servidor tem interesse em aprender novas tarefas?

- Pergunta sobre memória:
  - O servidor aparenta ter algum *deficit* de memória, recente ou remota, com prejuízo de seu desempenho profissional ou interação social? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?
- Perguntas sobre comportamento, conduta e sensopercepção:
  - O servidor demonstra com frequência episódios de agitação, ansiedade ou lentificação motora? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?
  - O servidor informa ou demonstra apresentar ilusões ou alucinações, como, por exemplo, ouvir vozes ou enxergar vultos. Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?
  - O servidor apresenta ou já apresentou comportamentos excêntricos ou bizarros? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?
- Pergunta pensamento (ideias lógicas, fluxo e conteúdo):
  - O servidor demonstra ter ideias lógicas nos diálogos e outras formas de comunicação, compatíveis com sua condição sociocultural? Em caso negativo, o que leva a entender que não? Consegue identificar desde quando?
  - O servidor demonstra ou aparenta ter pensamento lento, acelerado ou fuga de ideias, não conseguindo completar o pensamento? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?
  - O servidor demonstra ou já demonstrou ter ideias irreais ou absurdas? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?
- Pergunta sobre linguagem (quantidade, velocidade e qualidade):
  - O servidor comunica-se de forma adequada, tanto verbalmente, com frases bem elaboradas, ou fala demais ou muito rapidamente ou muito pausadamente, quanto em comunicação não verbal, em seus gestos e olhares? Em caso negativo, o que leva a entender que não? Consegue identificar desde quando?
- Pergunta sobre afetividade e humor:
  - O servidor apresenta ou já apresentou alterações de humor evidentes e importantes, podendo incorrer em prejuízo profissional e social, tais como humor deprimido ou episódios de euforia de alegria excessiva, muita agitação ou gastos descontrolados de dinheiro? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?
- Pergunta sobre juízo crítico:
  - Qual a relação do servidor com a sua patologia? O servidor fala sobre ela? O servidor consegue entendê-la? O servidor relaciona com algum evento específico em sua vida?
- Perguntas sobre sono e apetite:
  - O servidor apresenta ou alega apresentar distúrbios de sono? O servidor apresenta-se com frequência sonolento durante o dia? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente?
  - O servidor apresenta ou alega apresentar distúrbios de apetite? O servidor sofreu de alterações importantes de perda ou de ganho excessivo de peso? Em caso afirmativo,

desde quando? É recorrente?

- Perguntas sobre abuso de substâncias:
  - O servidor possui histórico de abuso de substâncias lícitas e/ou ilícitas? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?
  - O servidor já se apresentou no trabalho aparentando estar sob efeito de abuso de alguma substância lícita e/ou ilícita? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?
  - O servidor já fez tratamento para abuso de substâncias líticas e/ou ilícitas? Em caso afirmativo, desde quando? O servidor continua em tratamento? Houve internação ou foram apenas consultas médicas?
- Perguntas sobre vida social:
  - O servidor possui companheira e amigos? O servidor apresenta ou aparenta ter vida social adequada? O servidor frequenta ambientes sociais, tais como festas, celebrações religiosas e outros? Em caso negativo, o que leva a entender que não? Consegue identificar desde quando?
  - O servidor apresenta ou apresentou alterações bruscas de convívio social, tais como ter passado a se isolar recentemente ou a se relacionar aparentemente em excesso? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?
  - O servidor possui, no geral, bom convívio familiar? Em caso negativo, o que leva a entender que não? Consegue identificar desde quando?
- Pergunta sobre redes sociais:
  - O servidor é ativo em redes sociais? Nestas, o servidor demonstra ter uma vida equilibrada, postando interação social adequada, tais como viagens, festas, atividades físicas?
- Perguntas sobre aspecto profissional:
  - O servidor é um profissional comprometido, responsável e com bom desempenho? Em caso negativo, o que leva a entender que não? Consegue identificar desde quando?
  - O servidor tem alto absenteísmo? Em caso afirmativo, por quais motivos em sua maioria?
- Pergunta sobre outros temas:
  - O servidor possui carteira nacional de habilitação (CNH)? Em caso afirmativo, é possível identificar a data da última renovação?
  - O servidor possui seguros de vida ou financiamentos ou empréstimos? Em caso afirmativo, é possível identificar a instituição seguradora ou financiadora ou credora?

A alegação, por parte da defesa, de suposta incapacidade mental - seja à época dos fatos, seja sobretudo à época do processo disciplinar - traz uma questão complexa para a comissão apreciar, visto não ser formada por médicos públicos. Mas é de se entender que a perícia médico-psiquiátrica, ainda que calcada em muitas apreciações abstratas por parte dos peritos e em geral com pouco ou nenhum amparo em exames diagnósticos conforme ocorre com molésticas orgânicas (inclusive do sistema nervoso), não é um ato aleatório, ilógico e sem técnica. Há diversos aspectos, fatores e sinais, alguns até objetivos, a serem observados pelos peritos, atinentes não só à função mental do servidor, mas conglobantemente também acerca de suas funções psicofisiológicas, em conjunto com o estado geral geral de suas

atividades de vida diária e de sua atuação social. Com base na interpretação deste conjunto dinâmico de informações e na correlação com os sintomas alegados, os peritos avaliarão a suposta incapacidade (e o seu grau, se for o caso) do acusado ao tempo do cometimento do fato e/ou ao tempo da apuração do PAD ou,ao contrário, também poderão atestar se tratar de mera simulação.

Em geral, o servidor traz atestados ou relatórios médicos particulares, afirmando o acometimento de determinada doença, com a aposição do respectivo código. Neste tema convém detalhar que a Organização Mundial da Saúde (OMS) publicou a Décima Revisão da Classificação Internacional de Doenças e de Problemas Relacionados a Saúde (CID-10), por meio da qual agrupa as doenças em diversas categorias classificadas por códigos formados por três caracteres, sendo o primeiro caráter (uma letra) indicador da categoria e o segundo e terceiro (numéricos crescentes) subdivisores das moléstias agrupadas. Aqui, interessa apenas mencionar a categoria F00 - F99, de classificação de transtornos mentais e de comportamento.

Em agosto de 2020, foi feito um levantamento das alegações de insanidade mental no sistema correcional da RFB, anotando-se os diagnósticos que figuram nesta categoria da CID-10, obtendo-se, então, a lista com os códigos mais recorrentes e potencialmente geradores de incidente de sanidade mental em decorrência de doenças de ordem psiquiátrica nos PADs nos últimos anos em todos os Escritórios de Corregedoria (Escor).

Sobre esta lista foi feito um minucioso trabalho, na linha acima já mencionada do emprego do conhecimento técnico das áreas de psiquiatria e de psicologia (até porque a formulação da já apresentada oitiva padrão se inseriu no mesmo contexto), com o objetivo de descrever as diversas nuances da perícia médica psiquiátrica, os indicativos de simulação e, sobretudo, a descrição daqueles códigos aqui alegados e a possibilidade de gerarem ou não incapacidade mental disciplinarmente relevante. Este trabalho se encontra reproduzido no **Anexo IV**, cuja leitura se recomenda.

A leitura atenta deste Anexo, em uma abordagem aqui bastante sintética e até simplista, permite a inferência de que, dentre o rol de doenças de natureza psiquiátrica classificadas nos diversos agrupamentos da categoria F00 a F99, os diagnósticos trazidos do médico assistente particular nos agrupamentos F10 a F19 (transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de substância psicoativa), F20 a F29 (esquizofrenia, transtornos esquizotípicos e transtornos delirantes) e F30 a F39 (transtornos do humor), sobretudo os dois últimos, apresentam alguns códigos (não todos) com potencial possibilidade de acarretar incapacidade mental no paciente e, conquentemente, de impactar no processo disciplinar. Doenças classificadas nos códigos da CID-10 que o trabalho refletido no **Anexo IV** reporta como potencialmente incapacitantes merecem maior cautela de parte da comissão. E, neste caso, conforme se detalha no **Anexo IV**, é preciso acompanhar eventual evolução do quarto caractere (se existir) do código da CID-10, chamado de especificador, pois este pode indicar intimação para renovação de novo relatório médico de parte do assistente ou mesmo submissão à nova perícia médica oficial.

Obviamente, não se tratando de matéria exata, pode haver diagnósticos em algum daqueles códigos da CID-10 mais preocupantes e não se atestar a incapacidade mental, bem como esta pode ser atestada, ainda que temporariamente, para doenças categorizadas em outros agrupamentos *a priori* não tão preocupantes.

Importante introduzir, desde já, a noção crítica de que alguns relevantes reflexos do incidente de sanidade mental no processo administrativo disciplinar independem do objetivo da perícia médica. Em outras palavras, há importantes repercussões da instauração deste incidente que independem das duas épocas possíveis sobre as quais pode se voltar a prova pericial, quais sejam, se a perícia médica visa a avaliar a imputabilidade do acusado à época dos fatos ou se visa a avaliar também - ou somente - suas condições de acompanhar o

processo.

Nesta linha, menciona-se o momento apropriado em que a realização do incidente de sanidade mental deve ser cogitada. Este momento é imediatamente após o surgimento de dúvida razoável acerca da saúde mental do servidor e, à vista de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, isto pode se dar em qualquer estágio do processo, inclusive em fase de julgamento, e não apenas na fase de instrução.

Tanto é assim que, não obstante a forma restritiva com que se iniciou este tópico, em razão de o art. 160 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, *a priori*, prever que a instauração do incidente de sanidade mental decorra de proposta da comissão - o que subentende instância disciplinar já instaurada e em curso -, uma vez que esta proposta é submetida à apreciação da autoridade instauradora e agregando-se a competência regimental do Corregedor e dos Chefes Escor para determinarem diligências e a atenção ao princípio da economia processual, pode esta mesma autoridade determinar a realização da perícia médica ainda em fase de admissibilidade.

> *Orientação Coger nº 3*
> *A instauração do incidente de sanidade mental pode se dar em qualquer momento processual em que se cogite de dúvida acerca da imputabilidade do servidor à época do fato ou da sua capacidade de acompanhar o processo disciplinar, inclusive em sede de juízo de admissibilidade e em fase de julgamento.*

Na linha mais comum de o incidente ser suscitado já no curso do inquérito administrativo, a comissão, em conjunto com a Supervisão do Grupo Nacional de Comissões (GNC), delibera pela realização, *ex officio* ou a pedido, do exame pericial, e, em caso de aquiescência de que de fato é pertinente a feitura deste ato instrucional, o inclui em seu plano de trabalho.

A partir desde ponto, desdobram-se duas possibilidades de instrumentalização: uma, original e tradicionalmente empregada desde o início da atividade correcional na RFB; e outra, como inovação mais formalizada e seguindo a linha recomendada no âmbito da Controladoria-Geral da União (CGU), por sua Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG). A escolha do rito deve ser discutida entre a comissão, a Supervisão do GNC e a autoridade instauradora.

Na procedimentalização tradicional, a comissão formula seus quesitos e oferta à defesa a apresentação de seus próprios quesitos e os encaminha, por ofício, à autoridade instauradora, juntamente com outros documentos porventura existentes que apontem para a dúvida razoável acerca da sanidade mental do acusado (inclusive advindos de pesquisas investigativas, a exemplo de operações de campo e oitivas padrão). Este ofício da comissão pode ainda sugerir a autoridade instauradora para que esta, se for o caso, provoque a junta médica oficial a diligenciar junto aos médicos assistentes do servidor, no sentido de obter seus prontuários médicos, que lhe foram solicitados diretamente pela comissão mas que não foram fornecidos espontaneamente.

A autoridade instauradora deve então determinar a protocolização, na forma de um processo à parte, do pedido de designação de junta médica oficial, ressaltando a necessidade de que pelo menos um dos integrantes seja psiquiatra, para a realização do exame pericial, contendo os quesitos e todos os documentos que o instruem. Este processo deve ser remetido ao setor responsável pela junta médica oficial da ME/SE/SGC/DAL/SRA ou ME/SE/SGC/DAL/GRA. Em outras palavras, o incidente se processa em auto apartado, devendo ser apensado ao principal somente após se ter o laudo da junta médica oficial. Ressalte-se que, como cabe presumir que o órgão responsável pela junta médica oficial não seja usuário do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), pode-se empregar o Sistema

Eletrônico de Informações (SEI).

Neste rito tradicional, a autoridade instauradora tão somente provoca, já no corpo do processo incidental, por ofício, com apoio do GNC, a área administrativa competente, acima descrita, qual seja, a unidade de saúde integrante do Siass, para que. a seu critério e à sua conveniência, selecione os médicos peritos disponíveis para lhes distribuir o caso, de acordo com as suas próprias demandas, disponibilidades e priorizações internas. Neste formato original de se proceder ao incidente de insanidade mental, não há portaria de pessoal da autoridade instauradora designando os médicos peritos para comporem a junta médica oficial a atuar no caso em curso.

Mas, refletindo o fato de o incidente de sanidade mental ser uma espécie do gênero das provas periciais, cabe recomendar a adoção de um padrão instrumental mais cauteloso e formal. Neste segundo caminho, primeiramente deve a comissão apenas encaminhar à autoridade instauradora, por meio de ofício, os documentos porventura existentes que apontem para a dúvida razoável acerca da sanidade mental do acusado (inclusive advindos de pesquisas investigativas, a exemplo de operações de campo e oitivas padrão) e propor-lhe a realização da prova médico-pericial (da mesma forma que no caminho tradicional, também pode a comissão, desde já, sugerir a autoridade instauradora para que esta, se for o caso, provoque a junta médica oficial a diligenciar junto aos médicos assistentes do servidor, no sentido de obter seus prontuários médicos, que lhe foram solicitados diretamente pela comissão mas que não foram fornecidos espontaneamente).

A autoridade instauradora, após acatar a proposta da comissão, deve se dirigir à unidade de saúde integrante do Siass, por ofício, com apoio do GNC, e solicitar a indicação prévia dos médicos peritos (com seus nomes, nº de inscrições no Conselho Regional de Medicina - CRM e nº de matrículas) que comporão a junta médica oficial, ressaltando a necessidade de que pelo menos um dos integrantes seja psiquiatra. Em seguida, a autoridade instauradora determina a protocolização do processo apartado referente ao incidente de sanidade mental, com a documentação de instrução já disponível. Após receber os nomes dos médicos peritos indicados, a autoridade instauradora os designa para a realização do exame pericial, novamente com apoio do GNC, por portaria de pessoal, formalmente publicada no BS RFB, da mesma forma como se procede nas perícias em geral. Ato contínuo, a comissão elabora seus quesitos e, juntamente com a portaria de pessoal de designação da junta médica oficial, os submete à defesa e oferta-lhe a apresentação de seus próprios quesitos e os encaminha, por ofício, à autoridade instauradora que, enfim, encaminha o processo apartado, com toda a documentação de instrução.

Faz sentido a designação dos médicos peritos se dar por portaria de pessoal da autoridade instauradora (e não da autoridade médica do Siass), pois este ato de instrução, como uma espécie do gênero das provas periciais previstas no art. 151 e especificamente disciplinada no art. 160, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, possui natureza correcional. Ademais, a formalidade de haver portaria de pessoal de designação dos médicos peritos, antes da realização da prova pericial, se harmoniza com o máximo respeito à garantia constitucional do direito ao contraditório, pois, previamente à submissão do servidor ao ato, a defesa pode se insurgir não apenas contra os quesitos da comissão como também contra a composição da junta médica oficial e alegar - desde que motivadamente - possível impedimento ou suspeição de algum dos integrantes, ao mesmo tempo em que confere legitimidade para que aqueles agentes públicos atuem no processo.

Diferentemente do que ocorre no processo penal, em razão da natureza sigilosa da instância disciplinar, somente podem ser disponibilizados para os membros da junta médica estritamente os documentos que suscitaram dúvida razoável da sanidade mental do servidor, não se podendo conceder-lhes acesso integral aos autos.

Orientação Coger nº 9
À vista do sigilo da instância disciplinar, devem ser disponibilizados à junta médica apenas os documentos que suscitaram a dúvida razoável acerca da sanidade mental do servidor.

Além da ausência de poder coercitivo da própria Administração para impor ao servidor que se submeta ao exame de sanidade mental, também não cabe para provocar a Advocacia-Geral da União (AGU) ou o Ministério Público Federal (MPF) a fim de solicitar ao Poder Judiciário a determinação para que o agente o faça, mesmo quando o incidente é suscitado de ofício, por ausência de previsão legal para tal provimento judicial. Menos ainda cabe cogitar desta provocação se a instauração do incidente de sanidade mental decorre de postulação da própria defesa, pois, neste caso, o não comparecimento a que o próprio servidor der causa não implica nulidade. Com amparo judicial, se depreende que esta prova pericial é tida como prova de interesse da defesa, o que não se harmoniza com emprego de condução coercitiva.

CC - Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

STF, Habeas Corpus n 133.078: "Ementa: O incidente de insanidade mental, que subsidiará o juiz na decisão sobre a culpabilidade ou não do réu, é prova pericial constituída em favor da defesa, não sendo possível determiná-la compulsoriamente quando a defesa se opõe."

Na esteira, sem prejuízo do acima exposto de que não cabe a condução forçada, conforme melhor se abordará em **4.10.2.4.5**, cabe apenas à Administração a aplicação da suspensão prevista no art. 130, § 1º, da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para o caso de servidor que se recusa (ainda que por uma única vez) a se submeter à perícia médica. Ressalte-se que trata-se de uma medida coercitiva desprovida de caráter punitivo (tanto que não pode figurar como reincidência), prescinde-se de reiteração da conduta e da instauração de processo administrativo disciplinar para imposição da sanção. Não obstante, no caso de instauração de incidente de sanidade mental em face de servidor acusado em instância disciplinar, é necessária mínima instrumentalização. Neste mesmo processo administrativo incidental, a ser instruído com os documentos que comprovem a conduta omissiva do servidor em não se submeter à perícia médica deliberada, deve-se coletar a manifestação do servidor. Ato contínuo, a autoridade instauradora pode solicitar a seu grupo de assessoramento a feitura de parecer que, após analisar a justificativa apresentada pelo servidor, deve propor a aplicação da pena de suspensão por quinze dias ou propor o arquivamento do feito. No caso de aceitação de proposta de apenação, deve a autoridade instauradora fazer publicar sua portaria de pessoal.

Lei nº 8.112, de 1/12/90 - Art. 130.
§ 1º Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação.

Orientação Coger nº 7
Regularmente instaurado o incidente de sanidade mental, a recusa injustificada para submeter-se à realização da perícia médica, após ser oportunizada a manifestação acerca dos motivos da contrariedade, enseja a aplicação, como mera medida coercitiva à margem do regime disciplinar, da sanção de suspensão de até quinze dias.

Convém lembrar, conforme já aduzido em **4.4.9.1**, que o Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal, emitido pela então Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho no Serviço Público do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - MPDG/SEGRT e aprovado pela Portaria MPDG/SEGRT nº 19, de 20/04/17, prevê a

possibilidade de o servidor se fazer acompanhar na perícia médica oficial de assistente técnico, à sua livre escolha, o qual, mesmo sendo seu médico particular, não tem o direito de interferir no ato. Assim, na eventualidade de se deparar com pedido de tal natureza, sendo esta uma questão muito afeta às peculiaridades da seara médica (inclusive de fortes balizamentos ético-profissionais específicos), convém que a comissão não se manifeste e apenas encaminhe a petição à junta médica oficial. Na verdade, o servidor pode se valer de assistente técnico antes mesmo da perícia, a seu critério, já desde a formulação de seus quesitos, sendo certo, no entanto, que todos os ônus referentes a este agente auxiliar, tais como atos de comunicação sobre a realização do ato, recaem no acusado ou em seu procurador.

> *"Fica a critério do perito a presença de acompanhante durante a perícia, desde que este não interfira nem seja motivo de constrangimento, pressão ou ameaça ao perito ou ao periciado.*
> *O comparecimento a consulta com profissional de saúde, tratamento, procedimentos ou exames, por uma fração do dia, não gera licença, por falta de amparo legal, mas deverá ser comprovado por meio de declaração de comparecimento emitida pelo profissional assistente, para servir como justificativa de afastamento, ficando a critério da chefia imediata do servidor a compensação do horário, conforme a legislação em vigor (parágrafo único do art. 44 da Lei no 8.112, de 1990).*
> *O atestado do assistente não reúne, por si só, os elementos suficientes para a concessão de licenças motivadas por incapacidade resultante de doença ou lesão. Cabe ao perito retirar do atestado as informações que servirão de base para orientar seu trabalho, podendo acatar ou não a sugestão do profissional assistente. Para tanto o perito poderá solicitar ao servidor ou seu dependente legal a apresentação de pareceres, exames, atestados e relatórios (...).", Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - Secretaria Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho no Serviço Público, "Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal", 3ª edição, 2017, pgs. 5 de seu Capítulo I, 15 de seu Capítulo II e 56 de seu Capítulo III*

Quanto à origem da junta médica oficial, em princípio, busca-se no próprio órgão a que está vinculado o servidor (ou seja, no caso, empregam-se os médicos ou as juntas médicas oficiais das Superintendências (ou Gerências) Regionais de Administração da Diretoria de Administração e Logística da Secretaria de Gestão Corporativa da Secretaria-Executiva do ME (ME/SE/SGC/DAL/SRA ou ME/SE/SGC/DAL/GRA)). Não obstante, ao tratar da assistência à saúde do servidor, o art. 230 da Lei nº 8.112, de 1990, prevê ainda a possibilidade de se realizarem perícias médicas oficiais em qualquer unidade do Subsistema Integrado de Atenção à Saúde do Servidor Público Federal (Siass) de outros órgãos públicos da área de saúde ou no Instituto Nacional de Seguro Social (INSS).

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 230. A assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família compreende assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, terá como diretriz básica o implemento de ações preventivas voltadas para a promoção da saúde e será prestada pelo Sistema Único de Saúde - SUS, diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou mediante convênio ou contrato, ou ainda na forma de auxílio, mediante ressarcimento parcial do valor despendido pelo servidor, ativo ou inativo, e seus dependentes ou pensionistas com planos ou seguros privados de assistência à saúde, na forma estabelecida em regulamento. (Redação dada pela Lei nº 11.302, de 10 de maio de 2006)*
> *§ 1º Nas hipóteses previstas nesta Lei em que seja exigida perícia, avaliação ou inspeção médica, na ausência de médico ou junta médica oficial, para sua realização o órgão ou entidade celebrará, preferencialmente, convênio com unidades de atendimento do sistema público de saúde, entidades sem fins lucrativos declaradas de utilidade pública, ou com o Instituto Nacional do*

> *Seguro Social - INSS. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
> *§ 2º Na impossibilidade, devidamente justificada, da aplicação do disposto no parágrafo anterior, o órgão ou entidade promoverá a contratação da prestação de serviços por pessoa jurídica, que constituirá junta médica especificamente para esses fins, indicando os nomes e especialidades dos seus integrantes, com a comprovação de suas habilitações e de que não estejam respondendo a processo disciplinar junto à entidade fiscalizadora da profissão. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *§ 3º Para os fins do disposto no caput deste artigo, ficam a União e suas entidades autárquicas e fundacionais autorizadas a: (Incluído pela Lei nº 11.302, de 2006)*
> *I - celebrar convênios exclusivamente para a prestação de serviços de assistência à saúde para os seus servidores ou empregados ativos, aposentados, pensionistas, bem como para seus respectivos grupos familiares definidos, com entidades de autogestão por elas patrocinadas por meio de instrumentos jurídicos efetivamente celebrados e publicados até 12 de fevereiro de 2006 e que possuam autorização de funcionamento do órgão regulador, sendo certo que os convênios celebrados depois dessa data somente poderão sê-lo na forma da regulamentação específica sobre patrocínio de autogestões, a ser publicada pelo mesmo órgão regulador, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias da vigência desta Lei, normas essas também aplicáveis aos convênios existentes até 12 de fevereiro de 2006; (Incluído pela Lei nº 11.302, de 2006)*
> *II - contratar, mediante licitação, na forma da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde que possuam autorização de funcionamento do órgão regulador; (Incluído pela Lei nº 11.302, de 2006)*

Interessante registrar a inovação simplificadora trazida pela Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal, da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, do Ministério da Economia (ME/SEDGG/SGP). Por meio da sua Portaria ME/SEDGG/SGP nº 190, de 5 de setembro de 2019, passou-se a aceitar, em todo Poder Executivo federal, a perícia médica oficial ser realizada por videoconferência ou por ferramenta similar de transmissão de sinais de áudio e vídeo, disponibilizada pela Administração, em tempo real, conforme define o art. 2º. E o art. 4º da mesma norma exige que apenas um dos médicos esteja presente junto ao servidor, podendo o(s) outro(s) estar(em) conectado(s) remotamente.

> *Portaria ME/SEDGG/SGP nº 190, de 2019 - Art. 2º A avaliação por junta oficial poderá ser realizada com a utilização do recurso de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, disponibilizado pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal.*
> *Art. 4º Na avaliação por junta oficial com a utilização do recurso de videoconferência é obrigatória a presença de pelo menos um perito oficial no mesmo recinto do periciando.*

Neste tema, cabe relembrar o já aduzido em **4.4.9.1**, quando se abordou a questão da licença para tratamento de saúde do servidor e da perícia médica oficial realizada para este fim específico. Naquele tema, a apresentação desta instrumentalidade pericial simplificadora se fez de forma mais completa, afinal, na norma reguladora, a saber, o Decreto nº 7.003, de 9 de novembro de 2009, o inciso II do § 1º do seu art. 2º, em sua redação atualizada, passou a prever a realização da perícia médica oficial na modalidade de avaliação por telessaúde, reiterada na norma regulamentadora, qual seja, a Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 15 de dezembro de 2022, mais especificamente no inciso II do *caput* do seu art. 2º. Mas é necessário ressalvar que, embora o Decreto nº 7.003, de 2009, e a Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 2022, contenham regramentos específicos para a perícia médica oficial na modalidade de avaliação por telessaúde (o que se subentende um sinônimo para a perícia

médica oficial por videoconferência instituída pela Portaria ME/SEDGG/SGP nº 190, de 2019), para o tema específico em apreço, qual seja, o incidente de sanidade mental, em que não se cogita de concessão de licença para tratamento de saúde do servidor, é esta última norma que aqui mais interessa.

O que mais importa destacar no presente tópico é a condição imposta pelo art. 11 da Portaria ME/SEDGG/SGP nº 190, de 2019, de que o periciado deve ter prévia ciência não só da modalidade virtual de coleta da prova mas também das suas limitações e diferenças em comparação com a perícia médica oficial na modalidade de avaliação presencial, tendo a norma inclusive um anexo em que se deve coletar esta aquiescência de parte do servidor.

> *Portaria ME/SEDGG/SGP nº 190, de 2019 - Art. 11 O servidor solicitante da perícia deverá ser previamente informado sobre as limitações da avaliação por videoconferência em comparação com a avaliação presencial, sendo obrigatória a assinatura do termo de ciência constante do Anexo.*

Apenas como reforço da cautela acima exposta acerca da necessária prévia ciência do servidor, apesar das ressalvas já mencionadas para a aplicação do Decreto nº 7.003, de 2009, e da Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 2022, para fim de incidente de sanidade mental, convém acrescentar que o § 3º do art. 2º e o 2º do art. 10 das respectivas normas permitem que o servidor se recuse a se submeter a tal formato remoto mesmo quando se trata de perícia médica oficial na modalidade de avaliação por telessaúde para fim de concessão de licença para tratamento de saúde do servidor.

> *Decreto nº 7.003, de 2009 - Art. 2º*
> *§ 3º Ao servidor é assegurado o direito de recusar a avaliação por meio de telessaúde. (Incluído pelo Decreto nº 11.255, de 2022)*
>
> *Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 2022 - Art. 10.*
> *§ 2º Ao servidor é assegurado o direito de recusar a avaliação por meio de telessaúde, devendo indicar esta opção no momento que encaminhar o atestado, via SOUGov.*

Finalizando a abordagem desta simplificação instrumental, os arts. 3º, 6º e 7º da Portaria ME/SEDGG/SGP nº 190, de 2019, impõem que a realização da perícia médica oficial por videoconferência (ou na modalidade de avaliação por telessaúde) condicione-se aos fatos de o aparato tecnológico ser institucional e de os membros da junta médica oficial estarem simultaneamente conectados pelo recurso de transmissão de sinais de áudio e vídeo, ao amparo de registro eletrônico fechado com preservação da privacidade e do sigilo e com óbvia vedação de gravação do ato, a fim de se preservar a intimidade do servidor.

> *Portaria ME/SEDGG/SGP nº 190, de 2019 - Art. 3º A avaliação por junta oficial com a utilização do recurso de videoconferência será realizada nas dependências de uma Unidade SIASS ou em instituição da Administração Pública Federal com estrutura apropriada para a realização da avaliação.*
> *Parágrafo único. Quando não houver Unidade SIASS na localidade de exercício do servidor, o órgão interessado poderá valer-se de parcerias com outros órgãos e entidades para a obtenção da infraestrutura tecnológica necessária à avaliação.*
> *Art. 6º Durante a avaliação os membros da junta oficial deverão estar conectados simultaneamente por meio do recurso de videoconferência e do SIAPE Saúde.*
> *Art. 7º A avaliação por videoconferência ocorrerá em ambiente adequado e através de sistema de registro eletrônico fechado, garantindo-se a privacidade e o sigilo das informações.*
> *Parágrafo único. Será assegurado o grau de sigilo da avaliação, conforme preceituam os Códigos de Ética da Medicina e da Odontologia, possibilitando-se a visualização adequada e momentânea do ato e dos documentos periciais,*

vedada a gravação de áudio e vídeo.

O esclarecimento da questão, a cargo do corpo técnico competente e dotado de fé pública, é importante no processo disciplinar pois, dependendo do momento sobre o qual se cogita da incapacidade mental, a instância administrativa pode se ver obrigada a suspender o prosseguimento do feito disciplinar ou até mesmo a acatar o conceito de inimputabilidade. Na esfera penal, diz-se inimputável aquele que, comprovadamente, mediante perícia médica, é inteiramente incapaz de entender o caráter delituoso de sua conduta, restando então isento de pena.

CP - Inimputáveis
Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Assim, basicamente, o que se quer saber da junta médica oficial se resume a duas questões: se o servidor tinha capacidade de entender a ilicitude de sua conduta à época do cometimento e se o servidor tem capacidade de acompanhar o processo e nele exercitar sua defesa ao tempo do processamento. Embora faça parte do rol de quesitos sugeridos, não é absolutamente indispensável que a comissão pergunte à junta médica oficial qual a doença porventura acomete o servidor. A rigor, pode não interessar à comissão, não formada por médicos públicos e em geral integrada por leigos na matéria, saber qual a doença, pois o que importa ao colegiado é saber se dela decorrem, ou não, efeitos incapacitantes. At´porque, conforme já exposto, os laudos médicos, particulares ou oficiais, apresentam as moléstias por meio dos códigos internacionalmente padronizados da CID-10 e não necessariamente por por sua descrição. Mas, à vista da peculiaridade do caso concreto, não se desperdiça a oportunidade de provocar com mais profundidade a junta médica oficial, enriquecendo o rol de quesitos, inclusive questionando se o servidor é portador ou não de doença ou deficiência mental e qual, em caso positivo.

Os quesitos a seguir listados foram selecionados e organizados a partir não só da experiência prática acumulada e depurada pelo sistema correcional no enfrentamento do tema em casos concretos, como também de referências doutrinárias e destacadamente de consultas com especialistas das áreas da psiquiatra e da psicologia, a exemplo das perguntas da oitiva padrão de instrução da perícia médica.

Não obstante, são mera sugestão exemplificativa e de referência não exaustiva de uma lista bastante abrangente para serem apresentados pela comissão, podendo ser eliminados ou modificados alguns ou até mesmo inseridos outros, sempre atentando para o foco que se quer esclarecer: se se quer avaliar a inimputabilidade penal à época dos fatos e/ou a capacidade de acompanhar o processo. Obviamente, os quesitos podem se reduzir, limitando-se a abarcar apenas um dos aspectos temporais (época do fato ou época do processo) se porventura a discussão de suposta insanidade se concentra em apenas um destes momentos.

Além de quesitos gerais que podem ser incluídos qualquer que seja o foco apuratório, há quesitos dirigidos ao tempo do cometimento do fato, quesitos dirigidos ao tempo do processamento e quesitos voltados para o tempo futuro. Como o mais comum é a comissão se deparar com a alegação do acusado de que não tem condições de saúde mental para acompanhar o processo, os quesitos voltados para existência ou não de males atuais foram elaborados de forma genérica e ao mesmo tempo bastante seletiva, possibilitando serem respondidos também por médicos não psiquiatras, mas visando a conduzir, de forma muito restritiva e crítica, o entendimento da junta médica acerca da suposta incapacidade mental do acusado. E, obviamente, pode a defesa acrescentar os seus quesitos, em contraposição aos quesitos da comissão, sendo excepcional a decisão de parte da comissão de indeferir quesito formulado pela defesa, pois trata-se de tema sensível de cerceamento à ampla defesa e ao

contraditório.

- Quesitos gerais (tanto sobre males pretéritos quanto futuros):
  - O servidor foi ou é portador de doença ou deficiência mental? Em caso afirmativo, qual a doença ou deficiência mental?
  - Em caso afirmativo, quais os exames, porventura apresentados, comprovam a possível doença ou deficiência mental?
  - Considerando as respostas aos dois quesitos, é possível estimar a data do início da doença ou deficiência mental? E da cessação, se for o caso? Qual (ano e mês)?
- Quesitos acerca de males pretéritos:
  - O servidor, por doença ou deficiência mental era, ao tempo do fato objeto do processo administrativo disciplinar (devendo a comissão indicar mês e ano ou período do fato sob apuração), inteiramente incapaz de entender-lhe o caráter supostamente ilícito?
- Quesitos acerca de males atuais:
  - Qual o estado atual da saúde mental do servidor?
  - O servidor encontra-se em uso atual de medicação? Em caso afirmativo, qual medicação e em qual dose? Qual foi o motivo da prescrição? Há quanto tempo encontra-se em uso de tal medicação?
  - Existe a presença de alucinação? Em caso afirmativo, especificar a alucinação, informar se é aguda ou crônica e há quanto tempo o servidor a apresenta.
  - Existe a presença de delírio? Em caso afirmativo, especificar o delírio, informar se é agudo ou crônico e há quanto tempo o servidor o apresenta.
  - O servidor apresenta algum comprometimento de juízo de realidade? Em caso afirmativo, especificar.
  - Considerando as respostas às perguntas cinco últimos quesitos, o servidor possui, atualmente, alguma restrição decorrente de doença ou deficiência mental no que concerne ao seu discernimento para participar de processo administrativo disciplinar e, destacadamente, de ser interrogado sobre fatos constantes do processo?
  - O servidor, em razão da doença ou deficiência mental constatada, sofre alguma limitação para se locomover? Em caso afirmativo, especificar.
- Quesitos acerca de previsões futuras:
  - Caso esteja impossibilitado de responder a processo administrativo disciplinar, em razão de sua doença ou deficiência mental, há alguma expectativa de melhora, de tal sorte que possa a vir a acompanhar o citado processo e ser interrogado?
  - O servidor necessita de reavaliação médica? Em caso afirmativo, qual a data limite?
- Quesitos da defesa (caso os apresente).

Após a devolução do processo incidental da junta médica oficial para o Escor, contendo o laudo pericial, a autoridade instauradora deve remetê-lo para a comissão, a fim de ser apensado ao PAD.

Daí, se a junta médica oficial atesta a capacidade mental do servidor tanto à época do fato quanto à época em que é processado, o processo administrativo disciplinar segue normalmente, com o próprio acusado.

Mas se a junta médica oficial atesta a incapacidade mental do servidor apenas à época

da conduta tida como ilícito funcional, declarando-o normal à época em que é processado, a comissão relata o fato à autoridade instauradora, com proposta de que seja arquivado o processo administrativo disciplinar, salvo se houver prejuízo a ser ressarcido ao erário, quando então prosseguirá, com a presença do próprio acusado, para inscrição em dívida ativa.

Já se a junta médica oficial atesta a incapacidade mental do servidor não só à época da conduta ilícita como também à época do processo, igualmente a comissão relata à autoridade instauradora com proposta de arquivamento do processo administrativo disciplinar, salvo se houver prejuízo a ser ressarcido ao erário, quando então, neste caso, prosseguirá, para inscrição em dívida ativa, com a presença de defensor, a ser designado pela autoridade administrativa competente para o processo de ressarcimento, ou por curador, se porventura existir, por designação do juízo civil em decorrência de interdição judicial.

> *CPP - Art. 151. Se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável nos termos do art. 22 do Código Penal, o processo prosseguirá, com a presença do curador.*
> *(**Nota**: O antigo art. 22 do CP passou a ser art. 26, com a redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*
>
> *CC - Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.*
> *Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:*
> *II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;*
> *Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:*
> *I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015)*
> *III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

Neste caso, em que, além da comprovada incapacidade mental à época, a junta médica oficial atesta que a incapacitação de se autodeterminar permanece, instrui-se o processo disciplinar com cópia do processo do incidente de sanidade mental, desapensa-se este do principal, arquiva-se o principal e remete-se apenas o processo do incidente de sanidade mental de volta ao Serviço Médico, a fim de que se opine sobre a necessidade de se conceder licença para tratamento de saúde (por no máximo 24 meses) e, após este período, aposentadoria por invalidez.

E, por outro lado, se a junta médica oficial conclui que o servidor é doente mental à época em que corre o processo (a ponto de não compreender a ilicitude e de se defender) mas que a doença é posterior à infração, ou seja, que ele tinha capacidade à época do cometimento do fato, o andamento do processo administrativo disciplinar fica suspenso (pelo limite máximo do prazo prescricional, que, *a priori*, não se suspende) até que se comprove a cura ou ao menos a melhora a ponto de poder acompanhar o processo, quando prosseguirá em seu curso normal de apuração da responsabilidade pelo ato (inclusive com a faculdade de se refazer atos de instrução que porventura tenham sido realizados sem sua presença).

> *CPP - Art. 152. Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2º do art. 149.*
> *§ 2º O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença.*
>
> *Parecer Dasp. Insanidade mental - Nexo de causalidade*
> *Não deve ser demitido o funcionário alienado mental, ainda quando haja dúvidas a respeito de qual seria seu estado psíquico à época em que cometeu a*

> *infração. Mediando, aliás, poucos meses entre a prática do ilícito e a constatação oficial da insanidade mental, é fácil presumir-se que já havia esta por ocasião daquela.*

Neste ponto, novamente se remete à leitura do **Anexo IV**, em que foram apresentadas expectativas médias de tempo de melhoria de moléstias psiquiátricas relevantes. De se perceber daquele trabalho técnico que há previsões de recuperação da capacidade de acompanhar o processo disciplinar em diversos casos em que, de início, se atesta a incapacidade mental. Por este motivo, dependendo do código da CID-10 aplicado, e sobretudo do seu quarto caractere, a comissão deve atentar para a possibilidade de evolução doquadro, cabendo intimar o acusado a apresentar novo relatório médico de seu assistente ou até mesmo submetê-lo a nova perícia médica oficial.

Decorridos vinte e quatro meses sem que o acusado se restabeleça, sendo aposentado por invalidez (conforme o art. 188 da Lei n° 8.112, de 11/12/90), o processo disciplinar é arquivado, salvo se houver prejuízo a ser ressarcido ao erário, quando então prosseguirá, para a reparação civil, com a presença de defensor, a ser designado pela autoridade administrativa competente para o processo de ressarcimento, ou por curador, se porventura existir, por designação do juízo civil em decorrência de interdição judicial.

> *Orientação Normativa Dasp nº 37. Aposentadoria*
> *Unicamente na hipótese de comprovada alienação mental e, consequentemente, de inimputabilidade, o funcionário que tenha praticado infração disciplinar gravíssima poderá eximir-se da sanção expulsiva e obter aposentadoria por invalidez.*
>
> *Orientação Normativa Dasp nº 7. Lesão aos cofres públicos*
> *Comprovada a insanidade mental do funcionário autor de lesão aos cofres públicos, deve ser aposentado, sem prejuízo da inscrição da dívida para cobrança amigável ou judicial, remetendo-se, ao Ministério Público, os elementos necessários a que intente a ação penal.*

Destaque-se que a aposentadoria por invalidez não está alcançada pela vedação prevista no art. 172 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, acerca de exoneração a pedido e aposentadoria para quem responde a processo administrativo disciplinar.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar somente poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.*

Ao final do incidente, tendo sido o processo incidental apensado aos autos e tendo a comissão procedido à análise do laudo, notifica-se o acusado.

Não se perca de vista que as menções anteriores a curador se justificam porque, em casos da natureza do que aqui se trata, tanto já pode estar em curso processo judicial para interdição judicial para os atos da vida civil por motivos externos ao processo disciplinar (ou já ter havido a decisão judicial interditando o servidor) como aquela medida pode vir a ser provocada pela comissão.

No primeiro caso, detectando-se que transcorre processo judicial de interdição, deve a autoridade instauradora informar ao juízo a existência do processo disciplinar; e já havendo decisão de interdição, basta aquela autoridade solicitar ao juízo a concessão de cópia do processo judicial, a fim de ser juntada nos autos administrativos, para que, na sequência, a comissão, movida por sua prerrogativa de livremente valorar as provas autuadas, interprete o alcance e as repercussões cabíveis da decisão judicial no feito disciplinar. Para tanto, *a priori*, a comissão possui soberania para apreciar o conjunto probatório, dispensando que se condicione a oficiar o juízo para que este manifeste como a prova judicial deve ser valorada

na instância disciplinar; não obstante, até pode haver provocação ao juízo na excepcional hipótese de restar alguma dúvida ou insegurança acerca da capacidade ou não do acusado para acompanhar a persecução disciplinar.

Quanto ao segundo caso, de interdição provocada pela comissão, se o servidor obtém a declaração de insanidade mental pela junta médica oficial, em decorrência de doença mental posterior ao cometimento da irregularidade, nada impede, caso se mostre conveniente, que se provoque também a sua interdição judicial, mediante o órgão do Ministério Público Estadual, via autoridade instauradora, segundo se prevê nos arts. 747, IV e 748 do CPC, junto ao juízo civil (embora se reconheça que tal providência não interfere na questão da possibilidade de retomada do processamento, uma vez que o curador porventura designado não poderá acompanhar o processo em nome do acusado). Ou seja, aqui se cogita da seguinte cronologia: tendo o servidor logrado obter da junta médica laudo o declarando incapacitado para acompanhar o processo disciplinar, se assim o é, caba, na seqüência, a comissão provocar a interdição civil. Ressalve-se que, a menos que a sentença expressamente conceda efeito retroativo à interdição, o fato de o servidor ser declarado judicialmente interditado não necessariamente tem o condão de isentá-lo de possível responsabilização administrativa, caso ainda venha a se curar da doença mental a fim de poder se defender no processo, e muito menos de isentá-lo de eventual responsabilização civil.

> *STJ, Recurso Especial nº 550.615: "Ementa: 2. A interdição resulta sempre de uma decisão judicial que verifica a ocorrência, em relação a certa pessoa, de alguma das causas desta incapacidade. A sentença que decreta a interdição, via de regra, exceto quando há pronunciamento judicial expresso em sentido contrário, tem efeito 'ex nunc' (...)."*

Já na cronologia oposta, ou seja, tendo o servidor sido interditado civilmente ao mesmo tempo em que figura como acusado em processo disciplinar, não necessariamente aquela decisão judicial tem o condão de estender ao agente a consideração de incapaz ao tempo do fato ou para acompanhar o feito. Pode-se dizer, com amparo jurisprudencial, que eventual interdição civil não necessariamente repercute em insanidade mental no âmbito disciplinar, pois é viável que razões outras, diferentes de ausência de capacidade de discernimento sobre suas condutas ou de ausência de capacidade de acompanhar o processo disciplinar, tenha provocado a decisão judicial. Caso não haja, de parte da comissão, dúvida acerca da sanidade mental do servidor, não deve o colegiado acatar alegação da defesa de suposta incapacidade mental e menos ainda deve provocar de ofício o incidente de insanidade mental. É de se compreender que, nos casos mais comuns e genéricos, ressalvando então exceções, a interdição é válida apenas para os atos de vida civil, não repercutindo necessariamente na instância disciplinar.

> *STJ, Habeas Corpus nº 49.767: "Ementa: 2. A conclusão do laudo pericial, ora acostada aos autos, produzido no processo de interdição civil do acusado, é válido apenas em relação aos atos de sua vida civil, não sendo capaz de isentá-lo da culpabilidade penal."*

Na hipótese residual, caso a junta médica ateste nada poder afirmar conclusivamente acerca da existência ou não de doença mental ao tempo do cometimento do fato, é de se perquirir se há prontuários médicos do servidor à época, que possam, de certa forma, suprir a inconclusividade do laudo e amparar a convicção - ainda que precária - de que o servidor aparentava gozar de saúde mental à época (na hipótese de não haver nenhum registro de consultas, licenças, receituários ou quaisquer ocorrências médicas indicadoras de moléstia mental), ou em sentido contrário, de que aparentava já apresentar sintomas de incapacidade mental (na hipótese de haver qualquer registro de ocorrência médica indicador de moléstia mental).

Abra-se neste ponto um parêntese sobre a possibilidade reformadora do laudo pericial

de natureza médica. Antes, relembre-se que o tema já foi enfrentado em **4.4.9**, a cuja leitura se remete, para evitar desnecessária repetição de entendimentos e de comandos normativos ora cabíveis uma vez que são aplicáveis indistintamente a qualquer espécie de prova pericial.

Isto porque, sendo o incidente de sanidade mental uma prova pericial *lato sensu*, materializada nos autos por meio de decorrente laudo pericial (no caso, em espécie, laudo médico), até se pode cogitar, primeiramente, da excepcional hipótese de a prova ser rejeitada por não se harmonizar com o conjunto probatório, à vista da liberdade conferida à comissão para apreciar e para valorar cada elemento formador de convicção.

> *CPP - Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.*

Na esteira desta residualíssima possibilidade, menciona-se a hipótese também incomum de o laudo médico poder ser considerado como inconclusivo, incompreensível ou insatisfatório, tanto por entendimento espontâneo da comissão, tanto em atendimento à provocação da defesa. Na excepcionalidade de tal quadro - que, reitere-se, tem configuração condicionada ao entendimento e à concordância crítica por parte do colegiado, exercitando sua livre valoração do conjunto probatório -, uma das soluções aceitáveis é de a prova pericial ser refeita na mesma instância. Na hipótese, cabe então a mesma instrumentalidade originária de a comissão, por iniciativa própria, provocar a autoridade instauradora para que esta solicite à mesma (ou a outra, a critério do Serviço Médico) junta médica oficial uma nova submissão do acusado à perícia médica oficial. Destaque-se que, até aqui, no saneamento mais completo da crítica à prova materializada nos autos, está se cogitando de feitura de novo ato de instrução e não de simples refazimento ou aditamento do laudo; sem embargo, esta outra hipótese, de mais simples solução, também é aceita, visto que o inciso I do § 5º do art. 159 do CPP, voltado às provas periciais como um todo, permite que, a pedido da parte, se ouçam os peritos ou que se lhes remetam quesitos que redundem em complementação do seu laudo.

> *CPP - Art. 159.*
> *§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*
> *I - requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*
>
> *"O uso de expressões técnicas desconhecidas, por exemplo, pode exigir um esclarecimento adicional.(...) ou (...) a sua conclusão parece contrária ao convencimento que já se tinha; ou então contrasta com todas as demais provas já recolhidas (...). A comissão, então, pode solicitar ao perito que complete, explique ou compareça a audiência para ser inquirido. Esta previsão encontra-se no art. 435 do CPC." Léo da Silva Alves, "A Prova no Processo Disciplinar", pgs. 168 e 169, Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003*
>
> *"(...) Mesmo que não haja acompanhamento da perícia, pois muitas vezes esse exame técnico é feito por órgão ou entidade oficial competente, é sempre possível contraditar o laudo apresentado, podendo-se requerer a inquirição do perito em audiência." Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, "Processo Administrativo", pg. 139, Malheiros Editores, 1ª edição, 2001*

Contrariando a regra geral aplicável para as provas periciais *lato sensu* exposta em **4.4.9**, mas da mesma forma como se aduziu em **4.4.9.1**, há previsão normativa para que o servidor se insurja contra o laudo da perícia médica oficial para fim de incidente de sanidade mental. A Portaria ME/SEDGG/SGP nº 190, de 5 de setembro de 2019, em seu art. 12, permite que o servidor apresente pedido de reconsideração à mesma junta médica oficial que o avaliou e, na hipótese de indeferimento deste primeiro instrumento, pode ainda o periciado

interpor recurso a outra junta distinta de quem indeferiu o pedido de reconsideração, devendo fazê-lo, em ambos os casos, no prazo de trinta dias da ciência da decisão recorrida. Mesmo se reconhecendo que a citada norma disciplina apenas o emprego da modalidade por videoconferência para realização de perícia médica oficial, é certo que não delimita a aplicabilidade da faculdade estabelecida no seu art. 12 para algum fim específico. Sendo assim, se a norma não restringiu, não cabe o aplicador criar vedação do emprego da esfera recursal em perícia médica oficial para fim de incidente de sanidade mental. E, como reforço ao entendimento de que a normatização acerca de perícia médica oficial harmoniza-se com o instituto da esfera recursal, mencione-se, também em sentido extensivo, que a Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 15 de dezembro de 2022, que trata exclusivamente da concessão licença para tratamento de saúde de servidor (ou seja, a rigor, não é aplicável para o presente tema do incidente de sanidade mental), igualmente prevê, em seus arts. 15 a 17, a possibilidade de manejo do pedido de reconsideração e do recurso. Apesar de as duas Portarias aqui mencionadas não tratarem de forma completa toda a gama de possibilidades de perícias médicas oficiais e, portanto, não ter nenhuma das duas afirmado expressamente a esfera recursal para prova pericial em modalidade presencial para fim de incidente de sanidade mental, soaria extremamente irrazoável, à luz da leitura sistemática destas normas, defender a inaplicabilidade para a hipótese em comento. Embora não caiba no presente mencionar recurso hierárquico, em razão da ausência de subordinação hierárquica entre peritos e juntas médicas oficiais, ainda é possível correlacionar a faculdade aqui reconhecida com o exercício do direito estatutário de petição, gênero em que repousam as espécies pedido de reconsideração e recurso (este sim, hierárquico, daí porque esta correlação se faz de forma extensiva), nos arts. 106 e 107 da Lei nº 8.112, de 1990, mais especificamente no Capítulo VIII - Do Direito de Petição do Título III - Dos Direitos e Vantagens.

> *Portaria ME/SEDGG/SGP nº 190, de 2019 - Art. 12. Cabe pedido de reconsideração aos membros que tiverem proferido a primeira decisão da junta oficial, não podendo ser renovado.*
> *§ 1º Na hipótese de indeferimento do pedido de reconsideração, o periciado poderá interpor recurso, que deverá ser dirigido à junta oficial distinta da que apreciou o pedido de reconsideração.*
> *§ 2º O prazo para interposição de pedido de reconsideração ou de recurso é de 30 (trinta) dias, a contar da publicação ou da ciência, pelo interessado, da decisão recorrida.*

Tanto é assim que o já mencionado Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal também prevê as possibilidades de interposição de pedido de reconsideração e de recurso (não necessariamente hierárquico mas sim tão somente a outro perito ou a outra junta médica, o que mitiga o senso comum de hierarquia revisora em seara médica) frente a laudos periciais.

> *"Caso o servidor não concorde com a decisão pericial terá o direito de interpor um pedido de reconsideração que será dirigido à autoridade que houver proferido a decisão sendo a avaliação realizada pelo mesmo perito ou junta oficial.*
> *Na hipótese de novo indeferimento, o servidor poderá solicitar recurso, que deverá ser encaminhado a outro perito ou junta, distinto do que apreciou o pedido de reconsideração.*
> *Em caso de deferimento do pedido de reconsideração ou recurso, os efeitos da decisão retroagirão à data do ato impugnado. Em caso contrário, os dias em que o servidor não comparecer ao trabalho serão considerados como faltas justificadas, podendo ser compensadas de acordo com o previsto no art. 44 da Lei nº 8.112, de 1990, ou seja, a critério da chefia imediata do servidor.*
> *Modelos de Laudos, Registros e Pedidos de Reconsideração e Recurso a Perícia Oficial em Saúde: (...) Tenho ciência que, tratando-se de indeferimento deste pleito, os dias em que não comparecer ao trabalho serão considerados*

> *como faltas não justificadas.”, Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - Secretaria Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho no Serviço Público, “Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal”, 3ª edição, 2017, pg. 38 de seu Capítulo II e modelos de seu Anexo II*

Portanto, caso a comissão receba este tipo de pleito da defesa, dispensa-se a sua análise de admissibilidade em mérito, cabendo ao colegiado tão somente encaminhar à junta médica oficial, a fim de que esta aprecie as alegações do servidor.

Fechando este tema das possibilidades de aprimoramento e de refazimento da prova pericial de natureza médica para fim de instrução de incidente de sanidade mental, convém reproduzir aqui os mesmos entendimentos externados pela AGU e já expostos em **4.4.9** quando se abordou a prova pericial em geral. Destaca-se nesta manifestação doutrinária da AGU o reconhecimento de que a comissão pode provocar, por iniciativa própria ou em atenção a pedido da defesa, a realização de nova perícia (sem denominar de recurso hierárquico), devendo-se atualizar as remissões para os §§ 1º a 3º do art. 480 do CPC.

> *“Outros aspectos a serem observados pela comissão processante quanto à produção da prova pericial são os seguintes:*
> *a) se a comissão entender necessário, poderá intimar o perito para prestar esclarecimentos oralmente sobre determinada questão;*
> *b) a comissão processante deverá basear suas conclusões no que for posto no laudo pericial, sem prejuízo, no entanto, de formar convicção diversa, desde que amparada em outras provas e que o faça de forma fundamentada;*
> *c) a comissão processante poderá solicitar, de ofício ou a requerimento do acusado, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida;*
> *Obs. 1) a segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaíram a primeira e se destina a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu (art. 438 do Código de Processo Civil);*
> *Obs. 2) ‘a segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira’ (art. 439 do Código de Processo Civil);*
> *Obs. 3) a segunda perícia não substitui a primeira, cabendo a comissão processante apreciar livremente o valor de uma e outra.”, Advocacia-Geral da União, “Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, 1ª edição, 2015, disponível em http://www.agu.gov.br/unidade/cgau, acessado em 29/05/17*

Fechado aquele parêntese, eis que, havendo mais de um acusado, sendo declarada a insanidade mental de um deles, recomenda-se desmembrar o processo administrativo disciplinar, a fim de que prossiga seu curso para o outro acusado. Na verdade, esta recomendação pode ser ainda mais elástica, aceitando-se a deliberação de desmembramento, a critério da comissão, se operacionalmente se justifica, já desde o momento em que se propõe a instauração dos autos apartados para avaliação da insanidade mental de um dos acusados.

> *STF, ‘Habeas Corpus’ nº 74.459: “Ementa: Penal. Processual penal. ´Habeas corpus´. Exame de insanidade mental. Desmembramento do processo. Inocorrência de nulidade. (...).*
> *I - Tendo o paciente alegado, durante o interrogatório, que era portador de doença mental, o Juiz determinou a realização do exame pericial e o desmembramento do processo, com base no art. 80 do C.P.P., em face de existência de co-réus com prisão decretada.”*

Em sentido complementar ao que se empregou ao se apresentarem as primeiras repercussões da instauração do incidente de sanidade mental no processo administrativo disciplinar, necessário se faz perceber que alguns importantes reflexos deste ato devem ser apreciados sob enfoques distintos, associados aos já mencionados dois momentos possíveis sobre os quais pode se voltar a prova pericial, quais sejam, se a perícia médica visa a avaliar a

imputabilidade do acusado à época dos fatos ou se visa a avaliar também - ou somente - suas condições de acompanhar o processo.

A primeira aplicação desta percepção, já mencionada acima, reside em que somente se justifica suspender a realização dos atos de instrução probatória, a exemplo do que ocorre no processo penal, no caso de o incidente de sanidade mental ser instaurado para avaliar a capacidade de o acusado acompanhar o processo disciplinar, devendo-se prosseguir com o rito quando visa a avaliar sua imputabilidade. No curso do incidente instaurado para avaliar a capacidade do servidor acompanhar o feito, o andamento do processo administrativo disciplinar propriamente dito fica suspenso, salvo quanto a atos que independam da participação do acusado ou que podem ser prejudicados pelo adiamento ou cuja realização independe do exame (atos referentes a outro acusado, por exemplo). Mas a extensão do período em que a instrução processual deve ficar suspensa varia em razão da origem da instauração do incidente de sanidade mental. Se a realização da perícia decorreu de pedido da própria defesa, a instrução deve ficar suspensa somente até o momento em que a Administração disponibiliza a junta médica ao servidor, podendo ser retomada se este injustificadamente não se sujeita à prova pericial; mas se a realização da perícia médica decorreu de provocação *ex officio* da própria comissão, a instrução processual deve restar suspensa até que a prova se concretize, nem que para isto a autoridade instauradora tenha de lançar mão da já comentada possibilidade de provocar a Advocacia-Geral da União ou o Ministério Público Federal para que solicitem ao Poder Judiciário a determinação para que o faltoso se submeta àquela prova pericial

Em razão desta possibilidade de se ter de suspender o andamento do processo, este exame pericial somente deve ter sua realização deliberada pela comissão se efetivamente houver elementos que justifiquem se cogitar de dúvida acerca do perfeito estado de saúde mental do servidor (como, por exemplo, alegações ou atestados particulares por ele mesmo carreados aos autos). Como uma prova pericial *lato sensu*, sua realização se condiciona à sua imprescindibilidade na formação da convicção, sobretudo se se reporta à capacidade de o servidor acompanhar o feito.

Também se aplica aquela percepção ao se questionar a necessidade de que o servidor já periciado venha novamente a se submeter ao incidente de sanidade mental. Se o objetivo desta segunda perícia for avaliar a imputabilidade do acusado à época dos fatos, não há necessidade de submissão a novo exame, já que aquela realidade pretérita não se alterará no futuro; mas se o objetivo for avaliar sua capacidade de acompanhar o processo, a realização de novo exame condiciona-se à existência de fatos novos acerca de sua alegada insanidade, tais como novos exames, novas ocorrências ou novos tratamentos médicos.

> *Orientação Coger nº 6*
> *A alegação de necessidade de submissão à nova perícia médica somente se aplica diante de fatos novos para reavaliar a capacidade do servidor acompanhar o processo disciplinar.*

Mas pondere-se que, na hipótese de, após ter sido submetido à perícia em que a junta médica tenha atestado a capacidade de o servidor acompanhar o processo, este venha, no curso do inquérito administrativo, a apresentar apenas atestados particulares cogitando de alteração ou de piora em seu quadro médico, a submissão a nova perícia pode ser postergada. Diante desta situação em que a comissão dispõe de um laudo oficial e apenas de atestados particulares posteriores que, em tese, contradizem aquela peça da junta médica, o colegiado pode, antes de provocar que o servidor se submeta a nova perícia médica, tão somente remeter estes documentos privados de seara médica aos peritos, a fim que estes, em seu múnus próprio, avaliem se os novos elementos alteram a convicção externada no laudo oficial ou se este pode ser mantido. Em outras palavras, diante apenas de tal divergência alegada pela defesa, com base puramente em atestados desprovidos de fé pública, pode a comissão de

imediato deixar a cargo da junta médica, na leitura destes atestados, a decisão se cabe ou não submissão a nova perícia ou se cabe apenas, sem nova perícia, ratificar ou retificar seu laudo oficial.

Não obstante, dependendo do código que a doença mental atestada possua na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, Décima Edição (CID-10), pode ser conveniente acompanhar a evolução do quadro, intimando o servidor a apresentar mensalmente novo relatório médico de seu assistente. Neste sentido, deve-se atentar para possível alteração do código da CID-10 ou até mesmo para mudança apenas no seu quarto caractere, o especificador, pois este categoriza o episódio atual do servidor, pois ambos podem se alterar ao longo do tempo, conforme a evolução do quadro. É interessante que a comissão tenha mínima noção não só dos códigos mas também dos seus especificadores em casos em que a perícia médica atesta incapacidade, a fim de se comparar a evolução, o que pode justificar (quando há alteração), ou não, a submissão a uma nova perícia.

Ainda neste rumo das repercussões da instauração do incidente sanidade mental, *a priori*, tal fato não possui o condão de, a favor do poder-dever estatal, suspender a contagem do prazo prescricional. Embora, na hipótese de o servidor ter declarada sua incapacidade de acompanhar o processo, a suspensão da instrução probatória não decorra de inércia ou de omissão da Administração mas sim de motivos alheios à sua vontade, na estrita previsão legal, tanto na Lei nº 8.112, de 11/12/90, quanto no CPP, a instauração do incidente de sanidade mental não suspende a contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva estatal. Não obstante, havendo a recuperação por parte do acusado de sua capacidade de acompanhar o processo, com o fim de poder retomar o processamento até a eventual apenação, pode a Administração adotar medida proativa de buscar a judicialização do processo já no seu curso, provocando a Advocacia-Geral da União ou o Ministério Público Federal para que solicitem, junto ao Poder Judiciário, o reconhecimento da suspensão da contagem do prazo prescricional no período em que o servidor teve declarada a sua incapacidade de acompanhar o feito.

> *Orientação Coger nº 5*
> *A instauração do incidente de sanidade mental somente acarreta a suspensão da instrução probatória se visa a avaliar a capacidade de o acusado acompanhar o processo disciplinar e não suspende o prazo prescricional da pretensão punitiva estatal, não obstante a possibilidade de a administração provocar a Advocacia-Geral da União ou o Ministério Público Federal a fim de solicitarem o reconhecimento judicial da suspensão do prazo prescricional no período em que o servidor teve declarada sua incapacidade de acompanhar o feito.*

Por fim, mencione-se que, no caso de servidor com indícios ou sintomas de insanidade mental mas que não responda a PAD ou sindicância disciplinar ou que não figure de nenhuma forma em qualquer procedimento em curso na Coger ou nos Escor, a análise acerca da realização de perícia médica insere-se exclusivamente no campo de competência gerencial, não devendo ser demandada ao Chefe de Escor ou ao Corregedor, já que, na hipótese, não há poder de coerção do sistema correcional em face do servidor.

> *Orientação Coger nº 10*
> *Indícios ou sintomas de insanidade mental por parte de servidor não envolvido em nenhuma espécie de procedimento correcional deve merecer tratamento gerencial.*

4.4.17 - Encerramento da Busca de Provas

4.4.17.1 - Livre Apreciação do Conjunto de Provas

Após ter buscado esgotar todos os meios de se elucidar o fato em apuração, a comissão decide, em cognição apenas interna, sem necessidade de redigir ata de deliberação, pelo fim da coleta de provas. Neste rumo, resgata-se o que já foi aduzido em **4.3.1** e **4.4.1.4**, relembrando a necessidade de a comissão, desde o início de seus trabalhos, ter identificado delimitadamente o objetivo de sua apuração, ou seja, qual o fato supostamente ilícito que tinha a esclarecer, e ter estabelecido uma estratégia para atingi-lo, por meio de uma sequência de atos instrucionais ao mesmo tempo lógica, enxuta e eficiente.

A conduta padrão que se espera da comissão é de ter envidado máximos esforços para realizar a maior quantidade possível de atos de instrução robustos e convincentes. Não se cogita de, *a priori*, a comissão, imotivadamente, abrir mão da riqueza da instrução probatória. Isto porque, por um lado, provavelmente, não se sustentará no julgamento um trabalho ágil porém insatisfatoriamente instruído, com a consequência de um ônus ainda maior ao se determinar seu refazimento ou sua complementação. Mas, por outro lado, deve a comissão, simultaneamente, também atentar tanto para a qualidade de sua apuração quanto para a celeridade, visando à eficiência, ao buscar conciliar segurança jurídica do trabalho com prazo hábil.

Neste sentido, ainda que não tenha conseguido realizar todos os atos de prova de que se poderia cogitar ou nem mesmo aqueles que a princípio considerava relevantes, pode ser necessário a comissão decidir pelo fim da instrução probatória. Tendo em mãos um conjunto de provas já suficiente para formar convicção, à vista, por exemplo, da demora em obter uma determinada prova complementar requerida ou da inviabilidade prática de se abarcar todo o universo fático, pode ocorrer de a comissão ter de enfrentar a questão de decidir abrir mão de tais provas e de dar prosseguimento ao rito, sem com isto impor prejuízo à qualidade de seu trabalho e à robustez de seu convencimento (ressalve-se que se a comissão tiver redigido ata de deliberação anteriormente pela feitura de determinada prova e venha a desistir, neste caso excepcional, convém que delibere, expressa e motivadamente, pela desistência). Há situações em que é mais razoável a comissão dispensar o preciosismo de esgotar ou exaurir a apuração, concluindo ser suficiente para a formação da sua convicção um universo fático mais restrito, porém bem comprovado, ao invés de buscar um universo fático mais extenso e frágil.

Como regra geral, concentrar esforços em configurar, por meio de provas incontestáveis, uma quantidade discreta de atos é mais produtivo do que despender esforços para tentar configurar extensiva ou exaustiva quantidade de atos, incluindo na apuração elementos de frágil ou discutível convicção. É sempre extremamente improdutivo, além de acarretar variadas formas de desgaste, quando a comissão abre demasiadamente o foco apuratório, tentando abarcar seja um longo período pretérito seja um ilimitado contorno fático. Ademais, a comissão não deve perder de vista que a apuração é sobre os fatos constantes dos autos - aceitando-se a extensão para fatos que porventura tenham surgido no decorrer do apuratório e que guardam relação de conexão com o objetivo inicial do processo - e não sobre a vida como um todo do acusado. Ou seja, se após o esgotamento da instrução probatória, já se tem um conjunto de provas suficientes para formar a convicção ou os fatos inicialmente representados ou narrados ou os fatos a eles conexos não se comprovaram, deve a comissão encerrar a apuração, em lugar de gastar esforços em apurar fatos sem nenhuma conexão com o motivo original da instauração, devassando imotivadamente a vida do acusado até encontrar algo criticável.

Ato contínuo à decisão de encerrar a instrução probatória, a comissão deve expressar a convicção obtida com a leitura das provas coletadas, na indiciação, se for o caso de cogitar de responsabilização, ou diretamente no relatório, no caso de se propor arquivamento. Para isto,

a comissão avalia todo o conjunto probatório por ela mesma coletado. Deve-se atentar para o fato de que nenhuma prova deve ser avaliada isoladamente. Melhor dizendo, ao contrário, ao final da instrução, cada prova deve ser analisada no cotejo das demais, avaliando-se sua conformação ou não com o todo probatório. Neste momento, a comissão tem a seu dispor a análise crítica e a livre apreciação das provas que ela própria trouxe aos autos, conforme o *caput* do art. 155 do CPP, sem se confundir com discricionariedade e arbítrio, conforme já aduzido em **3.3.3.1**. Desta forma, tem-se que não há uma escala fixa de valoração da prova. O valor que se atribuirá a cada prova dependerá da sua conformação ou não com o restante das provas. Por exemplo, não obstante se possa esperar, em princípio, de uma oitiva de testemunha (tomada sob compromisso de verdade) maior valor que de uma declaração descompromissada, pode ser que, na análise de um caso concreto, a declaração descompromissada se revele mais coerente com as demais provas que uma oitiva compromissada, conforme já se aduziu em **4.4.5**. O mesmo já se alertou sobre uma possível confissão e sobre uma possível retratação da confissão, em **4.4.1.1.1.a** e em **4.4.15.6**.

> *CPP - Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*
>
> *"O princípio da livre convicção da prova norteia, também, os processos disciplinares. Não há hierarquia de provas. Nenhuma é mais importante que a outra, em razão da sua natureza. A autoridade administrativa, como o juiz, fará a apreciação livremente, atribuindo a cada prova o valor que lhe parecer adequado. Evidentemente, fundamentando o seu convencimento." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pg. 485, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

Neste ponto, convém reportar ao já mencionado em **4.4.1.1.4.a**, a cuja leitura se remete, com o fim de acrescentar ainda a válida possibilidade de se extrair convencimento mediante provas indiretas por indício. Diz-se dispor de provas indiciárias acerca de determinado fato quando se têm elementos provados no processo que, ao serem considerados, por presunção dedutiva, levam ao convencimento da ocorrência daquele fato. Destaque-se que as provas indiciárias são aceitas em instância processual, não se confundindo com a inválida situação de se impor determinada conclusão à vista apenas de suspeitas não comprovadas.

> *"Além das modalidades probatórias exemplificadamente elencadas na Lei nº 8.112/90, acrescente-se, também, a que resulta de indícios veementes formados pelo conjunto de circunstâncias capazes de gerar convicção da existência do fato e de sua autoria.*
> *Segundo o art. 239 do CPP:*
> *'Considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra, ou outras circunstâncias.'*
> *A definição legal, constante do CPP, refere-se à indução e não à dedução, o que faz lembrar os métodos filosóficos de investigação da verdade, ou seja, o indutivo e o dedutivo.*
> *Pelo método dedutivo, parte-se do geral para o particular e pelo indutivo, que nos interessa, parte-se do particular para o geral.*
> *O raciocínio indiciário deverá, assim, ser formado a partir de fato restrito, comprovadamente existente, para se chegar, por lógica, à conclusão de fato mais geral, que se pretenda provar.*
> *A prova indiciária é resultante do conjunto de condições, vestígios, indícios ou circunstâncias relacionadas com os fatos investigados. (...)*
> *Indícios, portanto, não são meras suspeitas, são circunstâncias cujo exame conjunto e sequencial permitem formar segura convicção, com base no nexo de*

causalidade." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pgs. 148 e 149, Editora Forense, 2ª edição, 2006

"O indício é um conceito largamente utilizado no Direito Processual Penal e, mais ainda, há de sê-lo no Direito Administrativo Sancionador. (...) O Direito Administrativo Sancionador é especialmente receptivo à prova indiciária enquanto meios probatórios, até porque essa modalidade de prova é fundamental no estabelecimento de pautas de 'razoabilidade' nos julgamentos. No campo das responsabilidades sancionatórias, cabe aduzir que os indícios podem ser suficientes para uma condenação, especialmente no terreno do Direito Administrativo repressor (...)." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pgs. 492 a 494, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005

Em síntese, neste momento processual, restam à comissão as possibilidades e condutas que se seguem.

Por um lado, se:

- desde o início do processo administrativo disciplinar, a comissão não vislumbrou elementos para notificar qualquer servidor para acompanhar como acusado o processo e assim se manteve até o final da busca de provas (a rigor, trata-se de hipótese extremamente incomum na processualística disciplinar, sobretudo em especial no grau de elaboração com que se procedimentalizar a fase de admissibilidade no sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - RFB); ou
- tendo notificado algum servidor para acompanhar como acusado o processo, ao final da busca de provas, restou comprovada a inocência do acusado; ou restou comprovado que o acusado cometeu a irregularidade, mas o fez sob excludente de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, cumprimento de dever legal e exercício regular de direito, conforme se verá em **4.6.2.2**); ou não se obtiveram provas cabais nem da inocência e nem do cometimento da irregularidade por parte do acusado (na insuficiência de prova, prevalecem as máximas da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*):

a comissão decide, sem elaboração de ata de deliberação, o final da instrução e, sem indiciação e sem defesa escrita, apresenta o relatório à autoridade instauradora, com propostas de absolvição antecipada e de arquivamento do processo.

STJ, Recurso Especial nº 1.090.425: "Ementa: (...) 2. A sentença penal absolutória que reconhece a ocorrência de causa excludente de ilicitude (estado de necessidade) faz coisa julgada no âmbito administrativo, sendo incabível a manutenção de pena de demissão baseada exclusivamente em fato que se reconheceu, em decisão transitada em julgado, como lícito. (...)"

"No final dos trabalhos apuratórios, chegando a comissão, de modo unânime ou por maioria, ao convencimento de que o fato atribuído ao acusado foi cometido em circunstâncias licitizantes (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito), deverá, em vez de indiciá-lo, suscitar o julgamento antecipado do processo." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 180, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005

"d) existência reconhecida de excludente de criminalidade (art. 23 do Código Penal): se a sentença reconheceu que o ato foi praticado em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, embora existente o fato, e com autoria determinada, a conduta foi juridicizada e tal sentença faz coisa julgada no cível (art. 65, CPP). Portanto, na esfera administrativa o efeito é o mesmo, a conduta perde o caráter de ilicitude." Edmir Netto de Araújo, "O Ilícito Administrativo e seu

Processo", pg. 257, Editora Revista dos Tribunais, 1994, 1ª edição

Por outro lado, se as provas apontarem para a imputação do acusado, a comissão deve indiciá-lo, como ato final da instrução, citando-o para apresentar defesa escrita, com posterior apresentação do relatório à autoridade instauradora.

Aqui se dispensa a elaboração de ata de deliberação declarando encerrada a instrução probatória porque, qualquer que seja o caminho a prosseguir, com indiciação ou com relatório absolvedor, estas duas peças já encerram em si um caráter decisório colegiado, expondo toda motivação da convicção externada pela comissão e assinada pelo trio. Mas não se confunda com vedação: caso a comissão, a seu critério, queira redigir ata de deliberação expressando o fim da instrução, pode fazê-lo, sem incorrer em qualquer ilegalidade; apenas é dispensável.

Havendo divergência de mérito ou de convicção dentro da comissão acerca da decisão de indiciar ou não o servidor, remete-se ao que já se aduziu em **4.3.10.5**.

Destaque-se que, quando se cogita de imputação contrária ao servidor, tanto pode se cogitar de o servidor ter sido efetivamente o executor do fato em si quanto pode se cogitar de ter sido responsável por sua ocorrência, de ter propiciado com sua conduta que o fato ocorresse ou que terceiro o praticasse, concorrendo para a ocorrência.

4.4.17.2 - Aspectos Concretos e Realistas da Formação da Convicção

Teoricamente, à luz da fria literalidade da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, dentro da fase de inquérito administrativo, a sua subfase de instrução probatória seria conduzida pela comissão de inquérito como se esta fosse composta por três servidores que conseguiriam, quando exercendo sua condição de integrantes de um colegiado disciplinar, se dissociar de características inerentes à condição humana, a fim de realizarem a notificação inicial da condição de acusado e coletarem os mais diversos meios de prova (documentais, orais e periciais), ao longo de um razoável período de tempo, sem que jamais se permitissem e tivessem uma avaliação cognitiva do conjunto de informações autuadas e ao seu dispor.

Conceitualmente, é necessário sempre registrar que a comissão de inquérito somente manifesta sua convicção de mérito, pela primeira vez, ao declarar encerrada a feitura de atos de provas e decidirr proceder à indiciação do acusado ou decidir passar direto para o relatório propondo arquivamento. Mas, na inevitável vinculação daqueles três integrantes jurídicos da comissão processante com a sua indissociável condição humana, que embute a inafastável capacidade de ser crítico e de ser analítico de todo homem comum e mediano, é totalmente fictício que aquelas três pessoas passem toda a instrução probatória como se fossem seres estranhos ao processo que eles mesmos conduzem, a ponto de não terem nenhum rascunho de convicção acerca do mérito ao longo daquela subfase.

Seria até ilógico cogitar de que aqueles três seres, servidores em geral capacitados e detentores de algum grau de conhecimento técnico acerca da realidade, do múnus público e das competências de seu órgão e das atribuições funcionais de seu quadro pessoal, conduziriam a busca de provas de forma aleatória, descompassada e não concatenada com alguma linha de raciocínio.

Em outras palavras, o que aqui se quer admitir, abstraindo da elogiável ficção jurídica em que se funda a teoria construída pela Lei, é que, na realidade do mundo concreto do aplicador do Direito, tem sim a comissão de inquérito, a cada momento da instrução probatória, um rascunho de convicção. É indissociável da natureza humana o senso crítico e analítico de qualquer um e inclusive dos três integrantes do colegiado designado que, desde o recebimento dos autos apenas com os elementos que instruíram a fase de admissibilidade, já iniciam seus trabalhos se autopermitindo uma lógica, compreensível e até mesmo esperada e necessária convicção incipiente. Ora, se assim não for, a notificação inicial da condição de

acusado dirigida a um determinado servidor seria um ato às cegas e não uma normal primeira demonstração de que, tendo estudado os autos, o trio cogita de aquele servidor estar envolvido com o fato que se busca apurar. Na sequência, a deliberação pela feitura de determinado ato de instrução não é desarrazoada e imotivada, mas sim decorre da cognição de que, no estado do processo àquele momento, a realização de tal prova se justifica.

É ao mesmo tempo absolutamente defensável e exigível que a comissão de inquérito sempre se dedique a estudar o processo e delibere pela realização de nova prova de forma coerente com a cognição que o trio tem naquele momento processual, à vista de tudo que consta dos autos até a prova anterior. O colegiado tem sim, a cada novo momento da instrução probatória, após a autuação de novo ato de instrução, um rascunho de entendimento, de compreensão, de discernimento acerca do que pode ter ocorrido de fato sobre o objeto que se apura (avaliações e apreciações estas que, inclusive, de tão humanas, podem até variar de integrante para integrante). Não há mínimos pudor ou receio de se afirmar que o trio tem "entendimento", "compreensão" e "discernimento" sobre o fato sob apuração. Estes termos parecem soar eufêmicos em comparação com o termo "convicção" mas são todos sinônimos. Em outras palavras menos eufêmicas, a comissão de inquérito, então, tem convicções momentâneas, ao longo da instrução probatória, acerca do que apura. E é lógico que sim, é óbvio que sim. Não tê-las é que seria de se estranhar e autorizaria o absurdo de se cogitar de ausência de capacidade intelectual e cognitiva dos três integrantes.

Mais que juridicamente lícito, isto é humanamente inevitável. O Direito até pode construir determinadas ficções jurídicas para facilitar sua compreensão ou sua aplicação, mas não pode jamais se dissociar do contexto real em que se insere. Sobretudo quando se trata de instância de Direito processual, que não sobrevive por si só, mas sim é a mera instrumentalidade para se dizer do Direito.

Sendo lícito a cada momento a comissão de inquérito ter um rascunho de convicção já desde a leitura inicial dos autos e seguida da entrega da notificação inicial ao acusado, o que não é lícito e não lhe é permitido é se agarrar omissiva ou vaidosamente a esta sua cognição inicial e dela não se desprender, ainda que a prova dos autos demonstre fatos diversos. Pode sim o colegiado ter convicção de mérito a cada momento da instrução probatória, desde que sempre saiba que esta convicção pode não só ser ratificada e enrubostecida de forma linear a cada novo ato de instrução mas também pode ser destruída, tornando a linha de pensamento do trio já não mais linear, fazendo com que construa uma nova cognição ou até mesmo posteriormente refaça aquela convicção inaugural. Enfim, o que deve ter em mente o trio processante é que, se por um lado, é lícito e até esperado que possua diversos estágios de convicção conforme o processo se desenvolve, por outro lado dele se exige desprendimento em relação a estágios anteriores desta sua cognição, se assim passar a impor a prova dos autos.

E, obviamente, ao longo da instrução probatória, até o interrogatório final do acusado, se de um giro é humanamente compreensível que a comissão de inquérito possua sua forma de de ir compreendendo o que aconteceu sobre o fato em apuração, de outro giro não é licito manifestar pré-julgamento acerca da conduta do acusado. Na verdade, este parágrafo se associa ao anterior, pois o trio apegar-se por omissão ou por vaidade e não mudar seu entendimento, a despeito da prova dos autos, é uma espécie de deixar transparecer o inaceitável pré-julgamento.

Em síntese, a comissão de inquérito pode sim, a cada momento em que se altera o conjunto de provas coletadas, ter os mais diversos graus crescentes de uma mesma convicção ou as mais diversas convicções que sucessivamente se ramificam ou se excluem. Tudo isto na prática, abstraindo-se da ficção legal, é lícito e humanamente esperado. O que não é juridicamente lícito e humanamente tolerável é o colegiado se apegar de forma irredutível a uma determinada convicção e/ou manifestá-la precipitadamente, antes do momento em que

declara definitivamente encerrada a instrução probatória.

A ficção jurídica de aqui se fala é que a Lei nº 8.112, de 1990, possui a inteligência de que, primeiramente, deve a comissão de inquérito esgotar por completo a busca fática do esclarecimento da conduta denunciada ou representada e que suscitou a instauração do processo disciplinar. Tanto é verdade que nem sequer se indicam fato ou enquadramento na portaria de pessoal inaugural, justamente para não influenciar na mais incipiente convicção do colegiado, ao estudar os autos recém-recebidos da autoridade instauradora. Somente depois de ter exaurido e concluído a instrução probatória - na qual facultou à defesa participar contraditoriamente desta busca de provas -, é que a Lei autoriza o trio a "ter uma convicção". Aqui, a ficção jurídica que a Lei cria é que a comissão, de forma ideal, fantasiosa mesmo, apenas neste momento final e conclusivo, obteria sua primeira convicção, quando isto não é verdade, conforme exposto acima.

No caso de convicção contrária ao acusado, esta convicção juridicamente prevista na Lei (não de forma expressa, mas extraída de sua inteligência sistemática, ao autorizar, no *caput* do seu art. 161 que, "*Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indiciação do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas*") é a que vai ser aposta, como primeira acusação formal da comissão de inquérito, na indiciação. E novamente se relembra que a portaria de pessoal inaugural não expõe fato ou enquadramento, para não se confundir com precoce acusação da autoridade instauradora contra o acusado, o que anteciparia, contaminaria e até desqualificaria o trabalho do colegiado. No caso de convicção favorável ao acusado, vai ser manifestada no relatório do trio, propondo arquivamento do feito.

4.5 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - INDICIAÇÃO

4.5.1 - Manifestação de Convicção Preliminar

A indiciação, como último ato da instrução, é o instrumento de acusação formal do servidor inicialmente notificado para acompanhar o processo administrativo disciplinar, refletindo convicção preliminar da comissão de que ele cometeu irregularidade.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 161. Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indiciação do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.*
>
> *"A essência do indiciamento é a demonstração do nexo causal, relação de causa e efeito, detalhada e articulada, entre a conduta do acusado e o resultado produzido, seja esse resultado material ou meramente jurídico. O colegiado disciplinar deve demonstrar que, com a conduta, o agente produziu determinado resultado, e esse resultado encontra subsunção em norma tipificadora, indicando o artigo, os incisos e alíneas, sendo o caso.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pg. 284, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Figurativamente, é como se, a partir deste momento, após a instrução contraditória, a comissão deixasse de se referir à "suposta" irregularidade e "possível" autoria (ou concorrência) para afirmar estar convicta do cometimento do fato por parte do indiciado (sem prejuízo de tal convicção poder ser alterada com a defesa). Deve-se sempre atentar que a responsabilização disciplinar pode não atingir apenas quem comete o ato ilícito, mas, em determinados casos, pode recair sobre quem, embora não o tenha cometido, tenha propiciado, com sua ação ou omissão, que outro o cometesse, concorrendo para a ocorrência. Assim, a autoria deve ser lida tanto no sentido estrito referente a "autor do ato" quanto no sentido

amplo de “responsável pelo ato, por concorrência”.

Com a indiciação, o servidor passa da qualidade de acusado para indiciado. Os termos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, são impróprios: no momento em que se chama o servidor aos autos por haver indícios contra ele, chama-o de “acusado”; no momento em que, após a instrução contraditória, formaliza-se a acusação contra ele, chama-o de “indiciado”.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.074: “Ementa: (...) 2. Na fase instrutória do inquérito administrativo, o servidor figura como acusado e, nessa situação, terá o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, produzir contraprovas, reinquirir testemunhas, devendo, logo após, ser interrogado (artigos 156 a 159 da Lei 8.112/90).*
> *3. Somente depois de concluída a fase instrutória, onde o acusado terá direito à ampla defesa, é que, se for o caso, será tipificada a infração disciplinar, formulando-se a indiciação do servidor, com a especificação dos fatos e das respectivas provas, sendo, então, na condição de indiciado, citado para apresentar defesa (artigo 161 da Lei 8.112/90).”*
> *Idem: STF, Mandado de Segurança nº 21.721; e STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11.625*

A rigor, nos termos exigidos pelos arts. 3º, 4º e 6º da Portaria Coger-ME nº 12.456, de 29 de novembro de 2019, a comissão deve alimentar a base de dados externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, da Controladoria-Geral da União - CGU), informando a indiciação do acusado. Mas, conforme já aduzido em **2.1.1**, o sistema nem sequer tem este campo específico, agregando o registro de indiciação, defesa e relatório em um único campo. Na prática, enquanto perdurar esta limitação do sistema, a própria CGU recomenda, no manual do sistema, que a comissão registre neste campo a indiciação (quando não houver este ato, o registro deve informar a elaboração do relatório).

Esta convicção é momentânea, antes de se analisarem os argumentos da defesa escrita, em relação aos quais a comissão não deve ser refratária, podendo vir a alterar seu entendimento. Tratando-se de um mero ato cognitivo silencioso da comissão, não convém que esta expresse sua decisão em ata de deliberação que declare encerrada a busca de elementos de convicção e que vai indiciar o acusado. Redigindo esta ata, a comissão se expõe ao risco de, durante os dias em que conclui a indiciação, o acusado, tendo acesso aos autos, verá que será indiciado, podendo então peticionar a favor da realização de diversos atos probatórios com o único fim de protelar o andamento. A rigor, a indiciação em si já cumpre o papel similar a uma ata de deliberação, pois expressa uma decisão motivada do colegiado e segue assinada pelo trio. Não obstante, não é vedado redigir ata de deliberação neste momento processual; apenas é dispensável.

Havendo mais de um servidor a ser indiciado, pode ser redigida uma indiciação para cada quando os servidores têm diferentes situações, enquadramentos, provas (sobretudo se forem provas sob garantia de inviolabilidade, como sigilos fiscal ou bancário). Por outro lado, sendo idênticas as condições, também pode-se redigir apenas uma indiciação e, em seu curso, especificar, de forma individualizada, as acusações contra cada um. Decerto é que não se aceita que, na ausência de prova da autoria de irregularidade (ou da concorrência para o fato), a comissão dilua a responsabilidade por todos os servidores arrolados no processo por estarem de alguma forma envolvidos com o fato.

> *CF - Art. 5º*
> *XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;*
>
> *Formulação Dasp nº 261. Responsabilidade administrativa*

A responsabilidade administrativa deve ser individualizada no respectivo processo, vedada, na impossibilidade de indicação do culpado, a sua diluição por todos os funcionários que lidaram com os valores extraviados.

"(...) não se permite a extensão da responsabilidade, de modo genérico, quando não for possível a individualização da responsabilidade." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 184, Editora Consulex, 2ª edição, 1999

A indiciação delimita a acusação e dentro deste limite o servidor deverá apresentar sua defesa escrita. Portanto, a indiciação (além da notificação inicial como acusado e da intimação para interrogar) é peça essencial no processo em que se cogita de responsabilização funcional.

Neste ponto, convém relembrar o já abordado em **2.5.7**, no sentido de que em nenhum momento processual cabe à comissão ofertar termo de ajustamento de conduta (TAC) ao servidor e tampouco, neste estágio processual de elaboração de indiciação, ainda que se indicie por infração *a priori* punível com pena de advertência, pode a autoridade instauradora acatar eventual pedido apresentado a destempo (nos termos do § 1° do art. 5° da Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, o prazo para se cogitar da celebração do acordo se encerra em dez dias contados do recebimento da notificação inicial que comunica a condição de acusado).

4.5.2 - Elementos Essenciais, Descrição Fática e Enquadramento Legal

A indiciação deve qualificar o servidor, descrever o fato apurado, apontar todas as provas que sustentam a convicção acerca da ocorrência do fato e esclarecer como estas provas a sustentam, com respectiva paginação nos autos (sem se confundir com o detalhamento que somente no relatório se exige) e, por fim, enquadrar a conduta. A remissão a termos redigidos na instrução deve ser feita com a reprodução apenas da passagem relevante, sendo dispensável reproduzir a íntegra de termos de depoimentos, de diligências ou de interrogatórios, laudos, etc. Sendo um texto em geral de mediana extensão, podendo ter algumas folhas, convém dedicar atenção às convenções formais de grafia de nomes compostos e de suas siglas e de menção a normas, expostos em **4.3.11.4**.

Cabe detalhar a determinação sinteticamente feita acima acerca de menção às provas e convicções acusatórias na indiciação. Não basta a comissão listar as provas e apontar as folhas dos autos em que se encontram. Mais que isto, a fim de suprir amplitude defesa, deve a comissão discorrer sobre como cada prova atuou na formação de seu convencimento, indicando a relevância assumida por cada prova e porque cada um destes elementos influenciou sua convicção.

Além de mencionar provas e elementos formadores de convicção acusatória, também é necessário atentar para provas e alegações de defesa, antecipadas até o interrogatório, desdobrando seu tratamento aqui se foram acatadas ou não pela comissão.

Quando cabível, deve também a comissão explicitar porque não acatou determinadas provas e alegações de defesa já antecipadas até o interrogatório, antes da indiciação. Do contrário, a defesa não terá elementos para discernir acerca da pertinência de reiterá-las na defesa escrita ou da improdutividade de repeti-las e da necessidade de buscar novas linhas de contra-argumentação. Por exemplo, pode a comissão ter coletado determinada prova relevante contrária ao acusado, a defesa tê-la contestado, apresentando uma contraprova, à qual, no entanto, a comissão não tenha atribuído o valor de afastar aquele primeiro elemento acusatório. Já que a menção à prova acusatória traz associada de forma inexorável também a menção à contraprova de defesa, é necessário que a comissão, ao incluir o tal elemento acusador na indiciação, também mencione a contraprova e os motivos de sua desconsideração

(pois, do contrário, constando a análise apenas do relatório, que se volta à autoridade instauradora, a defesa não terá como contraditar o entendimento do colegiado).

Quanto a provas ou alegações de defesa antecipadas até o interrogatório e acatadas pela comissão, pode ou não ser relevante mencioná-las na indiciação, de acordo com a percepção de que tais temas ainda podem ou não ser relevantes na defesa escrita. Se as provas ou alegações acatadas excluíram da indiciação parcela fática que guarda alguma relação com os fatos que sobraram na indiciação, é interessante que a comissão manifeste expressamente o acatamento daquelas teses, porque este entendimento do colegiado pode ser explorado pela defesa contra o que ainda lhe restou imputado. De outro lado, se as provas ou alegações acatadas excluíram da indiciação parcela fática sem qualquer relação com os fatos que sobraram na indiciação, pode a comissão silenciar-se, deixando apenas tácito o acatamento, se daí não vislumbra nenhum prejuízo à defesa acerca do que ainda lhe restou imputado.

Não obstante, o ideal é que a comissão cuide de esgotar todos os questionamentos acerca da convicção antes do interrogatório do acusado, o que, consequentemente, também antecederá a indiciação, de forma que, neste termo, pode a comissão apenas fazer remissão aos elementos dos autos em que a ponderação de uma prova acusatória e de uma contraprova da defesa já tenha sido realizada e dos quais o acusado já tenha tido prévia ciência (como, a título de exemplo, uma ata de deliberação em que o colegiado já tenha exposto as razões de não considerar a tal contraprova).

Sendo em síntese uma descrição fática da comissão voltada exclusivamente ao servidor acusado (diferentemente do relatório, que é dirigido à autoridade instauradora), a indiciação deve ter redação simples, compreensível por qualquer pessoa de senso mediano, mesmo leiga em matéria jurídica (pois o próprio servidor pode se defender, não sendo obrigatória defesa técnica), evitando-se latinismos, expressões jurídicas rebuscadas, citações doutrinárias e jurisprudenciais.

A fim de facilitar o exercício de defesa e porteriormente também o julgamento, se possível, sempre convém que, após o texto descritivo de suas convicções, a comissão sintetize, em forma de tabela, para cada indiciado, os fatos de que se o acusa, as provas que amparam cada acusação fática, as folhas dos autos em que se encontram e os enquadramentos associados. Esta tabela é interessante para a defesa e para os posteriores intervenientes no processo que venham a atuar no julgamento, pois, mesmo que se tenha de enfrentar uma longa leitura, a síntese deixa bem demarcada a conclusão acusatória da comissão.

E reitere-se que os conteúdos obrigatórios acima expostos não dvem fazer confundir o texto direto, sintético e enxuto da indiciação com o texto detalhado do relatório. O que acima se expôs em termos de mencionar as provas relevantes na convicção em nada se confunde com enumerar, descrever e muito menos reproduzir todos os atos de instrução na indiciação, antecipando o grau de pormenorização cabível apenas no relatório.

Somente ao final da instrução admite-se a indicação precisa da materialidade e da autoria (ou concorrência), daí porque se critica a precipitação de fazê-las na portaria de pessoal de instauração e de descrever irregularidades na notificação inicial para acompanhar processo, conforme já se abordou em **4.2.2.1.1** e em **4.3.4.1**.

Neste rumo, extrai-se da leitura sistemática da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao amparo de manifestações da Advocacia-Geral da União (seus Pareceres AGU nº GQ-12, GQ-35, GQ-55 e GQ-121) e da jurisprudência, que existe uma coerente linha evolutiva a se seguir em caso de responsabilização. Primeiramente, a portaria de pessoal instauradora apenas se reporta ao nº do processo, sem indicar fato irregular, enquadramento e autor. Em seguida, a notificação inicial para acompanhar o processo como acusado é o primeiro momento em que se identifica o possível autor ou responsável nos autos, ainda sem descrever a irregularidade e enquadrá-la. Somente após a instrução contraditória, com toda a riqueza de verdade que lhe é inerente, eis

então que a comissão, na indiciação, pela primeira vez ao longo do processo, tem autorização legal para formalizar acusação do fato apurado. Ademais, neste momento, a rigor, a comissão deve apresentar o enquadramento na Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao qual melhor se ajusta a conduta comprovada (não obstante este mandamento, se reconhece que a ausência de enquadramento não é motivo de nulidade do termo de indicação, mas, decerto, se recomenda enfaticamente que a comissão atente para a literalidade do art. 161 da citada Lei e enquadre a conduta). Por fim, no relatório, seu último ato, é que a comissão além de legalmente obrigada a enquadrar o fato, também deve propor a pena cabível, se for o caso, conforme se verá em **4.9.2**.

Aqui, merece destaque no *iter* acima descrito o fato de que, na indiciação, a rigor, o art. 161 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, menciona que a infração deve ser "tipificada" - ou, para ser mais coerente com a terminologia reinante em instância disciplinar, deve ser enquadrada, já que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não é típica como a lei penal. O comando legal estabelece, já no início de sua redação, que a comissão enquadre a conduta humana e concreta apurada na mais adequada hipótese normativa dentre o rol que os diversos incisos dos arts. 116, 117 e 132 da citada Lei descortinam ao aplicador (não se enquadra no CP ou demais leis definidoras de crime e tampouco apenas na Lei nº 8.429, de 02/06/92, e muito menos em códigos de ética ou de conduta, conforme se verá em **4.7**). Decerto, superada a crítica meramente terminológica, após identificar o autor, descrever os fatos e enumerar as provas, deve a comissão expor sua convicção no sentido de em qual enquadramento (em outras palavras, em qual inciso dos três mencionados artigos estatutários) melhor se amolda a conduta comprovada. É de se mencionar que, a rigor, se, por um lado, o Parecer AGU nº GQ-121, além de ratificar que a exposição de enquadramento na indiciação não a anula por pré-julgamento, também afirma, por outro lado, que sua ausência igualmente não configura cerceamento de defesa e, portanto, também não anula o ato de acusação. Assim, ainda que apenas *ad argumentandum*, caso se interprete que o art. 161 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não é claro em seu comando impositivo e que caberia à comissão poder ou não enquadrar a conduta, é extremamente recomendável que seja feito, já antecipando o que será obrigatório fazer no relatório e também porque propicia ao indiciado melhores condições de se defender (esforços proporcionais de defesa), ao saber de forma mais completa o que pensa a comissão.

> *Parecer AGU nº GQ-12, vinculante: "16 (...) princípios do contraditório e da ampla defesa (...) indicam a desnecessidade de se consignarem, no ato de designação da c.i, os ilícitos e correspondentes dispositivos legais, bem assim os possíveis autores, o que se não recomenda inclusive para obstar influências no trabalho da comissão de inquérito ou alegação de presunção de culpabilidade. É assegurada à c.i. a prerrogativa de desenvolver seus trabalhos com independência e imparcialidade.*
> *17. A notificação dos possíveis autores para acompanharem o desenvolvimento do processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, será feita imediatamente após a instalação da c.i, a fim de garantir o exercício do direito de que cuida o art. 156 da Lei nº 8.112; a enumeração dos fatos se efetua na indiciação do servidor, conforme prescrição dessa Lei, art. 161."*
>
> *Parecer AGU nº GQ-35, vinculante: "15. As opiniões doutrinárias tendentes a reconhecer a necessidade de se indicarem, nos atos de designação das comissões apuradoras, os fatos que possivelmente teriam sido praticados pelos envolvidos, como condição de validade processual pertinente à ampla defesa, não se adequam ao regramento do assunto em vigor, mormente em se considerando os comandos dos arts. 5º, LV, da Carta Magna e 153 da Lei nº 8.112/90, para que se observe o princípio do contraditório na fase processual de inquérito."*
>
> *Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: "9. Não se coaduna com o regramento do assunto a pretensão de que se efetue a indicação das faltas disciplinares na*

notificação do acusado para acompanhar a evolução do processo, nem essa medida seria conveniente, eis que seria suscetível de gerar presunção de culpabilidade ou de exercer influências na apuração a cargo da comissão de inquérito."

Parecer AGU nº GQ-121, não vinculante: "10. (...) A omissão ou substituição de dispositivo, com vistas ao enquadramento e punição da falta praticada, não implica dano para a defesa, advindo nulidade processual, em consequência. A este aspecto encontrava-se atento o legislador ao determinar que os preceitos transgredidos devem ser especificados no relatório, sem adstringir esse comando à elaboração da peça instrutória. No entanto, o zelo demonstrado pela c.i, quando indica, na indiciação, os preceitos desrespeitados não desmerece a execução dos seus trabalhos."

STJ, Mandado de Segurança nº 7.081: "Ementa: (...) IV - Inocorrência de nulidade quanto à portaria de instauração do processo disciplinar, seja porque fora proferida por autoridade no exercício de poder delegado seja porque fez referências genéricas aos fatos imputados ao servidor, deixando de expô-los minuciosamente - exigência esta a ser observada apenas na fase de indiciamento, após a instrução."
Idem: STF, Recursos em Mandados de Segurança nº 2.203, 2.501, 4.174, 4.504 e 6998; e STJ, Mandados de Segurança nº 6.853, 7.066, 8.146, 8.258, 8.858 e 8.877

STJ, Mandado de Segurança nº 12.369: "Ementa: II - A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração ou na citação inicial."
Idem: STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 900.193

STJ, Mandado de Segurança nº 17.053: "Ementa: 8. Não se impõe, na fase inaugural, a minuciosa descrição do suposto ilícito praticado por cada servidor e o enquadramento legal da condutas, o que somente se torna indispensável no final da instrução por ocasião do indiciamento do servidor, a fim de propiciar o exercício das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório."

STF, Mandado de Segurança nº 21.321: "Ementa: (...) a defesa do indiciado em processo administrativo, como ocorre no processo penal, se faz com relação aos fatos que lhe são imputados, e não quanto a enquadramento legal."

"Inferindo-se que o servidor imputado deva ser indiciado, promoverá a comissão, nos termos do art. 161 da Lei nº 8.112/90, a lavratura do correspectivo despacho de instrução e indiciação, o qual (...) deverá conter o dispositivo disciplinar que teria possivelmente sido infringido pelo servidor indiciado e mais um relato sucinto dos fatos irregulares atribuídos ao servidor." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 232, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005

Especial atenção deve ser dada à descrição do fato apurado, pois não será legítimo alterá-la, acrescentando novos detalhes no relatório, já após a defesa, pois tais detalhes restarão não contraditados. Até pode ocorrer de, após a defesa, no relatório, a comissão alterar o enquadramento legal sem que isto, por si só, provoque nulidade; mas não se pode alterar a descrição fática.

TRF da 4ª Região, Apelação Civil nº 171.093: "Ementa: 1. No inquérito administrativo, semelhantemente ao que ocorre no processo penal, não pode o servidor ser punido com base em fato não constante da imputação que lhe foi inicialmente feita (´mutatio libelli´). Se o inquérito foi iniciado para apurar abandono do cargo e inassiduidade habitual, tipificados nos incisos II e III do art. 132 da Lei 8.112/90, não pode o servidor ser demitido por improbidade

> *administrativa, tipificada no inciso IV do mesmo artigo, cujo suporte fático é diverso, sem que lhe seja reaberta oportunidade para defesa.*
> *2. No inquérito administrativo é de rigor que se formule o indiciamento do acusado com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas (art. 161 da Lei 8.112/90), para que possa formular sua defesa. A falta dessa formalidade nulifica o processo, ainda mais quando caracterizado o prejuízo à defesa".*
>
> *"O despacho de indiciamento tem por fim delimitar, processualmente, a acusação, o que significa dizer que a autoridade competente para julgar não poderá levar em conta fatos que não tenham sido articulados em seu contexto, sobre os quais não se estabeleceu contraditório e defesa." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 157, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Assim, por um lado, não se deve indiciar de forma incompleta e depois acrescentar acusações no relatório, já após a defesa, que não tenham sido incluídas na indiciação. Neste momento do processo, ainda restando à comissão alguma dúvida acerca do enquadramento, é aceitável que, até o último momento processual em que pode agir motivada pelo princípio do *in dubio pro societate*, ela inclua na indiciação mais de um enquadramento possível, desde que coerente com as provas dos autos, provocando a defesa e postergando a conclusão mais delimitada para o relatório. Mas, por outro lado, isto em nada se confunde com leviandade e desapego às provas dos autos ao indiciar. Não se deve indiciar de forma leviana, além da convicção obtida, devendo-se atentar para a conceituação que se apresenta no tópico a seguir. Em suma, recomenda-se que a comissão aja em consonância com as provas coletadas aos autos.

> *"Na presente fase do processo, a lei ainda não exige que seja indicada a hipótese legal na qual o acusado incidiu (dentre aquelas dos arts. 116, 117 e 132 da lei nº 8.112/90). Porém, é usual e recomendado que já seja feito esse enquadramento, porque auxilia na defesa pelo indiciado. Este enquadramento, entretanto, poderá ser alterado no Relatório Final, visando uma melhor adequação da conduta às definições legais do Direito Disciplinar, onde afinal também predomina o ensinamento de que o acusado se defende dos fatos e não da capitulação legal. Os critérios a serem seguidos para se estabelecer o adequado enquadramento serão tratado nos próximos tópicos.*
> *Nesta fase no processo é relevante registrar que vige o princípio do in dúbio pro societate. Este princípio, em tradução livre, significa "a dúvida em favor da sociedade". Preceitua que, após a instrução probatória, se há indícios ou provas consistentes da ocorrência de infração disciplinar, e bem assim de que o servidor que figurou no processo como acusado seja o autor destes fatos, ainda que exista uma dúvida que não pode ser sanada pela impossibilidade de coleta de outras provas além das que já conste do processo, a Comissão deve concluir pela indiciação, e não pela absolvição sumária do(s) acusado(s).", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg 259, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*
> *"Ponto recorrente nessa fase refere-se à dúvida sobre o dever, ou não, de indiciar o servidor acusado em caso de concomitantes dúvidas sobre a sua responsabilidade pelos fatos narrados e apurados. Há de se entender que, assim como na fase de instauração do feito apuratório, incide o princípio do in dubio pro societate, devendo, à vista disso, o colegiado disciplinar proceder ao indiciamento em caso de não restar demonstrada inequivocamente a inocência do agente público. Com efeito, em analogia ao processo penal, o colegiado somente não deve confeccionar o indiciamento à vista da prova da inexistência dos fatos, ou de não ser o servidor o autor dos fatos, ou os fatos não estarem provados, ou ainda, ter o autor nitidamente agido sob o manto de alguma*

> *excludente de ilicitude - legítima defesa, exercício regular de um direito, estado de necessidade ou estrito cumprimento de um deve legal.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pgs. 286 e 287, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

A indiciação é de ser compreendida inserida na subfase de instrução, conforme o inciso II do art. 151 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Se este comando legal diz que o inquérito administrativo, como segunda fase do processo, compreende a instrução, a defesa e a relatório, e sendo óbvio que a indiciação faz parte do processo, não tendo sido destacada como uma subfase do inquérito força o entendimento de que o legislador considera a indiciação como elemento de instrução. Ou seja, como tal, sendo elemento de instrução, pode ser tido como necessário pela autoridade julgadora para que, ao final, esta possa se sentir satisfatoriamente segura para emitir seu julgamento. Portanto, mais uma vez se reitera a aplicação do princípio do *in dubio pro societate* ainda neste momento processual, forçando a defesa a se manifestar, a fim de instruir os autos da forma mais completa, já que, posteriormente, pode ser que a autoridade julgadora sinta a necessidade de ter a formal acusação e a consequente manifestação da defesa como elementos indispensáveis à formação de sua convicção e, neste caso, na hipótese de não ter havido indicação, a autoridade julgadora se verá na obrigação de determinar a reabertura da instrução para que o colegiado indicie, colete defesa e adite seu relatório com estas novas peças, conforme se abordará em **4.10.1.3**. Destaque-se, inclusive, o desacerto de a comissão se arvorar a adentrar na análise prescricional - que é afeta apenas à punibilidade e, portanto, da competência da autoridade julgadora - e, por entender que a aplicação de determinada pena estaria prescrita, deixar, por tal motivo de proceder à indiciação, pois não se pode antever qual será a convicção do julgador.

> *"Assim, no intuito de se resguardar o interesse público, eventual incerteza a respeito da conduta praticada deve ser esclarecida na defesa escrita, com a posterior consolidação do entendimento da Comissão no Relatório Final. É que, agindo de outro modo, a Comissão acabará levando a mesma dúvida para a autoridade*
> *julgadora, que, discordando da absolvição, terá que reabrir o processo para nova instrução. Melhor, nestes casos, que se permita ao acusado apresentar a defesa escrita, que poderá dirimir a dúvida e demonstrar claramente sua inocência.*
> *Um erro bastante comum nesta fase ocorre também quando a Comissão deixa de indiciar o acusado porque considera que a conduta praticada enseja a aplicação de uma penalidade que já se encontra prescrita. Se a conclusão da Comissão se basear na opinião de que a infração cometida pelo indiciado está sujeita às penas de advertência ou suspensão, a Comissão deve atentar para o fato de que a autoridade julgadora pode discordar do relatório final, e entender que a penalidade cabível seria a demissão. Ocorre que, tendo a Comissão deixado de indiciar o acusado, a autoridade julgadora terá que reabrir o processo caso discorde da Comissão, porque esta deixou de praticar ato essencial à defesa, que é a indiciação dos acusados.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 259 e 260, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

A propósito, convém aqui reforçar o que já foi aduzido desde a fase pré-processual de admissibilidade e também ao longo de todo o trabalho apuratório sob encargo da comissão: a instância disciplinar deve sempre permear sua atuação pela absoluta atenção a princípios caros e informadores do Direito público punitivo, como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. E tal acepção se sedimenta, destacadamente, no momento em que a comissão se depara com o conjunto probatório por ela mesma coletado e se vê diante da

dificuldade de enquadrar - ou não - a conduta em algum dispositivo imputador de responsabilidade da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Sendo preceitos soberanos até mesmo sobre a normatização legal ou infralegal positivada, conforme já aduzido em **3.3**, a comissão jamais deve afastar sua forma de conduzir os trabalhos e, ao final, de manifestar uma convicção (ainda que preliminar) da noção de razoabilidade e de proporcionalidade. Ainda que, conforme explicitado acima, a indiciação não seja o momento processual adequado para aprofundados temas jurídicos a ponto de se justificar menção a princípios, deve a comissão atingir tal ponto do rito sob estrita observância daqueles preceitos, a despeito da fria positivação de normas legais ou infralegais.

Não é porque a Lei nº 8.112, de 11/12/90, silencia-se quanto à aplicação, destacadamente, dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que aqui vai se cogitar de que a aplicação do processo administrativo disciplinar e do regime disciplinar se dá à margem destes preceitos informadores tão somente porque nesta instância prevalece o comando de que, uma vez enquadrada a conduta, não cabe sopesar condicionantes com o fim de alterar a pena (atenuando-a ou agravando-a). Estes princípios são sim atendidos e o são desde o início dos trabalhos apuratórios e seu reflexo se faz sentir, quando é o caso, na adoção do enquadramento que melhor se amolda à conduta, mas não atuam no sentido de que, uma vez comprovada determinada conduta para a qual melhor se adequa determinado enquadramento, se cogitar de que alguma condicionante ou parâmetro de dosimetria ou de individualização da pena alterem a sanção vinculadamente associada àquele enquadramento. De fato, antecipando aqui um debate que decerto repercute na fase do julgamento, uma vez definido o enquadramento, a pena resta vinculada; mas a definição do enquadramento, que aqui se recomenda que a comissão apresente já desde a indiciação, esta sim é plenamente sujeita à percepção dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Em outras palavras, conforme já aduzido anteriormente, na indiciação, ainda que não aprofunde a exposição de temas doutrinários, a comissão já deve deixar perceber que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade refletiram em toda a instrução probatória e sobretudo naquela manifestação preliminar de convicção.

O que aqui se defende, com vênias ao rigor formal, é que a comissão, desde já, no gravoso momento de decidir pela indiciação ou não do acusado e, se for o caso, de explicitar qual o enquadramento da conduta, tome para si todos os parâmetros de dosimetria e de individualização da pena que, a rigor, o *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, dispõe ao julgador (natureza e gravidade da infração, dano dela decorrente, atenuantes, agravantes e antecedentes) e antecipe sua aplicação (que, *a priori*, se daria apenas no julgamento). Assim agindo, quando for o caso, a comissão logrará adotar, dentre todos os enquadramentos possíveis para o fato apurado (já que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, contempla degraus de escalonamento de gravidade para fatos similares, conforme se abordará em **4.7.1.1**), aquele que se demonstra mais razoável e que, ao final, repercute em pena vinculada absolutamente proporcional à gravidade da conduta (não obstante a matéria da punição não deva ser sequer mencionada em indiciação, mas sim somente no relatório, daí porque o tema retornará em **4.9.1** e em **4.9.2**).

> *"Há pareceres vinculantes da AGU (Parecer n. GQ 177/1998; Parecer n. GQ 183/1998) que vedam a aplicação do art. 128 da Lei n. 8.112/90 para atenuar pena de demissão e determinam a inflexível aplicação da pena expulsiva se for tipificada a conduta em uma das hipóteses do art. 132 do RJU.*
> *O STJ, todavia, parece discordar desse entendimento, com abundantes precedentes sinalizadores da possibilidade de o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade servir de amparo para afastar a sanção capital e respaldar pena menos grave. (...)*
> *No âmbito do STF, encontram-se precedentes a favor da aplicação da proporcionalidade em caso de demissão (RMS 24129, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 30-04-2012), como também caso a favor dos pareceres*

vinculantes da AGU (STF, MS 26.023/DF, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 17/10/2008). Neste último julgado, foi entendido que o fato de o servidor ter usado litros de combustível da repartição pública caracteriza o tipo de utilização de bens públicos em proveito particular (atrativo da demissão), ainda que tenha sido causado prejuízos financeiros baixos ao ente público. Como anotou o Ministro Relator: 'O só fato da utilização dos recursos materiais da repartição em questão para fins particulares, especialmente no que se refere ao automóvel, expõe a Administração Pública a danos'.
- Opção: tendo em vista a necessidade de observância ao entendimento vinculante no âmbito da Administração Pública, a Comissão poderá servir-se da seguinte técnica: a Comissão enquadra a conduta em outro tipo administrativo que não os do art. 132 da Lei n. 8.112/90, de molde a afastar a pena expulsiva. A propósito dessa opção, diga-se que os tipos disciplinares são, de certa maneira, sobrepostos, ante a sua natureza aberta, de maneira que seria possível, por exemplo, deixar de enquadrar uma ofensa física em serviço no tipo do art. 132, VII, da Lei n. 8.112/90 (que enseja demissão) para encaixá-la no tipo do art. 117, V, da Lei n. 8.112/90 (que atrai advertência ou suspensão), desde que a pena expulsiva releve-se excessiva ante o caso concreto. Acresça-se que tal procedimento é de notória aceitação na comunidade jurídico-disciplinar (...).", Carlos Eduardo Elias de Oliveira, "Precedentes Judiciais do STF e do STJ sobre Processos Disciplinares: Descrição e Reflexões", disponível em http://jus.com.br/revista/texto/22453/precedentes-jurisprudenciais-do-stf-e-do-stj-sobre-processos-disciplinares-descricao-e-reflexoes, acesso em 21/01/13

Na mesma linha, também se aceita e até se estimula que a comissão contemple na formação de sua convicção os institutos advindos da instância penal de excludentes de ilicitude (ou excludentes de antijuridicidade) e de excludentes de culpabibilidade. No primeiro gênero, estão as espécies legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e cumprimento de dever legal, mencionados em **4.6.2.2**; e, no segundo gênero, estão as espécies coação irresistível a subordinação hierárquica e a inimputabilidade, mencionados em **4.6.2.3**, conforme os arts. 22 a 26 do CP.

4.5.3 - Concurso Efetivo de Infrações e Concurso Aparente de Infrações: Enquadramento Único ou Múltiplo

Ainda que se guardem diferenciações entre os enquadramentos administrativos e a tipicidade criminal (conforme se abordará em **4.6.3.1**), refletem no Direito Administrativo Disciplinar os desdobramentos advindos da instância penal do conceito de concurso de crimes, que já foi apresentado em **2.5.3.4** e a cuja leitura se remete. Uma vez que o interesse de todo este texto se volta à instância administrativa disciplinar, a fim de buscar maior proximidade com este foco, concede-se a liberdade de adaptar a consagrada expressão para concurso de infrações.

Se, primeiramente e de forma simplificadora, se considera a existência de associação direta e biunívoca entre conduta e fato (uma vez que a conduta produz fato), tem-se o concurso de infrações quando a conduta, compreendida como processo de execução (de ação ou de omissão) se amolda em mais de uma definição material delituosa (em mais de um enquadramento, para usar o termo consagrado no Direito Disciplinar). Em outras palavras, de forma até lógica, para que se tenha efetivo concurso de infrações, é indispensável que haja pluralidade de infrações. Ao contrário, caso haja unidade de infração, não há que se falar em concurso efetivo de infrações. Mas a questão em tela se coloca porque há situações bastante peculiares em que uma conduta não deixa claro se produz apenas um ou mais de um fato de natureza infracional. Daí porque quando, a despeito de haver somente uma conduta, o

contorno fático é tal que gera dúvidas no aplicador do Direito, caso se detecte que, na verdade, há unidade de infração, esta situação é doutrinariamente denominada concurso aparente de infrações.

Desta forma, o concurso de infrações pode ser efetivo ou aparente, escalonados da forma como se segue:

- No concurso efetivo de infrações, configuram-se duas ou mais infrações, desdobrando-se entre as possibilidades de:
  - concurso efetivo material (ou real) de infrações, em que várias condutas sucessivas produzem, também de forma sucessiva, vários fatos (iguais ou distintos) de natureza infracional e que, no Direito Penal, faz operar a soma das penas de cada infração, conforme o *caput* do art. 69 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP);
  - concurso efetivo formal (ou ideal) de infrações, em que uma única conduta produz simultaneamente vários fatos de natureza infracional (iguais ou distintos) e que, no Direito Penal, faz operar a exasperação (uma certa majoração) da pena, conforme o art. 70 do CP; e
  - concurso efetivo continuado de infrações, em que várias condutas em relação de reiteração temporal produzem, sob idênticas condições objetivas e subjetivas, várias vezes o mesmo fato de natureza infracional e que, no Direito Penal, também faz operar a exasperação da pena (em um patamar intermediário entre a exasperação do concurso efetivo formal e a soma das penas do concurso efetivo material, conforme o art. 71 do CP);
- E no concurso aparente de infrações, uma única conduta produz um único fato de natureza infracional.

> *CP - Concurso material*
> *Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*
> *Concurso formal*
> *Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *Crime continuado*
> *Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Assim, havendo pluralidade de condutas, que produz pluralidade de fatos de natureza infracional, tem-se o concurso efetivo material de infrações ou o concurso efetivo continuado de infrações, facilmente diferenciados se as infrações são distintas ou se são sempre as

mesmas não só em seus contornos fáticos mas também em suas condições objetivas e subjetivas de concretização. Mas, quando há unidade de conduta, pode-se ter pluralidade de fatos de natureza infracional, caracterizando-se o concurso efetivo formal de infrações, sem prejuízo de também poder se ter unidade de fato de natureza infracional, caracterizando-se o concurso aparente de infrações. O desafio do tema é que, diante de unidade de conduta, nem sempre é cristalino se discernir se se tem pluralidade de fatos ou unidade de fato de natureza infracional, sendo que a primeira hipótese configuraria o concurso efetivo formal de infrações e a segunda hipótese recairia no concurso aparente de infrações. E esta qualificação jurídico-doutrinária de "aparente" faz todo sentido porque, embora pareça de forma diferente para o aplicador do Direito, ou seja, embora lhe pareça haver pluralidade de fatos de natureza infracional, na verdade, em análise mais depurada, identifica-se unidade de fato de natureza infracional, a ensejar apenas um enquadramento disciplinar. Ou seja, embora pareça existir concurso de infrações, este concurso é meramente aparente, pois na verdade não existe.

A correta solução para esta questão jurídica é importante, visto que redundará em relevante diferença na indiciação: enquadramentos múltiplos (em caso de concursos efetivos de infrações) ou enquadramento único (em caso de se verificar que o concurso de infrações era apenas aparente), conforme estabelece a doutrina.

> *"Tanto na unicidade de execução, quanto em sua multiplicidade, podem ou não ocorrer os concursos material e formal, ou apenas o conflito aparente de tipos disciplinares. Para caracterizar o concurso, basta que haja multiplicidade de fatos, ainda que derive de uma unicidade executiva. Quando a multiplicidade advém apenas de um processo executivo, diz-se que o concurso é formal (ideal); definindo-se como concurso material (real) se a multiplicidade delitual resulta de mais de ação executiva.*
> *Devendo ser acrescentado que tanto no concurso formal quanto no material exige-se a múltipla violação de bem jurídico tutelado.*
> *De tudo isso infere-se que há concurso material quando todos os elementos referidos são múltiplos, isto é, quando, por meio de mais de um processo executivo, chega-se a cometer mais de um fato e mais de uma violação a bem jurídico tutelado. No concurso formal, o processo executivo é uno, mas são mais de um os fatos e as violações a bens jurídicos protegidos.*
> *Em todas essas hipóteses (concurso ideal ou real), pode o concurso ser apenas aparente, quando haja entre um fato e outro uma certa relação de dependência, em que a prática de um implique a absorção do outro." José Armando da Costa, "Incidência Aparente de Infrações Disciplinares", pgs. 84 e 85, Editora Fórum, 1ª edição, 2004*

Por um lado, no concurso efetivo de infrações, há mais de um fato de natureza infracional. Tal circunstância, na instância penal, acarreta uma apenação maior do que acarretaria apenas uma infração, seja somando todas as suas penas, seja exasperando-as com o emprego de um determinado grau de majoração; e, na instância disciplinar acarreta a aplicação apenas da maior das penas. Por outro lado, no concurso aparente de infrações, como indica a própria adjetivação, apenas aparentemente parece haver mais de um fato de natureza infracional quando, na verdade, trata-se de fato único que parece caber em várias definições materiais infracionais. Tal circunstância, obviamente, tanto na instância penal quanto na instância disciplinar, somente pode ser apenada pela pena associada àquela única infração, até porque o princípio do *non bis in idem* não permite múltipla apenação por um mesmo fato. No concurso aparente de infrações, parece que um mesmo conjunto fático amolda-se a mais de um tipo ou a mais de um enquadramento, o que também permite dizer que faz parecer se subsumir a mais de um regramento positivado, o que, de forma geral no Direito, clama por uma resolução.

Diferentemente então dos concursos efetivos de infrações, refletindo o conceito de concurso aparente de infrações na instância disciplinar, nos mesmos termos que a doutrina

aceita, a indiciação apontará um único enquadramento, uma vez que a(s) conduta(s) configura(m) apenas uma infração.

> *"As Prescrições ilícitas, porém, são realizadas uma a uma e para cada fato indesejado, não havendo, dentro de um mesmo sistema jurídico, a exemplo do sistema de direito penal ou do sistema de direito disciplinar, duas ou mais normas que tipifiquem o mesmo fato como ilícitos distintos.Para cada fato indesejado há somente uma previsão ilícita. Há, porém, a possibilidade de sistemas jurídicos distintos preverem como ilícito o mesmo fato (concorrência de normas ou conflito real de normas), mas isso não implica em um conflito antijurídico (contrário ao Direito) de normas, posto que as instâncias, a exemplo da penal, da cível e da administrativa, são independentes, podendo resultar em sanções também independentes, malgrado em razão de um mesmo fato que repercuta nessas esferas do ordenamento. Sem embargo do exposto, por vezes, quando da análise de uma conduta típica e por necessidade de sua capitulação, há a sensação de que mais de uma norma definidora de ilícito incide sobre o mesmo fato. Essa suposta incidência de duas ou mais normas proibitivas ou impositivas definidoras de ilícitos devem ser tidas como meramente aparente e aperfeiçoadas para a incidência de somente uma delas, como o fim de afastar a injusta aplicação do bis in idem.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pg. 147, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Mas, antes de adentrar na procedimentalização para identificar se, em cada caso concreto, há concurso efetivo ou aparente de infrações, é de se relembrar que introduziu-se o presente tópico a partir de uma abordagem simplista da relação entre conduta e fato, rascunhando-se que aquela produz este. Mas, a rigor, sob a ótica do Direito, o fato vai além da mera conduta humana natural. Juridicamente, o termo "fato" engloba não só a conduta, no sentido da ação humana em si, abarcando todo um conjunto de outros elementos também merecedores de valoração jurídica, a exemplo do resultado naturalístico da conduta, do nexo causal entre a conduta e este resultado, as circunstâncias do cometimento da conduta, as qualidades pessoais do agente, dentre outros. Em outras palavras, o fato jurídico não é exatamente sinônimo nem sequer mera e imediata consequência da conduta humana, mas sim, ao abarcar um conjunto de demais elementos associados à conduta, o fato de que aqui se trata assume um sentido jurídico-valorativo.

Com esta visão mais elaborada, percebe-se que tanto os tipos penais quanto os enquadramentos administrativos descrevem este conjunto fático acima enunciado, de forma a serem compreendidos como complexas unidades (ou núcleos) de valoração jurídica. Assim, para que um fato seja criminalmente típico ou administrativamente enquadrável em determinada construção hipotética da lei penal ou da lei estatutária, é necessário que o aplicador do Direito avalie se todos aqueles elementos constituintes (que vão além da conduta em si) se interligam movidos por um mesmo fim, por um mesmo objetivo, qual seja, de afrontar o bem jurídico tutelado no tipo ou no enquadramento de que se cogita. Havendo este amoldamento de todo o contexto fático da conduta humana concreta à definição hipotética da lei, pode-se então dizer que o fato cabe naquela única unidade (ou núcleo) de valoração jurídica, que são o tipo ou o enquadramento. Esta percepção dinâmica do fenômeno permite concluir que o tipo ou o enquadramento contemplam muito além da conduta humana concreta em si mas sim todo o desvalor delitivo e a reprovação social (no caso do Direito Penal) ou *interna corporis* da Administração Pública (no caso do Direito Disciplinar) do conjunto fático.

É com esta percepção mais aprofundada do conjunto fático que se deve analisar em qual enquadramento ou, se for o caso, em quais enquadramentos se amolda, a fim de identificar se o caso concreto posto à análise indica ser mero concurso aparente de infrações ou se trata de concurso efetivo de infrações. Esta abordagem conceitual mais aprofundada é

essencial para que o aplicador de Direito utilize os quatro critérios doutrinariamente consagrados a fim de identificar corretamente o(s) enquadramento(s) cabível(is), que são os critérios da especialidade em sentido estrito, da subsidiariedade, da consunção e da alternatividade. Para a correta compreensão destes dois últimos critérios e, muito mais destacadamente, do critério da consunção, é essencial a abordagem acima exposta de que cada enquadramento contempla uma específica complexa unidade de valoração jurídica que transcende a mera conduta humana em si.

> *"Há, assim, óbice à persecução de punição do agente público quando, havendo conflito aparente de normas, proceda-se a capitulações distintas, que ofereça risco de dupla punição para o mesmo fato. Quando, na essência, tratar-se de conflito aparente de normas, que, apesar de possível capitulação em mais de um dispositivo da tábua disciplinar, somente uma deve prevalecer, em razão da necessidade cogente de aplicação dos critérios da especialidade, da subsidiariedade, da consução ou da alternatividade.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. I, pgs. 260 e 261, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

> *"Dentro do direito disciplinar também se pode falar em conflito aparente de normas tipificadoras de ilícitos à medida que, do mesmo modo, somente deve haver uma capitulação para um determinado fato. Não há que se falar em conduta disciplinar que esteja, pelos seus contornos descritivos, subsumida a mais de um tipo sancionador de direito estatutário, posto que, por um único resultado jurídico (e aqui no sentido de ofensa a bens jurídicos tutelados pelo regime disciplinar), deve-se responder somente uma única vez: princípio do 'ne bis in idem'. Não obstante, em muitos casos a conduta do agente infrator parece se encaixar em mais de um tipo disciplinar, declinando a existência de um conflito de normas, porém esse conflito é meramente aparente e se soluciona, a exemplo do direito penal, pelo emprego dos critérios da especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade". Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pg. 148, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Estes critérios técnicos de análise, como regras de abstração, visam a identificar se há aquelas relações neles refletidas (ou seja, relação de especialidade em sentido estrito ou de subsidiariedade ou de consunção ou de alternatividade) entre os enquadramentos sob cogitação diante de determinado conjunto fático, configurando-se então em valiosas ferramentas jurídicas ao dispor do aplicador do Direito para a diferenciação que aqui se busca. Caso a análise identifique a presença de uma destas quatro relações entre os enquadramentos sob cogitação, está-se diante de concurso aparente de infrações e o critério indica qual o único enquadramento que se concretiza e que consequentemente deve constar do termo de indiciação. Caso não se identifique nenhuma daquelas quatro relações entre os enquadramentos, a ferramenta jurídica indica estar-se diante de caso de concurso efetivo de infrações.

No presente tópico, os esforços se concentrarão, por meio da aplicação dos quatro critérios, precipuamente na diferenciação entre o concurso efetivo formal de infrações e o concurso aparente de infrações, que é uma diferenciação sutil e complexa, pois em ambos concursos há unidade de conjunto fático (há apenas um conjunto de elementos constituintes e associados a uma conduta), diferindo apenas que, no concurso efetivo formal de infrações há realmente pluralidade delitiva e, no concurso aparente de infrações, há apenas unidade delitiva. A diferenciação envolvendo o concurso efetivo material de infrações e o concurso efetivo continuado de infrações é menos complexa, já que, neste caso, há pluralidade de conjuntos fáticos (há mais de um conjunto de elementos constituintes e associados a mais de uma conduta).

Mas, antes de adentrar nas especificidades dos quatro critérios de resolução, e

necessário reconhecer que este tema do concurso aparente de infrações (que, não por acaso, também é denominado de conflito aparente de normas) traz à tona uma questão muito maior, que é o conceito de antinomia, que já foi apenas superficialmente mencionado em **3.3**. No sentido geral, quando o aplicador do Direito cogita de normas se superporem apresentando alguma espécie de incompatibilidade entre elas, diz-se haver antinomia, que, a rigor, é um problema apenas aparente, já que o ordenamento jurídico forma um sistema que deve ser todo coerente e harmônico. Assim, as antinomias requerem solução e, por este motivo, são tratadas como antinomias aparentes. Aqui, a ideia de incompatibilidade não necessariamente significa que as normas superpostas impõem efeitos jurídicos opostos, antagônicos, contrários; a ideia se centra mais no fato de as regras, ambas e simultâneas, regerem a mesma situação sob análise e preverem diferentes repercussões que podem até ter a mesma natureza e ser de mesmo de mesmo sentido, variando apenas em intensidade (por exemplo, ambas impõem apenações, mas uma delas o faz com agravamento).

De forma geral, as antinomias podem ser solucionadas mediante os critérios hierárquico ou cronológico ou da especialidade genérica. Uma vez que as antinomias envolvendo normas contemporâneas de diferentes hierarquias normativas ou envolvendo normas de mesmo *status* com vigência defasada no tempo podem obter fáceis resoluções mediante respectivamente os critérios hierárquico (a norma de maior hierarquia prevalece) ou cronológico (a norma mais recente prevalece), tem-se que, para normas de mesma hierarquia e contemporâneas, resta apenas o risco de haver antinomia de especialidade genérica, que requer resolução mais complexa.

Estas antinomias de especialidade genérica se desdobram em antinomias de especialidade em sentido estrito e em antinomias de especialidade em sentido amplo. As antinomias de especialidade em sentido estrito envolvem normas que guardam relação de gênero e de espécie entre si e são as únicas solucionáveis por critério meramente lógico não valorativo, que é o critério da especialidade em espécie, já mencionado acima, e também denominado critério da especialidade em sentido estrito ou lógico. As antinomias de especialidade em sentido amplo envolvem normas em que, por critérios valorativos não lógicos, identifica-se que uma delas, por qualquer forma, contempla melhor as particularidades de uma hipótese em relação à outra, sendo normas que guardam relação de conteúdo e de continente (ou de menor e de maior) entre si ou de meio e de fim (ou de parte e de todo) entre si e são solucionáveis pelos critérios da subsidiariedade ou da consunção, também já mencionados acima, que conjuntamente também são denominados de critério da especialidade em sentido amplo ou valorativo.

Pelo exposto, as antinomias aparentes em geral podem ser assim sintetizadas:

- antinomias hierárquicas, que envolvem normas de diferente hierarquia, de imedita resolução;
- antinomias cronológicas, que envolvem normas de vigência diferida, de imediata resolução;
- antinomias de especialidade genérica, que envolvem normas de mesma hierarquia e contemporâneas:
  - antinomias de especialidade em sentido estrito, que envolvem normas com relação de gênero e de espécie e que se solucionam mediante o critério da especialidade em espécie (ou da especialidade em sentido estrito ou lógico); e
  - antinomias de especialidade em sentido amplo, que envolvem normas com relação de conteúdo e de continente (de menor e de maior) ou com relação de meio e de fim (ou de parte e de todo) e que se solucionam mediante os critérios da subsidiariedade ou da consunção (critérios da especialidade em sentido amplo ou valorativo).

Advirta-se que, inserindo-se todas as antinomias aparentes aqui tratadas no conceito de antinomias de especialidade genérica, pode ser que, diante das peculiaridades de um caso concreto, se precise lançar mão, para sua solução, de mais de um dos quatro critérios elencados pela doutrina.

O critério da especialidade em espécie ou em sentido estrito ou lógico esclarece o concurso aparente de infrações quando os dois ou mais enquadramentos sob cogitação guardam entre si relação de espécie e de gênero. É o único critério que dispensa valoração jurídica para identificar se no caso concreto há concurso efetivo ou aparente de infrações. Nesta hipótese de concurso, a resolução se dá de forma estritamente lógica, nos termos inclusive positivados pelo art. 12 do CP, bastando ao aplicador do Direito a leitura dos enquadramentos em abstrato sob cogitação, sem nenhuma necessidade de se confrontar todos os elementos constituintes do conjunto fático à luz dos textos legais, pois a solução se dá por mera identificação de que entre os enquadramentos há relação de espécie e de gênero, devendo o texto legal especial prevalecer sobre o texto legal geral. Importante destacar que a relação de espécie e de gênero não se confunde com gradiente de gravidade e nem tampouco com aspecto cronológico de vigência: o enquadramento especial pode ser mais ou menos grave que o enquadramento geral bem como ter vigência anterior ou posterior a este, sem que tais aspectos interfiram na prevalência daquele em relação a este.

> *CP - Legislação especial (Incluída pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*
> *Art. 12 - As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Em instância disciplinar, um exemplo de aplicação deste critério envolvendo dois enquadramentos é quando um servidor atua como administrador ou como gerente de uma sociedade ou como intermediário ou como procurador, nos termos dos incisos X e XI do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a ponto de merecer tais enquadramentos, pode-se dizer que a configuração da infração passa pela percepção de que o agente vale-se ou pode potencialmente vir a valer-se seu cargo na atividade em sociedade ou na representação de interessse de terceiros. Mas, neste caso, o enquadramento como valimento de cargo, nos termos do inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, deve ser considerado como geral em comparação com aqueles dois outros enquadramentos especiais.

Este tipo de concurso aparente de infrações também pode ocorrer em atos de servidores integrantes de carreiras federais detentoras de estatuto próprio mas também vinculadas à Lei nº 8.112, de 1990. Assim, por exemplo, é aplicado aos membros do Serviço Exterior Brasileiro, que têm como estatuto próprio a Lei nº 10.440, de 29 de dezembro de 2006, que prevê o dever específico de atender pronta e solicitamente ao público em geral e em especial quando do desempenho de funções de natureza consular e de assistência a brasileiros no exterior que, devido a seu caráter especial, deve prevalecer sobre o dever geral imposto no na alínea “a” do inciso V do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, de atender com presteza ao público em geral.

O critério da subsidiariedade esclarece o concurso aparente de infrações quando os dois ou mais enquadramentos sob cogitação guardam relação de conteúdo e de continente (ou de menor e de maior) na proteção de um mesmo bem jurídico merecedor de diferentes graus de tutela do Direito em face de afrontas de crescente gravidade. Diferentemente do critério da especialidade em sentido lógico, neste caso, o aplicador do Direito necessita operar uma valoração jurídica que aponte, diante de todos os elementos constituintes, se o conjunto fático se amolda ao enquadramento que descreve a agressão mais grave ao bem jurídico tutelado (enquadramento primário) ou se, não tendo a afronta ao bem jurídico atingido aquele patamar de gravidade, se se amolda ao enquadramento que descreve a agressão menos grave (enquadramento subsidiário). Há uma progressão na afronta ao bem jurídico tutelado, de

forma que, como a própria terminologia indica, o enquadramento de menor gravidade tem aplicação subsidiária e é contido no enquadramento primário. Somente se aplica o enquadramento subsidiário se o conjunto fático não tiver satisfeito todas as elementares do enquadramento primário (ou seja, se não tiver configurado aquela maior gravidade). Diferentemente da relação de gênero e de espécie requeredora do critério da especialidade em sentido lógico, em que o enquadramento especial pode ser mais ou menos grave que o enquadramento geral, aqui, o enquadramento primário sempre é mais grave que o enquadramento subsidiário.

Encontram-se, com facilidade, alguns exemplos deste concurso aparente de infrações dentro da própria Lei nº 8.112, de 1990. Assim, não se agrega o enquadramento em violação ao dever de ser assíduo ao serviço quando a afronta ao mesmo bem jurídico tutelado da presença ao serviço é tamanha que se enquadra em abandono cargo ou em inassiduidade habitual, previstos no inciso X do art. 116 ou nos incisos II e III do art. 132, ambos da Lei nº 8.112, de 1990. Também não se agrega o enquadramento em violação do dever de zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público quando a afronta ao mesmo bem jurídico tutelado de respeito com o patrimônio público é tamanha que se enquadra em dilapidação do patrimônio nacional, previstos no inciso VII do art. 116 e no inciso X do art. 132, ambos da mesma Lei. Da mesma forma, não se agrega o enquadramento em violação do dever de guardar sigilo sobre assunto da repartição quando a afronta ao mesmo bem jurídico tutelado de preservar sigilo acerca de dados acessíveis em virtude do cargo é tamanha que se enquadra em revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo, previstos no inciso VIII do art. 116 e no inciso IX do art. 132, ambos da citada Lei.

O critério da consunção esclarece o concurso aparente de infrações quando dois ou mais enquadramentos sob cogitação são tais que uma infração é meio necessário ou preparatório ou executório de outra infração ou ainda quando uma infração for cometida anterior (antefato) ou posteriormente (pós-fato) a outra infração e com a mesma finalidade com que esta é cometida, guardando entre si relação de meio e de fim (ou de parte e de todo). Mas não é qualquer infração instrumental, preparatória, executória, anterior ou posterior em relação à outra infração que demarca a relação de consunção, pois não basta apenas ocorrer alguma daquelas relações de forma pontual ou eventual. A infração-meio precisa sempre ocorrer, de forma indispensável, necessária e estatisticamente relevante, para que se configure a infração-fim. Desta forma, diferindo do critério da especialidade em sentido lógico, neste caso, o aplicador do Direito necessita operar uma valoração jurídica que aponte, diante de todos os elementos constituintes, que a lei, ao prever a infração-fim, já englobou todo o desvalor delitivo, esgotando a reprovabilidade da infração-meio e tendo feito refletir na sanção decorrente da infração-fim a integral proteção aos bens jurídicos tutelados nos enquadramentos sob cogitação. Em outras palavras, a sanção da infração-fim já abarca toda a reprovação à infração-meio.

Reconhece-se que sendo ambos critérios valorativos, é comum os critérios da subsidiariedade e da consunção apresentarem uma zona de interseção, dificultando ao aplicador do Direito o claro discernimento se manuseia um ou outro a cada caso concreto. Mas há uma diferença: em lugar da relação de subsidiariedade, a ideia contida no critério da consunção é de absorção, no sentido de exaurimento, de um enquadramento por outro, de forma que o enquadramento consuntivo, ao absorver e consumir o enquadramento consunto (ou consumido ou absorvido), impede sua aplicação. Este critério é de compreensão mais sutil, pois exige que o aplicador do Direito identifique que, em lugar de estar diante de dois enquadramentos, o que se tem na verdade é que o enquadramento consunto (ou consumido ou absorvido) descreve uma infração que nada mais é, diante do conjunto fático do caso concreto sob análise, que um meio (como mero instrumento) ou uma parte (como uma etapa ou estágio) indispensável para a concretização da infração-fim. Não há necessariamente uma relação de conteúdo e de continente (ou de menor e de maior) entre as duas infrações quando

vistas isoladamente, pois elas podem ter naturezas distintas. Neste caso, os dois enquadramentos sob cogitação em concurso aparente têm uma relação progressiva de imperfeição (no sentido de incompleto, inacabado) até a perfeição (no sentido de completo, acabado), como um *iter criminis* ascendente em gravidade, de forma que o enquadramento final absorve o inicial.

Por um lado, diferentemente da relação de conteúdo e de continente requeredora do critério da subsidiariedade, em que os bens jurídicos tutelados nos enquadramentos primário e subsidiário sempre são os mesmos, os valores sob tutela nos enquadramentos consuntivo e consunto (ou consumido ou absorvido) tanto podem ser distintos tanto podem ser também os mesmos. Por outro lado, de forma análoga àquele critério, o enquadramento consuntivo é sempre mais grave que o enquadramento consunto.

Encontram-se, com facilidade, alguns exemplos deste concurso aparente de infrações dentro da própria Lei nº 8.112, de 1990. Assim, quando um servidor dolosamente descumpre uma norma ou uma ordem superior com o objetivo de obter vantagem para si ou para outrem, não se agregam os enquadramentos de violação dos deveres de observar normas legais ou regulamentares ou de cumprir ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais, que, respectivamente tutelam a obediência aos princípios da legalidade e da hierarquia, ao enquadramento que proíbe ao servidor valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, que tutela o uso do cargo apenas para interesse público, previstos nos incisos III e IV do art. 116 e no inciso IX do art. 117, ambos da Lei nº 8.112, de 1990. Da mesma forma, quando um servidor presta assessoria privada em razão dos conhecimentos obtidos com o cargo que ocupa, não se agregam os enquadramentos de violação dos deveres de ser leal às instituições a que servir ou de manter conduta compatível com a moralidade administrativa, que, respectivamente, tutelam a lealdade e a moralidade no exercício do cargo, ao enquadramento de improbidade administrativa, que tutela a honestidade e a probidade no exercício do cargo, previstos nos incisos II e IX do art. 116 e no inciso IV do art. 132, ambos da mesma Lei.

Como se vê por esta lista exemplificativa, este critério da consunção se demonstra uma ferramenta bastante aplicável para elucidar concursos aparentes de infrações da Lei nº 8.112, de 1990, uma vez que há diversos pares de enquadramentos definidores de irregularidades graves que englobam, na base da conduta, o descumprimento de algum dever funcional (tal como não observar norma ou faltar com a moralidade administrativa). Isto porque, sem prejuízo do equilíbrio harmônico principiológico, tem-se que os princípios da legalidade e da moralidade administrativa podem ser considerados princípios informadores dos demais princípios reitores da Administração Pública, o que lhes atribui aplicação quase totalitária na atividade pública. Afinal, o agente público somente pode fazer aquilo que é expresso em norma e dele sempre se espera conduta compatível com a moralidade administrativa. Desta forma, os deveres de atentar para a legalidade e para a moralidade administrativa encontram-se, em determinado grau, diluídos e subentendidos na base da maioria das infrações disciplinares elencadas nos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112, de 1990, sendo, em regra, por elas absorvidos, pois, para a configuração de um ilícito grave, é bastante comum que o agente, no início de sua conduta, como instrumento em seu *iter*, tenha intencionalmente descumprido uma norma ou afrontado o dever de manter conduta compatível com a moralidade administrativa.

Cite-se, por fim, o critério da alternatividade, como o derradeiro da lista das relações indicadoras de concurso aparente de infrações, reconhecendo antes que parte da doutrina não o distingue como autônomo, mas sim como mera decorrência dos três demais. O critério da alternatividade esclarece o concurso aparente de infrações quando dois ou mais enquadramentos ou até mesmo quando um único enquadramento (de conteúdo variado) contêm ou contém elementos que definem diferentes possibilidades de cometimento e que

guardam entre si relação de excludência. Havendo mais de uma forma de se realizar determinada conduta infracional, seja em razão do ânimo subjetivo culposo ou doloso, seja em razão do modo ou do meio de execução ou de circunstâncias de tempo e de local do cometimento, neste caso, o operador do Direito tem de operar uma valoração jurídica que aponte, diante de todos os elementos constituintes, se o conjunto fático se amolda a um enquadramento ou excludentemente a outro ou, se for o caso se se amolda a uma elementar ou a outra do mesmo enquadramento. Ainda que o(s) enquadramento(s) preveja(m) mais de um modo de materialização da infração, incorrendo o autor em alguma de suas possibilidades excludentes de incursão, só há que se falar em uma única conduta infracional e apenas em sua decorrente responsabilização.

O critério da alternatividade pode ser empregado para se obter a resposta se um conjunto fático, para o qual se cogita de dois enquadramentos, realmente poderia ser praticado da forma como ambos descrevem ou quando o enquadramento cabível contém diferentes elementares excludentes. Se estes enquadramentos ou se estas elementares de um mesmo enquadramento, por suas próprias naturezas, descrevem hipóteses excludentes entre si, ou seja, se o conjunto fático é tal que, a se empregar um dos enquadramentos, obrigatoriamente não poderia ter sido cometido da forma como define o outro ou a se empregar determinada elementar de um enquadramento, obrigatoriamente o cometimento não poderia ter se dado mediante outra elementar, tem-se a solução de que não se trata de concurso efetivo de infrações mas sim concurso aparente de infrações.

No caso do Direito Disciplinar, diante de seus enquadramentos abertos, a mais comum forma de aplicação deste critério é na diferenciação entre enquadramento culposo e doloso para uma mesma conduta humana ou para a afronta a um mesmo bem jurídico tutelado. Neste caso, defendendo-se a autonomia do critério da alternatividade, não cabe confundir a diferenciação mediante o critério da subsidiariedade, uma vez que o discernimento de que determinado conjunto fático se amolda a um enquadramento culposo ou a um outro enquadramento doloso passa por uma valoração jurídica acerca de uma relação entre os enquadramentos não de quantidade ou de grau de afronta ao bem jurídico mas sim de qualidade ou de natureza desta afronta.

Em instância disciplinar, um exemplo de aplicação deste critério envolvendo dois enquadramentos é a impossibilidade de um único conjunto fático ter enquadramentos múltiplos em valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, cuja natureza é dolosa, e em proceder de forma desidiosa, cuja natureza é culposa, previstos, respectivamente, nos incisos IX e XV do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, visto que, em um mesmo conjunto fático, o servidor não pode ser apenas descuidado e ao mesmo tempo intencionalmente desonesto. E um exemplo de aplicação deste critério envolvendo antagônicas elementares de um mesmo enquadramento é a impossibilidade de um único conjunto fático ser enquadrável como manifestação de apreço e também como manifestação de desapreço dirigida a uma mesma pessoa e em um mesmo momento, conforme o inciso V do art. 117 da mesma Lei. Embora a conduta de manifestação de apreço e a conduta de manifestação de desapreço recebam este mesmo enquadramento, é pouquíssimo provável que um mesmo agente incorra em ambas infrações em um mesmo conjunto fático.

Retomando a questão concreta de se enquadrar na indiciação, como aduzido acima, é perfeita e juridicamente possível que se configurem, em instância disciplinar, o concurso efetivo material ou o concurso efetivo formal de infrações ou meramente o concurso aparente de infrações. Resta relevante que a comissão solucione de forma adequada a dúvida que pode surgir acerca da configuração de um daqueles três institutos no processo, visto que tal tema redunda em diferentes resultados práticos: a indiciação conter apenas um ou mais de um enquadramento.

Por um lado, pode-se aceitar, como regra apriorística, que um conjunto fático gera

apenas um enquadramento. Partindo deste pressuposto, em muitos casos em que se cogita, em leitura precipitada, de listar, para um único ato, uma sequência de enquadramentos na indiciação, de distintas gravidades, tem-se que o emprego adequado das regras de abstração acima descritas pode evidenciar que, na verdade, configura-se o concurso aparente de infrações e, operando, *lato sensu*, o critério da absorção (seja por especialidade em sentido estrito, subsidiariedade, consunção ou alternatividade), cabe apenas um enquadramento, que afasta os demais.

Pela descrição das regras de abstração acima, o enxugamento dos enquadramentos na indiciação, além de, como regra, ser juridicamente a solução mais correta, gera efeitos benéficos e justos de não influenciar pejorativamente a avaliação que a própria comissão e a autoridade julgadora possam fazer do servidor e de sua conduta; de permitir à defesa concentrar de forma mais adequada seus esforços e contra-argumentações; e, por fim, de não permitir inadequado agravamento da pena - nas poucas possibilidades que a Lei nº 8.112, de 1990, permite dosimetria da apenação, conforme se abordará em **4.10.2.4.3**.

Por outro lado, o regime disciplinar da Lei nº 8.112, de 1990, não é refratário - de forma alguma - a, em situações específicas, aplicar mais de um enquadramento para um único conjunto fático, acatando a possibilidade de configuração do concurso efetivo formal de infrações, ou seja, de incidir infrações cumulativamente ao ato único, conforme também entende a doutrina.

> *"(...) Já no campo do direito disciplinar, dada a relativa flexibilidade conceitual de suas hipóteses punitivas - que não exige, como no direito penal, tipicidade rigorosa -, é bem mais palatável que certa conduta funcional anômala incida, pelo menos aparentemente, sob dois ou mais tipos." José Armando da Costa, "Incidência Aparente de Infrações Disciplinares", pg. 88, Editora Fórum, 1ª edição, 2004*

E ainda mais extreme de dúvida que, quando o caso concreto engloba mais de um conjunto fático infracional, a indiciação deve destacar cada um deles, com enquadramento múltiplo. Por exemplo, se, além de agir com inobservância do dever de tratar com urbanidade as pessoas, o servidor em seguida afronta também a proibição de ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato, tem-se que, embora uma infração tenha precedido a outra, pode-se cometer a segundo independentemente da primeira, de forma que a indiciação terá conjuntamente o inciso XI do art. 116 e o inciso I do art. 117, ambos da Lei nº 8.112, de 1990.

Independentemente de o múltiplo enquadramento advir de concurso efetivo material ou formal de infrações, diante do caráter discreto das penas estatutárias (apenas se listam a advertência, a suspensão de um a noventa dias e as penas expulsivas), diferentemente da instância penal, não se cogita de se cumularem penas para um servidor em um mesmo processo. Em outras palavras, em caso de mais de uma infração que cominem penas distintas, aplica-se somente a mais grave; e, caso cominem a mesma pena, aplica-se somente uma delas. Os efeitos negativos para o indiciado, no caso de múltiplo enquadramento em um determinado processo, são: no caso de isoladamente cada enquadramento ter pena básica de advertência, o concurso efetivo de infrações pode levar ao agravamento para suspensão (conforme se aduzirá em **4.10.2.4.3**); no caso de o enquadramento mais gravoso ter pena básica de suspensão, o concurso efetivo de infrações pode levar a um agravamento na quantidade de dias a suspender o servidor; e, quaisquer que sejam as penas de cada enquadramento, o concurso efetivo de infrações permite a possibilidade de manutenção de um dos enquadramentos caso, no relatório ou no julgamento, se decida pela inadequação do outro (o que pode ser bastante relevante em caso de penas expulsivas).

> *Parecer AGU nº GQ-140, não vinculante: "Ementa: (...) O ato punitivo é fundamentado num só dispositivo legal nos casos de infração singular e de as*

> *plurais possuírem as mesmas características. Impõe-se a fundamentação múltipla na hipótese em que os fatos ilícitos apresentem diferenciação em suas conotações intrínsecas."*

Enfim, embora se tenha como regra *a priori* que um único conjunto fático gera um único enquadramento, podem incidir infrações cumulativamente ao ato único - e também a mais de um ato - desde que se observem os critérios que afastam o concurso aparente de infrações, quais sejam, de que não cabem enquadramentos cumulativos quando se aplicam os seguintes critérios, advindos da instância penal:

- critério da especialidade: não se cumulam enquadramentos que guardem relação de espécie e de gênero, prevalecendo o especial em detrimento do geral;
- critério da subsidiariedade: não se cumulam enquadramentos que guardem relação de conteúdo e de continente (ou de menor e de maior), prevalecendo o primário em detrimento do subsidiário;
- critério da consunção: não se cumulam enquadramentos que guardem relação de meio e de fim (ou de parte e de todo), prevalecendo o consuntivo em detrimento do consunto (ou consumido ou absorvido);
- critério da alternatividade: não se cumulam enquadramentos ou elementares de um mesmo enquadramento que sejam contraditórios e excludentes entre si.

Por óbvio, em todo este tema, também atua como princípio básico a impedir o múltiplo enquadramento e a dupla apenação a inequívoca vedação de se sancionar um ato já punido, sob pena de caracterizar o inaceitável *bis in idem*. Não obstante, destaque-se que tal afirmação em nada afasta a possibilidade de a Administração anular, total ou parcialmente, um processo disciplinar, em que se inclui o ato de julgamento, e determinar seu refazimento, conforme se aduzirá em **4.12**.

4.6 - CONCEITOS PENAIS QUE PODEM SER RELEVANTES PARA A INDICIAÇÃO

4.6.1 - Introdução

Em que pese a consagrada independência das instâncias, vislumbra-se conveniente, neste ponto do processo administrativo disciplinar, abordar, de forma bastante resumida e introdutória, apenas alguns conceitos penais referentes à conduta do agente, por serem relevantes para a indiciação. Alerta-se para que o principiante na matéria não se confunda: a apresentação destes conceitos básicos da esfera penal visa a tão somente melhor instrumentalizar o aplicador do Direito Administrativo Disciplinar no momento crucial de decidir pela indiciação ou não nos arts. 116, 117 ou 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90; não há indiciação com base em artigo do CP ou de qualquer outra lei especial definidora de crime, pois esta matéria compete exclusivamente ao juízo criminal e não à autoridade administrativa.

Elege-se este ponto do texto pois, à vista da metodologia inicialmente descrita, de inserir as fontes de Direito exatamente na fase do processo administrativo disciplinar em que elas efetivamente são levadas em conta, é no momento de decidir pela indiciação que a comissão deve ter em mente conceitos básicos de Direito Penal. Destaque-se que aqui se busca mera introdução a estes conceitos, tão somente para auxiliar o entendimento dos enquadramentos administrativos, não sendo intenção esgotar a discussão, devendo-se remeter aos autores da doutrina penal para maior aprofundamento.

Preservadas as peculiaridades de cada esfera, na decisão de indiciar ou não, a

comissão deve levar em consideração os conceitos de dolo, culpa (no sentido estrito do termo), excludentes de antijuridicidade e imputabilidade, a seguir resumidos.

Em síntese, o Direito Penal é a instância de Direito interessada na proteção de bens jurídicos tutelados, relevantes para a sociedade, que o legislador, como representante, protegeu, impondo a quem os agride, dentre outras, a mais severa das penas que o nosso ordenamento permite (penas sobre o mais sagrado dos direitos, a liberdade).

4.6.1.1 - A Efetiva Operação dos Princípios da Intervenção Mínima e da Insignificância

Em **3.3.3.3** e em **3.3.3.4**, foram apresentados, conceitualmente, os princípios da intervenção mínima e da insignificância, ambos de instância material penal. Aqui, aproveita-se para demonstrar em que ponto e de que forma estes princípios podem ser concretamente válidos no curso do processo administrativo disciplinar.

Conforme já exposto em **3.3.3.3**, na seara judicial, diz-se que o Direito Penal apenas deve ser suscitado quando os meios menos incisivos (cíveis) não bastam para proteger o bem jurídico. Assim, somente se justifica provocar a instância penal não só se o bem tutelado foi atingido, mas também se o foi em grau relevante. Isto porque o Direito público punitivo sempre deve ser visto como área de aplicação residual, subsidiária e sem excessos. A este posicionamento, a doutrina chama de princípio da intervenção mínima.

E também conforme já se expôs em **3.3.3.4**, destaca-se, na esfera penal, o princípio da insignificância, quando, mesmo para uma ofensa mínima ao bem tutelado, até a menor pena prevista em lei pode ser exagerada e desproporcional. Neste caso, entende-se que o comportamento, apesar de enquadrável na norma criminal, não atingiu efetivamente os valores protegidos pelo Direito Penal. Por este princípio, exclui-se a tipicidade dos ilícitos de bagatela (no que tange ao seu aspecto material), assim chamados aqueles fatos inexpressivos, de valor lesivo não significativo, desde que atendidos requisitos que a jurisprudência acata.

> *STF, Primeira Turma, Ministro Relator Menezes Direito, Habeas Corpus nº 94.439/RS, DJe 03/04/2009, Ementa: "1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal assentou algumas circunstâncias que devem orientar a aferição do relevo material da tipicidade penal, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada."*

Reafirme-se o entendimento já apresentado em **3.3** de que, no ordenamento jurídico como um todo, os princípios se intercomunicam, se amoldam, se delimitam, por vezes se contrapõem e por vezes se reforçam mutuamente. A eleição do princípio da insignificância requer, ato contínuo, que simultaneamente se traga à tona a contraposição entre princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público com os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da eficiência.

Destaque-se que tais conceituações são extraídas da doutrina penal. Em que pese a analogia que se pode traçar entre a natureza punitiva e a aplicação residual do Direito Administrativo Disciplinar na instância administrativa com a aplicação do Direito Penal na instância judicial, deve-se destacar que tais conceituações não estão contempladas no ordenamento

A extensão de conceitos de intervenção mínima e, sobretudo, de insignificância para a instância disciplinar deve ser vista com cautela, pois aqui vigora a vinculação administrativa, não cabendo ao administrador valoração volitiva e discricionária antes de aplicar as normas disciplinares.

4.6.1.2 - Definição Analítica de Crime

Relembre-se que, em **3.2.1**, introduziu-se uma abordagem material de ilícito, tendo como óbvio ponto de partida o contexto fático, que é a conduta humana. No sentido que aqui interessa, antecipe-se que conduta humana significa o comportamento de ação (comissivo) ou de omissão (omissivo) decorrente de uma vontade de parte do agente; ou seja, é ato voluntário que manifesta e exterioriza uma vontade do autor, fruto de uma decisão sua que sempre se move por uma finalidade, pois, de forma lógica, qualquer vontade se dirige a um fim pretendido. Importante destacar que o sentido jurídico aqui adotado para a conduta não exige que a vontade que a move seja livre e que o resultado que dela decorre seja desejado; mesmo havendo coação ou ordem superior ou resultado indesejado, não deixa de existir a conduta. Ademais, a conduta de que aqui se trata não se confunde com fato da natureza, com ato de pessoa jurídica e nem mesmo com ato humano meramente reflexo e muito menos com conjecturas ou planejamentos no plano apenas do pensamento humano.

No curso daquele tópico, de forma bastante abrangente, conceituou-se ilícito, em gênero, como toda conduta humana que se revela, em sentido lato, antijurídica e culpável, o que significa, em sintéticas palavras, que é contrária ao bom Direito, em qualquer de seus ramos, e que a responsabilidade por seu cometimento pode ser atribuída a alguém. Na sequência, traçando-se paralelismo com o conceito em gênero, buscou-se sintetizar a definição material de ilícito penal (ou ilícito criminal ou, simplesmente, crime), focada apenas no conteúdo em si do fato punível e ainda sem levar em conta o seu aspecto analítico, que contempla as condicionantes da ação ou da omissão e do agente. Na espécie, o crime foi materialmente conceituado como toda conduta que, ao violar valores e direitos individuais ou coletivos, afronta o conjunto social, o interesse público e a ordem jurídica, por atingir bem jurídico tutelado na lei penal, mediante previsão inequívoca e suficientemente detalhada.

No presente tópico, em abordagem mais aprofundada, busca-se complementar a visão acerca do crime, apresentando-se a sua definição analítica, que desdobra esta espécie de ilícito em três componentes cumulativamente indispensáveis. Sob este ponto de vista analítico, doutrinariamente se define que crime é toda conduta humana típica, antijurídica e culpável.

Importante destacar que, entre estes três componentes, há uma relação de sucessão e de prejudicabilidade. Para se cogitar de culpabilidade, pressupõe-se como pré-requisito já satisfeito a antijuridicidade; e, da mesma forma, para se cogitar de antijuridicidade, pressupõe-se como pré-requisito já satisfeito a tipicidade. Ou, posto de outra forma, não havendo tipicidade, não se cogita de antijuridicidade; e não havendo antijuridicidade, não se cogita de culpabilidade. Para que a uma conduta humana seja considerada como crime, é necessário que, sucessivamente, comporte tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Não obstante a larga aceitabilidade desta conceituação analítica e uma vez que o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), não estabelece uma definição legal de crime, a doutrina criminal comporta discussões teóricas, sobretudo entre as correntes adeptas da teoria casualista e da teoria finalista da conduta. Enquanto a primeira concepção, de viés mais tradicionalista, defendia que a culpabilidade integra o crime, os adeptos da segunda teoria, que prevalece no Direito Penal pátrio, inovaram no entendimento de que a culpabilidade é tão somente a reprovabilidade da conduta criminosa, restando esta então composta apenas da tipicidade e da antijuridicidade. A despeito de a definição material tripartida ora apresentada ser empregada até mesmo pelos defensores da concepção finalista, ao longo deste texto, de fim meramente introdutório, se evitará o aprofundamento desta discussão e se adotará o enfoque pragmático e suficiente de que uma conduta, não só para ser considerada criminosa mas também para ser punida penalmente, deve atender aos três requisitos cumulativos.

O CP diferencia o crime em função de sua consumação ou não, conforme os incisos I

e II do seu art. 14: no crime consumado, estão presentes na conduta todos os seus elementos definidores, enquanto na tentativa, a conduta, embora iniciada, não se consuma e não gera resultado delituoso por motivos alheios à vontade do agente. Em complemento a esta última definição, a *contrario sensu*, no parágrafo único do art. 14 e no art. 15, ambos do CP, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz não se confundem com a tentativa, visto que, naqueles conceitos, a não consumação do crime ou a não produção do seu resultado decorre da vontade do agente e delimitam a responsabilização apenas pelos atos porventura já praticados; e, nesta, a apenação equivale a um terço a até dois terços da pena do crime consumado.

> *CP - Art. 14. Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*
> *Crime consumado (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *Tentativa (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *Pena de tentativa (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.(Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *Desistência voluntária e arrependimento eficaz (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *Art. 15. O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Já que se mencionou o resultado delituoso, convém expor, dentre as diversos pontos de vista por que a doutrina avalia o crime, a classificação com relação ao resultado naturalístico delituoso de natureza penal, que difere crimes material, formal e de mera conduta. O crime material, que é a regra geral, se configura quando a conduta recriminável do agente acarreta um concreto resultado naturalístico delituoso. O crime formal ou de consumação antecipada se configura apenas com a conduta recriminável do agente, prescindindo-se da concretização do resultado naturalístico delituoso (como ocorre, por exemplo, na concussão, em que basta que o autor exija vantagem indevida, independentemente do efetivo pagamento, que seria mero exaurimento do crime). Por fim, o crime de mera conduta se configura apenas com determinada conduta recriminável do agente, sem se exigir a ocorrência de nenhum resultado naturalístico delituoso (como ocorre, por exemplo, na condescendência criminosa, em que a atitude do subordinado é mero ilícito disciplinar). Convém ressaltar que o crime formal prevê o resultado, embora não o exija para fim de sua consumação, ao passo que o crime de mera conduta sequer contém tal previsão.

4.6.2 - Requisitos da Conduta Criminosa

Uma vez que, sob ponto de vista analítico, doutrinariamente, se define o crime como toda conduta humana típica, antijurídica e culpável, nos tópicos a seguir, apresentam-se estes seus três requisitos (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

4.6.2.1 - Primeiro Requisito: Tipicidade, Dolo e Culpa

“Tipo legal de crime” ou simplesmente “tipo” é a definição abstrata, na lei penal, da conduta proibida pelo Direito Penal. Consequentemente, tipicidade, como primeiro critério da definição analítica do crime, é a subsunção de uma conduta concreta à hipótese legal descrita

no tipo, tornando a conduta típica. Em razão de toda a cautela defendida em **4.6.1.1** para que a instância penal se mova e em atenção ao princípio da segurança jurídica, não só é necessário que aquela definição abstrata descreva, para toda a sociedade, de forma suficientemente clara e inequívoca, a hipótese legal que o legislador ordinário submeteu à proibição como também é salutar que se constitua em dois degraus de crivo como requisitos para que a conduta possa ser considerada típica e, consequentemente, possa atender ao primeiro critério analítico do crime.

Assim, pode-se decompor o tipo em tipo objetivo e em tipo subjetivo. Enquanto o tipo objetivo, em síntese, se dedica a descrever os aspectos fático-materiais e normativos que a conduta concreta deve conter e atender para se amoldar à hipótese legal (aspectos que identificam o autor, a ação ou a omissão humana, o nexo causal entre esta conduta e o resultado delituoso e a imputação cabível), o tipo subjetivo reflete as condições anímicas do autor para o cometimento do tipo objetivo. À luz do princípio da reserva legal, para que se tenha atendido o critério da tipicidade para um determinado crime sob análise, é absolutamente indispensável que a conduta concreta se subsuma ao tipo hipoteticamente construído no texto da lei penal, ou seja, seus contornos fáticos devem guardar total correlação tanto com o tipo objetivo quanto com o tipo subjetivo positivados.

Sendo a tipicidade o primeiro critério da definição analítica do crime, é certo que o Direito Penal estabelece sua estrutura material tendo como ponto de partida, como não poderia ser diferente, a conduta humana, comissiva ou omissiva, que integra tanto o tipo objetivo quanto o tipo subjetivo. Sem conduta humana, ou seja, sem ação ou omissão voluntária fruto de uma decisão do agente e movida por uma finalidade, não há nem um e nem outro elemento do tipo, não se configura o critério da tipicidade e, consequentemente, não se cogita de crime. Aliás, cabe estender que não só o Direito Penal mas sim todo Direito público punitivo, em que se inclui o seu ramo do Direito Administrativo Sancionador e, em especial, seu sub-ramo do Direito Disciplinar, tem como ponto de partida para a definição do que seja o ilícito de sua respectiva alçada sempre a conduta humana.

Uma vez que o tipo é composto de todos os elementos empregados pelo legislador ordinário na definição da conduta criminosa, que se chamam de “elementos constitutivos do tipo” ou simplesmente “elementares do tipo”, o desdobramento acima conduz à consequente composição do tipo em elementos que também se ramificam em “elementos objetivos do tipo” e em “elementos subjetivos do tipo” (que também podem ser chamados, respectivamente, de “elementos do tipo objetivo” e de “elementos do tipo subjetivo”).

Os elementos objetivos do tipo (ou, simplesmente, o próprio tipo objetivo) delimitam o conteúdo do comportamento hipotético proibido na lei penal e ao qual deve se subsumir a conduta concreta para que se supra o primeiro passo da análise de sua tipicidade e, consequentemente, de sua imputação como crime. Para a verificação deste primeiro componente do primeiro requisito analítico (apenas o primeiro dentre três requisitos sucessivos e cumulativos), os elementos objetivos do tipo se subdividem em elementos objetivos descritivos do tipo, cuja compreensão dispensa trabalho valorativo pelo aplicador do Direito (a exemplo de componentes redacionais referentes a aspectos fático-materiais da conduta, tais como pessoas, objetos, lugar, tempo, modo de execução) e em elementos objetivos normativos do tipo, cuja compreensão requer a formação de juízo de valor, de natureza jurídica ou de natureza cultural, desdobrando-se, portanto, em elementos objetivos normativos jurídicos do tipo quando exigem a elaboração de interpretação de conceitos extraídos de fontes legais ou jurídicas e em elementos objetivos normativos extrajurídicos quando exigem valoração sobre conceitos do mundo real extrajurídico.

Os elementos subjetivos do tipo (ou, simplesmente, o próprio o tipo subjetivo), como o segundo passo da análise da tipicidade da conduta concreta, definem o ânimo que a lei penal requer do agente para o cometimento dos elementos objetivos do tipo. Na verificação deste

segundo componente ainda do primeiro requisito analítico (apenas o primeiro dentre três requisitos sucessivos e cumulativos), o aplicador do Direito deve atentar para o fato de que os elementos subjetivos do tipo, como regra, se condensam no dolo e, excepcionalmente, contemplam a culpa.

De um lado, o dolo, sem jamais se abstrair do pressuposto básico de que toda conduta humana é fruto de um processo de decisão e de vontade por parte do agente, não só abarca esta inerente voluntariedade da ação ou da omissão em si como também vai para além neste elemento anímico, projetando-o até a finalidade, até o objeto finalista da conduta. Para compreender esta afirmação, primeiro é preciso estabelecer que o dolo é o ânimo subjetivo que se constitui de uma parcela cognitiva (ou intelectual) e de uma parcela volitiva. A parcela cognitiva do dolo é a consciência, de parte do agente, acerca de todos os elementos objetivos do tipo (que significa ter conhecimento, em sua vida concreta, do significado de todos os elementos objetivos descritivos e normativos que compõem a redação do tipo objetivo, o que não se confunde em exigir que tenha consciência da antijuridicidade da conduta integrada por aqueles elementos). A parcela volitiva do dolo é a vontade, de parte do agente, de realizar a conduta proibida, o que significa que a vontade também se estende a todos os elementos objetivos do tipo. Obviamente, o elemento volitivo do dolo tem como pressuposto o seu elemento cognitivo, pois, para que o autor tenha vontade "de algo" (de realizar a conduta típica), antes, é preciso conhecer, ter ciência "deste algo", ou seja, ter consciência de todos os elementos objetivos do tipo daquela conduta (não havendo, de parte do agente, consciência de todas as elementares, ocorre o fenômeno denominado erro de tipo, que será abordado em **4.6.2.4**).

O ânimo subjetivo doloso se caracteriza então pela consciência, de parte do agente, acerca de todos os elementos objetivos do tipo e por sua vontade de realizar a conduta proibida (que não necessariamente se confunde com vontade de violar a lei penal, pois não se exige a consciência do caráter ilícito da conduta). Em conclusão desta primeira definição bastante sintética, o dolo tem como requisitos a conduta (sempre voluntária) de ação ou omissão humana orientada por consciência e vontade e que, mediante relação de nexo causal, gera resultado delituoso desejado.

De outro lado, para destacar desde logo o contraponto com o dolo, já se inicia a abordagem da culpa buscando também a sua definição sintética. Igualmente partindo da conduta humana, a culpa é o ânimo subjetivo que tem como requisitos cumulativos a conduta (sempre voluntária) de ação ou omissão humana, praticada pelo agente sem o devido dever de cuidado objetivo e que gera resultado delituoso indesejado, embora fosse previsível e evitável. Por óbvio, como não poderia ser diferente, da mesma forma que no dolo, o primeiro requisito da culpa é a ação ou a omissão humana voluntária. Ademais, esta voluntariedade deve ser canalizada na inobservância do dever de cuidado objetivo, segundo o qual qualquer indivíduo, para viver em sociedade, deve preservar determinados parâmetros de cautela, de zelo e de esmero em suas atuações, não podendo lesionar ou expor a perigo concreto círculos de direitos de outrem. Em acréscimo, a culpa requer que, em razão deste descuido, a conduta gere resultado delituoso, ainda que não desejado, afrontando algum bem jurídico relevante e merecedor de forte tutela da lei penal. Em outras palavras, é preciso haver nexo causal entre a conduta voluntária e o resultado involuntário. Por fim, a conduta culposa se caracteriza pelo fato de que tal resultado, embora indesejado, é previsível pelo agente nas condições em que se encontra quando do cometimento; ou seja, o autor tem o conhecimento potencial de que sua conduta pode gerar lesão a relevantes bens jurídicos de terceiros. Esta possibilidade de conhecimento do perigo a que a conduta submete bens jurídicos alheios, ou seja, a previsibilidade objetiva, é fundamental requisito da culpa.

Assim, diferentemente do tratamento legal dado ao ânimo subjetivo doloso, a lei penal tipifica a conduta culposa não em razão da consciência e da vontade que movem o agente ou

do resultado delituoso em si decorrente desta ação ou omissão, mas sim o faz em função da criticável forma da atuação, voluntariamente mal executada. Vê-se que a vontade é elemento de ambos estados anímicos, mas com a diferença de que, na conduta dolosa, a voluntariedade se espraia até o resultado delituoso desejado, enquanto na conduta culposa a voluntariedade se limita à forma inadequada de agir que causa o resultado delituoso indesejado.

Uma vez que a tipificação da conduta culposa visa a punir o modo impróprio de agir do autor, a culpa se manifesta em três modalidades, conforme estabelece o inciso II do art. 18 do CP, quais sejam, a imprudência, a negligência e a imperícia. A imprudência é a conduta comissiva caracterizada pela atuação insensata ou precipitada, em que o agente faz o que não deveria fazer. A negligência é a conduta omissiva caracterizada por falta de precaução ou descaso, em que o agente não faz o que deveria fazer. E a imperícia é a conduta comissiva ou omissiva caracterizada pela falta de aptidão ou de habilidade, em que o agente faz ou deixa de fazer de forma diferente de como deveria proceder.

> *CP - Art. 18. Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*
> *Crime culposo (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *II - culposo, quando a agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

A regra, no Direito Penal pátrio, conforme o parágrafo único do art. 18 do CP, é de os crimes se configurarem apenas mediante ânimo subjetivo doloso do agente, de forma que, se nada expressar o tipo acerca do seu elemento subjetivo, subentende-se que somente se aceita a tipificação de conduta subsumida ao elemento objetivo do tipo se praticada por dolo. A culpa como elemento subjetivo do tipo é exceção, restando cabível apenas quando o legislador ordinário a tiver positivado no tipo. A lei penal apenas cuida de diferenciar se uma conduta humana objetivamente descrita é penalizada quando cometida por dolo ou por culpa quando este segundo ânimo subjetivo é tipificado. Há crimes apenas dolosos, em que o tipo nada expressa sobre o ânimo subjetivo, que se subentende doloso; há crimes dolosos e culposos, em que o tipo se desdobra em descrição que nada expressa sobre o ânimo subjetivo, que se subentende doloso, e em descrição que expressa a previsão também para o ânimo subjetivo culposo; mas não há crimes apenas culposos. É importante enfatizar que o dolo é o único elemento subjetivo comum a todos os crimes, sendo dispensada sua expressão no tipo objetivo.

A previsão expressa do elemento subjetivo culposo se justifica em tipos que tutelam bens jurídicos de extrema relevância social, em face dos quais não se tolera afronta alguma, ainda que não movida por ânimo doloso e nem mesmo cometida por imprudência, imperícia ou negligência. Em razão da menor gravidade do ânimo subjetivo culposo, os tipos que o contemplam punem a conduta imprudente, negligente ou imperita com sanção menor que a pena que se prevê para a regra geral destes mesmos tipos, que é do ânimo subjetivo doloso. E, mesmo quando cabível, o crime culposo não possui um tipo objetivo específico mas sim aproveita a definição da regra geral dolosa e a complementa com alguma das três modalidades de culpa previstas no inciso II do art. 18 do CP. Portanto, acrescente-se que o crime culposo tem como requisitos não só a conduta voluntária, o descumprimento do dever de cuidado objetivo que gera, por nexo causal, o resultado delituoso involuntário, a previsibilidade objetiva mas também a previsão expressa da modalidade culposa na lei penal.

> *CP - Art. 18.*
> *Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Obviamente, este fracionamento da conduta humana em elementos objetivo e subjetivo do tipo e a consecução da concretização de seus aspectos materiais é mera ficção

jurídica, pois é certo que a ação ou a omissão - a partir da qual se estrutura toda construção material do Direito Penal - é una, perfazendo-se de todos os seus elementos externos e internos simultaneamente. Mas, aproveitando-se deste valor didático, no desdobramento fictício da conduta humana, primeiro se avalia se seus contornos fáticos se subsomem ao tipo objetivo; em caso negativo, encerra-se já no primeiro passo a análise de sua tipicidade (que é apenas o primeiro requisito analítico), não cabendo sequer avaliar se atendem ao tipo subjetivo, e, consequentemente, desde já afasta-se sua imputação como crime; somente em caso positivo, avança-se para o segundo passo da análise de sua tipicidade, passando a avaliar se atendem ao tipo subjetivo. Somente na hipótese de a conduta concreta atender tanto ao tipo objetivo quanto ao tipo subjetivo, comportando tipicidade, é que se passa à avaliação do atendimento ao segundo critério analítico, da antijuridicidade. A definição analítica do crime estabelece uma relação de sucessão e de prejudicabilidade do primeiro critério em relação ao segundo.

E, ainda em razão do valor didático, prossegue-se na ficção, aprofundando a análise do tipo subjetivo, com a apresentação consecutiva dos desdobramentos conceituais do dolo e da culpa.

Retomando a definição do ânimo subjetivo doloso (como a consciência, de parte do agente, acerca de todos os elementos objetivos do tipo e sua vontade de realizar a conduta proibida), tendo em conta que é inerente ao ser humano que sua consciência e sua vontade se orientem, ao fim de qualquer ação ou omissão, pela busca de algum efeito no mundo real, o resultado decorrente da conduta proibida faz parte dos requisitos para a configuração das duas parcelas componentes do dolo. No primeiro requisito, a parcela cognitiva do dolo deve englobar o efetivo conhecimento, de parte do autor, de que o resultado delituoso pode ocorrer em razão de sua conduta proibida. E, além de o agente prever a possibilidade de ocorrência deste resultado delituoso, o ânimo subjetivo doloso possui ainda como segundo requisito de configuração que a sua parcela volitiva acarrete uma dentre duas possibilidades, quais sejam, de o autor querer a produção do resultado delituoso decorrente da conduta proibida ou de o agente admitir a possibilidade deste resultado, não se importando com o risco de sua ocorrência, ainda que não o queira.

Esta é a construção adotada pelo CP, no inciso I do seu art. art. 18. Do comando deste dispositivo extraem-se duas dentre diversas espécies com que a doutrina classifica o dolo. O dolo é dito direto (ou determinado) quando, além da consciência de todos os elementos constitutivos do tipo (que conduz à previsão do resultado delituoso) e da vontade da realização da conduta, o agente quer exatamente aquele determinado resultado dela decorrente, em hipótese contemplada na parte inicial do dispositivo. E o dolo é dito indireto (ou indeterminado) quando, apesar da consciência de todos os elementos constitutivos do tipo (que conduz à previsão do resultado delituoso) e da vontade da realização da conduta, o autor não quer exatamente um determinado resultado dela decorrente. E o dolo indireto ainda se desdobra em duas subespécies. O dolo indireto é dito eventual quando, apesar da consciência de todos os elementos constitutivos do tipo (que conduz à previsão do resultado delituoso) e da vontade da realização da conduta, o agente não quer este resultado dela decorrente mas não se importa se este vier a ocorrer, se expondo ao risco de acarretá-lo, em hipótese contemplada na parte final do dispositivo. Por fim, com menor relevância prática e aqui mencionado apenas para exaurir as subespécies, o dolo indireto é dito alternativo quando, apesar da consciência de todos os elementos constitutivos do tipo (que conduz à previsão do resultado delituoso) e da vontade da realização da conduta, o agente quer indistintamente quaisquer dos resultados decorrentes possíveis, em hipótese em que responde por querer o resultado mais grave, recaindo na parte inicial do dispositivo.

CP - Art. 18. Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)
Crime doloso (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

> *I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Como curiosidade, informe-se que o legislador ordinário contemplou esta definição do dolo direto, relacionada à consciência de parte do autor de que sua conduta proibida pode acarretar o resultado delituoso e também à vontade de produzir tal resultado, no § 2º do art. 1º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, deixando claro que o ânimo subjetivo doloso vai além da mera voluntariedade com que qualquer conduta humana é praticada. Por óbvio, naquele contexto específico de ato de improbidade administrativa, de extrema gravidade, não seria mesmo pertinente cogitar de dolo eventual.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 1º*
> *§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021)*

Obviamente, pela própria literalidade alternativa do inciso I do art. 18 do CP, para fim de verificação de atendimento do elemento subjetivo do tipo, de nada importa se a conduta proibida foi cometida mediante dolo direto ou dolo eventual. Havendo a conduta e dela decorrendo, em relação de nexo causal, o resultado delituoso desejado pelo agente ou com cuja ocorrência este autor não se importou, indistintamente atende-se o tipo subjetivo. Ademais, de se perceber que, como regra, o ânimo subjetivo doloso integrante dos tipos penais comporta as duas espécies, pois as definições de dolo direto e de dolo eventual não são excludentes em relação aos tipos objetivos em que se aplicam. O dolo eventual é admitido na configuração de todos os crimes compatíveis com esta definição, salvo tipos específicos que, em sua redação, exigem expressamente o dolo direto como seu elemento subjetivo.

Importante destacar que a má-fé, como um *plus* no ânimo subjetivo, eivado de fraude, desonestidade ou de deslealdade, não é sinônimo de dolo. O dolo na conduta do agente passa apenas pela conduta movida por consciência e vontade, não se fazendo necessário que este tenha agido motivado por má-fé.

E agora aprofundando a definição do ânimo subjetivo culposo, a doutrina também classifica a culpa em diversas diferentes espécies, das quais duas aqui merecem menção, até porque, didaticamente, permitem a consecução da construção conceitual de gradações, ao menos em teoria, dos diversos estados anímicos possíveis do autor. Para tanto, primeiramente, relembre-se, de forma sintética que, diante do previsível resultado delituoso decorrente da conduta cometida com consciência e vontade, enquanto no dolo direto o agente não só prevê este resultado como o deseja, no dolo eventual o autor também o prevê e não se importa com o risco de sua ocorrência. Na sequência, apresentam-se as duas espécies de culpa relevantes para o foco deste texto, que são a culpa consciente a culpa inconsciente.

Na culpa consciente, diante do previsível resultado delituoso decorrente da conduta cometida com descuido, o agente até prevê este resultado indesejado mas não crê na sua ocorrência. O autor até sabe do risco que sua conduta impõe para o bem jurídico tutelado e prevê a possibilidade deste resultado delituoso mas, de forma descuidada, prossegue na sua ação ou omissão por confiar que pode evitá-lo e que não dará causa a tal resultado. Na culpa inconsciente, o agente nem sequer prevê, como lhe seria possível, o previsível e indesejado resultado delituoso decorrente da conduta cometida com descuido. O autor, apesar da possibilidade de prever o resultado delituoso, de forma descuidada não o prevê e concretiza sua ação ou omissão. Percebe-se que a previsibilidade do resultado delituoso de que aqui se trata é meramente objetiva, qual seja, o requisito do ânimo subjetivo culposo é apenas que tal resultado seja previsível, não se exigindo para a configuração do elemento subjetivo que o agente o tenha de fato previsto (não importa se o resultado foi efetivamente previsto ou não pelo autor).

Apesar de em ambos graus de ânimo subjetivo o agente prever o indesejado resultado delituoso decorrente de sua conduta, não há que se confundir a espécie de dolo eventual com a espécie de culpa consciente. Naquele, o agente não se importa com o risco de causar tal resultado, tolerando-o, pois lhe é indiferente; nesta, o autor até se importa com o risco de causar tal resultado, que não tolera, mas avalia de forma descuidada que não o gerará.

Vale mencionar, como referência e como curiosidade, que o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar (CPM), no inciso II do seu art. 33, estabelece uma definição legal de crime culposo melhor elaborada que a do inciso II do art. 18 do CP, contemplando o desdobramento entre culpa consciente e culpa inconsciente.

> *CPM - Art. 33. Diz-se o crime:*
> *II - culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levianamente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.*

Importante restringir o efeito destes esforços conceituais à atividade doutrinária, já que, na prática, tais graus de culpa de nada importam para a caracterização do elemento subjetivo do tipo, quando excepcionalmente previsto. Havendo na conduta força suficiente para caracterizar qualquer das três formas de a culpa se manifestar - por imprudência ou por negligência ou por imperícia -, resta atendido o tipo subjetivo.

Cabe ainda mencionar uma última definição doutrinária de crime com ânimo subjetivo culposo, que é o crime preterdoloso. Nesta espécie, o agente pratica a conduta proibida com dolo mas não atinge o resultado desejado e sim termina por acarretar, de forma culposa, um outro resultado diferente.

Por fim, apenas para fechar a construção, diante do imprevisível resultado delituoso decorrente da conduta cometida seja com consciência e vontade, seja com descuido, resta não atendido um requisito básico do tipo subjetivo tanto doloso e até mesmo culposo, que é a previsibilidade objetiva, e, consequentemente, não há que se falar em tipicidade. A rigor, esta restrição deve ser estendida para além dos resultados imprevisíveis em sentido estrito. Todas as condutas decorrentes de caso fortuito ou de força maior, que, além de imprevistas, se demonstram também inevitáveis, como tais, como tal fogem ao controle da vontade do agente e não caracterizam ânimo subjetivo nem doloso e nem mesmo culposo.

Até aqui muito se mencionou a necessidade de a conduta concreta se subsumir a todos os elementos objetivos e subjetivos do tipo para que seja típica, isto é, para que tenha a tipicidade de um determinado crime sob análise. Cabe um breve parêntese para apresentar uma diferenciação conceitual importante.

De um lado, há todas as acima mencionadas elementares do tipo, que são todos os dados e todas as informações essenciais que o legislador ordinário incluiu na redação definidora de um crime. As elementares integram a definição do crime, compondo seu tipo, e, como tal, atuam na tipificação ou não de determinada conduta concreta, de forma que a ausência de qualquer um destes elementos objetivos ou subjetivos nesta ação ou omissão afasta aquela tipicidade sob análise ou tipifica a conduta em outro crime. Se a conduta concreta não contiver qualquer um destes fatores fundamentais do tipo, o crime de que se cogita não existe. É destas elementares que se trata acima.

Por outro lado, há as circunstâncias, que são dados e informações acessórios e periféricos que, quando existentes, apenas se somam ao tipo e que, como tal, não interferem na essência do crime, atuando tão somente na diminuição ou no aumento da pena. Diferentemente de uma elementar, cuja configuração é essencial para a tipicidade de uma conduta concreta e cuja ausência torna esta ação ou omissão atípica para o que crime de que se cogita ou a desclassifica para outro crime, a existência ou inexistência de uma circunstância

em uma conduta tipificada não altera a denominação jurídica do crime, apenas influenciando na fixação da pena. As circunstâncias são as agravantes e as atenuantes, listadas nos arts. 61, 62 e 65 do CP, além das formas qualificadas e das hipóteses de aumento ou de diminuição de pena expressamente acrescentadas em alguns crimes. Assim como as elementares, as circunstâncias podem ser objetivas ou subjetivas. As circunstâncias objetivas (ou reais) se referem à conduta, tais como o local ou o tempo do crime, o seu meio ou o seu modo de execução ou a condição da vítima. Já as circunstâncias subjetivas (ou pessoais) se referem à motivação do agente no cometimento da conduta, tais como o motivo torpe ou fútil, a finalidade de garantir a execução de outro crime, o parentesco com a vítima, o relevante valor social ou moral, a confissão. E há ainda um terceiro conceito, que são as condições pessoais inerentes ao agente (independentemente do fato cometido, ou seja da conduta e da motivação), tais como a menoridade penal, a reincidência, os maus antecedentes, a conduta social.

Tendo sido apresentados todos os temas de natureza material comuns tanto ao dolo quanto à culpa e após a conclusão do parêntese conceitual acima, revela-se didático abordar a instrumentalidade necessária para a demonstração de qualquer daqueles dois ânimos subjetivos do tipo. Esta antecipação se justifica porque alguns aspectos procedimentais da inferência do ânimo subjetivo doloso serão relevantes para a conclusão do presente tópico com a apresentação de um último tema material específico do dolo.

Sendo o tipo subjetivo o reflexo das condições anímicas do autor para o cometimento do tipo objetivo, a sua comprovação no processo em que se apura determinada conduta concreta é, ao mesmo tempo, indispensável e complexa e requer apreciação detalhada. Em outras palavras, apresentados até este ponto os aspectos materiais do tema, é necessário mencionar seus aspectos instrumentais. Esta abordagem acerca da procedimentalização para a demonstração do elemento subjetivo do tipo foi detalhada em **4.4.1.1.3**, sendo aqui de desnecessária repetição. De certa forma, aquele tópico mencionado, no que tange ao ânimo subjetivo, e o presente tópico comportam leituras complementares, tendo se concentrado, neste, nos aspectos materiais e, naquele, nos aspectos instrumentais do tema.

Qualquer que seja o estado anímico do agente, em regra doloso ou até mesmo excepcionalmente culposo, o elemento subjetivo do tipo, por residir no seu universo interno, é de improvável comprovação por encadeamento probatório direto e sua configuração em geral advém de prova indireta por indício, à luz do conhecimento de mundo do aplicador do Direito, mediante inferência racional.

Neste rumo, destaca-se, em especial, que o dolo, como o estado anímico marcado pela consciência e pela vontade para a prática da conduta infracional, não é exteriorizado e é invisível e insondável para aquele operador e de inviável comprovação direta e, na imensa maioria dos casos, em quaisquer de suas espécies ou classificações, é apenas demonstrado a partir das circunstâncias fáticas objetivas extraídas do caso concreto.

Mas advirta-se que o destaque ora concedido ao dolo, em razão de sua maior gravidade, não se confunde com exclusividade de emprego de prova indireta indiciária. O ânimo subjetivo culposo também não costuma prescindir do encadeamento probatório indireto. Relembre-se que a culpa, integrante do tipo subjetivo, associa-se a uma conduta cometida com violação do dever de cuidado objetivo e a um resultado delituoso marcado pela previsibilidade objetiva. Portanto, também a culpa, em quaisquer de suas modalidades ou espécies, compõe-se de elementos que igualmente requerem o emprego da inferência racional e do conhecimento de mundo por parte do aplicador do Direito, quais sejam, a verificação de que a conduta se demarcou pelo descuido e sobretudo o quanto o resultado delituoso era previsível para o agente, à luz do que se pode esperar e exigir do homem médio. No mesmo rumo se conclui ao se perceber que, se para o ânimo subjetivo doloso, suscitador de maior gravidade da conduta e consequentemente de mais severa repercussão jurídica apenadora, se

aceita de forma pacífica a comprovação mediante construção probatória indireta, ainda com mais certeza se afirma tal plausibilidade instrumental diante de conduta culposa suscitadora de mais brando sancionamento.

Após esta breve síntese sobre a procedimentalização probatória do ânimo subjetivo do tipo, encerra-se o presente tópico focando-se em um último tema material dirigido apenas ao estado anímico mais grave e relevante penalmente, que é o dolo. Ao fim deste tópico, atinge-se a importante conclusão, de que, à luz da redação do art. 18 do CP, o Direito Penal pátrio filia-se à concepção finalista da conduta. Esta corrente, que prevaleceu ao ser positivada, considera que o ânimo subjetivo integra a conduta humana e, consequentemente, inclui-se no tipo, acolhendo tanto a teoria da vontade quanto a teoria do assentimento, uma vez que admite a existência do dolo não só quando o agente quer o resultado delituoso decorrente da conduta mas também quando este, ainda que não queira tal resultado, não se importa com sua ocorrência. Resgate-se que, historicamente, esta concepção finalista, que insere o ânimo subjetivo já na conduta, ou seja, na tipicidade, consagrando o entendimento acima já exposto de que a ação ou a omissão humana sempre se move por uma finalidade, veio a superar a tradicional acepção casualista, que defendia que o dolo ou a culpa se inseriam não na conduta em si mas sim na sua reprovabilidade, ou seja, na culpabilidade.

Esta digressão histórica obriga a trazer à tona uma outra forma de classificar o ânimo subjetivo doloso. Ao tempo da concepção casualista, o dolo era denominado de “genérico” quando o agente, a partir da consciência de todos os elementos objetivos do tipo, tinha a vontade do resultado decorrente da conduta proibida mas sem agir em razão de algum fim específico; e era denominado de “específico” quando o autor, a partir da consciência de todos os elementos objetivos do tipo, tinha a vontade do resultado decorrente da conduta proibida orientada por especial fim de agir, não bastando-lhe apenas a realização do resultado, mas sim desejando esta realização com o intuito de suprir uma finalidade específica. Com a adoção da concepção finalista, esta classificação, embora ainda mencionada na fonte jurisprudencial e na doutrina, resta superada, posto que, a rigor, sempre se vislumbra um fim buscado pelo homem em qualquer conduta (independentemente e sem prejuízo de haver poucos tipos muito peculiares que descrevem de forma expressa uma determinada finalidade para a conduta proibida). Nesta concepção atual, apenas o termo “dolo” ou a expressão “elemento subjetivo geral do tipo” (ou simplesmente “elemento subjetivo geral”) equivalem à antiga expressão “dolo genérico”, como regra do ânimo subjetivo doloso e do elemento subjetivo do tipo, enquanto a expressão “elemento subjetivo especial do tipo” (ou simplesmente “elemento subjetivo especial”) equivale à antiga expressão “dolo específico”, cabível apenas para aqueles tipos que excepcionalmente contêm tal requisito de finalidade da conduta em sua redação.

De forma sintética, se pode afirmar que, na atual concepção finalista, o dolo é comum a todos os tipos (tão comum que sequer precisa ser positivado no elemento objetivo e já abarca as espécies direto e eventual), enquanto o elemento subjetivo especial é inserido na descrição de apenas alguns tipos objetivos específicos.

Em contraposição à regra geral de o dolo se satisfazer tão somente com os componentes anímicos de consciência e de vontade genéricas sem finalidade específica, como é o caso da imensa maioria dos tipos penais, tem-se o elemento subjetivo especial do tipo, previsto pelo legislador ordinário apenas em algumas poucas definições legais materiais muito peculiares, quando a própria redação do elemento objetivo do tipo expressa que a tipicidade somente se perfaz se o agente se move por um especial fim de agir.

O elemento subjetivo especial do tipo condensa os fatores que, a critério do legislador ordinário, integram o tipo objetivo de crimes bastante específicos, fazendo, então, parte de sua definição, mas que, na verdade, se fazem requisitos adicionais desta ação ou omissão humana não porque se constituam em elementos fáticos da conduta concreta mas sim porque

especificam ou condicionam o elemento subjetivo geral do tipo. O elemento subjetivo especial do tipo é uma parcela anímica inserida no tipo objetivo mas que não possui a natureza fática que exigiria a sua materialização para que a conduta se subsumisse ao tipo. De peculiar, apesar de tal positivação, o elemento subjetivo especial do tipo não se configura e não se exterioriza de forma fática e concreta na conduta humana mas sim atua no âmago ainda mais interno e íntimo do autor, qualificando, especificando, canalizando o dolo, que, como regra geral é seu estado anímico de agir. Daí, o elemento subjetivo especial do tipo, como um propósito ainda mais internalizado que a consciência e a vontade gerais, reside apenas no campo psíquico e mental do agente, orientando a sua conduta, conforme também entende a doutrina. E tanto é assim que a configuração dos crimes em cujo elemento objetivo esteja inserido o requisito do elemento subjetivo especial não requer que, ao fim da conduta o agente tenha logrado obter aquela finalidade pretendida: bastando que a conduta tenha se movido por um fim pretendido, mesmo não tendo conseguido este intento, a tipificação pode se configurar.

> *"Pode figurar nos tipos penais, ao lado do dolo, uma série de características subjetivas que os integram ou os fundamentam. A doutrina clássica denominava, impropriamente, o elemento subjetivo geral do tipo dolo genérico e o especial fim de agir, de que depende a ilicitude de certas figuras delituosas, dolo específico. (...) Enquanto o dolo deve materializar-se no fato típico, os elementos subjetivos especiais do tipo especificam o dolo, sem necessidade de se concretizarem, sendo suficiente que existam no psiquismo do autor, isto é, desde que a conduta tenha sido orientada por essa finalidade específica." Cezar Roberto Bitencourt, "Tratado de Direito Penal", Parte Geral, Vol. 1, pg. 456, Editora Saraiva, 1ª edição, 2012*

Se, por um lado, diante de tamanha subjetividade do tema, reconhece-se a dificuldade de elaborar uma definição em texto de natureza jurídica, por outro lado, é possível estabelecer alguns balizamentos práticos acerca deste instituto. A lei penal não impõe ao aplicador do Direito a tarefa e nem tampouco lhe concede a discricionariedade de avaliar, a cada caso em análise, se um tipo objetivo sob cogitação requer ou não ou se aceita ou não o especial fim de agir para que deva ou para que possa ser empregado como tipificação de determinada conduta concreta. A exigência do elemento subjetivo especial para o emprego de determinado tipo objetivo não decorre de trabalho interpretativo daquele operador caso a caso. Esta exigência, quando cabível, já vem expressa, desde sempre e de forma inequívoca e imutável, pelo legislador ordinário, no tipo objetivo. Como mera referência não exaustiva, tipos que exigem este estado anímico especial costumam conter, em sua literalidade, a preposição "para" ou as locuções preposicionadas "com o fim de" ou "com intuito de " ou "com vistas a", sempre indicando uma finalidade, um propósito a mover a conduta humana. Sendo uma definição estática do tipo objetivo, a fonte jurisprudencial e a doutrina já têm sedimentados os entendimentos de quais tipos, como exceção, requerem o elemento subjetivo especial e de todos os demais tipos que, como regra, se amoldam apenas ao elemento subjetivo geral. Quando é o caso de o tipo objetivo exigir tal requisito, ao intérprete cabe tão somente avaliar se a conduta concreta se moveu pela busca de determinada finalidade; diante do tipo objetivo exigidor desta peculiaridade anímica, a avaliação feita caso a caso é se o conjunto fático se subsome a este requisito especial positivado.

Pode-se dizer, de forma coloquialmente pragmática, que a avaliação, a cargo do aplicador do Direito, se é ou não necessário comprovar que o agente comete a conduta proibida em razão de se motivar por especial fim de agir, na prática, se inicia não pela análise daquela ação ou omissão humana mas sim pela leitura da hipótese legal construída pelo legislador ordinário ao definir o tipo objetivo de que se cogita para o caso concreto. Por um lado, se o tipo objetivo de que se cogita não possui em sua redação componente que exija uma finalidade especial para a conduta humana, está-se diante de tipo que se perfaz com ânimo

subjetivo geral e não importa se, em seu íntimo, ao realizar a ação ou a omissão, o agente até tem sim uma finalidade específica (como, alías, é comum nas condutas humanas, orientadas por voluntariedade). Neste caso, não se faz necessário avaliar se o autor tem ou não um especial fim de agir e, mesmo em caso positivo, menos ainda se exige que se demonstre este propósito, pois, para a tipificação naquele tipo objetivo, é indiferente se houve ou não uma finalidade. Por outro lado, se o tipo objetivo de que se cogita possui em sua redação componente que exija uma finalidade especial para a conduta humana, está-se diante de tipo que se perfaz com ânimo subjetivo especial e aí, sim, importa se, em seu íntimo, ao realizar a ação ou a omissão, o agente tem uma finalidade específica. Neste caso, se faz necessário não só avaliar se o autor tem ou não um especial fim de agir como também se inferir racionalmente que o tem sim, pois, caso não se demonstre este propósito, não cabe a tipificação naquele tipo objetivo. Mas é importante relembrar que a tipificação não requer que o agente tenha conseguido concretizar seu intento pretendido com a conduta proibida.

É importante não confundir o ânimo subjetivo inespecífico de o agente simplesmente querer o resultado delituoso decorrente de sua conduta, que é elemento volitivo do elemento subjetivo geral, com o ânimo subjetivo específico de o autor querer aquele resultado com o fim de saciar determinado objetivo, este sim o elemento subjetivo especial.

A dificuldade do tema está em que o componente "especial fim de agir" que integra o elemento subjetivo especial do tipo não é fático mas sim anímico e se oculta, de forma tão intensamente íntima, nos meandros silenciosos e em geral inconfessados dos terremos mais inexploráveis das emoções do autor que, para além de ser invisível e insondável, se caracteriza pela imperscrutabilidade e pela insindicabilidade. Com isto, de forma ainda mais enfática do que se mencionou linhas acima para ânimo subjetivo doloso em geral, tem-se que a demonstração do elemento subjetivo especial do tipo, calcada nas circunstâncias fáticas objetivas extraídas do caso concreto, depende fortemente do emprego de prova indireta por indício, mediante inferência racional e conhecimento de mundo por parte do aplicador do Direito. Na prática processual, então, não se mostra relevantemente diferente a comprovação do elemento subjetivo geral ou especial, não trazendo este uma dificuldade instrumental a mais em comparação com aquele ânimo subjetivo.

Diante da complexidade de manusear conceitos tão abstratos (mesmo para um aplicador do Direito, já habituado a lidar com a inexatidão), torna-se elucidador ilustrar com a diferença entre os tipos de dois crimes contra a Administração Pública, aqui selecionados apenas por figurarem como bastante didáticos, sendo certo que sobretudo para o segundo exemplo poderiam ser empregados inúmeras outras definições criminais, posto ser a regra dos tipos exigir apenas o elemento subjetivo geral.

Quando o legislador ordinário definiu o crime de prevaricação, no art 319 do CP, como "*Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*", já impôs, no tipo objetivo, que esta tipicidade somente se perfaz se, além de o agente cumprir o aspecto fático de retardar ou de deixar de praticar ato ou praticá-lo ao arrepio de lei, em seu íntimo, assim agir em razão do fim, do objetivo, do propósito de satisfazer interesse ou sentimento pessoal. A conduta concreta de retardar ou de deixar de praticar ou de praticar o ato com irregularidade somente se subsome ao tipo objetivo se o aplicador do Direito lograr, certamente tendo de empregar prova indireta por indício, mediante inferência racional e seu conhecimento de mundo, não só demonstrar as genéricas consciência e vontade, configuradoras do elemento subjetivo geral do tipo, mas também extrair do psiquismo do autor (sem necessária concretização fática) que este atuou na busca da finalidade ali positivada. No contraponto, no crime de concussão, previsto no art. 316 do CP como "*Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida*", a tipicidade se perfaz tão somente com o

aspecto fático de o agente exigir a vantagem indevida, sendo absolutamente irrelevante com que objetivo, com que finalidade tal vantagem é exigida. Comprovada fática e concretamente a exigência de vantagem e demonstradas inferencialmente as genéricas consciência e vontade, de nada importa em saber se houve um fim específico e menos ainda qual teria sido este propósito, pois o tipo objetivo não o requer, como é a regra da imensa maioria das definições criminais.

Sem ser do interesse presente texto aprofundar questões controversas da doutrina penal, pode-se esboçar que os tipos caracterizados pela presença de elemento subjetivo especial não se coadunam com a espécie do dolo eventual. Ora, se para o primeiro, é essencial que o agente se mova por especial fim de agir, com o intuito de suprir uma finalidade específica, não cabe admitir que esta mesma conduta possa ser demarcada com uma certa indiferença de sua parte em relação ao resultado da conduta, visto que, no dolo eventual, o risco de sua ocorrência não é relevante para delimitar o modo de agir do autor.

Enfim, sendo o elemento subjetivo do tipo indispensável à configuração da tipicidade, tem-se que, não havendo dolo (ou sequer culpa) na conduta, não se cogita de fato típico. Assim, o dolo (ou a culpa), como elemento subjetivo do tipo, integra o primeiro requisito analítico da conduta criminosa e requer necessária comprovação para se dizer a conduta típica. A responsabilização penal é subjetiva, no sentido de que, inafastavelmente, requer a comprovação, ainda que mediante inferência racional e conhecimento de mundo de parte do aplicador do Direito, de que o agente atuou com dolo (ou pelo menos com culpa) na configuração daquele resultado delituoso. Não se cogita de responsabilização penal objetiva, ou seja, amparada apenas na mera subsunção da conduta ao tipo objetivo, inclusive com a configuração do resultado delituoso dela decorrente e com dispensa da comprovação do ânimo subjetivo do autor.

4.6.2.2 - Segundo Requisito: Antijuridicidade

4.6.2.2.1 - Estado de Necessidade, Legítima Defesa, Cumprimento de Dever Legal e Exercício Regular de Direito

Para ser crime, a conduta humana, além de ser típica, deve ser antijurídica, ou seja, deve ser contrária ao Direito. Uma conduta pode ser típica (ter sido cometida com subsunção ao tipo objetivo e aotipo subjetivo) mas não ser antijurídica, se cometida sob excludente de ilicitude. O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), em seu art. 23, lista quatro hipóteses de excludentes de ilicitude, de forma que, uma vez presente alguma delas, afasta-se a antijuridicidade da conduta típica e, portanto, não se configura o crime.

Uma vez que há uma comunicabilidade entre alguns ilícitos penais e administrativos, seria inadmissível a aceitação da excludente naquela instância mais elaborada e a manutenção da responsabilização funcional, mesmo quando se trata de ilícito disciplinar puro.

> *CP - Exclusão de ilicitude*
> *Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:*
> *I - em estado de necessidade;*
> *II - em legítima defesa;*
> *III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.*
>
> *STJ, Recurso Especial nº 1.090.425: "Ementa: (...) 2. A sentença penal absolutória que reconhece a ocorrência de causa excludente de ilicitude (estado de necessidade) faz coisa julgada no âmbito administrativo, sendo incabível a manutenção de pena de demissão baseada exclusivamente em fato que se reconheceu, em decisão transitada em julgado, como lícito. (...)"*

> *“No final dos trabalhos apuratórios, chegando a comissão, de modo unânime ou por maioria, ao convencimento de que o fato atribuído ao acusado foi cometido em circunstâncias licitizantes (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito), deverá, em vez de indiciá-lo, suscitar o julgamento antecipado do processo.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 180, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

> *“d) existência reconhecida de excludente de criminalidade (art. 23 do Código Penal): se a sentença reconheceu que o ato foi praticado em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, embora existente o fato, e com autoria determinada, a conduta foi juridicizada e tal sentença faz coisa julgada no cível (art. 65, CPP). Portanto, na esfera administrativa o efeito é o mesmo, a conduta perde o caráter de ilicitude.” Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, pg. 257, Editora Revista dos Tribunais, 1994, 1ª edição*

As excludentes de ilicitude, para poderem ser alegadas em favor do agente, requerem atitude proporcional e sem excesso.

No estado de necessidade, conforme o art. 24 do CP, tem-se um fato típico, praticado sob ameaça a direito valioso, em função de perigo atual, inevitável e involuntário (decorrente de ação da natureza ou de outro homem). Há conflito de direitos. É inaplicável a favor do agente se houver outra forma de evitar o perigo ou se o agente tem como dever legal enfrentar o perigo.

> *CP - Estado de necessidade*
> *Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir.*
> *§ 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.*

Na legítima defesa, conforme o art. 25 do CP, tem-se um fato típico praticado, sem excesso, para afastar ameaça humana, atual ou iminente, e injusta, a direito. É inaplicável em favor do agente se a ameaça é justa, pretérita, futura, remota ou evitável ou se a reação é desproporcional à agressão.

> *CP - Legítima defesa*
> *Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.*

No cumprimento de dever legal, seria contradição no ordenamento uma norma exigir determinada conduta e outra norma considerá-la crime. Somente é aplicável a favor do agente se sua conduta típica decorrer de mandamento de lei, não se aproveitando para conduta tomada em virtude de ordem cultural, religiosa ou moral. É o caso, por exemplo, do servidor que atua como defensor dativo em processo disciplinar, a favor de outro servidor. De um lado, o inciso XI do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, proíbe a atuação de servidor como intermediário ou procurador de interesses alheios. Mas, de outro lado, a mesma Lei, no § 3º do seu art. 161, prevê o dever legal de um servidor atuar como defensar dativo do acusado revel. Esta atuação seria, em termos estatutários, enquadrável mas não seria antijurídica, em razão de ser praticada no cumprimento de dever legal.

No exercício regular de direito tem-se um direito exercido sem excesso, abuso de poder ou constrangimento ilegal. É o caso servidor acusado em processo disciplinar que decide, por estratégia de defesa, não atendera intimações que receba da comissão para a prática de qualquer ato. O servidor possui a seu favor a garantia fundamental individual

estampada no inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal (CF) de não ser obrigado a se autoincriminar, sendo-lhe assegurados os direitos de não fazer prova contra si mesmo e de usar o silêncio a seu favor, em que se inclui a decisão de não atender a intimações. Apesar de a intimação levar ao destinatário a noção de dever de cumpri-la, neste caso, em termos estatutários, o acusado, cometeria ato enquadrável mas que, sob albergue constitucional, não seria antijurídico em razão de ser praticado no exercício regular de um direito.

4.6.2.3 - Terceiro Requisito: Culpabilidade

Conforme aventado em **4.6**, existem discussões teóricas acerca da culpabilidade. Segundo a chamada teoria finalista, mais moderna e que é a adotada no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), primeiramente, para a conduta ser considerada criminosa, basta que seja típica e antijurídica; e, para a consequente aplicação da punição penal, exige-se a culpabilidade (reprovabilidade daquela conduta). Ou seja, no ordenamento atual, em especial no art. 26 do CP, tem-se que a culpabilidade não faz parte da definição do crime, sendo apenas uma condição para imposição de pena. Tampouco a culpabilidade é sinônimo de punibilidade, sendo esta apenas a consequência jurídica do crime (pode haver crime, mediante conduta típica, antijurídica e culpável mas não haver punibilidade em razão de prescrição, por exemplo).

A requerida culpabilidade significa que o agente deve ser capaz de saber à época que a conduta era ilícita e ainda assim agir, sem ter a seu favor a inexigibilidade de conduta diversa. Uma conduta pode ser típica típica (ter sido cometida com subsunção ao tipo objetivo e aotipo subjetivo)e antijurídica (contrária ao Direito e sem excludente de ilicitude), mas não haver culpabilidade, ou seja, não satisfazer condição de aplicação de pena, se comprovado que o agente não tinha consciência da ilicitude.

A conduta humana criminosa é constituída dos seus componentes analíticos (tipos objetivo e subjetivo, antijuridicidade e culpabilidade), o que significa que, uma vez comprovada nos autos, sob ônus probante da acusação, a ação ou a omissão típica de parte do agente (por querer o resultado delituoso ou por assumir o risco de produzi-lo ou ainda por dar-lhe causa involuntária) e não tendo a defesa suprido a parcela de ônus que lhe é distribuída com a prova da presença de alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade ou de punibilidade, resta caracterizado o crime.

> *CP - Inimputáveis*
> *Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.*

É o caso dos doentes mentais, dos silvícolas não aculturados, dos surdos-mudos com inteligência prejudicada, dos menores de dezoito anos de idade e dos vitimados por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior. Ressalve-se que a emoção e a paixão (perturbação dos sentidos) e a embriaguez eventual, voluntária ou culposa, não afastam a responsabilização.

São ainda excludentes da culpabilidade a coação irresistível, física ou moral, e a obediência hierárquica. Tendo sido a conduta típica praticada pelo agente por decorrência de força física ou de grave ameaça do coator, não lhe sendo exigível conduta diversa, aquele tem afastada sua punibilidade, sendo apenas este punível. Não há a excludente se a coação é de alguma forma resistível ou superável. Na segunda hipótese, o agente pratica conduta típica em obediência à ordem não manifestamente ilegal recebida de superior hierárquico. Desta forma, cumprindo a ordem, em função de sua subordinação hierárquica (pelo dever estabelecido no inciso IV do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990) e sem sabê-la ilegal, o

agente tem afastada sua culpabilidade, que recai apenas sobre o mandante. Mas se a ordem é sabidamente ilícita, por não recair sobre o agente o dever funcional de cumpri-la, ele não tem amparo na excludente da culpabilidade.

> *CP - Coação irresistível e obediência hierárquica*
> *Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.*

Diferentemente de quando se exclui a tipicidade ou a antijuridicidade, a exclusão da culpabilidade por qualquer dos motivos acima não afasta a configuração da conduta criminosa. Neste caso, persevera-se afirmando que o crime houve; apenas o agente não sofrerá a penalização.

No que mais interessa ao Direito Disciplinar, o acusado que tem a sanidade mental questionada por meio de perícia médica oficial pode ser declarado inimputável, caso reste dúvida acerca do entendimento da ilicitude da conduta, conforme já aduzido em **4.4.16**.

4.6.2.4 - Erro de Tipo, Descriminante Putativa e Erro de Proibição

O Direito Penal contempla ainda, nos arts. 20 e 21 Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), duas figuras que, a despeito de teoricamente conterem diferenças entre si, acarretam um resultado similar, de afastamento da punição que recairia sobre o agente que cometeu conduta que se amolda à definição legal de um crime.

Primeiramente, conforme o *caput* do art. 20 do CP, menciona-se o erro de tipo, que ocorre quando o agente comete uma conduta que a princípio é típica mas o faz com equívoco acerca de algum elemento objetivo do tipo (elemento fático), seja descritivo (de naturza fática), seja normativo (de natureza jurídica ou cultural). Ausente total ou parcialmente a consciência do caráter típico da conduta, seja por equívoco na apreciação fática, seja por equívoco na compreensão normativa, esta espécie de erro afasta a tipicidade dolosa, já que o agente comete um fato que até é típico mas o faz sem sabê-lo, sem ter as necessárias consciência e vontade. Ainda sobre este tema, conforme o § 1° do art. 20 do CP, caso o erro de tipo tenha sido cometido por ordem de terceiro, este responde pelo crime.

> *CP - Erro sobre elementos do tipo*
> *Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.*
> *Erro determinado por terceiro*
> *§ 2º Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.*

Na linha do § 1° do art. 20 do CP, cabe ainda mencionar a descriminante putativa, na qual o agente imagina uma situação inexistente para atuar que, se de fato houvesse, descaracterizaria a culpabilidade. Se o erro for inevitável (ou invencível), ou seja, se o agente o comete ainda que se cerque de todos os cuidados, são afastadas tanto a condenação dolosa quanto a condenação culposa, caso prevista em lei. Mas se o erro é evitável (ou vencível), ou seja, se é evitado caso o agente cerque-se de todos os cuidados, é afastada apenas a condenação dolosa, restando cabível a condenação culposa, caso prevista em lei.

> *CP - Descriminantes putativas*
> *§ 1º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.*

Por fim, conforme o art. 21 do CP, menciona-se o erro de proibição, que ocorre quando o agente comete uma conduta que a princípio é típica e antijurídica mas o faz com

equívoco acerca da antijuridicidade ou sobre a ilicitude da conduta. Ausente total ou parcialmente a consciência da ilicitude da conduta, este tipo de erro não afasta a tipicidade dolosa mas sim a culpabilidade decorrente da antijuridicidade, já que o agente comete um fato típico e que até é antijurídico mas o faz sem sabê-lo, presumindo-se amparado em alguma excludente de ilicitude. Embora o desconhecimento da lei penal não seja uma válida arguição a favor da defesa, se o agente comete o fato típico supondo, por erro inevitável (ou invencível) a que tenha sido levado pelas circunstâncias, que a conduta não é contrária à lei por estar amparada em excludente de ilicitude, afasta-se a culpabilidade. Mas se o erro é evitável (ou vencível), a apenação é atenuada de um sexto a um terço.

> *CP - Erro sobre a ilicitude do fato*
> *Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.*
> *Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.*
>
> *"Sem adentrar nas inúmeras discussões que existem no Direito Penal acerca da disciplina das consequências do erro de tipo e do erro de proibição, o que importa na seara administrativa é que tendo o servidor praticado conduta que aparentemente se adeque a uma infração disciplinar (típica, antijurídica e culpável), verificado que o acusado assim agiu porque incorreu em erro relevante, seja porque não tinha consciência, no caso concreto, da existência de um elemento caracterizador da conduta típica (erro de tipo), ou porque acreditava agir de forma lícita (erro de proibição), cumpre investigar se este erro era evitável, isto é, se um servidor diligente não teria incorrido no mesmo erro.*
> *Se o erro era evitável, cabe a responsabilização se existir uma modalidade culposa da conduta praticada. Se, por outro lado, mesmo o servidor diligente teria incorrido no mesmo erro, exclui-se a possibilidade de responsabilização, seja por ausência de dolo ou culpa (erro de tipo), seja por exclusão da culpabilidade (erro de proibição).", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 268, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/ GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Releva aqui sintetizar importantes definições acerca do tema em apreço. Enquanto erro é tido como uma falsa noção de um fato ou de norma; a ignorância, mencionada no *caput* do art. 21 do CP, é a total ausência de conhecimento sobre um fato ou sobre uma norma; e a dúvida se caracteriza pela existência de mais de uma compreensão acerca de um fato ou acerca de uma norma.

4.6.3 - Especificidades do Enquadramento Administrativo e Hipóteses que em Princípio o Afastam

4.6.3.1 - Diferenças ente Enquadramento Administrativo e Tipo Penal

No Direito Penal, as condutas da vida concreta, para as quais se quer dar a notícia à sociedade de que são consideradas como crime, em regra, são descritas de forma individualizada e precisa, tanto no aspecto objetivo (a descrição fática em si da conduta), quanto no aspecto subjetivo (em que o dolo é sempre subentendido como requisito essencial e a culpa, quando é o caso, é expressa na lei penal, conforme o art. 18 do CP). Assim, em abordagem muitíssimo sintética e superficial do tema, a lei penal busca descrever as situações

hipotéticas de forma que a elas se associem ou que nelas sejam cabíveis, em regra, apenas uma conduta concreta (ou no máximo, um conjunto discreto de condutas). Esta definição em lei é um dos pré-requisitos para se considerar a conduta como crime e é chamada de tipicidade. Em consequência, de imediato, afirma-se que a responsabilização penal decorre, além de outros elementos, da tipificação, sendo portanto típica.

Em outras palavras, bastante resumidas, no Direito Penal, em função de sua natureza punitiva, o conceito de tipicidade, além de genericamente reportar à definição da conduta em lei, mais que isto, sempre traz associada a ideia de adequação da conduta a uma descrição restritiva, como regra geral, pormenorizada e detalhada, tanto em termos de fato objetivo quanto de ânimo subjetivo do agente.

Já no Direito Administrativo Disciplinar, ainda que também seja uma instância de Direito público punitivo, resta impossível ao legislador elencar, em lista exaustiva, todas as condutas, desde as de ínfima lesividade até as mais repugnantes, que, em diversos graus, podem macular a ordem interna da Administração. Por este motivo, fez-se necessário lançar mão, na Lei nº 8.112, de 11/12/90, em grau e frequência maiores do que ocorre na tipicidade penal, de diversas definições genéricas e amplas, em que cabem ou adequam-se inúmeras condutas concretas. Desta constatação, advém o conceito de enquadramento administrativo (em contraposição à tipicidade penal).

> *"Assim é que o regime disciplinar prevê um elenco de hipóteses configuradoras de faltas administrativas de conceituação genérica concebidas, propositalmente, em termos amplos para abranger a um maior número de casos. (...)." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 42, Editora Forense, 2ª edição, 2006*
> *"O Direito Administrativo Disciplinar (...) não é casuístico como o Direito substantivo penal, porém, tampouco ele é atípico (...) porque ele envolve os mais heterogêneos, os mais genéricos e os mais objetivos ou subjetivos interesses do Estado. (...)*
>
> *Na falta de um elenco infracional, que seria atípico para a absoluta identidade com o Direito Penal, o Direito Administrativo Disciplinar repousa a sua parte substantiva em dispositivos estatutários que, ora referindo-se aos deveres, ora reportando-se às proibições, dizem bem alto que o desrespeito a qualquer deles acarreta punições que tenham a variação especificada em lei." Egberto Maia Luz, "Direito Administrativo Disciplinar", pgs. 66, 74 e 76, Edições Profissionais, 4ª edição, 2002*
>
> *"(...) não há que se falar em tipificação de faltas disciplinares. Isso porque o rol de condutas marginais no serviço público é de tal ordem amplo que nenhum exercício de criatividade esgotaria o campo da previsão. (...). Por isso, os servidores públicos estão vinculados a regras gerais de conduta, exemplificativas, suscetíveis de enquadramento a partir do confronto com princípios gerais do direito, com os princípios inerentes ao processo disciplinar e, especialmente, os princípios traçados como fundamentais ao exercício da função pública, postos com relevo no art. 37, 'caput', da Carta Política.*
> *Basta observar a diferença de redação entre tipos penais e as normas disciplinares. Enquanto na lei penal o tipo vem descrito de forma detalhada, fechada, terminativa, nos estatutos disciplinares a referência é aberta, abrangente. (...)." Léo da Silva Alves, "Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas", pgs. 48 e 49, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005*

A relação estatutária que voluntariamente o servidor busca estabelecer com a Administração (em geral, por meio da obtenção do cargo público em concurso público) faz nascer uma relação especial de sujeição, que se difere das relações de sujeição geral que o particular é obrigado a manter, ainda que involuntariamente, com o Estado. Como exemplos de relações de sujeição geral, pode-se citar aquelas em que todo corpo social é obrigado a

manter com o Estado-juiz nas submissões em que este exerce as tutelas do Direito Penal e com o Estado-Administração nas submissões em que este exerce poder de polícia (como é o exemplo da relação fiscal que liga toda base de contribuinte ao Fisco). Obviamente, por se tratarem, todas, de relações de sujeição, demarcam-se pela existência de normas que prescrevem obrigações aos respectivos grupos destinatários. Todo regramento normativo possui proposições, em formas de comandos, que se destinam a alguém ou a um grupo de destinatários, impondo-lhes condutas ou comportamentos e cominado-lhes penalidades em caso de infringência. Em outras palavras, as relações de sujeição dos diferentes grupos de destinatários com o Estado traz como consequência a existência de infrações de distintas naturezas, com destaque aqui para as infrações disciplinares e penais.

Interessa aduzir que a relação especial de sujeição entre servidor e Administração, calcada nas regras estatutárias, conduz à definição de infrações disciplinares. Uma vez que as infrações disciplinares advêm de adesão espontânea do servidor ao regime estatutário, é possível admitir a sua configuração de forma menos condicionada pela estrita legalidade, comportando enquadramentos de redação mais genérica. Esta característica redacional contempla tanto a indispensável abrangência dos enquadramentos, diante da necessidade de abarcarem, cada um, uma miríade de condutas funcionais concretas, quanto também o indispensável dinamismo na sua forma de ser interpretado ao longo do tempo, diante da necessidade de se amoldarem às mudanças sociais e da praxe administrativa.

Daí porque os enquadramentos disciplinares, em comparação com os tipos penais, que, em razão de a submissão ter decorrido de vontade própria de parte do servidor (de certa forma, a relação jurídica mantida entre ambos são menos atreladas à estrita legalidade

Não obstante, destaque-se que tal diferença conceitual entre as duas instâncias punitivas não afasta que, da mesma forma como na instância penal, também em instância administrativa, não se cogita de discricionariedade a favor do Estado para aplicar sanção a seus servidores, igualmente sendo exigida definição no Estatuto daquela conduta como ilícito disciplinar.

Analogamente ao que se expôs em **4.6.2.1** (quando se mencionou a possibilidade de tipos criminais conterem elementos objetivos normativos - jurídicos e extrajurídicos), verifica-se, não raro, que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao definir as irregularidades estatutárias (sobretudo as mais brandas), também emprega termos ou expressões que igualmente requerem algum trabalho integrativo de compreensão por parte do aplicador do Direito. Estendendo a terminologia da doutrina penal para a instância disciplinar, estes termos ou expressões podem ser chamados de elementos objetivos normativos do enquadramento. E, prosseguindo na analogia, há enquadramentos que empregam termos ou expressões, extensivamente denomináveis de elementos objetivos normativos jurídicos do enquadramento, cujas definições jurídicas o aplicador do Direito encontra em outros diplomas legais, sobretudo civis, (por exemplo, cônjuge, companheiro, parentes até o segundo grau civil, gerência e administração de sociedade privada, nos incisos VIII, X e XI do art. 117 daquela Lei, cujas definições se encontram na lei civil; e legítima defesa, no inciso VII do art. 132 da mesma Lei, cuja definição se encontra na lei penal). E há enquadramentos que empregam termos ou expressões extensivamente denomináveis de elementos objetivos normativos extrajurídicos do enquadramento, que não foram legal ou sequer formalmente definidos e que, por este motivo, requerem avaliação subjetiva no trabalho de valoração ou de juízo de valor a cargo do aplicador do Direito (por exemplo, zelo, lealdade, presteza, moralidade, urbanidade, apreço, desapreço e dignidade, nos incisos I, II, V, IX e XI do art. 116 e nos incisos V e IX do art. 117 da citada Lei).

Ainda nesta linha, há também os conceitos jurídicos indeterminados, cuja perfeita compreensão de seus contornos depende da conjugação de diversos fatores dinamicamente incidentes a cada caso concreto, tais como a época, o local, e sobretudo as percepções

pessoais e de cognição do aplicador da norma. Os conceitos jurídicos indeterminados, assim como os elementos objetivos normativos extrajurídicos, não possuem o alcance e a extensão do seu conteúdo precisamente positivados, mas diferem destes elementos por terem seu entendimento ainda mais afastado das fontes jurídicas e mais próximo de condicionantes e de contextos cotidianos.

Vale aqui trazer a conceituação também extraída da doutrina penal, que, de um lado, denomina de norma completa ou perfeita aquela norma que define o delito de forma precisa e determinada, com todas as características de sua estrutura normativa, e dispensa qualquer complemento para sua correta compreensão e, em contraponto a isto, denomina de norma incompleta ou imperfeita aquela norma que possui elementos que requerem um complemento normativo ou valorativo para a correta definição de seu conteúdo e para a sua integral compreensão, introduzindo os conceitos de norma “em branco” e de norma “aberta” ou “em aberto”.

Neste rumo, no primeiro grupo de enquadramentos acima, têm-se exemplos de normas “em branco”. Uma norma é denominada “em branco” quando a correta compreensão de seu conteúdo requer complementação normativa, ou seja, obtida em outra regra jurídica, a ser chamada de integrativa, podendo ser homogênea se o complemento normativo se encontra em norma de mesma instância legislativa - o complemento de uma lei se encontra em uma outra lei, por exemplo -, ou heterogênea, se o complemento normativo se encontra em norma de maior ou menor *status* legislativo - o complemento de uma lei se encontra em um decreto, por exemplo. De certa forma, com algum grau de simplificação, pode-se inferir que uma norma “em branco” contém elemento normativo jurídico. Tomando emprestado em extensão a terminologia empregada no Direito Constitucional, a norma “em branco” é também denominada norma de eficácia limitada, visto que somente produz efeitos a partir da edição da exigida norma que lhe seja integrativa.

E, no segundo grupo de enquadramentos acima, têm-se exemplos de normas “abertas”. Uma norma é denominada “aberta” quando sua integral compreensão requer complementação valorativa, ou seja, baseada em jurisprudência ou doutrina ou até mesmo em vida concreta. De certa forma, com algum grau de simplificação, pode-se inferir que uma norma “aberta” contém elemento normativo extrajurídico.

Sobretudo no que diz respeito a estes elementos objetivos normativos do enquadramento, não por acaso e sem que se confunda com arbítrio, insegurança jurídica ou ausência de previsão legal, para que de fato se pudesse abarcar em um único diploma legal todas as ações tidas como infracionais - desde as de menor gravidade até as de maior grau de repulsa -, teve o legislador de lançar mão de enquadramentos caracterizados pelo emprego de expressões abrangentes, conforme concorda a doutrina. E esta elasticidade é maior nas imputações para penas mais brandas (advertência e suspensão) do que nas imputações de penas capitais (demissão, destituição de cargo em comissão e cassação de aposentadoria e de disponibilidade).

> *“Como se vê, a garantia da tipicidade não pode ser interpretada em dissonância com o princípio da segurança jurídica, tendo em conta, sempre, a dinâmica interna do Direito Administrativo Sancionador, que é diferente do Direito Penal, mas guarda raízes comuns com a normativa que preside o Direito Público Punitivo. Essas peculiaridades do terreno administrativo admitem uma tipicidade proibitiva mais ampla, genérica, tendo por referência o comando legislativo, mas também exigem coberturas normativas que induzam à previsibilidade dos comportamentos proibidos.*
> *Resulta clara a possibilidade de uso de normas em branco, cujos preceitos primários são incompletos, carentes de uma integração normativa, em matéria de Direito Administrativo Sancionador, até porque tal técnica não constitui novidade nos sistemas punitivos comparados e nacional. Porém, os limites e as*

> *fronteiras entre o permitido e o vedado, nesse terreno, são flexíveis, dependendo dos valores ou bens jurídicos em perspectiva, além da natureza das relações submetidas ao império estatal. (...)*
> *Conceitos ou termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais serão instrumentos comumente utilizados no Direito Administrativo Sancionador, especialmente nos casos em que há relações de sujeição especial envolvendo agentes públicos, visto que nesses casos há peculiaridades ligadas à necessária tipicidade permissiva da conduta dos agentes públicos. Assim, uma norma proibitiva de comportamento de agente público resulta indissoluvelmente ligada à norma permissiva, vale dizer, ao princípio da legalidade positiva, visto que o agente público somente pode atuar com suporte em comandos legais. Não é raro, portanto, que, em casos como esses, o legislador utilize tipos proibitivos bastante amplos, genéricos, sem vulnerar a garantia da tipicidade, da lex certa, porque o Direito Administrativo Sancionador pode apanhar relações de sujeição especial em que se encontrar envolvido um agente público. No terreno disciplinar, tais relações assomam em importância e intensidade, diante dos valores protegidos pelo Estado e da especialidade intensa das relações." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pgs. 281, 282, 284 e 285, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Com isto, um determinado caso concreto, com peculiares e específicas condições de contorno, ao ser submetido ao regramento disciplinar, pode se inserir - com maior frequência com que isto também ocorreria na instância penal - naquilo que se considera a "zona cinzenta da norma", em sintonia com a doutrina. Esta caracter´stica redacional dos enquadramentos estatutários não conduz a uma situação de insegurança jurídica em detrimento das garantias inafastáveis da defesa, visto que, se por um lado, concede-se ao aplicador do Direito a prerrogativa de sopesar as condicionantes da conduta concreta à luz de sua própria valoração subjetiva, por outro lado jamais deve fazê-lo sem que consiga motivar e expor sua construção cognitiva, que deve sempre se permear, de forma irrecusável, pelo princípio da proporcionalidade, com o que se afasta o risco do arbítrio.

> *"Nesse passo, a legalidade das infrações e das sanções é composta, no mais das vezes, por conceitos ou termos jurídicos altamente indeterminados, cláusulas gerais, princípios e descrição de valores superiores que outorgam amplos espaços à autoridade julgadora, seja ela administrativa ou judicial. (...)*
> *Não há dúvidas de que conceitos ou termos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e elementos normativos semanticamente vagos ou ambíguos podem ser utilizados na tipificação de condutas proibidas, seja no Direito Penal, seja no Direito Administrativo Sancionador, neste com maior frequência. Trata-se, inclusive, de um problema de linguagem, de inevitável abertura da linguagem normativa, com todas suas potencialidades. (...)*
> *A vagueza semântica, traço comum a inúmeras normas jurídicas, e especialmente pertinente às cláusulas gerais, traduz a existência de 'zonas de penumbra', indicando um preciso fenômeno semântico e pragmático, qual seja, a imprecisão do significado. Um termo ou enunciado é vago quando o seu uso apresenta, além de hipóteses centrais e não controversas, alguns casos-limite. A ordem jurídica, em certa medida, necessita da vagueza semântica, pois esta é que possibilita o 'amoldamento da fattispecie normativa às situações novas, sequer possíveis de serem previstas, quando posto o texto pelo legislador'." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pgs. 260, 269 e 271, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Voltando à comparação, diferentemente da tipicidade penal, em que, em regra, existe uma relação restritiva e excludente entre fato concreto e descrição hipotética na lei, na instância disciplinar, não se trata de buscar a única definição legal em que o ato se amolda, mas sim de identificar, dentre algumas definições legais porventura cabíveis, aquela em que melhor a conduta se adequa. Um determinado ato irregular em instância administrativa, à

vista de diferentes enquadramentos em que *a priori* ele se encaixa, deve ser enquadrado naquele que melhor o comporta, tendo em vista o fato objetivo e, sobretudo, o ânimo subjetivo do servidor.

Quanto ao ânimo subjetivo do agente, primeiramente, se afirma que, do mesmo modo como se aduziu em **4.6.2.1**, a responsabilidade administrativa não se satisfaz apenas com a mera comprovação de um resultado infracional. Em outras palavras, não se cogita de responsabilização administrativa objetiva. A responsabilização funcional é subjetiva, requerendo, de forma inafastável, que se comprove não só a mera ocorrência de fato enquadrável mas também que tal fato decorreu de atuação pessoal do servidor, atuação esta associada ao exercício do seu cargo e movida por determinado ânimo subjetivo (de culpa ou de dolo).

> *"(...) o primeiro corolário da exigência de culpabilidade, no Direito Administrativo Sancionador, é a exclusão da responsabilidade objetiva. (...), de fato, é exigível uma conduta pessoal do autor (...).*
> *Ao vedar responsabilidade objetiva para mero ressarcimento dos cofres públicos, a Carta Política também veda, implicitamente, responsabilidade objetiva no Direito Punitivo. Ao consagrar necessária responsabilidade subjetiva para o Direito das responsabilidades derivadas de ações ou omissões de agentes públicos, o constituinte sinaliza tendência à responsabilidade por culpabilidade no Direito Sancionador." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pgs. 440 e 442, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

> *"(...) a responsabilidade objetiva do suposto infrator, presumidamente inocente até final decisão na esfera administrativa (art. 5º, LVII, da CF), não pode mais ser admitida. (...)*
> *É necessário enfatizar que o direito, dentro da nova ordem constitucional, (...) não se compraz com a responsabilização e punição sem culpa, aferida objetivamente. (...)*
> *Assim, diante do atual quadro normativo vigente, entendemos imprescindível a culpa, 'lato sensu', como elemento necessário para a caracterização da infração administrativa." Regis Fernandes de Oliveira, "Infrações e Sanções Administrativas", pgs. 26 e 28, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Não obstante, ainda acerca deste ânimo subjetivo do servidor, é de se dizer que, enquanto a tipicidade penal já define ao aplicador da norma se a conduta a merecer sanção é dolosa (como regra) ou mesmo culposa (em exceção expressa), diferentemente, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não tem, como regra, o dolo ou a culpa definidos de forma expressa em cada enquadramento. Todavia, isto não significa que se prescinda da caracterização da culpa ou do dolo na conduta para se cogitar de enquadramento administrativo. Em outras palavras, embora, formalmente, os enquadramentos administrativos não tenham como elemento obrigatório constitutivo a culpa ou o dolo em sua descrição, uma vez que não se admite em instância disciplinar a responsabilidade meramente objetiva, incumbe ao aplicador extrair o ânimo subjetivo, seja pela direta literalidade, seja por outras formas de interpretação dos incisos dos arts. 116, 117 ou 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

E tal identificação é relevante, pois, em regra, diante de uma situação concreta que a princípio se amolda objetivamente em mais de um enquadramento, será basicamente em função do ânimo subjetivo com que a conduta foi cometida que se obterá o melhor e mais adequado enquadramento.

Aqueles dois conceitos, de dolo e de culpa, em sua essência penal, pressupõem, em sentido lato, a existência de um dever que resta desatendido ou de uma proibição que foi infringida, com o diferenciador de que no dolo o afastamento da regularidade se dá não por mera negligência, imperícia ou imprudência (espécies de culpa), mas sim com vontade

consciente de praticar a conduta e de atingir o resultado delituoso dela decorrente (no ânimo de dolo direto) ou, ainda que sem esta vontade direta, assumindo o risco de produzir aquele resultado delituoso (no ânimo do dolo indireto).

Neste rumo, na analogia do que já se aduziu em **4.6.2.1.1**, advirta-se que, em instância de responsabilização disciplinar, não se deve confundir a necessidade de caracterização do ânimo subjetivo para determinados enquadramentos gravosos com obrigatoriedade de se atingir a comprovada identificação do chamado dolo específico. Assim como na instância penal, a regra geral é de o elemento subjetivo se satisfazer com a vontade genérica de o agente cometer a conduta infracional objetivamente descrita na literalidade do enquadramento sem ter uma finalidade específica em sua ação, movendo-se então este autor pelo ânimo que a doutrina classifica de dolo genérico Excepcionalmente, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabeleceu enquadramentos em que a sua própria literalidade impõe a configuração de elementos subjetivos específicos, de o agente ter uma intenção específica ao cometer determinada conduta infracional (por exemplo, de coagir ou aliciar subordinados com o fim específico de se filiarem a entidades classistas ou políticas ou valer do cargo com o fim específico de lograr proveito pessoal ou de outrem, nos incisos VII e IX do art. 117 da citada Lei). Enquanto a regra geral é se ter a possível responsabilização disciplinar associada tão somente à vontade de o agente praticar a ação verbal do enquadramento (o chamado dolo genérico), em especial, há possibilidade de repercussão disciplinar mais restrita que requer a vontade de realizar a conduta para atingir um fim específico (o chamado dolo específico). Em outras palavras, a menos de alguns poucos enquadramentos isolados, a regra geral para os enquadramentos administrativos de índole dolosa é de que basta comprovar que o servidor deixou de cumprir uma obrigação ou que violou uma proibição com consciência e intenção de incorrer no ilícito, não sendo necessário esclarecer com que motivação o fez, o que buscava alcançar com a conduta.

> *"O dolo, para efeitos de ser reconhecido no Direito Administrativo Sancionador, é genérico, o mais amplo possível, raramente específico. Até mesmo no Direito Penal se rejeita, hoje, como regra geral, o dolo específico. Mais ainda se rejeita tal hipótese no Direito Administrativo Sancionador. O dolo merece uma ampla conexão com os tipos sancionadores, que, por seu turno, são compostos por conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, fatores que resultam incompatíveis com a tese do 'dolo específico'." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pg. 447, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*
>
> *"A Administração deve provar o dolo do agente, quando exigido (...), não sendo necessário demonstrar o motivo que o levou a praticar a infração. (...) dispensa (...) a averiguação do fim almejado pelo agente, o chamado 'dolo específico'." Regis Fernandes de Oliveira, "Infrações e Sanções Administrativas", pg. 27, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Além da desnecessidade da comprovação do dolo específico, mesmo com todo conservadorismo e atenção aos princípios da presunção da inocência e do *in dubio pro reo* com que o aplicador do Direito deve atuar na matéria pública punitiva, cabe ainda uma segunda ressalva acerca da configuração do dolo no processo, quando necessário para o enquadramento. Se, por um lado, conforme se aduzirá em **4.7.1.1**, como regra geral no regime disciplinar, para se cogitar de enquadramento expulsivo, se faz necessário comprovar o dolo na conduta do agente, por outro lado, não é de se exigir a integral transposição, para o contexto jurídico das provas materializadas no processo, da verdade concreta que somente o mundo real explicita. Em outras palavras, que em nada se confundem com arbitrariedade e muito menos com leviandade e precipitação ao promover a indiciação do servidor e o enquadramento da conduta sobretudo em enquadramento expulsivo, embora teórica e conceitualmente se busque a verdade material processual que explique de forma absoluta os

fatos do mundo real, é de se reconhecer que, frequentemente, a formação da convicção de existência ou não de dolo passa por algum grau de construção intelectual por parte do aplicador do Direito, sendo-lhe permitido uma pequena e residual parcela de interpretação e inferência - nos termos já expostos em **4.4.1.1.2.a**, ao amparo da percepção do mundo real, percepção esta que se inunda do conhecimento das praxes, das condutas habitualmente perpetradas e das soluções adotadas pelo mesmo agente e por outros agentes nos demais casos semelhantes à fatispécie sob análise.

> *"Como já noticiado, os ilícitos supracitados [art. 132, I a XII e art. 117, IX a XVI da Lei nº 8.112, de 11/12/90] pressupõem, em regra, a responsabilidade subjetiva dolosa, quer dizer, o agente transgressor deve ter agido com intenção ou, ao menos, ter assumido os riscos do resultado, excepcionando-se o ilícito previsto no inciso XV do art. 117 da Lei n° 8.112/90 ("proceder de forma desidiosa"), que pressupõe responsabilidade subjetiva culposa.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 363, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf, acesso em 07/08/13*
>
> *"b) Vastíssimo é o campo de aplicação das presunções de homem. Basta, para se ter uma idéia da extensão da sua aplicabilidade, considerar que, em princípio, são elas admissíveis nos mesmos casos em que o é a prova testemunhal. Por meio delas se provam fatos das mais variadas espécies, não só como prova subsidiária ou complementar mas também como prova principal e única.*
> *Mas, onde se manifesta, em toda a sua plenitude, a importância das presunções simples, é quando se cura de provar estados do espírito - a ciência ou ignorância de certo fato, a boa-fé, a má-fé etc. - e, especialmente, de provar as intenções, nem sempre claras e não raramente suspeitas, ocultas nos negócios jurídicos. Tratando-se de intenções suspeitas, ou melhor, nos casos de dolo, fraude, simulação e atos de má-fé em geral, as presunções assumem papel de prova privilegiada, ou, sem que nisso vá qualquer exagero, de prova específica. Salientando a significação das presunções nesse terreno, dispunha o Código de Processo Civil de 1939, art. 252: 'O dolo, a fraude, a simulação e, em geral, os atos de má-fé poderão ser provados por indícios e circunstâncias'.", Moacyr Amaral Santos, "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", vol. 2, pg. 513, Editora Saraiva, 24ª dição, 2008*

À vista das provas regularmente coletadas, é lícito - e até se pode dizer que é mesmo inerente à crítica e à analítica condição humana de qualquer aplicador do Direito - que pequenas e minoritárias lacunas na formação integral da convicção acerca da existência ou não do dolo seja integrada por percepções, inteligências, experiências, culturas e até mesmo mero bom senso por parte do integrante da comissão ou da autoridade julgadora. Por vezes, diante da cabal comprovação de que determinado fato antijurídico ocorreu, torna-se necessário ao agente condutor dos trabalhos laborar com suas próprias visões, compreensões e entendimentos acerca da inteligência pessoal e da experiência e da capacitação funcionais do acusado em contrapartida à complexidade e a outros condicionantes concretos ou normativos para a conduta infracional sob análise (como, por exemplo, admitir que determinada conduta poderia ser efetivada culposamente mesmo por um servidor experiente ou, ao contrário, inadmitir que determinada conduta poderia ser realizada por um servidor experiente com ânimo subjetivo diferente do doloso). A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional também já se manifestou reconhecendo tal possibilidade.

> *Parecer PGFN/CJU/CED nº 978/2009: "127. Diante de tais observações, contendo fatos indiciários logicamente concatenados que apontam para a caracterização de gravíssima infração funcional, não há como afastar a intencionalidade da conduta do servidor (...) consistente em valimento do cargo para lograr interesse pessoal ou de outrem em detrimento da dignidade da*

> *função pública.*
> *Atenta às nuances que caracterizam os fatos dessa natureza, dispõe a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (no âmbito do Direito interno, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006), em seu art. 28: 'O conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas.'*
> *128. Assente-se, ainda, que, somando-se aos fatos circunstanciais robustamente demonstrados pelas provas carreadas aos autos e ante o panorama constatado, temos a impossibilidade de se cogitar a ausência de dolo do indiciado (...) em praticar os atos irregulares por se tratar de servidor experiente e qualificado para a função que exercia, conhecedor das normas regentes do procedimento usualmente adotado na Receita Federal. (...). E, dessarte, irreal a mera possibilidade de ocorrência de mero erro, o que vem reforçar a caracterização infração prevista no art. 117, inciso IX, e no art. 132, inciso IV, ambos da Lei nº 8.112, de 1990."*

Com extremada cautela, pode-se reconhecer a limitação de qualquer ente ou órgão persecutório, por melhores que sejam as ferramentas jurídicas, para adentrar, com integral e absoluto grau de certeza, nas intenções do agente, sobretudo quando se trata de fatispécies cujas peculiaridades não contemplam materialização explícita do ânimo subjetivo de quem as comete, visto residirem tão somente na indevassável construção intelectual do pensamento humano, sendo aceitável, até jurisprudencialmente, certa parcela de inferência ao se buscar identificar se a infração foi cometida ou não com dolo. Em outras palavras, não há como se esperar pela materialização em prova aquilo que é intrinsecamente abstrato e que sequer pode ser materializável.

> *STJ, Recurso Especial nº 1.245.765: "Ementa: 13. Pontue-se, antes de finalizar, que a prova do móvel do agente pode se tornar impossível se se impuser que o dolo seja demonstrado de forma inafastável, extreme de dúvidas. Pelas limitações de tempo e de procedimento mesmo, inerentes ao Direito Processual, não é factível exigir do Ministério Público e da Magistratura uma demonstração cabal, definitiva, mais-que-contundente de dolo, porque isto seria impor ao Processo Civil algo que ele não pode alcançar: a verdade real."*

De toda sorte, importa destacar que não se vislumbra equiparar uma irregularidade cometida por servidor decorrente da intenção deste em auferir o resultado com outra ocasionada por imprudência, imperícia ou negligência, ainda que o resultado tenha sido idêntico.

Como rápida e despretensiosa figuração, longe de ater-se a detalhes que somente a análise individualizada comporta, não pode, por exemplo, um servidor que emitiu diversos CPFs em duplicidade, cujos acessos aos sistemas informatizados detectados pela comissão permitem concluir que utilizou artifícios ardilosos - alteração de uma letra no nome da mãe, alteração da data de nascimento, etc -, ser apenado da mesma forma que outro servidor que também emitiu diversos CPFs em duplicidade, mas em decorrência de não ter conhecimento da norma de vedação. Supondo que nos dois casos em tela os respectivos contribuintes possuíssem restrições nos órgãos de proteção ao crédito, em ambas as situações, a emissão do segundo CPF os beneficiaria. Entretanto, em princípio, enquanto na primeira situação resta nítido o valimento do cargo ocupado pelo servidor para lograr proveito de terceiros (inciso IX do art. 117), ensejando a penalidade de demissão (inciso XIII do art. 132), a segunda, em princípio, poderá caracterizar, no máximo, descumprimento de normas (inciso III do art. 116) ou falta de zelo nas atribuições legais do cargo (inciso I do art. 116), não podendo a correspondente penalidade exceder a advertência ou a suspensão (arts. 129 e 130 combinados com o *caput* do art. 128). Todos os enquadramentos citados referem-se à Lei nº 8.112, de 11/12/90, e seguem descritos em **4.7.2** a **4.7.4**.

Acrescente-se que, conforme já exposto em **4.6.2.1**, convém ainda relevar que o dano ou prejuízo porventura causados pela conduta não integram a definição do dolo e, salvo exceções, não são elementos dos enquadramentos, não sendo então fator decisivo ao se enquadrar. Em outras palavras, não é a existência de dano ou prejuízo que configura e autoriza o enquadramento em condutas, por exemplo, como valimento do cargo e improbidade administrativa; a *contrario sensu*, a inexistência de dano ou prejuízo não impede que se cogite de conduta dolosa.

> *STF, Mandado de Segurança nº 26.023: "Ementa: Restou evidenciado no processo administrativo disciplinar que o impetrante utilizou recursos materiais da repartição para atividades particulares. Não houve, no curso do processo, negativa de autoria dos fatos que estavam sendo apurados; ao contrário, o impetrante confirmou a transgressão, justificando que '... se valeu de alguns litros de combustível da Procuradoria, causando prejuízos de valor ínfimo e irrisório...'. (...). O fato de o próprio impetrante ter alegado que a utilização dos recursos materiais da repartição em atividades particulares causaram prejuízos ínfimos à Administração, não tem o condão de afastar a transgressão ao inciso XVI do artigo 117 da Lei n. 8.112 de 1990, aliás só ratifica a prática da conduta vedada. Além disso, o artigo 132, inciso XIII, dessa mesma lei, penaliza a transgressão, independentemente da averiguação da extensão do prejuízo causado à Administração Pública. Vale ressaltar que no caso específico, o só fato da utilização dos recursos materiais da repartição em questão para fins particulares, especialmente no que se refere ao automóvel, expõe a Administração Pública a danos. No mais, entende-se que a demissão é compulsória quando apurada infração disciplinar elencada no art. 132 da Lei n. 8.112 de 1990, tal como entendeu a Advocacia-Geral da União no Parecer n.º GQ-167 (...)."*

> *"Prescindindo do resultado maléfico que possa produzir contra a administração pública, consuma-se a falta disciplinar com a mera conduta exteriorizada pelo funcionário transgressor, ainda que não seja concretizado o seu resultado danoso. Daí dizer-se que o ilícito disciplinar é formal. Basta apenas que haja o risco de que tal dano possa ser produzido.*
> *São chamados, também, de ilícitos de risco ou de perigo.*
> *Não obstante, pode o regulamento exigir eventualmente que o dano, ou seja, o resultado, deva integrar a infração disciplinar. Nesse caso, perde a natureza de ilícito formal e passa para a categoria de ilícito de dano. (...)*
> *Por outro lado, ressalte-se que a efetiva produção do resultado danoso, desde que não esteja incluído na definição da falta, é sempre considerado circunstância agravante." José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pg. 210, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/7.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/7: "3. Quando lidos conjuntamente, tais dispositivos permitem supor que uma determinada infração disciplinar possa ser enquadrada, a princípio, em mais de um de seus incisos. Por exemplo, um ato contrário ao ordenamento pode ser configurado, inicialmente, como inobservância de norma ou valimento de cargo. Já um evento juridicamente imoral pode, em um primeiro momento, ser considerado incompatível com a moralidade administrativa ou compreendido como improbidade administrativa. Também é assim com a quebra da relação de confiança, que, antes de mais nada, pode ser entendida como violação ao dever de lealdade, exercício de atividade incompatível com as atribuições do cargo ou até mesmo improbidade administrativa.*
> *4. Diante disso, para enquadrar corretamente uma irregularidade na Lei nº 8.112, de 1990, é necessário avaliar as suas condicionantes, tais como a gravidade, a intensidade, a frequência e, sobretudo, a intenção do agente*

> *público. Melhor dizendo, a diferença entre os incisos dos arts. 116, 117 e 132 dessa norma reside principalmente na configuração do elemento subjetivo do infrator, isto é, se agiu com culpa ou dolo.*
> *7. Como regra, o regime disciplinar exige a caracterização do dolo com o qual o agente público cometeu o desvio funcional para a aplicação de penalidade expulsiva.*
> *8. Logo, com exceção da desídia (que é uma conduta infracional marcada pela culpa em patamar grave), não pode a comissão de inquérito enquadrar um ilícito nos incisos I a XIII do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990 - tais como valimento de cargo ou improbidade administrativa -, e, por conseguinte, propor aplicação de demissão ou cassação de aposentadoria se não demonstrar, no processo administrativo disciplinar (PAD), os elementos indicadores da conduta dolosa do acusado. Afinal, não se pode equiparar uma irregularidade decorrente da intenção do servidor em auferir o resultado com outra ocasionada por imprudência, imperícia ou negligência, ainda que o resultado tenha sido idêntico.*
> *11. Finalmente, o dano não é um elemento característico do dolo, ou seja, não o configura e sequer o afasta. Sendo assim, sua inexistência não impede o enquadramento da irregularidade em dispositivo legal que sujeita o agente público a penalidade capital, tampouco sua comprovação autoriza, por si só, que o infrator seja expulso do serviço público. As exceções são os atos de lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacionale de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, para os quais se exige a demonstração do dolo e também do dano."*

Ao final, as condicionantes da conduta (que apontam natureza e gravidade da infração, atenuantes ou agravantes) podem refletir apenas na indicação da pena mais adequada (gradação da pena), mas não na configuração ou não da irregularidade.

Além das diferenças conceituais entre enquadramento administrativo e tipo penal, há uma outra séria distinção neste tema a ser apontada entre as duas instâncias públicas punitivas.

É de se lembrar que o regime disciplinar não é casuístico como o Direito Penal, de forma que não há, na Lei nº 8.112, de 11/12/90, a relação estreita entre cada enquadramento e uma diferente pena, como reflexo legal de um diferente grau de gravidade e de ofensividade da conduta enquadrável, conforme é a regra do Código Penal.

Conforme se exporá em **4.10.2**, diferentemente da lei penal, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, agrupa significativa quantidade de enquadramentos, em princípio todos com mesmo grau de gravidade e de ofensividade, puníveis com apenas três discretas e pontualmente distantes penas. Melhor explicando, todos os doze incisos do art. 116 e os incisos de I a VIII e o inciso XIX do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, sem diferença em princípio teórica entre eles, podem ser igualmente punidos com desde advertência até suspensão de um a noventa dias; os incisos XVII e XVIII do art. 117 da mesma Lei podem ser punidos com suspensão de um a noventa dias; e os incisos de IX a XVI do art. 117 e todos os treze incisos do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, podem ser punidos com pena expulsiva. De certa forma, pode-se admitir, que, grosso modo, dentro da inteligência não casuística e apenas previsional e atípica como se constrói sistematicamente, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelece uma pontual e discreta subdivisão das condutas infracionais e das consequentes penas cabíveis em três níveis apenas: de branda gravidade (ou de menor grau de ofensividade, puníveis com advertência), de média gravidade (ou de médio grau de ofensividade, puníveis com suspensão) e grave (ou de forte grau de ofensividade, a ponto de merecer pena expulsiva).

Em outras palavras, a ausência de natureza casuística nos enquadramentos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, permite dizer que, à luz tão somente de suas respectivas literalidades, sem

que antes o aplicador a elas agregue condicionantes da conduta real sob análise, é como se não houvesse diferença em gravidade e ofensividade e, consequência, em reação punitiva do Estado, para uma conduta tida como exercício das atribuições legais do cargo sem o devido zelo e dedicação (enquadrável no art. 116, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90) e para uma outra conduta tida como recusar fé a documentos públicos (enquadrável no art. 117, III da mesma Lei), ambas puníveis em princípio com advertência. Da mesma forma, é como se, para o legislador, merecessem mesmo grau de repulsa uma conduta tida como receber propina em razão das atribuições legais do cargo (enquadrável no art. 117, XII da Lei nº 8.112, de 11/12/90) e uma outra conduta tida como incontinência pública (enquadrável no art. 132, V da mesma Lei), ambas puníveis com demissão.

> *"É aqui que, mais uma vez, emerge a adesão do Direito Penal, pois, se este prevê a intenção do dolo e o grau na culpa e, ainda, a penalogia aplicável às contravenções e às leis especiais para determinados crimes, tipicamente considerados, torna-se perfeitamente lícito a divisão das penas administrativamente aplicáveis, segundo a natureza e de acordo com a configuração da ação ou da omissão do servidor público quando na perfeita caracterização de seu desvio de conduta, que deveria ser boa e normal.*
> *Então, vê-se que, excluída totalmente, por impertinente, reafirma-se, a pena corporal, tem-se, para as legalmente aplicáveis, três graus: o mínimo; o médio; o máximo, respectivamente." Egberto Maia Luz, "Direito Administrativo Disciplinar", pg. 292, Edições Profissionais, 4ª edição, 2002*

Os enquadramentos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, dentro de cada um dos três grupos acima descritos, de forma radicalmente diferente dos individualizados tipos da lei penal, enquanto meras construções hipotéticas do legislador, e dissociados das condicionantes de qualquer caso concreto neles enquadráveis, apresentam, *a priori* e sistematicamente, o mesmo grau de gravidade e de ofensividade, uma vez que podem indistintamente receber a mesma pena. Não há, na fria literalidade hipotética da Lei, nenhuma diferença entre um servidor ser imputado em um ou em outro enquadramento associado a uma mesma pena.

O que difere a gravidade e a ofensividade e, consequentemente, o grau de repulsa social e, em último estágio, a adequada pena a ser aplicada não é a estrita literalidade da norma (no sentido aqui das diferenças entre os elementos de cada enquadramento), conforme acontece na tipicidade da lei penal (em que cada tipo possui a ele associado uma pena específica, já devidamente graduada pela ofensividade da conduta ali capitulável), mas sim as condicionantes da conduta prática enquadrável, que não se encontram inseridas no enquadramento. Sob ótica disciplinar, de um lado, pode um servidor cometer determinado ato enquadrável como ilícito em determinado inciso do art. 116 ou do inciso I a VIII ou XIX do art. 117 e receber uma pena de advertência, sem nenhum prejuízo de um segundo servidor poder cometer outro ato, de natureza completamente distinta, mas também enquadrável como ilícito em outro inciso diferente do primeiro e receber a mesma pena de advertência. Por outro lado, pode um terceiro servidor cometer o mesmo ato ilícito enquadrável no mesmo enquadramento do primeiro e receber pena de suspensão de trinta ou até de noventa dias. Isto porque, no regime disciplinar, a diferença da gravidade e da ofensividade não é primeiramente medida pelo enquadramento, já que este não é típico e nem casuístico, mas é medida pelas condicionantes da conduta, que indicarão a aplicação dosimétrica de uma pena ou de outra.

> *"Embora não sendo casuística, como ficou acentuado, a lei trata dos ilícitos e das penas, descrevendo aqueles de forma sumária, até com referência aos mais notórios (...). Não é casuística, mas é previsional, nos capítulos dos deveres e das proibições. (...)*
> *O Direito Administrativo Disciplinar não é casuístico, porém, mesmo não o sendo, ele não pode deixar de consagrar determinados ilícitos cuja tipicidade emerge com uma flagrância notória e necessária.*
> *Enquanto o Direito Penal substantivo consagra o princípio consubstanciado no*

> *velho brocado de que nullum crime nula poena sine lege, o Direito Administrativo Disciplinar nele não vê similitude para capitulação dos ilícitos, pois isto importaria no verdadeiro reconhecimento desta corporificação, ou melhor, desta disjunção só cabível no Direito Penal.*
> *Como a relação entre servidor e o Estado dimana do vínculo jurídico estatutário, neste elemento residem alguns ilícitos, já enumerados, sem embargo da preservação fortemente acentuada da moral administrativa e, em última análise, do interesse público, que deve ser mantido através da mais rigorosa observação da conduta do servidor." Egberto Maia Luz, "Direito Administrativo Disciplinar", pgs. 72 e 82, Edipro, 4ª edição, 2002*

Assim, mais especificamente naquele grupo de enquadramentos puníveis com penas de advertência ou de suspensão de um até noventa dias e, consequentemente, de maior grau de discricionariedade a favor da autoridade julgadora, não há, pela vontade da Lei, nenhuma diferença conceitual de gravidade e de ofensividade entre eles. O que faz variar, dentro deste grupo de enquadramentos, desde advertência até suspensão de noventa dias não é a literalidade do enquadramento (visto que ele não é típico), mas sim a existência ou não, ponderada, dos parâmetros de dosimetria elencados no *caput* do art. 128 da Lei (a natureza e a gravidade da infração, o dano dela decorrente, os atenuantes e os agravantes da conduta e os antecedentes funcionais do infrator), somados aos previstos no art. 16 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019 (relação de causalidade e culpabilidade). E, de certa forma, o mesmo se aplica também para aquele grupo de enquadramentos puníveis com penas expulsivas, apenas com a ressalva das repercussões associadas a vedação temporária de retorno do ex-servidor ao serviço público e medidas extra-administrativas (como indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário), estabelecidas nos arts. 136 e 137 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Importante ponderar que Lei n° 8.112, de 11/12/90, diferentemente dos comandos estabelecidos nos incisos I e II e no parágrafo único do aart. 14 do CP, não define e muito menos sanciona o ilícito administrativo tentado, conforme também entende a doutrina. A mera tentativa demarcada pelo desígnio de vontade de realizar determinada infração e não devidamente consumada não se confunde com o estágio de aquele ilícito pretendido ter sido consumado e não causa a responsabilização com aplicação da pena que seria cabível caso tivesse havido a consumação enquadrável. Por óbvio, a declaração acima não impede que o conjunto fático até então cometido (mas ainda não caracterizador e configurador da consumação do ilícito pretendido) perfaça algum outro enquadramento (em geral, de menor gravidade). A mero título figurativo, a intencional conduta que viria a configurar ilícito de abandono de cargo, se, por motivo alheio à vontade do servidor não perfaz completar mais de 31 dias consecutivos de ausência, não tem o condão de configurar aquela infração demissiva (ainda que de fato este fosse o ânimo subjetivo a mover o autor), mas até pode vir a enquadrada no descumprimento do dever de assiduidade, mas não há que se falar em imputação de "tentativa de abandono de cargo".

> *"Quanto ao ilícito disciplinar, não é possível a punição pela tentativa, uma vez que há disposição legal nesse sentido e também não há disposição legal específica acerca da dosagem de pena disciplinar nesse caso. Desta forma, por se apresentar como norma restritiva de direito, a punição pela tentativa de ilícito disciplinar somente poderá ser levada a efeito se existir previsão legal para isso, não se podendo falar em utilização da aplicação subsidiária da norma de direito penal para tal mister, uma vez que se estampam como ramos distintos do direito sancionador. Com efeito, a tentativa de prática de infração disciplinar é fato atípico, salvo se houver possibilidade de capitulação em outro tipo disciplinar residual ou previsão de ilícito de atentado, a exemplo do Inciso LXIII, da Lei 4.878/65, onde se prevê a sanção do servidor com a realização de conduta tentada.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pgs. 430, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

4.6.3.2 - Dolo, Erro Grosseiro, Culpa Grave e Culpa Leve

Cabe aqui reiterar o que já se expôs em **3.1**, para abordar o comando estatuído no art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), que, de forma inovadora ao CP, estabeleceu que o agente público deveria responder "*pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*". Em seguida, este comando legal foi regulamentado pelo art. 12 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.

> *LINDB - Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018)*
>
> *Decreto nº 9.830, de 2019 - Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.*
> *§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.*
> *§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.*
> *§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.*
> *§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.*
> *§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.*
> *§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.*
> *§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.*
> *§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.*

Em primeira análise, na esfera legal, eis que o legislador ordinário buscou inovar o ordenamento, mas o fez de forma tão sucinta que o comando em si resta pouco claro. A compreensão melhor da intenção somente vem à tona com a leitura complementar do Decreto regulamentador. Antes ratifique-se que o *caput* do art. 12 do Decreto nº 9.830, de 2019, reconhece a incidência do regime disciplinar em condutas dolosas não só caracterizadas como dolo direto como também caracterizadas como dolo eventual. Ademais, conforme leitura a *contrario sensu* do § 1º do art. 12 do Decreto nº 9.830, de 2019, compreende-se que a conduta eivada do que se consideraria como culpa leve (ou seja, comissiva ou omissivamente cometida com erro que não seja manifesto, evidente e inescusável, de menor grau de imprudência, negligência ou imperícia) poderia não ser passível de responsabilização. Apenas as condutas eivadas de dolo (direto ou eventual) ou da parcela complementar da culpa, qual seja, da culpa grave, cometida com erro manifesto, evidente e inescusável e com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia, seriam puníveis administrativamente.

Interessante reproduzir definição aplicada pelo Tribunal de Contas da União (TCU),

em julgamento de tomada de contas especial em que se debruçou sobre o tema e em que aplicou o art. 28 da LINDB, enriquecendo a definição de erro leve (ou aqui erro escusável) como aquele perceptível somente com um grau excepcional de diligência e erro grosseiro como aquele perceptível até mesmo com um grau aquém de ordinário de diligência.

> *TCU, Acórdão nº 2.391/2018: "80. Neste ponto, cabe ressaltar que a Lei 13.655/2018 introduziu vários dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINB, que diretamente alcançam a atividade jurisdicional desta Corte de Contas, em especial a atividade de aplicação de sanções administrativas e de correção de atos irregulares.*
> *81. Segundo os arts. 22 e 28 da LINB, recém introduzidos pela referida norma:*
> *82. Dito isso, é preciso conceituar o que vem a ser erro grosseiro para o exercício do poder sancionatório desta Corte de Contas. Segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele 'que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio' (grifos acrescidos). Se ele for substancial, nos termos do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado.*
> *83. Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.*

Gradação do Erro	*Pessoa que seria capaz de perceber o erro*	*Efeito sobre a validade do negócio jurídico (se substancial)*
Erro grosseiro	*Com diligência abaixo do normal*	*Anulável*
Erro (sem qualificação)	*Com diligência normal*	*Anulável*
Erro leve	*Com diligência extraordinária - acima do normal*	*Não anulável*

> *84. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, 'culpa grave é caracterizada por uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam' (Farias, Cristiano Chaves de. Rosenvald, Nelson. Curso de Direito Civil. São Paulo: Atlas, p. 169).*
> *85. Os aludidos autores invocaram a doutrina de Pontes de Miranda, segundo a qual a culpa grave é 'a culpa crassa, magna, nímia, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidados indispensáveis'. (Pontes de Miranda. Tratado de direito privado, t. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 72)."*

Com atenção aos princípios da eficiência e da economia processual, esta inovação até seria defensável e bem recebida. Ocorre que, a rigor, é de se reconhecer que, desde a base legal, o art. 28 da LINDB, e obviamente se refletindo no *caput* do art. 12 do Decreto regulamentador, toda a construção se circunscreve material e subjetivamente apenas nas condutas de tomadas de decisão de autoridades com tal poder e de manifestações de opinião técnica (de assessoramento jurídico) em que se baseiam aqueles agentes. Além de terem trazido uma impactante inovação acerca da responsabilização subjetiva, o art. 28 da LINDB e o art. 12 do Decreto nº 9.830, de 2019, criaram uma espécie de nicho diferenciado de agentes públicos e de condutas funcionais, a merecerem a mitigação responsabilizadora em tela.

Esta construção de uma espécie de "perdão legal", além de soar criticável sob necessária ótica do princípio da impessoalidade, também se destaca como destoante da visão

sistemática que se toma do ordenamento vigente para o tema em apreço, não se harmonizando com outros comandos legais históricos. Tanto a lei material penal quanto a lei material civil estabelecem no Direito pátrio dois estados anímicos infracionais, quais sejam, o dolo e a culpa, caracterizadores da indispensável responsabilidade subjetiva. O conflito em tela comporta duas soluções possíveis.

De um lado, estando-se em matéria punitiva, seria possível operar uma construção extensiva em termos tanto de autoria quanto de materialidade, favorável a qualquer servidor (abarcando o servidor comum, não apenas autoridades e seus assessores) e para toda espécie de conduta culposa (contemplando atividades funcionais meramente executivas e cotidianas de ponta, não apenas tomada de decisão e assessoramento). Esta interpretação ao mesmo tempo se ampararia no princípio da impessoalidade e afrontaria o princípio da legalidade, ambos de igual envergadura constitucional; todavia, ponderando-se ser uma interpretação benéfica em Direito punitivo, se poderia aceitá-la, sobretudo porque não seria passível de crítica de parte dos atingidos.

De outro lado, trazendo especificamente do Direito Penal o conhecimento de que o erro exclui a responsabilização (seja por vezes atuando na exclusão do dolo e, por conseguinte, da tipicidade, seja por vezes atuando na exclusão da culpabilidade), soa como incoerente, ilógica, contraditória e incongruente a construção ora adotada pelo legislador, ao elencar e igualar o dolo e o erro grosseiro como duas espécies de um mesmo gênero, como ramificações de uma mesma raiz, ambos como elementos caracterizadores da responsabilização. Por tal motivo, ao longo de todo este texto, se adotará o desdobramento clássico dos ânimos subjetivos causadores de responsabilização, entre dolo e culpa (na linha, aliás, que o próprio Decreto nº 9.830, de 2019, em seu art. 17, contempla), mas sem prejuízo de se deixar em aberto para o aplicador do Direito o emprego da interpretação benéfica acima a favor de servidor comum em conduta funcional ordinária quando sua conduta puder ser considerada eivada de culpa leve decorrente de erro não grosseiro.

> *Decreto nº 9.830, de 2019 - Art. 17. O disposto no art. 12 não afasta a possibilidade de aplicação de sanções previstas em normas disciplinares, inclusive nos casos de ação ou de omissão culposas de natureza leve.*

4.6.3.3 - Voluntariedade

Conforme já dito em linhas acima, na instância administrativa, em que pese o dolo e à culpa não integrarem expressamente os enquadramentos, não estando neles definidos nos moldes da lei penal, deles não se pode prescindir para se cogitar de enquadramento na Lei nº 8.112, de 11/12/90, e, por conseguinte, de responsabilização administrativa. Ainda que a lei estatutária, por sua própria natureza abrangente *interna corporis*, necessite abarcar em seu regime disciplinar diversas condutas de pequena gravidade e de menor poder ofensivo, nem mesmo para tais condutas se afasta da regra básica de que a responsabilidade administrativa requer a comprovação de ato cometido no exercício do cargo, ou pelo menos a ele associado, com dolo ou, no mínimo, com culpa (em suas formas de imprudência, imperícia ou negligência).

Investir em tese contrária significaria o mesmo que admitir responsabilização objetiva na instância administrativa punitiva. Em outras palavras, não basta a Administração comprovar a ocorrência de um fato enquadrável e a relação causal entre a conduta do servidor e tal fato para poder de imediato buscar responsabilizá-lo administrativamente. Para isto, é necessário que, além de comprovar a ocorrência do fato enquadrável e a relação causal entre a conduta do servidor e tal fato, se comprove ainda que tal conduta decorreu de ânimo no mínimo culposo por parte do servidor. A responsabilização administrativa é dita subjetiva; ou seja, requer a comprovação do ânimo subjetivo do agente no momento da conduta, seja

intencional e consciente, seja culposo, não se satisfazendo apenas com a comprovação objetiva do fato.

Com isto, não se aceita responsabilização disciplinar decorrente de conduta tão somente voluntária por parte do servidor. Em outras palavras, não basta a mera voluntariedade da conduta para que o servidor, em geral sob erro, sem intencionalidade ou sequer culpa, possa ser responsabilizado administrativamente.

Entenda-se aqui, sob ótica jurídica, a voluntariedade como a atitude tomada por iniciativa própria do agente, espontaneamente, refletindo a livre manifestação de sua vontade, sem ter sido compelido, constrangido ou coagido a fazer ou a deixar de fazer, promovendo, com nexo causal, um resultado delituoso previsível, porém sem intenção, finalidade ou direção. O ato volitivo é realizado mediante a possibilidade de o agente escolher opções, refletir sobre os motivos e enfim decidir o que fazer, com espontaneidade. Por esta definição, portanto, não há que se confundir a conduta voluntária, no sentido apenas de que ela é livre de vício de vontade, com intenção dolosa de agir de má-fé e nem mesmo com a conduta culposa de precipitação, impetuosidade ou falta de cuidado. A voluntariedade, que não está expressa ou sequer presumida nos enquadramentos administrativos, deve ser entendida apenas como "fazer livremente" em contrário à obrigatoriedade, não guardando, portanto, nenhuma relação, nem de sinônimo, nem de antônimo e nem mesmo de gradação, com "fazer com má intenção" (dolo) ou "fazer de forma imprecisa, sem o devido cuidado" (culpa).

A voluntariedade pode figurar como o patamar nulo e sem repercussão, além do qual, aí sim, se estabelece, de forma crescente, a escala de gravidade de conduta, desde a culpa até o dolo, assim encadeada: voluntariedade, culpa inconsciente, culpa consciente, dolo indireto, dolo direto e, no extremo, como espécie ainda mais qualificada, o dolo específico.

4.6.3.4 - Erro Escusável

Sendo a atividade pública vinculada, o servidor somente pode fazer aquilo que o ordenamento expressamente lhe permite, de forma que, em tese, pode-se aduzir que qualquer conduta supostamente irregular, em regra, passa, em sua base, por uma inobservância da legalidade. Assim, *a priori*, sem prejuízo do equilíbrio harmônico principiológico, o princípio da legalidade (ao lado do princípio da moralidade administrativa) é considerado um princípio informador dos demais princípios constitucionais reitores da Administração Pública.

Não obstante, conforme aduzido em **3.3.2**, ao se abordar o enfoque mais complexo com que deve ser compreendido o princípio da legalidade, a atuação da Administração deve atender à lei, mas sem se afastar do bom Direito. Sem perder de vista o bom senso, o senso de justiça e de equilíbrio, a noção concreta dos fatos e das vinculadas repercussões e, sobretudo, a razoabilidade, os agentes públicos investidos da função correcional (as autoridades competentes para instaurar ou julgar e os integrantes das comissões), como aplicadores do Direito, não podem se abster da percepção da falibilidade humana, seja por erro de fato (na apreciação da matéria substancial por parte do servidor), seja por erro de direito (na apreciação da normatização de regência).

Relembrem-se aqui conceitos basilares e diferenciadores do tema em apreço. Enquanto erro é a percepção equivocada do conjunto fático ou da normatização, dele difere a ignorância, por ser a total ausência de noção ou de percepção dos fatos ou das normas, diferindo ainda de ambos o terceiro conceito, da dúvida, na qual o agente tem mais de uma noção ou percepção do mundo real ou do ambiente jurídico.

O princípio da razoabilidade (implicitamente extraído do aspecto substancial do princípio constitucional do devido processo legal e expresso no art. 2º da Lei nº 9.784, de 29/01/99) impõe que o aplicador analise de forma qualificada o caso concreto, em todas as

suas peculiaridades e condicionantes reais, antes de enquadrá-lo nas hipóteses generalistas dos textos legais. Na matéria de que aqui se cuida, tal entendimento se manifesta na acepção de que seria desarrazoado pressupor infalível o servidor ou dele exigir condutas heróicas ou impossíveis e desconsiderar a predisposição ao erro.

Isto porque, mesmo no ambiente laboral e ainda que se presumam de excelência os quadros humanos, formados por especialistas capacitados e bem informados, pode haver erros, não se podendo desprezar a razoabilidade de tal aceitação, dentro de parâmetros técnicos reconhecidamente aplicáveis à tarefa sob apreciação.

Diversas podem ser as fontes de falhas humanas: queda de atenção ou percepção, opinião precipitada, preconcebida ou apressada sobre o assunto, distúrbios sensoriais, cansaço, perda de concentração em atividades repetitivas, etc. Aqueles agentes públicos investidos da função correcional, além de reconhecerem a falibilidade humana, devem ter em mente a noção de que, em regra, se impõe ao servidor o exercício diuturno e continuado de um conjunto de atribuições legais, de natureza por vezes complexa, em geral enfrentando a dificuldade da tarefa de aplicar o Direito. Em outras palavras, a atividade administrativa, não raro, exige daquele ser, falível por natureza: a correta identificação fática do caso concreto que se opõe à sua frente; o conhecimento e a interpretação das normas que regem a matéria; a precisa averiguação se aquele caso concreto se enquadra nas hipóteses previstas em norma pelo legislador; e a tomada da decisão julgada por ele como correta para o caso concreto. Nesta construção encadeada, o mero e simples exercício de suas atribuições legais (o que exclui da análise aquele que nunca erra por nada fazer) naturalmente expõe a equívocos o servidor atuante e que tem iniciativa, seja em função da leitura equivocada do fato concreto, seja por imperícia na interpretação da norma, seja até mesmo por defeitos na redação da norma, conforme também entende a doutrina.

> *"(...) Não é porque se trate [a Administração] de um ambiente profissional, onde haja deveres de informação, mais acentuados, que se desprezará o espaço aos erros razoáveis, dentro dos parâmetros técnicos reconhecidamente aplicáveis ao setor especializado. Afinal, os profissionais também erram, e de modo escusável, mesmo os maiores especialistas." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pg. 460, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Não se perde de vista que a instância administrativa disciplinar e mais especificamente a eventual punição estatutária têm seu fundamento de validade para corrigir conduta irregular e para inibir novas irregularidades. Desta forma, em caso de erro decorrente da mera falibilidade humana, a penalidade administrativa não cumprirá seu efetivo papel e não se sustentará, não se justificando sua aplicação, pois aquela falha escusável, ainda que indevidamente punida uma vez, possivelmente ocorrerá de novo, por ser intrínseca à natureza do homem. O entendimento ora expresso encontra absoluta concordância doutrinária.

> *"Nesse trajeto, o exercício das atribuições legais naturalmente expõe o servidor atuante e proativo a equívocos, tanto pela compreensão errada do caso concreto, quanto pela inabilidade na interpretação da norma, e às vezes até por defeitos na redação da própria norma. E quanto mais produtivo for o servidor mais sujeito está ao erro, enquanto aquele que pouco faz, em regra, pouco erra. (...)*
> *É certo que a seara administrativa disciplinar e a eventual punição visam a corrigir conduta irregular e desestimular novas infrações. Assim, nas situações de erro decorrente da falha humana, a pena não cumprirá o papel para o qual foi programada, não fazendo sentido a sua aplicação, porque aquela falha escusável, caso punida uma vez, possivelmente se repetirá, por ser intrínseca à condição humana.", Luciano Rosa Vicente, "O Impacto dos Instrumentos Desburocratizantes na Celeridade Processual da Corregedoria da Receita Federal do Brasil", Dissertação de Mestrado em Direito no Centro*

Universitário de Brasília, pg. 93, 2021

Em atenção a tais aspectos de ordem prática, é possível, então, elencar os pressupostos essenciais para que, à vista das condicionantes e peculiaridades de cada caso especificamente (não se visa aqui, em tema tão conceitual e de delimitação controversa, a traçar regras gerais, de aplicação indistinta a qualquer situação), se possa considerar a presença do chamado erro escusável, com o condão de exculpar o servidor.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/12, em que se definiu o erro escusável como a conduta equivocada por parte do servidor (isto é, em desconformidade com as normas legais e regulamentares) cuja apenação se evidencie ser irrazoável diante das circunstâncias defrontadas no caso concreto.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/12: "4. O conceito de erro escusável na instância disciplinar advém, então, da premissa de que todo agente público que desempenha suas funções regularmente pode cometer falhas, pressupondo, todavia, que nem todas devem ser submetidas a apuração e punição na forma da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Melhor dizendo, o erro escusável é a conduta funcional que, embora em desacordo com normas legais e regulamentares, não justifica a instauração de PAD, por força dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da eficiência. Essa noção tem como propósito tratar com senso de justiça e equilíbrio o bom agente público, que, como qualquer pessoa mediana, sujeita-se a equívocos involuntários quando executa suas tarefas.*
> *8. Para que um erro seja considerado escusável e afaste, portanto, a responsabilização administrativa do agente público, é necessária a presença cumulativa de três condicionantes.*
> *9. Primeiramente, o ato irregular deve ser culposo, ou seja, não pode ter sido praticado de forma dolosa, seja em dolo direto ou indireto, afinal, a intenção e a consciência do resultado ilícito não coadunam, obviamente, com a noção de falibilidade involuntária.*
> *11. Ademais, o ato deve ser eventual – ou seja, não pode ser continuado nem habitual –, pouco representativo no universo de atuação do agente público. Obviamente, este critério de eventualidade não comporta modelações quantitativas prévias, devendo ser aferido caso a caso, à vista das peculiaridades de cada situação (dificuldades técnicas da tarefa, carga de trabalho, prazos exigidos e demais parâmetros de condições de trabalho). Não pode exigir do autor nenhuma atenção especial na sua execução, de forma que, mesmo diante de uma falha única, havendo exigências especiais de atenção e dedicação sobre o caso, afasta-se a satisfação deste segundo critério.*
> *12. É preciso ainda que a ofensa a normas e bens jurídicos tutelados seja ínfima, desatendendo deveres ou proibições estatutárias de menor valoração em escala de grau de intolerância interna ou mitigada por parâmetros positivos de dosimetria, a exemplo de atenuantes. Em outras palavras, não satisfazem o terceiro e último critério condutas associadas a uso indevido das atribuições do cargo, insubordinação hierárquica, deslealdade, imoralidade ou outras máculas de conduta ou caráter.*
> *13. Logo somente se poderá escusar um desvio funcional e decidir pela não instauração de PAD quando esse ato for culposo, eventual e de poder ofensivo ínfimo.*

Esta definição é plausível de ser evocada quando, à luz da falibilidade humana, associada ao conjunto de atribuições legais e responsabilidades que recaem sobre o servidor para o exercício diuturno de complexas tarefas, se tem configurado o inadequado cumprimento de suas atribuições, cumulativamente:

- em atitudes culposas (em que há nexo causal entre conduta voluntária e resultado involuntário; por óbvio, as condutas intencionais e conscientes no que tange ao

resultado infracional não se coadunam com o conceito do erro escusável) ou em que não se pode afastar a culpabilidade do agente (o que seria possível na ausência de um dos seus três pressupostos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude ou exigibilidade de conduta diversa);

- caracterizadas como equívocos eventuais (de pouca representatividade dentro do universo de atividades desempenhadas pelo servidor), não caracterizadores de ilícitos de natureza continuada ou de natureza habitual, e em situações que não despertam nenhuma atenção especial (sem que fossem exigíveis, para o caso em concreto, cautelas maiores que as normais e medianas, pois, em um caso assim, não será escusável o erro); e
- de ínfimo poder ofensivo (as ofensas às normas de regência ou aos bens jurídicos tutelados devem ser mitigadas por condicionantes atenuadoras, que não demonstram atos de insubordinação, quebra de hierarquia, deslealdade ou outras máculas de conduta ou de caráter).

Embora não se trate como um requisito necessário para a configuração do erro escusável, pode se ter ainda, para determinado caso específico, a ausência de prejuízo (a exemplo de dano ao erário) ou a configuração de prejuízo irrelevante ou contornável como mais um elemento a reforçar o emprego do conceito. Advirta-se que isto não elide a possibilidade de aplicação do erro escusável em casos em que há prejuízo relevante, uma vez que a presente construção doutrinária requer apenas aqueles três requisitos cumulativos.

É necessário destacar que, sendo o erro escusável uma construção doutrinária da Coger para emprego delimitado à repercussão disciplinar de determinada conduta infracional, o seu efeito inibidor da responsabilização não pode ser considerado automaticamente estendido para a instância civil caso haja prejuízo a reparar. Apesar de as duas instâncias, disciplinar e civil, residirem igualmente nas bases da responsabilização subjetiva - ou seja, a despeito de ambas requerem a caracterização da culpa ou do dolo para se imporem -, o perdão tácito administrativo em termos de pena disciplinar de advertência ou de suspensão não impõe que a autônoma instância civil também conceda a dispensa da reparação do dano. Em outras palavras, pode a corregedoria conceder ao servidor a figura do erro escusável para não processar e punir e, não obstante, pode a instância civil exigir a reparação do dano porventura acarretado. Do contrário, se teria na espécie uma inadmissível intromissão de uma seara na outra, ferindo o princípio da independência das instâncias.

Por outro lado, ressalte-se que se o servidor tiver posterior percepção do erro e não adotar qualquer providência para repará-lo, invalida o pressuposto de ausência de dolo.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/12.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/12: "14. Prejuízo, mesmo que seja relevante, não impede o emprego do conceito de erro escusável quando verificados os três requisitos cumulativos.*
> *15. Todavia, caso o agente público tenha posterior percepção do equívoco e não adote nenhuma providência para repará-lo, invalida-se o pressuposto de ausência de dolo -independentemente do grau de afronta - e, por conseguinte, a noção de erro escusável, justificando-se, então, a instauração de PAD.*
> *16. Por fim, a percepção de um erro como escusável, que justifique o arquivamento de uma denúncia ou representação, não significa renunciar ao poder-dever atribuído à autoridade instauradora pelo caput do art. 143 e pelo art. 129, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, que determinam a apuração imediata de irregularidade no serviço público e a aplicação de advertência no caso de ilícito leve, uma vez que o emprego desse conceito é restrito à presença cumulativa das três condicionantes citadas."*

A tese aqui exposta não contradiz o que se antecipou em **4.6**. Ao contrário, a leitura

atenta destes dois tópicos permite compreender que, na instância disciplinar, em função da forte vinculação da atividade administrativa, faz-se necessário mais do que invocar o princípio da insignificância (no sentido de ofensa mínima, excludente da tipicidade) para se cogitar de considerar uma conduta classificável como erro escusável (excludente da culpabilidade). Enquanto a doutrina penal pode se satisfazer apenas com aquele princípio para defender a imediata atipicidade da conduta e a consequente exclusão da ilicitude, a instância disciplinar requer, para considerar como um erro escusável e, consequentemente, afastar a culpabilidade pelo ato inegavelmente irregular, além da ofensa ínfima, que a conduta seja culposa e eventual.

Na instância penal, em que o pressuposto já se inicia na conduta dolosa, à vista das gravíssimas repercussões punitivas ao infrator, pode o juiz julgar pela exclusão da tipicidade material, por insignificância, até mesmo em uma ação consciente e intencional. O mesmo não se aplica na instância administrativa para se aplicar o conceito de erro escusável, visto que os três componentes são necessariamente cumulativos, sendo a insignificância apenas um dos elementos essenciais, ao lado da culpa e da eventualidade.

Uma determinada conduta dolosa, ainda que de pequena ofensividade, cometida uma única vez e causadora de prejuízo de pequena monta, pode configurar irregularidade disciplinar inescusável, pois pode ser o caso de também ter de se atentar, como delimitador do conceito de insignificância, para o princípio da moralidade administrativa. Muitas vezes, a tutela que se quer em determinadas situações é de ordem moral, não patrimonial, daí porque, em instância administrativa, tão somente pelo pequeno valor material da afronta não se pode invocar o princípio da insignificância. Pode até uma única conduta, desde que comprovadamente dolosa, e causadora de pequeno prejuízo, caracterizar infração grave, se eivada de grande ofensividade. O fato é que não há autorização na lei para uma simples análise quantitativa (legalmente, não há "parâmetro de corte"). Daí porque, uma vez que subsiste a infração disciplinar se cometida com dolo e ainda que de mínima lesividade, conceitualmente é mais acertado se defender que o erro escusável, quando é aplicável tal definição, não afasta a ilicitude do ato, mas tão somente exclui a culpabilidade (excludente de qualquer grau de reprovação para a conduta).

Importante relembrar aqui o já se aduziu em **3.1** e em **4.6.3.2**, acerca do conceito de erro grosseiro, trazido pelo art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), que, de forma inovadora ao CP, estabeleceu que o agente público deveria responder "*pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*". Adiante, este comando legal foi regulamentado pelo art. 12 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.

Ao definir, no § 1º do art. 12, o erro grosseiro como aquele erro manifesto, evidente e inescusável e que caracteriza a conduta eivada do que chama de culpa grave, marcada por elevado grau de negligência, imprudência e imperícia, o Decreto, por meio de outras palavras, se aproximou do que aqui se denomina doutrinariamente erro escusável, adotado em Nota Técnica treze anos antes. O próprio comando do Decreto, ao encadear adjetivações a este erro classificado como grosseiro, o qualificou também como "inescusável", permitindo, facilmente, a *contrario sensu*, se ratificar a terminologia internamente adotada, de erro escusável.

O art. 28 da LINDB e o art. 12 do Decreto nº 9.830, de 2019, inovam em termos legais e normativos ao fragmentarem o ânimo subjetivo culposo em dois degraus, concedendo uma espécie de perdão à culpa que se poderia chamar de leve, em contraposição à denominada culpa grave. A interpretação que se extrai do § 1º do art. 12 do Decreto regulamentador é de que culpa leve seria o ânimo subjetivo associado a condutas cometidas mediante erro não manifesto, não evidente e escusável e caracterizado por ação ou omissão de baixo grau de

negligência, imprudência ou imperícia. Esta definição parece se amoldar à conceituação adotada pela Coger em sua Nota Técnica.

Interessante reproduzir definição aplicada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), em julgamento de tomada de contas especial em que se debruçou sobre o tema e em que aplicou o art. 28 da LINDB, enriquecendo a definição de erro leve (ou aqui erro escusável) como aquele perceptível somente com um grau excepcional de diligência e erro grosseiro como aquele perceptível até mesmo com um grau aquém de ordinário de diligência.

> *TCU, Acórdão nº 2.391/2018: "80. Neste ponto, cabe ressaltar que a Lei 13.655/2018 introduziu vários dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINB, que diretamente alcançam a atividade jurisdicional desta Corte de Contas, em especial a atividade de aplicação de sanções administrativas e de correção de atos irregulares.*
> *81. Segundo os arts. 22 e 28 da LINB, recém introduzidos pela referida norma:*
> *82. Dito isso, é preciso conceituar o que vem a ser erro grosseiro para o exercício do poder sancionatório desta Corte de Contas. Segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele "que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio" (grifos acrescidos). Se ele for substancial, nos termos do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado.*
> *83. Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.*

Gradação do Erro	*Pessoa que seria capaz de perceber o erro*	*Efeito sobre a validade do negócio jurídico (se substancial)*
Erro grosseiro	*Com diligência abaixo do normal*	*Anulável*
Erro (sem qualificação)	*Com diligência normal*	*Anulável*
Erro leve	*Com diligência extraordinária - acima do normal*	*Não anulável*

> *84. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, 'culpa grave é caracterizada por uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam' (Farias, Cristiano Chaves de. Rosenvald, Nelson. Curso de Direito Civil. São Paulo: Atlas, p. 169).*
> *85. Os aludidos autores invocaram a doutrina de Pontes de Miranda, segundo a qual a culpa grave é 'a culpa crassa, magna, nímia, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidados indispensáveis'. (Pontes de Miranda. Tratado de direito privado, t. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 72)."*

No entanto, observam-se limitações tanto na materialidade quanto na autoria contempladas com a culpa leve na construção legal e normativa. Já desde a base legal, qual seja o art. 28 da LINDB, com inequívoco reflexo no art. 12 do Decreto regulamentador, toda a construção benéfica se restringe a atos de tomada de decisão a cargo de autoridades detentoras de poder decisório e a associados atos de manifestação de opinião em assessoramento jurídico daqueles agentes decisores. Portanto, no rigor da Lei e do Decreto, não são quaisquer atos ordinários, cotidianos e meramente executivos de atividades de ponta e cometidos por quaisquer servidores comuns que são amparados pela construção a favor da culpa leve. A

construção positivada não concede o benefício de forma geral e indistinta, pois estabelece um nicho privilegiado de autores e de espécies de condutas.

Verifica-se que a formulação doutrinária encampada pela Coger em sua Nota Técnica é ainda mais abrangente e benéfica, pois não limita materialidade e autoria. Tendo adotado uma construção mais impessoal e econômica, a Nota Técnica Coger nº 2021/12 contempla qualquer agente e qualquer conduta funcional, desde que atendidos os três critérios técnicos e objetivos.

Não obstante, não deixa de ser interessante expor a conceituação da LINDB e do Decreto nº 9.830, de 2019, nem que seja para figurar aqui apenas como respaldo de que a construção interna não é uma peça isolada e desprovida de aderência no ordenamento jurídico como um todo. Ao contrário, sinaliza que o que, na RFB, se conceitua como erro escusável, afastador da responsabilização disciplinar para condutas em síntese culposas, eventuais de pequeno grau de afronta, no ordenamento positivado guarda similaridade com o que seria o erro não grosseiro.

Uma vez que a aplicação do erro escusável na RFB - que advém desde a primeira versão da Nota Ténica, a saber a Técnica Coger nº 2006/1 - já se encontra sedimentada e pacificada desde treze anos antes da edição do Decreto nº 9.830, de 2019, e sendo sua construção ainda mais impessoalmente favorável a qualquer servidor envolvido em todo tipo de conduta funcional culposa omissiva ou comissiva, não é de se descontinuar o amparo de decisões afastadoras de responsabilidade com base naquela peça interna, para passar a fundamentar na LINDB e no Decreto.

Obviamente, se o aplicador do Direito estiver diante de um caso de tomada de decisão ou de manifestação de opinião técnica não eivada de erro grave, até se pode agregar, neste caso específico, o amparo na Nota Técnica Coger e o respaldo na LINDB e no Decreto nº 9.830, de 2019

Por fim, conclui-se que a presente construção doutrinária visa a tratar com razoabilidade, senso de justiça e equilíbrio o bom servidor que, como qualquer pessoa mediana, sujeita-se a erro quando se expõe a produzir. Daí, o conceito não se aplica a condutas dolosas, ainda que de pequena afronta. Para tais casos, estando o aplicador do Direito convicto da inaplicabilidade da instância disciplinar, o remédio deve ser outro, amparado na aferição da materialidade da conduta ilícita e em bases principiológicas, conforme se discorre a seguir.

4.6.3.5 - Ausência de Ilicitude Material

É sabido que a Lei n° 8.112, de 11/12/90, ao estabelecer, dentre toda a relação estatutária que vincula o servidor público federal e a Administração, o regime disciplinar, estatuiu, nos arts. 116, 117 e 132, as respectivas listas de deveres, proibições e condutas graves em instância administrativa. Não obstante a natureza correcional da matéria, o que, em primeiro momento induz a uma maior afinidade com a instância penal, é de se destacar aspectos peculiares e diferenciadores na aplicação.

Por um lado, tem-se que a instância penal impõe sérias sanções especificamente para condutas que afrontam os bens merecedores de firme tutela a favor de toda a sociedade. Daí porque a aplicação da instância penal, embora volte-se à vida social como um todo, tem um caráter restrito, excepcional, de mínima interferência e marcado pela anterioridade e pela tipicidade, já que se aplica a um rol bem delimitado de condutas eivadas de forte caráter infracional.

Por outro lado, a despeito de a instância disciplinar tratar da tutela de um conjunto menor de bens ou de um contorno mais restrito do interesse público, quais sejam apenas os

bens e os interesses da Administração *interna corporis*, neste caso, diferentemente da lei penal, o legislador, ao elaborar o regime disciplinar na Lei nº 8.112, de 11/12/90, regulando todas as condutas cometidas na instância administrativa, viu-se obrigado a impor repercussão disciplinar desde a condutas de pequeno grau infracional até as de gravidade simultaneamente criminal.

A busca desta ferramenta hermenêutica interpretativa auxilia o aplicador a entender o porquê de estarem listadas naquela Lei, concentradamente nos arts. 116 e 117, condutas ligadas a urbanidade, não manifestação de apreço ou desapreço, presteza, pontualidade, aqui citadas como exemplos de tutelas cuja afronta configura menor poder ofensivo. De outra forma não poderia ser: uma Lei que se propõe a disciplinar toda a relação estatutária entre Administração e seu servidor não pode se ater apenas a condutas de relevante caráter ofensivo, como valimento de cargo, improbidade administrativa, corrupção, etc, para as quais o art. 132 prevê demissão. Para abarcar, num único diploma legal, todo o universo de condutas que, em diferentes graus, afrontam a normalidade interna da Administração, teve o legislador de não só trazer à tona o conceito de enquadramento (em que diversas condutas de ordem prática cabem em cada hipótese legal, em contrapartida à tipicidade penal), mas também incluir no regime disciplinar condutas de pequena monta, em que, para algumas delas, a fronteira com atitudes releváveis é bastante tênue. Destaque-se que isto não quer dizer que os bens tutelados na instância administrativa sejam menos significativos que os da instância penal (apenas para citar um exemplo, não se poderia considerar um ato de improbidade administrativa menos nefasto que um peculato culposo).

Feita esta indispensável introdução, é preciso avaliar a forma com que se deve aplicar este ferramental que o ordenamento dispôs à Administração, como instrumento reparador da ordem interna afetada e como elemento inibidor de novas condutas irregulares. Em outras palavras, deve-se entender como se aplicam aquelas inúmeras e abrangentes hipóteses legais (os enquadramentos dos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, abarcando um grande leque de gravidade) aos casos concretos do dia a dia da Administração. Mais especificamente para o tema em tela, aqui se busca esclarecer, para o aplicador da Lei, a diferenciação, que se faz necessária, entre condutas de menor gravidade mas ainda assim merecedoras da sanção disciplinar e condutas de ínfima afronta para as quais se pode defender o afastamento da repercussão disciplinar, por se cogitar de não se ter configurado o aspecto material da ilicitude, conforme se abordará adiante.

Para isto, antes, deve-se ter em mente (preservado o entendimento de que o espectro de atuação é menor) a proximidade que esta matéria guarda com a instância penal. A índole correcional impõe, desde o nascedouro de qualquer discussão a este respeito, a conduta cautelosa de intervenção mínima, como que se emprestasse à instância administrativa disciplinar uma postura excepcional e residual, a ser provocada tão somente quando os demais remédios e instrumentos gerenciais não punitivos não surtem efeito restabelecedor da ordem ou inibidor da desordem. Afinal, não se pode conceber a vulgarização do uso do mais amargo dos remédios jurídicos que o ordenamento disponibiliza à Administração para a manutenção da necessária ordem interna. Acrescente-se ser por demais cediço todo o ônus inerente à ação disciplinar, independentemente de seu resultado final e mesmo quando proporcionalmente manejada; e este ônus se enfatiza - tanto em aspectos materiais (custo financeiro, prejuízo da produtividade na matéria-fim, etc), quanto em aspectos imateriais (fragilização da segurança jurídica interna, prejuízos à honra do corpo funcional, etc) - quando a atuação se dá de forma desarrazoada, precipitada e infrutífera.

Na esteira, reiterando o já aduzido em **3.3**, não se pode deixar à margem da análise princípios caros à instância administrativa, tais como da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade. É sabido que os princípios não são meras diretivas morais ou declarações de intenção; ao contrário, informam, interpretam e, sobretudo, integram o Direito, mesmo

aqueles não normatizados. Embora possam advir de origens sociais e éticas, os princípios jurídicos são elementos componentes do Direito e até podem, inclusive, alcançar o patamar de fontes quando são consagrados na normatização ou na jurisprudência (o que, todavia, jamais lhes retira a essência de serem princípios). Eles fornecem ao aplicador uma visão sistêmica do ordenamento, interpretando seu sentido ou integrando suas lacunas.

A correta aplicação dos princípios requer a percepção de que independentemente de advirem do texto constitucional, de lei, da construção doutrinária ou mesmo do Direito natural, formam um conjunto de ferramentas que refletem a excelência do salutar jogo de pesos e contrapesos em que deve se apoiar o Direito. Os princípios são mandamentos que dinamicamente se intercomunicam, seja por vezes para se reforçarem mutuamente, seja por vezes para que um atue como delimitador de outro. Nenhum princípio pode ser compreendido de forma isolada e muito menos empregado de forma estanque e dissociada, em detrimento de toda a base principiológica da instância de Direito em questão, como se prevalecesse de forma absoluta sobre os demais, não comportando freios em seu emprego. Devido ao alto grau de abstração que os caracteriza, é possível que haja colisões entre os princípios aplicáveis a uma mesma situação fática, ou seja, que dois ou mais princípios, passíveis de subsidiar determinada decisão, conduzam o caso a soluções diametralmente opostas.

Ao contrário, o aplicador do Direito deve ter inequívoca percepção de que princípios formam um conjunto dinâmico de forças que se amoldam e se delimitam. Os princípios mutuamente se tocam, se tangenciam e se delimitam por meio de fronteiras dinâmicas e flexíveis, que, por vezes, levam à extensão de um princípio em detrimento da compressão de outro ou vice-versa. A desapaixonada apropriação da rica ferramenta jurídica que são os princípios demonstra que nada impede que, por um lado, o aplicador entenda que dois ou mais princípios que se tangenciam, em um determinado caso concreto, atuem dinamicamente em mesmo sentido, se reforçando e se realimentando mutuamente; e que, por outro lado, não incorre em nenhuma contradição este mesmo aplicador que, diante de outro conjunto fático, julgue que aqueles mesmos princípios outrora tidos como consentâneos reforçadores de determinada tese agora se repelem, devendo, neste caso, optar pelo princípio de maior relevância para as peculiaridades do caso concreto.

Sendo assim, deve o aplicador do Direito, diante tão somente do caso concreto, ponderar os enunciados principiológicos de modo a eleger, em detrimento de outros, aqueles que proporcionem a decisão que mais coaduna com a finalidade e o interesse públicos, com eficácia, justiça e aplicabilidade, preservando, porém, a validade e a vigência de todos os princípios suscitados.

Pode-se, por exemplo, em determinada situação, tomar como inadmissível a afronta a uma norma, elegendo os princípios da legalidade, da moralidade administrativa, da verdade material, da oficialidade e da indisponibilidade do interesse público como vinculantes da instauração do rito disciplinar. Sem prejuízo de, em outra situação, à vista dos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, poder se ter o amparo necessário para não instaurar a instância disciplinar, a despeito de aqueles cinco primeiros princípios *a priori* apontarem o contrário. E, nesse segundo caso, não se está cogitando de mera manifestação de vontade doutrinária, visto que o princípio da eficiência tem repouso constitucional (art. 37 da CF) e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão formalmente positivados no *caput* do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29/01/99.

Ou seja, percebe-se que, quando a situação concreta parece aceitar mais de uma solução (quando se conseguem argumentos a favor tanto da instauração ou da indiciação ou da apenação quanto do arquivamento), atento a esta abordagem, lançando mão dos princípios, o aplicador do Direito identifica qual opção melhor se amolda ao interesse público.

Na busca deste objetivo, tem-se a princípio que a atuação da Administração deve

atender à lei; mas, resgatando que o princípio da legalidade requer uma compreensão mais complexa em sua aplicação, sem dúvida, ao mesmo tempo, tem de se cuidar de fazê-lo sem se afastar do bom Direito, conforme aduzido em **3.3.2**. O agente público investido da função correcional (seja autoridade instauradora, comissão ou julgador), como aplicador do Direito, não pode se abster do bom senso, do senso de justiça e de equilíbrio, da noção concreta dos fatos e das vinculadas repercussões, por força da visão conglobante dos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade.

> *"Numa visão mais coerente e eqüânime do constitucionalismo atual, (...) a garantia individual do princípio da legalidade não restará satisfeita apenas com a circunstância de que as restrições impostas ao cidadão estejam previstas em lei, mas sim que elas sejam proporcionais (...) o princípio constitucional da legalidade deve-se associar ao princípio virtual e inorgânico da proporcionalidade, cuja existência, ainda que não decorra de disposição expressa, encontra-se implícita na concepção material do Direito Constitucional moderno."José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pg. 59, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

Com isto, pode ocorrer de este aplicador da norma estar diante de fatos e circunstâncias em que, não obstante os princípios da legalidade, da moralidade administrativa, da verdade material, da oficialidade e da indisponibilidade do interesse público, a imediata instauração da instância disciplinar lhe pareça desarrazoada e antieficiente, ou a indiciação bem como a penalidade vinculada lhe pareça excessivamente gravosa e desproporcional.

Em tais casos, não deve a autoridade competente, em que pese a vinculação do poder-dever de apurar, ser cegamente submissa à literalidade da Lei, atendo-se apenas a parâmetros formais de possível cometimento de irregularidade (materialidade) por suposto servidor público (autoria) como suficientes para determinar a instauração de PAD, sob pena de atentar, principalmente, contra o interesse público. Cabe ponderar os elementos levantados acerca das supostas irregularidades à vista da necessidade, vinculação, pertinência, viabilidade e utilidade de se provocar a instância disciplinar, tendo em vista o caráter restrito e reservado com que ela deve ser empregada, já que importa em severos ônus, em especial para a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, cuja atividade-fim é fiscal-tributária, e não correcional. Ou seja, a decisão de instaurar PAD deve também apreciar elementos objetivos, tais como o efeito prático de uma possível aplicação de penalidade, assim como subjetivos, como, por exemplo, os bens tutelados, a atividade desenvolvida, as peculiaridades pessoais e do corpo funcional, em respeito aos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade. Estes parâmetros, possuindo ou não expressa previsão legal, devem informar toda a atividade correcional, em qualquer momento processual que seja (investigativo ou contraditório), de modo a refletir corretamente os valores que o PAD visa a tutelar e a assegurar a satisfação das finalidades das leis e do interesse público, conferindo não só legalidade, mas também legitimidade ao ato administrativo.

Para avançar no enfrentamento desta questão, antes se faz necessário diferenciar as compreensões de enquadramento e de ilicitude e decompor este último conceito em suas concepções formal e material.

> *"O problema a ser enfrentado, agora, diz respeito à tipicidade formal de determinados atos ilícitos (formalmente proibidos pelo Direito Administrativo Sancionador) que, todavia, não se mostram materialmente lesivos a valores e princípios regentes da administração pública 'lato sensu' ou mesmo da ordem social, não se justificando, nessas hipóteses, o desencadear de investigação, processo, ação criminal ou ação civil pública, permitindo-se acordos e enfatizando-se a importância, se for o caso, do ressarcimento ao erário ou às partes lesadas." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador, pgs. 240 e 241, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

O enquadramento é simplesmente a descrição em abstrato, por parte do legislador, de condutas hipotéticas que, uma vez ocorridas em concreto, merecerão sanção administrativa disciplinar. Tendo como razão de existência a proteção de algum bem jurídico merecedor de tutela *interna corporis*, o enquadramento funciona como um modelo meramente hipotético de conduta criticável sob ótica disciplinar.

A ilicitude, por sua vez, como um ato da vida real, para obter sua configuração, requer dois passos consecutivos. De imediato, a ilicitude é formalmente delineada pela prévia cominação da conduta em algum enquadramento da lei. Assim, para que se cogite de ilicitude *in concreto*, faz-se absolutamente indispensável a prévia definição, *in abstracto*, da conduta na lei sancionadora. Neste ponto, havendo a tal definição prévia em lei, afirma-se, como primeiro passo, a ilicitude formal da conduta.

Todavia, ainda que caracterizada a ilicitude formal da conduta, com seu enquadramento na hipótese em abstrato prevista na lei, como segundo passo antes de se deflagrar ou aplicar a instância disciplinar, cabe ainda avaliar a existência ou não da ilicitude material. Isto porque se pode estar diante de fatos e circunstâncias tais que, embora formalmente enquadrável a conduta, não se configura relevante afronta ao bem jurídico tutelado pelo enquadramento, por não se mostrar substancial e materialmente lesiva a valores e princípios da instância administrativa.

> *"Uma vez afirmada a ilicitude formal da conduta proibida, com seu enquadramento no tipo repressivo, cabe averiguar a ilicitude material, ou seja, se o comportamento efetivamente agride o bem jurídico protegido pela norma ou mesmo o 'status' de vigência formal e material dessa norma." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pg. 326, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

É cediço que a atividade legislativa trabalha com hipóteses, de forma que a norma punitiva elenca situações em abstrato que, ao ver generalista da norma, tomado por juízo hipotético e por médias comportamentais básicas, merecem sanção. Todavia, o aplicador do Direito deve sempre atentar para as ferramentas de interpretação, inerentes à matéria jurídica, uma vez que norma hipotética não contempla (e nem poderia mesmo fazê-lo) todos os múltiplos e complexos fatores que podem ocorrer nos casos concretos. A ocorrência real de fato que, formalmente, se amolda à hipótese criticada na lei ainda requer a apreciação das particularidades do caso concreto, à vista de ter ou não afrontado o bem jurídico tutelado.

Diante da ciência jurídica, inexata por natureza, a situação se torna de difícil delimitação, de forma que não se pode abstrair de qualquer ferramenta que se apresenta ao aplicador do Direito. Assim, especificamente para a instância administrativa disciplinar, de esparsas e lacunosas normatização, jurisprudência e doutrina, é relevante a contribuição que se extrai da instância penal, instância punitiva do Direito público bem mais sedimentada em seus princípios, institutos e conceitos. Conforme já abordado em **4.6.2.1**, o Direito Penal emprega, como requisito primeiro na configuração da conduta criminosa, o conceito de tipicidade. E, mesmo protegendo os bens mais relevantes para o todo social, aquela instância de Direito não rejeita o entendimento de que a tipicidade não requer apenas a mera adequação formal da conduta real à hipótese definida na lei como crime. Ao contrário, requer também que a conduta, materialmente, afronte o bem jurídico tutelado.

> *"Para que a conduta humana seja considerada crime, é necessário que dela se possa, inicialmente, afirmar a tipicidade, isto é, que tal conduta se ajusta a um tipo legal de crime (...). Temos, pois, de um lado, uma conduta da vida real; de outro, o tipo legal de crime, constante da lei penal. A tipicidade formal consiste na correspondência que possa existir entre a primeira e a segunda. (...).*
> *(...) se considerarmos o tipo não como simples modelo orientador ou diretivo, mas como portador de sentido, ou seja, como expressão de danosidade social e de periculosidade social da conduta descrita, ampliar-se-á consideravelmente*

> *esse poder de decisão a nível de juízo de atipicidade. (...) se o fenômeno da subsunção (= sotaposição de uma conduta real a um tipo legal) estiver subordinado a uma concepção material do tipo, não bastará, para afirmação da tipicidade, a mera possibilidade de justaposição, ou de coincidência formal, entre o comportamento da vida real e o tipo legal.*
> *Será preciso algo mais (...). Modernamente, porém, procura-se atribuir ao tipo, além desse sentido formal, um sentido material. Assim, a conduta, para ser crime, precisa ser típica, precisa ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito ('nullum crimen sine lege'). Não obstante, não se pode falar ainda em tipicidade, sem que a conduta seja, a um só tempo, materialmente lesiva aos bens jurídicos, ou ética ou socialmente reprovável." Francisco de Assis Toledo, "Princípios Básicos de Direito Penal", pgs. 125, 130 e 131, Editora Saraiva, 5ª edição, 1994*

Ora, se o Direito Penal, tutelando bens teoricamente muito mais relevantes, aceita tal construção inibidora de sua atuação, requerendo mais do que a configuração meramente formal da tipicidade, ponderando o *quantum* de lesividade apresenta a conduta, não há porque duvidar de a instância administrativa disciplinar também não o fazê-lo.

> *Parecer PGFN/CDI nº 687/2006: "22. Vê-se, pois, que até no âmbito penal, que empresta tutela aos bens jurídicos mais caros e relevantes de uma dada sociedade, foi necessário obtemperar um juízo meramente formal de transgressão, ponderando sobretudo acerca da existência de lesividade e danosidade da conduta em relação ao objeto jurídico penalmente protegido.*
> *23. Essa racional distinção não merece rechaço do direito administrativo disciplinar, mormente se se considerar que a tipicidade do ilícito disciplinar não guarda os estritos contornos verificáveis no Direito Penal. (...)"*

Retornando à análise da situação em tela em instância administrativa disciplinar, por óbvio que a verificação da adequação material da conduta formalmente ilícita ao dispositivo estatutário exige profundas e complexas valorações. Tal apreciação requer análise individualizada de cada caso em concreto, à vista de diversos fatores, tais como peculiaridades e condicionantes, não só do fato como do autor.

> *"(...) A tipificação do ato ilícito, na esfera do Direito Administrativo Sancionatório, passa por um dúplice estágio: formal e material. (...)*
> *A tipificação formal é apenas um primeiro passo no enquadramento da conduta do agente, fruto, via de regra, de uma leitura preliminar do texto legal, na perspectiva de incidência da norma. Necessário, ainda, verificar a adequação material de sua conduta à norma proibitiva, o que pressupõe valorações mais profundas, exame de particularidades comportamentais, circunstâncias concretas, causas e motivações específicas e relevantes do agir humano, fatores sociais complexos e influentes no resultado, enfim, um conjunto interminável de circunstâncias. Logo, a tipicidade formal é uma espécie de estágio preliminar no raciocínio jurídico da decisão, não o estágio definitivo.*
> *O efetivo impacto da conduta formalmente típica no bem jurídico tutelado pela norma repressiva é pressuposto da adequação típica material. Trata-se de um processo que exige complexas valorações, notadamente do julgador, mas também da autoridade administrativa. (...). Descreve-se a conduta proibida com suporte em um juízo abstrato, valorativo de pautas comportamentais básicas, levando em conta padrões de conduta abstratos. Sem embargo, a ocorrência efetiva da conduta no mundo real torna imperioso o exame das particularidades do caso concreto, daí emergindo a possibilidade de uma real conduta que não ofenda, de fato, o bem juridicamente protegido." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador, pgs. 246 e 247, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Decerto, por um lado, a título de exemplo, não se autoriza o afastamento da concepção

material à vista tão somente de pequena monta, já que há enquadramentos em que, claramente, a tutela que se quer é de ordem moral e não patrimonial. Em condutas dolosas de grave afronta (por exemplo, condutas que, além da instância disciplinar, também podem provocar a instância penal, em razão de crimes contra Administração Pública), não há que se cogitar de ausência de ilicitude material.

> *STJ, Habeas Corpus nº 109.639: "Ementa - (...) Princípio da insignificância. Este Sodalício assentou o entendimento de ser inaplicável tal princípio aos delitos praticados contra a administração pública, haja vista, nesses casos, além da proteção patrimonial, o resguardo da moral administrativa. In casu, não obstante o valor irrisório da coisa, é impossível a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que o delito fora praticado contra a Administração Militar."*

Mas, por outro lado, a presente teoria pode elucidar pelo não sancionamento disciplinar em condutas, por exemplo, embora formalmente ilícitas, mas que na prática são toleradas pela praxe administrativa, conforme se aduziu em **4.3.10.3.1**. E, sobretudo, com as devidas cautelas, pode ser aplicada em condutas que, embora cometidas com intenção (o que, por si só, já impede o apoio na construção doutrinária a que chamou linhas acima de erro escusável, pelo fato de a conduta não ser meramente culposa), não atinjam o patamar de afrontar o bem jurídico protegido, conforme também pontua a doutrina.

> *"As praxes administrativas configuram a cristalinização da atividade reiterada e uniforme da Administração no tratamento e na solução de determinados casos.*
> *Embora haja divergências entre os doutrinadores sobre a validade das praxes administrativas como fonte do direito, desposamos o entendimento de que elas, nos casos em que forem silentes as leis, podem prestar valioso auxílio ao Direito Processual Disciplinar.*
> *As praxes, conquanto não se confundam, em sentido rigorosamente científico, com os costumes, devem, no nosso entender, ter a mesma receptividade conferida a estes.*
> *De conformidade com a Lei de Introdução ao Código Civil, os costumes são fontes secundárias do direito (art. 4º).", José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 47, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

> *"Nessa passada, é necessário verificar a adequação material da conduta à norma proibitiva, o que pressupõe valorações mais profundas, exame de particularidades comportamentais, circunstâncias concretas, causas e motivações específicas da ação, enfim, um conjunto complexo de circunstâncias. Logo, a tipicidade formal, também na esfera disciplinar, é um estágio preliminar no raciocínio jurídico da decisão, não o definitivo.*
> *A teoria em análise, que sustenta o reconhecimento da ausência de ilicitude material, pode prescrever a não apenação em condutas que embora formalmente ilícitas são toleradas na prática administrativa e, sobretudo, pode-se aplicar em condutas que, embora intencionais, não se elevem a grau tal que agrida o bem jurídico protegido, diferentemente do que ocorre no "erro escusável", que tem como uma das três condições a ausência de intenção.", Luciano Rosa Vicente, "O Impacto dos Instrumentos Desburocratizantes na Celeridade Processual da Corregedoria da Receita Federal do Brasil", Dissertação de Mestrado em Direito no Centro Universitário de Brasília, pg. 98, 2021*

Em tais situações, havendo desconforto por parte do aplicador do Direito sancionador (sejam autoridades instauradora ou julgadora, seja comissão), pode-se motivar o arquivamento do processo por meio de outro caminho, com base em argumentação principiológica. Ora, se o fato em concreto, ainda que formalmente enquadrável, não afronta,

sob aspecto material, a regularidade interna da Administração, pode-se questionar se a persecução disciplinar não afrontará o princípio da razoabilidade. Mais que isto, pode ser o caso de a afronta ínfima ter associada na Lei nº 8.112, de 11/12/90, pena tal que soe desproporcional. Por fim, superando as alegações principiológicas baseadas no art. 2º da Lei nº 9.784, de 29/01/99, pode-se ainda trazer à tona o princípio constitucional da eficiência (art. 37 da CF), como contraponto à legalidade e à indisponibilidade do interesse público em apurar e em punir, se for o caso.

Analisada as condicionantes da conduta em concreto em cada caso, mesmo que o juízo que dele se faça não se prenda à mera análise formal da representação ou da denúncia ou pela inferência preliminar de impossibilidade de se buscar o esclarecimento do fato (ou seja, mesmo que a notícia de irregularidade seja formalmente perfeita e apresente caminhos investigativos ou apuratórios válidos e viáveis), pode-se decidir aplicar o conceito em tela em razão da ausência de elementos materiais de ilicitude no fato que justifiquem a instauração da instância disciplinar.

À luz da base principiológica apresentada linhas acima, pode-se defender a não instauração da instância administrativa disciplinar em razão de não se vislumbrar no caso em concreto o componente material da ilicitude. Tal instância não tem sua instauração justificada e devidamente motivada para um caso em que não se pode dizer que tenham sido afrontados os bens jurídicos tutelados pelo Estatuto, a ponto de fazer nascer a pretensão punitiva estatal, com todos os seus ônus. Mesmo que tenha configurada a ilicitude formal decorrente de ato intencional e reconhecidamente desapropriado para o que se requer e se espera de um agente público, pode não soar razoável instaurar uma instância processual intrinsecamente onerosa em razão de uma infeliz conduta do denunciado, não tendo esta atingido o patamar de afronta à regularidade interna da Administração - este, sim, um dos pilares que justificariam a persecução disciplinar.

Ademais, pode a instauração em determinado caso desatender ao princípio da proporcionalidade ao fazer mover a pesada estrutura correcional do Estado-Administração para, ao fim, se for o caso, aplicar quiçá a pena de advertência, apenas para mencionar a mais branda das penas previstas, diante de uma atitude de limitado caráter infracional e ofensivo ao Estatuto.

Por fim, em tais condições especialíssimas de contorno, pode a instauração da instância punitiva, com todos os ônus materiais e imateriais que lhes são inerentes, desatender ao princípio constitucional da eficiência, expresso no art. 37 da CF. Ainda que voluntária ou até mesmo dolosa a conduta, não caracterizável como mero erro escusável, pode não se justificar a instauração, se for o caso de reduzida afronta aos deveres e proibições estabelecidas exaustivamente na Lei nº 8.112, de 11/12/90.

É de se mencionar o Despacho do Consultor-Geral da União Substituto nº 129/2005, também aprovado pelo Advogado-Geral da União, por meio do qual foi aprovada a Nota AGU nº WM 6/2005, esposando o seguinte entendimento acerca de não aplicação de penalidade em razão de infrações disciplinares consideradas de potencial ofensivo insignificante.

> *Despacho do Consultor-Geral da União Substituto nº 129/2005: "Observo, inicialmente, que a reafirmação do entendimento contido em diversas manifestações desta Advocacia-Geral da União, no sentido da obrigatoriedade da aplicação da pena de expulsão quando configurada infração disciplinar prevista no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, vale como regra geral.*
> *Ocorre, entretanto, que, na linha do despacho do Consultor-Geral da União, na apreciação da Nota nº AGU/WM-24/2003, de 16 de junho de 2003, relativa ao processo nº (...), já aprovado por Vossa Excelência, não se exclui a*

> *possibilidade de, 'quando for o caso, em face de infrações menores, de potencial insignificante, afasta-se a aplicação da penalidade em razão de atipia, como a concebem os tribunais no campo penal'. Em resumo, faltando objetiva relevância jurídico-administrativa, a conduta, mesmo irregular, pode ser considerada insuficiente para aplicar-se a penalidade."*

A título de mero exemplo, com todo o risco inerente de fazê-lo distanciado de um caso concreto, pode-se ter um fato de pequeno insulto verbal proferido por servidor que, em princípio, poderia encontrar enquadramento na Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seu art. 116, XI (quebra do dever de tratar com urbanidade as pessoas). Sendo ato intencional, de imediato, se afasta a possibilidade de se aplicar o chamado erro escusável. Não obstante, à vista de exemplificativas condicionantes de ter havido retratação do agressor e desconsideração da ofensa por parte do agredido e de não ter ocorrido outras repercussões para o ato, em tese, se poderia cogitar de a conduta formalmente ilícita não obter adequação material, por ausência de afronta ao bem jurídico internamente tutelado, obtendo-se amparo nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência para excluir o enquadramento e afastar a instância disciplinar.

Por fim, ainda acerca do tema em comento, não obstante todas as ponderações de economia de intervenção acima expostas, nada impede que a conduta sob exame possa configurar transgressão à norma ou a princípio ético, conforme já se abordou em **2.2.2.2.1**. Pode-se até inferir uma razoável plausibilidade que determinado contexto fático, de um lado, tenha incidido formalmente em afronta à norma estatutária mas não o tenha feito ao condão de configurar a materialidade delitiva suscitadora da relevante reprimenda disciplinar possa, de outro lado, ser suficiente para provocar a instância ética, vez que esta pode, em sintética análise, ser compreendida como um *minus* em comparação à instância disciplinar. Desta forma, deparando-se o sistema correcional com uma conduta que enseje a atribuição benéfica da ausência de ilicitude material, é de se ponderar se não é o caso de se encaminhar à competente Comissão de Ética da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (CE-RFB).

4.7 - LISTA DE TODOS OS ENQUADRAMENTOS PREVISTOS NA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990: UNIVERSO DAS IRREGULARIDADES QUE PODEM CONSTAR DA INDICIAÇÃO

4.7.1 - O Escalonamento de Gravidade Previsto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990

4.7.1.1 - Repercussões Díspares para Situações Fáticas Aproximadas

A lista de irregularidades que se pode imputar ao servidor encontra-se nos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 190. O art. 116 elenca deveres do servidor, o art. 117 elenca proibições do servidor; e o art. 132 elenca as graves infrações estatutárias.

A leitura atenta destes três artigos demonstra, em diversas passagens, que o legislador previu ser possível que determinadas condutas, dependendo de condicionantes (tais como o *animus* do servidor, a intensidade, a frequência, etc), em rápida análise, tanto pode, em um extremo, nem sequer configurar infração disciplinar (por vezes, apenas mera crítica de índole ética ou moral); quanto pode ser enquadrada administrativamente como infração disciplinar leve (punível com advertência ou, no máximo, suspensão, em regra, em atitudes culposas); como pode também ser enquadrada administrativamente como infração grave (punível com pena capital, em regra, em atitude dolosa); e, no outro extremo, no limite máximo, pode ser

enquadrada como improbidade administrativa, que é infração gravíssima (punível administrativamente com pena capital e judicialmente com outras penas severas).

A aplicação de qualquer dos incisos dos três artigos requer a leitura atenta e restritiva do art. 148 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Conforme já aduzido em **3.1**, este dispositivo restringe a análise às condutas associadas direta ou indiretamente ao exercício do cargo, com o que se afastam condutas de vida privada do servidor enquanto cidadão comum (a menos que o ato da vida privada tenha correlação com a Administração Pública, com a instituição ou com o cargo), totalmente dissociadas de seu cargo, criticáveis tão somente à luz de códigos de ética.

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

A propósito, conforme já aduzido em **3.1**, nunca será demais relembrar a importância que o aplicador deve prestar àquele artigo, em geral mitigada talvez pelo fato de o legislador tê-lo inserido no meio do Título V, que trata da matéria processual, quando, por sua imediata relevância, deveria ter sido destacado como uma disposição geral, como um preâmbulo de toda a matéria disciplinar do Estatuto, restringindo a abrangência objetiva do processo administrativo disciplinar. Na matéria que aqui interessa, tal mandamento, acerca da delimitada abrangência subjetiva do processo, se volta tanto à autoridade instauradora, em seu juízo de admissibilidade antes de instaurar o processo; quanto à comissão processante, ao conduzir o apuratório e concluir pelo cometimento ou não de irregularidade; quanto, por fim, à autoridade julgadora, ao decidir pelo arquivamento ou pela punição do servidor.

São diversos os exemplos que se podem listar de irregularidades encadeadas como que em degraus de crescente gravidade, apesar de a princípio parecerem ter uma mesma conformação fática.

Ilustrativamente, citam-se alguns exemplos do que se afirmou acima. A comprovação fática de má execução de determinada tarefa tanto pode configurar uma atitude de ínfimo poder ofensivo à normalidade administrativa que nem provoque a instauração da esfera disciplinar; quanto pode ser considerada falta de zelo (art. 116, I); quanto pode, no limite, vir a configurar desídia (art. 117, XV). Ausências ao serviço tanto podem ter apenas repercussão pecuniária, quanto podem configurar falta ao dever de ser assíduo e pontual (art. 116, X), como podem, no limite, configurar abandono de cargo ou inassiduidade habitual (art. 132, II e III). Um ato contrário à norma tanto pode ser inobservância de norma (art. 116, III), como pode ser apenas rito de passagem para valer-se do cargo para lograr proveito irregular (art. 117, IX). Um ato de quebra de relação de confiança tanto pode ser apenas quebra do dever de lealdade (art. 116, II), como pode configurar cometimento de atividade incompatível (art. 117, XVIII), quanto pode ser ato de improbidade (art. 132, IV). Ao destruir um bem público, pode-se estar diante tanto de falta de zelo (art. 116, VII) quanto de dilapidação do patrimônio (art. 132, X). A lista de exemplos acima não é exaustiva e menciona artigos da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

A diferenciação, em síntese, entre tais condutas extremadas reside basicamente na configuração do elemento subjetivo do infrator: se agiu com culpa (com negligência, imperícia ou imprudência) ou se agiu com dolo (com intenção e consciência do resultado ou assumindo o risco do resultado). Conforme melhor já se aduziu em **4.5.3**, a solução destes conflitos aparentes de normas passa por critérios de alternatividade, especialidade, subsidiariedade e consunção. E, também em apertadas palavras, sintetiza-se que, a menos da desídia (inciso XV do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90), o regime administrativo disciplinar exige a existência de elementos indicadores do dolo para a aplicação das penas expulsivas, enquanto, em regra, as atitudes culposas ensejam penas brandas.

> *"Pode-se afirmar, em síntese, que infrações de natureza culposa são, em regra, enquadradas nos ilícitos disciplinares previstos nos arts. 116 ou 117, incisosI a VIII, XVII a XIX, da Lei n.° 8.112/90; enquanto infrações de natureza dolosa são enquadradas nos ilícitos previstos nos arts. 117, IX a XVI, ou 132 da Lei n.° 8.112/90. Excepciona-se da regra citada o ilícito administrativo "proceder de forma desidiosa", previsto no inciso XV do art. 117 da Lei n.° 8.112/90, que pressupõe, nos termos já expostos em capítulo precedente, responsabilidade na modalidade culposa.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 352, 2013, disponível em http:// www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Quanto à necessária configuração de elementos indicadores do dolo para determinados enquadramentos gravosos, remete-se a **4.6.3.1**, onde se aduziu a desnecessidade de se identificar o dolo específico, ou seja, o motivo que levou o servidor a realizar tal conduta conscientemente infracional, bem como também se cogitou da possibilidade de a completa convicção acerca da existência do dolo na conduta advir, em pequena parcela minimamente integradora, de conhecimentos, experiências, conjecturas ou inferências do próprio aplicador do Direito, vez que jamais se terá concretizado processualmente a ideal cabal comprovação, na íntegra, do ânimo subjetivo que moveu o agente da conduta infracional.

> *Parecer PGFN/CJU/CED nº 978/2009: "127. Diante de tais observações, contendo fatos indiciários logicamente concatenados que apontam para a caracterização de gravíssima infração funcional, não há como afastar a intencionalidade da conduta do servidor (...) consistente em valimento do cargo para lograr interesse pessoal ou de outrem em detrimento da dignidade da função pública.*
> *Atenta às nuances que caracterizam os fatos dessa natureza, dispõe a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (no âmbito do Direito interno, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006), em seu art. 28: 'O conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas.'*
> *128. Assente-se, ainda, que, somando-se aos fatos circunstanciais robustamente demonstrados pelas provas carreadas aos autos e ante o panorama constatado, temos a impossibilidade de se cogitar a ausência de dolo do indiciado (...) em praticar os atos irregulares por se tratar de servidor experiente e qualificado para a função que exercia, conhecedor das normas regentes do procedimento usualmente adotado na Receita Federal. (...). E, dessarte, irreal a mera possibilidade de ocorrência de mero erro, o que vem reforçar a caracterização infração prevista no art. 117, inciso IX, e no art. 132, inciso IV, ambos da Lei nº 8.112, de 1990."*

> *STJ, Recurso Especial nº 1.245.765: "Ementa: 13. Pontue-se, antes de finalizar, que a prova do móvel do agente pode se tornar impossível se se impuser que o dolo seja demonstrado de forma inafastável, extreme de dúvidas. Pelas limitações de tempo e de procedimento mesmo, inerentes ao Direito Processual, não é factível exigir do Ministério Público e da Magistratura uma demonstração cabal, definitiva, mais-que-contundente de dolo, porque isto seria impor ao Processo Civil algo que ele não pode alcançar: a verdade real."*

Uma vez que a configuração do elemento subjetivo importa relevantemente na configuração do ilícito e, mediante a vinculação prevista na Lei nº 8.112, de 11/12/90, na penalidade cabível, tem-se que a comissão deve ter sob atenção a grande responsabilidade do ato de enquadrar na Lei o fato irregular comprovado com a instrução probatória. E, para isto, deve dedicar especial atenção à configuração do ânimo subjetivo com que o servidor cometeu a conduta comprovada. Daí, para citar os enquadramentos gravosos mais comuns, não cabe à

comissão enquadrar no art. 117, IX (valimento de cargo) e/ou no art. 132, IV (improbidade administrativa), ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e consequentemente, propor aplicação de pena expulsiva, se não coletou nos autos elementos minimamente indicadores da conduta dolosa do servidor.

É necessário atentar que o Estatuto tem (sobretudo para as infrações que importem em penas de advertência e de suspensão) enquadramentos atípicos de forma que, na situação hipotética prevista pelo legislador em um determinado inciso dos seus arts. 116, 117 ou 132, cabem inúmeras condutas práticas da vida concreta. Daí, enquadrar o fato apurado em algum destes incisos abrangentes (o que, em visão precipitada, parece ser fácil) revela-se tarefa difícil e de grande responsabilidade, devido às diferentes repercussões.

A comissão precisa levar em conta todas as condicionantes daquela conduta e do agente, à luz da razoabilidade, da proporcionalidade, do bom senso, da equidade, do equilíbrio, do senso de justiça e da impessoalidade, para enquadrar no inciso mais adequado e justo. Até é verdade, como se verá em **4.10.4.1**, que, diante de uma conclusão dissociada das provas dos autos, pode a autoridade julgadora corrigir o enquadramento proposto pela comissão. Mas há situações em que a proposta da comissão pode não ser a mais adequada mas não chega a ser flagrantemente contrária à prova dos autos, de forma que fica mais difícil a motivação para a autoridade julgadora alterar e aplicar o enquadramento ótimo.

A Advocacia-Geral da União também já abordou esta questão do escalonamento da gravidade da infração:

> *Parecer AGU nº GM-17, não vinculante: "13. A avaliação da gravidade de transgressões percebe-se e difere até no âmbito da legislação. Tanto que há preceituações na Lei nº 8.429, de 1992, que, em sua literalidade, consideram como improbidade administrativa a falta de lealdade às instituições, podendo decorrer a penalidade expulsiva com as consequências drásticas supra referenciadas, ao passo que a Lei nº 8.112, de 1990, impõe esse dever de o servidor ser leal, todavia prevê o castigo de advertência, desde que o ilícito ´não justifique imposição de penalidade mais grave´ (arts. 116, II, e 129).*
> *14. Na mesma forma de graduar a penalidade em razão da gravidade do ilícito, exemplificativamente, a Lei nº 8.112 veda que o servidor oponha ´resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço´ (art. 117, IV) e viabiliza a apenação com advertência (arts. 117, IV, e 130), conduta que importa omissão em praticar ato de ofício que a Lei nº 8.429 considera ato de improbidade administrativa, no sentido literal de sua concepção."*

E, na mesma linha acima aduzida, o tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/7.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/7: "3. Quando lidos conjuntamente, tais dispositivos permitem supor que uma determinada infração disciplinar possa ser enquadrada, a princípio, em mais de um de seus incisos. Por exemplo, um ato contrário ao ordenamento pode ser configurado, inicialmente, como inobservância de norma ou valimento de cargo. Já um evento juridicamente imoral pode, em um primeiro momento, ser considerado incompatível com a moralidade administrativa ou compreendido como improbidade administrativa. Também é assim com a quebra da relação de confiança, que, antes de mais nada, pode ser entendida como violação ao dever de lealdade, exercício de atividade incompatível com as atribuições do cargo ou até mesmo improbidade administrativa.*
> *4. Diante disso, para enquadrar corretamente uma irregularidade na Lei nº 8.112, de 1990, é necessário avaliar as suas condicionantes, tais como a gravidade, a intensidade, a frequência e, sobretudo, a intenção do agente público. Melhor dizendo, a diferença entre os incisos dos arts. 116, 117 e 132*

> *dessa norma reside principalmente na configuração do elemento subjetivo do infrator, isto é, se agiu com culpa ou dolo.*
> *7. Como regra, o regime disciplinar exige a caracterização do dolo com o qual o agente público cometeu o desvio funcional para a aplicação de penalidade expulsiva.*
> *8. Logo, com exceção da desídia (que é uma conduta infracional marcada pela culpa em patamar grave), não pode a comissão de inquérito enquadrar um ilícito nos incisos I a XIII do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990 - tais como valimento de cargo ou improbidade administrativa -, e, por conseguinte, propor aplicação de demissão ou cassação de aposentadoria se não demonstrar, no processo administrativo disciplinar (PAD), os elementos indicadores da conduta dolosa do acusado. Afinal, não se pode equiparar uma irregularidade decorrente da intenção do servidor em auferir o resultado com outra ocasionada por imprudência, imperícia ou negligência, ainda que o resultado tenha sido idêntico.*
> *11. Finalmente, o dano não é um elemento característico do dolo, ou seja, não o configura e sequer o afasta. Sendo assim, sua inexistência não impede o enquadramento da irregularidade em dispositivo legal que sujeita o agente público a penalidade capital, tampouco sua comprovação autoriza, por si só, que o infrator seja expulso do serviço público. As exceções são os atos de lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacionale de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, para os quais se exige a demonstração do dolo e também do dano."*

4.7.2 - Descumprimento dos Deveres do Art. 116

O art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, elenca os deveres funcionais, cuja inobservância acarreta pena de advertência ou de suspensão (a parte final do art. 129 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, possibilita a aplicação de suspensão mesmo não havendo reincidência, conforme se abordará em **4.10.2.4.3**).

A leitura conjunta do art. 129 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, na passagem em que menciona "dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna" com o artigo em tela dá a clara notícia de que a lista de deveres funcionais não se encerra no art. 116 da citada Lei, pois, além de outras leis que porventura existam impondo deveres a servidor, pode haver, em cada órgão da Administração, deveres funcionais internamente regulados na normatização infralegal.

> *"Por fim, convém ressaltar que o rol dos deveres dos servidores públicos constante no citado artigo 116 é exemplificativo, e não taxativo, pelo que outros deveres para os servidores podem ser previstos em regulamentação ou norma interna. A inobservância desses deveres também constitui ilícito administrativo sujeito à penalidade de advertência, a teor da segunda parte do art. 128 da Lei nº 8.112/90, ou de suspensão, a teor da segunda e terceira parte do art. 129 da Lei nº 8.112/90, conforme o caso". Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pg. 164, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

Em princípio, o descumprimento da maioria dos deveres elencados no art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, quando se encerra em si mesmo e não é mero instrumento de infração mais grave, tem natureza apenas culposa (cometido por negligência, imprudência ou imperícia); mas também há deveres naquela lista que podem ser dolosamente descumpridos. Destaque-se que, ainda assim, nenhum deles, por si só, mesmo em reincidência, implica em proposta de pena capital (demissão, destituição de cargo em comissão ou cassação de aposentadoria ou de disponibilidade).

STF, Mandado de Segurança nº 26.361: "Ementa: (...) As práticas previstas nos incisos do artigo 116 da Lei nº 8.112/90 pressupõem a culpa, apanhada a espécie negligência."

Acrescente-se que muitos dos deveres funcionais estatuídos no art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, tangenciam aspectos comportamentais de conduta (zelo, lealdade, obediência, urbanidade). Cabe dizer que, em regra, os enquadramentos na maioria dos incisos deste artigo podem se justificar mediante conduta única ou delimitada em curto período de tempo, não sendo necessário se reportar ao pretérito da vida funcional do servidor.

É de se ressaltar que, à luz do atual ordenamento constitucional (leia-se art. 5º, LV da CF), não se admite nenhuma hipótese de configuração de qualquer destes ilícitos e a consequente apenação sem a instauração do devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, por mais imediato, notório ou faticamente simplório que possa parecer algum enquadramento. Neste sentido, para qualquer inciso deste artigo, aproveitam-se os argumentos expostos em **4.10.2.4.5**, em que se defende o rito legal para hipótese do art. 130, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (recusar-se a se submeter à perícia médica).

Seguem abaixo os enquadramentos do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com algumas observações cabíveis mais relevantes.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 116. São deveres do servidor:
I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;
II - ser leal às instituições a que servir;
III - observar as normas legais e regulamentares;
IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;
V - atender com presteza:
a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;
b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;
c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública;
VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 18/11/11)
VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;
VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;
IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;
X - ser assíduo e pontual ao serviço;
XI - tratar com urbanidade as pessoas;
XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.
Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.
*(**Nota**: Na forma como oficialmente publicado, o parágrafo único do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, impropriamente assegura a ampla defesa ao "representando"; subentende-se que o correto seria ao "representado".)*

4.7.2.1 - Inciso I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo

Em princípio, não se vislumbra diferença entre zelo e dedicação, pois equivalem a realizar as tarefas com cuidado e qualidade e em tempo razoável, ou seja, com bom rendimento, sem desleixo ou descompromisso com a qualidade, estando aqui superpostos talvez por uma questão de ênfase redacional. À vista da noção de que a Administração e o Estatuto não requerem do servidor desempenho extraordinário de excelência ou atos de

bravura e heroísmo, mas tão somente conduta normal e mediana, não se crê que o termo "dedicação" seja um *plus* em relação ao termo "zelo", em que o primeiro teria o significado mais qualificado de exclusividade, abnegação, devoção e entrega total.

Este enquadramento, de subjetiva avaliação, não se reporta a toda a vida funcional do servidor, mas sim a um ato específico (ou a alguns atos ou a um período específico). Ou seja, não há impedimento de se enquadrar um servidor neste inciso, por um determinado ato em que agiu de forma negligente, embora esteja provado nos autos que o acusado sempre foi um bom servidor e constarem de seus assentamentos elogios, menções honrosas, etc. Tais antecedentes poderiam valer, em princípio, para impedir que a autoridade agravasse a pena para suspensão, conforme lhe autorizariam os arts. 128 e 129 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Se fosse o caso de se poder criticar como negligente toda a vida funcional pretérita do servidor, e não por um caso isolado (ou alguns), talvez se cogitasse, em tese, de enquadramento bem mais gravoso, de desídia, no art. 117, XV do Estatuto.

> *"Uma única ação ou omissão desabalizada com o que requer o cargo apresenta o condão de configurar o ilícito em questão, podendo, todavia, a depender da quantidade e qualidade das condutas, configurar também, em concurso formal ou material, o não atendimento das disposições legais ou regulamentares. Assim, o dever de zelo e dedicação ao exercício das funções do cargo não se caracteriza como ilícito habitual, ao passo que a infração de desídia, conduta mais grave, sim, requerendo esta a reiteração de ações ou omissões desleixosas, desinteressadas, despreocupadas, para a sua subsunção". Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pg. 181, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

4.7.2.2 - Inciso II - ser leal às instituições a que servir

Este é mais um enquadramento de avaliação fortemente subjetiva, para o qual também se aplica a observação feita no inciso acima, acerca da desnecessidade de configuração habitual, nos termos já dispostos em **2.5.3.4**, podendo se ter sua caracterização em um ato único.

Como primeira tentativa de balizar este enquadramento bastante genérico, pode-se afirmar que, em síntese, a lealdade que se exige do servidor é em relação à sua própria instituição e ao serviço público como um todo e, de forma intrínseca a este foco orgânico, também aos princípios reitores, símbolos e valores da Administração Pública, não sendo objeto de exigência legal a lealdade do servidor em relação às pessoas dos administradores e superiores hierárquicos e a simples colegas, nem de seu próprio órgão e muito menos de outras instituições. Estatutariamente, não há deslealdade pessoal, mas sim apenas institucional. Tampouco se cogita aqui de se exigir do servidor adesões de cunho moral, político ou filosófico a quem quer que seja, restringindo-se o seu dever legal ao contornos jurídicos da lealdade, na forma de manutenção de uma relação sincera e fiel à instituição a que serve e aos interesses e objetivos da Administração Pública em geral.

Este dever, refletindo respeito aos valores caros à causa pública, se manifesta primeiramente por meio do respeito às normas (desde os princíios reitores até as regras positivadas, abrangendo as mais internas e específicas até as mais gerais do ordenamento jurídico como um todo), que, em qualquer grau, regem e disciplinam a instituição em que o servidor exerce seu cargo, impondo-lhe não só cumpri-las, mas também lhes ser fiel, com postura colaboradora. Aqui se enquadra o dever de comunicar falhas na normatização - podendo se estender esta obrigação diante de falhas nos sistemas informatizados oficiais (em ambos os casos, a conduta mais grave de explorar as falhas não se confunde com o inciso, merecendo enquadramento mais gravoso).

Ainda nesta linha principiológica, além de se exigir do servidor respeito ao regramento interno do órgão e ao ordenamento jurídico vigente como um todo, exige-se também respeito aos princípios da hierarquia e da subordinação (destaque-se o apego ao princípio, de forma dissociada da figura personificada do administrador), como forma de ato de lealdade. E, mais concretamente, este enquadramento proíbe o uso da imagem e dos símbolos institucionais de forma indevida e dissociada do interesse do trabalho.

Uma aplicação ponderada do enquadramento em tela é de vedar a manifestação pública do agente, na condição específica de servidor, em detrimento e em ofensa à reputação e à credibilidade externas da instituição. Mas, obviamente, a Lei estatutária não mitigou as garantias de liberdades de manifestação identificada do pensamento e de incensurável expressão do cidadão comum, respectivamente asseguradaa nos incisos IV e IX do art. 5º da Constituição Federal (CF), somente se tornando aplicável quando a conduta funcional se situe em patamar de ofensividade que ultrapasse aquele direito fundamental individual de molde constitucional.

Neste rumo, convém mencionar que, em **3.2.3.1.3**, a cuja leitura se remete, se abordou a questão contemporânea de manifestações de servidor em redes sociais privadas.

4.7.2.3 - Inciso III - observar as normas legais e regulamentares

Diante do princípio da legalidade, que norteia toda a conduta do agente público, conforme abordado em **3.3.1.5**, tem-se que o dever de observar as normas vigentes, no sentido amplo da expressão, é basilar e figura como implícito da atividade pública. O ilícito se configura com a inobservância não só da CF e de uma lei ou de princípios positivados em esferas constitucional ou legal, mas sim de qualquer norma infralegal, conforme pode se considerar de imediato, a título de exemplos não controversos, decretos, regulamentos, regimentos, instruções normativas, pareceres normativos, portarias normativas, orientações normativas, normas de execução, ordens de serviço, editais, dentre os mais comuns.

Na esteira, a estas espécies de atos cuja natureza é indubitável e intrinsecamente normativa, podem ser somados determinados atos administrativos que, embora *a priori* se cogitem, por suas denominações, de possuírem natureza ordenadora do funcionamento interno (atos ordinatórios) ou de manifestarem decisões administrativas (atos decisórios) ou de proporem ou exporem interpretações e entendimentos (atos interpretativos ou enunciativos) ou de apenas conterem comunicados (atos de comunicação) ou ainda outros atos cujas denominações não esclarecem a natureza de seus comandos, mas que, na sua leitura concreta, demonstram possuir conteúdo essencialmente normativo. Assim, esta consideração residual e caso a caso como atos normativos pode ocorrer com alguns atos que a princípio mereceriam classificação como atos ordinatórios, decisórios, interpretativos, enunciativos ou até de comunicação.

Esclareça-se que aqui, ao se mencionar a natureza do comando encartado no ato administrativo, se o faz sob ótica do servidor subordinado ou vinculado e não sob ótica de particular porventura interessado por ter sido quem provocou a Administração. No presente, importa avaliar se, para o servidor a quem se dirige o cumprimento ou acatamento do ato administrativo, este se revela como norma, ordem ou comando de qualquer outra natureza, não importando como o ato se manifesta para eventual particular que tenha peticionado a Administração a se manifestar por decisão, interpretação, enunciado ou comunicação.

Em outras palavras, ao lado das normas administrativas, há, dentre as diversas formas de a Administração unilateralmente emitir sua vontade, algumas outras espécies de atos cuja menção aqui interessa, em razão de, apesar de suas distintas naturezas apriorísticas, em determinados casos concretos, poderem suscitar dúvida se consubstanciam um comando

normativo. E, em tais casos de dúvida, destaca-se a possibilidade de não restar claro se determinados atos administrativos, a despeito de suas possíveis teóricas classificações (como ordinatórios, decisórios, enunciativos, interpretativos ou de comunicação), na essência de seus comandos ou dispositivos, manifestam norma ou ordem dirigida a seu corpo funcional no âmbito da Administração. A elucidação de tal fronteira, que por vezes se demonstra tênue e imprecisa, pode se fazer relevante para determinado ato administrativo em especial, com vista a esclarecer se sua inobservância ou se seu descumprimento, por servidor vinculado ou subordinado, configura a infração enquadrada no presente inciso III ou no inciso IV, ambos do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, uma vez que, conforme se abordará em **4.7.2.4**, em contraposição à inflexível aplicação do princípio da legalidade em termos de submissão funcional às normas, é possível uma ponderação por parte do(s) servidor(es) destinatário(s) em caso de ordem emitida por autoridade superior. E esta necessária identificação, a grosso modo, passa pela identificação da natureza geral ou individual do comando encartado no ato específico.

Assim, já sob a restrita ótica da possível repercussão disciplinar, pertinente esclarecer que atos administrativos gerais, de comando abstrato e impessoal e expedidos sem destinatário específico dentro do corpo funcional vinculado ou subordinado, como regra, têm natureza normativa, pois regulam indistintamente todos os que se encontram sob as mesmas condições alcançadas por seus preceitos. Avançando-se na conceituação, além dos atos inicialmente mencionados como inquestionavelmente normativos (decretos, regulamentos, regimentos, instruções normativas, pareceres normativos, portarias normativas, orientações normativas, normas de execução e editais), a eles também podem se somar determinadas resoluções, deliberações, notas e notas técnicas, desde que de alcance geral.

Já os atos administrativos individuais, reguladores de situações jurídicas concretas e dirigidos a destinatário(s) específico(s) dentro do corpo funcional vinculado ou subordinado, ainda que aprioristicamente possam se classificar como decisórios ou de comunicação, quando impõem encargos ao(s) servidor(es), como regra, podem assumir a natureza de ordem (citam-se algumas específicas instruções, circulares, cartas, avisos e até mesmo determinados ofícios, podendo todas estas espécies de atos dirigirem-se a um único destinatário individualizado ou serem circularizados para vários destinatários identificados, além de algumas ordens de serviço, decisões, despachos decisórios, súmulas, acórdãos, atos declaratórios executivos, soluções de consulta ou de divergência vinculantes de órgãos ou unidades legal ou regimentalmente competentes para emitirem manifestações de cumprimento obrigatório). Acrescente-se que atos declaratórios interpretativos, notas executivas, orientações consultivas, exposições de motivos, pareceres, informações e atos interpretativos em geral, embora por si sós tenham natureza meramente opinativa e enunciativa, sem estabelecer norma ou ordem sobre as situações abstratas ou específicas de que tratam, assumem alguma destas duas naturezas quando se fazem acompanhar de aprovação da autoridade.

Enfim, é de se verificar que os diferentes exemplos de espécies de atos administrativos acima mencionados, dentro do presente foco de interesse de possível repercussão disciplinar em decorrência de sua inobservância ou de seu descumprimento por servidor, embora tenham sido considerados alguns a princípio como normativos e outros a princípio como ordens, podem, de acordo com a natureza do seu comando (geral ou específico) ter exemplares concretamente considerados no grupo oposto. Nada impede que uma resolução, uma deliberação ou uma portaria, por exemplo, se volte, como ordem, a apenas um servidor destinatário ou a servidores destinatários coletivamente definidos ou que uma instrução, uma circular, um aviso, uma ordem de serviço ou um despacho ou um ato declaratório voltem-se abstratamente a servidores destinatários em geral, na forma de norma. Desta forma, diante de notícia de desatendimento, por parte de servidor, de determinado comando encartado em ato administrativo cuja natureza se encerra na fronteira imprecisa entre norma ou ordem, cabe ao

aplicador do Direito uma cautelosa análise, visto que há diferença relevante na possibilidade de repercussão disciplinar ou não.

Auxilia ainda nesta importante diferenciação entre atos gerais e individuais - já que aos primeiros não se contemplará espaço de discricionariedade por parte dos destinatários para inobservá-los, enquanto há possibilidade para descumprimento de ordens ilegais - destacar que os atos normativos possuem precedência hierárquica sobre os atos individuais (não podendo estes contrariar aqueles). Ademais, os atos normativos são revogáveis a qualquer tempo pela própria Administração e não podem ser impugnados por meio de recursos administrativos, ao contrário dos atos individuais, que somente permitem revogação *ex oficio* sob condicionantes mais severas e podem ser impugnados diretamente pelo destinatário por razões de legalidade, tanto em via administrativa quanto judicial.

Feita esta introdução sobre a espécie de atos administrativos, detalha-se que, sem prejuízo do equilíbrio harmônico principiológico, o princípio da legalidade, ao lado do princípio da moralidade administrativa, é considerado um princípio informador dos demais princípios constitucionais reitores da Administração Pública. E isto lhe atribui aplicação quase totalitária na atividade pública, de forma que a vinculação ao ordenamento esteja, em determinado grau, diluída e subentendida em todos os mandamentos estatutários. De fato, a leitura atenta dos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, leva a perceber que a legalidade paira, manifesta-se e, por fim, repercute na grande maioria das infrações disciplinares neles elencadas (enquanto as máximas da impessoalidade, da publicidade e da eficiência têm suas repercussões mais pontuais e restritas). Em outras palavras, sendo este um dos dois principais princípios norteadores da atividade pública, a grande maioria dos enquadramentos disciplinares tem em sua base o descumprimento do dever de observar normas legais e regulamentares, de forma que o dispositivo especificamente insculpido no art. 116, III valha quase que como regra geral e difusa dos deveres estatutários.

Sendo a atividade pública vinculada de forma que o agente público somente pode fazer aquilo que o ordenamento expressamente lhe permite e uma vez que nenhuma norma autoriza o cometimento de irregularidade, todo ato ilícito, em regra, passa, em sua base, por uma inobservância de norma. Todavia, esta infração disciplinar pode ser absorvida por irregularidades mais graves. Daí, o enquadramento neste inciso somente se justifica se o ato não configura irregularidade mais grave.

Além da questão da gravidade, a diferenciação entre o enquadramento de uma conduta no inciso III do art. 116 ou nos demais incisos deste artigo ou nos arts. 117 e 132, todos da Lei n° 8.112, de 11/12/90, também pode advir da análise se o ato infracional comporta ou não enquadramento mais específico, a prevalecer sobre aquele mais geral e difuso, de forma que se pode cogitar de lhe atribuir valor quase residual. E, neste aspecto, além da busca do esclarecimento do ânimo subjetivo com que o ato foi cometido (se com culpa ou se com dolo), também pode ainda se fazer necessário identificar a ocorrência ou não dos parâmetros elencados no *caput* do art. 128 da Lei n° 8.112, de 11/12/90, e no art. 16 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, para diferenciar se o ato, por exemplo, justifica ser enquadrado em afronta do dever de observar normas legais ou regulamentares (art. 116, III da citada Lei) ou se merece enquadramento na proibição de valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem (art. 117, IX da mesma Lei).

Neste enquadramento, deve a comissão especificar na indiciação qual norma (tipo da norma, se lei, decreto, instrução normativa, portaria, etc, número, artigo, inciso) foi descumprida pelo acusado, sob pena de possibilitar alegação de cerceamento de defesa.

Destaque-se que a mera divergência de entendimentos ou de interpretação de normas envolvendo dois ou mais servidores, desde que não caracterizada má-fé de qualquer um dos dois lados, não configura, em princípio, ilícito disciplinar. É inerente da atividade

administrativa, fortemente hierarquizada, o poder de rever seus próprios atos, em decorrência do princípio da autotutela, inclusive com a atuação hierárquica. E, muitas vezes, isto se dá em função tão somente de diferentes interpretações ou entendimentos sem que isto se confunda em afirmar que a postura a ser reformada decorreu de ato ilícito, passível de responsabilização.

A leitura atenta do art. 116, III da Lei nº 8.112, de 11/12/90, indica que o Estatuto não conferiu ao servidor nenhum poder discricionário para apreciar a legalidade de norma ou para avaliar, por seus critérios pessoais, a conveniência de cumpri-la ou não. Opera-se a presunção de que as normas são legais. A norma, desde que devidamente editada por quem é competente e publicada, a partir de sua data de entrada em vigor, deve ser plenamente cumprida pelo servidor, ainda que este, em sua própria convicção, a considere ilegal. A convicção por parte do servidor de que a norma apresenta defeitos de forma ou de mérito deve fazê-lo provocar a unidade ou a autoridade competente para declarar a ilegalidade da norma e para exclui-la do ordenamento ou alterá-la; além disto, se ele tem elementos de convicção de irregularidade na feitura da norma, ele deve até representar contra quem a editou. Mas jamais o servidor deve deixar de cumprir a criticada norma, uma vez que, enquanto não revogada na forma legal, o servidor tem o dever funcional de cumpri-la, por força do dispositivo inquestionável do art. 116, III da Lei nº 8.112, de 11/12/90 e também por força do princípio da legalidade, sob pena de ver configurado o ilícito em tela.

Eventuais atos irregulares decorrentes do descumprimento de uma norma ilegal não acarretarão repercussão disciplinar para quem os cometeu cumprindo estritamente a norma, pois assim terá agido com atenção não só à legalidade mas também à hierarquia. Em princípio, o agente administrativo subordina-se de forma mais irrecusável aos mandamentos internos emanados por autoridades que lhes são proximamente superiores, como, por exemplo, instruções normativas, pareceres normativos, portarias normativas, orientações normativas, normas de execução, normas de serviço, dentre outras, conforme acima mencionado. Tais atos irregulares em obediência a uma norma superior, no máximo, se for o caso, poderão acarretar repercussão disciplinar para quem a editou. Com mais ênfase ainda se reforçam estes argumentos inibidores para o servidor descumprir lei por entender que ela é inconstitucional (visto, em essência, esta ser uma competência do Supremo Tribunal Federal).

> *“Cumpre destacar que não cabe ao servidor avaliar a legalidade da norma ou a conveniência de a cumprir ou não; caso se depare com norma evidentemente ilegal ou inconstitucional, deve provocar a autoridade competente para que a mesma seja alterada ou excluída do ordenamento jurídico ou, em casos graves, para representar contra a autoridade que a editou. Dessa forma, mesmo que em cumprimento a norma ilegal ou inconstitucional, ao servidor não será aplicada penalidade disciplinar por essa conduta. Tampouco poderá o servidor alegar desconhecimento da norma ou falta de treinamento/capacitação para justificar sua inobservância (...).”,Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 274, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Desde o Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/42 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), não é dado ao servidor o direito de alegar o desconhecimento da norma a fim de justificar sua inobservância. Todos os atos legais (em sentido extensivo do termo) são publicados (seja em DOU, seja apenas internamente). Tampouco costuma prosperar a alegação de falta de treinamento ou capacitação. É dever do servidor, inerente à sua função, manter comprometimento e qualidade nos trabalhos, de forma que a ele próprio incumbe manter-se atualizado com as mudanças e inovações legais e diligenciar para se familiarizar com o ordenamento que rege sua matéria de trabalho.

Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/42 - Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Formulação Dasp nº 73. Erro de direito
Aplica-se ao Direito Administrativo o princípio de que "ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece"
Parecer Dasp. Abandono de cargo - Ignorância da lei
A ignorância da lei não é cláusula excludente da punibilidade.

4.7.2.3.1 - Acesso Imotivado

Uma conduta em especial, que, pelo menos em princípio (se não configurada outra conduta mais grave), pode ser enquadrada como inobservância de norma, é o chamado "acesso imotivado". Este ilícito se configura quando o servidor utiliza-se dos sistemas informatizados da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil para fins que não são de interesse do serviço, ou seja, que não têm motivação legal. Diante da necessária percepção de que o Direito se estabelece sobre a premissa da boa-fé, é de se compreender este ilícito como de configuração excepcional, visto que em princípio, a menos de prova em contrário, os acessos à base de dados em poder do órgão por parte de servidor são motivados por interesse de trabalho.

O acesso imotivado pode ser sintetizado como o acesso a dados de terceiros realizado à margem das necessidades de trabalho e que, por este motivo, não preserva as formalidades intrínsecas a tal tipo de conduta funcional (que, em última essência, excepciona uma garantia constitucional de terceiros), não guarda relação com as atribuições legais do cargo e, até, de forma mais coloquial, comumente é promovido por mera curiosidade ou por quaisquer outras motivações de índole pessoal. A configuração deste ato irregular por parte do agente público se vincula à motivação com que o acesso é realizado - motivação de natureza pessoal e particular, à margem do interesse público - e independe do fim a que o autor dá ao dado acessado e também independe da natureza deste dado. A configuração da ilicitude não se restringe apenas em acessos a dados protegidos por sigilo fiscal mas também se concretiza até mesmo em acesso a meros dados cadastrais, se tal acesso tiver sido realizado para satisfação de interesse privado do autor.

Obviamente, por um lado, este enquadramento não visa a alcançar acessos cometidos de boa-fé pelo agente que, em seu múnus e que para exercer as atribuições legais de seu cargo, necessita realizar pesquisas em dados sigilosos, seja quando o acesso aos dados de determinada pessoa se dá por mero equívoco ou engano perfeitamente acolhido na percepção de falibilidade humana (conforme o conceito jurídico já exposto em **4.6.3.4** de erro escusável), seja na diversidade de acessos a dados do próprio investigado ou até de pessoas a ele próximas, inerentes, por exemplo, a atividades de pesquisas, de investigação, de seleção, de preparo, controle, de fiscalização interna ou aduaneira, de arrecadação, de julgamento, de planejamento, bem como em ações de controle interno ou de gerenciamento de riscos, tanto em instância fiscal como disciplinar, todas estas atividades de absoluto interesse público e que, sem as quais, não se contempla a atuação estatal.

Por outro lado, não se afasta o enquadramento em tela em razão de o servidor possuir autorização prévia ou aquiescência posterior, informal ou até mesmo formal, de parte de quem titulatiza os dados acessados ou em razão da destinação dada pelo agente ao conteúdo imotivadamente conhecido. Pune-se o acesso em si sem motivação de trabalho, não importando se, antes da conduta, houve acerto autorizador ou se, no prosseguimento da conduta, o servidor deu ou não alguma destinação ao dado acessado, desejada ou não pelo terceiro. Pune-se a mera conduta de acessar imotivadamente o dado protegido, independentemente do resultado desta conduta.

O tema do acesso imotivado provoca maior insegurança funcional quando o servidor se vê na obrigação de acessar dados de grupo especial de contribuintes a que se denomina pessoas politicamente expostas (PPE, ou pessoas expostas politicamente - PEP).

Para balizar a elástica abrangência desta expressão, busca-se a definição dada pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf, a unidade de inteligência financeira - UIF brasileira), nos §§ 1º a 3º do art. 1º de sua Resolução Coaf nº 29, de 7 de dezembro de 2017.

> *Resolução Coaf nº 29, de 2017 - Art. 1º*
> *§ 1º Para fins do disposto nesta Resolução, consideram-se pessoas expostas politicamente:*
> *I - os detentores de mandatos eletivos dos Poderes Executivo e Legislativo da União;*
> *II - os ocupantes de cargo, no Poder Executivo da União, de:*
> *a) Ministro de Estado ou equiparado;*
> *b) Natureza Especial ou equivalente;*
> *c) presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de entidades da administração pública indireta; e*
> *d) Grupo Direção e Assessoramento Superior - DAS, nível 6, ou equivalente;*
> *III - os membros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais;*
> *IV - o Procurador-Geral da República, o Procurador-Geral do Trabalho, o Procurador-Geral da Justiça Militar e os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal;*
> *V - os membros do Tribunal de Contas da União e o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União;*
> *VI - os presidentes e tesoureiros nacionais, ou equivalentes, de partidos políticos;*
> *VII - os governadores e secretários de Estado e do Distrito Federal, os Deputados Estaduais e Distritais, os presidentes, ou equivalentes, de entidades da administração pública indireta estadual e distrital e os presidentes de Tribunais de Justiça, Militares, de Contas ou equivalente de Estado e do Distrito Federal;*
> *VIII - os Prefeitos, Vereadores, Presidentes de Tribunais de Contas ou equivalente dos Municípios.*
> *§ 2º Para fins do disposto nesta Resolução, também são consideradas pessoas expostas politicamente aquelas que, no exterior, sejam:*
> *I - chefes de estado ou de governo;*
> *II - políticos de escalões superiores;*
> *III - ocupantes de cargos governamentais de escalões superiores;*
> *IV - oficiais generais e membros de escalões superiores do poder judiciário;*
> *V - executivos de escalões superiores de empresas públicas; ou*
> *VI - dirigentes de partidos políticos.*
> *§ 3º Para fins do disposto nesta Resolução, também são consideradas pessoas expostas politicamente os dirigentes de escalões superiores de entidades de direito internacional público ou privado.*

Ademais, a comprovada falta do devido cuidado na guarda, proteção e utilização de senha ou seu empréstimo a outro servidor, ainda que habilitado, para acesso a sistemas informatizados, pode configurar a infração de não observar o dever funcional de exercer com zelo as atribuições legais do cargo, já descrita linhas acima.

Na normatização interna, a previsão legal para a caracterização do acesso imotivado encontra-se, atualmente, na Portaria SRF nº 450, de 28/04/04, que revogou a Portaria SRF nº 782, de 20/06/97, e também na Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11, que embora igualmente trate do tema, não revogou nem expressa e sequer tacitamente a primeira norma,

compreendendo-se que ambas vigoram simultaneamente. Ambas permitem leitura a *contrario sensu* de que acesso imotivado é todo aquele acesso a dados constantes de sistemas informatizados realizado à margem do interesse e da necessidade do serviço.

> *Portaria SRF nº 450, de 28/04/04 - Art. 7º O acesso aos ativos de informação e ao ambiente informatizado da SRF deve ser sempre motivado por necessidade de serviço, devendo ser controlado e restrito às pessoas autorizadas.*
> *Art. 23. O descumprimento das disposições constantes nesta Portaria e demais normas sobre segurança da informação caracteriza infração funcional, a ser apurada em processo administrativo disciplinar, sem prejuízo das responsabilidades penal e civil.*
>
> *Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11 - Art. 4º As informações protegidas por sigilo fiscal, contidas em sistemas informatizados, somente poderão ser acessadas no interesse da realização do serviço.*

Merece menção o fato de que a vigente Portaria RFB nº 450, de 28/04/04, ao cogitar de responsabilidade, o fez, em seu art. 23, de forma muito mais sintética do que constava da Portaria SRF nº 782, de 20/06/97, por ela revogada. Não obstante a revogação desta Portaria, permanecem válidos alguns conceitos de ordem prática nela encartados, como por exemplo a didática diferenciação de condutas que se segue: o mero acesso sem motivação aceitável ao banco de dados, pode configurar inobservância de norma (no presente art. 116, III do Estatuto); já a revelação, para outro servidor da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, dos dados acessados, pode configurar inobservância de norma e quebra do dever de guardar sigilo sobre assunto interno (art. 116, VIII do Estatuto, linhas a seguir); já a revelação, para estranhos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, dos dados acessados, pode configurar a grave irregularidade de revelação de segredo obtido em razão do cargo (art. 132, IX do Estatuto, que será visto em **4.7.4.9**).

Similar encadeamento, desde o acesso, passando pela utilização, até a revelação de dados protegidos por sigilo bancário, pode ser visto nos arts. 8º a 12 do Decreto nº 3.724, de 10/01/01, já reproduzidos em **4.4.12.5**.

Isto posto, destaque-se a possibilidade de não só acessos imotivados mas também desleixo na guarda de senha e seu empréstimo caracterizarem, na íntegra de seu íter e do ânimo subjetivo de seu agente, condutas mais graves que aquelas apontadas na norma (*a priori*, a Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11, aponta os enquadramentos no art. 116, I e III da Lei nº 8.112, de 11/12/90), tais como no art. 117, IX ou no art. 132, IV ou IX, ambos da mesma Lei, a título de exemplos. Em tais casos, evidentemente, deverá a comissão comprovar e materializar nos autos os elementos formadores de convicção da gravidade e do forte grau de repulsa da conduta do servidor a ponto de merecer enquadramento expulsivo. O que quer se ressalvar aqui é que não necessariamente condutas de desleixo na guarda da senha ou seu empréstimo e de acesso imotivados obrigam os enquadramentos brandos indicados na Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11.

> *Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11 - Art. 5º Configura infração do servidor aos deveres funcionais de exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo e de observar normas legais e regulamentares, nos termos do art. 116, incisos I e III, da Lei nº 8.112, de 1990, sem prejuízo da responsabilidade penal e civil cabível, na forma dos arts. 121 a 125 daquela Lei, se o fato não configurar infração mais grave:*
> *I - não proceder com o devido cuidado na guarda e utilização de sua senha ou emprestá-la a outro servidor, ainda que habilitado;*
> *II - acessar imotivadamente sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil que contenham informações protegidas por sigilo fiscal, observado o disposto no art. 4º.*

Na mesma linha, a Lei nº 12.527, de 18/11/11, que regulamenta o direito de petição

previsto no inciso XXXIII do art. 5° da CF, estabelece dispositivos materiais, definindo como ilicitudes puníveis, no mínimo, com pena de suspensão, as condutas de o servidor utilizar indevidamente informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em virtude do cargo e de divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir o acesso indevido à informação sigilosa ou pessoal. Este comando legal específico interfere na aplicação do dispositivo estatutário em apreço, de inobservância da normatização infralegal especificamente quanto ao acesso a dados e a sistemas informatizados internos. Decorrendo de lei, inequivocamente supera o comando infralegal anterior que não vedava a possibilidade de apenação com a pena básica de advertência, mesmo em caso de acesso imotivado a informações protegidas por sigilo fiscal. No caso específico de informação sigilosa ou pessoal, em que se enquadram informações protegidas por sigilo fiscal ou por sigilo bancário ou que revelam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de pessoa, o acesso imotivado deve ser punido com pena de suspensão, conforme passou a impor o inciso IV do art. 32 da Lei nº 12.527, de 18/11/11 (e que, obviamente, deve a comissão fazer constar da base legal a ser exposta na sua indiciação, como uma definição específica a ser agregada ao enquadramento estatutário no inciso III do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90), restando a possibilidade de apenação com advertência fundamentada apenas neste inciso III do art. 116 do Estatuto, tão somente para acesso a qualquer tipo de informação interna não protegida por aquelas cláusulas específicas de sigilo.

> *Lei nº 12.527, de 18/11/11 - Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar:*
> *II - utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública;*
> *IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal;*
> *§ 1º Atendido o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, as condutas descritas no caput serão consideradas:*
> *II - para fins do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e suas alterações, infrações administrativas, que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos.*
> *§ 2º Pelas condutas descritas no caput, poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis nºs 1.079, de 10 de abril de 1950, e 8.429, de 2 de junho de 1992.*

A construção em tela, de na indiciação, enquadrar no inciso III do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, combinado com o inciso IV do art. 32 da Lei nº 12.527, de 18/11/11, muito se assemelha com a construção historicamente pacificada em casos de improbidade administrativa, em que o enquadramento baseia-se no inciso IV do art. 132 da Lei estatutária e soma a definição dada na lei especial de improbidade administrativa. Ainda nesta hipótese, no passo processual seguinte, se for o caso de a comissão manter a convicção, no relatório, deve agregar a parte final do art. 129 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para capitular sua proposta de pena de suspensão em enquadramento cuja pena básica seria advertência.

Por fim, mencione-se também que o correio eletrônico institucional encontra normatização na Portaria SRF nº 1.397, de 11/11/02, que o define como uma ferramenta de trabalho, de propriedade da Administração, de forma que, a rigor, seu uso condiciona-se apenas a interesse de trabalho. O emprego distorcido e deturpado da ferramenta - quer-se referenciar, com estas expressões, a mensagens dirigidas a tantos destinatários que prejudica o funcionamento do sistema ou a mensagens com manifestações depreciativas, discriminadoras ou ofensivas à honra de pessoas ou à própria instituição ou ainda mensagens que estimulem condutas moral, disciplinar ou penalmente intoleráveis - pode ensejar o enquadramento em tela, visto que, em essência, o servidor que assim procede descumpre uma norma (a

mencionada Portaria SRF). Aqui, se defende uma apreciação de forte razoabilidade e proporcionalidade diante de uma simples mensagem de caráter pessoal que não afronta aos bens que aquela Portaria SRF tenta tutelar.

> *Portaria SRF nº 1.397, de 11/11/02 - Art. 1º O Correio Eletrônico, ferramenta de propriedade da Secretaria da Receita Federal - SRF, constitui instrumento de uso institucional, destinado ao intercâmbio de mensagens, para fins de racionalização do trabalho e aumento da produtividade.*
> *Parágrafo único. Ao usuário cabe utilizar o Correio Eletrônico em atividades inerentes às suas atribuições no âmbito da SRF.*
> *Art. 6º É vedado o envio das seguintes espécies de mensagens eletrônicas:*
> *I - SPAM: mensagem destinada a múltiplos usuários, sem consentimento prévio destes, e que objetive a divulgação de correntes, produtos, marcas, empresas, organizações ou endereços eletrônicos, ou a oferta de mercadorias ou serviços, gratuitamente ou mediante remuneração;*
> *II - relativas a negócios ou atividades particulares do usuário, propaganda ou apoio a qualquer iniciativa ou atividade que não tenha aprovação formal da SRF;*
> *III - de teor ofensivo, calunioso, difamatório ou injurioso;*
> *IV - de conteúdo político-partidário ou sindical, de qualquer natureza ou espécie;*
> *V - relativas a conteúdo obsceno, ilegal ou antiético;*
> *VI - de conteúdo preconceituoso ou discriminatório;*
> *VII - que contenham listas de endereços eletrônicos dos usuários do Correio Eletrônico, para fora da instituição.*

4.7.2.4 - Inciso IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais

Como reflexo da forte atuação do princípio da hierarquia em instância disciplinar - o próprio poder disciplinar deriva do poder hierárquico -, o servidor tem o dever de acatar ordens de autoridades administrativas superiores, na presunção de que são emanadas de acordo com a lei e voltadas ao interesse do serviço. As ordens emanadas em decorrência de um ato legal que confere competência à autoridade superior gozam de presunção de legalidade e, como tal, *a priori*, devem ser cumpridas. A princípio, a simples suspeita pessoal de ilegalidade da ordem e muito menos a discordância em mérito ou o simples inconformismo do subordinado com a tarefa que lhe foi determinada não têm o condão de afastar a regra geral do dever de obediência.

A doutrina denomina de desobediência o ato de um servidor subordinado de simplesmente não agir em sentido de não cumprir o teor do que lhe foi individualmente determinado por específica ordem verbal ou escrita emanada por autoridade que lhe é hierarquicamente superior. Trata-se aqui de mera conduta omissiva, silenciosa, sem viés de intenção de afrontar de forma acintosa, ostensiva, ofensiva e desrespeitosa a hierarquia e a ordem interna, o que agravaria, para aquele caso específico e individualizado, a conduta para o conceito de insubordinação. Também não se coaduna o enquadramento em tela com o que doutrinariamente se denomina indisciplina, que é a conduta, desprovida de ânimo específico para um caso individualizado, de descumprir ordens, tarefas, determinações, deveres funcionais ou regras regulamentares ou normas de incidência geral e impessoal.

> *"A insubordinação já se mostra um delito em ação: é o desacato à ordem ou ao dever, objetivado justamente em um procedimento contrário ao dever ou à autoridade, a que se deve obediência.*
> *A desobediência é a falta de obediência ou a falta de cumprimento à ordem individualizada, dada diretamente à pessoa.*
> *A indisciplina, embora tenha consigo o sentido de desobediência, mostra-se a falta de cumprimento de ordens gerais, a regras regulamentares, instituídas na*

base de organização e para funcionamento regular das instituições.", De Plácido e Silva, "Dicionário Jurídico", pg. 458, vol. II, Editora Forense, 7ª edição, 1982

Comete ato de indisciplina quem não cumpre disposição de caráter geral, imposta a todos os servidores. Se, no entanto, há recusa no sentido de satisfazer ou executar essa ou aquela tarefa determinada por superior hierárquico, configura-se insubordinação (...). Assim, a indisciplina tem caráter genérico e a insubordinação caráter específico, resultantes da vontade do servidor, em contrariar ordem", Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pgs. 11 e 12, Editora Forense, 2ª edição, 2006

"Quando, porém, deixa o agente público, pacífica e sorrateiramente, de cumprir as determinações legais do chefe, terá cometido tão somente o delito disciplinar de natureza leve previsto no art. 116, inciso IV, da Lei nº 8.112/90, sujeitando-se, por via de conseqüência, à pena de advertência, nos termos do art. 129 dessa mesma lei.
Já o desacato, direto ou difuso, à ordem hierárquica concreta ou proveniente de norma ou regulamento (ordem normativa) - chegando a vulnerar e prejudicar de modo intenso a desenvoltura das atividades funcionais da repartição - constitui insubordinação grave em serviço, nos termos do art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90, punível com a pena capital de demissão.", José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pg. 525, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004
*(**Nota**: Subentende-se que o autor quis se referir ao inciso VI e não ao IV do art. 132.)*

No contraponto às condutas eivadas de forte teor de afronta e de desrespeito manifestados de maneira explícita e dolosa e que acarretam a quebra da relação laboral-estatutária entre a Administração e o infrator, conforme se aduzirá em **4.7.4.6**, aqui se enquadram condutas de inobservância do dever de obediência a ordens ou a tarefas cometidas nas três espécies culposas ou até mesmo dolosas, mas limitadas, neste segundo, caso a hipóteses que não se enriquecem pelas condicionantes de gravidade acima exemplificadas e que carreiam para o enquadramento demissivo.

No enquadramento sob análise, não há na conduta do infrator um patamar de gravidade tamanho que torne insustentável a sua continuidade dos quadros públicos. É certo que o princípio da hierarquia, consubstanciado no apriorístico dever de obediência do subordinado, não tolera insubmissão frente a ordens ou tarefas determinadas por superior hierárquico e emanadas sob amparo legal, tanto no aspecto formal de a quem incumbe obedecer (se de fato o destinatário é subordinado hierarquicamente ao emanador) e a quem compete ordenar (se de fato o emanador é superior hierárquico do destinatário) quanto no aspecto material do conteúdo legal da ordem ou da tarefa em si

Todavia, em razão de sua conduta estar vinculada à legalidade, não deve o servidor obedecer a ordem manifestamente ilegal ou sobre fato estranho ao serviço. Se a ordem é flagrantemente ilegal, ou seja, de ilegalidade facilmente perceptível, além da responsabilização de quem a ordenou, o seu acatamento por parte do subordinado também configura irregularidade. Por outro lado, se a ordem é ilegal mas somente o mandante o sabe, não havendo condições de o subordinado saber da ilicitude, apenas aquele comete a irregularidade. Da mesma forma, se o cumprimento da ordem se dá por coação irresistível, somente o mandante incorre em responsabilização.

CP - Coação irresistível e obediência hierárquica
Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Formulação Dasp nº 68. Co-autoria
São co-autores da infração disciplinar o funcionário que a pratica em obediência à ordem manifestamente ilegal de superior hierárquico e o autor dessa ordem.

"Desta hierarquização administrativa decorre o dever de obediência do agente às ordens e instruções emanadas dos seus respectivos superiores hierárquicos. Contudo, destaca-se que os agentes públicos têm o dever de acatar as ordens de seus superiores, desde que sejam legais, isto é, apenas se as ordens forem pautadas nos ditames da lei e de forma legítima (emanada de autoridade competente, respeito às formalidades exigidas e com objeto lícito). (...)
No caso da ordem ser manifestamente ilegal, ou seja, notoriamente auferível como um mandamento ilícito, o agente subordinado deve recusar seu cumprimento, em respeito à legalidade. (...)
Na situação colocada, por ser manifestamente contrária ao que prevê a lei, o servidor não poderá cumprir a ordem, sob pena de também ser a ele imputada responsabilidade. Ao contrário, deverá representar contra a ilegalidade, na forma do dever previsto no art. 116, XII, desta lei", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 275 e 276, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13

"O dever sob análise compreende a obediência relativa e não a absoluta, pois permite que o servidor destinatário da ordem sopese acerca de sua validade, para, somente após, proceder ao seu cumprimento. As ordens manifestamente ilegais não devem ser observadas, sob pena de perpetuação da ilicitude, com patente responsabilização do agente que emanou as determinações e do agente que as cumpriu". Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pgs. 193/194, Editora Juruá, 1ª edição, 2013

À vista do já exposto em **4.7.2.3**, a cuja leitura se remete, pode se demonstrar relevante esclarecer eventual fronteira tênue e imprecisa acerca da natureza do comando contido em ato administrativo, pois aqueles de natureza normativa não comportam a análise de legalidade acima exposta, cabível apenas para os comandos que encerram ordens.

4.7.2.4.1 - A Questão da Ordem Judicial

No escopo deste enquadramento no art. 116, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, um tema que merece cuidadosa análise é a hipótese de um servidor ou uma autoridade administrativa ser objeto de representação ou denúncia em razão de, em seu múnus público, ter descumprido ordem judicial. Neste rumo, é de se repisar que o enquadramento em questão ampara-se no princípio da hierarquia e, como tal, reflete o dever funcional de acatar ordens emanadas por autoridades administrativas hierarquicamente superiores, o que, de imediato, à vista da independência dos Poderes, não inclui membros do Poder Judiciário. Dito isto, em atenção à interpretação sistemática da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (no seu âmbito circunscrito à Administração e a seus agentes), que se exige de quem maneja a matéria disciplinar, não se cogita que o descumprimento de ordem judicial, por si só, por parte de servidor ou autoridade administrativa, se amolde a este enquadramento, bem como, a rigor, a nenhum outro, visto não haver, na lista dos arts. 116, 117 e 132 do mencionado diploma legal nenhuma definição de infração que contemple tal hipótese - e, se não há enquadramento para determinada conduta, não há que se falar em persecução e em responsabilização disciplinar, sem prejuízo, é claro, do risco a que se expõe este agente público de sofrer repercussões de natureza judicial. Não obstante tal afirmativa, é possível que as condições de contorno do fato que tenha levado ao descumprimento da ordem judicial possa ter suas próprias repercussões disciplinares. E, para a análise da possível configuração de infração disciplinar e repercussão administrativa - para o quê se deve sempre alertar da necessidade da atuação ponderada por

cautela, razoabilidade e mínima intervenção -, é imprescindível que o aplicador do Direito avalie o teor em si da decisão judicial, cujo inadimplemento levou à representação ou à denúncia, à luz do ordenamento de regência do tema jurídico objeto da prestação jurisdicional.

Em primeiro lugar, não é difícil compreender que, quando a ordem judicial coaduna-se com a normatização, legal ou infralegal interna, e com os entendimentos reinantes na Administração e, ainda assim, um servidor ou uma autoridade administrativa a descumpre ou determina o descumprimento a subordinados ou simplesmente não diligencia em favor da observância da tutela jurisdicional, a conduta daquele agente público - provavelmente até mesmo antes do provimento judicial - encontra repercussão disciplinar. Neste caso, a única dificuldade reside em avaliar as condicionantes e a motivação para a conduta recalcitrante por parte do agente público, uma vez que se pode cogitar de diferentes repercussões disciplinares, fazendo-se necessária, para a definição do correto enquadramento, uma análise pormenorizada caso a caso. A título não exaustivo de exemplos, pode este descumprimento dar-se por mera conduta omissiva negligente, hipótese em que seria possível cogitar de descumprimento do dever estabelecido no art. 116, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90; ou pode decorrer de isolada adoção de um determinado entendimento pessoal acerca do tema jurídico objeto da decisão judicial, contrariamente ao ordenamento ou a manifestação administrativa vinculante, hipótese em que seria possível cogitar de descumprimento do dever estabelecido no art. 116, III da citada Lei; ou pode configurar a oposição de resistência injustificada ao andamento de processo ou à execução de serviço, hipótese em que seria possível cogitar de afronta à proibição estatuída no art. 117, IV da mencionada Lei; ou pode ainda ser motivada por objetivos pessoais que levariam a condutas de intencionalmente buscar favorecer ou prejudicar o demandante, hipótese que seria possível cogitar até de afronta à proibição estabelecida no art. 117, IX ou de configuração da infração definida no art. 132, IV da mesma Lei. Percebe-se, então, que a repercussão disciplinar não decorre do descumprimento em si da ordem emanada por autoridade externa à Administração, mas sim porque a conduta, em sua essência, contém elementos de algum enquadramento do Estatuto.

Todavia, a análise se torna muito mais complexa quando a ordem judicial afronta inequivocamente o ordenamento vigente ou os entendimentos administrativos a que se vincula o servidor ou a autoridade administrativa. De um lado, aquele agente público depara-se com a ordem judicial em um sentido e, de outro lado, sabe da vigência de lei, decreto, norma interna ou manifestação administrativa vinculante que lhe determina a conduta oposta. Soa pouco razoável que o agente público atente para o inafastável dever de obediência ao princípio da legalidade (conforme já mencionado em **4.7.2.3**), ao mesmo tempo em que se mantém fiel ao regramento e/ou ao entendimento reinante(s) na instituição a que serve, no âmbito da Administração, em conduta que, isoladamente analisada, não se amolda a nenhum dos enquadramentos dos arts. 116, 117 ou 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e, ainda assim, veja-se incurso em responsabilização disciplinar em decorrência de uma ordem externa e conflitante. Por óbvio, em atendimento à independência dos Poderes, tal entendimento em nada socorre este servidor ou autoridade administrativa frente a possíveis repercussões de natureza judicial, seja penal, civil ou até processual civil - cujo aprofundamento extrapola o escopo do presente texto -, já que não se discute aqui que o Poder Judiciário é competente para o exercício da jurisdição, compreendida como o poder estatal de dizer o direito aplicável a caso concreto, e esta não se exerce sem coercibilidade. Não obstante, o que aqui se quer destacar é que a postura do agente público em não atender a ordem judicial conflitante pode ferir princípios ou regramentos de natureza judicial sem que, necessariamente, também se configure em infração de índole estatutária, devendo, portanto, merecer cuidadosa ponderação das condicionantes caso a caso.

Completa-se a presente análise apreciando-se o extremo oposto do tema, qual seja, quando o servidor ou a autoridade administrativa cumpre ordem judicial que afronta o

ordenamento legal ou infralegal interno ou entendimento administrativo vinculante ou ainda determinação de autoridade administrativa superior. Ratificando-se que a aplicação do regime disciplinar sempre deve se dar de forma cautelosa, razoável e com mínima intervenção (primados básicos da instância punitiva que superam qualquer eventual alegação de contradição em relação ao parágrafo anterior), não há que se cogitar de qualquer repercussão para o agente público que executa determinado ato sob pálio de estar cumprindo estrita ordem judicial, pois aqui também soa pouco razoável que este, diante da coercibilidade inerente ao exercício da jurisdição, seja surpreendido com reprimenda disciplinar que cogite de descumprimento de deveres funcionais tais como, a mero título de exemplos, de ser leal à instituição, de observar normas legais ou regulamentares ou de cumprir ordens legais superiores ou de qualquer outro.

4.7.2.5 - Inciso V - atender com presteza: a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública

O inciso acima inclui três mandamentos que guardam em comum o aspecto comportamental da presteza. Com isto, se requer do servidor o pronto atendimento, se não imediato mas ao menos que se dê o quanto antes, assim que possível. O dispositivo visa a evitar o mau atendimento a solicitações dos administrados (seja em caráter geral, sem perder a atenção à proibição de fornecimento em função de cláusula de sigilo; seja em caráter específico, condicionado à comprovação do efetivo interesse pessoal por parte do requerente) e, ainda com maior atenção, às requisições de indisponível interesse público, punindo a conduta desleixada, indiferente, abusiva, constrangedora, desinteressada, procrastinatória ou negligente do servidor no cumprimento de suas atribuições legais.

Como a finalidade da Administração Pública é bem gerir os interesses coletivos, a presteza no atendimento de solicitações por parte de seus agentes assume relevância. Assim, de modo especial, o injustificado atendimento, sem a devida presteza pelo servidor, das solicitações em geral configura o ilícito previsto neste inciso, sem desconsiderar a possibilidade de enquadramento em incisos mais graves em função de outros condicionantes da conduta e/ou das consequências.

> *“Para a primeira figura típica, tem-se o elemento normativo “ informações” pelas quais se devem entender os documentos de posse do servidor ou ao seu alcance em razão do exercício do cargo e que por direito devem ser fornecidos, em forma de relato de teor e assunto, ao interessado, mediante requerimento deste. As certidões, elementos normativos afetos à segunda prescrição mandamental, compreendem a emissão de ato administrativo classificado como de conhecimento (ato da Administração dotado de conteúdo enunciativo sobre ocorrência de fatos ou sobre conteúdos de outros documentos administrativos), concernente a documentos públicos expedidos à vista de livros cartorários, ou de registros administrativos em geral, ou de outros documentos públicos, e que se prestam a atestar, com caráter de fé pública, determinado fato ou situação. As requisições compreendem as ordens emanadas das autoridades competentes, para que se faça ou deixe de fazer alguma coisa, e, no caso ora versado, são destinadas a subsidiar a defesa da Fazenda Pública em juízo ou fora dele. Desta forma, compreendem o dever de formular informações ou de encaminhar documentos do interesse de defesa procedimental ou processual da Fazenda Pública. Não há a necessidade de existência de processo judicial instaurado, ou mesmo de qualquer procedimento administrativo, bastando a justificativa formal da Fazenda Pública, fundamentada na necessidade de defesa, mesmo que de provável lide futura. Importante reparar que a escusa de presteza com base no sigilo da informação somente se aplica ao público em geral, quando do*

> *direito de informação, e não aos casos de certidões para defesa de direito ou de requisições exaradas pela Fazenda Pública. Para esse fim específico, defesa de direito pela Fazenda Pública, não há que se falar em violação de sigilo, entendendo a informação prestada tratar-se apenas de trâmite de dados dentro da mesma política. Todavia, a Fazenda Pública e os órgãos legalmente atuantes nos procedimentos afetos à defesa devem zelar pela manutenção do sigilo". Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pg. 198, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

4.7.2.6 - Inciso VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração

Conforme materialmente já abordado em **2.1** e **2.3**, a cuja leitura se remete, o servidor que tem conhecimento de qualquer tipo de suposta irregularidade, de qualquer natureza (estatutária, fiscal, civil ou criminal), cometida por outro agente público, mesmo que de outra via hierárquica ou ainda de outro órgão, ou até mesmo por particular, é obrigado a representar, para a autoridade que lhe é hierarquicamente superior, sendo passível de responsabilização administrativa em caso de omissão. Diante da extensão dos seus alcances material e subjetivo, abrangendo o conhecimento de ilicitudes não apenas estatutárias, o cumprimento deste dever reflete simultaneamente atenção também ao dever de lealdade à instituição.

> *"O elemento normativo "irregularidades", como esclarecido, abarca o conceito de ilegalidade ou o de procedimento legal, porém não legitimado, a ponto de comprometer a eficiência da prestação do serviço. Neste último caso, tem-se a formalidade legitimada por lei, porém, na prática, produtora de resultados ineficientes ou danosos ao serviço ou a terceiros particulares.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pgs. 202 e 203, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Em primeira e imediata leitura, o inciso em tela claramente se aplica quando a omissão decorre de atitude culposa. Mas o presente enquadramento também pode se aplicar, sopesadas as condicionantes do caso concreto, em atitude omissiva dolosa. Por fim, diante de omissão com dolo em situações extremadas, de forte grau de pactuação entre o omisso e o agente que cometeu a ilicitude relevante que se quer acobertar, pode se mostrar cabível enquadramento administrativo mais grave e pode-se até cogitar de repercussão penal.

A se destacar que o dever de representar restringe-se aos fatos conhecidos em razão do desempenho do cargo do representante (ou seja, fatos de que o servidor teve conhecimento em virtude do exercício do seu próprio cargo, seja na repartição ou fora dela, se a serviço). O servidor não está obrigado a representar por fatos de que venha a ter ciência quando se encontra completamente despido de sua condição de agente público, em sua vida privada. Não é de se exigir do servidor que se sinta obrigado a agir como agente público de forma ininterrupta e na integralidade dos dias.

Igualmente, o dever que recai sobre o servidor é de representar apenas e exclusivamente acerca de fatos irregulares, cometidos por agente público ou por particular, que, de alguma forma, afrontem a Administração, o interesse público ou o ordenamento. Em consequência, na hipótese mais comum de o representado ser agente público e que coincide com o foco correcional deste texto, interessa aqui o dever funcional de o servidor representar por fatos cometidos pelo suposto infrator no âmbito do serviço público, também no pleno exercício do seu cargo - seja na repartição ou fora dela, se a serviço -, ou indiretamente relacionados ao cargo). Não se inserem como objeto do interesse de representação para fim correcional e, por conseguinte, do dever de representar, os atos da vida privada do

representado (destaque-se que aqui se excluem restritivamente aqueles atos sem nenhuma correlação com a Administração Pública, com a instituição ou com o cargo, uma vez que pode haver repercussão disciplinar para atos, ainda que cometidos fora da instituição ou do horário de exercício do cargo, mas que com eles se relacionem ou que neles interfiram).

Os requisitos formais de validade da representação foram descritos em **2.4.1**, a cuja leitura se remete, a fim de evitar desnecessária repetição.

O cumprimento do dever funcional estabelecido no inciso VI do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, se aperfeiçoa com a formulação da representação na via hierárquica - afinal, a própria literalidade impõe que a ciência de suposta irregularidade seja levada ao conhecimento da autoridade superior. Na regra geral estatutária, este peça deveria seguir até a autoridade hierarquicamente superior ao representado, mas, conforme já detalhado nos tópicos acima mencionados, no caso específico da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), a especialização orgânica conduz que o titular da unidade de lotação (ou de exercício) do representante encaminhe a peça ao Chefe do Escor na respectiva RF.

Assim sendo, o presente enquadramento recai sobre todos os agentes incluídos na via hierárquica, consecutivamente provocados pelo subordinado, a fim de que se dê o encaminhamento superior à representação, até que a peça seja então dirigida à autoridade correcional. Não só o agente público que, na ponta da sucessão fática, tem ciência de suposta irregularidade e se omite de representar, mas também qualquer autoridade até o titular da unidade que se omita em dar o devido encaminhamento superior podem se ver incursos no presente enquadramento. Apenas cabe ressalva, podendo-se mitigar a quebra da legalidade de não se apresentar a devida representação no rigor da via hierárquica interna no caso em que o representante desconfia da isenção, da imparcialidade e da lisura de alguma ou de todas as autoridades que lhe são hierarquicamente superiores, podendo-se neste caso, conforme a própria literalidade do inciso permite, dirigir a peça para a autoridade acima do foco de suspeita ou até mesmo se chegar diretamente à autoridade correcional.

Relembre-se também que o dever funcional em comento tutela interesses internos da Administração Pública federal e, como tal, não resta atendido no caso de o representante formular e dirigir sua peça unicamente para órgãos estranhos, tais como Ministério Público Federal (MPF), Polícia Federal (PF) e até Controladoria-Geral da União (CGU). Apenas se pode conciliar o encaminhamento de representação para fora do limite do próprio órgão quando, além de ser sopesada uma pertinente motivação ou justificativa, o representante o faz para a CGU, uma vez que este órgão encabeça o Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), voltado pois à Administração, e não tem como principal vocação a tutela judicial, sobretudo a criminal, como é o caso do MPF e da PF.

Conforme já defendido em **2.3.1.2** e em **2.3.3**, em que pese a representação figurar como um dever legal, o servidor deve exercer com prudência e cautela, sem se deixar levar por vieses de pessoalidade, sendo inaceitável a tentativa de se servir da instância disciplinar de forma injusta e imotivada.

Presume-se a boa-fé no exercício deste dever legal. Não se vislumbra, no regime disciplinar estatuído pela Lei nº 8.112, de 11/12/90, algum enquadramento que se possa aplicar ao representante quando este formula representação infundada e que não é admitida. Tanto a reparação do ofendido quanto a punição para o ofensor devem ser buscadas apenas em via judicial. Muito excepcionalmente, somente se poderia se cogitar de alguma repercussão disciplinar (associada, por exemplo, a um ato tido como desleal com a instituição) contra o representante que agisse de inequívoca e comprovada má-fé ao tentar fazer mover a estrutura correcional com ânimo ou motivação pessoal de prejudicar terceiro.

Tanto é assim que o Estatuto, em seu art. 126-A, possui um dispositivo de proteção ao

servidor que se predispõe a cumprir com o seu dever funcional de representar, vedando que, em razão de sua iniciativa de comunicar suposta prática de crime ou de ato de improbidade, possa vir a sofrer responsabilização administrativa, civil ou penal. De se perceber que, a rigor, o dispositivo legal em comento prevê a proteção apenas em decorrência de comunicação de suposto crime ou de ato ímprobo, não a expressando para a hipótese mais comum, de representação em decorrência de suposto ilícito disciplinar. Mas não soa absurdo interpretar extensivamente a cláusula de salvaguarda para também abarcar a hipótese de representação por suposta infração disciplinar, pois se o legislador entendeu que até a inadequada provocação por supostos atos de maior gravidade (crime ou improbidade - os quais, aliás, em ato funcional, obrigatoriamente também configuram ilícito disciplinar) não deve merecer repercussão disciplinar ao representante, menos ainda se deve cogitar de tal hipótese em virtude de comunicação de suposta infração estatutária.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública. (Incluído pela Lei nº 12.527, de 18/11/11)*

Em razão das definições já apresentadas em **2.5.3.4**, este ilícito tem natureza permanente, pois, embora a ilicitude já se consuma desde o primeiro momento em que o servidor tem ciência da suposta irregularidade e se omite no dever de representar, a conduta antijurídica de afronta se prolonga no tempo até que o infrator resolva cumprir o dever legal.

4.7.2.7 - Inciso VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público

Neste enquadramento, o descumprimento de dever associado a zelo, em princípio, remete a conduta culposa. Em sua parte inicial, pode-se entender como material a ser economizado os bens de consumo cotidiano (materiais de escritório, por exemplo), na qual se impõe, então, o dever de não gastá-los perdulariamente. Em sua parte final, como patrimônio a ser conservado, entendem-se tanto os bens de consumo acima quanto o ativo permanente (máquinas, equipamentos, imóveis, por exemplo). Com isto, tem-se no enquadramento em tela o dever de proteger e cuidar da vida útil não só de bens de consumo, mas também de bens duráveis. Independentemente da natureza do bem, a norma visa a punir o desperdício e o desrespeito do servidor com o bem público, em atitudes de descuido, descaso ou negligência.

Na linha já aduzida em **3.2.3.5.2**, repise-se que, em princípio, por um lado, o extravio ou o dano de um bem público não necessariamente acarreta instauração de processo administrativo disciplinar contra o servidor cujo nome consta do respectivo termo de responsabilidade ou que o tinha em uso ou guarda. A responsabilização administrativa requer se comprove que, com ânimo subjetivo culposo ou doloso, o servidor atuou ou contribuiu para o evento. Mas, por outro lado, o presente enquadramento, que é de índole culposa, pode ser oponível a um servidor em decorrência de dano ou extravio de bem público ainda que aquele agente não tenha assinado respectivo termo de responsabilidade ou mesmo não tenha o bem sob sua guarda ou uso no momento do sinistro.

Óbvio que, à luz dos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, não se cogita de se provocar a instância disciplinar, com todos os ônus a ela inerentes, em virtude do desperdício pontual e isolado de um insignificante item de material de consumo ou mesmo de ativo permanente. Ademais, lembre-se de que, conforme já aduzido em **3.2.3.5.2**, de acordo com a Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, o

dano ou desaparecimento de bem decorrente de conduta culposa (ou até mesmo dolosa) por parte do servidor, independentementede valor, pode ter sua resolução encerrada em termo de ajustamento de conduta (TAC), sem rito disciplinar, se puder ser considerada como ilícito de menor potencial ofensivo (qual seja, punível com pena de adveertência ou no máximo de suspensãode até trinta dias), além e outros pré-requisitos em seu assentamento funcional, o agente público aquiescer em ressarcir ao erário, poupando-se a instauração de PAD ou sindicância disciplinar que, em seu final, poderia redundar no enquadramento em tela.

Sendo de natureza culposa, este inciso não se aplica à destruição, ao desperdício, ao prejuízo ou ao dano, causados com dolo ao bem público (que poderiam, em princípio, ser enquadrados no art. 117, XVI, utilizar pessoal ou recursos da repartição em serviços ou atividades particulares ou no art. 132, X, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que sujeitam o agente à pena de demissão).

4.7.2.8 - Inciso VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição

De imediato, uma vez que a literalidade deste inciso não especifica, tem-se que aqui cabe precipuamente a conduta de revelar e, com menor possibilidade, também cabe a conduta de divulgar os assuntos da repartição. Doutrinariamente, tem-se que a ação de “revelar” concretiza-se com o vazamento de informação para apenas uma única pessoa, enquanto a ação de “divulgar” concretiza-se com o vazamento da informação para mais de uma pessoa (pela mídia, por exemplo, e, obviamente, engloba também a primeira irregularidade).

Dito isto, tem-se que o presente enquadramento pode ser compreendido de duas formas, em ambas se buscando uma contraposição ao extremo mais gravoso, enquadrado no art. 132, IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo, que se abordará em **4.7.4.9**).

De uma primeira forma, voltada ao ânimo subjetivo da conduta, pode-se compreender que este enquadramento se refere à quebra culposa, cometida por negligência ou imperícia, do dever de resguardar os assuntos internos da repartição.

Sob esta ótica, a diferenciação entre este enquadramento e o art. 132, IX do Estatuto radica, majoritariamente, no elemento subjetivo da revelação ou da divulgação, visto que aquele trata de conduta intencional e consciente, eivada de má-fé. Assim, aqui podem se enquadrar revelações ou divulgações culposas de informações que até possam comprometer estratégias, ações ou diretrizes oficiais; que possam beneficiar contratante ou licitante junto à Administração; ou que possam ser confundidas como posicionamento institucional, comprometendo a imagem do órgão; enquanto lá podem ser enquadradas revelações ou divulgações similares, quando eivadas de dolo, ou seja, em que o comprometimento ou o beneficiamento ou a confusão acima exemplificados foram intencionalmente propiciadas pelo servidor.

Mas, além do ânimo subjetivo motivador do ato ilícito (se intencional ou se apenas culposo), também pode-se ter, como elemento diferenciador desta conduta e da conduta enquadrada no art. 132, IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90, o objeto em si da revelação ou da divulgação, diferenciando aquilo que pode ser chamado de dados protegidos por mero sigilo funcional daquele conjunto mais restrito de dados, reveladores da intimidade de terceiros, constitucionalmente protegidos, sob pálio do sigilo fiscal.

Por este aspecto material, em primeiro lugar, pode-se inferir que neste art. 116, VIII do Estatuto estão incluídas as revelações ou divulgações de atos internos e rotineiros ou de diretrizes da repartição, os quais, embora não devam ser revelados ou divulgados, na hipótese de sê-los, e mesmo que tenha sido intencionalmente, não provocam e não dependem de má-fé

a justificar sua disponibilização, visto não serem dados nem associados a garantias individuais fundamentais nem possuírem forte valor estratégico. Além da questão da rotina de trabalho, a norma também visa a preservar os assuntos que, verbal ou documentalmente, se abordam na repartição, impedindo que imotivadamente o servidor os revele ou divulgue a estranhos, independentemente de tais assuntos não estarem formalizados em documentos gravados com cláusula de sigilo (esta hipótese mais grave é prevista do art. 132, IX do Estatuto).

> *"O dever de sigilo em sentido lato corresponde ao que podemos denominar de dever de discrição ou de reserva, assim considerada a necessária atuação do agente de modo a não compartilhar de forma aleatória e desmedida, para o público em geral ou para servidores desprovidos de atribuições relacionadas, os atos ou fatos da repartição em que exerce suas funções, mesmo que não se trate de temas sensíveis. Some-se a isso o fato de que o exercício da função ou do cargo público, em muitos casos, envolver o conhecimento de informações privilegiadas, de interesse do Estado ou de particulares, e que, por sua importância econômica, política ou social estratégica, ou mesmo pertinente à honra, à imagem, à vida privada ou à intimidade das pessoas, devam seguir trâmites burocráticos específicos no ambiente administrativo, zelando por sua reserva e restrição de conhecimento somente aos interessados jurídicos, ou seja, grosso modo, aos que estejam envolvidos com o Estado em uma relação de direitos e deveres subjetivos. O servidor público que tenha contato com essas informações possui assim o dever de mantê-las sob reserva, sigilo funcional, evitando que se extraviem e venham a ser conhecidas por particulares ou servidores de atribuições distintas. Essa tutela especial de dados corresponde não mais ao dever de discrição e reserva, mas sim ao dever de sigilo em sentido estrito.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pg. 207, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Avançando neste aspecto material, de acordo com o que já foi aduzido em **4.4.12.1**, a Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11, e o Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11, diferenciaram o que são dados especificamente protegidos por sigilo fiscal e o que são dados sujeitos ao dever funcional de sigilo. Enquanto os primeiros são aqueles obtidos em razão do ofício e que revelem a riqueza de forma mais geral de sujeito passivo e de terceiros ou que revelem suas atividades negociais, os segundos englobam os meros dados cadastrais de identificação de contribuintes, incluindo a participação societária, e da regularidade de sua situação fiscal, e as informações econômico-fiscais agregadas.

> *Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11 - Art. 2º São protegidas por sigilo fiscal as informações sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades, obtidas em razão do ofício para fins de arrecadação e fiscalização de tributos, inclusive aduaneiros, tais como:*
> *I - as relativas a rendas, rendimentos, patrimônio, débitos, créditos, dívidas e movimentação financeira ou patrimonial;*
> *II - as que revelem negócios, contratos, relacionamentos comerciais, fornecedores, clientes e volumes ou valores de compra e venda;*
> *III - as relativas a projetos, processos industriais, fórmulas, composição e fatores de produção.*
> *§ 1º Não estão protegidas pelo sigilo fiscal as informações:*
> *I - cadastrais do sujeito passivo, assim entendidas as que permitam sua identificação e individualização, tais como nome, data de nascimento, endereço, filiação, qualificação e composição societária;*
> *II - cadastrais relativas à regularidade fiscal do sujeito passivo, desde que não revelem valores de débitos ou créditos;*
> *III - agregadas, que não identifiquem o sujeito passivo; e*

IV - previstas no § 3º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 1966.
§ 2º A divulgação das informações referidas no § 1º caracteriza descumprimento do dever de sigilo funcional previsto no art. 116, inciso VIII, da Lei nº 8.112, de 1990.
Art. 3º No âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, o acesso a informações de que trata esta Portaria restringir-se-á aos usuários que possuam senha, chave de acesso, certificação digital ou qualquer outro mecanismo de segurança que lhe tenha sido regularmente concedido, nos termos de portaria específica de sistemas e perfis, que autorize o seu acesso às bases de dados informatizadas.

Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11 - Art. 1º Fica aprovado o Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).
Art. 2º O Manual estará disponível na intranet da RFB.
Art. 3º Os servidores da RFB, no desempenho de suas atribuições, deverão observar as orientações constantes do Manual.
Parágrafo único. São inaplicáveis, no âmbito da RFB, eventuais interpretações que sejam contrárias ou incompatíveis com as do Manual.

Portanto, conforme se verifica, o ordenamento infralegal interno prevê repercussão disciplinar, enquadrada no presente inciso, também para revelação ou divulgação, culposa ou dolosa, de dados classificados como meramente cadastrais e dados fiscais agregados. A revelação ou divulgação de dados desta natureza, com dolo, a ponto de merecer enquadramento no art. 132, IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90, deve conter a maior gravosidade de acarretar prejuízo à instituição ou benefício a terceiro. E, de acordo com o Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil, os dados cadastrais (que, desde a Instrução Normativa (IN) SRF nº 19, de 17/02/98, em seu art. 2º, §§ 1º e 2º, já eram definidos como aqueles dados constantes de cadastro de domínio público por serem submetidos, por força de lei, a registro público e que não informam a situação econômica ou financeira da pessoa física ou jurídica) ou os dados econômico-fiscais agregados (que, tomando-se como referência o disposto no art. 3º, § 2º da Portaria SRF nº 306, de 22/02/07, e segundo a IN SRF nº 19, de 17/02/98, em seu art. 10, para que não haja identificação de contribuintes, devem se reportar a, no mínimo, quatro sujeitos passivos), em princípio, somente podem ser fornecidos, seja de forma eventual, seja de forma continuada, tanto mediante apuração especial quanto mediante acesso direto à base de dados, nos termos de convênio firmado pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil com a entidade privada ou com o órgão público ou entidade pública solicitante, conforme exigem, respectivamente, o art. 3º da IN SRF nº 19, de 17/02/98, e o art. 4º da IN SRF nº 20, de 17/02/98.

IN SRF nº 19, de 17/02/98 - Art. 1º Esta Instrução Normativa disciplina os procedimentos de fornecimento de dados cadastrais e econômico-fiscais da Secretaria da Receita Federal - SRF, a outras entidades.
Art. 2º O atendimento a solicitações de fornecimento de dados cadastrais da SRF, efetuadas por outras entidades, será executado pela Coordenação-Geral de Tecnologia e de Sistemas de Informação - COTEC, ou por suas projeções regionais ou locais.
§ 1º O fornecimento de dados fica limitado àqueles constantes de cadastro de domínio público e que não informem a situação econômica ou financeira dos contribuintes.
§ 2º Consideram-se de domínio público os dados das pessoas físicas ou jurídicas, que, por força de lei, devam ser submetidos a registro público.
Art. 3º O fornecimento de dados será condicionado sempre à celebração de convênio entre a SRF e a entidade solicitante, observado modelo aprovado por ato específico.
Art. 10. O disposto nesta Instrução Normativa se aplica, também, ao fornecimento de dados econômico-fiscais, que devem ser apresentados de forma agregada, vedada a possibilidade de identificação de contribuintes.

IN SRF nº 20, de 17/02/98 - Art. 1º Esta Instrução Normativa disciplina os procedimentos de fornecimento de dados cadastrais e econômico-fiscais da Secretaria da Receita Federal - SRF, a outros órgãos e entidades da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
Art. 2º Para fins desta Instrução Normativa, consideram-se órgãos e entidades da Fazenda Pública aqueles dotados de competência legal para cobrar e fiscalizar impostos, taxas e contribuições instituídas pelo Poder Público.
Art. 3º O atendimento a solicitações de fornecimento de dados cadastrais e econômico-fiscais da SRF, efetuadas pelos órgãos e entidades de que trata o art. 1º, será executado pela Coordenação de Tecnologia e de Sistemas de Informação - COTEC, ou por suas projeções regionais ou locais.
Art. 4º O fornecimento de dados será condicionado sempre à celebração de convênio entre a SRF e o órgão ou a entidade solicitante, observado modelo aprovado por ato específico.

Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11 - Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil - 4.1 - (...) Para atendimento de solicitações de fornecimento de dados cadastrais, deve ser observado o disposto nas Instruções Normativas SRF nº 19 e nº 20, ambas de 17 de fevereiro de 1998, sendo a última aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta que detenham competência para fiscalizar e cobrar impostos, taxas e contribuições instituídas pelo Poder Público, e a primeira aplicável a outros órgãos e entidades não integrantes da administração tributária.
Nos termos das citadas Instruções Normativas, o fornecimento de dados fica condicionado à celebração de convênio entre a RFB e o órgão solicitante. O convênio determinará, entre outros requisitos, a forma de fornecimento das informações (se eventual ou continuada), se por meio de apuração especial ou acesso on line aos bancos de dados.

Acrescente-se que a divulgação da informação sobre a instauração de procedimento fiscal em face de determinado contribuinte, isoladamente considerada, divorciada de dados que revelem, direta ou indiretamente, a situação econômica ou financeira do contribuinte ou ainda a natureza e o estado dos seus negócios, não se encontra protegida pelo sigilo fiscal mas sim encontra-se protegida pelo sigilo funcional.

Encerrando esta contraposição, de outro lado, tem-se que o art. 132, IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90, abarca a revelação ou a divulgação dolosa de dados obtidos tão somente em função do cargo, com destaque para dados sabidamente protegidos por cláusula de sigilo (fiscal, bancário, telefônico, etc); ou seja, o maior grau de ofensividade e lesividade daquela conduta é extraído do teor mais relevante e sigiloso do que foi revelado ou divulgado. Interessante pontuar que eventual revelação ou até mesmo divulgação culposa de dados desta natureza, a par de não se enquadrarem no art. 132, IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90, também não se enquadra neste art. 116, VIII em tela, pois não se trata de dados sobre a rotina interna da repartição, podendo encontrar melhor previsão legal no art. 116, I, que pune a falta de zolo no desempenho das atribuições do cargo.

Ainda pode-se mencionar uma terceira via de contraposição do presente enquadramento com o do art. 132, IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Esta diferenciação, voltada ao destinatário da revelação, pode ser extraída de definição que constava da revogada Portaria SRF nº 782, de 20/06/97, conforme abordado no inciso III acima. Em que pese a revogação, permanece faticamente aceitável a diferenciação de ilícitos em função de a revelação restringir-se ao ambiente interno do órgão ou de extrapolar para o ambiente externo. Assim, o mero acesso sem motivação aceitável a banco de dados informatizados, pode configurar inobservância de norma (art. 116, III do Estatuto, linhas acima); já a revelação, para outro servidor da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, dos dados sigilosos acessados, pode, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, configurar inobservância

de norma e quebra do dever de guardar sigilo sobre assunto interno (no presente art. 116, VIII do Estatuto); já a revelação, para estranhos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, dos dados acessados, pode configurar a grave irregularidade de revelação de segredo obtido em razão do cargo (art. 132, IX do Estatuto).

Similar encadeamento, desde o acesso, passando pela utilização, até a revelação de dados protegidos por sigilo bancário, pode ser visto nos arts. 8º a 12 do Decreto nº 3.724, de 10/01/01, já reproduzidos em **4.4.12.5**.

Por fim, a Lei nº 12.527, de 18/11/11, que regulamenta o direito de petição previsto no art. 5°, XXXIII da CF, estabelece dispositivos materiais, definindo como ilicitudes puníveis, no mínimo, com pena de suspensão, as condutas de o servidor utilizar indevidamente informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em virtude do cargo e de divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir o acesso indevido à informação sigilosa ou pessoal. De forma análoga ao que já se aduziu em **4.7.2.3.1**, a respeito de acesso, este comando legal específico não possui o condão de revogar o dispositivo estatutário em apreço, acerca de divulgação, mas sim tão somente de qualificá-lo. No caso específico de informação sigilosa ou pessoal, em que se enquadram informações protegidas por sigilo fiscal ou por sigilo bancário ou que revelam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de pessoa, o vazamento deve ser punido com pena de suspensão, conforme passou a impor o inciso IV do art. 32 da Lei nº 12.527, de 18/11/11 (e que, obviamente, deve a comissão fazer constar da base legal a ser exposta na sua indiciação, como uma definição específica a ser agregada ao enquadramento estatutário no inciso III do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90), restando a possibilidade de apenação com advertência fundamentada apenas no inciso VIII do art. 116 do Estatuto, tão somente para acesso a qualquer tipo de informação interna não protegida por aquelas cláusulas específicas de sigilo.

> *Lei nº 12.527, de 18/11/11 - Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar:*
> *II - utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública;*
> *IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal;*
> *§ 1º Atendido o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, as condutas descritas no caput serão consideradas:*
> *II - para fins do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e suas alterações, infrações administrativas, que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos.*
> *§ 2º Pelas condutas descritas no caput, poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis nºs 1.079, de 10 de abril de 1950, e 8.429, de 2 de junho de 1992.*

A construção em tela, de na indiciação, enquadrar no inciso VIII do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, combinado com o inciso IV do art. 32 da Lei nº 12.527, de 18/11/11, muito se assemelha com a construção historicamente pacificada em casos de improbidade administrativa, em que o enquadramento baseia-se no inciso IV do art. 132 da Lei estatutária e soma a definição dada na lei especial de improbidade administrativa. Ainda nesta hipótese, no passo processual seguinte, se for o caso de a comissão manter a convicção, no relatório, deve agregar a parte final do art. 129 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para capitular sua proposta de pena de suspensão em enquadramento cuja pena básica seria advertência.

4.7.2.9 - Inciso IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa

O presente inciso impõe a repercussão disciplinar em decorrência de afronta ao princípio da moralidade administrativa, definido em **3.3.1.7**. A aplicação deste inciso requer a leitura conjunta daquele primado com a legalidade expressa na própria Lei nº 8.112, de 11/12/90 - mais especificamente, em seu art. 148, que restringe a aplicação do regime disciplinar às condutas associadas direta ou indiretamente ao exercício do cargo. Com isto, se afastam da incidência as condutas de vida privada do servidor enquanto cidadão comum (a menos que o ato da vida privada tenha correlação com a Administração Pública, com a instituição ou com o cargo), totalmente dissociadas de seu cargo, criticáveis tão somente à luz de códigos de ética. Daí porque a imoralidade de que se cuida é a administrativa. Em razão de o presente inciso tratar de condutas associadas a conceitos morais, aqui é mais comum a equivocada tentativa de se emprestar aspecto disciplinar a atos de vida privada, sendo, portanto, ainda mais relevante a ressalva já esposada em **3.2.3.1** e em **4.7.1**.

> *"Nesse sentido, a moralidade a que o servidor deve alinhar-se é aquela interna à administração pública, vinculada ao exercício de suas funções, isto é, associada ao exercício do cargo público, à função pública. Os atos da vida privada que não repercutam direta ou indiretamente na vida funcional do servidor não ferem a moralidade administrativa, apesar de, em tese, violarem a moralidade comum do seio social. Assim, possível descumprimento de regra da moral privada não significa, por si só, violação à moralidade administrativa. Ressalta-se que tais condutas privadas podem ser censuráveis nos códigos de ética funcional, mas não na via disciplinar.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 280, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

> *"(...) sabe-se que a moralidade protegida pelo Direito insere-se no campo da Ética pública, diferenciando-se da 'Ética privada' (...). Por tal motivo, as normas jurídicas não devem adentrar o campo privado dos comportamentos imorais (...). Se o administrador ou agente público somente pode agir fundado em lei, a mera inobservância de um preceito moral não poderia acarretar-lhe sanções." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pgs. 292 e 295, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Ademais, além deste enfoque restrito, no estudo da citada responsabilização funcional atuam ainda, com relevância, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como não se deve perder de vista a consideração do chamado erro escusável.

Destaque-se que condutas como alcoolismo ou qualquer outro tipo de dependência química requer, a princípio, cuidado médico ou de assistência social. Mesmo quando o problema repercute no desempenho das atribuições legais, primeiramente deve-se investigar a existência ou não de caráter patológico na conduta, o qual, se presente, afasta a responsabilização administrativa. A repercussão disciplinar somente se justifica se comprovado que, mesmo não havendo patologia, o comportamento do servidor interfere no desempenho do cargo.

Os atos atentatórios à moral aqui enquadrados são aqueles de relativa repercussão, decorrentes de aspectos meramente comportamentais associados à cortesia, à discrição, à apresentação, ao respeito à hierarquia. Como o controle da moralidade administrativa recai mais sobre a finalidade do ato do que sobre o ânimo do agente, cogita-se de afrontas tanto culposas quanto dolosas (embora seja certo que, em princípio, condutas dolosas, dependendo de sua gravidade, podem ensejar enquadramentos mais gravosos). É necessário cautela com este enquadramento, de forte subjetividade, já que o conceito de moral é mutante no tempo e no espaço.

O presente enquadramento também pode ser compreendido sob enfoque *a contrario sensu*, alcançando os atos atentatórios aos princípios jurídicos, mas de gravidade reduzida tal

que não justifica o enquadramento em improbidade administrativa (art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em **4.7.4.4**). Assim, sob o aspecto do tema em tela, as condutas do agente público podem sofrer três graus de crítica, em sentido crescente.

- Primeiramente, aquelas condutas que afrontam a moral comum da vida externa ou mesmo condutas praticadas no exercício do cargo mas com ínfimo poder ofensivo ao Estatuto podem encontrar crítica no Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, aprovado pelo Decreto nº 1.171, de 22/06/94, e no Manual de Conduta do Agente Público Civil do Poder Executivo Federal, da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, do Ministério da Economia (ME/SEDGG), divulgado pela Portaria ME/SEDGG nº 15.543, de 2 de julho de 2020.
- No grau intermediário, as condutas cometidas pelo servidor, direta ou indiretamente associadas ao cargo, com culpa (negligência, imperícia ou imprudência) ou ainda que com dolo, mas de mediano poder ofensivo (à luz dos parâmetros do *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e do art. 16 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019) ao princípio da moralidade administrativa (ou seja, em afronta à moral jurídica), podem ser enquadráveis no art. 116, IX da citada Lei, devendo, por conseguinte, ser objeto de apuração contraditória no devido rito do processo administrativo disciplinar, possibilitando aplicação de penas de advertência ou, no máximo, suspensão.
- Por fim, no último grau, as condutas do servidor, também associadas ao cargo, cuja afronta ao princípio da moralidade administrativa redundam em dano ao erário, enriquecimento ilícito ou afronta grave a princípios reitores da Administração, atingindo o núcleo do conceito de moral (ou seja, ferindo o dever de probidade), em conduta indubitavelmente dolosa, podem ser enquadráveis no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, podendo tomar as definições encontráveis nos arts. 9º, 10 e/ou 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, também sob apuração contraditória no rito do processo administrativo disciplinar, possibilitando aplicação de penas expulsivas e demais repercussões civis e penais, previstas no art. 37, § 4º da CF.

Sem prejuízo do equilíbrio harmônico principiológico, o princípio da moralidade administrativa, ao lado do princípio da legalidade, é considerado um princípio informador dos demais princípios constitucionais reitores da Administração Pública. Ademais, em função de sua própria natureza, é prescindível legislar sobre a moralidade administrativa (até para que não se a faça dependente da legalidade). Tais fatos não só dificultam a conceituação legal de moralidade administrativa mas também atribui-lhe aplicação quase totalitária na atividade pública, de forma que esteja, em determinado grau, diluída e subentendida em todos os mandamentos estatutários. De fato, a leitura atenta dos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, leva a perceber que a moralidade administrativa paira, manifesta-se e, por fim, repercute na grande maioria das infrações disciplinares neles elencadas (enquanto as máximas da impessoalidade, da publicidade e da eficiência têm suas repercussões mais pontuais e restritas). Em outras palavras (afastadas da análise as condutas merecedoras apenas de crítica ética, não atingidas portanto pela vinculação estatutária), sendo este um dos dois principais princípios norteadores da atividade pública, a grande maioria dos enquadramentos disciplinares tem em sua base o descumprimento do dever de manter conduta compatível com a moralidade administrativa, de forma que o dispositivo especificamente insculpido no art. 116, IX valha quase que como regra geral e difusa dos deveres estatutários.

A diferenciação entre o enquadramento de uma conduta no inciso IX do art. 116 ou nos demais incisos deste artigo ou nos arts. 117 e 132, todos da Lei n° 8.112, de 11/12/90, advém da análise se o ato infracional comporta ou não enquadramento mais específico, a prevalecer sobre aquele mais geral e difuso, de forma que se pode cogitar de lhe atribuir valor quase residual. E, neste aspecto, além da busca do esclarecimento do ânimo subjetivo com que o ato foi cometido (se com culpa ou se com dolo), também pode ainda se fazer necessário

identificar a ocorrência ou não dos parâmetros elencados no *caput* do art. 128 da Lei n° 8.112, de 11/12/90, e no art. 16 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, para diferenciar se o ato, por exemplo, justifica ser enquadrado em afronta do dever legal de manter conduta compatível com a moralidade administrativa (art. 116, IX da citada Lei, aplicável tanto para conduta culposa quanto dolosa) ou se merece enquadramento em improbidade administrativa (art. 132, IV da mesma Lei, apenas na hipótese de conduta dolosa).

4.7.2.10 - Inciso X - ser assíduo e pontual ao serviço

Antes de se iniciar a análise deste enquadramento, é preciso primeiramente reconhecer que a abordagem tomará o caminho histórico-cronológico do tema da assiduidade e da pontualidade na Administração Públca federal, migrando desde o contexto do trabalho presencial vinculado ao cumprimento formal de jornada de trabalho e controlado de forma analógica com preenchimento manual de folha de ponto até a adoção de programa de gestão na modalidade de teletrabalho, exposto em **2.2.1.4**, em que o controle gerencial se concentra precipuamente na produtividade e não mais na presença.

Partindo desta visão histórica, este inciso, na interpretação de histórico-literal de sua redação, impõe dois deveres independentes: o dever de assiduidade exige que o servidor compareça regularmente todo dia útil ao serviço; e o dever de pontualidade refina a exigência, impondo que não só ele compareça diariamente ao serviço, mas que chegue na hora certa de entrada e somente saia na hora certa de saída.

É necessário interpretar, além da literalidade, que o servidor pode incorrer neste ilícito tanto com a quebra de apenas um dos deveres quanto dos dois cumulativamente. Do contrário, caso se impusesse interpretação de que a conjunção “e” exigiria a configuração simultânea das duas condutas infracionais para se ter o enquadramento em tela, far-se-ia necessário conceber que a Lei autorizaria o desrespeito à pontualidade, desde que o servidor comparecesse diariamente ao serviço, e o desrespeito à assiduidade, desde que, nos dias em que comparecesse, o fizesse de forma pontual. Óbvio que esta tese não se sustenta, de forma a se interpretar, logicamente, aquela conjunção aditiva no sentido de o servidor ter o dever de ser assíduo e, independentemente, também tem o dever de ser pontual.

O *caput* do art. 19 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, estabelece, como regra geral para os servidores efetivos, o limite máximo de quarenta horas semanais e de seis a oito horas diárias para a jornada de trabalho na Administração federal. Aos servidores ocupantes de cargo em comissão, o § 1º do mesmo comando legal impõe ainda o regime de dedicação integral, com possibilidade de ser convocado sempre que houver interesse da Administração (destaque-se que a norma é específica neste sentido, não estendendo o compromisso ao servidor sem cargo em comissão). No mesmo sentido foi a regulamentação operada pelo art. 1º do Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 17/12/91)*
> *§ 1º O ocupante de cargo em comissão ou confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, observado o disposto no art. 120, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
>
> *Decreto nº 1.590, de 1995 - Art. 1º A jornada de trabalho dos servidores da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais, será de oito horas diárias e:*
> *I - carga horária de quarenta horas semanais, exceto nos casos previstos em lei*

> *específica, para os ocupantes de cargos de provimento efetivo;*
> *II - regime de dedicação integral, quando se tratar de servidores ocupantes de cargos em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento superiores, cargos de direção, função gratificada e gratificação de representação.*

A Medida Provisória (MP) nº 2.174-28, de 24 de agosto de 2001, no *caput* e no § 1º do art. 5º e no art. 6º, permite a redução de jornada de cargos efetivos (para trinta ou vinte horas semanais, equivalentes a seis ou quatro horas diárias). Mas ressalte-se que tal redução de jornada tem limitada aplicação nos quadros da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, vez que vedada aos AFRFB, nos termos do inciso VI do seu art. 3º (conforme já se aduziu em **3.2.5**).

> *MP nº 2.174-28, de 2001 - Art. 3º*
> *I - Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União;*
> *II - Procurador Autárquico, Advogado e Assistente Jurídico dos órgãos de execução ou vinculados à Advocacia-Geral da União;*
> *III - Defensor Público da União;*
> *IV - Diplomata;*
> *V - Delegado de Polícia Federal, Perito Criminal Federal, Escrivão de Polícia Federal, Agente de Polícia Federal, Papiloscopista, Policial Federal e Policial Rodoviário Federal; e*
> *VI - Auditor-Fiscal da Receita Federal, Auditor-Fiscal da Previdência Social e Auditor-Fiscal do Trabalho.*
> *Art. 5º É facultado ao servidor da administração pública direta, autárquica e fundacional, ocupante exclusivamente de cargo de provimento efetivo, requerer a redução da jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta semanais para seis ou quatro horas diárias e trinta ou vinte horas semanais, respectivamente, com remuneração proporcional, calculada sobre a totalidade da remuneração.*
> *§ 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras ou dos cargos de que tratam os incisos I a III e V e VI do caput do art. 3º.*
> *Art. 6º Além do disposto no § 1º do art. 5º, é vedada a concessão de jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional ao servidor:*
> *I - sujeito à duração de trabalho estabelecida em leis especiais; ou*
> *II - ocupante de cargo efetivo submetido à dedicação exclusiva.*

Adiante, o art. 44 da Lei nº 8.112, de 1990, exige que a chefia imediata desconte dia de falta ou horas de atraso ou de saída antecipada sem justificativa por parte do servidor. Mas, se diante de algum destes incidentes, o servidor se justifica, cabe exclusivamente à chefia imediata avaliar a justificativa. Se a chefia não acatar a justificativa trazida, ato contínuo, ela deve determinar o corte do ponto; se ela entender que houve caso fortuito ou força maior, pode, a seu exclusivo critério, conceder que o servidor compense as horas, até o mês subsequente, sem corte de ponto.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 19. Art. 44. O servidor perderá:*
> *I - a remuneração do dia em que faltar ao serviço, sem motivo justificado; (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *II - a parcela de remuneração diária, proporcional aos atrasos, ausências justificadas, ressalvadas as concessões de que trata o art. 97, e saídas antecipadas, salvo na hipótese de compensação de horário, até o mês subsequente ao da ocorrência, a ser estabelecida pela chefia imediata (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *Parágrafo único. As faltas justificadas decorrentes de caso fortuito ou de força maior poderão ser compensadas a critério da chefia imediata, sendo assim consideradas como efetivo exercício. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

Formulação Dasp nº 147. Impontualidade
As entradas com atraso e as saídas antecipadas, legitimamente tais, não são conversíveis para nenhum efeito, em faltas ao serviço.

Dito isto, dois pontos se destacam. O primeiro é que a possível repercussão pecuniária, decorrente do desconto das horas ausentes (quando o servidor não apresenta justificativa ou quando a apresenta, mas não convence a chefia), não afasta a também eventual repercussão disciplinar, pois são reflexos independentes de uma mesma conduta. O segundo ponto que se destaca é que não é dado à chefia o poder de alterar a jornada semanal de seu subordinado, dispensando-o do cumprimento de sua carga horária e tampouco cabe ao servidor a discricionariedade de optar pela ausência para posteriormente, a seu critério, compensar.

Infralegalmente, o já mencionado Decreto nº 1.590, de 1995, regulamentou, no art. 7º, que atrasos ou saídas antecipadas, se decorrentes de interesse de serviço, poderão ser abonados pela chefia imediata, dispensada a compensação de horário e, obviamente, sem repercussão pecuniária e disciplinar. Este Decreto também determinou, no § 2º do art. 5º, a obrigatoriedade de se registrar de uma a três horas diárias como intervalo para refeição. A norma em questão, no § 4º do art. 6º previu ainda a possibilidade de controle semanal de ponto no caso de atividades externas cujas condições materiais impeçam registro diário, tendo sido tal controle posteriormente dispensado pelo Decreto nº 1.867, de 17 de abril de 1996, dispondo em seu art. 3º, apenas que estes servidores terão o seu desempenho avaliado pelas chefias imediatas.

Decreto nº 1.590, de 1995 - Art. 5º
§ 2º O intervalo para refeição não poderá ser inferior a uma hora nem superior a três horas.
Art.6º
§ 4º Os servidores, cujas atividades sejam executadas fora da sede do órgão ou entidade em que tenha exercício e em condições materiais que impeçam o registro diário de ponto, preencherão boletim semanal em que se comprove a respectiva assiduidade e efetiva prestação de serviço.
Art. 7º Eventuais atrasos ou saídas antecipadas decorrentes de interesse de serviço poderão ser abonados pela chefia imediata.

Decreto nº 1.867, de 1996 - Art. 3º Ficam dispensados do controle de ponto os servidores referidos no § 4º do art. 6º do Decreto nº 1.590, de 1995, que terão o seu desempenho avaliado pelas chefias imediatas.

Na linha então homenageada pelo Decreto nº 1.867, de 2006, de privilegiar a produtividade de servidores que desempenham atividades externamente às unidades, a RFB regulamentou o tema, por meio da Portaria RFB nº 84, de 16 de novembro de 2021. Esta Portaria RFB, nos incisos do parágrafo único do art. 1º e no *caput* e no § 2º do art. 2º, estabeleceu boletim semanal a ser preenchido em meio eletrônico pelos servidores, para comprovar a assiduidade e a efetiva prestação de serviço e listou as atividades contempladas, a saber, fiscalização e tributos internos ou aduaneira, operações de vigilância e repressão e atividade de inteligência e contrainteligência.

Portaria RFB nº 84, de 2021 - Art. 1º
Parágrafo único. Enquadram-se entre as atividades referidas no caput:
I - a execução da fiscalização tributária a que se refere o inciso II do art. 117 do Anexo I à Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020;
II - a execução da fiscalização aduaneira a que se refere o inciso I do art. 147 do Anexo I à Portaria ME nº 284, de 2020;
III - a execução de operações de vigilância e repressão aduaneiras a que se refere o inciso I do art. 160 do Anexo I à Portaria ME nº 284, de 2020; e
IV - as atividades de inteligência e de contrainteligência, definidas pelos §§ 2º e 3º do art. 1º da Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999.
Art. 2º Os servidores que executam as atividades relacionadas no art. 1º

> *deverão preencher o boletim semanal de assiduidade e prestação de serviço, em meio eletrônico.*
> *§ 2º A efetiva prestação de serviço será mensurada pelo cumprimento dos padrões de produtividade definidos pela Subsecretaria de Fiscalização (Sufis), pela Subsecretaria de Administração Aduaneira (Suana) e pela Coordenação-Geral de Pesquisa e Investigação (Copei) para as atividades no âmbito de suas respectivas competências.*

Dentro da possibilidade prevista no já reproduzido art. 19 da Lei nº 8.112, de 1990, o *caput* e o § 1º do art. 3º do Decreto nº 1.590, de 1995, estabeleceram ainda a exceção de jornadas semanal de trinta horas e diária de seis horas, sem intervalo de almoço, para casos de serviços que devam funcionar de forma ininterrupta por mais de doze horas, com turnos ou escalas, em razão de atendimento a público ou trabalho noturno. Os comandos legais e normativos até aqui apresentados foram consolidados pelo então órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal, a Secretaria de Gestão de Pessoas do extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG/SGP), nos arts. 10 a 22 da Instrução Normativa (IN) MPDG/Segep nº 2, de 2 de setembro de 2018, vinculante em toda Administração Pública federal, mas de desnecessária reprodução.

> *Decreto nº 1.590, de 1995 - Art. 3º Quando os serviços exigirem atividades contínuas de regime de turnos ou escalas, em período igual ou superior a doze horas ininterruptas, em função de atendimento ao público ou trabalho no período noturno, é facultado ao dirigente máximo do órgão ou da entidade autorizar os servidores a cumprir jornada de trabalho de seis horas diárias e carga horária de trinta horas semanais, devendo-se, neste caso, dispensar o intervalo para refeições. (Redação dada pelo Decreto nº 4.836, de 9 de setembro de 2003)*
> *§ 1º Entende-se por período noturno aquele que ultrapassar às vinte e uma horas. (Redação dada pelo Decreto nº 4.836, de 2003)*

Em princípio, no caso da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), esta hipótese seria cabível em unidades que prestem atendimento a contribuintes. Neste rumo, o dispositivo presidencial foi regulamentado internamente pela Portaria RFB nº 4.261, de 28 de agosto de 2020, que definiu, no inciso III do art. 2º que unidades de atendimento são as Inspetorias (IRF), as Agências (ARF), os Postos de Atendimento da Receita Federal do Brasil (Posto), além dos Centros de Atendimento a Contribuintes (CAC, que, a rigor, são subunidades de Delegacia de Administração Tributária e Delegacias da Receita Federal do Brasil). Para estas unidades e subunidades, a Portaria RFB, no *caput* do seu art. 4º, permitiu, de forma expressa, a adoção de horários diários de quatro e oito horas consecutivas para atendimento presencial. Ademais, as unidades aduaneiras que prestam atendimento e os Postos podem ater horários diferentes, mediante portaria do respectivo Superintendente da Receita Federal do Brasil, conforme autorização do § 2º do mesmo comando normativo. No caso de horário de atendimento de doze horas ininterruptas, o *caput* e o § 1º do art. 5º da norma supracitada permitem o emprego de dois turnos ou escalas de seis horas de jornada diária, com total de trinta horas semanais, dispensado o intervalo para refeições.

> *Portaria RFB nº 4.261, de 2020 - Art. 2º Para fins do disposto nesta Portaria considera-se:*
> *III - unidade de atendimento: Agência da Receita Federal do Brasil (ARF),entro de Atendimento ao Contribuinte (CAC), Inspetoria da Receita Federal do Brasil (IRF) e Posto de Atendimento da Receita Federal do Brasil (Posto);*
> *Art. 4º As unidades de atendimento deverão adotar, em dias úteis, os períodos de 8 (oito) ou 4 (quatro) horas consecutivas de atendimento presencial.*
> *§ 1º Para fins do disposto no caput, as Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil fixarão o período diário para atendimento por meio de portaria.*

> *§ 2º As seguintes unidades poderão adotar períodos distintos aos estabelecidos no caput, definidos por meio de portaria das Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil:*
> *I - as unidades de atendimento que prestam serviços aduaneiros; e*
> *II - os Postos de Atendimento, de acordo com os horários estabelecidos pelo ente parceiro para o funcionamento de suas instalações físicas.*
> *§ 3º O servidor de unidade com período de atendimento inferior a 8 (oito) horas deverá executar atividades relativas a processos de trabalho do atendimento em sua jornada de trabalho complementar.*
> *§ 4º Os casos específicos de adoção de horário de atendimento em períodos distintos dos estabelecidos no caput e no § 2º deverão ser justificados pelas Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil e autorizados pela Subsecretaria de Arrecadação, Cadastros e Atendimento (Suara).*
> *§ 5º Os horários de atendimento das unidades de atendimento deverão ser divulgados no sítio eletrônico da RFB, na internet.*

As questões do horário de funcionamento de unidades e de jornada de trabalho no âmbito da RFB foram originalmente consolidadas na Portaria RFB nº 1.863, de 30 de outubro de 2014, sem inovações em relação ao Decreto nº 1.950, de 1995. Mas a questão em especial da amplitude máxima de horário permitido para que servidores cumpram sua jornada diária de oito horas sofreu alteração com a edição da Portaria ME nº 1.418, de 19 de agosto de 2019. Segundo esta norma posterior, o horário de funcionamento das unidades, sempre que possível, se concentrará de 7 horas às 21 horas. Retornando ao normativo original, a jornada de trabalho, preferencialmente, será cumprida entre 9 horas e 18 horas. Além disto, a Portaria RFB nº 1.863, de 2014, ressalvou as peculiaridades das atividades desempenhadas em ambiente externo, conforme o § 4º do art. 6º do Decreto nº 1.590, de 1995, e o Decreto nº 1.867, de 1996; das atividades desempenhadas sob molde do programa de gestão com dispensa de assiduidade na modalidade de teletrabalho, conforme as Portarias RFB nº 2.383, de 13 de julho de 2017, e nº 68, de 27 de setembro de 2021, e a Portaria Coger nº 169, de 10 de junho de 2019; das atividades de atendimento nos termos atualizados da Portaria RFB nº 4.261, de 2020; e das atividades desempenhadas em regime de plantão, escala ou turnos alternados de revezamento, para as quais o § 3º do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24 de dezembro de 2008, estabelece jornada mensal máxima de 192 horas de trabalho.

> *Portaria RFB nº 1.863, de 30/10/14 - Art. 3º A jornada de trabalho do servidor em exercício na RFB será de 8 horas diárias e 40 horas semanais, salvo o disposto nesta Portaria ou ato normativo específico.*
> *Parágrafo único. A jornada de trabalho a que se refere o caput será preferencialmente cumprida das 9 horas às 12h30min e das 13h30min às 18 horas.*
> *Art. 4º*
> *§ 2º Em caso de necessidade individual de servidor, devidamente justificada, a chefia imediata poderá, excepcionalmente, compatibilizar o horário de trabalho à especificidade da atividade desenvolvida, respeitada a carga horária e observado o disposto nesta Portaria.*
> *§ 4º O intervalo para refeição do servidor não poderá ser inferior a uma hora nem superior a três horas, e cada período de trabalho não poderá ser inferior a duas horas, nem superior a seis horas.*
> *Art. 6º O disposto no art. 3º não se aplica aos casos em que ocorre tratamento normativo específico, para servidor:*
> *III - quando suas atividades forem executadas fora da sede da unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil em que tenham exercício, em conformidade com o § 4º do art. 6º do Decreto nº 1.590, de 1995 e art. 3º do Decreto nº 1.867, de 1996;*
> *IV - cujas atividades sejam executadas em experiência-piloto de Teletrabalho, em conformidade com a Portaria RFB nº 947, de 20 de abril de 2012;*

> *V - em exercício em unidades de atendimento da RFB a que se refere a Portaria RFB nº 10.926, de 29 de agosto de 2007, alterada pela Portaria RFB nº 472, de 12 de abril de 2013; e*
> *VI - cujo serviço seja desenvolvido em regime de plantão, escala ou turnos alternados de revezamento, nos termos do § 2º do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24 de dezembro de 2008.*
>
> *Portaria RFB nº 1.418, de 2019 - Art. 1º O horário de funcionamento nas unidades da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil compreende o período de 7 horas às 21 horas, nos dias úteis, de segunda a sexta-feira, salvo disposto em normativo específico e observada a infraestrutura compatível.*

Sobre esta última particularidade acerca da jornada máxima mensal de 192 horas, acrescente-se a tardia regulamentação determinada pelo § 2º do art. 3º da Lei nº 11.890, de 2008, que veio a ser operada pela Portaria Interministerial MF/MT/MPDG nº 75, de 22 de fevereiro de 2017, e, internamente, pela Portaria RFB nº 6.451, de 27 de dezembro de 2017.

> *Lei nº 11.890, de 2008 - Art. 3º*
> *§ 2º O plantão e a escala ou o regime de turnos alternados por revezamento serão regulados em ato conjunto dos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e do Trabalho e Emprego, observada a legislação vigente.*
> *§ 3º Nos casos aos quais se aplique o regime de trabalho por plantões, escala ou regime de turnos alternados por revezamento, é de, no máximo, 192 (cento e noventa e duas) horas mensais a jornada de trabalho dos integrantes dos cargos referidos no caput deste artigo.*

Segundo o art. 2º da Portaria Interministerial MF/MT/MPDG nº 75, de 2017, plantão é o regime de trabalho prestado em turnos contínuos, inclusive em dias não úteis; turnos alternados por revezamento são o regime de trabalho ininterrupto, suprido por plantões que se sucedem sem descontinuidade (enquanto plantão cobre apenas um turno, ora compreendido como uma faixa de horário de trabalho diário, os turnos alternados cobrem de forma ininterrupta as 24 horas do dia); e escala é a definição dos horários de trabalho para cada turno e dos respectivos servidores que devem cumprir cada uma daquelas faixas de horário, intercalando a atividade com folgas. *A priori*, conforme o *caput* e o § 1º do art. 5º da norma interministerial, os plantões são de turnos de 12 horas de trabalho, sucedidas por descanso de 36 horas, a serem estabelecidas por ato do titular da unidade, podendo, excepcionalmente, serem de 24 horas de trabalho sucedidas por 72 horas de descanso, desde que se justifique a o mesmo tempo se atente para as condições de segurança, saúde e qualidade de vida dos servidores. Acrescente-se que o § 5º do mesmo comando normativo prevê a possibilidade, em regime típico para unidades sediadas em localidades de provimento ou de acesso difíceis, de plantões de 12 horas de trabalho intercaladas por descansos de igual período, pelo período máximo de 15 dias, seguidos de 15 dias de folga. Porém, o § 3º do mesmo art., determina que, em qualquer caso de turnos alternados por revezamento, o servidor do plantão que se encerra não pode se ausentar do local de trabalho antes da chegada do servidor que irá sucedê-lo.

> *Portaria Interministerial MF/MT/MPDG nº 75, de 2017 - Art. 2º Para efeito desta Portaria, entende-se por:*
> *I - plantão: o trabalho prestado em turnos contínuos pelos servidores, podendo ocorrer inclusive em feriados e finais de semana;*
> *II - regime de turnos alternados por revezamento: o regime de trabalho no qual o serviço não cessa, condicionando o encerramento de um plantão ao imediato início de outro; e*
> *III - escala: a definição dos turnos de trabalho e dos servidores que exercem suas atividades em plantões intercalados por períodos de folga.*
> *Art. 4º A jornada de trabalho dos servidores da carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil, que exercem os serviços na forma do art. 3º, tem a*

> *duração máxima de 192 (cento e noventa e duas) horas mensais.*
> *Art. 5º Os plantões devem ser de 12 (doze) horas de trabalho, com 36 (trinta e seis) horas de descanso, estabelecidos por ato do dirigente regional, em função de demanda e recursos humanos disponíveis.*
> *§ 1º Excepcionalmente, podem ser adotados plantões de 24 (vinte e quatro) horas de trabalho, com 72 (setenta e duas) horas de descanso, desde que haja justificativa que considere, inclusive, os aspectos relativos à segurança, saúde e qualidade de vida do servidor.*
> *§ 3º O servidor que laborar em regime de turnos alternados por revezamento não poderá ausentar-se do local de trabalho, ao final do seu plantão, antes da chegada do servidor que irá sucedê-lo, devendo comunicar o atraso ao dirigente da unidade local, que deverá providenciar outro servidor para o plantão subsequente.*
> *§ 5º Nas unidades situadas em municípios de difícil provimento ou de difícil acesso a que se refere o art. 3º, é excepcionalmente facultada a permanência do servidor em serviço, em plantões de 12 (doze) horas de trabalho, com 12 (doze) horas de descanso, pelo período máximo de 15 (quinze) dias consecutivos, com uma folga de igual período.*

Na sequência, estes comandos da norma de aplicação restrita à Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB) se viram replicados, com maior envergadura e poder vinculante, na já mencionada IN MPDG/Segep nº 2, de 2018, destacadamente em seus arts. 14 a 16, de desnecessária reprodução, visto os dispositivos acima reproduzidos não só serem de similar conteúdo como também refletirem algumas peculiaridades específicas da RFB.

A Portaria RFB nº 6.451, de 2017, além de repetir comandos da portaria conjunta reguladora, acrescenta detalhes e peculiaridades da RFB. O *caput* do art. 7º, os arts. 17 e 18 e o Anexo I da norma limitam o emprego do regime de plantão em turnos alternados por revezamento apenas a unidades aduaneiras de portos, aeroportos e pontos de fronteira que funcionem 24 horas por dias, mais especificamente nas atividades de atendimento aduaneiro, fiscalização de bagagem de viajante, fiscalização aduaneira em zona primária, vigilância e repressão, não abrangendo atendimento em CAC, mas podendo ser estendido não só a servidores ocupantes de cargos da carreira TARFB mas também a ocupantes de outros cargos lotados e em exercício nas unidades e exercendo as atividades contempladas.

> *Portaria RFB nº 6.451, de 2017 - Art. 4º A jornada de trabalho dos servidores da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil que exercem os serviços na forma prevista no art. 3º tem a duração máxima de 192 (cento e noventa e duas) horas mensais.*
> *Art. 5º Os plantões serão de 12 (doze) horas de trabalho, com 36 (trinta e seis) horas de descanso, em função da demanda e dos recursos humanos disponíveis.*
> *§ 1º Caso o Superintendente da Receita Federal do Brasil entenda ser necessário, no âmbito da respectiva região fiscal, adoção excepcional de plantões de 24 (vinte e quatro) horas de trabalho com 72 (setenta e duas) horas de descanso, a justificativa de que trata o § 1º do art. 5º da Portaria Interministerial MF/MTb/MP nº 75, de 22 de fevereiro de 2017, deverá ser submetida à apreciação do Secretário da Receita Federal do Brasil, para fins de autorização, observado o seguinte procedimento: (Redação dada pela Portaria RFB nº 310, de 2 de março de 2018)*
> *I - a documentação deverá ser remetida à Subsecretaria de Administração Aduaneira (Suana) por meio de dossiê digital que contenha manifestação conclusiva da Superintendência da Receita Federal do Brasil da respectiva região fiscal quanto à necessidade da adoção excepcional de plantões na forma prevista neste parágrafo, a qual deverá abordar aspectos relacionados ao interesse público e ao ganho de produtividade e outros aspectos que demonstrem os ganhos na adoção do regime excepcional de plantão; e*

(Redação dada pela Portaria RFB nº 310, de 2018)
II - a Suana emitirá parecer conclusivo, sendo-lhe facultado determinar a realização de diligências e solicitar esclarecimentos quanto à adoção excepcional a que se refere este parágrafo, solicitada pela Superintendência, e encaminhará o dossiê digital para decisão do Secretário da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Portaria RFB nº 310, de 2018)
§ 2º Na jornada de trabalho prevista neste artigo, está incluído um intervalo para refeição com duração de 1 (uma) hora para cada período de 12 (doze) horas de trabalho, em horários estabelecidos conforme a demanda do serviço.
Art. 7º O regime de turnos alternados por revezamento aplica-se somente aos portos, aeroportos e pontos de fronteira que operam 24 (vinte e quatro) horas por dia ou mediante demanda de trabalho justificada pelo dirigente da unidade administrativa local.
§ 1º Não será admitido regime de plantão em aeroportos com até 2 (dois) voos diários, inclusive, no período compreendido entre 19h01min (dezenove horas e um minuto) e 6h59min (seis horas e cinquenta e nove minutos) do dia seguinte.
§ 2º A justificativa a que se refere o caput deverá ser submetida à apreciação do Superintendente da Receita Federal do Brasil da respectiva região fiscal.
Art. 10. A jornada semanal de 40 horas, em função da necessidade de serviço, poderá ser cumprida aos finais de semana e feriados, fora do horário padrão da unidade, observados os limites mínimo e máximo de 6 horas e 8 horas diárias.
§ 1º A adoção da jornada semanal a que se refere o caput condiciona-se à prévia autorização do Superintendente da Receita Federal do Brasil da respectiva região fiscal diante da imprescindibilidade, em função da necessidade de serviço da unidade, justificada pelo dirigente da unidade administrativa local.
Art. 14. Compete ao Superintendente da Receita Federal do Brasil da respectiva região fiscal a definição das unidades administrativas que poderão instituir o plantão, a escala e o regime de turnos alternados por revezamento de que trata esta Portaria.
Art. 15. Compete ao titular da unidade administrativa local, após as definições e autorizações referidas no § 1º do art. 8º, no § 2º do art. 9º, no § 1º do art. 10 e no art. 14, organizar e supervisionar a realização do plantão, do regime de turnos alternados por revezamento, de sobreaviso e da jornada semanal, de acordo com o disposto nesta Portaria e em conformidade com o art. 6º da Portaria Interministerial MF/MTb/MP nº 75, de 2017. (Redação dada pela Portaria RFB nº 310, de 2018)
Art. 16. A inclusão de servidor em regime de plantão, em escala e em regimes de turnos alternados por revezamento e de sobreaviso ou em jornada de trabalho de que trata o art. 10 não constitui direito do servidor, que poderá ser incluído ou excluído de acordo com a necessidade do serviço.
Art. 17. Os regimes de que trata esta Portaria não abrangem os serviços de atendimento ao público prestados no âmbito do Centro de Atendimento ao Contribuinte (CAC).
Art. 18. O regime de plantão, a escala e os regimes de turnos alternados por revezamento e a jornada de trabalho de que trata o art. 10 poderão ser aplicados aos demais servidores lotados e em exercício na RFB que se encontrem sob supervisão de servidores integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil nos serviços ou unidades constantes dos Anexos I e II.

Acrescente-se que, a partir da vigência da já mencionada IN MPDG/Segep nº 2, de 2018, implantou-se, na Administração Pública federal, o obrigatório controle eletrônico de frequência, com registros no início da jornada diária, na saída e no retorno de horário de refeições e ao fim do expediente, estando fora de tal alcance, nos termos do *caput* e do § 1º do seu art. 7º e do § 2º do seu art. 8º, os servidores participantes de programa de gestão na

modalidade de teletrabalho.

> *IN MPDG/Segep nº 2, de 2018 - Art. 7º É obrigatório o controle eletrônico de frequência do servidor público em exercício na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.*
> *§ 1º O registro de frequência é pessoal e intransferível, devendo ser realizado no início da jornada diária, na saída e no retorno do intervalo para as refeições, e ao término da jornada diária.*
> *Art. 8º*
> *§ 2º Ficam também dispensados do controle eletrônico de frequência os servidores participantes do programa de gestão, de que trata o § 6º do Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995.*

Posteriormente ao conjunto normativo acima mencionado, a Portaria ME nº 371, de 23 de julho de 2019, disciplinou o tema da jornada de trabalho e de seu controle no âmbito do Ministério da Economia (ME). De mais relevante em termos de regulamentação do Decreto nº 1.590, de 1995, esta Portaria ME ratificou, no *caput* de seu art. 1º, o horário de funcionamento dos órgãos no intervalo de 8 às 21 horas e o atendimento a público de 8 às 18 horas; e o art. 2º, em especial no § 3º manteve que os servidores comissionados devem se submeter à dedicação exclusiva.

> *Portaria ME nº 371, de 2019 - Art. 1º O horário de funcionamento do Ministério da Economia será, em dias úteis, de 8 (oito) às 21 (vinte e uma) horas, e o atendimento ao público externo ocorrerá de 8 (oito) às 18 (dezoito) horas.*
> *§ 1º Os dirigentes das unidades do Ministério da Economia ficam autorizados a adequar os horários de funcionamento às necessidades operacionais de suas unidades, obedecendo ao disposto no Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995, e observada a compatibilidade das atividades a serem desempenhadas.*
> *§ 2º Consideram-se unidades os setores de nível não inferior ao de Secretaria ou equivalentes no âmbito do Ministério.*
> *Art. 2º A jornada de trabalho do servidor público em exercício no Ministério da Economia é de 8 (oito) horas diárias, com carga horária semanal de 40 (quarenta) horas, ressalvados os casos disciplinados em legislação específica.*
> *Art. 3º O horário de início e fim da jornada diária de trabalho do servidor e o intervalo para refeição e descanso serão, observado o interesse do serviço, previamente acordados entre o servidor e a chefia imediata, devendo estar compreendidos dentro do horário de funcionamento do órgão de que trata o art. 1º.*
> *§ 1º O intervalo para refeição e descanso será de, no mínimo, 1 (uma) e, no máximo, 3 (três) horas.*
> *§ 2º Em casos excepcionais e justificados, o servidor público poderá ser autorizado pela chefia imediata a cumprir jornada de trabalho em horário diverso ao horário de funcionamento do órgão, desde que haja infraestrutura compatível.*
> *§ 3º Os servidores que sejam ocupantes de cargos em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento superiores, cargos de direção e função gratificada exercerão sua jornada de trabalho em regime de dedicação integral, podendo ser convocados sempre que presente interesse ou necessidade de serviço.*
> *§ 4º Incluem-se na obrigatoriedade disposta no § 3º deste artigo, os servidores que estejam exercendo encargos de substituição, durante o afastamento do titular.*
> *Art. 4º A relação daqueles beneficiados com a redução de jornada de que trata o art. 4º do Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995, deverá ser comunicada, mensalmente, à Diretoria de Gestão de Pessoas deste Ministério (DGP/SGC), pelo Chefe de Gabinete do Ministro de Estado da Economia ou pelos Chefes de Gabinete dos titulares de cargo de Natureza Especial, no âmbito de suas*

respectivas atuações.

De inovação no âmbito ministerial, a Portaria ME nº 371, de 2019, estabeleceu, nos seus arts. 6º a 10, o controle de cumprimento de jornada exclusivamente eletrônico, extinguindo, na regra geral, o preenchimento de folha de ponto. Obviamente, estes novos comandos reiteraram disciplinamentos já reinantes sobre o tema, acerca de dispensa de controle da para servidores ocupantes de cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores (Grupo-DAS) de nível 4 ou superior ou funções de confiança equivalente e para servidores optantes do programa de gestão na modalidade de teletrabalho, bem como acerca das possibilidades de compensação (limitada a duas horas por dia) por saídas antecipadas, atrasos ou faltas justificadas e de abonos por ausências no interesse do trabalho ou por motivos médico-odontológicos em geral, autorizados pela chefia imediata.

Portaria ME nº 371, de 2019 - Art. 6º O controle de frequência é o procedimento obrigatório que permite a aferição do cumprimento de jornada de trabalho dos servidores em exercício no Ministério da Economia e será realizado por meio do sistema de controle eletrônico diário de frequência - SISREF, disponibilizado pelo órgão central do SIPEC.
§ 1º O registro de frequência é pessoal e intransferível, devendo ser realizado no início da jornada, na saída e no retorno do intervalo para refeição e descanso, e no término da jornada diária.
§ 2º Compete à chefia imediata a gestão da frequência dos seus servidores, bem como o fechamento do SISREF, impreterivelmente, até o 5º (quinto) dia útil do mês subsequente.
§ 3º Nos casos de ausência do registro de frequência por esquecimento, problemas técnicos no equipamento ou prestação de serviços externos, o servidor público deverá solicitar, após apresentada a devida justificativa, que sua chefia imediata registre o horário não lançado.
§ 4º Será admitida tolerância de até 15 (quinze) minutos para o início da jornada de trabalho no controle eletrônico de frequência.
Art. 7º No âmbito do Ministério da Economia, são dispensados do controle eletrônico de frequência, em razão da natureza de suas atribuições, os ocupantes de cargos de:
I - Natureza Especial; e
II - Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, iguais ou superiores ao nível 4, ou equivalentes.
Parágrafo único. Ficam também dispensados do controle eletrônico de frequência, a que se refere o caput, os servidores participantes do programa de gestão, de que trata o capítulo VI desta Portaria.
Art. 8º O controle de frequência do servidor estudante beneficiado pelo horário especial será realizado por meio de folha de ponto.
Art. 9º As saídas antecipadas e os atrasos deverão ser comunicados previamente à chefia imediata e poderão ser compensados no controle eletrônico de frequência até o término do mês subsequente ao da sua ocorrência.
§ 1º As ausências devidamente justificadas e decorrentes de caso fortuito ou de força maior poderão ser compensadas no controle eletrônico de frequência, até o término do mês subsequente ao da sua ocorrência, desde que tenham anuência da chefia imediata, sendo, assim, consideradas como efetivo exercício.
§ 2º A compensação de horário deverá ser estabelecida pela chefia imediata do servidor, sendo limitada a 2 (duas) horas excedentes da jornada diária de trabalho.
§ 3º Não será autorizada a compensação de horário no intervalo de almoço e descanso.
§ 4º É vedada a realização de compensação de horário no período de gozo de férias ou quaisquer licenças ou afastamentos.

> *§ 5º Eventuais atrasos ou saídas antecipadas decorrentes de interesse do Serviço poderão ser abonados pela chefia imediata.*
> *Art. 10. As ausências para comparecimento do servidor público, de seu dependente ou de familiar, às consultas médicas, odontológicas e para a realização de exames em estabelecimento de saúde terão a sua compensação dispensada, na forma e limites estabelecidos pelo art. 13 da Instrução Normativa SGP/MP nº 2, de 12 de setembro de 2018.*

Ademais, com o advento do controle eletrônico de jornada, a Portaria ME nº 371, de 2019, nos seus arts. 13 a 15, permitiu, como mais uma ferramenta de gestão ao dispor do chefe imediato, o emprego do banco de horas, pelo qual o servidor pode acumular horas a mais de trabalho, excedentes de sua jornada mínima, e usá-las, mediante autorização da chefia, para compensar ausências, dentro de determinados limites diário, semanal, mensal e anual.

> *Portaria ME nº 371, de 2019 - Art. 13. Como ferramenta de gestão, os dirigentes das unidades ficam autorizados a adotar o banco de horas para execução de tarefas, projetos, programas, dentre outros, de relevância para o serviço público.*
> *§ 1º As horas excedentes à jornada diária devem ser prestadas no interesse do serviço e computadas no banco de horas, de forma individualizada, mediante prévia e expressa autorização da chefia imediata.*
> *§ 2º As horas de trabalho excedentes à jornada diária não serão remuneradas como serviço extraordinário.*
> *Art. 14. O acúmulo de horas armazenadas, para efeito de banco de horas, não poderá exceder:*
> *I - 2 (duas) horas diárias;*
> *II - 40 (quarenta) horas no mês; e*
> *III - 100 (cem) horas no período de 12 (doze) meses.*
> *Art. 15. A utilização do banco de horas dar-se-á, obrigatoriamente, mediante prévia e expressa autorização da chefia imediata, observados os limites de:*
> *I - 24 (vinte e quatro) horas por semana; e*
> *II - 40 (quarenta) horas por mês.*

Em atenção ao art. 12 da Portaria RFB nº 1.863, de 30 de outubro de 2014, o Corregedor delegou, por meio da Portaria Coger nº 72, de 21/11/14, aos Chefes de Escritório de Corregedoria (Escor) a competência para estabelecerem o horário de trabalho padrão nas respectivas unidades.

Ainda quanto ao tema de jornada de trabalho e dias de expediente, embora se reconheça que extrapole o objetivo do inciso em comento, acrescente-se o comentário de que inexiste, no ordenamento pátrio, comando normativo que obrigue servidor detentor de cargo efetivo a solicitar autorização à sua chefia para viagem de foro pessoal em horários ou em dias que não estejam em seu expediente regular de trabalho. A informação pertine ser aqui registrada para afastar a dúvida, por exemplo, de que não há que se cogitar de pedido de autorização, e muito menos de sua concessão, de parte da Administração, para qualquer viagem particular ao exterior, como por exemplo em uma rápida estada em um país vizinho por um servidor diarista em um fim de semana ou por um servidor plantonista em meio a dois plantões ou em qualquer dia por um servidor em teletrabalho e muito menos estando o agente de férias ou de licença ou de qualquer espécie de afastamento.

A norma que mais próximo chega do assunto é o Decreto nº 91.800, de 18 de outubro de 1985, que regulamenta as viagens ao exterior apenas a serviço ou para fim de aperfeiçoamento profissional. Este Decreto, em seu art. 6º, sem responder claramente a questão que ora se põe, apenas expressa a dispensa de autorização para servidor se ausentar do País em férias ou licença, mas exige que o servidor comunique ao chefe imedito eventual endereço fora do País. Mesmo esta obrigação de comunicar deve ser mitigada, primeiramente

se interpretando de a teleologia da norma certamente ter se preocupado com longas estadas, a ponto de se cogitar de “endereço eventual fora do País”, não sendo de bom senso obrigar que um servidor, de maneira formal, tenha de provocar a Administração com informe de países, cidades e locais de hospedagem por onde sucessivamente pretenda passar ou que comunique o local em que se encontrará por breve estadia e tampouco se presume interesse do órgão a que serve em tais comunicados. E some-se a esta presumida teleologia a necessária e salutar harmonia do Direito com o contexto social em que se insere, no qual se destacam todas a inúmeras facilidades de contato e de localização disponíveis nos dias atuais e inexistentes à distante época de edição do Decreto, tais como telefones celulares, endereços eletrônicos particulares, serviços ou aplicativos de mensagens instantâneas para envio e recebimento de mensagens digitais e redes sociais de que participe.

> *Decreto n° 91.800, de 1995 - Art. 6° Independem de autorização as viagens ao exterior, em caráter particular, do servidor em gozo de férias, licença, gala ou nojo, cumprindo-lhe apenas comunicar ao chefe imediatoo endereço eventual fora do País.*

Na ausência então de comando normativo que obrigue pedido de autorização para viagens particulares ao exterior em dias de dispensa de comparecimento (dias de fins de semana ou feriados e períodos de férias, licença ou afastamento legal ou dias quaisquer para servidor em teletrabalho), ao amparo do princípio da legalidade, é de se interpretar que a ausência de tal formalidade não descumpre norma, não afronta dever funcional e não infringe proibição; e, ao amparo do princípio da razoabilidade, nem mesmo a ausência de comunicado à chefia configura ilicitude. Obviamente, não há de se cogitar de previsão normativa tratando da hipótese de servidor ausentar-se do serviço, em dia útil e sem afastamento legal, em razão de qualquer liberalidade sua, seja para o que for, inclusive para viajar ao exterior. O fato de o servidor faltar ao serviço para viagem particular ao exterior traz em tese a incidência do inciso X do art. 116 da Lei n° 8.112, de 1990, da mesma forma como se a falta fosse por qualquer outro motivo, não figurando a ida e a estada no exterior como agravantes ou como diferenciadores para outro enquadramento diferente, mais específico ou mais grave.

E, quanto ao servidor optante do programa de gestão na modalidade de teletrabalho, é bom ressalvar que a norma que regulamenta tal programa de gestão no âmbito da RFB, a saber a Portaria RFB n° 2.383, de 13 de julho de 2017, no § 2° do seu art. 1° e no § 3° do seu art. 2°, impõe que tal ferramenta não exime o servidor de convocações para eventos diversos e do cumprimento de atividades presenciais necessárias.

> *Portaria RFB n° 2.383, de 2017 - Art. 1°*
> *§ 2º O Teletrabalho não exime o servidor de ser convocado para reuniões, treinamentos, cursos ou execução de atividades outras dentro ou fora da RFB, inclusive em outra localidade.*
> *Art. 2º*
> *§ 3º A execução de atividade em Teletrabalho não poderá prejudicar as atividades para as quais a presença física na unidade da RFB seja estritamente necessária.*
> *Art. 16. É vedada a realização do Teletrabalho por servidor:*
> *VIII - que esteja fora do País, salvo na hipótese de servidor que tenha direito à licença para acompanhar o cônjuge, nos termos do art. 84 da Lei nº 8.112, de 11 de 7 de dezembro de 1990. (Incluído pela Portaria RFB nº 389, de 21 de fevereiro de 2019)*

Cabe ainda mencionar o crescente emprego da ferramenta gerencial do Modelo de Dedicação Funcional (MDF), instituído pela Portaria RFB nº 720, de 10 de junho de 2013, por meio da qual servidores são expressamente autorizados a executar, de maneira remota, atividades de abrangência nacional inseridas em diversos processos de trabalho, mediante portaria de pessoal do Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, para unidade

diferente (a chamada unidade gestora da atividade - UGA) da sua unidade de lotação (a chamada unidade de origem - UO). No MDF, o servidor lotado e em exercício na UO, aí continua localizado e dedica-se, remotamente, a atividades de interesse da UGA.

Conforme o art. 2º da Portaria RFB nº 720, de 2013, o MDF é um gênero que contempla quatro modalidades, a saber, duas com dedicação individual, que são o Trabalho Remoto (TR) e a Alocação Direta (AD), e duas com dedicação de dois ou mais servidores, que são o Grupo de Trabalho (GT) e o Grupo de Estudos Técnicos (GET), com diferentes possibilidades de dedicação integral ou parcial da força de trabalho do servidor designado (a chamada parcela de contribuição). Dentre as duas modalidades de dedicação individual, o TR (que, a rigor, obteve instituição em norma própria, a Portaria RFB nº 354, de 2 de março de 2013, três meses antes da edição da já citada norma geral, a Portaria RFB nº 720, de 2013) envolve atividades técnicas de âmbito nacional e de característica individual com baixa necessidade de interação, exige dedicação exclusiva da força de trabalho do servidor para as atividades da UGA e pode ser concedido por período prorrogável de até três anos, enquanto a AD contempla atividades específicas de interesse da Administração que não demandem tempo integral para sua execução, pode ter dedicação de 25%, 50% e 75% da força de trabalho do servidor para a UGA e pode ser concedida por período prorrogável de até um ano. No que se refere às duas modalidades de grupos, o GT abarca trabalhos a serem executados em conjunto, pode ter dedicação de 25%, 50% e 75% da força de trabalho do servidor para a UGA e pode ser concedido por período prorrogável de até um ano, enquanto o GET compreende atividades de estudos, análises e pesquisas necessárias à formulação das políticas tributárias e aduaneiras e pode ser concedido por período prorrogável de até 90 dias.

> *Portaria RFB nº 720, de 2013 - Art. 2º O MDF contempla as seguintes modalidades:*
> *I - Trabalho Remoto (TR) - o exercício de atividades de caráter técnico-especializado, de âmbito nacional, e cujo desenvolvimento demande esforço individual com baixa interação presencial com outros servidores, disciplinado pela Portaria RFB nº 354, de 22 de março de 2013;*
> *II - Grupos de Trabalho (GT) - a designação de grupo de servidores para execução de trabalho em conjunto, com características específicas de admissibilidade e condução das suas atividades, nos termos desta Portaria; e*
> *III - Alocação Direta (AD) - a designação de servidor para atividades específicas de interesse da Administração que não demandem tempo integral para sua execução, nos termos desta Portaria.*
> *IV - Grupo de Estudo Temático (GET) - a designação de servidores para integrar grupo de estudo, instituído conforme Portaria RFB nº 1.286, de 10 de setembro de 2013. (Incluído pela Portaria RFB nº 1542, de 1º de novembro de 2013)*

Segundo os arts. 11 e 13 da Portaria RFB nº 354, de 2013, e os arts. 14 e 16 da Portaria RFB nº 720, de 2013, o servidor designado para qualquer modalidade de MDF, apesar de disponibilizar sua força de trabalho para a UGA, continua lotado e em exercício na sua UO (independentemente se as duas unidades são fisicamente sediadas em localidades distintas e até mesmo em diferentes Regiões Fiscais) e não podem mesmo executar atividade sob sua responsabilidade fora da sua unidade de lotação e de exercício. Ademais, segundo os arts. 17 e 18 e os arts. 19 e 20 das respectivas Portarias RFB acima, a supervisão e o controle dos servidores admitidos UGA, competindo a esta o controle de produtividade e àquela o controle de frequência e sendo vedado atribuir-lhes jornada de trabalho distinta da dos demais servidores.

> *Portaria RFB nº 354, de 2013 - Art. 11. O servidor designado para o TR terá mantidos sua lotação e seu exercício na UO, com dedicação exclusiva às atividades da UGA expressamente autorizadas em ato específico do Secretário*

da Receita Federal do Brasil, e deverá atender aos requisitos e perfis funcionais previstospara execução dessas atividades.
Parágrafo único. A realização da modalidade de TR é uma faculdade à disposição da Administração, não se constituindo direito do servidor, cuja designação poderá ser revogada emfunção da conveniência do serviço, da inadequação do servidor ou de resultados inferiores aosestabelecidos.
Art. 13. É vedada aos servidores designados para o TR a realização dos trabalhos sob sua responsabilidade fora da sua unidade de lotação e exercício, ressalvados os casos dedeslocamentos a serviço devidamente registrados e aprovados no sistema de convocações.
Art. 17. A supervisão e o controle dos servidores em TR são de responsabilidade conjunta da UO e da UGA e deverão ser realizados com observância dos seguintes procedimentos:
I - o titular da UGA deverá comunicar mensalmente à UO, via correio eletrônico institucional e até o terceiro dia útil de cada mês, declaração de regularidade da atuação do servidor designado para o TR relativamente às atividades sob sua responsabilidade; e
II - sem prejuízo do que dispõe o Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995, o controle de freqüência dos servidores em TR deve ser exercido pela UO, observados os mesmos procedimentos adotados para os demais servidores da unidade.
Art. 18. É vedado ao titular da UO atribuir jornada de trabalho distinta dos demais servidores da unidade àqueles designados para o TR, sem prejuízo das hipóteses de flexibilização de horário previstas em Lei.

Portaria RFB nº 720, de 2013 - Art. 14. O servidor designado para participação em GT ou em AD terá mantidos sua lotação e seu exercício na origem, com dedicação às atividades da UGA expressamente autorizadas em ato específico do SRFB, e deverá atender aos requisitos e perfis funcionais previstospara execução dessas atividades.
Art. 16. É vedada aos servidores designados para GT ou AD a realização dos trabalhos sob sua responsabilidade fora da sua unidade de lotação e exercício, ressalvados os casos dedeslocamentos a serviço devidamente registrados e aprovados no sistema de convocações da RFB.
Art. 19. A supervisão e o controle dos servidores no MDF são de responsabilidade conjunta da UO e da UGA e deverão ser realizados com observância dos seguintes procedimentos:
I - o titular da UGA deverá comunicar mensalmente à UO, via correio eletrônico institucional e até o terceiro dia útil de cada mês, declaração de regularidade da atuação do servidor designado para GT e AD relativamente às atividades sob sua responsabilidade, nos termos do Anexo III desta Portaria; e
II - sem prejuízo do que dispõe o Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995, o controle de freqüência dos servidores em GT ou AD deve ser exercido pela UO, observados os mesmos procedimentos adotados para os demais servidores da unidade.
Art. 20. É vedado aos titulares da UO e da UGA atribuir jornada de trabalho distinta dos demais servidores da unidade àqueles designados para o GT ou AD, sem prejuízo das hipóteses de flexibilização de horário previstas em Lei.

À vista do que acima se expôs acerca do gênero do MDF, esta ferramenta gerencial não acarreta cumprimento de jornada de trabalho por parte do servidor fora da sua própria UO, ou seja, fora da ideia original de repartição, pois a única peculiaridade é que, embora mantenha aquela sua unidade de lotação e de exercício, disponibiliza sua força de trabalho para unidade distinta, a UGA.

Não obstante, é importante fazer uma distintinção entre o sentido estrito do TR acima mencionado, como uma das modalidades do gênero do MDF, e o sentido mais genérico da expressão “trabalho remoto”. Esta expressão genérica “trabalho remoto”, de certa forma,

figura como um contraponto ao programa de gestão na modalidade de trabalho. Enquanto este programa de gestão na modalidade de trabalho é uma ferramenta gerencial rigorosamente formalizada em norma (como é o caso da Portaria RFB nº 2.383, de 2017), há um certo sentido leigo com que se aplica a expressão “trabalho remoto” para concessões calcadas em um grau de liberalidade com que o gestor permite que subordinado desempenhe suas funções remotamente (em casa, por exemplo), mediante mero acordo de vontade e compromisso informal, sem o rigor do amparo em norma de regência.

Cabe aqui uma relevante diferenciação, no que tange a aspectos de cumprimento de jornada de trabalho, entre o programa de gestão na modalidade de teletrabalho e este sentido genérico e leigo da expressão “trabalho remoto” (que aqui não se confunde com a modalidade TR do gênero do MDF).

O servidor que voluntariamente tenha aderido ao programa de gestão na modalidade de teletrabalho submete-se aos diversos regramentos da norma de regência, de que se destaca a mensuração objetiva de suas atividades laborais mediante metas fixadas de produtividade para determinado período, com as contrapartidas da dispensa do controle de assiduidade e do conforto da mobilidade de, por exemplo, poder trabalhar em casa, já que estas métricas são estipuladas com o fim de contemplar a integralidade da sua carga de trabalho mensurável. Em outras palavras, a adesão ao programa de gestão exige do servidor, em apertada síntese, apenas o atingimento da meta estipulada para o período, pouco importando o horário ou o dia em que as atividades sejam executadas. Assim, a critério do servidor, suas atividades podem ser executadas tanto ao longo do horário com que normalmente se presta expediente (a exemplo de 9 às 18 horas de dias úteis) quanto em horários inusitados (a exemplo de horários noturnos ou em fins de semana), não cabendo a Administração exigir-lhe que esteja ordinariamente disponível naquela faixa de horário convencional de jornada presencial (sem prejuízo, claro, de, eventualmente, a chefia poder exigir a presença, não só em termos de horário mas também fisicamente na repartição, para cumprimento de determinadas tarefas ou para participação de reuniões, treinamentos ou compromissos especiais). Como regra geral, salvo eventos específicos ou atividades de especial exigência, não cabe a Administração controlar o horário de cumprimento de jornada - ou melhor, de atendimento do compromisso de produtividade - de servidor optante do programa de gestão na modalidade de teletrabalho.

Diferentemente, para servidor que tenha sido contemplado com o trabalho remoto naquela acepção genérica e leiga da expressão (que, reitera-se, aqui se emprega sem se confundir com a modalidade TR do gênero do MDF), em razão de acerto informal com sua chefia para, por exemplo, desempenhar suas funções remotamente de casa, cabe a exigência de estar ordinariamente disponível, para qualquer eventual chamado, dentro da faixa convencional de cumprimento de jornada de trabalho presencial, qual seja, por exemplo, de 9 às 18 horas de dias úteis. Sendo uma concessão calcada em mera formalidade, a chefia pode esperar do servidor que esteja disponível na mesma faixa de horário em que aquele gestor pode necessitar contactá-lo e em que a unidade funciona normalmente. A única exceção a este comprometimento é se o servidor, em razão das atividades específicas que desempenhe, obtenha da chefia também a concessão para que cumpra suas obrigações funcionais em qualquer horário de sua escolha. Portanto, na acepção generalista com que aqui se emprega a expressão “trabalho remoto”, como uma liberalidade concedida para que o servidor produza fora da sua repartição, cabe o controle de jornada de trabalho por parte da Administração, ainda que esta jornada seja cumprida em sua residência. Salvo acordos e situações peciais de dispensa, o servidor informalmente autorizado a cumprir suas obrigações funcionais neste forma remota de que aqui se trata deve estar disponível no horário convencional de jornada e pode ser cobrado e responsabilizado neste sentido.

Cabe aqui mencionar um exemplo bastante específico de trabalho remoto, instituído temporariamente pela Secretaria de Gestão e Desempenho Pessoal da Secretaria Especial de

Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (ME/SEDGG/SGP), por meio da IN ME/SEDGG/SGP nº 19, de 12 de março de 2020, como medida de proteção para o enfrentamento da pandemia da Covid-19. Esta norma estabeleceu determinadas condições para que servidores devessem ou estivessem autorizados a realizar suas atividades remotamente (em casa) ao tempo de duração do estado de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus e permitiu que as situações ensejadoras da obrigação ou da permissão do cumprimento remoto das atividades se desse por autodeclaração dos próprios servidores. A IN em tela estabeleceu códigos específicos de registro de frequência com a obrigação de os servidores se manterem disponíveis para a Administração no horário convencional de jornada de trabalho.

Já que aqui se fez um contraponto entre as diferenças de controle de jornada de trabalho para servidores optantes do programa de gestão na modalidade de teletrabalho e para servidores na situação generalista de trabalho remoto, vale relembrar e acrescentar a terceira situação institucionalizada na RFB em que o cumprimento das atribuições funcionais se dá fora da repartição, que são as já mencionadas atividades externas cujas condições materiais impeçam registro diário de jornada de trabalho, para as quais se aplica o preenchimento em boletim semanal em meio eletrônico, conforme a Portaria RFB nº 84, de 2021.

A despeito da pormenorizada descrição acima de diversas normas acerca de jornada de trbalho, editadas em diferentes épocas e atinentes a variadas conformações de cumprimento das obrigações funcionais, é de se destacar que o controle de cumprimento de horário de trabalho não é, em princípio, matéria a cargo de Corregedoria. Este controle, em primeiro momento, incumbe à chefia imediata do servidor. Mas o zelo e a fidelidade no registro do ponto podem ter repercussão na matéria correcional, já que, por meio do ponto, pode-se ter elementos de convicção não só do cumprimento do dever legal de assiduidade e pontualidade, mas também de presença ou ausência do servidor em determinadas situações (por exemplo, se o servidor realmente estava em serviço ou se estava no gozo de algum afastamento legal no dia em que consta o uso de sua senha realizando determinado acesso a sistema informatizado). Na esteira, destaca-se daí a importância de o servidor cuidar de entregar, nos respectivos prazos legais, as justificativas para as ausências previstas em lei, sobretudo submeter-se à perícia médica ou entregar tempestivamente atestados médicos particulares, conforme aduzido em **4.4.9.1**.

Retomando a leitura atenta do enquadramento legal em tela, cuja ação é o verbo “ser”, permite interpretar sua aplicação, *a priori*, para condutas com certo aspecto de habitualidade, não parecendo razoável aplicá-lo para um ato isolado e eventual de inassiduidade ou de impontualidade.

Assim, compreende-se que as faltas de um dia inteiro (falta ao dever de assiduidade) e as chegadas em atraso ou saídas antecipadas (falta ao dever de pontualidade) podem ser enquadradas, em tese, no presente art. 116, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, contemplando um caráter habitual da conduta de pequena afronta, nos termos já dispostos em **2.5.3.4**. Não obstante, atente-se para que as chegadas em atraso ou saídas antecipadas também podem ser enquadradas no art. 117, I da mesma Lei (ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato, conforme se definirá em **4.7.3.1**), em que o parâmetro em análise é a autorização, contemplando um efeito mais pontual, de um único ato ter sido desrespeitoso à hierarquia e à continuidade dos trabalhos.

Mas, em todos estes casos, de enquadramento no art. 116, X e no art. 117, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, muito fronteiriços com aspectos de gerência administrativa de pessoal (que, em primeiro momento, nem sempre se confundem com repercussão disciplinar), não se deve afastar de aspectos de razoabilidade e bom senso, para não vulgarizar o instrumento do processo administrativo disciplinar. Se, por um lado, é difícil definir uma quantificação para estes enquadramentos, por outro, é certo que, muito teoricamente, em tese, poderia se cogitar

de responsabilização até por ato único, dependendo do grau de prejuízo trazido, do desrespeito à hierarquia, etc.

O enquadramento no art. 116, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em nada se confunde com abandono de cargo e inassiduidade habitual, puníveis com pena capital e que, por este motivo, têm requisitos mais específicos de configuração, conforme arts. 138 e 139 do Estatuto, em **4.7.4.2** e **4.7.4.3**.

Por fim, em face da inexistência de lei específica que regulamente o exercício do direito de greve por parte de servidor, previsto no art. 37, VII da CF, em princípio, não cabe instauração de procedimentos disciplinares por este motivo, por exemplo, para punir o servidor como faltoso ao serviço. É de se lembrar que, em face da inércia legislativa, que não pode limitar o exercício de um direito subjetivo, tem o Poder Judiciário reconhecido o exercício do direito de greve.

> *STF, Mandado de Injunção n° 20: "Ementa: Mandado de injunção. Direito de greve - Constituição, art. 37, VII. 2. Legitimado este sindicato a requerer mandado de injunção, com vistas a ser possibilitado o exercício não só de direito constitucional próprio, como dos integrantes da categoria que representa, inviabilizado por falta de norma regulamentadora. Precedente no Mandado de Injunção n° 347-5-SC. 3. Sindicato da área de educação de Estado-Membro. Legitimidade ativa. 4. Reconhecimento de mora do Congresso Nacional, quanto à elaboração da lei complementar a que se refere o art. 37, VII, da Constituição. Comunicação ao Congresso Nacional e ao Presidente da República."*
>
> *STF, Mandado de Injunção n° 438: "Ementa: Direito de greve no serviço público: o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. Mandado de injunção coletivo: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela constituição. Precedentes e doutrina."*
>
> *"Por fim, a inassiduidade do servidor, se verificada em razão da adesão deste à movimentos grevistas, não importa em ofensa ao artigo 116, X, a menos que a greve seja declarada ilegal pelo Poder Judiciário e o servidor se recuse a retornar ao trabalho.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 282, 2013, disponível em http://*

www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13

Obviamente, isto não afasta a possível repercussão disciplinar em atos que, transbordando o exercício do direito, o servidor cometa evidente ilegalidade associada às atribuições legais do cargo, a exemplo de agredir verbal ou fisicamente colegas, contribuintes ou autoridades ou destruir bens ou equipamentos públicos ou depedrar instalações ou dependências do órgão. Excluindo esta hipótese, para que o poder disciplinar atuasse em situações relacionadas ao exercício daquele direito, seria necessário criar regras para a solução dos casos concretos, o que substituiria a própria vontade do legislador, invertendo (ou subvertendo) a ordem jurídica, uma vez que tais normas de conduta não podem ficar ao alvedrio da Administração, da unidade de correição ou dos membros de comissão disciplinar.

4.7.2.11 - Inciso XI - tratar com urbanidade as pessoas

O dever de urbanidade significa a obrigação de o servidor tratar com respeito e cortesia não só os demais servidores (sejam seus subordinados, sejam seus superiores hierárquicos, sejam agentes públicos de outros órgãos) como também os particulares com os quais ele lida no exercício de seu cargo.

Obviamente, pela imediata literalidade do enquadramento, somente cabe a interpretação restritiva de que o legislador tutelou o tratamento desurbano apenas em relação a pessoas físicas. Ao contrário da lealdade e da deslealdade, que são institucionais, não há, estatutariamente, tratamento desurbano ao próprio órgão ou a outras instituições ou à Administração Pública como um todo, mas sim apenas em face de pessoas físicas.

Não necessariamente a rudeza e a pouca polidez no trato pessoal, como traço característico de formação, educação, nível de instrução e cultura, revela-se também como o ilícito disciplinar em tela. A norma não exige que todo o quadro funcional seja indistintamente refinado e elaborado em seus gestos e no trato com os demais, mas sim veda as manifestações depreciativas, agressivas, obscenas, ofensivas, ameaçadoras, humilhantes, menosprezantes e discriminatórias, em função de origem, raça, religião, sexo, opção sexual, cor, idade, ou qualquer outro motivo, seja por palavras, seja por gestos.

“(...) Não se pode exigir de indivíduos humildes, de poucas luzes e de deficiente educação, tratamento revestido de polidez. Se não conseguem agir com urbanidade, não é normalmente por culpa sua, e sim de sua formação deficiente e inadequada. Outras pessoas têm muitas luzes, mas são grosseiras, mal-educadas e desrespeitadoras; estas não têm desculpa para tal procedimento, e se se conduzem dessa maneira vulneram o dever de urbanidade.” José dos Santos Carvalho Filho, “Processo Administrativo Federal”, pg. 82, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005

A falta de urbanidade tanto pode decorrer, como mais comumente, de ofensa verbal ou gestual, mas também pode se configurar em manifestação por escrito, da lavra do servidor. O emprego de referências contaminadas por quaisquer dos adjetivos enumerados acima ou de desrespeito à subordinação e à disciplina, em documentos oficiais, tais como ofícios, pareceres, despachos, arrazoados, contra-arrazoados, petições, requerimentos, quebrando o dever de respeito à hierarquia, aos demais servidores ou a particulares, pode configurar este ilícito. Obviamente, não se veda a livre manifestação de entendimento ou de convicção, ainda que crítica ou discordante, desde que comedida em parâmetros de respeito.

Incorre neste ilícito o servidor que, uma vez ofendido por outro servidor, administrador ou contribuinte, revida, mesmo que sem exagero, a ofensa verbal recebida. Os princípios que regem a atividade pública e que se refletem em maior grau de exigência sobre a conduta do servidor em comparação à conduta do particular prevalecem sobre as reconhecidas

reações e falibilidades humanas, quando o agente investe-se da condição de servidor.

Por fim, neste inciso, em que pese a legalidade que vincula toda atividade pública, os agentes intervenientes devem cuidar para não banalizar a instância disciplinar administrativa (que, em síntese, pode ter efeito punitivo) com questiúnculas e diferenças pessoais.

Nesta linha, não se deve confundir o enquadramento em tela com livres manifestações, pois a Lei estatutária não mitigou a garantia de liberdade de expressão do cidadão comum e sem censura, duplamente assegurada nos incisos IV e IX do art. 5º da Constituição Federal (CF), somente se tornando aplicável quando a conduta funcional se situe em patamar de ofensividade que ultrapasse aquele direito fundamental individual de molde constitucional.

Neste rumo, convém mencionar que, em **3.2.3.1.3**, a cuja leitura se remete, se abordou a questão contemporânea de manifestações de servidor em redes sociais privadas.

4.7.2.12 - Inciso XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder

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

A exemplo do dever funcional estabelecido no inciso VI do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, este segundo comando legal acerca do dever de representar também já foi abordado em **2.1** e **2.3**, a cujas leituras se remete.

Reitera-se que não há na lei trecho a ser desprezado ou tampouco a ser considerado redundante. Se o legislador estabeleceu ambos deveres acerca de um mesmo tema, alguma razão subsiste. E, conforme já aduzido nos tópicos acima, a inteligência deste duplo comando reside em uma relação que se aproxima de gênero e espécie.

O inciso VI do supracitado comando legal ("*levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração*"), de forma muito abrangente, remete ao dever funcional de o agente público representar, à autoridade hierarquicamente superior, contra qualquer servidor, mesmo que de outra via hierárquica ou ainda de outro órgão, ou até mesmo contra particular, por toda forma de irregularidade, de qualquer natureza, estatutária ou não (tais como fiscal, civil ou criminal).

Já o presente inciso é uma espécie daquele.

Aqui se considera o dever de o servidor representar, também em sua via hierárquica, especificamente contra autoridade que lhe seja hierarquicamente superior e que cometa ato ilegal, omissivo ou abusivo. Em similitude com aquele outro inciso, também há simultânea atenção ao dever de lealdade institucional, ora revelada na relação de confiança que a Administração deposita na autoridade infratora; em contrapartida diferenciadora, como o dever em tela se relaciona com atos praticados por autoridade, por mera lógica excludente, não há abrangência sobre atos ilícitos cometidos por particular.

Compreende-se por ilegalidade qualquer conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, que afronte ao ordenamento em sentido lato, abarcando desde princípios reitores, comandos constitucionais, legais, regulamentares, até normas infralegais internas. Por omissão entendem-se as condutas omissivas de não agir, sejam culposas ou dolosas, em face de deveres, atribuições ou competências que impeliriam o omisso a atuar de forma distinta da sua inação.

> *"Por ilegalidade pode-se compreender a ação ou a omissão contrária a dispositivos de lei, de natureza criminal ou não, levadas a efeito tanto por particulares quanto por representantes do Estado, a exemplo, no primeiro caso,*

> *de sonegação ou elisão fiscal do devedor tributário, ou, no segundo caso, de contratação de empresa terceirizada, para a prestação de serviços sem o necessário certame licitatório, sua dispensa ou declaração de inexigibilidade. A omissão de poder diz respeito à oposição ao dever de agir regente do Estado enquanto executor do bem social, a exemplo da não realização de obras de saneamento básico em locais carentes e atingidos por problemas graves de saúde pública.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pg. 225, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Quanto ao último conceito fático englobado no enquadramento, de abuso de poder, doutrinariamente, é considerado um gênero de condutas ilegítimas do administrador que se subdivide nas espécies excesso de poder, quando o ato extrapola as atribuições legais e competências do agente, e desvio de finalidade (ou desvio de poder), quando o ato está de acordo com as atribuições legais e competências do agente, mas é praticado com finalidade distinta da previsão legal ou do interesse público, seja para atender interesse particular ou mesmo outro interesse público diverso. Esclareça-se ainda que um determinado ato, além de se enquadrar nas genéricas e abrangentes definições doutrinárias acima como ato de abuso de poder, pode ainda também se capitular nas definições positivadas como ato de abuso de autoridade se, especificamente, se amoldar a alguma das hipóteses elencadas nos arts. 9º a 38 da Lei nº 13.869, de 05/09/19, conforme descrito em **3.2.1** (de forma que abuso de autoridade é um subconjunto dos abusos de poder, mais precisamente daqueles que foram positivados).

> *"Tanto o excesso de poder como o desvio de poder podem configurar crime de abuso de autoridade, quando o agente público incidir numa das infrações previstas na Lei nº 4.898, de 9-12-65, alterada pela Lei nº 6.657, de 5-6-79, hipótese em que ficará sujeito à responsabilidade administrativa e à penal, podendo ainda responder civilmente, se de seu ato resultarem danos patrimoniais.", Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "Direito Administrativo", pg. 228, Editora Atlas, 19ª edição, 2006*

> *"O abuso de poder ou abuso de autoridade corresponde ao excesso nas ações para a persecução do interesse público ou nas ações ou omissões tendentes a desviar desse interesse. Compreende, com isso, o excesso de poder e o desvio de poder ou desvio de finalidade, e suas condutas civil e criminalmente ilícitas estão tipificadas na Lei de Abuso de Autoridade, Lei 4.898/65. No Primeiro caso, a Administração vai além do disposto na regra de competência, adentrando situações não discriminadas em lei, ao passo que no segundo caso, desvio de poder, a Administração direciona suas condutas para fins distintos dos estipulados como de interesse público. À vista desses elementos, diferentemente do dever de comunicação de irregularidades do inciso VI e XII, o dever de representação, por força de sua redação típica que coloca em voga, nas expressões "omissão de poder" e "abuso de poder", condutas passíveis de realização somente por agentes públicos, reporta-se estritamente à seara do setor público.Todavia, para a "ilegalidade" o dever vem a alcançar tanto o público quanto o privado, devendo o servidor representar diante de infrações à lei, praticadas por agente públicos ou por terceiros, particulares. Com efeito, nesse último caso, as ilegalidades não se prendem somente à seara do público, devendo o servidor também representar quando se deparar com ações ilegais cometidas por particulares e que, de forma direta ou indireta, venham a afetar a prestação do serviço público. Citamos o exemplo do fiscal sanitário que, no exercício de suas funções, depara-se com construção irregular de imóvel que contraria gravemente o plano de desenvolvimento municipal e provoca danos ao meio ambiente, o que atrai a imposição estatutária de dar conhecimento às autoridades competentes, para o embargo da obra e a iniciativa das ações cíveis e, sendo o caso, criminais cabíveis.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pg. 226, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Assim, com viés mais específico que aquele enquadramento no inciso VI do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, quando o servidor tem ciência, em razão de seu múnus público, de ato funcional de autoridade eivado de alguma daquelas três espécies de crítica acima descritas, recai sobre o agente o dever funcional de representar, na sua via hierárquica, a partir do seu chefe imediato.

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

Além das similitudes e diferenças acerca da materialidade deste inciso em face do inciso VI do mesmo art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, reporta-se aqui ao tópico **4.7.2.6**, para se aproveitarem, na íntegra, todos os arrazoados já lá apresentados acerca da possibilidade de o presente enquadramento abarcar tanto atitudes culposas quanto dolosas do servidor que não cumpre seu dever de representar; de tal dever se restringir ao conhecimento de fatos que o servidor venha a ter em virtude do cargo que ocupa e exclusivamente sobre atos cometidos pela autoridade representada enquanto esta também se encontra na condição de agente público, afastando-se, sob ambas óticas, os contextos das vidas exclusivamente privadas.

Também repercutem igualmente aqui os entendimentos de que o dever funcional se estende às demais autoridades da linha hierárquica, e não apenas sobre o agente que primeiramente tem ciência de ato ilegal, omissivo ou abusivo, incidindo sobre qualquer um a quem seja encaminhada a representação e que obstrua o conhecimento por parte da autoridade correcional. Igualmente, a rigor, não se tem suprido o dever em tela se a representação é ofertada fora da via hierárquica ou apenas a órgãos externos, ressalvando-se, no entanto, as hipóteses de suspeita sobre autoridades hierarquicamente superiores e a justificada representação dirigida apenas à Controladoria-Geral da União (CGU).

Também repercutem aqui a presunção de representação formulada com boa-fé e a ausência de previsão legal para persecução contra o representante, aplicando-se igualmente o comando protetório do art. 126-A da Lei nº 8.112, de 1990.

Todos estes temas acima encontram-se devidamente desenvolvidos no tópico **4.7.2.6**, enquanto os requisitos básicos validade de uma representação se encontram descritos em **2.4.1**, a cujas leituras se remete, a fim de se evitar desnecessárias repetições.

Em razão das definições já apresentadas em **2.5.3.4**, este ilícito tem natureza permanente, pois, embora a ilicitude já se consuma desde o primeiro momento em que o servidor tem ciência da suposta ilegalidade, omissão ou abuso de poder e se omite no dever de representar, a conduta antijurídica de afronta se prolonga no tempo até que o infrator resolva cumprir o dever legal.

4.7.3 - Afronta às Proibições do Art. 117

O art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, elenca as proibições impostas aos servidores.

A afronta aos incisos I a VIII e XIX acarreta pena de advertência ou de suspensão (a parte final do art. 129 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, possibilita a aplicação de suspensão mesmo não havendo reincidência). Algumas destas proibições, quando se encerram em si mesmas e não são mero instrumento de infração mais grave, podem ter natureza apenas culposa (cometida por negligência, imprudência ou imperícia), enquanto outras podem ser dolosamente violadas. Destaque-se que, ainda assim, nenhuma delas, por si só, mesmo em reincidência, implica em proposta de pena capital (demissão, destituição de cargo em comissão ou cassação de aposentadoria ou de disponibilidade).

Já os incisos IX a XVI discriminam atos de natureza dolosa que acarretam pena

expulsiva (com exceção do inciso XV, que é a única hipótese de ato culposo punível com pena máxima). Residualmente, a afronta aos incisos XVII e XVIII implica pena de suspensão.

É de se ressaltar que, à luz do atual ordenamento constitucional (leia-se art. 5º, LV da CF), não se admite nenhuma hipótese de configuração de qualquer destes ilícitos e a consequente apenação sem a instauração do devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, por mais imediato, notório ou faticamente simplório que possa parecer algum enquadramento. Neste sentido, para qualquer inciso deste artigo, aproveitam-se os argumentos expostos em **4.10.2.4.5**, em que se defende o rito legal para hipótese do art. 130, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Seguem abaixo os enquadramentos do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com algumas observações cabíveis mais relevantes.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 117. Ao servidor é proibido:*
> *I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;*
> *II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;*
> *III - recusar fé a documentos públicos;*
> *IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;*
> *V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;*
> *VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;*
> *VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;*
> *VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;*
> *IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;*
> *X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008)*
> *XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;*
> *XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;*
> *XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;*
> *XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;*
> *XV - proceder de forma desidiosa;*
> *XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;*
> *XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;*
> *XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho.*
> *XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
> *Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos: (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)*
> *I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a*

seus membros; e (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)
II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses. (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)

4.7.3.1 - Inciso I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato

Em acréscimo ao dever insculpido no art. 116, X do Estatuto, em **4.7.2.10** (ser assíduo e pontual ao serviço), tem-se a proibição de se ausentar no meio do expediente de forma desautorizada. Ou seja, o servidor não só deve ser assíduo (comparecer regularmente nos dias de expediente) e pontual (observar os horários demarcados de entrada e de saída), bem como ainda deve efetivamente permanecer no local de trabalho durante todo o horário de expediente, sendo-lhe vedadas as saídas abusivas e imotivadas no curso do dia, ainda que retorne antes do fim do expediente.

Aplicam-se a esta proibição as regras enumeradas no inciso X do art. 116 do Estatuto, acerca da obrigatoriedade de o superior hierárquico cortar o ponto na falta de justificativa plausível e da possibilidade ainda da repercussão disciplinar; da possibilidade de ele autorizar compensação mediante justificativa aceitável e do amparo no Decreto nº 1.590, de 10/08/95, para ele abonar a ausência decorrente de interesse do serviço.

Destaque-se que o dispositivo não mede nem a relevância e nem a urgência do motivo imprevisto que leva o servidor a se ausentar; daí, tais circunstâncias, mesmo se existentes, a rigor, em tese, não afastam o enquadramento. A Lei exige que, em qualquer caso, o servidor comunique a seu chefe imediato a necessidade de se retirar de seu local de trabalho, seja por saída antecipada, seja por chegada em atraso, sem prejuízo da posterior compensação de horário. Por bom senso, é aceitável que qualquer indivíduo, nos dias atuais, em vida urbana, tenha eventual necessidade, imprevista, de se ausentar. Não é este tipo de evento que a Lei visa a proibir; a tutela que se quer é de respeito à hierarquia e ao bom funcionamento da máquina pública, mediante o aviso ao superior, a fim de que este, se, a seu exclusivo critério, entender pertinente o motivo e autorizar a saída, uma vez avisado, tenha como propiciar alternativa à continuidade do serviço.

Para que se cogite de enquadrar no presente art. 117, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, o servidor que se ausenta desautorizadamente, mas assina o ponto com oito horas trabalhadas, é necessário que haja no autos outras provas que superem a folha de ponto ideologicamente falsa. Obviamente, se restar como única prova a folha de ponto integralmente preenchida pelo servidor e assinada pela chefia, a responsabilização não se sustentará.

A leitura atenta deste enquadramento, cuja ação é o verbo “ausentar”, permite interpretar como possível sua aplicação para um ato isolado e eventual de ausência não autorizada, não sendo necessário se ter conduta de habitualidade, nos termos já dispostos em **2.5.3.4**.

Assim, compreende-se que as faltas de um dia inteiro e as chegadas em atraso ou saídas antecipadas podem ser enquadradas, em tese, no art. 116, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (ser assíduo e pontual ao serviço, conforme se definiu em **4.7.2.10**), quando se tem um caráter habitual da conduta de pequena afronta, nos termos já dispostos em **2.5.3.4**. Não obstante, as chegadas em atraso ou saídas antecipadas também podem ser enquadrados no presente art. 117, I da mesma Lei, em que o parâmetro em análise é a autorização, contemplando um efeito mais pontual, de um único ato ter sido desrespeitoso à hierarquia e à continuidade dos trabalhos.

Mas, em todos estes casos, de enquadramento no art. 116, X e no art. 117, I da Lei nº

8.112, de 11/12/90, muito fronteiriços com aspectos de gerência administrativa de pessoal (que, em primeiro momento, nem sempre se confundem com repercussão disciplinar), não se deve afastar de aspectos de razoabilidade e bom senso, para não vulgarizar o instrumento do processo administrativo disciplinar. Se, por um lado, é difícil definir uma quantificação para estes enquadramentos, por outro, é certo que, muito teoricamente, em tese, poderia se cogitar de responsabilização até por ato único, dependendo do grau de prejuízo trazido, do desrespeito à hierarquia, etc.

> *"A proibição de ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato prescreve que o servidor, uma vez tendo ingressado no ambiente de exercício de suas funções e para o seu desempenho, estará impedido de se retirar da repartição, para tratar de interesses particulares, ou mesmo para o trato de situações de interesse do serviço público, sem a necessária autorização do chefe imediato. Todavia, muito comum se interpretar equivocadamente esse dispositivo como um dever de o chefe imediato impedir a retirada da repartição do servidor público a ele subordinado. No entanto, não deve haver o cerceamento do direito de ir e vir, mas tão somente a submissão da conduta sem autorização às sanções disciplinares. Se acaso o agente público manifestar a vontade de se retirar das dependências da repartição, não poderá ser impedido pelo chefe ou pelos demais servidores, ficando, porém passível de responsabilização estatutária por esse ato ... Todavia, impõe-se ao servidor público o dever de solicitar autorização para se ausentar de expediente. Essa anuência do chefe imediato pode ser escrita ou meramente verbal.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pgs. 228 e 229, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Cabe aqui reiterar o já aduzido em **4.7.2.10**, quanto à questão de viagem ao exterior, por motivo pessoal, por parte de servidor. Obviamente, em dias de expediente para os quais o agente não conta com nenhum amparo, direito ou concessão para não comparecer ao trabalho (como poderiam ser, por exemplo, o fato de o servidor ter optado pelo programa de gestão na modalidade de teletrabalho, ou para servidor diarista ou plantonista, seriam os dias de feridos e fins de semana ou os preíodos de férias, de licença ou de qualquer outro afastamento), a ausência ao serviço pode ser enquadrada naquele já mencionado inciso X do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990. Mas o fato em si de o servidor estar no exterior, por mera liberalidade sua, quando falta ao trabalho não agrega nenhum outro dever descumprido ou proibição infringida. Não há dever legal de servidor pedir autorização para ir ao exterior em caráter particular, de forma que a sua ausência ao trabalho, estando ou não fora do País, é igualmente punida apenas em razão da conduta absenteísta por si só. O que há apenas, em norma já muito defasada, mas ainda em vigor, é o comando do art. 6º do Decreto nº 91.800, de 18 de outubro de 1985, que determina que o servidor comunique ao seu chefe imediato seu possível endereço. Mesmo este comando, no estágio de evolução das comunicações entre pessoas, ao se harmonizar a aplicação do Direito ao contexto social em que se insere, deve ser hoje em dia mitigado, vez que o servidor pode ser facilmente localizado, por meio de telefones celulares, endereços eletrônicos particulares, serviços ou aplicativos de mensagens instantâneas para envio e recebimento de mensagens digitais e redes sociais de que participe.

> *Decreto nº 91.800, de 1985 - Art. 6º - Independem de autorização as viagens ao exterior, em caráter particular, do servidor em gozo de férias, licença, gala ou nojo, cumprindo-lhe apenas comunicar ao chefe imediato o endereço eventual fora do País.*

4.7.3.2 - Inciso II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição

O inciso cuida de zelar pela manutenção do acesso dentro da própria repartição, para uso ou consulta, por parte de todo o quadro funcional e até de particulares ilegalmente interessados, a bens (no sentido mais geral do termo, que inclui processos administrativos *lato sensu*) de interesse do serviço e de evitar acesso, fora da repartição, de terceiros estranhos ao serviço a tais bens. Consequentemente, o presente enquadramento também veda o uso indevido e o desvio de finalidade dos materiais públicos, disponibilizados ao servidor não para uso pessoal ou particular, mas tão somente para cumprir suas atribuições legais.

> *"Impõe ao servidor público o dever de solicitação de autorização para a retirada de documentos e materiais do ambiente da repartição e desde que devidamente justificada pelo interesse público. Não há que se falar em possibilidade de lícita subtração momentânea desses materiais para o trato de interesses particulares.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pg. 232, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

A norma elenca como elemento que afasta a imputação apenas o conhecimento dado à autoridade (hierarquicamente superior ou que detém a responsabilidade ou a carga do documento ou objeto). Ou seja, a princípio, o *animus* subjetivo com que o servidor retira documento ou objeto da repartição não foi apreciado pelo legislador ao impor esta proibição. A rigor, ainda que o servidor retire, por exemplo, documentos ou processo para trabalhar em casa e os restitua, se o faz sem anuência, em que pese a boa intenção, em tese, configura o ilícito em questão. É, portanto, enquadramento a ser visto com extremo bom senso e critério razoável.

Em qualquer caso, a prévia comunicação à autoridade e sua anuência (ainda que tácita, como pode-se presumir em determinados casos específicos) afastam o caráter ilícito da retirada. Mas, por outro lado, este consentimento da autoridade somente legitima a retirada que seja de interesse do serviço; sendo a retirada motivada por interesses meramente pessoais, incorrem em irregularidade (outro enquadramento, não este em tela) não só o servidor mas também o superior que sabidamente autorizou.

Mas é de se ressalvar a exceção legal para processos fiscais relativos a tributos e contribuições e a penalidades isoladas no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. O art. 38 da Lei nº 9.250, de 26/12/95, estabelece um mandamento específico, que não contempla a possibilidade de autorização da chefia, e que aqui deve ser tido como norma mais específica a se sobrepor à norma mais geral (o art. 117, II da Lei nº 8.112, de 11/12/90), de que os processo fiscais, como regra, não podem sair da repartição.

> *Lei nº 9.250, de 26/12/95 - Art. 38. Os processos fiscais relativos a tributos e contribuições federais e a penalidades isoladas e as declarações não poderão sair dos órgãos da Secretaria da Receita Federal, salvo quando se tratar de:*
> *I - encaminhamento de recursos à instância superior;*
> *II - restituições de autos aos órgãos de origem;*
> *III - encaminhamento de documentos para fins de processamento de dados.*
> *§ 1º Nos casos a que se referem os incisos I e II deverá ficar cópia autenticada dos documentos essenciais na repartição.*
> *§ 2º É facultado o fornecimento de cópia do processo ao sujeito passivo ou a seu mandatário.*

Ademais, o inciso em tela do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, somente se aplica quando a retirada se dá com intuito de posterior restituição. Se o servidor age com intenção de não devolver, o enquadramento pode ser no art. 132, X do Estatuto (dilapidação do patrimônio público); e se a intenção for destruir documento com o fim de favorecer o particular, já se pode cogitar de valimento de cargo ou até de ato de improbidade (art. 117, IX ou art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 11/12/90).

> *Formulação Dasp nº 82. Infração disciplinar*

A infração prevista no item II do art. 195 do Estatuto dos Funcionários pressupõe a intenção de restituir.
*(**Nota**: O inciso II do art. 195 do antigo Estatuto proibia ao servidor retirar, sem prévia autorização da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição.)*

4.7.3.3 - Inciso III - recusar fé a documentos públicos

Vez que, até prova em contrário, os documentos públicos originais gozam da presunção de legitimidade, o presente enquadramento é autoexplicativo, não comportando muita discussão. O inciso tutela a credibilidade dos documentos emitidos por órgão público, preceituado no art. 19, II da CF, preservando a relação entre entes federativos a fim de que não haja distinções quanto à validade de documentos por eles emitidos, e, indiretamente, o direito de o administrado ser atendido com presteza. A recusa, por parte do servidor, de documento público ofende não só o órgão emissor como também impõe ao pleito do administrado desnecessária procrastinação. Daí, desde que o documento público, apresentado em via original ou em certidão oficial, não contenha indícios de adulteração, falsificação ou fraude, é dever do servidor recepcioná-lo, sem impor objeção. A obrigação não se estende a documento apresentado em qualquer forma de cópia.

"A fé pública, publica fides, é objetividade jurídica protegida pelas normas penais e, não obstante, disciplinares estatutárias, considerada a confiança que se deposita em certas pessoas, em virtude do cargo ou da função (Filangieri) ou em certas coisas, objetos materiais, tais como documentos, moeda, títulos, papéis, marcas ou sinais, nome e qualidade. Em que pese a fé pública abranger não somente os documentos, o tipo em análise refere-se delimitadamente ao dever de reconhecimento da veracidade e legitimidade destes, quais sejam: os documentos, apresentados no original, deixando de fora da proteção jurídica as pessoas detentoras de funções encargos públicos.
Ressalte-se que a desconfiança acerca da autenticidade, legitimidade ou veracidade do documento e sua recusa daí decorrente, obstando o exercício de direitos pelo administrado, não configuram o ilícito sob análise, posto que este, para a sua ocorrência, requer o animus de negar, com consciência e vontade, validade ao documento reconhecidamente público,válido e eficaz". Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pgs. 234 e 235, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.

4.7.3.4 - Inciso IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço

O inciso desdobra-se em dois dispositivos, de cristalina compreensão, ambos tutelando tanto o dever de respeito à hierarquia em relação à chefia quanto o dever de atender com presteza ao particular, vedando condutas contrárias aos princípios da legalidade, da eficiência e da impessoalidade.

Em sua primeira parte, o inciso veda a imposição, por parte do servidor, de exigências incabíveis ou inatendíveis, bem como a criação de embaraços e obstáculos injustificáveis e a negação imotivada que prejudiquem a regular tramitação de documentos ou de processos. Obviamente, a provocação que chega ao servidor e que é objeto de sua inação ou postergação tanto pode ser proveniente de ordem de chefia superior quanto pode ser proveniente de petição de particular.

Em sua segunda parte, o inciso veda as mesmas posturas por parte do servidor diante da determinação de superior hierárquico ou do vinculado exercício das atribuições legais de seu cargo diante de provocações recebidas de particular para que execute determinada tarefa.

Tanto em um caso quanto no outro, o enquadramento tutela o regular andamento da prestação do serviço público, vedando a injustificada inação ou postergação por parte do servidor, seja para atender ordem superior, seja para exercer as atribuições legais do cargo.

> *"A tipificação impõe ao servidor público o dever de exercício de suas atribuições sem retardo ou morosidades injustificadas, ou sem ações ou omissões que declinem desinteresse no andamento do feito, despautadas do interesse público. Deve, assim, dar efetiva tramitação, decidindo, motivando, emitindo despachos ou pareceres, ou confeccionando atos ou minutas de atos para análise de autoridades superiores, nos procedimentos e documentos que chegarem a seu conhecimento e para suas providências ... O núcleo da figura típica disciplinar é o verbo "opor", que reflete as condutas de "antagonizar", "confrontar", "objetar", "obstacularizar", "obstar", "refutar" e "divergir". Muito embora exprima aparentemente uma ação, denota-se, na redação da norma, um sentido também de omissão, posto que se permite a oposição tanto por meio de condutas ativas, comissivas, como por meio de condutas passivas, omissivas, a exemplo de o responsável pelo andamento do procedimento o deixar parado sobre sua mesa por algumas semanas, sem qualquer manifestação formal ou justificativa.",. Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pgs. 238 e 239, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

4.7.3.5 - Inciso V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição

Mais do que a questão pessoal do apreço ou do desapreço manifestados a favor de alguém ou contra, a tutela que aqui se quer é garantir o bom funcionamento da repartição, preservando-a como um local exclusivamente empregado para a função laborativa dos servidores e não para servir de palco de manifestações que venham a perturbar o bom andamento do serviço. Exacerbações de admiração, apego, desprezo, desrespeito, dentre outras formas de manifestação exagerada de sentimentos humanos, são enquadradas no presente inciso.

Cuida-se aqui não apenas de tutelar afronta ao princípio da impessoalidade, mas também busca-se proteger a higidez do ambiente de trabalho em face da possível perturbação que pode decorrer de demonstrações de exagerade parcialidade. Neste rumo, os fatos que perturbam o ambiente, mais do que elogios ou críticas, são posturas de coação, constrangimento ou aliciamento de qualquer espécie contra outrem.

Não obstante a tutela extensiva do enquadramento também a favor da preservação do ambiente de trabalho, é defensável a interpretação de que o legislador tutelou o tratamento exagerado em relação a pessoas físicas. Ao contrário da lealdade e da deslealdade, que são institucionais, não há, estatutariamente, apreço ou desapreço ao próprio órgão ou a outras instituições ou à Administração Pública como um todo, mas sim apenas em face de pessoas físicas.

Não configura manifestação de desapreço, a desfavor do representado, o fato de o representante coletar assinatura de outros servidores com o intuito de reforçar a notícia de fatos supostamente irregulares consubstanciados em representação.

> *Formulação Dasp nº 2. Manifestação de desapreço*
> *Não constitui manifestação de desapreço reforçar comunicação de fatos verdadeiros com assinatura de companheiros de serviço.*

É mais um inciso a requerer bom senso e razoabilidade, ao se deparar com representação por conta de inofensivas, pequenas, rápidas e previamente agendadas manifestações elogiosas ou homenagens (como de aniversário, por exemplo), desde que não

interfiram na continuidade do serviço, sobretudo de atendimento a público.

Nesta linha, não se deve confundir as tutelas do enquadramento em tela com direitos e garantias fundamentais individuais de molde constitucional, pois a Lei estatutária não mitigou as garantias de liberdades de manifestação identificada do pensamento e de incensurável expressão a favor do cidadão comum, respectivamente asseguradas nos incisos IV e IX do art. 5º da Constituição Federal (CF), somente se tornando aplicável quando a conduta funcional se situe em patamar de ofensividade que ultrapasse aquele direito fundamental individual de molde constitucional.

Também é possível traçar uma fronteira, embora tênue, entre o enquadramento em tela e o dever funcional de tratar as pessoas com urbanidade, previsto no inciso IX do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Caso a manifestação depreciativa tenha sido dita diretamente à pessoa alvo da ofensa, com este foco subjetivo específico de interlocução, pode ser enquadrada como falta de urbanidade; caso a manifestação depreciativa tenha sido feita de forma a ser percebida e detectada por outra ou por por outras pessoas, podendo ou não estar incluído o destinatário da ofensa, pode-se enquadrar no inciso em tela. Na manifestação de desapreço, a intenção é de tornar a antipatia nutrida pública ou ao menos conhecida por outras pessoas, enquanto a falta de urbanidade tem um foco mais específico voltado à própria pessoa ofendida.

As manifestações cabíveis no enquadramento em tela podem ser verbalizadas ou escritas em documentos físicos, com suporte documental em papel, ou em documentos digitais, com suporte documental em meio digital, incluindo-se mensagens no correio eletrônico institucional.

Neste rumo, convém mencionar que, em **3.2.3.1.3**, a cuja leitura se remete, se abordaram as questões contemporâneas da maciça adoção do programa de gestão na modalidade de teletrabalho, exposto em **2.2.1.4**, e das manifestações de servidor em redes sociais privadas. Com um imenso percentual de servidores desempenhando suas atribuições funcionais em casa e com advento de ferramentas tecnológicas simplificadoras de rotinas de trabalho - tendo ambos fatos alterado o contexto laboral em impressionante velocidade -, mitigaram-se em muito as noções tradicionais de repartição. Este limite físico de espaço migrou para o ambiente residencial dos servidores e dificultou o estabelecimento da separação da vida privada em face da vida funcional, inclusive porque a Administração perdeu parte de seu controle outrora exercido sobre os atos cometidos em suas dependências, sob vigilâncias de chefias e de colegas e mediante uso exclusivo de seus equipamentos institucionais. O presente enquadramento deve, então, ter sua leitura atualizada, no que tange à sua elementar “na repartição”, à luz deste contexto moderno.

4.7.3.6 - Inciso VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado

Inciso de aplicação imediata, visto que o cargo, exclusivamente ocupado pelo servidor, é intransferível, assim como também é intransferível o exercício de suas atribuições legais. Não se permite que servidor atribua, delegue ou transfira, para terceiros, sua responsabilidade ou a de seu subordinado.

Óbvio que não incorre nesta irregularidade o servidor que, em situações de desacato ou embaraço a suas atribuições, socorre-se de auxílio de terceiros.

O inciso alcança a transferência ou a delegação, a estranho, de atribuição legal que regularmente seria do servidor ou de seu subordinado; não se enquadra neste inciso a conduta de o servidor incumbir o particular de tarefa ilícita ou criminosa.

Formulação Dasp nº 149. Infração disciplinar

A infração prevista no art. 195, XI, do Estatuto dos Funcionários pressupõe a atribuição ao estranho, de encargo legítimo do funcionário público.
*(**Nota**: O inciso XI do art. 195 do antigo Estatuto proibia ao servidor cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de encargo que lhe competia ou a seus subordinados.)*

"O conceito de atribuição pode ser entendido como o rol de responsabilidades e tarefas previstas em lei ou em regulamento, e a cargo do agente público, regularmente investido e em exercício, posto que essencialmente decorrentes das funções desempenhadas no cargo. O superior hierárquico administrativo, embora tenha o dever de gerir a repartição sob sua responsabilidade, não possui o condão de, mesmo a pretexto de visar ao interesse público, cometer a terceiros estranhos ao ambiente administrativo, mesmo que momentaneamente, as atribuições que seriam de sua responsabilidade ou de seus subordinados. Mesmo que se trate de servidores públicos lotados em outras unidades, repartições, órgãos ou instituições públicas, federais, estaduais ou municipais, se acaso não necessariamente lotados no órgão de exercício - salvo, por exemplo, em casos de cessão, missões legais específicas, exercício de cargo em comissão ou função de confiança, etc.- não estarão legitimados ao desempenho de funções de outros servidores locais.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pg. 243, Editora Juruá, 1ª edição, 2013

4.7.3.7 - Inciso VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político

Inciso de entendimento imediato, proíbe o uso de ameaça e de força ou de constrangimento, velados ou ostensivos, por parte de autoridade ou superior hierárquico, com o fim de forçar a filiação à entidade. Verifica-se que o enquadramento não se volta ao servidor comum, mas àquele que possui subordinados, ou seja, àquele que detém poder de mando. O enquadramento em tela exemplifica a intolerância com que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, trata o uso indevido do cargo.

Conforme já se aduziu em **4.6.3.1**, a despeito de a regra geral da Lei nº 8.112, de 11/12/90, considerar o elemento subjetivo das irregularidades de índole dolosa satisfeito com a vontade genérica de o servidor cometer a conduta objetivamente descrita na literalidade do enquadramento sem ter uma finalidade específica em sua ação (bastando que o autor se mova pelo ânimo que a doutrina classifica de dolo genérico), tem aqui um enquadramento em que a sua própria literalidade impõe a configuração de ânimo subjetivo específico, qual seja, de o agente ter a intenção determinada, ao constranger ou aliciar subordinados, de que estes se filiem a associação profissional ou sindical ou a partido político (exigindo-se que autor se mova pelo ânimo que a doutrina classifica de dolo específico). Se a coação ou o aliciamento desejar atingir outro fim, não é de se cogitar deste enquadramento regido pelo dolo específico.

Destaque-se que, como o enquadramento tem como ações verbais "coagir ou aliciar", o que se presume certo grau de pressão sob o subordinado, o mero convite à filiação não é considerado coação.

Obviamente, não compete à Administração tutelar o direito de associação e as livres manifestações de pensamento e de convicção política de seu servidor em sua vida privada, dissociadas do serviço. Tais atividades não se encontram atingidas pela presente proibição.

Não obstante, o enquadramento em tela incide sobre condutas cometidas por autoridade ou superior hierárquico, tanto no pleno exercício do cargo quanto a ele associado, de forma que se vedam a coação ou o aliciamento mesmo em vida privada se em tais condutas o agente utiliza de seu poder de hierarquia.

4.7.3.8 - Inciso VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil

Este enquadramento específico da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, restringe sua proibição à manutenção de servidor preenchendo cargo em comissão ou exercendo função de confiança sob direta subordinação de seu cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau. Conforme já exposto em **3.2.4.2.1**, os cargos em comissão são de livre nomeação (como, por exemplo, para os integrantes do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS) e as funções de confiança, também chamadas de funções comissionadas, são de livre designação (como, por exemplo, para os ocupantes de Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE ou de Funções Gratificadas - FG).

Esclareça-se que a afirmação, no parágrafo acima, de que a proibição estatutária recai sobre a manutenção da nomeação ou sobre a manutenção da designação de "servidor", deve ser compreendida já após a ocupação do cargo em comissão ou da função de confiança, o que não se confunde com afirmar que o agente nomeado para cargo em comissão ou designado para função de confiança necessariamente já fosse servidor. À vista do exposto em **3.2.4.2.1**, relembre-se que, enquanto as funções de confiança, por definição no inciso V do art. 37 da Constituição Federal (CF), obrigatoriamente são ocupadas apenas por servidores detentores de cargo efetivo, os cargos em comissão podem ser ocupados tanto por servidores detentores de cargo efetivo quanto por pessoas sem nenhum outro vínculo com a Administração, mas que também passam a ser consideradas servidores de provimento em comissão, na acepção do *caput* do art. 3º e dos incisos I e I do *caput* do art. 9º, ambos da Lei nº 8.112, de 1990.

Portanto, a vedação estatutária específica recai sobre a manutenção da nomeação de qualquer pessoa, já servidor efetivo ou não, para ocupar cargo em comissão (e, no caso de pessoa que não possuía vínculo estatutário, passa a tê-lo) ou sobre a manutenção da designação de servidor efetivo para ocupar função de confiança, em ambos casos sob direta subordinação de seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau.

No silêncio da Lei nº 8.112, de 1990, interpreta-se que a vedação se estende a parentes até segundo grau, tanto em linha reta quanto colateral, nos termos dos arts. 1.591 a 1.595 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC). Acrescente-se, ainda da lei civil, que o parentesco resultante da adoção limita-se ao adotante e ao adotado, de forma que os parentes até segundo grau de ambos não estão alcançados pelo impedimento em tela.

Em **4.2.6** foram apresentadas as definições de graus de parentesco e a forma de contá-los, a cuja leitura se remete.

Esclarecido o alcance do grau de parentesco que, somado a cônjuge e companheiro, define a expressão que aqui se emprega como "familiares", de imediato, atente-se que a proibição estatutária em tela atinge apenas a relação familiar com a chefia imediata. Não é alcançada por esta vedação a existência de relação familiar entre servidores separados por mais de um grau de hierarquia funcional, ou seja, se entre eles houver pelo menos um chefe intermediário.

Além disto, há de se ratificar mais uma limitação à aplicação do presente enquadramento da Lei nº 8.112, de 1990. A apreciação se faz necessária porque a redação deste inciso pode deixar dúvida se a palavra "cargo" teria o sentido amplo (tanto de provimento efetivo quanto de provimento em comissão) ou se, em leitura conjunta com a palavra "função", limita-se aqui ao provimento em confiança. Em outras palavras, é necessário afastar a dúvida de que o complemento nominal "de confiança", constante da literalidade do enquadramento, não se aplica apenas à função, mas sim se aplica tanto ao cargo quanto à função. Na linha com que já se iniciou a análise do presente enquadramento,

opta-se pela segunda hipótese, asseverando-se que o enquadramento em tela preocupa-se apenas com a hipótese de ambos agentes deterem cargos em comissão ou funções de confiança, não estando atingido o provimento apenas em cargo efetivo de cônjuge, companheiro ou parente de até segundo grau.

Importante destacar que, no texto legal, a ação verbal proibida é de a autoridade superior manter o seu familiar com provimento em comissão ou de confiança sob sua direta subordinação. Ou seja, não é necessário para perfazer o enquadramento estatutário em tela que a autoridade sob crítica tenha nomeado ou designado o seu familiar. Para incorrer na ilicitude, basta que mantenha esta situação de simultaneidade de provimentos em comissão ou de confiança proibida, ainda que não tenha sido quem nomeou. Deparando-se com tal situação de proibida concomitância, para afastar a ilicitude, compete a esta autoridade pedir sua exoneração ou dispensa ou exonerar ou dispensar o familiar diretamente subordinado, caso tenha competência para tal, ou provocar a exoneração ou dispensa por parte da autoridade superior competente. Se, além de manter a situação legalmente vedada, a autoridade também tiver nomeado ou designado o familiar sob direta subordinação, tal fato antecedente pode atuar, à luz exclusivamente do regramento imposto pela Lei nº 8.112, de 1990, ou seja, da proibição em tela, prevista no inciso VII do seu art. 117, na dosimetria punitiva permitida no *caput* do seu art. 128 e no art. 16 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, como uma agravante, possivelmente ensejadora da aplicação de pena de suspensão, em lugar da pena originalmente prevista para a presente infringência, que seria de advertência.

Em razão das definições já apresentadas em **2.5.3.4**, a ilicitude sob análise tem natureza permanente, pois, embora a ilicitude já se consuma desde o primeiro momento em que o servidor mantenha o cônjuge, companheiro ou o parente em relação direta de subordinação e confiança, a conduta antijurídica se prolonga no tempo até que o infrator resolva promover ou provocar a exoneração ou a dispensa daquele outro agente.

A presente vedação estatutária limita-se à autoridade manter sob sua direta subordinação o seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau em cargo em comissão ou em função de confiança. Como consequência da necessária hierarquia direta, na regra geral voltada para a imensa maioria dos agentes públicos (de que se excluem hipóteses especiais, como, por exemplo, de relação familiar entre Ministro de Estado e dirigentes máximos de órgãos da Administração direta ou de entidades da Administração indireta que lhe sejam diretamente subordinados), a aplicação do presente enquadramento estatutário restringe-se a servidores lotados em mesmo órgão ou entidade, não havendo que se cogitar de afronta ao dispositivo legal se cônjuges, companheiros ou parentes até segundo grau ocupam cargos em comissão ou funções de confiança em órgãos ou entidades distintas da autoridade superior.

Com isto, ainda que no âmbito restrito de um mesmo órgão ou de uma mesma entidade, não há impedimento legal, no alcance limitado do enquadramento estatutário em tela, para que o servidor, a qualquer tempo (desde a nomeação ou ao longo da vida funcional), exerça seu cargo efetivo, sem cargo em comissão ou função de confiança, diretamente subordinado a seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau. Tampouco configura a vedação em comento o fato de o servidor, a qualquer tempo (desde a nomeação ou ao longo da vida funcional), trabalhar junto a seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau, não havendo relação de chefia entre eles, tanto pelo fato de nenhum dos dois ocupar cargos em comissão ou funções de confiança ou até mesmo pelas hipóteses de ambos ocuparem cargos em comissão ou função de confiança de mesma hierarquia ou com hierarquia não direta ou ainda sem nenhuma ligação hierárquica.

Portanto, a título figurado, na acepção estrita do inciso VIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, no contexto específico da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), pode um servidor exercer seu cargo efetivo, sem nenhum provimento em comissão ou de confiança, em direta subordinação ao Chefe da Divisão, da Seção, do Serviço ou do Setor

que é seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau; mas já não pode este mesmo servidor ser o Chefe da Divisão, da Seção, do Serviço ou do Setor que se subordina diretamente ao Delegado, Inspetor ou Superintendente que é seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau. Por outro lado, não afronta este enquadramento estatutário o o fato de um servidor exercer, na mesma Divisão, Seção, Serviço ou Setor, seu cargo efetivo ao lado do seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau, como simples colegas de trabalho, sem que ambos possuam qualquer provimento em comissão ou de confiança. Tampouco há ilegalidade em ambos terem provimentos em comissão ou de confiança de Chefes de distintas Divisões, Seções, Serviços ou Setores de uma mesma Delegacia ou Inspetoria ou Superintendência Regional ou ainda em ambos serem Delegados ou Inspetores de diferentes unidades no âmbito de uma mesma Superintendência Regional. E menos ainda haveria de se cogitar de afronta ao presente enquadramento na hipótese de um servidor ser Chefe de Divisão, de Seção, de Serviço ou de Setor ou ser Delegado ou Inspetor e seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau possuir qualquer provimento em comissão ou de confiança em outra unidade da mesma região fiscal (RF) ou em unidade de outra RF ou em unidade do sistema correcional ou do sistema de pesquisa de investigação, em hipóteses em que nem sequer se cogita de relação hierárquica entre eles. Por fim, nem há que se mencionar este enquadramento na hipótese de um servidor ter provimento em comissão ou de confiança na RFB e seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau também o ter em outro órgão ou entidade.

Em síntese, verificam-se duas tutelas de reflexo constitucional no presente enquadramento estatutário. De imediato, busca-se vedar a previsível afronta ao princípio da impessoalidade quando as relações cotidianas de proximidade no trabalho, que deveriam se pautar apenas em confiança de natureza técnico-profissional, entre o agente comissionado subordinado e seu chefe imediato, misturam-se com vínculos familiares. E, em respeito ao princípio da moralidade administrativa, busca-se também proteger a Administração do chamado favorecimento e nepotismo, em detrimento da necessária e salutar meritocracia a nortear as decisões administrativas, mácula que pode ocorrer se a distribuição de cargos em comissão e de funções de confiança pautar-se apenas em relações familiares.

Neste rumo, em 12/11/08, o Supremo Tribunal Federal (STF) emitiu a sua Súmula Vinculante nº 13, cujo texto estende o espectro da crítica, considerando como inconstitucional a nomeação ou designação de cônjuge, companheiro ou parente até terceiro grau não só da própria autoridade nomeante mas até mesmo de qualquer servidor investido em cargo em comissão, para exercer cargo em comissão ou função de confiança, no âmbito da mesma pessoa jurídica, em qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

> *STF, Súmula Vinculante nº 13: "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal."*

A Súmula Vinculante nº 13 do STF, além de estender a crítica até o parentesco de terceiro grau tanto por linha reta quanto colateral, também a especificou no âmbito de uma mesma pessoa jurídica de qualquer dos Poderes. Uma outra inovação trazida a lume por seu enunciado foi a pecha de inconstitucional também à prática de "nepotismo cruzado", por meio da qual, para burlar o controle, autoridades de diferentes pessoas jurídicas acertam entre si a nomeação ou a designação recíprocas de familiares um do outro em seus respectivos órgãos ou entidades. Mas é de se atentar que a Súmula Vinculante em comento serviu - e, a rigor, ainda serve - apenas como um balizamento para o aprofundamento do tema referente à

vedação ao nepotismo, pois o seu descumprimento não deve fazer parte de indiciação de servidor em processo disciplinar.

A regulamentação infralegal do tema da vedação ao nepotismo somente ganhou corpo no âmbito exclusivo da Administração Pública federal com a edição do Decreto nº 7.203, de 4 de junho de 2010, quase dois anos após a publicação da Súmula Vinculante nº 13 do STF. Este detalhamento normatizado se fez necessário pois, conforme já exposto acima, após o primeiro disciplinamento, bastante restrito, no presente inciso VIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, a crítica sobre o tema ganhou amplitude instantânea a partir da manifestação judicial.

Primeiramente, percebe-se que o Decreto seguiu a extensão já adotada pelo STF, incluindo, no inciso III do seu art. 2º, no conceito de "familiar" não só o cônjuge ou o companheiro mas também os parentes até o terceiro grau, enquanto a Lei nº 8.112, de 1990, o faz apenas até o segundo grau. Também se destaca a definição, nos incisos I e II e no parágrafo único do mesmo art. 2º, de que, na sua acepção, para o foco de aplicação mais comum (abstraindo-se aqui da Presidência da República e de seus órgãos próprios), o termo "órgão" engloba cada um dos Ministérios do Poder Executivo federal, incluindo as entidades de Administração indireta da respectiva Pasta (as autarquias e fundações vinculadas). Com isto, o Decreto refinou o alcance da vedação, delimitando-a ao âmbito de cada Ministério.

> *Decreto nº 7.203, de 2010 - Art. 2º Para os fins deste Decreto considera-se:*
> *I - órgão:*
> *a) a Presidência da República, compreendendo a Vice-Presidência, a Casa Civil, o Gabinete Pessoal e a Assessoria Especial;*
> *b) os órgãos da Presidência da República comandados por Ministro de Estado ou autoridade equiparada; e*
> *c) os Ministérios;*
> *II - entidade: autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista; e*
> *III - familiar: o cônjuge, o companheiro ou o parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau.*
> *Parágrafo único. Para fins das vedações previstas neste Decreto, serão consideradas como incluídas no âmbito de cada órgão as autarquias e fundações a ele vinculadas.*

Superadas as comparações meramente conceituais, verifica-se, no cerne de sua vedação, que o texto do Decreto 7.203, de 2010, em seu art. 3º, avançou na proibição em relação à Lei nº 8.112, de 1990. Primeiramente, para comentar a inovação normativa, faz-se necessário destacar o foco da ação humana proibida. Enquanto o inciso VIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, proíbe a manutenção de familiar em provimento em comissão ou de confiança sob direta subordinação da autoridade contra a qual se dirige o comando estatutário, o Decreto veda o ato de provimento em si, voltando-se, portanto, à autoridade superior com competência para promover o provimento.

Ademais, prosseguindo na comparação com o texto legal, desdobrando-se a literalidade do *caput* do art. 3º do Decreto nº 7.203, de 2010, diferencia-se que o dispositivo estende a vedação para nomeação ou designação de qualquer pessoa, para preencher cargo em comissão ou exercer função de confiança, conforme seu inciso I (e também para a contratação até mesmo para atender necessidade temporária excepcional de interesse público ou para estagiar, conforme seus incisos II e III, nestes dois últimos casos sem regular processo seletivo), que seja familiar do respectivo Ministro de Estado ou da máxima autoridade administrativa do órgão ou entidade ou ainda de algum ocupante de cargo em comissão ou de função de confiança neste órgão ou entidade.

> *Decreto nº 7.203, de 2010 - Art. 3º No âmbito de cada órgão e de cada entidade, são vedadas as nomeações, contratações ou designações de familiar de Ministro de Estado, familiar da máxima autoridade administrativa*

> *correspondente ou, ainda, familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança de direção, chefia ou assessoramento, para:*
> *I - cargo em comissão ou função de confiança;*
> *II - atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público, salvo quando a contratação tiver sido precedida de regular processo seletivo; e*
> *III - estágio, salvo se a contratação for precedida de processo seletivo que assegure o princípio da isonomia entre os concorrentes.*

A priori, o *caput* e o inciso I do art. 3º do Decreto 7.203, de 2010, ao não expressarem que se dirigem apenas a pessoas sem nenhum vínculo com a Administração e ao incluírem a vedação de designação para exercer função de confiança (que, constitucionalmente, somente pode ser exercida por servidores detentores de cargos efetivos), assumem uma imensa abrangência proibitiva, em que se incluem estes servidores de provimento efetivo. Na primeira leitura dos mencionados comandos, um servidor detentor de cargo efetivo não poderia ser nomeado para preencher qualquer cargo em comissão ou para exercer qualquer função de confiança no âmbito de qualquer órgão ou entidade do mesmo Ministério em que simplesmente seu cônjuge, companheiro ou parente até terceiro grau já fosse ocupante de cargo em comissão ou exercesse função de confiança, independentemente de haver entre eles grau de hierarquia ou não ou independentemente de serem ou não lotados na mesma unidade deste órgão ou entidade ou até mesmo de serem ou não lotados em órgãos ou entidades distintos da mesma Pasta.

Os §§ 1º e 3º do art. 3º do Decreto nº 7.203, de 2010, também vedam o emprego das táticas de ajuste de "nepotismo cruzado", já mencionadas na Súmula Vinculante nº 13 do STF, de as autoridades lançarem mão de nomeações ou designações recíprocas de familiares um do outro em seus respectivos órgãos ou entidades, bem como também voltam sua atenção à contratação direta, sem licitação, de pessoa jurídica dirigida por familiar do agente público detentor de cargo em comissão ou de função de confiança na área responsável pela contratação.

> *Decreto nº 7.203, de 2010 - Art. 3º*
> *§ 1º Aplicam-se as vedações deste Decreto também quando existirem circunstâncias caracterizadoras de ajuste para burlar as restrições ao nepotismo, especialmente mediante nomeações ou designações recíprocas, envolvendo órgão ou entidade da administração pública federal.*
> *§ 2º As vedações deste artigo estendem-se aos familiares do Presidente e do Vice-Presidente da República e, nesta hipótese, abrangem todo o Poder Executivo Federal.*
> *§ 3º É vedada também a contratação direta, sem licitação, por órgão ou entidade da administração pública federal de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação ou de autoridade a ele hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão e de cada entidade.*

Todavia, o forte comando proibitivo do *caput* e do inciso I do art. 3º art. 3º Decreto nº 7.203, de 2010, é flexibilizado com a leitura conjunta do caput e do inciso I do subsequente art. 4º da mesma norma, que excepciona a vedação acima no caso de nomeação ou de designação de servidor ocupante de cargo efetivo para preencher cargo em comissão ou para exercer função de confiança, desde que observadas as compatibilidades do grau de escolaridade ou da atividade do cargo efetivo e a qualificação profissional para o novo encargo. Mas o parágrafo único do mesmo dispositivo repete a vedação estatutária, estabelecida no enquadramento em tela, do inciso VIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, qual seja, de que, em nenhum caso - quer dizer: seja pessoa sem vinculação com a Administração, seja servidor detentor de cargo efetivo e ainda que sejam atendidas as compatibilidades de grau de escolaridade e de atividade do cargo efetivo -, se tolera a

manutenção de ocupante de cargo em comissão ou de função de confiança sob subordinação direta de agente público com quem também guarde relação familiar. Reforça-se, então, a interpretação de que o ordenamento pátrio (seja pela imposição da vedação mais abrangente no Decreto nº 7.203, de 2010, seja pela imposição da vedação mais específica na Lei nº 8.112, de 1990) veda o provimento sob relação de parentesco apenas em comissão ou de confiança e não no cargo efetivo.

> *Decreto nº 7.203, de 2010 - Art. 4º Não se incluem nas vedações deste Decreto as nomeações, designações ou contratações:*
> *I - de servidores federais ocupantes de cargo de provimento efetivo, bem como de empregados federais permanentes, inclusive aposentados, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo ou emprego de origem, ou a compatibilidade da atividade que lhe seja afeta e a complexidade inerente ao cargo em comissão ou função comissionada a ocupar, além da qualificação profissional do servidor ou empregado;*

Acrescente-se que o *caput* e os incisos II a IV do art. 4º do Decreto nº 7.203, de 2010, afastam a ilicitude - e, portanto, a crítica como nepotismo - em casos de nomeação, designação ou contratação do familiar (seja servidor efetivo ou não) para ocupar cargo em comissão hierarquicamente superior ao do agente público já lotado no mesmo órgão ou entidade, bem como em casos de nomeação, designação ou contratação realizadas antes do estabelecimento do vínculo familiar sob crítica ou ainda em casos de nomeação, designação ou contratação de agente já em exercício no mesmo órgão ou entidade antes do início do vínculo familiar sob crítica e para ocupar cargo, função ou emprego de nível hierarquicamente mais baixo que o anterior.

> *Decreto nº 7.203, de 2010 - Art. 4º Não se incluem nas vedações deste Decreto as nomeações, designações ou contratações:*
> *II - de pessoa, ainda que sem vinculação funcional com a administração pública, para a ocupação de cargo em comissão de nível hierárquico mais alto que o do agente público referido no art. 3º;*
> *III - realizadas anteriormente ao início do vínculo familiar entre o agente público e o nomeado, designado ou contratado, desde que não se caracterize ajuste prévio para burlar a vedação do nepotismo; ou*
> *IV - de pessoa já em exercício no mesmo órgão ou entidade antes do início do vínculo familiar com o agente público, para cargo, função ou emprego de nível hierárquico igual ou mais baixo que o anteriormente ocupado.*
> *Parágrafo único. Em qualquer caso, é vedada a manutenção de familiar ocupante de cargo em comissão ou função de confiança sob subordinação direta do agente público.*

Importante reiterar que, enquanto a proibição do inciso VII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, dirige-se a qualquer autoridade que mantenha o familiar sob sua direta e pessoal subordinação e não necessariamente se aplica à autoridade com competência para promover o provimento vedado (já que não necessariamente estas autoridades se confundem), o *caput* e o inciso I do art. 3º do Decreto nº 7.203, de 2010, proíbem a nomeação, designação ou contratação de familiares de autoridades diversas dentro de um mesmo Ministério, dirigindo-se, portanto, exclusivamente à autoridade com competência para promover o provimento vedado. Nesta linha, o art. 5º do mencionado Decreto impõe o controle da prática do nepotismo aos titulares dos órgãos ou entidades, exonerando e dispensando agentes públicos em situação vedada ou requerendo tal providência da autoridade superior competente para tal.

> *Decreto nº 7.203, de 2010 - Art. 5º Cabe aos titulares dos órgãos e entidades da administração pública federal exonerar ou dispensar agente público em situação de nepotismo, de que tenham conhecimento, ou requerer igual providência à autoridade encarregada de nomear, designar ou contratar, sob pena de responsabilidade.*

> *Parágrafo único. Cabe à Controladoria-Geral da União notificar os casos de nepotismo de que tomar conhecimento às autoridades competentes, sem prejuízo da responsabilidade permanente delas de zelar pelo cumprimento deste Decreto, assim como de apurar situações irregulares, de que tenham conhecimento, nos órgãos e entidades correspondentes.*

Neste ponto, cabe trazer à tona uma relevante alteração legislativa, operada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, ao ter incluído novo inciso XI no art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passando a considerar como ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios da Administração Pública a prática de nepotismo nos exatos termos já manifestados na Súmula Vinculante nº 13 do STF e depois regulamentados pelo Decreto nº 7.203, de 2010. Conforme se detalhará em **4.4.4.4.1**, todo o escopo das alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 2021, na Lei nº 8.429, de 1992, se volta para a instância civil e, em razão da autonomia da instância disciplinar para enquadrar conduta concreta como ato de improbidade administrativa, sem obrigatoriedade de vinculação a qualquer definição material constante da Lei nº 8.429, de 1992, seu reflexo estatutário não é vinculante. Com isto, o que aqui se expõe sobre o inciso XI do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, deve ser lido como mera referência, aplicado à processualística disciplinar apenas na hipótese de o operador do Direito ter considerado pertinente vincular o enquadramento estatutário à definição material daquela Lei.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

Percebe-se que a redação adotada pelo legislador ordinário no incluído inciso XI do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, é exatamente a mesma literalidade da Súmula Vinculante nº 13 do STF, quase treze anos mais tarde. Portanto, como se compreendeu que o Decreto nº 7.203, de 2010, laborou, de forma extensiva, o esforço de regulamentar, no âmbito de toda Administração Pública federal, a aplicação concreta da manifestação do STF, e já que o incluído inciso XI do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, nada mais fez que copiar a redação da manifestação judicial, também resta perfeitamente factível interpretar que aquela norma presidencial regulamenta a aplicação deste dispositivo legal introdutor de mais um desdobramento dentre a espécie dos atos de improbidade administrativa atentatórios contra os princípios da Administração Pública sob ótica civil. Desta forma interpreta-se que os balizamentos construídos pelo Decreto nº 7.203, de 2010 - sobretudo na leitura conjunta do *caput* e do inciso I do art. 3º e do *caput* e do inciso I do art. 4º -, para disciplinar a crítica de ato de nepotismo na definição mais ampla, que ultrapassa os limites mais estreitos do inciso VII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, se aplicam perfeitamente a partir do momento em que tal conceito mais alargado passou de manifestação judicial para texto de lei definidor de ato de improbidade administrativa. Em outras palavras, o inciso XI do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, que define em abrangência nacional o desdobramento ímprobo do nepotismo, para a ótica civil, ao ser aplicado discricionária e especificamente no âmbito da Administração Pública federal, deve seguir os já expostos ditames, conceitos e limites do Decreto nº 7.203, de 2010.

À vista do relato até aqui exposto, releva aduzir e sintetizar, então, que, no atual estágio do ordenamento, o tema do nepostismo pode se traduzir em duas diferentes e até mesmo díspares possibilidades de repercussão para um servidor investido da condição de autoridade por ser ocupante de cargo em comissão ou de função em confiança. Na primeira repercussão disciplinar, mais específica, se o servidor mantiver sob sua subordinação direta e imediata, sem degraus intermediários de hierarquia, seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau, infringe a proibição estatuída no inciso VII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, e pode ser apenado no mínimo com advertência por este enquadramento, sem prejuízo de poder haver o agravamento para pena de suspensão, mediante os critérios de dosimetria do *caput* do art. 128 da mesma Lei. Na segunda repercussão disciplinar, se o servidor incorrer em qualquer vedação estabelecida no *caput* e sobretudo no inciso I do art. 3º do Decreto nº 7.203, de 2010, sem as excludentes que o *caput* e sobretudo o inciso I do art. 4º do mesmo Decreto permite, o que é similar a incorrer na hipótese prevista no inciso XI do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, pode ter esta conduta enquadrada como ato de improbidade administrativa no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, a ser punido com pena expulsiva, de demissão ou de cassação de aposentadoria. Ainda nesta hipótese, a critério do aplicado do Direito, pode ser adicionado ao enquadramento administrativo a definição típica de ato de improbidade administrativa atentatório contra os princípios da Administração Pública, definido no inciso XI do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992.

O tema do nepotismo, sabidamente complexo, ganhou ainda definição normativa ministerial, por meio da Portaria ME nº 1.144, de 3 de fevereiro de 2021, que disciplina a prevenção e a responsabilização pela prática vedada no âmbito específico do Ministério da Fazenda (MF). Esta Portaria ME regulamenta as aplicações da Súmula Vinculante nº 13 do STF e do Decreto nº 7.203, de 2010, no âmbito específico do Ministério da Fazenda. Apesar de ter sido editada antes da inovação promovida pela Lei nº 14.230, de 2021, na Lei nº 8.429, de 1992, que incluiu um novo inciso XI no seu art. 11, enquadrando a prática de nepotismo como ato de improbidade administrativa atentatório contra os princípios da Administração Pública, a Portaria ME em comento não só continua vigente como ainda permanece podendo ser empregada como norma regulamentadora ministerial, pois em nada colide com o posterior dispositivo legal – até porque, como já afirmado acima, este se volta para a instância civil.

Neste rumo, a Portaria ME nº 1.144, de 2021, nos incisos I e II do art. 2º, define o nepotismo como a indevida utilização do poder do cargo para nomear, designar, contratar ou favorecer parentes em linha reta ou em linha colateral, tanto em vínculos por afinidade quanto em vínculo por afinidade, até o terceiro grau da lei civil, e estabelece de forma bastante abrangente os agentes públicos que podem incorrer em tal prática, aí incluindo os detentores de cargos efetivos.

> *Portaria ME nº 1.144, de 2021 - Art. 2º Para fins desta Portaria, considera-se:*
> *I - agente público: pessoa natural que exerça atividade pública ou atue em nome do Poder Público, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, para atender a interesses do Poder Público, por eleição, nomeação, designação, contratação ou por qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública, de acordo com o disposto no art. 2º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, estando inclusos os servidores ativos ocupantes de cargos efetivos, incluindo cargos em comissão sem vínculo, empregados públicos e contratados por tempo determinado nos termos da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993;*
> *II - nepotismo: prática em que o agente público se utiliza do poder do cargo para nomear, contratar ou favorecer um ou mais parentes, seja por vínculo de consanguinidade ou de afinidade, em violação aos princípios constitucionais da administração pública; e*

A Portaria ME nº 1.144, de 2021, expressa, de forma positivada em seus arts. 4º e 5º,

preocupação não só com nomeação ou designação de servidor, com admissão de terceirizado e estagiário mas também com celebração de contrato com pessoa jurídica no âmbito da Pasta, em harmonia com o comando do art. 7º do Decreto nº 7.203, de 2010.

> *Portaria ME nº 1.144, de 2021 - Art. 4º Os contratos celebrados no âmbito do Ministério da Economia deverão conter cláusula específica que obrigue os contratados a observarem o disposto no art. 7º do Decreto nº 7.203, de 2010, sob pena de aplicação das penalidades cabíveis.*
> *Art. 5º É obrigatória a assinatura de declaração atestando a ausência de relação familiar ou de parentesco que importe a prática de nepotismo nos termos do disposto no inciso II do art. 2º:*
> *I - do nomeado ou designado, no ato da assinatura do termo de posse;*
> *II - do terceirizado admitido em empresa que preste serviços ao Ministério da Economia, no ato da indicação ao posto de serviço neste órgão;*
> *III - do estagiário, no ato da celebração do termo de compromisso do estágio;*
> *IV - do representante legal de pessoa jurídica participante de licitação promovida por este Ministério, no ato da entrega da proposta; e*
> *V - do representante legal de pessoa jurídica, no ato da contratação por este Ministério para os casos de contratação direta ou de adesão à ata de registro de preços.*

Ainda segundo a norma ministerial, conforme seus arts. 7º e 8º, as unidades de gestão de pessoas e de gestão de contratações devem provocar a Controldoria-Geral da União (CGU) em caso de dúvidas e, no caso de detectarem a prática de nepotismo, além de representarem ao sistema correcional, devem notificar a autoridade responsável pela nomeação, designação ou contratação para que efetive a exoneração, dispensa ou desligamento.

> *Portaria ME nº 1.144, de 2021 - Art. 7º As unidades de gestão de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 5º deverão, caso seja detectado qualquer indício de irregularidade, após a análise preliminar das declarações, comunicar à Corregedoria do Ministério da Economia para análise dos fatos.*
> *§ 1º A Unidade de Gestão de Contratações deverá, na hipótese em que identifique agente público vinculado a empresa prestadora de serviço terceirizado, assim como nos convênios e instrumentos equivalentes para contratação de entidade que desenvolva projeto no âmbito do Ministério da Economia, que incida na prática de nepotismo, realizar junto à contratada, por intermédio do gestor ou fiscal do contrato, a imediata apuração e, se for o caso, substituição ou desligamento do prestador de serviço terceirizado.*
> *§ 2º A Unidade de Gestão de Pessoas deverá, na hipótese em que que o agente público do Ministério da Economia incida na prática de nepotismo, notificar a autoridade responsável pela nomeação, designação ou contratação para que efetue a exoneração, dispensa ou desligamento, conforme o caso, sem prejuízo de eventual apuração de responsabilidade.*
> *Art. 8º Os casos omissos ou que suscitem dúvidas, deverão ser submetidos à análise da Diretoria de Administração e Logística e da Diretoria de Gestão de Pessoas da Secretaria de Gestão Corporativa da Secretaria Executiva do Ministério da Economia, para que, na qualidade de Órgãos Setoriais do Sistema de Serviços Gerais (Sisg) e Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipec), respectivamente, possam, no âmbito de suas competências e seguindo as recomendações e posicionamentos do órgão de assessoramento jurídico do Ministério da Economia, adotar as providências cabíveis.*
> *Parágrafo único. A Controladoria-Geral da União deverá ser consultada, caso persista a dúvida, na forma do art. 8º do Decreto nº 7.203, de 2010.*

No caso específico da RFB, cujo corpo funcional se restringe a servidores detentores de cargo efetivo, mesmo com as inovações trazidas ao ordenamento pelo Decreto nº 7.203, de 2010, e pela Lei nº 14.230, de 2021, que incluiu o inciso XI do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, continuam válidas as exemplificações de ausência de ilegalidade já expressadas linhas

acima, quando se apreciou apenas o dispositivo estatutário, de que pode um servidor exercer seu cargo efetivo, sem nenhum provimento em comissão ou de confiança, em direta subordinação ao Chefe da Divisão, da Seção, do Serviço ou do Setor que é seu cônjuge, companheiro ou parente até terceiro grau. Também não há ilegalidade no fato de um servidor exercer, na mesma Divisão, Seção, Serviço ou Setor, seu cargo efetivo ao lado do seu cônjuge, companheiro ou parente até terceiro grau, como simples colegas de trabalho, sem que ambos possuam qualquer provimento em comissão ou de confiança.

Ademais, ainda no âmbito da RFB, graças aos comandos permissivos do *caput* e do inciso I do art. 4º do art. 4º do Decreto nº 7.203, de 2010 (a serem compreendidos como dispositivos que, de forma extensiva, caso sejam aplicados, também valem como regulamentadores do inciso XI do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, ainda que editados antes da Lei nº 14.230, de 2021), satisfeitas as condições de grau de escolaridade e de atividade técnica do cargo efetivo com o cargo em comissão ou com a função de confiança a ser preenchido ou exercida, tampouco há ilegalidade em ambos terem provimentos em comissão ou de confiança de Chefes de distintas Divisões, Seções, Serviços ou Setores de uma mesma Delegacia ou Inspetoria ou Superintendência Regional ou ainda em ambos serem Delegados ou Inspetores de diferentes unidades no âmbito de uma mesma Superintendência Regional. E menos ainda haveria de se cogitar de afronta ao Decreto em tela na hipótese de um servidor ser Chefe de Divisão, de Seção, de Serviço, ou de Setor ou ser Delegado ou Inspetor e seu cônjuge, companheiro ou parente até terceiro grau possuir qualquer provimento em comissão ou de confiança em outra unidade da mesma RF ou em unidade de outra RF ou em unidade do sistema correcional ou do sistema de pesquisa de investigação, em hipóteses em que nem sequer se cogita de relação hierárquica entre eles. Por fim, nem há que se mencionar a vedação do Decreto na hipótese de o servidor ter um provimento em comissão ou de confiança na RFB e seu cônjuge, companheiro ou parente até terceiro grau também o ter em outro órgão ou entidade do mesmo MF e muito menos em outro Ministério.

Em hipóteses adversas, permanecendo no escopo específico da RFB, se uma autoridade mantiver seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau sob direta subordinação ocupando cargo em comissão ou função de confiança (independentemente de tê-lo nomeado ou designado), sua conduta incide no enquadramento estatutário específico do inciso VIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, punível *a priori* com pena de advertência, sem prejuízo de possível agravamento para pena de suspensão. E se uma autoridade nomear ou designar servidor detentor de cargo efetivo e que seja cônjuge, companheiro ou parente até terceiro grau do Ministro de Estado da Fazenda, do Secretário Especial da Receita Federal do Brasil ou de qualquer autoridade interna detentora de cargo em comissão ou de função de confiança, para preencher cargo em comissão ou para exercer função de confiança, sem atender ao critério da compatibilidade de grau de escolaridade ou da atividade do cargo efetivo com o provimento em comissão ou de confiança - transpassando, portanto, os limites que o *caput* e o inciso I do art. 4º do Decreto nº 7.203, de 2010, concedem para interpretar, de forma estensiva e benéfica, o comando do inciso XI do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992 -, sua conduta também incide em responsabilização disciplinar, mas com a crucial diferença de ser enquadrada no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, podendo ter agragada, a critério do aplicador do Direito, a definição de como ato de improbidade administrativa atentatório contra os princípios da Administração Pública, punível com pena expulsiva, de demissão ou de cassação de aposentadoria.

4.7.3.9 - Inciso IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública

Se, por um lado, para o pleno desempenho das atribuições legais do seu cargo, o agente público é investido de poderes e prerrogativas, por outro lado, em razão da função de

interesse público que executa, sobre ele imperam comprometimentos especialíssimos de conduta, não só de ordem legal mas também moral (atente-se que esta função sempre é voltada ao interesse público, tais como controle, arrecadação, gestão, planejamento, polícia, judicatura, assistência social, dentre tantas). Tem-se, então a configuração do ilícito em tela (aqui sinteticamente substantivado como valimento de cargo) quando justamente este agente público, em lugar de exercer a tutela para a qual foi investido no cargo público e que exatamente é o que dele a sociedade espera e requer, ele, de forma intencional, consciente, dolosa, privilegia o interesse particular e se utiliza das prerrogativas de seu cargo ou até mesmo de sua condição de servidor em benefício próprio ou de outra pessoa, em detrimento do interesse público tutelado.

Daí, o servidor vale-se do seu cargo, ao servir-se de suas próprias prerrogativas, deturpando-as e agindo em detrimento da dignidade da função pública, para propiciar proveito para si mesmo ou para outrem (ainda que seja sem uma contrapartida a seu favor). E o termo "outrem" é amplo, albergando tanto o particular ou o contribuinte ou o administrado em geral submetido à ação funcional do servidor, interessado na deturpação do emprego do seu poder decisório, quanto alguém de sua relação pessoal (como um parente ou um conhecido qualquer), desinteressado da sua atuação funcional, a quem o agente público repasse o benefício compactuado com aquele que tem interesse no seu poder decisório. É de se destacar a ação verbal antes empregada, de meramente "propiciar", albergando desde a tentativa intencional, pois aqui se quer deixar claro que, na ação ou na omissão visando ao próprio proveito ou visando ao proveito de qualquer outra pessoa, não se requer o efetivo auferimento, por quem quer que seja, daquele benefício indevido desejado, se configurando o ilícito em tela apenas à vista das provas da mera conduta dolosa. Repise-se: o ato irregular somente acontece porque ali está o agente público com poder para legalmente realizá-lo ou inibi-lo e, no entanto, este servidor, de forma ilegal, o realiza ou não inibe sua realização, seja por ação ou omissão. E tem-se que o proveito irregular depende inafastavelmente do cargo (ou ainda de sua condição de servidor), pois única e tão somente o servidor, detentor de prerrogativas a serem exercidas em sintonia com o interesse público, é que pode propiciar o ato (comissivo ou omissivo); o outro não tem este poder. Daí, no presente enquadramento, não se cogita de o servidor ser ludibriado; não há valimento de cargo culposo, mas apenas doloso.

Importante destacar que, doutrinariamente, o ilícito em comento passa pelo cometimento de algo sabidamente irregular - seja comissivamente fazendo o que era indevido, seja omissivamente deixando de fazer o que seria devido -, diferenciando-se da fatispécie de o servidor receber algum tipo de vantagem ou retribuição para fazer o que é legal e correto, mas beneficiando de alguma forma o particular (por exemplo, agilizando a prestação do serviço público), hipótese que encontra enquadramento no inciso XII do mesmo art. 117 da Lei.

> *O cerne da questão tipológica prende-se ainda ao elemento normativo "proveito", caracterizado como vantagem de qualquer espécie, não necessariamente patrimonial, que se refira a ganho, a benefício, a lucro, ilegais e não extensíveis aos particulares, a pretexto de o seu destinatário ostentar o status de servidor público. Distingue-se da propina, do presente ou da comissão uma vez que estas vantagens específicas constituem-se em elemento da infração prevista no art. 117, XII, da Lei 8.112/90, e reportam-se a benefícios auferidos em decorrência do efetivo exercício do cargo público, como espécie de gratificações não institucionais, paralelas às remunerações e subsídios, e assim, também indevidas. Com efeito, se o proveito pessoal privado advém de vantagem recebida em razão de manejo ilícito das atribuições do cargo ou da simples ostentação da qualidade de servidor público, a tipificação ocorrerá no art. 117, IX, ao passo que, se o proveito pessoal indevido for proveniente da percepção de gratificação não institucional, como retribuição pelo suposto desempenho das atribuições do cargo, a tipificação ocorrerá no art. 117,*

> *XII.”,Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pg. 261, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

De se esclarecer que, a princípio, a própria literalidade do enquadramento reporta-se, de forma imediata, à hipótese de o servidor manipular ilegal e dolosamente as atribuições legais do seu cargo para lograr benefícios indevidos para si ou para outrem. Mas não se deve perder de vista a possibilidade mais abrangente deste enquadramento ao abarcar hipótese talvez até de maior grau de repulsa quando o servidor atua de forma dolosa para lograr proveitos pessoais próprios a favor de outrem valendo-se mais do que de seu cargo em si, mas sim de sua própria condição de servidor. Aqui cogita-se de servidor cometer o fato ilícito produzindo ou deixando de produzir atos que a rigor não estão nas atribuições legais específicas de seu cargo, mas assim agindo tão somente em razão de acessos, conhecimentos ou possibilidades de quaisquer naturezas que lhe são propiciadas pelo fato de ser agente público. A despeito das atribuições legais do cargo que o infrator ocupa, não se tolera a conduta em que o servidor vale-se não especificamente “de seu cargo”, mas sim do fato de ocupar “um cargo” e da sua condição de servidor, hipótese em que a mácula moral à instituição pode ser até mais danosa, pois, neste caso, possivelmente o infrator busca associar seu nome e sua atuação ao órgão, simulando atribuições que de fato sequer possui, a fim de obter a vantagem pretendida diante de terceiros. O entendimento acima exposto já foi referendado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, *verbis*:

> *Parecer PGFN/PGA nº 1.027/2004: “27. No que diz respeito à letra “e” do item 8, supra (enquadramento no inciso IX do art. 117 da lei de regência), o que restou comprovado nos autos é que o servidor confeccionou o ofício e falsificou a assinatura de seu chefe imediato para obter benefício indevido, o que já configura a imputação do valimento ilícito do cargo público.*
> *28. É lógico que tal conduta só foi possível porque aproveitou-se de sua condição de servidor em exercício na repartição, seja por utilizar os recursos/equipamentos à sua disposição, seja por falsificar documento público para obter vantagem que sabia não ter direito.”*
>
> *“A conduta praticada pelo infrator tanto pode ser inerente às suas atribuições legais, caracterizando desvio de função, quanto o servidor pode se valer da sua posição de agente público e, simulando deter competência, praticar ato contrário ao interesse público.”, Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 290, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Conforme já se aduziu em **4.6.3.1**, a despeito de a regra geral da Lei nº 8.112, de 11/12/90, considerar o elemento subjetivo das irregularidades de índole dolosa satisfeito com a vontade genérica de o servidor cometer a conduta objetivamente descrita na literalidade do enquadramento sem ter uma finalidade específica em sua ação (bastando que o autor se mova pelo ânimo que a doutrina classifica de dolo genérico), tem-se aqui um enquadramento em que a sua própria literalidade impõe a configuração de ânimo subjetivo específico, qual seja, de o agente ter a intenção determinada, ao utilizar-se das atribuições legais de seu cargo, de fazê-lo para lograr alguma forma de proveito, para ele próprio ou para outrem (exigindo-se que autor se mova pelo ânimo que a doutrina classifica de dolo específico). Conforme se mencionou em **4.6.2.1**, tratando-se de infração eivada de dolo específico, não se coaduna com a lógica cogitar de sua configuração mediante conduta demarcada por dolo indireto. Se nesta hipótese indireta de ânimo subjetivo tem-se a conduta do agente delimitada pela indiferença em relação ao resultado delituoso dela decorrente, seria irrazoável cogitar de que uma infração cujo enquadramento requer do servidor a intenção de alcançar determinado fim específico pudesse se configurar em ação em que ele se demonstra indiferente a este mesmo fim que o próprio deseja. Se o emprego indevido das atribuições legais do cargo for movido por ânimo subjetivo genérico, não é de se cogitar deste enquadramento regido pelo dolo

específico.

> *Orientação Coger nº 51*
> *O ilícito disciplinar de valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem requer a comprovação nos autos, ao menos indiciária, de que o agente moveu-se por dolo específico, não se coadunando com condutas marcadas por dolo genérico ou por dolo indireto eventual ou alternativo.*

Além do emprego indevido das atribuições legais específicas do cargo que ocupa, o presente enquadramento pode abarcar tanto aqueles atos simples, corriqueiros e cotidianos (o que não impede que sejam dolosos e graves) ao alcance de qualquer servidor e que, por serem inerentes de forma indistinta a todo o quadro funcional do órgão, sequer se enumeram nas atribuições legais dos cargos, quanto também alcança atos especificamente produzidos por um servidor em desvio de função (quando um servidor comete ato das atribuições legais de outro cargo diferente do seu, seja de maior ou de menor grau de complexidade ou de responsabilidade, e também independentemente de este desvio decorrer de mero arbítrio seu para perpetrar o ilícito ou de ser do conhecimento de sua chefia), conforme já se abordou em **3.1**, ao se defender a aplicação do art. 148, da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e, em consequência, do processo administrativo disciplinar para atos cometidos sob esta espécie de desvio.

A precedência da administração fazendária e da administração aduaneira restringe-se aos momentos em que o servidor está efetivamente exercendo seu cargo, não havendo amparo legal para o emprego deturpado da prerrogativa, em benefício pessoal daquela pessoa, apenas pelo fato de ser servidor do Fisco.

> *CF - Art. 37.*
> *XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;*
> *Regulamento Aduaneiro - Art. 17. Nas áreas de portos, aeroportos, pontos de fronteira e recintos alfandegados, bem assim em outras áreas nas quais se autorize carga e descarga de mercadorias, ou embarque e desembarque de passageiros, procedentes do exterior ou a ele destinados, a administração aduaneira tem precedência sobre as demais que ali exerçam suas atribuições.*

Dentre os ilícitos causadores de pena expulsiva, este é um dos mais comumente configurados. A sua aplicabilidade deve ser creditada ao fato de que, na redação deste inciso, andou bem o legislador ao prover um caráter alternativo, ao invés de cumulativo. Destaque-se a conjunção “ou”: basta que se comprove o benefício ilegítimo auferido ou que se tentou auferir, por uma das partes (o próprio servidor ou outrem, que, em regra, é um particular, mas sem impedimento de ser outro servidor).

Tanto pode o servidor agir de forma a propiciar, com o exercício indigno de seu cargo, direto benefício próprio, como pode usar de seu cargo para propiciar benefício a outrem, em que se poderia presumir (a contrapartida não é pré-requisito para a configuração) o benefício pessoal indireto. Neste segundo caso, para a configuração deste ilícito, basta que se comprove a concessão dolosa de proveito ao particular, por parte do servidor, sendo desnecessário comprovar o proveito pessoal ou a mera intenção de se aproveitar. Acrescente-se ainda que o proveito, pessoal ou de outrem, pode ser de qualquer natureza, não necessariamente financeiro ou material.

Assim, se por um lado nem sempre se revela tarefa fácil para a comissão conseguir lograr a comprovação do proveito do servidor, por vezes não é muito difícil comprovar que o outro obteve proveito indevido, na forma de um deferimento, de uma concessão, de subtributação, de um afrouxamento em atividade de controle ou de exercício de poder de polícia, ou mesmo de qualquer inação, sempre dolosamente pactuado pelo servidor.

Esta razoável facilidade decorre de que, à vista do princípio da legalidade, sempre

haverá algum tipo de normatização a regular determinada atividade pública. Assim, ao se deparar com a conduta funcional contrária a esta norma, propiciando vantagem indevida a alguém, pode-se ter, muito sinteticamente, dois caminhos: havendo nos autos elementos formadores da convicção de que aquela atitude incorreta foi tomada intencional e conscientemente pelo servidor, tem-se a princípio configurado o valimento de cargo; se há elementos que indicam que a conduta contrária à lei decorreu de negligência ou imperícia (culpa, em essência), talvez possa se cogitar de inobservância de norma, prevista no art. 116, III do Estatuto (descrito em **4.7.2.3**), punível com penas de advertência ou no máximo de suspensão. Daí, tem-se, em sentido bastante genérico, que a inobservância de norma é o enquadramento mais comum das infrações leves e culposas enquanto o valimento do cargo é a infração mais comum das infrações graves e dolosas.

E não menos importante é alertar que o enquadramento em tela não se perfaz apenas na situação mais comum de acerto entre particular e servidor, em que ambos logram diferentes espécies de proveito (sendo desnecessário, nesta hipótese, provar o proveito do servidor). A natureza alternativa da literalidade também faz alcançar condutas do servidor em que este age apenas por conta própria, desvirtuando de forma individual e isolada as prerrogativas do seu cargo, ou também quando exige, impõe ou condiciona auferimento de vantagem somente para si, sem sequer uma contraprestaçao a favor do administrado. A títulos exemplificativos, pode-se mencionar, no primeiro caso, a hipótese de o servidor agir unilateralmente para e autoconceder benefícios fiscais ou tratamentos tributários indevidos a seu próprio favor; e no segundo caso, pode-se mencionar exigência unilateral de vantagem ou de qualquer tipo de privilégio em face do contribuinte, exercendo coação ou intimidação sob menção dos poderes de seu cargo.

Trazendo à tona a classificação apresentada em **4.6.1.2**, o valimento de cargo é ilícito formal ou de consumação antecipada, ou seja, se configura apenas com a conduta recriminável do servidor, antes da concretização do resultado naturalístico delituoso e contrário ao interesse público ou mesmo que ele nem sequer venha a se concretizar, seja a favor de si mesmo, seja a favor de terceiro.

> *Formulação Dasp nº 18. Proveito pessoal*
> *A infração prevista no art. 195, IV, do Estatuto dos Funcionários, é de natureza formal e, consequentemente, se configura ainda na hipótese de o proveito pessoal ilícito não ter sido conseguido.*
> *(**Nota**: O inciso IV do art. 195 do antigo Estatuto proibia ao servidor valer-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função.)*
>
> *STJ, Terceira Seção, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Mandado de Segurança nº 14.621/DF, DJe 30/06/2010, Ementa: "O ilícito administrativo de valer-se do cargo para obter para si vantagem pessoal em detrimento da dignidade da função pública, nos termos do art. 117, IX da Lei 8.112/90 é de natureza formal, de sorte que é desinfluente, para sua configuração, que os valores tenham sido posteriormente restituídos aos cofres públicos após a indiciação do impetrante; a norma penaliza o desvio de conduta do agente, o que independe dos resultados."*
>
> *"Trata-se de transgressão de índole formal, o que significa que ela se configura mesmo quando o insinuado ou exigido proveito pessoal ilícito não chegue a se concretizar." José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pg. 385, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

Por fim, este enquadramento disciplinar também pode configurar simultaneamente ato de improbidade administrativa, à vista de vários incisos dos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, como, por exemplo, destacadamente, o inciso VIII do art. 9º.

E, mais especificamente, pode ocorrer situações concretas *a priori* enquadráveis no

enquadramento em tela mas que também se amoldem aos comandos mais específicos do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, voltados de forma mais direcionada, reservada e extrema a condutas suscitadoras de conflito de interesses. Estes casos, de grande gravidade, conforme já se aduzirá em **4.7.3.18.6**, podem atrair a aplicação do enquadramento de improbidade administrativa (por ofensa a princípios reitores da Administração, conforme define o *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92), sendo a pena expulsiva capitulada no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

4.7.3.10 - Inciso X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário

Como forma de coibir o desvio de comprometimento e de dedicação e de evitar que o fato de ser investido em cargo público propicie benefícios indevidos ao servidor ou à sociedade de que ele participe ou à atividade que ele pratique e tendo em vista também a existência de uma área de incompatibilidade entre a função pública e a iniciativa privada e o caráter cada vez mais restritivo com que devem ser compreendidas as liberdades de atuação particular do agente público em face da indisponibilidade do interesse público, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, veda o exercício de algumas atividades empresariais. Compreenda-se que esta expressão é introdutoriamente aqui empregada apenas por sua figurada concisão, reconhecendo-se a imprecisão técnica de fazê-lo, já que a vedação legal vai além da formal configuração empresária, abarcando tanto a gerência e a administração de sociedades privadas quanto o exercício do comércio, conforme a redação dada pela Lei nº 11.784, de 22/09/08.

Todavia, ao tempo de sua edição, a própria Lei nº 8.112, de 11/12/90, não definiu o que é “empresa”, “sociedade” e “comércio”, e originalmente remeteu a compreensão do seu dispositivo ao regramento então vigente, qual seja, dos antigos Códigos Civil e Comercial (dos quais se extraíam as definições para aqueles termos).

Mantida até os dias atuais sua estrutura incompleta, o inciso em comento é um dispositivo incriminador em branco (extrai-se da doutrina penal que norma penal em branco - ao contrário da norma penal completa ou perfeita, que define o delito de forma precisa e determinada, com todas as características de sua estrutura normativa, e dispensa qualquer complemento para sua correta compreensão - é a norma que, embora comine sanção, possui o preceito incompleto ou indeterminado, dependente de complementação, expressa ou tácita, em outro normativo de nível igual ou inferior, para agregar-lhe o significado e o conteúdo exatos) e, como tal, a exata compreensão do seu conteúdo sempre deve ser deve harmonizada, compatibilizada e atualizada com texto vigente da norma que o complementa.

Neste rumo, se demonstra relevante relembrar que o atual CC, ao adotar no ordenamento pátrio a chamada teoria da empresa, operou uma mudança, do enfoque objetivo (da prática de atos no exercício do comércio e na condução das sociedades mercantis ou civis, respectivamente então regulados pelos Direitos Comercial ou Civil) para o enfoque subjetivo (da qualificação da condição de empresário, ora regulada de forma unificada pelo Direito de Empresa, de instância civil). Assim, não mais vigoram aquela dicotomia entre as duas áreas do Direito privado (entre as instâncias civil e comercial) e as conceituações de ato de comércio e de comerciante, tendo sido harmonizados os respectivos institutos em uma única codificação, o que se fará repercutir nas análises da participação empresarial tanto societária quanto individual por parte do servidor.

Isto porque as definições legais que complementam o dispositivo punitivo em branco em tela devem ser extraídos do texto ora vigente da lei civil e é exclusivamente neste contexto que o aplicador do Direito deve interpretar o art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e não no antigo regramento, uma vez ser juridicamente incabível aplicar a complementação àquela

espécie de dispositivo com base em norma já revogada.

> *Orientação Coger nº 24*
> *A complementação do dispositivo incriminador estabelecido no art. 117, X, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro, deve-se basear no regramento do atual Código Civil.*

Destaque-se ainda que, embora a redação do art. 117, X da Lei nº 8112, de 11/12/90, tenha sido alterada já após a inovação da lei civil (inclusive com o acréscimo de um parágrafo único ao mencionado artigo), o legislador manteve a atecnia de sua redação original, sobretudo na imprecisa sequência de seus elementos, conforme adiante se abordará.

Antes disto, para a devida compreensão do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, também se faz necessário dividi-lo em duas partes e assim buscar a sua exposição: a primeira, que trata da proibição ao servidor de atuar em sociedade como gerente ou administrador; e, posteriormente, a segunda, que trata da proibição do servidor individualmente exercer o comércio. Para ambas as partes, em virtude da literalidade estatutária empregar conceitos da lei civil, se fará necessário adentrar em dispositivos desta esfera normativa.

4.7.3.10.1 - Gerência ou Administração de Sociedades Privadas

Para iniciar a análise da primeira parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, deve-se demarcar que aqui se trata de vedação estatutária apenas à atuação empresarial do servidor em sociedade, não se cogitando, por ora, de sua atuação empresarial individual (vedação que consta da segunda parte do dispositivo legal).

Não obstante, uma vez que a lei civil, diferentemente e de forma mais coerente que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, em primeiro lugar define a atuação empresarial individual para daí estender o conceito para esta atividade em sociedade, aqui se fará necessário iniciar a pesquisa no CC nos termos em que se define a atividade individual.

O empresário é definido na lei civil, como pessoa física, individualmente, como aquele que exerce, de forma profissional e organizada, uma atividade econômica, sob sua iniciativa e risco, voltada à produção ou à circulação de bens ou de serviços. Neste conceito legal, por profissional se subentende a existência de habitualidade, reiteração ou permanência; por organizada se subentende a existência de estrutura e de recursos operacionais e logísticos para o manejo articulado de todos os fatores de produção (capital, mão de obra, insumos e tecnologia); por econômica se subentende a busca do lucro a ser partilhado entre os integrantes; por produção ou circulação de bens ou serviços se subentende qualquer atividade exercida no mercado; e, com a conjugação destes quatro fatores, se afastam do conceito legal aquelas atividades esporádicas ou de mero desfrute bem como atividades realizadas pessoalmente pelo profissional autônomo. Doutrinariamente, daí se extrai o conceito abstrato de empresa, não definido em lei, no sentido de exercício da atividade produtiva, organizado e dinamizado pelo empresário. Por expressa vontade legal, exclui-se do conceito de empresário quem exerce profissão intelectual (de natureza científica, literária ou artística), a menos que a existente estrutura empresarial absorva a intelectualidade daquele ofício marcado por pessoalidade, fazendo dela apenas um componente da produção.

> *CC - Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*
> *Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.*
> *Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de*

Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

Partindo desta compreensão inicial, em seguida, buscam-se, na lei civil, as conceituações para a expressão estatutária "sociedade privada, personificada ou não".

Iniciando a interpretação da primeira parte do dispositivo legal, tem-se que a lei civil define sociedade como o conjunto de pessoas que celebram um contrato, escrito ou verbal, para o exercício de alguma atividade econômica (que, inclusive, pode ser, de acordo com seu objeto social, de finalidade comercial ou mercantil de venda de produtos ou de serviços), em que se obrigam a contribuir com bens ou serviços e a partilhar, entre si, dos resultados e lucros. Da definição legal, se infere que a participação em sociedades envolve uma atividade que não é exercida em nome do próprio agente individualmente falando, mas sim da pessoa jurídica como um todo, da qual ele é apenas um dos sócios, e que busca o lucro e o ganho econômico.

CC - Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício da atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Relembre-se que, em contraposição ao conceito concreto de pessoa física, associado ao indivíduo natural, o conceito abstrato e fictício de pessoa jurídica do art. 40 do CC traz consigo a ideia de entidade ou coletividade, constituída de pessoas e de bens, na forma legalmente prevista e à qual a lei concede personalidade própria, distinta da dos indivíduos que a compõem, que se traduz em ter uma existência jurídica independente de seus integrantes, no sentido de poder exercer direitos e contrair obrigações, destinada à consecução de fins comuns. Ademais, em função dos interesses e objetivos que visa a atingir ou atender, o conceito de pessoa jurídica desdobra-se em pessoas jurídicas de direito público (subdividas ainda em função, da nacionalidade, em internas, tais como União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, autarquias e fundações públicas de direito público; ou externas, tais como as estrangeiras), e no foco de presente interesse, de direito privado, conforme define o art. 44 do CC.

CC - Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.
Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:
I - a União;
II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
III - os Municípios;
IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 06/04/05)
V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.
Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.
Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

E, por expressa diferenciação estabelecida no mencionado art. 44 do CC, cabe deixar claro que a aplicação do dispositivo punitivo em branco encartado no art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não atinge as espécies de pessoas jurídicas de direito privado constituídas como associações, fundações, organizações religiosas, partidos políticos e empresas individuais.

CC - Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:
I - as associações;
II - as sociedades;

III - as fundações;
IV - as organizações religiosas;
V - os partidos políticos;

Neste rumo, destacadamente, vale reiterar - por ser fonte comum de incerteza e dúvida - que, a *contrario sensu* da definição de sociedade, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não veda ao servidor participar de associações e de fundações (obviamente sem prejuízo do cumprimento da jornada de trabalho e dos demais deveres funcionais), uma vez que, respectivamente, a lei civil define as primeiras como união de pessoas que se organizam para objetivos não econômicos e delimita os objetivos das segundas a fins religiosos, morais, culturais ou assistenciais - ou seja, em ambas as espécies, embora também pessoas jurídicas de direito privado, diferentemente da sociedade, não se tem o fim econômico de buscar a partilha de lucros.

CC - Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos.
Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.
Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

Na mesma esteira de ausência de materialidade, convém também desde já expor outra situação fora do alcance da vedação estatutária em comento, qual seja, a atuação de servidor como síndico de condomínio de imóveis residenciais ou mesmo comerciais. De imediato, se verifica da mera literalidade do art. 981 do CC que o instituto jurídico do condomínio de imóveis (condomínio edilício, conforme chama a lei civil) não se inclui na definição de sociedade privada, formada para a prática de atividade econômica com busca de resultado (ainda que o condomínio seja de imóveis comerciais, a administração em si do condomínio não é atividade organizada com fim lucrativo). Além disto, ultrapassando a definição de sociedade privada extraída do Direito de Empresa, ao tratar da administração deste tipo de condomínio, versando sobre propriedade no campo do Direito das Coisas, o CC, em seu art. 1.348, estabelece as competências do síndico. Da lista de nove incisos, verifica-se que, em geral, a simples atuação de um servidor como administrador do condomínio e os necessários atos de gestão (tais como assinaturas de contratos, aquisições de insumos e materiais, contratações e dispensas de empregados, etc), além de não comporem a literalidade do enquadramento, não afrontam os bens jurídicos que o inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, visa a proteger - independentemente de auferir remuneração ou não e/ou de ser dispensado ou não do pagamento da contribuição condominial.

No entanto, é de se ressalvar a competência que a lei civil confere ao síndico no inciso II do art. 1.348 do CC, qual seja de representar o condomínio em juízo ou administrativamente, para a defesa dos interesses comuns. Deve apenas o servidor se resguardar de atuar em nome do condomínio junto a órgãos e entidades públicos, pois há aí o risco potencial de incorrer em outras proibições estatutárias, quais sejam, de praticar atividade materialmente incompatível com as atribuições de seu cargo ou de atuar como procurador ou intermediário junto a repartições públicas, nos termos vedados nos incisos XVIII e XI do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ou até mesmo, em abrangência mais elástica e mais gravosa, no inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, que proíbe que o servidor atue em nome de interesses privados em órgãos ou entidades de qualquer Poder de todos os entes federados, com claro destaque para a atuação como representante do condomínio diante de órgãos fazendários, previdenciários ou de securidade social (RFB, PGFN, INSS), para tratar de questões tributárias e previdenciárias.

CC - Art. 1.348. Compete ao síndico:
II - representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando, em juízo ou

fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns;

Neste sentido, cabe ao conjunto de condôminos ou ao próprio servidor que figure como síndico do condomínio de imóveis se valer das possibilidades respectivamente facultadas pelos §§ 1º ou 2º do mesmo art. 1.348 do CC, que permitem à assembleia investir em outra pessoa o poder de representar o condomínio ou ao síndico de transferir total ou parcialmente tal poder a outrem. Tomada esta cautela no que tange ao poder de representar e desde que também se atente para não prejudicar o cumprimento da jornada de trabalho ou de demais deveres funcionais, o exercício da atividade de síndico condominial por servidor não enseja enquadramento nem neste inciso X em tela, nem no inciso XI e tampouco no inciso XVIII, todos do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e, antecipe-se, também não configura nenhuma das hipóteses materiais de conflito de interesses (nem mesmo de incompatibilidade), listadas no art. 5º da Lei nº 12.813, 16/05/13, e que serão detalhadas em **4.7.3.18.6**.

CC - Art. 1.348.
§ 1º Poderá a assembléia investir outra pessoa, em lugar do síndico, em poderes de representação.
§ 2º O síndico pode transferir a outrem, total ou parcialmente, os poderes de representação ou as funções administrativas, mediante aprovação da assembléia, salvo disposição em contrário da convenção.

Relembre-se, conforme já destacado, que o atual CC, ao ter uniformizado institutos do Direito privado, não só implantou um único regramento para a atividade empresária individual como também fê-lo repercutir na eliminação da antiga diferenciação entre sociedade civil e sociedade comercial (ou mercantil). Com isto, a lei civil sintetizou que, atualmente, a relevante distinção entre as sociedades não mais reside na identificação se a busca de seus lucros se dava ou não por meio do que, de forma complexa, se definia como atos de comércio, mas sim na objetiva diferenciação da natureza de suas atividades (ou seja, nos seus objetos sociais), discernindo se a sociedade é de natureza empresária ou não, conforme adiante se exporá.

Prosseguindo na compreensão da primeira parte do dispositivo legal, ainda de acordo com a lei civil, a sociedade (que não se confunde com o conceito abstrato de empresa, já exposto como o exercício organizado da atividade produtiva), se for constituída nos termos legais, pode adquirir as qualidades de pessoa jurídica e de ser capaz de direitos e de obrigações e, dependendo da forma de constituição, os sócios podem gozar da distinção de seu patrimônio pessoal dos compromissos da sociedade. Assim, a sociedade é dita personificada quando se estabelece formalmente e adquire personalidade jurídica, com a inscrição em registro e arquivamento de seus atos constitutivos.

CC - Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.
Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.
Art. 46. O registro declarará:
I - a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver;
II - o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores;
III - o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;
IV - se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo;
V - se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações

> *sociais;*
> *VI - as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso.*

Dentre as sociedades personificadas (que possuem seus atos registrados), em função do objeto de sua atividade, em extensão ao conceito apresentado em seu próprio art. 966 (para a atuação individual), o CC define duas grandes espécies de sociedades.

- Primeiramente, o CC define como sociedades empresárias as sociedades personificadas que têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário, ou seja, aquelas sociedades personificadas que congregam o exercício profissional (habitual ou permanente, não esporádico) e, destacadamente, a organização (existência de estrutura material, logística e pessoal, contratada pelos sócios, para o manejo dos fatores de produção - capital, insumos, mão de obra e tecnologia), para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, em atividades econômicas (que visam ao lucro a ser partilhado entre os sócios). Estas sociedades, assim como o empresário individual, devem se inscrever e ter seus atos constitutivos arquivados em Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais.

- E, residualmente, o CC denomina de sociedades simples todas as demais sociedades personificadas. Nelas se incluem, por expressa previsão da lei, as sociedades cooperativas (arts. 1.093 a 1.096 do CC) e, a *contrario sensu* da definição de empresário, as sociedades que, apesar da prática econômica (busca do lucro a ser distribuído entre os sócios), produzem profissionalmente seus bens ou serviços sem a organização e a estrutura empresarial dos fatores de produção, caracterizando-se pelo direto emprego da força de trabalho ou do esforço criador dos próprios sócios na atividade-fim, vez que esta, em geral, se circunscreve em ofício requeredor de específica capacitação intelectual (tais como de natureza científica, literária ou artística), sendo habitualmente integradas por pessoas que exercem aqueles tipos de ofícios (profissões liberais, em geral). As sociedades simples se caracterizam, primeiramente, por serem integradas por profissionais detentores de um conhecimento intelectual e, ademais, de forma ainda mais específica, por integrar seu objeto social justamente a exploração desta atividade intelectual por seus próprios sócios. Classificam-se como sociedades simples mesmo as sociedades que contam com auxílio de empregados, a menos que a estrutura absorva a intelectualidade do ofício por parte dos sócios, quando passa a ser sociedade empresária (quando aquela atividade intelectual liberal, ainda que preponderante, passa a ser apenas um componente de uma organização maior). Estas sociedades gozam de requisitos menos rigorosos em sua escrituração contábil e devem ser inscritas e ter seus atos constitutivos arquivados em Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Percebe-se então que, do estrito conceito legal de empresário do art. 966 do CC, como a pessoa física que individualmente toma a iniciativa de exercer atividade empresária (configurando-se em empresário individual), advém o conceito de sociedade empresária para a pessoa jurídica que exerce profissionalmente a atividade econômica e organizada que também se amolda ao conceito de atividade empresária, em contraponto à sociedade simples, que, embora também pratique atividade econômica na busca do lucro, não o faz de forma organizada (já que nem toda atividade econômica é empresarial).

> *CC - Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).*
> *Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.*
> *Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a*

> *sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.*
> *Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.*

De se perceber, ainda, que, além da divisão entre empresárias ou simples em função da natureza da sociedade, a lei civil prevê para as sociedades personificadas seis diferentes formas constitutivas, em duas formas de subscrição e de integralização do capital social: simples (art. 997 a 1.038 do CC), em nome coletivo (arts. 1.039 a 1.044 do CC), comandita simples (arts. 1.045 a 1.051 do CC) e limitada (arts. 1.052 a 1.087 do CC), com capital dividido em quotas; e anônima (arts. 1.088 e 1.089 do CC, sendo regulada pela Lei nº 6.404, de 15/12/76, a chamada Lei das Sociedades Anônimas) e comandita por ações (arts. 1.090 a 1.092 do CC), com capital dividido em ações. Releva, então, que há dois enfoques com que se pode mencionar a sociedade simples: *lato sensu* (art. 982 do CC), como diferencial da natureza empresária, ou *stricto sensu* (arts. 997 a 1.038 do CC), como uma das seis formas constitutivas possíveis, sendo certo que uma sociedade de objeto intelectual (simples, em sentido lato) pode se constituir na forma simples (em sentido estrito) ou nas quatro demais formas (exceto de sociedade anônima), enquanto uma sociedade de natureza empresária pode se organizar nas cinco formas constitutivas que não a forma simples em sentido estrito. Dentre outras peculiaridades, estas seis diferentes constituições refletem distintas formas de responsabilização dos sócios, em seus patrimônios pessoais, em caso de dívidas da sociedade, merecendo destaque, para fim estatutário, as sociedades em que há sócios com responsabilidade limitada ao seu respectivo aporte de capital (seja em quotas, seja em ações) que integralizem, como é o caso da limitada, das comanditas e da anônima, daí advindo a vantagem de os sócios de uma sociedade simples optarem por tipos constitutivos que limitem suas responsabilidades, uma vez que, na forma constitutiva simples, estas podem ser ilimitadas.

> *CC - Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.*
> *Parágrafo único. Ressalvam-se as disposições concernentes à sociedade em conta de participação e à cooperativa, bem como as constantes de leis especiais que, para o exercício de certas atividades, imponham a constituição da sociedade segundo determinado tipo.*

Complementarmente, o CC define como sociedade não personificada aquela que, embora constituída de fato, não tem inscritos em registro seus atos constitutivos e, consequentemente, rege-se por contrato ou acordo, escrito ou mesmo apenas verbal, que tem validade somente entre seus sócios, não tendo força para terceiros. Estas sociedades não possuem personalidade jurídica e não são capazes de direitos e de obrigações e suas dívidas podem atingir ilimitadamente o patrimônio dos sócios. Dentre as sociedades não personificadas, a lei civil:

- define, em regra, como sociedades em comum (arts. 986 a 990 do CC, também conhecidas como sociedades de fato ou sociedades irregulares) as sociedades que, apesar de não possuírem registro, exploram qualquer atividade econômica;
- e denomina especificamente de sociedades em conta de participação (arts. 991 a 996 do CC, também conhecidas como sociedades ocultas ou em confiança) aquelas em que apenas um sócio (chamado de ostensivo ou aparente) atua na atividade-fim, agindo individualmente, participando os demais (chamados de participantes ou ocultos ou de investimento) apenas do aporte de recursos e do resultado.

> *CC - Subtítulo I: Da Sociedade Não Personificada - Capítulo I: Da Sociedade em Comum - Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.*
> *Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.*

Portanto, indistintamente das peculiaridades das definições da lei civil, todos os tipos de sociedades acima listados, personificados ou não, e empresária ou não, estão alcançados pelo mandamento da primeira parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (com exceção das sociedades simples de cooperativas, conforme adiante se aduzirá, à luz do inciso I do parágrafo único deste dispositivo legal).

> *Orientação Coger nº 25*
> *A interpretação da vedação de o servidor participar de gerência ou administração de sociedade privada deve ser feita à luz do art. 981 do Código Civil, abrangendo todas as sociedades, empresárias ou simples, mas excluindo as associações e as fundações.*

Definido então o que sejam sociedades, avançando na análise literal desta primeira parte do mandamento restritivo, verifica-se que o dispositivo legal não veda qualquer participação societária do servidor, mas sim apenas nas condições de gerente ou de administrador. Assim, faz-se necessário definir e diferenciar os termos legais “gerência” e “administração”. O administrador pode ser um sócio ou não e figura como um órgão da sociedade, nomeado no contrato social ou no estatuto social em outro ato, com amplos poderes administrativos, para acompanhar e supervisionar a execução dos serviços e negócios, responsabilizando-se pelo próprio destino da sociedade. O gerente não é um órgão da sociedade, mas sim apenas um empregado, contratado pelos sócios ou pelo administrador, com competências de direção, de comando e de controle sobre todos os bens e empregados da sociedade, de compra de insumos, de contratação e de dispensa de empregados e de assinatura de contratos.

Daí se verifica que o texto legal centra a vedação ao servidor na ocupação de posição de mando, seja como sócio, seja como contratado, para a realização de atos de administração, de gestão, de controle e de gerência, em qualquer tipo de sociedade acima descrito, tanto no que diz respeito a seus bens materiais ou mão de obra, quanto a seus serviços, independentemente de seu aspecto formal de estar inscrita em registro ou não (personificada empresária ou simples - e independentemente da forma constitutiva -, não personificada em comum ou em conta de participação). Ainda em razão da leitura direta do mandamento legal, que não prevê exceções, a vedação das atuações como administrador ou gerente se aplica de forma absoluta, independentemente do objeto social da sociedade (tenha ela fim comercial ou não); em outras palavras, prevalecem vedadas aquelas posições de mando mesmo se a sociedade atua em área totalmente diversa e sem qualquer relação, sequer indireta, com o múnus público do servidor.

Em suma, interpreta-se que, excepcionalmente à regra geral de não interferir no livre agir em sua vida privada e de respeito às garantias fundamentais (no que se inclui o direito à propriedade), o Estatuto impõe tais vedações ao servidor justamente para que, além de este poder se dedicar devidamente a seu múnus público, sem desvio de prioridades, a sociedade de que ele participa não seja favorecida nas definições de suas estratégias ou nas suas decisões, qualquer que seja seu objeto social, pelo fato de seu administrador ou gerente ser um agente público, sob pena de sanção demissiva.

Além do aspecto meramente operacional e pragmático de que a figuração como

administrador ou gerente de uma sociedade consumiria tempo e dedicação que o servidor deve dirigir à sua função pública, em inevitável e intolerável incompatibilidade de jornadas, também, de certa forma, verifica-se uma segunda teleologia neste dispositivo legal, de índole preventiva. O mandamento em questão comporta a inteligência de se considerar que, sendo um agente público, capaz de deter informações de governo ou acessos estratégicos ou ainda poderes de ingerência na instância administrativa, poderia o servidor se permitir contaminar pelo conflito de interesses público e privado e carrear para sua empreitada particular vantagens em decorrência de sua especial condição funcional.

De forma sistemática como a Lei nº 8.112, de 11/12/90, enfrenta a questão de matérias incompatíveis com a função pública, aqui se tem uma tutela dinamizada pela proteção ao mero risco potencial de a tal incompatibilidade acarretar concreta afronta ao interesse público. Daí porque, ainda que se trate de sociedade cujo objeto social não guarde relação com o múnus público e mesmo que não se comprove efetivo ato em benefício da sociedade em razão da função pública do servidor que a administra ou que a gerencia, quis o legislador proteger a coisa pública de forma preventiva, inibindo o mero risco de desvios de dedicação e, sobretudo, de lealdade do agente em favor de interesses pessoais. Desta forma, o Estatuto não tolera e pune de forma grave a mera atuação de fato de servidor em posição de mando e de definição de rumos empresariais de uma sociedade, ainda que sequer se efetive qualquer tipo de vantagem concreta a favor da sociedade em decorrência do cargo público.

Sem confundir com atribuir relevância de critério necessário ou suficiente para a configuração do presente ilícito, tem-se como um bom exemplo de possível contaminação das atividades privada e pública o fato de a sociedade administrada ou gerenciada pelo servidor manter relacionamento com a Administração, passível de ser verificado mediante levantamento junto ao Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi), de pagamentos realizados à sociedade.

Todavia, encerrando a análise literal da primeira parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, verifica-se que não há impedimento ao servidor para participação em sociedades (inclusive de fins comerciais) em que a lei civil e/ou o contrato social ou o estatuto social confere(m) ao sócio poderes, direitos e responsabilidades limitados, como é o caso, por exemplo, da qualidade de sócios “acionista, cotista ou comanditário”, pois, nestes casos, os rumos do negócio não dependem diretamente de decisões a cargo deste sócio servidor (por óbvio, em função do emprego de tais termos, aqui somente se cogita de sociedades personificadas empresariais ou personificadas simples que tenham adotado alguma forma constitutiva empresarial).

Da lei civil, define-se o acionista como aquele sócio que possui parcelas de uma sociedade cujo capital social é dividido em ações (por exemplo, nas sociedades empresárias anônima e comandita por ações), enquanto o cotista é aquele sócio que possui parcelas de capital (quotas) em sociedades assim constituídas (por exemplo, nas sociedades empresárias em nome coletivo e limitada e, em geral, nas sociedades simples); e o comanditário é uma espécie de sócio cotista (especificamente da sociedade empresária em comandita simples).

Dentre todas as espécies societárias mencionadas, por mera necessidade de esgotamento conceitual, no início deste tópico e mesmo no parágrafo acima, algumas perdem importância no aprofundamento do tema por estarem em desuso na prática, merecendo detalhamento, em razão de sua maior aplicabilidade concreta, as formas constitutivas limitada, anônima e simples.

Antes, mencione-se a classificação doutrinária entre sociedades de pessoas ou de capitais, em função da maior ou menor relevância que assuma no negócio o que se denomina *affectio societatis*, conceito compreendido como a vontade de união e de cooperação, a aceitação de cláusulas comuns e a participação e a colaboração ativas dos sócios no objeto a

ser realizado, com o fim comum do lucro. Por óbvio, qualquer forma de sociedade de pessoas conjuga necessários e indispensáveis elementos pessoais e de capital, em maior ou menor grau, dependendo das peculiaridades do negócio. A sociedade se classifica como de pessoas quando há predominância dos elementos pessoais e quando a vinculação entre os sócios baseia-se na relação mútua e recíproca de confiança (a *intuitu persona*), de forma que, por exemplo, uma alteração no quadro societário depende de aprovação dos demais sócios, a ser registrada no contrato social, podendo a saída de um sócio acarretar até a dissolução ou a inviabilidade da sociedade. Por outro lado, a sociedade é classificada como de capital se o caráter pessoal é secundário e se em sua constituição prevalece o impessoalismo do capital, de forma que um sócio entre ou saia independentemente de prévio conhecimento ou de consentimento dos demais, apenas adquirindo ou alienando sua forma de participação, e sem alterar o ato constitutivo da sociedade.

> *"As sociedades podem ser classificadas segundo vários critérios, tais como: (...) A estrutura econômica: sociedades 'de pessoas', constituídas em função da qualidade pessoal dos sócios (...), que são: as sociedades em nome coletivo, sociedades em comandita simples (...), sociedades em conta de participação, sociedades limitadas, e sociedades 'de capitais', constituídas tendo em atenção preponderantemente o capital social (sociedade anônima e sociedade em comandita por ações).", Rubens Requião, "Curso de Direito Comercial", 1º volume, pg. 374, Editora Saraiva, 26ª edição, 2006*

Dito isto e iniciando-se a descrição dos tipos constitutivos de efetivo interesse prático sob a ótica disciplinar, tem-se que a sociedade limitada, cujo capital social é dividido em quotas, é a forma mais comum de se constituírem sociedades, sobretudo para investimentos de pequeno ou de médio porte, pois os sócios (cotistas), após a total integralização dos capitais que subscreveram em contrato, não têm seus patrimônios pessoais atingidos por dívidas da sociedade. Esta sociedade, de acordo com seu contrato social, pode ter como administrador um sócio ou alguém estranho ao quadro social, contratado para tal fim. A doutrina, majoritariamente, entende que a sociedade limitada insere-se na classificação de sociedade de pessoas (embora, em situações concretas, possa o contrato social adotar cláusulas que mitiguem a *intuitu persona*). Acrescente-se ainda que, por força do art. 983 do CC, pode uma sociedade simples (no sentido lato, não empresária) constituir-se não como tal, mas sim da forma de uma sociedade limitada.

Cabe ainda descrever a peculiaridade que a lei civil contempla para a sociedade limitada, que é a possibilidade de ser constituída por apenas uma pessoa, adotando-se para este sócio único, no que couber, as disposições referentes a contrato social. A inclusão desta chamada sociedade limitada unilateral (SLU) nos §§ 1º e 2º do art. 1.052 do CC pela Lei nº 13.874, de 20 de dezembro de 2019, levou à posterior exclusão de outra figura peculiar do Direito de Empresa pátrio, que era a empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli), que se previa no inciso IV do art. 46 e no art. 980, ambos do CC, e que havia sido incluída pela Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011.

Quanto à sociedade anônima, cujo capital é dividido em pequenas e iguais frações ideais, denominadas ações, embora não haja impedimento legal para sua constituição para investimentos de pequeno ou médio porte e com poucos sócios, em geral, em virtude da pesada estrutura que se requer, destina-se a grandes empreendimentos e, em decorrência, para fazer frente à necessidade de recursos, pulveriza a subscrição e a integralização do capital social em inúmeros sócios. Neste rumo, diferentemente da sociedade limitada, refletindo sua própria denominação, a sociedade anônima privilegia o capital, não se importando com aspectos pessoais, tais como qualidades e talentos dos acionistas e, por força da lei civil, sempre é de natureza empresária (art. 982 do CC).

Aqui, importa mencionar que as ações das sociedades anônimas podem ser

preferenciais (títulos ligados mais fortemente à remuneração, como aplicação financeira, do que a controle societário em favor do acionista e que, à vista da vantagem pecuniária de, em geral, conceder a seu portador prioridade no recebimento da parte que lhe cabe da distribuição de lucros, sob forma de dividendos, normalmente, não dão direito a voto) ou ordinárias (títulos ligados mais fortemente ao controle societário do que à remuneração, como aplicação financeira, em favor do acionista, que, à vista de assegurarem direito a voto, importam na distribuição de lucros, em forma de dividendos, somente após o pagamento aos portadores das ações preferenciais). Neste rumo, aproveita-se para informar também que as sociedades anônimas dividem-se em de capital aberto e de capital fechado. As sociedades abertas, mediante autorização da Comissão de Valores Mobiliários, podem negociar suas ações (em geral, as ações preferenciais, mas também ações ordinárias), com oferta pública em mercado aberto, tanto por meio de corretoras de valores em bolsa de valores quanto por instituições financeiras no mercado de balcão, admitindo a pulverização da sua propriedade; já as sociedades fechadas, comumente de origem familiar e com capital social menos pulverizado, não contando com permissão daquela mencionada autarquia do Ministério da Economia para lançamento de suas ações para subscrição pública, apenas podem negociá-las dentro da própria sociedade ou para pessoas direta ou indiretamente ligadas aos acionistas, como forma de manter restrita a sua propriedade.

Ainda acerca das sociedades anônimas, independentemente de seus respectivos percentuais ou níveis de participação no capital social, pode-se dizer que cada um dos sócios é proprietário de parte da sociedade e, indistintamente, todos são denominados de acionistas; porém, no que diz respeito à possibilidade de controle da sociedade, decorrente da propriedade de ações com direito a voto, há as espécies de acionistas minoritários e majoritários (que podem ou não se confundir com os controladores), de forma que, no âmbito de uma grande sociedade anônima, um acionista minoritário tem a propriedade, mas sobre ela não exerce nenhum controle e não a administra. Em caso de dívida da sociedade, os sócios, de forma geral, têm responsabilidade limitada à integralização das ações respectivamente subscritas; todavia, os sócios controladores, que usam o poder para controlar os rumos da sociedade, e os administradores (que podem ser externos aos acionistas, contratados para tal) respondem de forma diferenciada por danos causados.

Por fim, as sociedades simples, cujo capital social é dividido em quotas, aqui conjugando tanto os sentidos lato e estrito do conceito, são aquelas que, ao mesmo tempo em que o CC atribuiu a qualidade de poder significar um padrão comum e uma normatização subsidiária para os demais tipos constituintes, também figuram, residualmente, como aquelas que exploram atividades econômicas específicas de certa forma à margem da organização dos fatores de produção que caracteriza a empresa (atividade econômica e produtiva que concentradamente se manifesta nas sociedades limitada e anônima, esta última, sobretudo, para investimentos de grande porte), podendo se dizer amoldadas para investimentos de pequeno porte. Mesmo que, conforme autorizado na lei civil, uma sociedade simples (*lato sensu*) adote o formato de um dos tipos de sociedades empresárias (com exceção da forma societária anônima, por ser vedado), não deixará de ser simples por tal motivo, visto que o que discerne tal questão é o objeto da sociedade (neste caso, permanece o arquivamento de seus atos constitutivos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, embora obedecendo às normas do Registro Público de Empresas Mercantis). Uma das vantagens de assim se proceder é que, enquanto na forma constitutiva simples os sócios podem ter seu patrimônio alcançado em caso de dívida da sociedade, adotando-se outra forma constitutiva, eles auferem a limitação de sua responsabilidade.

As sociedades simples desenvolvem atividades econômicas estritamente ligadas à conjugação de intelectualidades dos sócios e, desta forma, indubitavelmente, são sociedades de pessoas. Estas sociedades, de acordo com seus contratos sociais, podem ter como administrador um sócio ou alguém estranho ao quadro social, contratado para tal fim. Ainda a

se mencionar que a sociedade personificada que tenha por objeto a atividade rural, se não dispuser de organização estruturada da produção, será simples; se dispuser, independentemente de seu porte, poderá optar em se manter como sociedade simples ou em se registrar como sociedade empresária (conforme se verá mais detidamente em **4.7.3.10.3**).

No ambiente empresarial, é certo que o empreendedor privado conta com a apriorística definição, própria e a seu critério, das condições em que quer (ou em que pode) atuar, sob três vertentes que se entrelaçam, sem se confundirem, que são a escolha do tipo societário, do enquadramento empresarial de porte e, consequentemente, do enquadramento tributário.

Em função do *quantum* de sua receita bruta anual, as sociedades e os empresários individuais podem ter diferentes enquadramentos de porte empresarial, que se refletem na possibilidade de adoção ou de imposição de diferentes tratamentos tributários. Os enquadramentos de porte definidos pela Lei Complementar (LC) nº 123, de 14 de dezembro de 2006, são o microempreendedor individual (MEI), a microempresa (ME) e a empresa de pequeno porte (EPP), para os quais o texto legal permite regimes de tributação mais benéfica, em estímulo oficial ao empreendedorismo.

É importante diferenciar os conceitos de enquadramento de porte, enquadramento tributário e tipo societário. O enquadramento de porte classifica as sociedades e os empresários individuais em função de sua renda bruta anual e, embora repercuta no tratamento tributário que lhes é facultado ou que lhes é imposto, não se confunde com este enquadramento fiscal em si, que é o regime de tributação diferenciado que o Estado impõe a cada um daqueles grupos de contribuintes, proporcionalmente mais pesados à medida em que se avança na escala da receita bruta anual, como são os casos do simples nacional ou do lucro presumido ou do lucro real. A título de exemplo, mencione-se que a ME e a EPP podem adotar o regime tributário do simples nacional, o que deixa claro que ME e EPP não são o próprio simples nacional. Por sua vez, também diferindo dos dois conceitos anteriores, o tipo societário reflete a forma de organização da sociedade, a relação jurídica entre os sócios e o padrão de sua responsabilidade pessoal, o que nada tem a ver com o padrão de receita bruta anual e menos ainda com o regime de tributação.

Por um lado, o enquadramento como MEI, exclusivo para o empresário individual, requer receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R$ 81.000,00, nos termos do § 1º do art. 18-A da LC nº 123, de 2006. Por outro lado, tanto as sociedades quanto o empresário individual podem se enquadrar como ME se auferirem receita bruta anual inferior a R$ 360.000,00 e podem se enquadrar como EPP se auferirem receita bruta superior a R$ 360.000,00 e até R$ 4.800.000,00, nos termos dos incisos I e II do *caput* do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006 (ou seja, o empresário individual é o único tipo que pode se enquadrar como MEI mas este enquadramento não é o único possível para este tipo societário).

Por fim, ainda neste tema, afirme-se que o enquadramento de porte como MEI, ME ou EPP é uma opção que a lei oferta, como política governamental de Administração tributária incentivadora do empreendedorismo, e que tem como repercussão a possibilidade de adesão a um regime tributário mais favorecido. Mas, neste ambiente jurídico em que reina a regra apriorística das liberdades de escolha, nada impede de empresário individual e de sociedade, mediante suas próprios estratégias de planejamento tributário, optarem pelo residual enquadramento de porte normal (que, em primeira leitura, seria previsto de forma vinculada para grandes empreendimentos), ainda que possuam receitas brutas anuais que permitiriam ser classificadas naqueles enquadramentos de porte beneficiados.

Conforme já afirmado acima, é claro que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, por meio do dispositivo em comento, não tem a intenção de proibir o direito de propriedade ao servidor. O servidor pode buscar outras formas lícitas e compatíveis de auferir rendas ou rendimentos, tais

como investindo suas disponibilidades financeiras no mercado de capitais ou em empreendimentos privados, podendo até figurar como sócio majoritário de uma sociedade (inclusive de fim comercial), sem em princípio afrontar a norma; à vista especificamente deste enquadramento, o que ele não pode, em termos de participação societária, é, pessoalmente, praticar os atos de administração ou de gerência, pois, repisa-se, além de coibir os desvios de comprometimento e de dedicação, a Lei quer evitar - antes mesmo da efetiva concretização e já desde o mero risco potencial - que o servidor lance mão de seu cargo para, com a força de suas prerrogativas, beneficiar ou carrear benefício para aquelas atividades privadas.

Em razão, então, do necessário acerto com que deve ser lido este dispositivo apenador com demissão, é que, não obstante ter se apresentado a literalidade da primeira parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, afirma-se que o aplicador de qualquer norma, mais do que se debruçar sobre seus detalhes literais, deve encará-la de forma global para tentar extrair a sua inteligência sistemática. Neste rumo, deve se esclarecer que, independentemente de nuances literais, passíveis de interpretação, o que este dispositivo legal quer tutelar, em essência, além da questão de controle da prestação integral da jornada de trabalho e de dedicação ao cargo, é sobretudo evitar conflito de interesses público e privado, ou seja, coibir a possibilidade de a sociedade obter qualquer beneficiamento, vantagem ou diferenciação pelo fato de que seu administrador ou gerente é um servidor, dotado de prerrogativas. Em outras palavras, a principal inteligência da norma é evitar que, por ser servidor, o administrador ou gerente de uma sociedade atue em seu próprio favor de forma inescrupulosa.

Daí porque o mandamento da primeira parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, deve ser entendido com um certo grau restritivo e cauteloso, configurando-se apenas com a comprovação da administração ou da gerência de fato, não bastando figurar de direito no contrato social, no estatuto social ou no mero acordo entre sócios ou em qualquer outro ato da sociedade ou ainda perante órgãos tributários. Em outras palavras, este enquadramento é precipuamente fático e não apenas de direito. Para que se cogite do enquadramento em tela, necessário que a comissão comprove nos autos a efetiva atuação do servidor como administrador ou como gerente da sociedade. Neste rumo, mencione-se, a mero título de exemplos não exaustivos, os fatos de o servidor assinar cheques, aquisição de insumos, contratos diversos (como de prestação de serviços, de manutenção, de locação de imóvel) ou convênios (como auxílios-alimentação, transporte ou saúde para empregados) ou registros profissionais de contratação, férias ou dispensa de empregados; ou firmar livros comerciais ou fiscais (Diário, Razão, Caixa, Lalur); ou figurar como responsável tributário ou em quaisquer outras instâncias extrajudiciais e judiciais.

Diante da dificuldade concreta com que em instância administrativa - seja ainda investigativa, seja já no curso do PAD - se depara para a configuração de tal ilicitude, pode se destacar, a mero título sugestivo e não exaustivo, um rol de atos instrucionais para tal fim. Por exemplo, de imediato, pode-se pesquisar em sistemas informatizados da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil o nome do responsável pela transmissão de declarações fiscais e se há recolhimentos previdenciários em favor do servidor, bem como verificar na Declaração Anual de Ajuste do servidor e na Declaração de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica ou ainda em qualquer outro documento contábil se há retirada de pró-labore em nome do servidor bem como verificar nos livros de escrituração fiscal ou comercial quem consta como responsável.

Pode-se também solicitar à respectiva Junta Comercial (ou extrair do devido sistema interno porventura disponível por convênio) cópia do contrato social. Cabe também solicitar às concessionárias de energia elétrica, água, esgoto e saneamento que informem quem é o responsável da sociedade junto à prestadora do serviço e cujo nome figura nas contas mensais. Também se demonstra relevante diligenciar e pesquisar em busca dos contratos de locação, compra e venda, ou documento equivalente do imóvel em que a sociedade funciona. Cabe

solicitar à prefeitura e ao Fisco estadual a cópia da ficha cadastral, alvará ou documento equivalente, do qual conste o nome do contador e do responsável pela sociedade junto àquelas instâncias, e, ainda ao Fisco estadual, a identificação do responsável pela transmissão de declarações fiscais e pela emissão de notas fiscais.

Prosseguindo, é viável consultar nos sistemas informatizados, bem como solicitar ao Ministério do Trabalho e Previdência (MTP) cópia das Relações Anuais de Informações Sociais (Rais) apresentadas pela empresa, com o fim não só de ratificar o contador mas também de identificar os funcionários declarados. Uma vez identificados os contadores junto às administrações municipal e estadual e ao MT, estes podem ser objeto de intimações para remeterem o contrato de prestação de serviço mantido com a sociedade e outros documentos de fornecedores e clientes que demonstrem a atuação do servidor como gerente ou administrador. Cabe pesquisar no sítio eletrônico da Justiça do Trabalho as demandas em desfavor da sociedade, identificando os demandantes, a fim de em seguida intimá-los a apresentarem suas carteiras de trabalho para verificar quem os admitiu, demitiu, concedeu férias ou consignou qualquer registro de natureza trabalhista. Pode-se coletar manifestações escritas ou orais dos contadores, funcionários, ex-funcionários, clientes e fornecedores da sociedade para esclarecer a suposta atuação do servidor e entregarem eventuais provas que possuam (tais como cópias de cheques, de notas fiscais e de contrato). E, por fim, pode ainda se demonstrar relevante solicitar à Advocacia-Geral da União que pleiteie a quebra do sigilo bancário da sociedade com o fim de a verificar quem movimenta as contas e assina cheques.

Ademais, de se verificar da literalidade, que emprega a ação verbal “participar”, que aqui também se exige, além da efetividade da conduta fática, algum grau de habitualidade ao longo do tempo, não se configurando a prática vedada com apenas algum(ns) ato(s) isolado(s), nos termos já dispostos em **2.5.3.4**.

> *Parecer PGFN/CJU/CED nº 1.237/2009: “148. É interessante notar que os verbos típicos que compõem a proibição administrativo-disciplinar, “participar” e “exercer”, no âmbito penal estão normalmente identificados àquilo que a doutrina e a jurisprudência qualificam como crime habitual, o qual é caracterizado por abalizada doutrina com os seguintes contornos: (...)*
> *152. No caso da proibição administrativo-disciplinar em análise - embora a imprevisível realidade social possa eventualmente demonstrar o contrário - pode-se dizer que, ao menos em regra, um ato único ou mesmo os atos dispersos e esporádicos de gestão, distribuídos ao longo de cinco anos, dificilmente atingiriam de maneira especialmente grave a regularidade do serviço e a indisponibilidade do serviço publico, legitimando a aplicação da ultima ratio no âmbito administrativo.”*
>
> *Orientação Coger nº 28*
> *O enquadramento no art. 117, X, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, requer a reiteração da conduta, não se consumando com atos pontuais ou eventuais, que, se tomados isoladamente, não atingem o patamar de ilicitude, conforme a doutrina define ilícito de natureza jurídica habitual.*

Este entendimento acerca da necessária habitualidade para se configurar a gerência ou a administração societárias foi referendado pela manifestação da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 9, de 30 de outubro de 2015, sobre o tema.

> *Enunciado CGU/CCC nº 9, de 2015: “Ilícito sócio-gerência - Atuação fática e reiterada. Para restar configurada a infração disciplinar capitulada no inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112/90, é preciso que o servidor, necessariamente, tenha atuado de fato e de forma reiterada como gerente ou administrador de sociedade privada”.*

Na mesma linha, é de se destacar que o exercício, por parte do servidor, de seus

direitos como sócio (desde que nas condições permitidas pelo art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de acionistas, quotistas ou comanditários), tais como o voto em deliberações sociais e a fiscalização dos negócios, bem como eventuais providências tomadas na sociedade, não se confundem com incursão nas vedações estatutárias de administração ou de gerência.

> *"Destaque-se, ainda, que os servidores públicos somente ficam fora do proibitivo disciplinar insculpido nesse inciso X do art. 116 da Lei 8.112/90 quando, na condição de acionistas, quotistas e comanditários, não se comprometam com as atividades de administração e gerência de suas respectivas empresas.*
> *Esclareça-se que emergenciais, esporádicas e isoladas providências, tomadas em favor da empresa pelo servidor acionista, não caracterizam o defeso gerenciamento previsto na infração disciplinar em lide. O que pode muito bem ocorrer em pequenas firmas, onde o servidor quotista, detendo a expressiva maioria do capital social, se veja, de repente, de inopino e de forma inesperada, abandonado pelo seu sócio-gerente.*
> *Agregue-se, porém, que essas excepcionais providências somente se justificam quando realizadas fora da jornada de trabalho da repartição, e desde que ocorram dentro do lapso temporal de pequena duração." José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pg. 385, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*
> *(**Nota**: Percebe-se claramente que o autor se equivocou ao mencionar "inciso X do art. 116 da Lei 8.112/90", pois o correto é art. 117.)*

Assim, uma pessoa que administre ou gerencie uma sociedade e que é investida em cargo público não é obrigada a encerrar as atividades societárias, desde que comprove a petição, junto ao competente órgão público de registro, para que a sociedade tenha seu contrato social alterado, e deixe efetivamente de exercer de fato a posição de mando.

Mas, ainda que o servidor não tenha cuidado de formalmente sair da posição de mando ou, se for o caso, de encerrar a sociedade, se esta nunca operou ou não opera ou na prática opera com outra pessoa como administrador ou gerente desde que o servidor foi investido no cargo público, pode-se inferir que não haverá afronta à tutela da impessoalidade se, apenas de direito e não de fato, ele figurar em alguma daquelas duas posições de mando, visto que, na prática, não se cogitará de vantagem indevida, tanto a ele mesmo quanto à sociedade.

Em contrapartida, o art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, alcança as situações em que o próprio servidor, pessoalmente, administra ou gerencia qualquer sociedade (cujo objeto social seja qualquer atividade, comercial ou não, relacionada ou não com a atividade pública), não só quando formalmente seu nome consta dos documentos constitutivos como administrador ou de demais documentos sociais como gerente mas também quando ele opera apenas de fato, mesmo que seu nome não conste dos mencionados documentos, ou seja, quando o servidor se vale de intermediário (pessoa física ou jurídica, por meio de interpostas pessoas ou de sociedades de fato), objetivando manter seus atos de administração ou de gerência na clandestinidade.

> *Parecer PGFN/Cojed nº 404/2011: "34. Neste sentido, temos que a infração administrativa ora em exame pode ser classificada como sendo do tipo habitual, isto é, aquela cuja consumação somente fica caracterizada com a prática reiterada de atos administrativos/gerenciais. Em princípio não se pode afirmar com a prática de um único ato, por exemplo, que alguém exerce a administração/gerência de uma determinada sociedade empresarial, funções que por sua própria natureza exigem a atuação constante dos agentes que a exercem. Por isso, há a necessidade de que se tenha um conjunto idôneo de atos a fim de se constatar de forma segura que determinada pessoa participe da administração ou exerça a gerência de uma sociedade empresarial, principalmente se levarmos em consideração que para a infração disciplinar*

> *em questão a pena correspondente é máxima existente na seara administrativa, qual seja, a demissão. (...)*
> *35. Feitas as considerações prévias e passando a averiguar o caso em concreto, temos que a mera inserção do nome de servidor público em contrato social de sociedade empresarial na condição de sócio-administrador não possibilita prima facie que concluamos pela caracterização da transgressão disciplinar contida no art. 117, inc. X, da Lei nº 8.112, de 1990. Tal situação apenas traduz um mero indício de sua ocorrência, sendo um elemento idôneo a provocar a abertura de um procedimento administrativo disciplinar. Isto porque será a situação fática envolvida que dirá se houve ou não o descumprimento da norma proibitiva em questão. Tanto é verdade que poderá haver a transgressão funcional por parte de servidor que sequer conste nos atos constitutivos de uma sociedade empresaria, desde, é claro, que se comprove que de fato exercia tais funções."*
>
> *"Da mesma forma, o simples fato do servidor constar do contrato do social como mero sócio cotista, acionista ou comanditário, como consta da parte final do inciso X do art. 117, não afasta por completo a possibilidade do enquadramento, em especial quando há indícios de que o servidor atua na administração ou gerência da sociedade.*
> *É o caso do servidor que, não constando do quadro social, ou constando apenas como sócio, se utiliza de um sócio-gerente ou administrador meramente formal, normalmente seu parente próximo, atuando o servidor de maneira oculta como o verdadeiro gestor da sociedade. (...)*
> *É necessário comprovar que o servidor, sócio ou não, gerencia os negócios, atuando diretamente na administração da sociedade. Deste modo, ainda que o servidor esteja designado no contrato social como sócio-gerente ou administrador, cumpre comprovar efetivamente os atos de gerência e administração para que o servidor seja responsabilizado.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 292, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Na esteira, de acordo com definições da lei civil já apresentadas acima, havendo a prática de atos de administração ou de gerência por parte do servidor, configura-se a vedação em tela independentemente se a sociedade é personificada (ou seja, se adquiriu personalidade jurídica com a inscrição em registro dos seus atos constitutivos e, neste caso, se é empresária ou não) ou se a sociedade não é personificada (se nem sequer tem seus atos constitutivos inscritos) e também se a sociedade constitui-se de mais de um sócio ou se é unipessoal (SLU).

Em síntese, o que o art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, quer vedar é a prática de atos de administração ou de gerência, mesmo que a sociedade não seja regular e não esteja formalmente constituída e também não se importando com a condição meramente formal que o servidor ocupa no contrato social, no estatuto social ou no mero acordo entre sócios ou em qualquer outro ato da sociedade, seja como membro, seja como contratado, seja até como sócio único, ou ainda perante órgãos públicos, e independentemente ainda do objeto social da sociedade (se tem ou não relação com as atribuições legais do cargo e se é ou não de natureza comercial).

> *"Deve-se entender por concreção fática a ação efetiva do servidor como gerente, administrador ou comerciante, denotando as condutas palpáveis e perceptíveis de mando e decisão, independentemente do teor do contido nos atos constitutivos da sociedade privada. Deste modo, e.g., não basta figurar como administrador ou gerente em contrato social, se, de fato, não administra ou gerencia a empresa. A contrario sensu, ainda que o agente público figura no contrato social como não administrador ou gerente, ou sequer figure formalmente nos atos constitutivos da sociedade, mas, em concreto, atue com essas qualidades, viola a norma em voga, infringindo a proibição. Prima-se*

pela realidade das ações, princípio da primazia da realidade.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pg. 267, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.

Ainda à vista do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seu parágrafo único, inciso I, também se preservam, expressamente, as exceções de o servidor poder participar nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade simples de cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros. No primeiro caso destas exceções, obviamente, o ordenamento preserva a supremacia do interesse da Administração e, visando à boa gestão das empresas ou entidades de que participa, de forma coerente, não prevê punição para o servidor que atua em decorrência de encargo recebido da própria União. No segundo caso, trata-se de uma liberalidade do legislador em estimular a participação de servidores nas sociedades simples de cooperativas, definidas nos arts. 982 e 1.093 a 1.096 do CC, quando constituídas para prestar serviços a seus próprios membros, por entender que não há conflito com o desempenho do cargo.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 117.
Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos: (Incluído pela Lei nº 11.784, de 22/09/08)
I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; (Incluído pela Lei nº 11.784, de 22/09/08)

Antecipe-se que existe ainda uma outra exceção ao mandamento restritivo do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, disciplinada no inciso II do mencionado parágrafo único do mesmo artigo, que, por sua relevância, merecerá destaque em **4.7.3.10.4**, que é a permissão para servidor atuar como administrador ou gerente de sociedade privada no gozo de licença para tratar de interesses particulares.

Sintetizando a interpretação atualmente cabível para a primeira parte do dispositivo punitivo em branco (de gerência ou administração societária), deve-se tomar a definição de sociedade estabelecida no art. 981 do CC (como a reunião de pessoas "*que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados*") e interpretar como vedado ao servidor, na atuação em sociedade (indistintamente se empresária ou simples), gerenciar ou administrar esta espécie de pessoa jurídica de direito privado, na qual não se incluem associações e fundações e também sem prejuízo de outras formas de mera participação societária como acionista, cotista ou comanditário ou ainda aé mesmo na condição peculiar de sócio único..

Toda esta síntese material acerca da primeira parte do enquadramento foi positivada pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG), por meio de sua Secretaria de Gestão de Pessoas (Segep), ao ter editado a Portaria Normativa MPDG/Segep nº 6, de 15 de junho de 2018. Além de óbvias repetições de comandos legais, o órgão central do sistema de gestão de pessoas refletiu em sua norma toda a postura cautelosa e de intervenção mínima com que deve ser visto este enquadramento, ao positivar, no art. 3º, a restritividade com que a ilicitude se perfaz (exigindo atividade da sociedade e atuação efetiva, direta e habitual do agente nas funções de comando) e, ao reconhecer a ausência do caráter infracional, no art. 4º, quando, dentre outras razões, o agente apenas participa como acionista, cotista ou comanditário ou meramente mantém inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) ou tão somente tem seu nome figurando na condição de gerente ou de administrador, sem atuação concreta.

Portaria Normativa MPDG/Segep nº 6, de 2018 - Art. 3º A caracterização do exercício de gerência ou administração de sociedade privada exige:

> *I - que a sociedade privada, personificada ou não, esteja em atividade, ainda que irregularmente; e*
> *II - que exista atividade efetiva, direta, habitual e com poder de mando do servidor como gerente ou administrador da sociedade privada.*
> *Art. 4º Ao servidor público que estiver em gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 da Lei nº 8.112, de 1990, não se aplica a vedação de participação em gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não, observada a legislação sobre conflito de interesses.*
> *Art. 5º Não se considera exercício de gerência ou administração de sociedade privada:*
> *I - a participação em sociedade privada, personificada ou não, na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;*
> *II - a participação em fundação, cooperativa ou associação;*
> *III - a inscrição do servidor no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ;*
> *IV - a mera indicação de servidor como sócio-administrador em contrato social;*
> *V - a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada;*
> *VI - a constituição de pessoa jurídica para objetivos específicos, desconectados da atividade de empresa em sentido estrito e sem a caracterização de atos de administração ou gerência; e*
> *VII - as demais hipóteses indicadas no art. 117, parágrafo único, I e II, da Lei nº. 8.112, de 1990.*

Ainda que aqui se analise restritivamente a parte inicial do dispositivo encartado no art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, à vista da necessária percepção sistemática que o aplicador deve ter do Estatuto, merece menção uma situação que, conceitualmente, pode tangenciar o enquadramento em tela, mas que, na prática, poderá ser enquadrada no art. 117, XVIII ou no art. 132, IV, ambos da mesma Lei, como atividade incompatível com o cargo ou como improbidade administrativa, conforme se satisfaçam os critérios que serão respectivamente expostos em **4.7.3.18.7** e em **4.7.4.4.5**. Trata-se de quando o servidor participa, como sócio acionista, cotista ou comanditário, sem ocupar formalmente posição de mando (sem ser administrador ou gerente), de sociedade cuja atividade é conflitante com as atribuições legais do cargo ocupado.

Figurativamente, pode-se mencionar, como exemplos apriorísticos de situações sensíveis para servidor ocupante de qualquer cargo em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (sejam de cargos da carreira específica, sejam de cargos meramente administrativos), as hipóteses de atuar em sociedades cujos objetos sociais sejam a advocacia de qualquer ramo de Direito, a contabilidade, o comércio exterior e a praticagem (aqui, em lista exemplificativa, não exaustiva).

O clareamento da questão em tela passa pela análise sistemática do ordenamento (com este termo compreendido em seu sentido mais abrangente, incluindo a rica base principiológica ao lado das normas positivadas), indo além da estrita legalidade. É de se compreender que o ordenamento não poderia comportar a lacuna de, por um lado, prever a demissão de servidor que comprovadamente administre ou gerencie uma sociedade em uma atividade qualquer e distante de seu múnus público e, por outro lado, não prever vedação e sanção para o servidor que participa de sociedade cujo objeto social seja frontalmente incompatível com suas atribuições públicas (e, mais destacadamente, quando se verifica que o administrador ou gerente da sociedade ou seu sócio majoritário é alguém de próxima relação com o servidor).

Ora, em tal situação hipotética específica, novamente é de se clamar pelo entendimento de que aqui não se trata apenas de proteção e sanção legais à afronta

concretizada sobre um bem jurídico relevantemente tutelado (qual seja, a incolumidade do interesse público e a sua não contaminação por interesses particulares), mas também de proteção já desde o simples risco potencial de tal afronta. Neste ponto, o ordenamento (ao amparo cristalino dos comandos do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, e do art. 3º da Lei nº 12.813, de 16/05/13), em sua visão mais abrangente, não sanciona tão somente a efetiva atuação do servidor, na condição de sócio de sociedade, em atos que se demonstrem concretamente conflitantes com seu cargo, mas sanciona, além e antes daquela atuação, já o mero risco a que se expõe o interesse público somente de se ter um agente público inserido no quadro societário, mesmo não possuindo parcela majoritária (e mesmo sem figurar formalmente em posição de mando, na forma da administração ou da gerência), de uma sociedade cuja busca do lucro - e, em consequência, sua distribuição entre sócios - advém de atividade privada desde sempre incompatível com o cargo ocupado. Não se trata de apenas punir gravemente a efetiva afronta cometida pelo servidor; antes disto, se trata de vedar, desde a mediana punição, o mero posicionamento do servidor que o possibilite de cometê-la, de potencialmente vir a pôr em conflito o inafastável interesse público com o seu interesse particular.

Portanto, por um lado, em princípio, a participação como sócio acionista, cotista ou comanditário ou até mesmo sócio único em sociedade privada é facultada ao servidor, sofrendo apenas a respectiva administração ou gerência (qualquer que seja a área de atuação da sociedade) o enquadramento demissível na leitura direta e literal do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Por outro lado, conforme se aduzirá em **4.7.3.18.7**, a participação do servidor como sócio (ainda que único) especificamente de sociedade cujo objeto social seja incompatível com o cargo tem enquadramento, no mínimo, no art. 117, XVIII da mesma Lei (punido com suspensão) em decorrência direta, pura e tão somente, da mera participação em si, ainda que nela não se comprove nenhum ato de má-fé com o fim de angariar benefício nesta atividade privada. Ou ainda, na hipótese mais extremada, conforme se aduzirá em **4.7.4.4.5**, tendo se comprovado qualquer atuação dolosa, por parte do servidor, de repasse ou de disponibilização de técnicas de elisão fiscal ou de evasão fiscal (entendidas como, respectivamente, condutas lícitas ou ilícitas com o fim de evitar, retardar ou modificar a ocorrência de fato gerador de obrigação tributária ou os efeitos dela decorrentes) ou ainda de informações sigilosas ou estratégicas que beneficiem aquela sociedade privada em detrimento do interesse público ou que propiciem à sociedade burlar as tutelas e os controles exercidos pela Administração, a participação societária ultrapassa a mera incompatibilidade e atinge o grau de repulsa de ato de improbidade administrativa, merecendo enquadramento demissível, por leitura sistemática, no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, podendo ser combinado com a leitura extraída do art. 9º, VIII ou do art. 11, III ou *caput*, da Lei nº 8.429, de 02/06/92, conforme a peculiaridade de cada caso.

Ora, se uma determinada atividade, quando desempenhada individualmente pelo servidor, acarretaria enquadramento no art. 117, XVIII ou no art. 132, IV, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (cabendo em um ou no outro enquadramento em função do grau de gravidade da incompatibilidade com o múnus público), é de se defender que a mesma atividade, realizada pelo servidor, como sócio (ainda que único) de uma sociedade cujo objeto social seja aquelas mesmas atividades incompatíveis, desde que atendidas certas condicionantes, também reflita disciplinarmente de igual forma.

Acrescente-se ainda, sob amparo do que já se aduziu em **3.2.5**, que as duas repercussões disciplinares de que aqui se cogita não seriam afastadas na hipótese de o servidor se encontrar em licença para tratar de interesses particulares, visto que, não se tratando de enquadramento no art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não caberia a aplicação do inciso II do parágrafo único do citado artigo.

Obviamente, a afirmação acima, da possível repercussão disciplinar para o fato de o

servidor figurar como sócio de sociedade cujo objeto seja incompatível com a atribuição pública, merece ressalva. Não se cuida de cogitar de reflexo disciplinar em decorrência de participação societária que tão somente represente um investimento ou uma aplicação financeira por parte do servidor, em que não se verifique nenhuma intenção ou sequer possibilidade de este efetivamente atuar e influir na persecução dos objetivos da sociedade, seja à vista de seu percentual de participação no capital social, seja à vista de sua representatividade pessoal dentre os demais sócios.

Assim, não se insere no alcance ora aventado da matéria disciplinar a situação comum em que um servidor figure como um simples acionista de uma grande sociedade anônima de capital aberto pelo mero fato de ter adquirido ações (destacadamente ações preferenciais, pelo mero interesse de retorno financeiro no mercado de capitais, ou ainda que sejam ações ordinárias, em quantidade que não o eleve a acionista majoritário ou controlador), em oferta pública em mercado aberto. Aproveitando-se a conceituação doutrinária acima exposta sobre as sociedades, tendo uma sociedade anônima forte traço de sociedade de capital, que os sócios passam a compor ou deixam de integrar em absoluta impessoalidade, sem nenhum laço de *affectio societatis*, e figurando o servidor como um mero acionista minoritário, sem que haja significância em tal participação tanto em termos pessoais em relação ao quadro de sócios quanto em termos de percentual no capital social, não há que se cogitar de afronta ao bem jurídico tutelado nem pelo art. 117, XVIII, nem pelo art. 132, IV e muito menos pelo art. 117, X (já que aqui não se trata de administração ou de gerência), todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Aqui se cuida de situação de contornos específicos em que o *status* do servidor dentro da sociedade, à vista das peculiaridades necessárias de serem analisadas em cada caso concreto, se revela inequivocamente relevante em termos de percentuais de participação no capital social ou, ainda que tal percentual não seja relevante, em situações em que se demonstre relevante o grau de vinculação pessoal existente entre o servidor e os demais sócios, administrador e gerente (tais como em próximas relações de parentesco, de afinidade, de amizade ou de qualquer outro tipo de vinculação de *intuitu persona*).

Novamente se aproveitando da conceituação já exposta, o foco acima descrito se aproxima de sociedades limitadas ou, principalmente, de sociedades simples, alicerçadas em forte *affectio societatis*, em que a situação de destaque do sócio servidor - sobretudo por sua intelectualidade afinada com a natureza da atividade social - possa indicar sua intenção de tentar dissimular, por meio do emprego distorcido da permissão legal à participação societária, a ilícita atuação do agente público no objeto social da sociedade, objeto social este incompatível com as atribuições legais do cargo que ocupa ou com as competências do órgão em que é lotado. Em tais constituições societárias, é possível ao servidor se dissimular como mero sócio ao lado de cônjuge, filhos ou amigos próximos em empreitadas cujas atividades-fim sejam intimamente ligadas à intelectualidade e aos conhecimentos técnicos específicos e exclusivos do agente público e que não se estendem aos demais sócios (permitindo a inferência de que o objeto social somente é factível de ser executado pelo próprio servidor), podendo então aí se revelar afronta ao art. 117, XVIII ou ao art. 132, IV, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se a atividade em si, ainda que desempenhada individualmente, se enquadrasse em um ou no outro dispositivo, respectivamente, como simplesmente incompatível ou como ato de improbidade administrativa.

Embora tratando de uma hipótese não exatamente a mesma aqui sob análise, demonstra-se relevante trazer similar posicionamento doutrinário acerca da extensão da repercussão disciplinar contra servidor que se utiliza de pessoa próxima para dissimular a transgressão à proibição estatutária (no caso, a doutrina concorda com o sancionamento disciplinar para servidor que, por meio do cônjuge, afronta o bem jurídico tutelado pela proibição do exercício do comércio, sem adentrar, por óbvio, no círculo de direitos daquela

terceira pessoa inalcançável pela Lei nº 8.112, de 11/12/90).

> *"Nada obsta, porém, que a mulher do impedido possa exercitar a atividade mercantil. Provado, porém, que o funcionário se serve de sua mulher comerciante para obter vantagens em função de seu cargo, usando-a como testa-de-ferro, sofrerá as sanções administrativas, mas não pelo simples fato de sua mulher desempenhar atividade comercial legítima.", Rubens Requião, "Curso de Direito Comercial", 1º volume, pg. 102, Editora Saraiva, 26ª edição, 2006*

Assim, necessário se esclarecer que a interpretação extensiva e sistemática que ora se estabelece para se prever excepcional repercussão disciplinar para o fato de um servidor figurar como sócio (sobretudo cotista, em limites práticos) de sociedade que tenha como objeto social uma atividade incompatível com o seu múnus público não se confunde com a simples condição de acionista de sociedade anônima de capital aberto para cuja obtenção de resultados ele em nada contribui.

4.7.3.10.2 - Exercício do Comércio

Conforme já abordado, o dispositivo do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com pouca precisão redacional, prossegue, em sua segunda parte, buscando vedar a atuação empresarial individual do servidor, após ter se iniciado com a proibição atinente à participação societária.

A crítica à redação se justifica por dois motivos: primeiramente, por seu encadeamento de ideias infeliz já desde a redação original e ainda mantida e, em segundo motivo, pela não harmonização da terminologia ao novo contexto da lei civil, embora tenha sido o dispositivo alterado já após a vigência do atual CC, o que faz exigir certo esforço de interpretação para melhor compreendê-lo.

Antes de se adentrar na interpretação em si da segunda parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e respeitando a terminologia que menciona o exercício do comércio, apesar da sabida mudança de foco operada na lei civil, deve-se destacar que seu objetivo é específico para aquela atividade-fim quando exercida pessoalmente pelo servidor. Aqui, ao contrário da primeira parte do dispositivo (que veda formas de participações societárias), trata-se do servidor atuando de forma individual, fora de uma sociedade. Para esta segunda parte do dispositivo, apesar da inadequada sequência de ideias expostas, não faz sentido se cogitar de exceções à vedação por ser sócio acionista, cotista ou comanditário, pois, não se tratando de sociedade, o agente não age em nome de uma pessoa jurídica que com ele não se confunde e da qual ele seja mero integrante e sem posições de mando, mas sim age em seu próprio nome, de forma que ele tem sempre o comando da atividade (diferentemente daqueles sócios, para os quais a Lei previu exceção aplicável apenas para a primeira parte do dispositivo), e sobre ele recai a responsabilidade pessoal do exercício da atividade-fim em comento.

Dito isto, partindo da construção optada pelo legislador em primeiramente abordar formas de vedação à participação societária e depois apresentar vedação irrestrita para atuação individual, o texto legal teria sido mais claro se sua sequência primeiramente estabelecesse a vedação à administração e à gerência de sociedades, excetuando as condições de sócio acionista, cotista ou comanditário, para ao final estabelecer a vedação ao exercício do comércio. Da forma como foi redigido, desde sua redação original até sua versão atual já alterada, parece que as exceções daquelas três qualidades de sócio se aplicam, no mínimo, também ou, em pior leitura, exclusivamente a quem exerce o comércio, quando, a rigor, elas se aplicam exclusivamente ao integrante de sociedade (de objeto social comercial ou não).

A propósito, acerca de objeto de sociedade, ainda antes de se aprofundar na

literalidade da segunda parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, convém esclarecer que, na primeira parte do dispositivo, mais geral e abrangente, tem-se que o sócio não atua por si próprio, individualmente, mas sim em nome da sociedade que ele integra. Daí porque, por expressa vontade da Lei, na sociedade, o agente público pode participar como sócio acionista, cotista ou comanditário, não podendo apenas atuar como administrador ou gerente, seja o objeto social de finalidade comercial ou não. E mesmo no caso específico de o objeto social ser mercantil, a vedação que recai sobre o servidor em sociedade ainda é a da primeira parte do dispositivo legal, de atuar como administrador ou gerente, de forma que se ele apenas pratica efetivamente a atividade-fim da venda, interpreta-se que ele não atua por si, mas sim pela sociedade e em nome dela, não havendo restrição legal. Ainda nesta hipótese, o exercício do comércio, por si só, praticado como integrante da sociedade e para ela, não é um ato atribuível ao agente individualmente, mas sim à pessoa jurídica, não havendo que se falar de repercussão disciplinar por se enquadrar no dispositivo em comento.

Feita esta introdução, partindo-se para a interpretação da segunda parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, depara-se com a expressão “exercer o comércio”, o que leva à necessidade de se buscar o que seja atualmente a definição de exercício do comércio. E, para isto, novamente, da mesma forma como feito para a primeira parte acima, para o correto entendimento da segunda parte do dispositivo, necessário se faz expor a atual conceituação na lei civil.

Com a já mencionada adoção da chamada teoria da empresa no ordenamento pátrio, a definição legal de exercício do comércio que atualmente se extrai do CC transcende as definições de “comerciante” e de “ato de comércio” originalmente constantes da parte revogada do Código Comercial. Isto porque a incidência do Direito Comercial foi deslocada do comerciante e dos atos de comércio estritos para a pessoa do empresário e para a empresa, em que se agregaram tanto as atividades que já eram tidas estritamente como comerciais como aquelas que eram tidas como civis.

Antes de prosseguir nesta descrição da inovação legislativa, embora já apresentados ao se analisar a primeira parte do dispositivo legal, convém abrir um parêntese para relembrar que se compreende o empresário individual (ou simplesmente empresário, conforme define o art. 966 do CC) como aquele agente que, sob sua iniciativa e risco, de forma organizada (com o manejo articulado de todos os fatores de produção), com fins profissionais (habituais, reiterados ou permanentes) e econômicos (de busca do lucro), para produção ou circulação de bens ou de serviços (atuando no mercado); por sua vez, compreende-se por empresa o exercício desta atividade profissional econômica organizada. Assim, em outras palavras, o empresário é o titular da atividade da empresa, organizando-a, ao empregar seu capital na aquisição de bens, insumos, tecnologia e mão de obra para pôr em prática a atividade econômica (de busca do lucro), e dirigindo-a, ao controlar a execução da atividade-fim por seus empregados.

E relembre-se o já exposto em **4.7.3.10.1**, informando que a lei civil, além de prever a atuação empresarial (atividade empresarial) na forma do empresário individual, também contempla a peculiar possibilidade de a pessoa física adquirir personalidade jurídica de direito privado, constituindo-se na forma de sociedade limitada unipessoal (SLU), nos termos do inciso II do art. 46 (já que é uma espécie de sociedade) e dos §§ 1º e 2º do art. 1.052, ambos do CC, que é contemplada, no que couber, com os regramentos das sociedades limitadas, inclusive no que tange a contrato social. Por meio deste ente jurídico personalizado, registrado no Registro Público das Empresas Mercantis, o sócio único, titular da empresa, pode exercer, por si só, a atividade empresária, com a peculiaridade de ter sua responsabilidade limitada ao seu aporte de capital, preservando seu patrimônio pessoal protegido e não atingido por dívidas da pessoa jurídica (garantia protecionista que a lei civil não concede ao empresário individual). A inclusão da SLU nos §§ 1º e 2º do art. 1.052 do CC pela Lei nº 13.874, de 20

de dezembro de 2019, levou à posterior exclusão de outra figura peculiar do Direito de Empresa pátrio, que era a empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli), que se previa no inciso IV do art. 46 e no art. 980, ambos do CC, e que havia sido incluída pela Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011.

> *CC - Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.*
> *§ 1º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)*
> *§ 2º Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)*

Retornando ao relato da alteração normativa, aquele deslocamento dos focos subjetivo e objetivo do Direito Comercial não se confunde com afirmar a inexistência desta instância jurídica nos dias atuais. A matéria sobrevive, apenas encartada em único diploma sistematizador, que é o atual CC, em título hoje nomeado Direito de Empresa. Tanto é verdade, que este ramo jurídico passou a abarcar, então, além daquelas atividades eminentemente comerciais (compra e venda de bens e mercadorias, intermediação de vendas ou mediação especulativa entre a oferta e a procura de mercadorias, produção industrial, transportes de qualquer modo e atividades bancárias e financeiras), também outras atividades econômicas antes não abrangidas por aquela instância de Direito - como, por exemplo, a prestação de serviços, o mercado imobiliário e a atividade rural (que mereceu atenção destacada em **4.7.3.10.3)** -, desde que organizadas economicamente para a produção ou circulação de bens e de serviços, que eram limitadas à incidência do regramento civil.

Com isto, operou-se no ordenamento a unificação das obrigações comerciais e civis, restando atualmente os empresários sujeitos ao mesmo tratamento jurídico, que engloba não só a responsabilização civil em sentido lato mas também o regime jurídico do antigo comerciante, uma vez que as normas afetas ao comércio passaram a ser aplicadas não apenas aos que exercem o que a lei chamava de mercancia *stricto sensu* mas sim a todo empresário. Neste rumo, não só as atividades eminentemente comerciais mas também todo empreendimento organizado economicamente para a produção ou circulação de bens ou de serviços está atualmente submetido ao disciplinamento do Direito de Empresa encartado no CC.

> *CC - Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*
> *Art. 2.037. Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis.*

De certa forma, pode-se dizer que as terminologias atuais de atividade empresarial e de empresário individual (ou de sócio único de SLU) englobam os tradicionais significados de atividade comercial e de comerciante, agregando nas respectivas novas abrangências também atividades realizadas de forma organizada e com fins lucrativos que, à época da divisão do Direito privado, se enquadravam como atividades civis.

> *"O empresário é figura central da empresa. Muitos autores não distinguem o empresário comercial (ou simplesmente empresário após o novo Código Civil) da antiga figura do comerciante. (...)*
> *Não há dúvida de que o empresário, na linguagem do direito moderno, é o antigo comerciante. Nesse aspecto, portanto, as expressões são sinônimas. (...)*
> *Com a parcial unificação do Direito Privado empreendida pelo Código Civil, e*

> *com a nova posição legislativa firmada na figura do empresário, teria desaparecido a figura do comerciante e a profissão correspondente? A resposta, em que pese a perplexidade provocada pela nova legislação, deve ser negativa (...). O comerciante individual passa a se chamar empresário, para atender à nova concepção do Código Civil, que adotou a teoria da empresa.", Rubens Requião, "Curso de Direito Comercial", 1º volume, pgs. 75, 76 e 83, Editora Saraiva, 26ª edição, 2006*

A exemplo do que já se comentou para as sociedades empresárias (sociedades que executam atividades de empresário), o empresário individual (e também o sócio único de SLU) deve se inscrever no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais, auferindo, nos termos que dispõe a Lei nº 8.934, de 18/11/94, a qualidade de firma mercantil individual (a rigor, esta expressão atualmente é sinônima da expressão doutrinária empresário individual e do termo empresário, adotado pelo atual CC).

Mas, da mesma forma como o registro e o arquivamento de um contrato social ou estatuto social não confere a uma sociedade a natureza de empresária (pois ele somente o será se exercer com ânimo profissional a atividade de empresa), sabe-se também que o registro mercantil, com a consequente inscrição da firma individual, por si só, é meramente declaratório e não constitutivo da condição de empresário (em termos atuais), bem como também não era constitutiva da condição de comerciante (em termos antigos).

Esta percepção tem como consequência que o tradicional conceito de comerciante passava, assim como também passa o conceito atual de empresário, necessariamente, pela prática profissional dos atos de comércio e dos atos empresariais, devendo aqui ser entendida como prática profissional aqueles atos por meio dos quais o agente extrai, totalmente ou pelo menos em parte, recursos relevantes para sua subsistência.

Com isto, se compreende o motivo de o legislador ter mantido no art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (mesmo com sua redação tendo sido alterada já após a vigência do atual CC), a expressão em princípio anacrônica de "exercer o comércio", em lugar de tê-la atualizado com a expressão "exercer atividade empresária". Apesar de o conceito de atividade empresária atualmente englobar não só as tradicionais atividades mercantis em *stricto sensu* mas também abarcar atividades econômicas de índole civil praticadas de forma organizada, a literalidade de "exercer o comércio" comporta um sentido mais amplo que especificamente exercer atividade empresarial nos termos de hoje, pois agrega ainda meios informais de exercício profissional.

Pode-se inferir que a intenção do legislador em não atualizar a terminologia da segunda parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, foi de abarcar na proibição estatutária também a atividade de o servidor atuar, como profissional autônomo (seja civilmente estabelecido, seja na completa informalidade), em todas as áreas que, se registrado fosse como firma mercantil individual ou como SLU, são hoje compreendidas como empresárias.

Diferentemente do empresário individual (ou do sócio único de SLU), que conta com a organização dos fatores de produção e, sobretudo, com a força de trabalho de seus empregados para a realização da atividade-fim, o profissional autônomo a opera direta e pessoalmente ou, no máximo, conta com a colaboração de pessoas próximas ou de poucos auxiliares subalternos, sem a organização empresarial. Não se confunda a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, como elemento necessário (mas não suficiente) para a condição de alguém, individualmente, ser alçado à qualidade de empresário, com o simples fato de um profissional autônomo se estabelecer no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, que não o alça à qualidade de empresário, visto ele não possuir a necessária organização que a lei civil exige para tal conceito (em analogia ao registro também de natureza civil das sociedades simples, que não passam, por isto, à condição de sociedades empresárias). Menos ainda se

confunde com o empresário individual (ou com o sócio único de SLU) o profissional autônomo que se mantém na absoluta informalidade e que sequer se estabelece civilmente (em analogia à sociedade não personificada).

Não obstante, sem dúvida, se o profissional autônomo (estabelecido ou não) pratica com ânimo profissional aquelas atividades que a atual lei civil define como próprias de empresário, ele se enquadra na tradicional e mais ampla concepção de exercer o comércio.

> *"(...) a condição básica para a caracterização do empresário repousa na organização. É a organização que distingue o empresário do profissional autônomo. O autônomo opera pessoalmente, ou, quando muito, com a colaboração de familiares ou de poucos auxiliares subalternos. (...)*
> *A empresa demanda um estabelecimento, tanto que não se concebe a existência de uma estrutura organizacional de pessoas ou de meios materiais sem que se disponha do instrumento dessa organização, que é o complexo de bens e pessoas que fazem atuar a empresa.*
> *Mas não basta o estabelecimento, para que se tenha a empresa; é necessário, para tanto, que esse estabelecimento conte com elementos de atuação (pessoas ou coisas), que o elevam ao nível da organização.*
> *Não se deve esquecer que o profissional autônomo poderá estabelecer-se, sem que essa circunstância venha a retirar-lhe a condição de não-empresário, porquanto o estabelecimento não subentende necessariamente a organização. (...)*
> *O que separa o empresário e a sociedade empresária, de um lado, do trabalhador autônomo e da sociedade simples, do outro lado, é exatamente o requisito da organização, conforme consignado no art. 966 do Código Civil. (...)*
> *As sociedades simples são as que não dispõem de uma estrutura organizacional e as que, mesmo dispondo, dedicam-se a atividades intelectuais, atividades rurais (agricultura e pecuária) e a negócios de pequeno porte (pequena empresa), cabendo registrá-las no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.*
> *As sociedades empresárias são as que exercem atividades próprias de empresário (art. 982), inclusive a sociedade dedicada a atividade rural, contanto que se inscreva no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 984). (...)*
> *No campo da atividade econômica, exercida profissionalmente para a produção de bens ou serviços, tem-se portanto a figura do profissional autônomo, que trabalha de forma pessoal, e tem-se o empresário individual, este comandando com uma organização de pessoas ou bens materiais. No universo societário, se não se delineia a organização, a hipótese é de sociedade simples; presente a organização, configura-se a sociedade empresária.*
> *As exceções a serem consideradas, inclusive no plano societário, onde seriam sociedades simples, concernem ao trabalho intelectual, que não tem natureza empresarial; à atividade rural, que poderá ser empresária ou não, de acordo com o registro; e ao pequeno empresário que, atendida essa qualificação, poderá se registrar no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, não sendo tratado como empresário.*
> *O Código Civil ordenou um sistema de registro fundado em duas organizações preexistentes, o Registro Público de Empresas Mercantis e o Registro Civil das Pessoas Jurídicas, atribuindo à primeira a inscrição dos empresários individuais e das sociedades empresárias, e ao segundo a inscrição das sociedades simples (art. 1.150).*
> *O não-empresário individual, que é o profissional autônomo, especialmente quando estabelecido, deveria contar também com um órgão de registro, tal como o empresário individual. E esse órgão seria, naturalmente, o Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Houve, com efeito, uma omissão do legislador, a ser suprida pelo intérprete, através dos processos de integração da norma*

jurídica (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Cabe aplicar, no caso, a analogia, com base no paralelismo que identifica a sociedade empresária com o empresário individual e a sociedade simples com o profissional autônomo estabelecido ('firma individual não empresária'). Assim, e por essa razão, e para que não permaneça à míngua de um registro, deverá o profissional autônomo estabelecido se inscrever no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (...).", José Edwaldo Tavares Borba, "Direito Societário", pgs. 16 a 18, 24 e 25, Editora Renovar, 10ª edição, 2007

Assim, se, por um lado, com a sistematização única do Direito privado, a expressão atividade empresarial restou acrescida em relação à atividade mercantil como antes definida (pois recebeu em sua abrangência atividades economicamente organizadas que eram tidas como de natureza civil), a forma subsistente de se empregar a expressão "exercício do comércio" ainda resta mais abrangente que a conceituação decorrente do exercício da empresa, uma vez que engloba também a atividade profissional autônoma de busca do lucro. Com tal construção interpretativa, encontra-se a justificativa para que o legislador tenha mantido na segunda parte do art. 117, X a vedação ao exercício do comércio.

Portanto, diante desta abrangência da previsão normativa, para elucidar a segunda parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, necessário se faz se enfocar naquilo que de fato aqui se busca, que é a compreensão de exercício do comércio estatutariamente vedado a servidor, subjetiva e objetivamente.

Primeiramente, sob foco subjetivo, tem-se, por óbvio, que o ordenamento se harmoniza. A lei civil apenas menciona a impossibilidade de exercer a atividade de empresário para aqueles que são legalmente impedidos, mas não disciplina tais vedações, restando tais impedimentos disciplinados em leis específicas, como é o caso da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Ratifica-se que a vedação do exercício do comércio aos servidores é de natureza estatutária e não civil. O que a lei civil disciplina (e também a lei penal o faz) é a repercussão dos atos cometidos pelo impedido.

CC - Art. 972. Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.
Art. 973. A pessoa legalmente impedida de exercer atividade própria de empresário, se a exercer, responderá pelas obrigações contraídas.

Assim, sob ótica estatutária, e mais especificamente em atenção ao art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de acordo com o que já se expôs, repisa-se que, subjetivamente, o exercício do comércio vedado em tela ao servidor é individual, seja como empresário individual, seja como sócio único de SLU, seja como autônomo estabelecido ou não (se o agente público atua em sociedade, a apreciação a ser feita é da tutela da primeira parte do dispositivo, que veda apenas as posições de mando).

Formulação Dasp nº 186. Comércio
O funcionário aposentado não está proibido do exercício do comércio.

Orientação Coger nº 26
Uma vez que o atual regramento civil não mais define ato de comércio, a interpretação da vedação de o servidor exercer o comércio deve ser feita adaptando-se o art. 966 do Código Civil, vedando-se o exercício individual da atividade de empresário.

"O Código Comercial havia adotado o sistema, no art. 2º, de enumerar as pessoas que estavam proibidas de exercer atividade comercial, como empresário, em decorrência do desempenho de função pública (...).
Existem outras classes, afora os funcionários públicos, a que a lei proíbe o exercício do comércio (...).
A nomenclatura do Código Comercial estava evidentemente obsoleta. O atual Código Civil, nos arts. 972 e seguintes, estabelece as condições de capacidade

para o exercício da empresa, dizendo, no art. 972, que podem exercer atividade de empresário os que estiverem no pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos, acrescentando, no art. 973, que aqueles que forem legalmente impedidos de exercer atividade própria do empresário, se a exercerem, responderão pelas obrigações contraídas.
A matéria das incompatibilidades não é comercial. O moderno direito comercial relega para as leis administrativas a declaração desses impedimentos. (...)
A doutrina atual relega a matéria para o domínio do direito administrativo.
É a conveniência do serviço que determina a incompatibilidade. Assim explica Pedro Lessa, quando aborda o tema: 'Quanto aos funcionários de ordem administrativa e judiciária, a necessidade de não se distraírem dos deveres de seu cargo, a conveniência de manter o prestígio e a dignidade de certas autoridades, que uma declaração de falência poderia comprometer gravemente, os perigos do abuso e do monopólio (...), eis os motivos da disposição legislativa que analisamos.'
A matéria está, atualmente, esparsa em várias leis, desde a Constituição Federal até os estatutos do funcionalismo civil e militar. (...)
Indaga-se se a proibição legal que atinge as várias categorias de funcionários ou pessoas se limita ao exercício individual do comércio, ou se se estende também à participação em sociedade comercial.
O art. 3º do Código Comercial já esclarecia que na proibição de comerciar não se compreendia a faculdade de (...) ser acionista em qualquer companhia mercantil, uma vez que não se tomasse parte na gerência administrativa da mesma companhia.
Não se veda, portanto, ao proibido, participar como sócio comanditário, cotista ou acionista de qualquer sociedade. Geralmente, essa exceção à regra geral proibitiva é consignada nos estatutos profissionais respectivos. (...)
O proibido de comerciar não é incapaz. Convém esclarecer que o exercício do comércio, malgrado a proibição legal, não fere de nulidade o ato de comércio praticado pelo proibido; o ato é realmente válido (art. 973 do novo Cód. Civ.) e o proibido torna-se comerciante, e sofrerá as penalidades administrativas a que sua falta corresponder. (...)
Além da punição administrativa a que estiver sujeito, geralmente a demissão, o infrator tornar-se-á passível das sanções da contravenção penal cometida, pelo exercício ilegal de profissão. O art. 47 da Lei das Contravenções Penais, com efeito, dispõe sobre a prisão (de quinze dias a três meses), ou multa, de quem 'exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado seu exercício'. (...)
Se tiver insucesso nos negócios, estará sujeito à falência, conforme previa o art. 3º, IV, do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de julho de 1945. No regime da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, a nova Lei de Falências, a declaração de sua quebra terá base no art. 94, I, observando-se o art. 82.", Rubens Requião, "Curso de Direito Comercial", 1º volume, pgs. 99 a 101, Editora Saraiva, 26ª edição, 2006

Todavia, se, por um lado, se logra sucesso ao se buscar fechar o foco subjetivo, o mesmo não se obtém no foco objetivo. Em termos de atuação, para se enquadrar na vedação legal, esta atividade individual (como empresário individual ou como sócio único de SLU ou ainda como autônomo estabelecido ou não) deve estar organizada economicamente para produção ou circulação de bens ou serviços (não mais apenas se cogitando do ato de comércio *stricto sensu*) ou ainda, mesmo que não conte com tal organização, basta que pelo menos seja exercida com ânimo profissional, ainda que à margem de qualquer formalidade. Esta definição mais abrangente da atividade comercial traz em si dois efeitos imediatos e opostos: em contraposição ao inequívoco enquadramento de um espectro mais amplo de atividades, por outro lado, agrega-se, doutrinariamente, que a atividade comercial a merecer vedação

deve ser demarcada também pela busca do lucro mediante o profissionalismo (que faz subentender que, se não presente a organização, deve pelo menos se dar com habitualidade, de forma a poder se considerar como uma fonte alternativa e complementar para angariar meios de vida e de subsistência).

> *"Quando adotamos o sistema que estrutura o direito comercial sobre o conceito de empresa e da figura do empresário, prometemos não desdenhar do conceito tradicional de comerciante. Não podemos, em uma época de transição em que progride o direito comercial, deixar de atender à antiga doutrina, sob pena de tornar seriamente lacunosas estas dissertações. Tanto o comercialista moderno como os estudantes devem estudar o perfil do comerciante antigo ao lado dos novos conceitos sobre o empresário. (...)*
> *A simples prática de atos de comércio não caracteriza o comerciante, pois podem eles ser exercitados por quem não o seja. Um funcionário público que esteja proibido por lei de ser comerciante pratica, todavia, ato de comércio quando assina título de crédito referente à compra a prazo que efetue. Foi necessário acrescer, então, para caracterizar a figura do comerciante, o esclarecimento de que a prática de atos de comércio tem que ser efetuada em massa, isto é, deve ser ele um profissional dos atos de comércio. Impõe, portanto, para a qualificação de comerciante que alguém profissionalmente exercite atos de comércio. A definição, em consequência, torna-se válida quando à prática de atos de comércio se acrescer o profissionalismo de seu exercício (...)*
> *Verificada a prática de atos de comércio, deve-se provar que essa prática configura uma profissão. O que é profissão? Profissão é a atividade pela qual o indivíduo obtém seus meios de vida. Não é necessário que dela obtenha todos os recursos, pois é admissível a acumulação de atividades, fora do serviço público.", Rubens Requião, "Curso de Direito Comercial", 1º volume, pgs. 79 e 80, Editora Saraiva, 26ª edição, 2006*

Com isto, a atividade comercial vedada pela segunda parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não se confunde com vendas isoladas, discretas, pontuais ou de pequena monta, ainda que lucrativas, e desde que não se avolumem de forma incompatível com a natureza do cargo e com a jornada de trabalho do servidor. Ademais, da própria literalidade do dispositivo, verifica-se que o legislador não proibiu o ato isolado ou pontual, mas sim a ação de exercer o comércio, o que, já desde a leitura atenta do ordenamento e de suas fontes integradoras, impõe subentender certa habitualidade, reiteração ou permanência na conduta. A construção acima exposta se presta justamente para afastar o absurdo jurídico que se instalaria caso se cogitasse do presente enquadramento demissivo quando, a mero título de exemplo, o servidor realiza um ato de comércio ao vender um automóvel ou um imóvel de seu próprio uso.

> *Orientação Coger nº 28*
> *O enquadramento no art. 117, X, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, requer a reiteração da conduta, não se consumando com atos pontuais ou eventuais, que, se tomados isoladamente, não atingem o patamar de ilicitude, conforme a doutrina define ilícito de natureza jurídica habitual.*
> *Além disto, repise-se, aqui com sentido extensivo extraído a partir da definição da atividade empresarial, que a lei civil afasta, em princípio, a incidência da definição de exercício do comércio para a produção intelectual, de natureza científica, literária ou artística. Em outras palavras, não se compreendem na vedação estatutária em tela atividades individualmente praticadas pelo servidor que decorram exclusivamente de sua própria intelectualidade, conforme conceituação já exposta em **4.7.3.10.1**, a cuja leitura se remete.*
>
> *CC - Art. 966.*
> *Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão*

> *intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.*

Em síntese, para que se cogite de incorrer nesta proibição de exercer o comércio, deve o servidor, pessoalmente (seja inscrito como empresário individual ou como sócio único de SLU, seja, ao contrário, permanecendo como autônomo estabelecido civilmente ou totalmente informal), manter - de fato - atividade paralela de caráter econômico (buscando lucro), com organização ou pelo menos com habitualidade profissional (como fonte alternativa, mas perene e habitual, de auferir recursos que complementem sua subsistência), para a circulação de bens ou serviços.

Nesta linha é a manifestação da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 26, de 30 de janeiro de 2019. Conforme já exposto, tendo sido as Eireli excluídas do ordenamento pátrio (mais especificamente, tendo sido revogados o inciso IV do art. 46 e o art. 980, ambos do CC), em razão da criação das chamadas SLU, com a inclusão dos §§ 1º e 2º ao art. 1.052 do CC, é possível estender a inteligência deste Enunciado CGU/CCC para as SLU.

> *Enunciado CGU/CCC n° 26, de 2019: "Vedação de Exercício do Comércio. A proibição ao exercício do comércio prevista no art. 117, X, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, veda a atuação do servidor público federal como empresário individual ou como administrador de Eireli Empresária".*

Ainda que requerendo maior esforço hermenêutico em comparação à primeira parte, sintetizando a interpretação atualmente cabível para a segunda parte do dispositivo punitivo em branco (de exercer o comércio), uma vez que a lei civil não mais define atos de comércio e comerciante, deve-se novamente adaptar a teoria da empresa também à atuação individual do servidor, tomando a definição de empresário individual estabelecido no art. 966 do CC ("*quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*"), com o que se afasta a incidência sobre um ato isolado ou em caráter eventual de compra e venda de qualquer tipo de bem, sem habitualidade profissional e sem organização dos fatores de produção (capital, insumos, mão de obra e tecnologia) e à margem do interesse econômico da busca do lucro.

De forma análoga ao que se aduziu para o servidor que figura como gerente ou administrador de sociedade, no caso da vedação ao exercício do comércio, a tutela que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, exerce é de evitar benefício indevido ao servidor como pessoa física ou à sua empresa ou firma individual em sua atividade privada em função do cargo público que ocupa. Assim, por óbvio, também para a segunda parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, tem-se que o enquadramento é precipuamente fático e não apenas de direito. Para que uma comissão cogite de tal enquadramento, deve comprovar a prática efetiva do exercício do comércio (nos termos do atual CC e da doutrina que o interpreta), não se cogitando de este enquadramento ser meramente formal. Em consequência, analogamente ao que se afirmou com a simples figuração do nome do servidor, no ato constitutivo ou em outro ato da sociedade, como seu administrador ou como seu gerente, o mero fato de o servidor possuir inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, como empresário individual (ou como sócio único de SLU), ou ainda no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, como autônomo estabelecido, não tem o condão de fazer presumir o efetivo exercício do comércio.

> *"(...) o simples registro de alguém no Registro do Comércio (hoje denominado pela Lei nº 8.934/94 como 'Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins'), com forma individual, não cria a profissão e não dá a condição de comerciante. O registro (...) não é constitutivo, mas simplesmente declaratório da qualidade de comerciante ou empresário. Se houver prova de que o inscrito no Registro do Comércio não exercita profissionalmente atos de comércio, não adquire ele a condição de comerciante.", Rubens Requião,*

"Curso de Direito Comercial", 1º volume, pg. 80, Editora Saraiva, 26ª edição, 2006

Apresentadas, então, as interpretações para as duas partes do inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, resta claro que o dispositivo legal requer duas leituras distintas e complementares. A primeira é a da vedação da atuação de servidor como administrador ou gerente de qualquer sociedade privada, personificada ou não, de qualquer ramo de negócio, independente de ser ou não compatível com o múnus público, inclusive com objeto social comercial (hipótese em que o simples ato de venda, não individualizado mas sim em nome da sociedade, não configura a proibição legal). A segunda é a da vedação da atuação do servidor pessoalmente, independente de seu registro ou não como empresário individual (ou como sócio único de SLU) ou de sua atuação autônoma ou até informal, no exercício do comércio, em sua acepção mais ampla da atual lei civil, qual seja, economicamente organizada, ou pelo menos habitual, em busca de lucro ou de meios complementares de subsistência.

4.7.3.10.3 - A Atividade Rural

Em razão de suas peculiaridades, a atividade rural, que contempla a agricultura, a pecuária, a silvicultura e o extrativismo, merece abordagem destacada.

A já mencionada codificação única do Direito privado, que acarretou a uniformização do regime jurídico civil-comercial a que todos os empresários e suas atividades se submetem, apresenta ainda como consequência a possibilidade de inclusão da atividade rural como empresária (desde que satisfeitos os requisitos do art. 966 do CC), seja praticada por meio de sociedade empresária, seja praticada pessoalmente como empresário individual (ou como sócio único de sociedade limitada unipessoal - SLU), o que não ocorria antes da inovação legislativa no CC, quando era classificada como atividade civil.

"Permitiu o Código que o empresário rural e o pequeno empresário fossem excluídos da condição formal de empresário.
Com relação ao empresário rural, a solução adotada pelo legislador foi singularíssima, tanto que, por um lado, permitiu a sua exclusão da condição de empresário (art. 970), e, por outro lado, permitiu que esse empresário rural, mediante registro na Junta Comercial (art. 971), adquirisse a qualificação plena de empresário.
A sociedade com atividade rural, se não for empresária - vale dizer, se não contar com uma organização -, será necessariamente uma sociedade simples. Dotada de organização, poderá optar, livremente, entre a condição de sociedade simples e a condição de sociedade empresária. (...)
A sociedade rural desfruta de uma situação especial. Mesmo sendo uma empresa, cabe-lhe escolher o seu status jurídico, de sociedade simples ou empresária, para tanto bastando optar, respectivamente, pelo Registro Civil das Pessoas Jurídicas ou pelo Registro Público de Empresas Mercantis.
Essa especial situação da empresa rural deita as suas origens na tradição e no contexto histórico que sempre reservaram ao produtor rural um regime diferenciado.
A empresa rural compreende todas as atividades que têm na terra o fator principal de sua realização. Neste gênero se situam a agricultura, a pecuária, a silvicultura, o extrativismo, a caça. As atividades conexas, tais como as de beneficiamento dos produtos rurais, promovidas localmente, a fim de adequá-los à comercialização, também ingressariam nesse mesmo contexto.
Pode-se, então, assentar que o empresário individual rural não se encontra sujeito a registro, mas, se dispuser de uma organização, poderá promovê-lo, passando a ser tratado formalmente como empresário, e que a sociedade empresária rural, independentemente de seu porte ou patrimônio, poderá inscrever-se no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, assumindo a condição de

> *uma sociedade simples, ou, presente a organização, no Registro Público de Empresas Mercantis, assumindo a condição formal de sociedade empresária.*
> *É curiosa a situação ora analisada. A hipótese de que se trata é a de uma sociedade empresária que será tida ou não como sociedade empresária, segundo o registro adotado. Mas é exatamente isto. A empresa rural pode preferir o status de sociedade simples e, como consequência, não se sujeitará à lei de falências e recuperação, nem a processos mais rigorosos de escrituração contábil. (...)", José Edwaldo Tavares Borba, "Direito Societário", pgs. 20 a 22, Editora Renovar, 10ª edição, 2007*

Com a uniformização do regramento, a atividade rural passou a poder figurar ao lado das atividades atualmente definidas como empresariais, não mais estando legalmente reduzida a uma natureza residualmente diferenciada da maioria das demais práticas produtivas, a exemplo de quando era regulada sob ótica civil. Neste sentido, não se verifica da leitura conjunta dos arts. 970, 971 e 984 do CC nenhum sentido excludente que traduzisse intenção por parte do legislador de apartar a atividade rural e de deixá-la à margem do regramento hoje operado pelo Direito de Empresa e de conceder a sua inclusão neste ramo jurídico como algo excepcional.

Ao contrário, não bastasse o fato de aqueles dispositivos legais terem enfatizado em suas literalidades a expressão "empresário rural" (embora não o tenham definido), se dúvida ainda restasse, dispuseram que este pode se equiparar ao empresário. Extreme de dúvidas, os mencionados mandamentos, em conjunto, apontam que a lei civil considera a atividade rural essencialmente empresarial e estabelecem um dispositivo de inclusão apriorística do produtor rural à atual definição legal de empresário e, por conseguinte, ao regramento do Direito de Empresa.

> *CC - Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.*
> *Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.*
> *Art. 984. A sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e seja constituída, ou transformada, de acordo com um dos tipos de sociedade empresária, pode, com as formalidades do art. 968, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da sua sede, caso em que, depois de inscrita, ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária.*

Não obstante, apenas deve se destacar que a lei civil concedeu um tratamento diferenciado ao produtor rural, provavelmente refletindo históricas considerações e necessidades de incentivo a favor desta atividade de forte cunho social. Exatamente na linha do novo ordenamento, o produtor rural que não ostenta organização dos seus meios de produção é tido como produtor autônomo, se atua de forma individual, ou como sociedade simples, se atua em sociedade personificada. E, em primeiro momento, ainda seguindo sem diferenciação o tratamento normativo vigente para toda a classe empresarial, a lei civil *a priori* considera o produtor rural que conta com estrutura, logística e organização em seus fatores de produção (capital, insumos, mão de obra e tecnologia) como empresário individual, se atua individualmente (e, neste caso, pode-se até se cogitar da possibilidade de se constituir como sócio único de SLU), ou como sociedade empresária, se atua em sociedade personificada. Mas, neste ponto, opera-se o tratamento diferenciado concedido a este produtor: diferentemente da exigência que recai sobre o empresário *lato sensu*, ao produtor rural que possui organização e estrutura capazes de qualificá-lo como quem exerce a atividade

de empresa, a lei civil não o obriga a se inscrever no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais, como empresário individual (ou como sócio único de SLU) ou como sociedade empresária, mas sim faculta-lhe a opção de se manter nesta visão apriorística empresarial ou de ser considerado como produtor autônomo ou como sociedade simples. Por óbvio, a construção interpretativa que aqui se apresenta cogita da hipótese de o produtor rural proceder a registro, mas sem se olvidar da possibilidade de ele optar, à sua conta e risco, por se manter em absoluta informalidade, ainda que ostente estrutura e organização de seus meios de produção, seja individualmente, permanecendo como autônomo informal, seja em sociedade, quando se terá uma sociedade não personificada.

Daí, conforme aduzido acima, a lei civil não excluiu o produtor rural do regime empresarial vigente atualmente no ordenamento para a classe produtiva; diferentemente, o CC concedeu ao produtor rural que se registra a prerrogativa de ele mesmo optar, se for de sua exclusiva conveniência, em se manter à margem do conceito de empresário individual (ou de sócio único de SLU) ou de sociedade empresária, independentemente do porte e do grau de organização de sua escala produtiva. Presumivelmente, o legislador quis conceder a esta relevante classe produtiva - de forte impacto social - um tratamento administrativo e tributário diferenciado e incentivador, facilitando a continuidade e a expansão de seus negócios.

Em consequência, como exceção ao que se opera para a classe empresarial em geral, no caso da atividade rural, o registro não é meramente declaratório, mas sim constitutivo, já que, se o produtor rural optar por se inscrever no Registro Público de Empresas Mercantis, isto lhe auferirá a condição de empresário individual (ou de sócio único de SLU) ou de sociedade empresária, restando assim equiparado para todos efeitos; ao contrário, caso ele opte, à sua conveniência, em se inscrever no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, isto lhe conferirá a condição de produtor autônomo formalmente estabelecido ou de sociedade simples. Caso não proceda a qualquer registro, mantendo-se na informalidade, será um produtor rural autônomo informal ou uma sociedade não personificada.

Em síntese, o ordenamento atualmente prevê que a atividade rural, que era vinculada ao Direito Civil e ao Direito Agrário, passou a ter *status* de atividade empresária - desde que preenchidos os requisitos de caracterização de empresário individual (ou de sócio único de SLU) ou de sociedade empresária e de registro como tal -, tendo apenas facultado a este produtor individual ou em sociedade a opção de qual regime (de natureza civil ou empresarial) melhor se amolda a seu negócio.

Caso o produtor rural (individualmente ou em conjunto com seus sócios, se houver) opte por se equiparar a empresário (ou a sociedade empresária), procedendo a registro mercantil, sujeitar-se-á aos direitos e obrigações destas pessoas, de natureza comercial; se optar por não adotar o modelo empresarial (seja individualmente, seja em sociedade), o produtor rural permanecerá vinculado ao regime jurídico de natureza civil, respondendo de forma ilimitada e pessoalmente com seu patrimônio nas obrigações contidas naquela atividade. Importante destacar que o CC não dispensa o produtor rural de qualquer registro; apenas lhe faculta a opção entre o registro mercantil ou civil. Caso opte pela absoluta informalidade, não procedendo a qualquer registro, seja individualmente, seja em sociedade (quando se aplicará o regramento das sociedades não personificadas), a responsabilidade também é ilimitada.

Independentemente dos aspectos formais atualmente constantes na lei civil, tem-se que a atividade rural, caso explorada por pessoa física ou pessoa jurídica de forma organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, pode ser considerada atividade empresária, por se encontrar enquadrada nos novos conceitos introduzidos pelo CC. Em outras palavras, os aspectos formais relacionados a esta atividade não afastam sua natureza essencialmente empresarial - mas que somente se formaliza com o competente registro mercantil.

Assim, para o foco do presente interesse, se o servidor atuar como produtor rural, seja em sociedade, seja individualmente, de forma organizada economicamente para produção ou circulação de bens ou de serviços ou pelo menos de forma profissional (habitual, reiterada ou permanente) na busca do lucro, independentemente de formal registro de qualquer natureza, pode vir a ser considerado um integrante de uma sociedade (empresária ou simples ou até mesmo não personificada) ou um empresário individual (ou até mesmo, se for o caso, um sócio único de SLU) ou ainda um produtor autônomo estabelecido ou não, podendo, daí, se enquadrar na vedação imposta, respectivamente, pela primeira ou pela segunda parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Aplicam-se, então, para o servidor que pratica atividade rural, as duas formas de vedação de forma análoga ao que já se expôs em **4.7.3.10.1** e **4.7.3.10.2** para as atividades societárias e para o exercício do comércio de forma geral, quais sejam, atuar como administrador ou gerente da sociedade empresária ou simples ou não personificada na primeira hipótese e de atuar individualmente (como empresário individual ou como sócio de SLU ou como autônomo estabelecido ou não) na segunda hipótese.

> *Orientação Coger nº 27*
> *Os comandos do art. 117, X, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, refletem-se nas vedações de o servidor gerenciar ou administrar sociedade que explore atividade rural e exercer individualmente a atividade de empresário rural.*

Destaque-se que a conclusão acima se mantém independentemente de o servidor individualmente ou a sociedade de que faz parte ter optado pela inscrição mercantil (em Registro Público de Empresas Mercantis), ou ter optado pelo regime civil (em Registro Civil das Pessoas Jurídicas) ou até ter se mantido na informalidade, sem nenhum registro. Tendo em vista o caráter eminentemente fático deste enquadramento, não importa para sua configuração ou não o aspecto meramente formal de o servidor produtor rural ter se inscrito como como empresário individual (ou como sócio único de SLU) ou como autônomo ou ter se mantido em absoluta informalidade ou de a sociedade ser personificada ou não.

Caso o servidor exerça a atividade rural em sociedade (que pode ser sociedade personificada empresária,, caso os sócios tenham optado por registro em Registro Público de Empresas Mercantis; ou sociedade personificada simples, caso tenham optado por formalização em Registro Civil das Pessoas Jurídicas; ou, por fim, sociedade não personificada, caso não tenham formalizado a sociedade), em que pese o caráter eminentemente comercial desta atividade, a vedação que sobre ele se impõe não é a do exercício pessoal do comércio em si, mas sim de exercer as posições de mando - administração ou gerência - da sociedade.

Por outro lado, caso o servidor exerça individualmente a atividade rural, independentemente de se enquadrar e de ter optado ou não pela equiparação como empresário individual ou como sócio único de SLU (prática economicamente organizada para produção ou circulação de bens ou de serviços, buscando o lucro) ou de se manter como produtor autônomo estabelecido ou não e também não obstante a forma como tenha optado submeter à tributação a renda de sua atividade (mesmo que ele tenha optado em ser tributado como pessoa física e não submetendo as rendas como receitas de pessoa jurídica, conforme lhe faculta a legislação fiscal), a vedação que se impõe sobre ele é a da prática em si do exercício do comércio.

> *"Desta forma, atuando o servidor como gerente ou administrador de sociedade dedicada à atividade rural, ou exercendo o servidor diretamente a atividade, de forma profissional e organizada, visando a produção ou circulação de bens ou serviços, incide na proibição do art. 117, inciso X.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 294, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Por fim, sintetizando a interpretação atualmente cabível, assentou-se que as interpretações já expostas para as duas partes do dispositivo punitivo em branco se projetam especificamente sobre a atividade rural, quais sejam: é vedado ao servidor participar da gerência e da administração de sociedade, independentemente de esta ser formalmente ser registrada ou não e atuar individualmente, na condição de empresário individual (ou de sócio único de SLU) ou de autônomo estabelecido ou não, na atividade rural. Com isto, afasta-se a incidência sobre outras formas de mera participação societária e sobre atos isolados ou eventuais de comercialização de excedentes de produção não profissional, não organizada e sem fim econômico de um simples proprietário rural, que não necessariamente se confunde com produtor (ou empresário) rural.

Atentando que o bem jurídico tutelado pelo dispositivo legal em comento é a dedicação exclusiva ao trabalho, pode-se cogitar de ausência de ilicitude na atividade rural desempenhada em nome de um servidor, individualmente, sem integrar sociedade, mas com o emprego de um preposto ou de um empregado, de forma que a atividade, ainda que rentável em decorrência de venda da produção, em nada afete a jornada laboral do agente público. Por óbvio, diante dos tênues contornos desta situação hipotética, a possibilidade aqui aventada não deve ser compreendida como um comando geral, mas sim destacando-se que devem ser cuidadosamente analisadas as condições peculiares de cada caso em concreto.

Portanto, restam ao servidor que atua na atividade rural duas possibilidades de tal prática se preservar estatutariamente lícita e compatível com o múnus público: se ele exerce a atividade rural individualmente, como empresário individual (ou como sócio de SLU) ou como autônomo estabelecido ou não, deve esta atividade comercial manter-se à margem da definição legal de atividade economicamente organizada ou pelo menos não configurar sequer habitualidade profissional na busca de lucro (ou seja, ser uma atividade de pequena relevância e pontual), podendo ainda se cogitar da hipótese de o servidor empregar um preposto ou empregado qualquer para a efetiva prática da atividade rural; se ele exerce a atividade rural em sociedade, deve manter-se apenas como sócio acionista, cotista ou comanditário, sem exercer administração ou gerência, ainda que pratique atos de venda ou de compra e de revenda de insumos e de produtos.

4.7.3.10.4 - Exceção ao Enquadramento em Caso de Licença

O ordenamento prevê ainda mais uma exceção às proibições estabelecidas no art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90. O inciso II do parágrafo único do mencionado art. 117 prevê o afastamento das proibições de gerenciar ou administrar empresas e de exercer o comércio para o servidor que esteja em gozo de licença para tratar de interesses particulares (prevista no art. 91 do Estatuto), ressalvando atuações privadas do servidor que possam configurar conflito de interesses.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 117*
> *Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos: (Incluído pela Lei nº 11.784, de 22/09/08)*
> *II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses. (Incluído pela Lei nº 11.784, de 22/09/08)*

Na mesma linha do entendimento acima, a Medida Provisória (MP) nº 2.174-28, de 24/08/01, que disciplina a redução de jornada, de oito horas diárias e quarenta horas semanais para quatro ou seis horas diárias e vinte ou trinta horas semanais, para servidores efetivos, conforme o *caput* e o § 1º do art. 5º e os arts. 6º e 17, permite que o agente optante por este direito possa exercer o comércio bem como a gerência e administração de sociedades (salvo no caso de o servidor que já cumula licitamente cargo de professor público com cargo de

natureza técnica, conforme o § 1º do art. 17). A destacar que tal MP, nos termos do inciso VI do art. 3º, tem sua aplicabilidade reduzida na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, já que veda a redução de jornada para AFRFB, conforme **4.7.4.10**. Ademais, na leitura literal do ordenamento, teria sido mantida a previsão legal de pena de demissão para o servidor que originalmente tem jornada semanal de vinte ou de trinta horas e que pratica a gestão de sociedades privadas, enquanto não é alcançado por norma punitiva o servidor cujo cargo tinha originalmente jornada semanal de quarenta horas e que reduziu para vinte ou trinta horas com base naquela MP, o que, decerto, não se coaduna com o princípio constitucional da isonomia.

> *MP nº 2.174-28, de 24/08/01 - Art. 3º*
> *I - Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União;*
> *II - Procurador Autárquico, Advogado e Assistente Jurídico dos órgãos de execução ou vinculados à Advocacia-Geral da União;*
> *III - Defensor Público da União;*
> *V - Delegado de Polícia Federal, Perito Criminal Federal, Escrivão de Polícia Federal, Agente de Polícia Federal, Papiloscopista, Policial Federal e Policial Rodoviário Federal; e*
> *VI - Auditor-Fiscal da Receita Federal, Auditor-Fiscal da Previdência Social e Auditor-Fiscal do Trabalho.*
> *Art. 5º É facultado ao servidor da administração pública direta, autárquica e fundacional, ocupante exclusivamente de cargo de provimento efetivo, requerer a redução da jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta semanais para seis ou quatro horas diárias e trinta ou vinte horas semanais, respectivamente, com remuneração proporcional, calculada sobre a totalidade da remuneração.*
> *§ 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras ou dos cargos de que tratam os incisos I a III e V e VI do caput do art. 3º.*
> *Art. 6º Além do disposto no § 1º do art. 5º, é vedada a concessão de jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional ao servidor:*
> *I - sujeito à duração de trabalho estabelecida em leis especiais; ou*
> *II - ocupante de cargo efetivo submetido à dedicação exclusiva.*
> *Art. 17. O servidor poderá, durante o período em que estiver submetido à jornada reduzida, exercer o comércio e participar de gerência, administração ou de conselhos fiscal ou de administração de sociedades mercantis ou civis, desde que haja compatibilidade de horário com o exercício do cargo.*
> *§ 1º A prerrogativa de que trata o caput deste artigo não se aplica ao servidor que acumule cargo de Professor com outro técnico relacionado nos incisos I a VI do caput do art. 3º ou no § 2º do mesmo artigo.*
> *§ 2º Aos servidores de que trata o caput deste artigo aplicam-se as disposições contidas no art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, à exceção da proibição contida em seu inciso X.*

De se destacar, conforme já aduzido em **3.2.5** (a cuja leitura se remete), que tal exceção prevista no ordenamento para atos que em tese se enquadrariam no art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (gerência ou administração de empresas e comércio), não tem o condão de afastar repercussões disciplinares para atos cometidos sob a licença em tela e que se enquadrem em outros ilícitos, sobretudo aqueles marcados por conflitos de interesse entre o público e o privado (improbidade administrativa, assessoria tributária, por exemplo), conforme a própria Lei cuidou de ressalvar na parte final do inciso II do parágrafo único do seu art. 117.

4.7.3.11 - Inciso XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de

parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro

Neste inciso, pode-se dispensar a busca da interpretação sistemática da Lei, relatada no inciso X, linhas acima. Enquanto naquele inciso foi necessário extrair interpretação, à vista do que a Lei quer tutelar, para o termo "participar" (para extrair a mera figuração), aqui não cabe discussão, visto que se tutela a ação mais restrita, específica e efetiva de "atuar".

Assim, de forma até mais clara, aqui se afirma que a tutela da norma é evitar que os pleitos patrocinados pelo procurador ou intermediário, junto a qualquer órgão público, obtenham sucesso tão somente em razão da qualidade específica de aquele agente ser servidor, o que lhe propicia acesso às repartições, seja por conta própria, seja por amizade, coleguismo ou clientelismo. Em síntese, busca-se coibir o indevido uso, por parte do servidor, do prestígio e de sua influência. Apenas para figurar a compreensão, aqui se permitiria estender para o agente público a expressão "tráfico de influência", que, a rigor, a lei penal emprega para definir similar atitude criminosa cometida pelo particular contra a Administração. Ou seja, até com mais ênfase com que se cogitou no inciso anterior, embora aqui também não positivado na Lei, se poderia ler este inciso acrescentado da condicionante "valendo-se do cargo", de forma a compreendê-lo como mais uma espécie qualificada da vedação em gênero de "valer-se do cargo". A hipótese em tela pode repercutir criminalmente como advocacia administrativa, conforme bem definida no art. 321 do CP - em que, a propósito, o legislador foi mais preciso, ao incluir a expressão "valendo-se da qualidade de funcionário".

A configuração desta irregularidade independe da existência e da validade de instrumento de mandato. No mesmo rumo, para a configuração, dispensa-se que o benefício a favor do terceiro esteja ou não na alçada de atribuições legais do servidor infrator; que se tenha conseguido ou não o objeto do pedido a favor do terceiro; que seja lícito ou ilícito o interesse do terceiro; e que se tenha comprovado o recebimento de vantagem de qualquer espécie pelo infrator. Advirta-se que, nestas duas últimas hipóteses, sendo interesse ilegítimo ou tendo o servidor recebido alguma vantagem por sua atuação, pode-se cogitar de enquadramento mais grave de improbidade.

Na exceção expressamente prevista no enquadramento (atuação em favor de benefícios previdenciários ou assistenciais), uma vez que a Lei não explicitou se os parentes para os quais permite procuração ou intermediação são afins e/ou agregados, interpreta-se que a permissão abrange a ambos. Aliás, a vedação expressa no dispositivo em comento é tão cristalina e inequívoca, cabível como uma espécie do grande gênero "valer-se do cargo", que até se pode cogitar que o texto legal também se justifica para destacar a exceção, ou seja, para expressar que aquele tipo de conduta (atuação em favor de benefícios previdenciários ou assistenciais para parentes) é permitido.

Em **4.2.6** foram apresentadas as definições de graus de parentesco e a forma de contá-los, a cuja leitura se remete.

Sob aquela ótica de valer-se de sua qualidade de servidor, a Lei prevê duas hipóteses para o enquadramento: a atuação ostensiva como procurador, em que se requer a comprovação de existência de um mandato, de uma procuração; e atuação disfarçada, como informal intermediário, dispensando-se comprovação de existência de qualquer mandato. Em regra, além de ser mais frequente, a atuação como intermediário, por possibilitar a conduta dissimulada e sub-reptícia, costuma ser mais danosa ao interesse público que a atuação assumida como procurador.

> *"Denota infração continuada, e para a subsunção faz-se necessária a demonstração de existência de mandato ou procuração, que decline a outorga escrita à atuação do servidor, não bastando somente o agir, representando ou defendendo interesses de particulares, semelhantemente a um procurador, o*

> *que caracterizaria a segunda figura típica descrita como a atuação como intermediário. A intermediação denota infração instantânea, que se satisfaz com apenas uma única conduta e, não obstante, certa informalidade do ato de procurar, não necessitando, por isso, de qualquer mandato escrito ou verbal, mas sim de interposição, até mesmo de forma discreta ou velada, reservada ou dissimulada e mesmo sem a autorização ou ciência do interessado legal, para tutela de interesses alheios. A demonstração de ocorrência dessa segunda tipificação dispensa a prova de outorga de mandato escrito do particular ao servidor público, conformando-se somente com a demonstração verossímil da atuação do servidor com vista a defender ou representar interesse alheio. Com efeito, para a configuração desta segunda infração sequer há a necessidade de conhecimento pelo particular de que o servidor age ou se omite em seu nome e com o fim de tutelar seus interesses. Dispensa-se, assim, a comprovação de união de desígnios entre o particular interessado nos serviços administrativos e o servidor público que atua como intermediário de seus direitos.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pg. 277, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

De uma forma ou de outra, diligências e iniciativas inofensivas e desinteressadas de vantagem por parte do servidor, que não propiciem beneficiamento, não configuram a irregularidade. A mera atuação silenciosa como procurador ou intermediário e à margem de busca de vantagem em função da condição de ser agente público, como, por exemplo, na atuação sem sequer ter se identificado como tal, também inibe o enquadramento expulsivo em tela. Não se pode imaginar que o legislador tenha desejado imputar gravemente pequenas condutas da vida cotidiana do cidadão junto a órgãos públicos, sobretudo em outras unidades em que o agente é desconhecido, ou em outros órgãos federais ou em outras esferas da Administração Pública (como estadual e municipal), para as quais em nada contribui ou agrega favorecimento ou prestígio o fato específico de ser servidor público (a menos, óbvio, que se comprove que o servidor tenha se apresentado nesta condição com o fim de obter diferenciação).

No entanto, faz-se necessária apreciação mais rigorosa quando a atuação se dá dentro do próprio órgão de lotação do servidor ou em órgãos cuja atuação guardem relação de proximidade com o seu órgão de lotação, ainda que ele não se identifique, visto que, neste caso, a influência pode ser notória, diante de sua manifesta qualidade de servidor. Daí, o servidor deve abster-se de atuar em nome de outrem, sobretudo na própria Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, mesmo em unidades distintas de sua lotação, e também em outros órgãos cuja atuação guarde correlação com o Fisco, como a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), etc. Este tipo de intermediação conta com um contexto plenamente propício para a configuração imediata da irregularidade, à vista do prestígio, da amizade, do coleguismo, da troca de favores, do livre acesso, etc.

Justamente pela forte possibilidade de atuação dissimulada, não é um ilícito de fácil detecção e menos ainda de fácil comprovação. A detecção deste ilícito depende, basicamente, apenas de duas possibilidades. A primeira se refere à possibilidade de, no curso de investigação policial, com regular interceptação telefônica ou telemática, a autoridade policial identificar conversas ou trocas de mensagens eletrônicas com tratativas acerca de atuação de um servidor como intermediário ou procurador a favor de terceiros e daí representar ao sistema correcional. A segunda possibilidade se refere ao rechaço de um agente público ao se sentir objeto da intervenção do servidor infrator, em razão das competências regimentais (no caso de ser uma autoridade) ou das atribuições legais do cargo daquele conferirem algum poder decisório do interesse do particular a que este busca beneficiar. Diante das sugestões, pedidos, diligências e toda forma de tentativa de persuasão e convencimento por parte do infrator, o agente público vítima da atuação indevida formula representação, reportando

conversas verbais, mensagens eletrônicas e documentos fornecidos pelo infrator.

Para fim de comprovação da materialidade, se a situação se encerra em um ou em alguns procedimentos ou processos decorrentes de pleitos de terceiros, deve-se solicitar cópia integral dos respectivos dossiês ou autos, a fim de pesquisar se há algum elemento que demostre a atuação ilícita de servidor ou para identificar agentes públicos que, tendo atuado no caso, possam ter sido objeto da intervenção do infrator - sobretudo aqueles detentores de algum poder decisório - e que possam testemunhar ou que possam fornecer documentos que comprovem as tratativas e iniciativas indevidas do intermediador. Caso haja inquérito policial ou ação penal em curso, deve a comissão provocar a autoridade instauradora para que peça o compartilhamento de acesso aos autos, a fim de verificar a existência de prova da atuação ilícita, dentre os resultados de interceptação telefônica ou telemática e dentre os muitos documentos, mídias de armazenamento de dados e bens objeto de provável apreensão. Pode ser valorado também como elemento formador de convencimento o fato de haver mandato ou procuração em nome do infrator em cartórios extrajudiciais.

Ademais, mesmo para atuações como procurador ou intermediário na via administrativa, fora do próprio órgão de lotação do servidor, deve-se destacar que o dispositivo visa a impedir sua operação de forma costumeira. Assim, vislumbra-se que a atuação não eventual, ainda que em órgão distinto, pode vir a configurar o ilícito em questão, cuja penalidade associada é a demissão, motivo pelo qual se deve compreender que o Estatuto é fortemente refratário ao exercício da intermediação de interesses no âmbito administrativo por servidor, independentemente do seu cargo.

> *“Desde já se afasta a configuração da infração quando o servidor não almeja nem obtém um tratamento diferenciado em função da sua qualidade de agente público, porque sequer é reconhecido como tal, situação em que a conduta não tem a potencialidade lesiva exigida pela norma, tratando-se, convém frisar, de infração sujeita à pena expulsiva.*
> *Entretanto, deve-se investigar com maior cuidado quando o servidor age como procurador ou intermediário de terceiro na repartição em que trabalha, onde se presume seja conhecido e os laços de coleguismo ou amizade sejam mais fortes. Também merecem cuidados especiais os casos em que o servidor atua como procurador ou intermediário de forma habitual.*
> *Para se caracterizar a infração, dispensa-se a comprovação do sucesso do pedido ou interesse patrocinado pelo servidor; da licitude deste interesse; ou mesmo da comprovação de que a atuação do servidor em nome de outrem tenha proporcionado vantagem indevida a este. Basta, para que a conduta infrinja o dispositivo, que haja a possibilidade de que a atuação do servidor possa proporcionar um tratamento diferenciado do pleito do terceiro.”, Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 294 e 295, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Advirta-se que a razoabilidade acima defendida para este enquadramento reside no fato de que a pena prevista é capital. Não obstante a motivação que se pode obter para afastar este enquadramento gravoso no caso de uma atuação eventual e de ínfima afronta a deveres de ordem moral, pode-se ter configurada outra irregularidade de menor gravidade, punível com advertência ou suspensão.

Uma hipótese em especial merece destaque, que é a atuação como síndico de condomínio de imóveis. Conforme já exposto em **4.7.3.10.1**, esta atuação, por si só não afronta dispositivos estatutários (nem de deveres e nem de proibições), mas a representação do condomínio junto a repartições públicas em geral pode sim ser uma conduta enquadrável no dispositivo legal em tela, devendo então ser evitada pelo servidor que administre condomínio.

Acrescente-se ainda que pode ocorrer situações concretas *a priori* enquadráveis no enquadramento em tela mas que também se amoldem aos comandos mais específicos do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, voltados de forma mais direcionada, reservada e extrema a condutas suscitadoras de conflito de interesses. Estes casos, de grande gravidade, conforme se aduzirá em **4.7.3.18.6**, podem atrair a aplicação do enquadramento de improbidade administrativa (por ofensa a princípios reitores da Administração, conforme define o *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92), sendo a pena expulsiva capitulada no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

4.7.3.12 - Inciso XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições

Esse enquadramento tutela o recebimento de qualquer vantagem por parte do servidor para realizar ato regular, inserido em suas atribuições legais, não alcançando a realização de ato vedado ou beneficiamento indevido ao particular. É de se atentar para a literalidade do enquadramento, que veda o recebimento de vantagem de qualquer espécie, ou seja, não se limita a vantagens financeiras ou materiais.

> *"O termo "presente" refere-se a bens materiais, à benesse distinta da propina e da comissão, que são vantagens em pecúnia, sendo esta última uma porcentagem do todo ... Anote-se que perfaz o tipo em apreço a singular percepção de propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições, prescindindo, para a sua consumação, de qualquer ação ou omissão do servidor posteriormente ao seu recebimento. A suposta entrega de vantagem desinteressada do particular, sem finalidade de contrapartida, desprovida do intuito de obter um favor específico e imediato do agente público, caracteriza o tipo ora versado, na medida em que poderá haver a intenção de benefícios indiretos, a exemplo de favoritismos ilegais, em momentos oportunos, porém imprevisíveis de plano. Com efeito, tipifica-se o simples "receber", sem desdobramentos daí decorrentes ... Com isso há também distinção entre o tipo em comento e a corrupção, prevista no art. 132, XI, na medida em que na corrupção, apesar de preceito demasiadamente aberto, há de se denotar uma percepção indevida de vantagem, com o agir também indevido do servidor público, ferindo os estatutos de atribuições ou desviando de suas finalidades.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pgs. 280, 281 e 282, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

A rigor, a simples aceitação, por parte do servidor, de qualquer vantagem oferecida pelo particular - ainda que espontaneamente - configuraria o ilícito demissivo em tela. Mas, em que pese a legalidade, uma vez que este enquadramento impõe pena capital, há de se ter bom senso e razoabilidade na prática, diante de presentes de valor irrisório, dados pelo particular apenas como mero reconhecimento ou agradecimento por um atendimento prestativo, atencioso, eficiente e de acordo com a lei, sem nenhum beneficiamento escuso.

Por outro lado, a comprovação da correlação entre o presente de ínfimo valor e a atuação conscientemente irregular por parte do servidor, em favor do particular, configura grave infração, tal como o valimento de cargo (art. 117, IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90, descrito linhas acima), uma vez que o caráter indigno da conduta prevalece sobre a quantificação.

> *Parecer AGU nº GQ-139, não vinculante: "16. O contexto do regime disciplinar e a positividade do transcrito inciso XII, mormente o sentido que se empresta à expressão ´em razão de suas atribuições´, induzem ao entendimento de que o recebimento de propina, comissão, presente ou qualquer modalidade de vantagem é decorrente das atribuições regularmente desenvolvidas pelo*

servidor, sem qualquer pertinência com a conduta censurável de que resulte proveito ilícito."

Parecer PGFN/CJU/CED nº 605/2009: "60. No caso do presente processo administrativo disciplinar, o indiciado praticou ato ilícito, manifestamente alheio à prática regular de seus atos de ofício, e, como recompensa, recebeu uma elevada quantia de dinheiro. Portanto, deve também ser afastada a aplicação do art. 117, inciso XII, da Lei nº 8.112, de 1990, mantendo-se apenas, para fins de enquadramento da conduta, os artigos 117, inciso IX (valimento do cargo), e 132, inciso IV (improbidade administrativa)."

Parecer PGFN/Cojed nº 2.210/2013: "95. Noutro giro, impõe-se a análise da imputação feita pela Comissão referente à infração descrita no inciso XII do artigo 117 da Lei nº 8.112/90, consubstanciada em receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão das suas atribuições.
96. Ocorre que o acusado recebeu valores para a prática de conduta ilícita, consistente em utilizar-se do cargo com o intento de gerar benefício à contribuinte e, ao mesmo tempo, beneficiar-se com a percepção de montantes em pecúnia, tudo em detrimento da dignidade da função pública. Se o recebimento dos valores fosse para não proceder de forma ilícita, mas para a prática de ato de ofício (lícito, portanto), a capitulação referente ao 'recebimento de propina' estaria correta."

Formulação Dasp nº 150. Infração disciplinar
A infração prevista no art. 195, X, do Estatuto dos Funcionários pressupõe que a vantagem ilícita se destine a retribuir a prática regular de ato de ofício.
*(**Nota**: O inciso X do art. 195 do antigo Estatuto proibia ao servidor receber propinas, comissões, presentes e vantagens de qualquer espécie em razão das atribuições.)*

"(...) É comum que em certas épocas do ano, aqueles que utilizam os serviços da repartição, sentindo-se satisfeitos com os trabalhos prestados (...), procuram agradecer aos servidores, ofertando-lhes algum mimo (...). Dependendo das circunstâncias, pode haver até indelicadeza, em caso de recusa no recebimento (...), por parte de pessoas mais simples que se sentem agradecidas. Caso bem diferente é o daquele que vende, que aliena os interesses públicos e é recompensado (...)." Regis Fernandes de Oliveira, "Servidores Públicos", pg. 133, Malheiros Editores, 1ª edição, 2004

Por fim, este enquadramento disciplinar também pode configurar simultaneamente o ato de improbidade administrativa definido no inciso I do art. 9º da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

E, mais especificamente, pode ocorrer situações concretas *a priori* enquadráveis no enquadramento em tela mas que também se amoldem aos comandos mais específicos do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, voltados de forma mais direcionada, reservada e extrema a condutas suscitadoras de conflito de interesses. Estes casos, de grande gravidade, conforme se aduzirá em **4.7.3.18.6**, podem atrair a aplicação do enquadramento de improbidade administrativa (por ofensa a princípios reitores da Administração, conforme define o *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92), sendo a pena expulsiva capitulada no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Neste rumo, é de se reconhecer que o inciso VI do art. 5º da Lei nº 12.813, de 2013, mereceu regulamentação, por meio do Decreto nº 10.889, de 9 de dezembro de 2021. Embora, a rigor, o Decreto se volte exclusivamente para esta Lei específica e não para o comando estatutário em tela, soa bastante pertinente, razoável e até sistemático estender a regulamentação também para o presente inciso da Lei nº 8.112, de 1990.

O inciso VII do *caput* do art. 5º, o *caput* do art. 17 e o art. 18, todos do Decreto nº 10.889, de 2021, além de reiterarem a proibição legal de o servidor receber presentes, como

bens, serviços ou vantagens de qualquer espécie, de quem tenha interesse em decisão sua ou de colegiado de que participe, estabelecem que o presente deve ser recusado ou devolvido ou, na impossibilidade destas duas soluções, deve ser entregue à área responsável por patrimônio (que, na RFB, é a projeção regional ou local de programação e logística). Por sua vez, o parágrafo único do art. 17, a *contrario sensu*, tolera que o agente receba e aceite brinde, que recebeu definição positivada, até então inexistente, no inciso VI do *caput* do art. 2º como item de baixo valor econômico e distribuído de forma generalizada, sem individualização, com o intuito meramente de cortesia, propaganda ou divulgação habitual, sem ter por trás de si qualquer interesse mais efetivo de parte do ofertante em relação à atuação pública dos agentes contemplados. Superando uma antiga e única manifestação da Comissão de Ética Pública (CEP), associada ao Código de Conduta da Alta Administração Federal (CCAAF), de 18 de agosto de 2000 (que não se insere nas normas de natureza disciplinar, dirigido, para livre adoção, apenas a Ministros e Secretários de Estado, ocupantes de cargos de natureza especial, integrantes do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS código 101.6, e diretores e presidentes de agências nacionais, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista - no caso, apenas o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil se compromete com aquele Código, visto ocupar cargo de natureza especial), que adotava o valor estático de cem reais, a quantificação do que seja "baixo valor" passou a ser estabelecida, no § 4º do art. 5º do Decreto, de forma automaticamente atualizável, pelo limite inferior de 1% do teto remuneratório dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), previsto no inciso XI do *caput* do art. 37 da Constituição Federal (CF).

> *Decreto nº 10.889, de 2021 - Art. 5º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:*
> *VI - brinde - item de baixo valor econômico e distribuído de forma generalizada, como cortesia, propaganda ou divulgação habitual;*
> *VII - presente - bem, serviço ou vantagem de qualquer espécie recebido de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe e que não configure brinde ou hospitalidade; e*
> *§ 4º Para fins do disposto do inciso VI do caput, considera-se item de baixo valor econômico aquele com valor menor do que um por cento do teto remuneratório previsto no inciso XI do caput do art. 37 da Constituição.*
> *Art. 17. Para fins do disposto no inciso VI do caput do art. 5º da Lei nº 12.813, de 2013, é vedado a todo agente público do Poder Executivo federal receber presente de quem tenha interesse em decisão sua ou de colegiado do qual participe.*
> *Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica ao recebimento de brinde, nos termos do disposto no inciso VI do caput do art. 5º deste Decreto, dispensado seu registro no e-Agendas.*
> *Art. 18. Na hipótese de inviabilidade da recusa ou da devolução imediata do presente recebido, o agente público deverá entregá-lo ao setor de patrimônio de seu órgão ou de sua entidade, o qual adotará as providências cabíveis quanto à sua destinação.*
> *§ 1º A entrega de que trata o caput será realizada no prazo de sete dias, contado da data de recebimento do presente.*
> *§ 2º Na hipótese de recebimento do presente durante ausência do agente público, o prazo de que trata o § 1º será contado da data do retorno do referido agente público ao seu órgão ou à sua entidade.*

Como o Decreto nº 10.889, de 2021, na alínea "b" do inciso I e nos incisos V e VIII do *caput* e no § 2º do art. 5º, também regulamenta a participação de servidor em compromissos públicos (dentre os quais os eventos como congressos, seminários, convenções, cursos, solenidades, fóruns, conferências), denomina como hospitalidade as despesas com transporte, alimentação e hospedagem arcadas pelo agente privado no interesse institucional do órgão e as aceita; no entanto, este tipo de despesa, quando não relacionada ao exercício de

representação institucional (quando o agente público representa oficialmente o órgão), também se enquadra como presente, de recebimento proibido.

> *Decreto nº 10.889, de 2021 - Art. 5º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:*
> *I - compromisso público - atividade da qual o agente público participe em razão do cargo, da função ou do emprego que ocupe, abrangidos:*
> *b) evento - atividade aberta ao público, geral ou específico, tais como congressos, seminários, convenções, cursos, solenidades, fóruns, conferências e similares;*
> *V - hospitalidade - oferta de serviço ou despesas com transporte, com alimentação, com hospedagem, com cursos, com seminários, com congressos, com eventos, com feiras ou com atividades de entretenimento, concedidos por agente privado para agente público no interesse institucional do órgão ou da entidade em que atua;*
> *VIII - representação institucional - a participação de agente público em compromisso público, presencial ou telepresencial, organizado por outro órgão ou outra entidade ou por agente privado, no qual o agente público represente oficialmente o órgão ou a entidade.*
> *§ 2º Os itens ou as despesas de transporte, alimentação, hospedagem, cursos, seminários, congressos, eventos, feiras ou atividades de entretenimento, concedidos por agente privado a agente público em decorrência de suas atribuições, porém não relacionado ao exercício de representação institucional, são considerados presentes.*

4.7.3.13 - Inciso XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro

Inciso de definição autocompreensível e de aplicação inafastável, em que se tutela a lealdade e a confiabilidade do servidor para com seu Estado. O dispositivo veda o possível comprometimento do servidor com Estado estrangeiro que pudesse afetar sua relação de fidelidade para com o Estado brasileiro. Neste rumo, não comporta, pelo menos em princípio, qualquer exceção diante da configuração.

Tanto é verdade que, no antigo ordenamento constitucional, tal conduta, sem autorização prévia ou licença por parte do Presidente da República, era até causa de perda da nacionalidade brasileira. A atual CF não impõe esta sanção, mas, em contrapartida, a Lei, não estabelecendo ressalva, impõe o enquadramento ainda que haja anterior autorização por parte do Presidente da República.

> *"(...) nem com autorização do Presidente da República pode o servidor federal aceitar comissão, emprego ou pensão de Estado estrangeiro." Edmir Netto de Araújo, "O Ilícito Administrativo e seu Processo", pg. 87, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

> *"O Vocábulo " comissão " refere-se à retribuição, vantagem, gratificação, prêmio, percentagem, por serviços prestados ou demandas realizadas. O vocábulo " emprego " corresponde à relação de trabalho que contenha os elementos pessoalidade, não eventualidade, onerosidade, subordinação e alteridade. Importante reparar que a tipificação não faz menção à relação de trabalho, mais abrangente que a relação de emprego, fazendo-se denotar, por força do princípio da legalidade, que a aceitação de trabalho distinto do conceito de emprego não perfaz a infração em questão, podendo, no entanto, caracterizar outra infração subsidiária, a exemplo do ilícito disciplinar de improbidade administrativa, consoante art. 132, IV da Lei 8.112/90 ... Mister reparar que a tipificação legal não fez menção a organizações internacionais, fixando-se somente no termo " Estado estrangeiros ", o que nos permite assinalar que a aceitação de comissão, emprego ou pensão dessas instituições*

> *não perfaz subsunção ao tipo em comento. Não obstante, pode-se caracterizar infração ao dever de lealdade, ou ainda, outra infração grave ou gravíssima, a depender do caso concreto, a exemplo, para o servidor policial federal, ofensa ao dever de exercício exclusivo do cargo público, previsto no art. 43, LIII, da Lei 4.878/65, ou mesmo ilícito disciplinar de improbidade administrativa, consoante art. 132, IV, da Lei 8.112/90 ... Há, como visto linhas acima, a distinção técnica entre os vocábulos " emprego " e " trabalho ", na medida em que a relação de emprego é específica e requer para sua caracterização as presenças dos elementos pessoalidade, onde o trabalhador emprega sua força de trabalho de forma direta, presencial, sem substituições por outra pessoa; não eventualidade, como pessoa integrante permanente dos quadros da empresa; onerosidade, trabalho mediante remuneração (não gratuito), correspondente ou em contrapartida aos serviços prestados; subordinação, representando a relação de trabalho subordinada juridicamente ao empregador; e alteridade, relação de trabalho onde os riscos são assumidos pelo empregador; ou seja, os serviços realizados pelo empregado são por conta e risco do empregador. A situação que venha a caracterizar relação de trabalho não contém ao menos um dos elementos referidos para a relação de emprego. Desta monta, fiel ao princípio da tipicidade estrita, não se pode capitular a aceitação de trabalho de Estado estrangeiro ao preceito ora em análise, posto que o tipo somente se refere à relação de emprego e não à de trabalho. Não obstante, a aceitação de trabalho de Estado estrangeiro ofende o dever ou, sendo o caso de análise das circunstância concretas, outro tipo de proibição grave ou gravíssima, a exemplo de insubordinação grave, corrupção, acumulação ilegal de cargo ou função pública.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pgs. 284, 285 e 286, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

4.7.3.14 - Inciso XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas

O termo "usura" pode compreender diversas atitudes de ordem prática, tais como o empréstimo de dinheiro a juros exorbitantes, a agiotagem, a especulação, a extorsão, em busca de lucro excessivo.

> *"O Decreto 22.626/33, ainda em vigor, dispõe sobre os limites máximos dos juros de empréstimo em dinheiro, definindo o crime de usura. A tipificação faz menção à usura "sob qualquer de suas formas", abarcando a cobrança de juros elevados e ou capitalizados, ou, ainda, integrados por comissões embutidas nos valores. Deste modo, o servidor público que empresta dinheiro a juros elevados, ou pratica o anatocismo, definido como a cobrança de juros sobre juros, ou juros capitalizados, comete o crime de usura e, simultaneamente a infração administrativa disciplinar de usura. A infração administrativa disciplinar se configura não com o empréstimo de dinheiro a juros, mas sim com a cobrança excessiva desses juros, em valores elevados ou procedimentos escusos ... O núcleo da figura típica disciplinar é o verbo "praticar", o que denota necessidade de habitualidade, para a configuração do ilícito. Desta feita, um ou outro ato de usura não configuram a habitualidade, não perfazendo a subsunção para tipificação. Diferentemente, teríamos ilícito instantâneo, prescindindo de reiteradas condutas, se o verbo empregado fosse o 'cometer' a usura.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pgs. 287 e 288, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

A definição jurídica da usura encontra-se no art. 4º da Lei nº 1.521, de 26/12/51. Esta Lei define os crimes contra a economia popular e, no seu citado art. 4º, consider a usura como um delito daquela natureza. Em sintéticas e opuco aprofundadas palavras, naão é crime cobar juros em operações financeiras de forma geral; o crime, intitulado de usura, é cobrar juros

excessivos, exorbitantes.

> *Lei nº 1.521, de 26/12/51 - Art. 4º Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:*
> *a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;*
> *b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.*

E a alínea "a" do inciso IV do § 2º do mencionado art. 4º da Lei nº 1.521, de 26/12/51, deixa inequívoca a preocupação em especial o legislador com a hipótese de tal crime ser cometido por servidor. Não só o comando torna claro que a Lei contempla a possibilidade de o servidor cometê-lo como também qualifica esta peculiaridade subjetiva como agravante.

> *Lei nº 1.521, de 26/12/51 - Art. 4º*
> *§ 2º São circunstâncias agravantes do crime de usura:*
> *IV - quando cometido:*
> *a) por militar, funcionário público, ministro de culto religioso; por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;*

Então, em um exemplo de harmonização do ordenamento, eis que uma mesma conduta, se cometida por um servidor, terá reflexos tanto criminal quanto funcional, se podendo perceber aqui uma coerência do legislador, ao prever a forte sanção penal e pena administrativa de expulsão.

Prosseguindo, o Decreto nº 22.626, de 07/04/33, conhecido como Lei da Usura, reconhece a existência de cobrança de juros em contratos, mas os limita.

> *Decreto nº 22.626, de 07/04/33 - Art. 1º É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal.*
> *Art. 13. É considerado delito de usura, toda a simulação ou prática tendente a ocultar a verdadeira taxa do juro ou a fraudar os dispositivos desta lei, para o fim de sujeitar o devedor a maiores prestações ou encargos, além dos estabelecidos no respectivo título ou instrumento.*

Embora tal Lei, definindo um crime comum, volte-se a toda a sociedade e possa ter sob sua aplicabilidade quaisquer atos de vida privada de qualquer pessoa, no que aqui interessa, aplica-se, de forma restritiva, tal conceito jurídico para atos cometidos por servidor no exercício de seu cargo.

Conforme já abordado em **3.1**, o processo administrativo disciplinar está voltado para os atos ilícitos que tenham sido cometidos em função, direta ou indireta, do exercício do cargo. Assim, não se pode impor a interpretação da expressão "sob qualquer de suas formas" de maneira dissociada da leitura sistemática da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (destacadamente em seu art. 148), como se configurasse a irregularidade disciplinar por atos de usura que o servidor pratica em sua vida particular, fora da repartição e do horário de trabalho, completamente desvinculados do cargo que ocupa.

> *Formulação Dasp nº 286. Usura*
> *Pratica usura o funcionário que, aproveitando-se da precária situação financeira de colega, compra-lhe a preço vil, para revenda, mercadoria adquirida em Reembolsável mediante desconto em folha.*

A vedação ora imposta ao servidor não é de exigir juros em relação contratual em que porventura figura como credor. O que é ilícito disciplinar é incorrer nas condutas abusivas descritas na Lei e no Decreto supra e fazê-lo de forma minimamente associada ao cargo que

ocupa. De um lado, se o servidor, em ato exclusivamente nserido em sua vida privada, sem absolutamente nenhuma relação com o cargo, cometer condutas que se enquadrem nas alíneas “a” ou “b” do caput do art. 4º da Lei nº 1.571, de 26/12/51, ou nos arts. 1º ou 13 do Decreto nº 22.626, de 07/04/33, incorrerá tão somente em crime de usura. De outro lado, se o servidor comete a mesma conduta, guardando alguma relação com o cargo, agora já passa a incorrer, além do crime, tam,bém na proibição estatutária em tela. E, por fim, se praticar cobrança creditícia com juros adequados, não há que se falar em tipicidade de crime de usura e nem sequer de enquadramento estatutário no inciso XIV do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990.

4.7.3.15 - Inciso XV - proceder de forma desidiosa

Configura-se a desídia com a conduta habitual por parte do servidor, em geral omissiva mas que também pode se dar de forma comissiva, marcada, de forma injustificada, pela ineficiência, desatenção, desinteresse, desleixo, indolência, indiferença, descaso, descuido, preguiça, inércia, inação ou incúria no desempenho das atribuições legais do seu cargo. À vista de ser apenada com pena expulsiva, não é qualquer conduta marcada pela habitualidade delitiva de natureza ineficiente *lato sensu* sobre algum aspecto irrelevante da instância administrativa que configura a desídia. Para tanto, é necessário que a postura ineficiente por parte do servidor resida em bem jurídico significativo para o serviço ou para a instituição ou para o bem social, a tal ponto de merecer forte tutela do Direito Administrativo Disciplinar.

Além da necessária gravidade da conduta em si e de seu resultado para configurar infração punível com pena expulsiva, já que aqui, obviamente, se trata de matéria punitiva, o tema se insere no conceito de responsabilidade subjetiva. Não é suficiente para potencial aplicação de responsabilização ao servidor apenas a configuração objetiva de um fato gravemente criticável (prejuízo à eficiência administrativa, no caso). Deve-se ainda ter demonstrado o ânimo subjetivo do agente, o que conduz à necessidade de se configurar que o tal resultado prejudicial ao interesse público decorreu de postura no mínimo imprudente, imperita ou negligente do servidor, conforme a seguir se justifica.

Em última análise, o resultado da conduta desidiosa do servidor afeta a eficiência da própria Administração, prejudicando a qualidade ou a quantidade do serviço prestado pelo agente público. Daí, advém que a desídia não é considerada, como regra, ilícito de natureza dolosa, pois não é esta a intenção final do servidor - sabotar a eficiência do serviço público. A desídia *a priori* não se amolda à definição de ilícito doloso (em que o autor tem consciência de sua conduta infracional e tem vontade de atingir o resultado delituoso dela decorrente). Em geral, o servidor tem a intenção de tão somente diminuir ou eliminar sua própria carga de trabalho, mitigando suas responsabilidades, em conduta que, em relação ao resultado final (ineficiência da prestação pública à sociedade), eiva-se de negligência, de imperícia ou de imprudência. Ou seja, em seu íntimo, o servidor desidioso age conscientemente com falta de afinco, dedicação, esmero, interesse, qualidade, primor e comprometimento em sua atividade laboral (o que desde já afasta da crítica estatutária o agente improdutivo por razão de incapacidade cognitiva ou por qualquer outro motivo justificável, como, por exemplo, questões médicas) em razão de sua vontade de não trabalhar e produzir, seja qualitativa, seja quantitativamente. O que se diz de ausência de intenção é em relação ao resultado final da conduta, que termina por fomentar o desprestígio do serviço público diante da sociedade. À vista do exposto, a desídia é hipótese de aplicação de pena capital que, em geral, se aperfeiçoa por mera conduta culposa por parte do agente e nela não necessariamente se cogita de dolo; a rigor, é a única infração expulsiva de natureza culposa na Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Embora o resultado final da conduta desidiosa (ineficiência do serviço público) não

configure o ânimo subjetivo do autor, dele não se abre mão para se configurar o ilícito. Ou seja, apesar de o servidor não ter a determinada intenção de, com sua conduta culposa, afetar a o bom andamento da instância administrativa, é necessário que haja este efeito danoso - tanto material em recursos públicos quanto imaterial em termos de imagem junto à sociedade - decorrente da conduta para que se cogite de imputar tal enquadramento ao servidor, afastando-se então não só as condutas dolosas como também aquelas de que resulte pequena afronta ou baixa lesividade à Administração e aquelas que possuem justificativas de outra natureza (médica, por exemplo). Por óbvio, não se cogita de repercussão disciplinar quando a ineficiência no exercício das atribuições legais advém de incapacidade física ou mental do servidor para o cargo (aí se incluindo a hipótese de desvio de função), para a qual se requer providência da área de gestão de pessoas. A ineficiência disciplinarmente punível é aquela associada à negligência, imperícia ou imprudência, conforme também destaca a doutrina.

> *"(...) a ineficiência tem outro significado: exatamente a falta de eficiência, tirocínio ou capacidade, mas tendo como origem outras causas que não a negligência ou formas assemelhadas. A ineficiência não levaria à demissão (salvo no caso de ineficiência negligente, que é a desídia), relacionando-se mais à readaptação, exatamente como fez a Lei nº 8.112/90 (art. 24 e §§): ineficiência de origem física e mental induz a readaptação que, se não for possível, determinará a aposentadoria (art. 24, § 1º) (...)." Edmir Netto de Araújo, "O Ilícito Administrativo e seu Processo", pg. 220, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

Ademais, além da necessária gravidade da conduta omissiva ou comissiva e do resultado relevantemente deletério dela decorrente para o interesse público e da indispensável configuração do ânimo subjetivo (no mínimo e em regra) culposo de parte do servidor, também é se considerar a natureza *a priori* habitual da sua postura profissional ineficiente *lato sensu*. A definição de desídia requer, como regra, o comportamento reiterado, com habitualidade delitiva no tempo (em que cada fato cometido, se tomado isoladamente, não possui o condão de configurar o ilícito que se perfaz justamente pela visão conglobante da conduta habitualmente ineficiente do autor, conforme já exposto em **2.5.3.4**). Um ato isolado de negligência, imperícia ou imprudência amoldado à materialidade de que aqui se cogita não possui apriorística força para configurar o enquadramento expulsivo de desídia. Mas é de se reconhecer que, não obstante esta regra de conceituação, há autores que admitem que uma única conduta, ainda que culposa, mas causadora de grande dano material ou à imagem do órgão, já possa configurar o ilícito expulsivo em tela.

Condutas negligentes, imperitas ou imprudentes isoladas ou em discreta reiteração até podem alcançar repercussão disciplinar, mas em enquadramentos outros que não a desídia. Tais deslizes funcionais encontram enquadramento razoável e proporcional sobretudo no inciso I do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, que pune com advertência ou com suspensão os atos de falta de zelo ou de dedicação no desempenho das atribuições do cargo (cabe menção também ao enquadramento do inciso III do mesmo dispositivo legal, que pune a quebra do dever de observar normas legais e regulamentares). Aqui, o diferencial entre os dois extremos da ausência de seriedade laboral reside na conduta habitual caracterizadora da desídia e no ato isolado caracterizador da falta de zelo ou de dedicação.

A Advocacia-Geral da União (AGU), por meio dos Pareceres AGU nº GQ-127, GQ-128 e GQ-140, todos não vinculantes (e que, de forma até repetitiva, reproduzem as mesmas citações doutrinárias aqui trazidas apenas da terceira peça opinativa), e a jurisprudência já se manifestaram tanto sobre a natureza culposa e também *a priori* habitual e reiterada da desídia, ao passo que a doutrina da Controladoria-Geral da União (CGU) ratifica a segunda característica.

> *Parecer AGU nº GQ-127: "15. Não obstante afigurar-se louvável o zelo demonstrado pelos Órgãos jurídicos do MARE e do Ministério da Saúde, no*

que alude à particularidade de as transgressões cometidas por (...) e (...) (omissão em promover a apuração de irregularidades) não caracterizariam a desídia, porquanto essa falta pressupõe pluralidade de atos, é oportuno ponderar o posicionamento de doutrinadores consistente em admitir a viabilidade de uma única conduta funcional configurar essa falta. A seguir, são reproduzidas algumas opiniões doutrinárias que corroboram essa linha de raciocínio, verbis:"

Parecer AGU nº GQ-128: "Ementa: O servidor que, de forma dolosa, não observa normas técnicas que disciplinam o deferimento de títulos de relacionamento de granjas avícolas, inclusive omitindo-se na realização de vistorias das granjas e na análise dos projetos, relativos aos títulos de relacionamento, a fim de proporcionar o favorecimento de terceiros, incorre na falta disciplinar denominada 'valer-se do cargo para lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função pública', não se caracterizando o procedimento desidioso."

Parecer AGU nº GQ-140: "10. (...) ´Desídia (e). É falta culposa, e não dolosa, ligada à negligência: costuma caracterizar-se pela prática ou omissão de vários atos (comparecimento impontual, ausências, produção imperfeita); excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave; se doloso ou querido pertencerá a outra das justas causas. (...)´ (Valentim Carrion - Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 18ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 362/3). (...)
´Quando a desídia é intencional, como na sabotagem, onde há a idéia preconcebida de causar prejuízos ao empregador, por esse aspecto doloso, ela se identifica com a improbidade. (...)´ (Mozart Victor Russomano - Comentários à CLT, 13ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 561)."

STJ, Recurso Especial nº 875.163: "Ementa: 3. No caso concreto, o Tribunal de origem qualificou equivocadamente a conduta do agente público, pois a desídia e a negligência, expressamente reconhecidas no julgado impugnado, não configuram dolo, tampouco dolo eventual, mas indiscutivelmente modalidade de culpa. Tal consideração afasta a configuração de ato de improbidade administrativa por violação de princípios da administração pública, pois não foi demonstrada a indispensável prática dolosa da conduta de atentado aos princípios da Administração Pública, mas efetiva conduta culposa, o que não permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92."

STJ, Terceira Seção, Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, Mandado de Segurança nº 10.220/DF, DJe 13/08/2007, Ementa: "3. Como regra, a conduta desidiosa, passível da aplicação de pena disciplinar, conforme o art. 117, inc. XV, da Lei 8.112/90, pressupõe não um ato único ou isolado, mas uma forma de proceder desatenta, negligente, desinteressada do servidor público."

"No entanto, não se deve descartar a possibilidade do enquadramento no art. 117, inciso XV, tão só pelo fato de que trata-se de uma conduta única, devendo-se ponderar a gravidade e circunstância do ato, conforme se observa do Parecer AGU GQ-164, vinculante, que reproduz citações doutrinárias neste sentido", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 300, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13

Mas, em regra, a desídia se satisfaz meramente pela conduta culposa e requer habitualidade. Por exemplo, uma (ou até mais de uma) irregularidade isoladamente cometida em um determinado ato funcional e em um dado momento, beneficiando indevidamente terceiro, pode ser enquadrada em valimento de cargo (inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990), que não se harmoniza com desídia, quando se verifica que aquela mesma conduta, sob

mesmas condições da concessão irregular, sempre foi devidamente executada pelo servidor ao longo do tempo, comprovando sua capacitação e, daí, inferindo seu dolo em fazer de forma irregular em uma situação específica.

Mais recentemente, a AGU voltou a se manifestar sobre estes aspectos elementares da desídia, ratificando todos aqueles entendimentos dispersos em diversos Pareceres AGU antigos. A Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares, da Consultoria-Geral da União (CNPAD/CGU/AGU) atualizou o tema em seu Parecer n° 1/2021/CNPAD/CGU/AGU.

> *Parecer n° 1/2021/CNPAD/CGU/AGU: "Ementa: 1. Desídia refere-se à conduta reiterada, negligente, imprudente ou com falta de perícia, sem óbice de ser permeada pela consciência e pela vontade de atuar com desleixo, ou sem primor, dedicação, afinco ou interesse pelo serviço público. 2. A conduta desidiosa, para desencadear a aplicação da pena de demissão, pressupõe comportamento ilícito reiterado, perseverância infracional ou continuidade na perpetração de ilícitos, e não um ato isolado, embora este último possa ser admitido, como exceção e na análise do caso concreto; 3. Um único ato de desleixo, descaso, descuido, indiferença, negligência, preguiça, indolência, inércia para com suas funções caracteriza-se como falta de zelo ou de deslealdade à instituição, passível de apuração aplicação de pena diversa; 4. Excepcionalmente, na esteira dos Pareceres Vinculantes GQ-127, 128, 140 e 164, admite-se a viabilidade de uma única conduta funcional configurar essa falta, da qual devem resultar graves consequências, o que deve ser analisado no caso concreto, uma vez que a habitualidade e reiteração da conduta continuam sendo requisito essencial, como regra da espécie;"*

A configuração da desídia passa pelo mau exercício das atribuições legais do cargo, tendo, então, como imprescindível o real exercício do múnus público, não se confundindo com hipóteses de total afastamento das atribuições. Primeiramente, a AGU assim se manifestou em seu Parecer AGU nº GQ-87, não vinculante. Nesta linha, de forma extensiva, indo além do que asseverou a AGU naquele seu Parecer, pode-se tentar construir uma separação entre a conduta desidiosa, marcada pela ineficiência *lato sensu* no desempenho das atribuições e que afronta o bem jurídico da regular e satisfativa prestação de serviço público à sociedade, e a conduta absenteísta, marcada por pontuais e intercalados episódios de não desempenho daquelas mesmas atribuições, agora em decorrência não de postura ineficiente mas sim de reiterados atrasos ou faltas ao trabalho. A rigor, esta outra linha de deslizes comportamentais encontra enquadramentos diversos da desídia, que vão desde descumprimento do dever de assiduidade e de pontualidade até abandono de cargo e inassiduidade habitual, nos termos do inciso X do art. 116 e dos arts. 138 e 139, todos da Lei nº 8.112, de 1990.

> *Parecer AGU nº GQ-87, não vinculante: "Ementa: (...) A conduta do servidor tendente a procrastinar seu retorno ao desempenho das respectivas atribuições, após ser notificado do término do prazo de afastamento legalmente autorizado para que freqüentasse curso de aperfeiçoamento, no exterior, não é de molde a tipificar a infração disciplinar "proceder de forma desidiosa", vez que à sua caracterização é imprescindível o real exercício do cargo.*
> *14. O novo estatuto dos servidores públicos civis da União (Lei nº 8.112, de 1990) estatui a responsabilidade administrativa pelo exercício irregular das atribuições e proíbe que se proceda de forma desidiosa, cominando a penalidade de demissão ao transgressor da norma (arts. 117, 121 e 132). Constitui pressuposto da infração o exercício de fato das atribuições cometidas ao servidor.*
> *15. Não é possível a infringência do preceito, através do prisma jurídico, quando o servidor se afasta do desempenho do cargo de que seja titular, com o objetivo de freqüentar curso de aperfeiçoamento, por isso que se abstrai efetivamente das atribuições funcionais, enquanto dura o aprendizado. É*

> *irrelevante para a tipificação do ilícito administrativo a faceta de as normas disciplinadoras da matéria considerarem o período de estudo no exterior "*como de efetivo exercício*" (art. 102 da Lei nº 8.112), eis que a contagem desse tempo, como se fora de serviços prestados, é resultante de uma ficção jurídica a que não se pode atribuir a conotação de fato real, para os fins de caracterização de infração disciplinar."*

Posteriormente, na nova consolidação opinativa sobre o tema, no já mencionado Parecer nº 1/2021/CNPAD/CGU/AGU, a AGU, por meio da CNPAD/CGU/AGU, ao reproduzir parte de um julgado, deixou claro que até é possível sim, em situações extremas e graves, aplicar o enquadramento de desídia para situações de intolerável conduta absenteísta do servidor, quando esta postura, em elevada gravidade, denota total desprezo pela expectativa social de regular prestação de serviço público.

> *Parecer nº 1/2021/CNPAD/CGU/AGU: "19. A repetição do ato infracional administrativo como caracterizador da desídia encontra-se presente como regra na jurisprudência do STJ:*
> *(...)*
> *'9. Da alegada desproporcionalidade da penalidade: A jurisprudência do STJ admite o exame da proporcionalidade e da razoabilidade da penalidade imposta ao servidor, porquanto se encontra relacionada com a própria legalidade do ato administrativo. In casu, do exame do Relatório Final do PAD e do Parecer da Consultoria Jurídica acostados, respectivamente, às fls. 870/913-e e918/933-e, verifica-se que foi atribuída ao impetrante infração disciplinar por ter se ausentado continuamente e injustificadamente por diversas horas do local de trabalho antes de finda a sua jornada de trabalho, no período de outubro de 2009 a junho de 2011, sem que possuísse autorização da chefia imediata para tanto, perfazendo quase 1.000 horas não trabalhadas, a caracterizar a prática de comportamento desidioso enquadrável na infração disciplinar prevista no inciso XV do art. 117 da Lei 8.112/1990. Assim, a pena demissória imposta ao impetrante atendeu aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo que se falar em violação do art. 128 da Lei8.112/1990, porquanto há adequação entre o instrumento (processo administrativo disciplinar) e o fim (aplicação da pena), e a medida é exigível e necessária, diante da gravidade da conduta perpetrada pelo impetrante, que deixava o seu posto de trabalho no meio do expediente e antes de concluída a sua carga horária diária, gerando prejuízos ao andamento dos trabalhos na instituição, ainda mais tratando-se de servidor lotado em Agência do Instituto Nacional do Seguro Social, sendo de conhecimento público e notório as grandes filas e demora nos atendimentos no referido órgão público, em que pesem os esforços de seus servidores e gestores, sendo inadmissível que um médico perito deixe o seu posto de trabalho as 9:30hs alegando uma pausa para o lanche e retorne apenas no horário de almoço, agindo assim por mais de 01 (um) ano, furtando-se de laborar por mais de 1.000horas, o que evidencia a prática da infração disciplinar capitulada no art. 117, XV da Lei 8.112/1990,e o acerto da pena aplicada, ainda mais quando inexiste outro meio legal para se chegar ao mesmo resultado e tampouco a medida é excessiva ou se traduz em resultado indesejado pelo sistema jurídico. (MS 18229 / DF, Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, 26/10/2016, DJe 19/12/2016)'."*

Como afirmado acima, a definição da desídia guarda relação, em princípio, com a habitualidade no tempo de atos culposos de deficiência produtiva em termos qualitativos e/ou quantitativos. Ou seja, a desídia tem em sua base habituais afrontas a deveres funcionais, destacadamente de desempenhar com zelo e dedicação as atribuições do cargo. Reconhece-se que há alguns julgados da lavra do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que manifestam que a apenação capital de servidor por conduta desidiosa deve ser antecedida por processo

disciplinar em que se tenha aplicado pena de advertência ou no máximo de suspensão ao agente público, como forma de, antes de expulsá-lo, a Administração tenha lhe demonstrado a ilicitude de sua conduta profissional, sob pena de, sem o alerta antecedente, a expulsão diretamente aplicada ser considerada desproporcional. Admita-se, ainda, que esta também é a interpretação reinante na jurisprudência trabalhista, que entende que, nas relações laborais regidas pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1° de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a conduta inicialmente desidiosa do empregado deve suscitar uma pena de menor gravidade, a fim de que esta exerça um efeito pedagógico e educador de levar o empregado a mudar sua postura profissional, em ação estatal gradativa, antes da sanção mais grave de rescisão punitiva do contrato de trabalho. De certa forma, segundo esta interpretação jurisprudencial, é como se a desídia, na relação privada trabalhista, tivesse como um oculto elementar a existência de antecedente desabonador do empregado, em termos de sua ineficiência laboral.

Mas, na relação laboral estatutária, esta dependência, em forma de pré-requisito, do mau antecedente funcional, não existe. Aqui, ao contrário do regime celetista, uma vez a conduta humana se subsumindo à hipótese legal apenadora com pena expulsiva, esta é de ser aplicada sem espaço para discricionariedade e sem previsão legal sequer para emprego de parâmetros de dosimetria. Na leitura do *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, o mau antecedente é um parâmetro de dosimetria no regime disciplinar estatutário a ser empregado na aplicação das penalidades e pena capital não possui atenuação diante de qualquer parâmetro positivo de dosimetria. Pode se compreender que a jurisprudência trabalhista - que se refletiu em alguns julgados do STJ sobre regime disciplinar - interpreta que o mau antecedente faz parte da definição material da desídia à luz da CLT, mas, no regime estatutário, o parâmetro de dosimetria não atua na definição do enquadramento e sim apenas na dosimetria da pena, quando esta modulação for cabível.

Em outras palavras, não se tem como pré-requisito essencial para se enquadrar um servidor em desídia que ele já tenha sido apenado uma ou mais vezes por falta de zelo ou de dedicação ou por inobservância de normas, por exemplo. Se a conduta do agente público se amolda à definição material de desídia (hipótese que faz presumir já ter o aplicador do Direito ter permeado sua leitura dos fatos com a visão proporcional), o enquadramento se impõe e a decorrente pena expulsiva se vincula, à luz do inciso XV do art. 117 combinado com o inciso XIII do art. 132, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, sem possibilidade de dosimetria em razão de inexistência de mau antecedente funcional. Óbvio que a existência comprovada de tais antecedentes desabonadores reforçam a convicção da desídia, mas não é imprescindível. Este entendimento também foi externado pela AGU, por meio da CNPAD/CGU/AGU, em seu já citado Parecer CNPAD/CGU/AGU nº 1/2021, e pela doutrina.

> *Parecer CNPAD/CGU/AGU nº 1/2021: "Ementa: 5. Impossibilidade de mitigação da sanção prevista em lei e ausência de discricionariedade do julgador na aplicação da pena correspondente à desídia, pelo comando do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990;*
> *6. O texto legal contido no Estatuto do Servidor Público Federal afasta eventual ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e apresenta-se como norma vinculante para a autoridade administrativa julgadora ao impor a pena de demissão ao rol taxativo ali descrito, entre os quais se insere a conduta 'proceder de forma desidiosa', prevista no inciso XV, do art. 117 do Estatuto do Servidor Público Federal."*
>
> *"(...) resulta de uma conduta voluntária reveladora de negligência, imprudência e imperícia (descaso, incúria, falta de zelo, etc), atribuída ao funcionário.*
> *Entretanto, ressalte-se que o 'proceder de forma desidiosa', para configurar causa motivadora da pena capital de demissão, requisita, além dos elementos acima referidos, que a incúria imputada ao agente público se revista de certa*

> *gravidade, sob pena de se afrontarem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade previstos no art. 2º da Lei nº 9.784/99. (...)*
> *(...) a desídia, também caracterizando-se como a violação ao dever de diligência (descaso, incúria, falta de zelo), não requer, como pressuposto, a prévia punição das negligências anteriormente cometidas, ou que sejam elas perpetradas numa gradativa sequência de rigor." José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pg. 398, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

A comprovação material da conduta desidiosa pode se revelar uma tarefa difícil se a seara gerencial não prover uma representação rica em elementos da conduta pretérita do infrator, sobretudo em que tenha registrado a pouca dedicação e as reiteradas cobranças. Pode-se dizer que o sucesso de um processamento por desídia depende inexoravelmente de a gerência administrativa e a gestão de pessoas tenham empregado as ferramentas avaliativas, descritas em **3.2.3.3**, para, aos poucos, ir coletando elementos informativos que noticiam de forma incontestável, o cometimento de suposta desídia.

Assim, auxilia bastante o processo disciplinar se, diante de conduta habitualmente negligente, imperita ou imprudente de servidor, a gerência administrativa e a gestão de pessoas adotem toda uma gama crescente de medidas. Deve-se iniciar com uma postura de acolhimento, apoio, compreensão e encaminhamento para atendimento em unidades com capacidade técnica específica, a exemplo da Divisão de Valorização e Qualidade de Vida no Trabalho (Cogep/Divaq) e dos Núcleos de Valorização e Qualidade de Vida no Trabalho (SRRF/Digep/Nuvaq), a fim de tentar identificar a existência de algum problema pessoal, passando também pela atribuição de novas tarefas e até relocalização do agente dentro da unidade, se for o caso de desmotivação ou inadaptação técnica ou vocacional. Em um estágio posterior, já assumindo um grau de crítica em relação à postura funcional ineficiente do servidor, a chefia deve adotar estratégias de passar-lhe determinações em geral e tarefas por escrito, por intermédio do correio eletrônico institucional, com exigência de prazo de cumprimento, bem como de convocar reuniões a fim de tratar de assuntos diversos e incluir na pauta a exigência de mudança de comportamento do agente, com registro por escrito em ata. No patamar mais elevado de intolerância, após as medidas paliativas anteriores terem se mostrado infrutíferas, a gestão deve passar a demonstrar claramente a não aceitação da postura desidiosa do servidor, adotando ferramentas gerencias de corte de ponto, de redução na pontuação, para fins de progressão funcional e de promoção do servidor na carreira, e de exclusão do programa de gestão e desempenho (PGD), sobretudo em que o agente tenha aderido à modalidade de teletrabalho.

É de se deixar claro que as medidas antecedentes acima expostas auxiliam o trabalho da instância correcional na comprovação da conduta desidiosa, mas jamais se confundem com pré-requisito essencial, assim como já se aduziu linhas acima não ser necessário já ter sido o servidor processado e punido com pena de advertência ou de suspensão em razão de conduta negligente, imperita ou imprudente ainda quando a habitualidade de sua postura funcional se encontrava em um patamar inicial. As medidas gerenciais acima listadas, uma vez se demonstrando infrutíferas, podem ser indícios de conduta desidiosa a justificar que a chefia represente o servidor ao sistema correcional sem que este gestor se exponha a risco de alegação de perseguição pessoal. Mas estas medidas em nada se confundem com elementares da conduta desidiosa e nem mesmo com elementos informativos que necessariamente já venham aos autos desde a representação e a fase de admissibilidade ou com provas que devam obrigatoriamente ser buscadas pela comissão de inquérito.

Em termos de provas necessárias e suficientes para a configuração da desídia, no caso mais frequente de se cogitar de sua configuração, qual seja, diante de conduta reiteradamente culposa, pode-se elencar como primeiras provas a serem buscadas: a análise do Dossiê do RH do servidor, onde se lêem se já houve registos disciplinares anteriores, sobretudo associados à

falta de zelo ou de dedicação; a realização de oitivas com o representante ou denunciante, com a chefia e com colegas de trabalho, para se tentar elaborar um padrão comportamental e de produtividade no local de trabalho do servidor; e a análise da qualidade, da celeridade e da correção dos procedimentos realizados pelo agente público em comparação com procedimentos similares realizados por colegas de trabalho da mesma unidade, em similar grau de complexidade. Por fim, caso a atividade laboral do possível desidioso seja controlada por algum sistema informatizado, é importante pesquisar os relatórios gerenciais de sua produtividade (quantidade de casos trabalhados e tempo médio necessário para solução de cada caso, por exemplo) e comparar com os mesmos dados gerenciais para colegas de trabalho com similares tarefas e com equiparado grau de experiência e capacitação.

E, no caso mais incomum da desídia por fato único, não havendo provas de conduta dolosa que fariam de imediato o enquadramento migrar para valimento do cargo ou improbidade administrativa, pode-se elencar como iniciativas da comissão: verificar se há registro de conduta do servidor eivada da mesma falha em casos anteriores; ponderar o grau de complexidade do procedimento funcional com a experiência e capacitação do servidor e a sua conduta em casos pretéritos similares; estimar o prejuízo não só material mas também à imagem institucional decorrente da conduta em apreço e o quanto o caso em tela poderia ser tido como comum e cotidiano ou, ao contrário, como excepcional, diferenciado e exigente de uma atenção qualificada, com o que se exclui a concessão do instituto do erro escusável. Por fim, caso a atividade laboral do infrator seja controlada por algum sistema informatizado, é importante pesquisar o tempo gasto com o caso em tela com a média de tempo que o próprio servidor e que os colegas de trabalho costumam dedicar para casos similares (um tempo absurdamente exíguo pode indicar desleixo e descompromisso com a qualidade); e se o procedimento objeto de crítica tiver associado algum valor financeiro (crédito tributário, por exemplo), é importante comparar o valor nele inscrito com a média dos valores dos casos pretéritos, a fim de enriquecer a estimativa, acima já abordada, do grau de relevância do caso dentro do contexto de trabalho.

Uma vez comprovada a desídia, o enquadramento no inciso XV do art. 117 absorve as irregularidades previstas nos incisos I ou III do art. 116, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, dentre outras de menor gravidade.

Por fim, é de se deixar registrado que o desidioso deve ser objeto da preocupação e da intolerância administrativas e do competente processo disciplinar, a fim de ser expulso do serviço público, com a mesma indignação e qualidade jurídica com que se busca expulsar o servidor *lato sensu* corrupto. Isto porque, em sintéticas palavras, pode-se dizer que a Administração Pública, o serviço público e os servidores públicos, com infeliz frequência, são objeto de falaciosas e injustas difamações - tanto pela opinião pública (aqui incluindo não apenas os veículos de mídia em especial, mas sim a sociedade como um todo) quanto até por altos gestores repblicanos - em duas linhas de falaciosa generalização: como se todos fossem improdutivos e/ou marcados por mácula de caráter. As inverídicas generalizações acerca da suposta ausência de probidade pessoal do quadro funcional são fomentadas pela pequena parcela de servidores com conduta marcada pela corrupção *lato sensu* e não há ambiente administrativo *interna corporis* nenhuma dúvida ou comiseração a favor de tal agente, sendo totalmente pacífico que, mediante o devido processo constitucional, merecem a pena expulsiva. Já as inverídicas generalizações acerca da suposta ausência de produtividade, qualidade e dedicação pessoal do quadro funcional são fomentadas pela pequena parcela de servidores com conduta marcada pela desídia. A diferença é que tanto os administradores quanto o corpo funcional tende a tolerar tal postura nefasta ou a minorar seus deletérios efeitos desagregadores e motivadores internamente do grupo de trabalho. É preciso que a Administração e o colegas de trabalho tenham pelo desidioso a mesma intolerência e refração que é comum se ter pelo corrupto *lato sensu*, coletando os elementos informativos de sua postura nada profissional e representando, a fim de propiciar sua expulsão dos quadros

públicos. O desidioso, além de fomentar injusta visão externa do serviço público, age internamente como um elemento nocivo a contaminar a salutariedade do ambiente de trabalho e não deve ter sua postura tolerada.

4.7.3.16 - Inciso XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares

Na gradação mais gravosa do inciso II deste mesmo art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (que proíbe a retirada inautorizada de documentos e bens da repartição), este inciso visa a impedir que o servidor faça da repartição um escritório particular, para uso em favor de serviços ou de atividades, sejam do próprio infrator, sejam de terceiro, estranhos ao interesse da Administração. Este dispositivo não se reporta, portanto, ao mau emprego de pessoal ou de material no exercício do cargo, visto que o foco é voltado para o desvio deste emprego, a favor de serviços ou atividades particulares.

Como é um ilícito ensejador de pena capital, o enquadramento deve ser criterioso, de bom senso, razoável e proporcional. *A priori*, não se justifica a instauração de instância administrativa, com vista a tal enquadramento, em virtude de atos insignificantes.

> *"Com relação à aplicação desse princípio [da insignificância], nos crimes contra a administração pública, não existe razão para negar incidência nas hipóteses em que a lesão ao erário for de ínfima monta. É o caso do funcionário público que leva para casa algumas folhas, um punhado de clips ou uma borracha. Como o Direito Penal tutela bens jurídicos, e não a moral, objetivamente o fato será atípico, dada a sua irrelevância. (...)", Fernando Capez, "Curso de Direito Penal", vol. 1, pgs. 12 e 13, Editora Saraiva, 10ª edição, 2006*

Ademais, se destaca que este enquadramento disciplinar também pode configurar simultaneamente os atos de improbidade administrativa definidos nos incisos IV ou XII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

4.7.3.17 - Inciso XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias

Os arts. 129 e 132, XIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, especificam que a infringência aos incisos I a VIII e XIX do art. 117 implica pena de advertência, originariamente, ou de suspensão, secundariamente; por sua vez, a violação aos incisos IX a XVI do art. 117 implica pena expulsiva. No entanto, a Lei não expressa pena para o descumprimento dos incisos XVII e XVIII do art. 117. Portanto, como aplicação residual, no art. 117 do Estatuto, resta apenas a inobservância destes dois incisos como hipóteses originárias de imposição de suspensão (existe ainda a previsão específica do art. 130, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90).

Dito isto, o dispositivo visa a coibir o chamado desvio de função. O indicador de que tal prática é repugnada na Administração pode ser inferido na comparação com o inciso VI deste mesmo art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, linhas acima. Em leitura apressada, poder-se-ia criticar de incoerente a norma, ao apenar originariamente com advertência (e, apenas no extremo, com suspensão) algo que *a priori* aparenta ser mais absurdo e distanciado da regularidade (cometer a um particular a atribuição legal do próprio servidor infrator ou de algum seu subordinado) do que a hipótese em tela (cometer as atribuições legais a outro servidor), apenável já de plano com suspensão.

A inferência que se extrai é a relevância que o legislador quis emprestar ao desvio de função, como fato desorganizador da seara pública e violentador da legalidade (visto que os cargos são criados por lei, que já estabelece suas atribuições).

Sem prejuízo da responsabilização imposta pelo presente inciso a quem comete suas atribuições legais, o servidor para o qual foram cometidas atribuições legais de outrem responde disciplinarmente por irregularidades porventura cometidas enquanto na situação de desvio de função.

> *"(...) Se (...) o servidor desviado de função comete infração (...) em razão daquele cargo que estava ocupando de modo irregular, é cabível a apuração pela via do processo disciplinar, ou este deve apenas ser instaurado quando forem irregularidades (...) que tenham relação com as atribuições do seu cargo, o de investidura regular? Em nosso entender, quando o dispositivo fala em 'cargo em que se encontre investido', a expressão atinge a investidura regular, o desvio de função ou mesmo a situação por demais anômala do funcionário de fato." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pgs. 102 e 103, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Obviamente, situações emergenciais e transitórias, que obrigam a desviar servidor de suas funções, com motivação e interesse público, têm afastadas seu caráter ilícito.

Sendo ilegal a ordem de um superior que comete a um subordinado atribuições estranhas ao seu cargo, a recusa por parte deste servidor não configura o descumprimento do dever estabelecido no art. 116, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

4.7.3.18 - Inciso XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho - em Associação com Conflito de Interesses Definido na Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013

O presente inciso estabelece as condições em que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, veda a prática de atividades privadas concomitantemente com o exercício de um cargo público, cabendo, então, de imediato, se esclarecer que este dispositivo não se confunde com a ilegalidade em geral intrínseca à acumulação de cargos, empregos ou funções públicas, definida nos arts. 118 a 120 e enquadrada no art. 132, XII, todos daquela mesma Lei, conforme se abordará em **4.7.4.12**.

Dito isto, inicia-se a apresentação do presente inciso - e como de outra forma não poderia ser - à luz restritivamente da Lei nº 8.112, de 11/12/90, interpretando-o no delimitado contexto normativo e temporal em que o dispositivo se insere - qual seja, apenas daquele diploma legal que, de forma abrangente e estática no tempo, sem ter sofrido atualização redacional, regulamenta a relação estatutária vigente na Administração Pública federal como um todo. Neste primeiro momento, não se vai enriquecer o texto com menções a outras normas específicas e destacadamente posteriores ao Estatuto e que tornaram mais abrangente e relevante o tema da incompatibilidade de atividades privadas. Além da crescente aproximação do texto com as normas mais recentes, no seu transcurso, à medida que a análise se aprofundar, se buscará a aplicação do presente inciso no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e, mais precisamente, da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, enriquecendo o tema com as normas mais específicas e com as peculiaridades institucionais.

Conforme afirmado em **4.7.3.17**, o inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, possui o destaque de ser um dos poucos enquadramentos puníveis originariamente com pena de suspensão (o único outro enquadramento com mesma sanção é o antecedente inciso XVII do mesmo artigo). A configuração de prática de atividade privada incompatível com jornada de trabalho ou com a natureza do cargo impõe, no mínimo, a aplicação de pena de suspensão, podendo variar de um a 90 dias (ou até pena expulsiva, caso a conduta fática se amolde a outro enquadramento mais gravoso, conforme se abordará adiante), não se cogitando de aplicação de pena de advertência.

4.7.3.18.1 - Atividades Privadas Incompatíveis sob a Ótica da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990

Preambularmente, deve-se relembrar que a regra geral da matéria correcional estatutária é de que atos de vida privada (entendidos como atos sem nenhuma correlação com a Administração Pública, com a instituição ou com o cargo), em princípio, não acarretam repercussão disciplinar, conforme já se detalhou em **3.2.3.1**. Não obstante, conforme a parte final do dispositivo do art. 148 do Estatuto, pode haver repercussão disciplinar para atos, ainda que cometidos fora da instituição ou do horário de trabalho, mas que se relacionem com o cargo ou que nele interfiram. Esta dinâmica assume relevância na análise do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, pois, se de um lado, o dispositivo concede, em rota de exceção, poder à Administração para interferir na liberdade individual da pessoa, por outro lado, requer o equilíbrio garantidor de que o órgão estatal atuará na aplicação do seu poder punitivo de forma circunscrita às previsões legais.

Tomando-se a literalidade do dispositivo em tela, tem-se que o instituto da "incompatibilidade', em termos jurídico-normativos, significa uma espécie de vedação absoluta, sem ressalvas, em contraposição às construções em que o legislador emprega o instituto do "impedimento", quando quer expressar uma espécie de vedação parcial, que permite algum grau de exceção ou de flexibilização.

Não obstante, ressalte-se que a ação verbal do enquadramento do presente art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90 ("exercer atividade"), faz subentender pelo menos uma certa habitualidade na conduta tida como incompatível, nos termos já dispostos em **2.5.3.4**, não sendo razoável, teoricamente, enquadrar aqui uma única conduta de pouco teor ofensivo ao cumprimento de jornada ou à natureza do cargo ocupado (casos em que, talvez, se pudesse cogitar de enquadrar como ausência desautorizada ao serviço, no art. 117, I da citada Lei, ou como inobservância de norma, no art. 116, III da mesma Lei, ou ainda em outro dispositivo punível originalmente com pena de advertência).

Ainda introdutoriamente, é preciso interpretar, além da literalidade, as duas formas de incompatibilidade previstas no art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90. A lógica impõe que se conclua que a conjunção aditiva "e" não tem valor cumulativo, mas sim enumerativo ou exemplificativo da lista de condutas vedadas. De outra forma, caso se quisesse acreditar na necessidade de configuração simultânea de ambos os conflitos (tanto de natureza do cargo quanto de horário de trabalho) para o cometimento desta irregularidade, far-se-ia necessário conceber que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, autorizaria a realização de uma atividade incompatível com a natureza do cargo desde que não interferisse no cumprimento da jornada ou, por outro lado, a realização de uma atividade incompatível com a jornada de trabalho desde que fosse consentânea com o exercício do cargo. Óbvio que esta tese não se sustenta, de forma a se interpretar, logicamente, aquela conjunção aditiva como alternativa: o ilícito se configura se a atividade é incompatível com a natureza do cargo ou se é incompatível com a jornada de trabalho.

Todavia, em sentido contrário aponta o Parecer AGU nº GQ-121, considerando as duas hipóteses cumulativas para poder se falar deste enquadramento. Não obstante ser o órgão máximo de assessoramento jurídico do Poder Executivo, o que faz com que todas as suas manifestações (mesmo as não vinculantes) tenham, no mínimo, um certo valor referencial, com todas as vênias, não se pode concordar com tal tese. Destaca-se que tal Parecer não é vinculante em toda a Administração, mas tão somente nos dois órgãos envolvidos (Ministério da Saúde e Casa Civil), vez que não foi oficialmente publicado, nos termos do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10/02/93.

Parecer AGU nº GQ-121, não vinculante: "12. Incabível realmente, como

> *alvitrado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, a apenação do indiciado com supedâneo no item XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, porque, ao proibir o servidor de "exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho", esse dispositivo tornou elemento constitutivo da configuração da falta administrativa o desempenho da atividade incompatível durante o horário de trabalho. Esta condição não se exclui quando o servidor desempenha a atividade incompatível com o cargo de que é titular fora do seu horário de expediente. Essa a finalidade da utilização da aditiva 'e', no aludido inciso XVIII."*

Tendo se adotado aqui a firme convicção de que o art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, impõe dois comandos de aplicações independentes, conclui-se esta abordagem introdutória ao enquadramento buscando a mais imediata identificação do que o dispositivo quer tutelar. Inequivocamente, o inciso em tela comporta dois comandos proibitivos à execução de atividades privadas - remuneradas ou não - que se ramificam em duas tutelas distintas. Primeiramente, em leitura mais imediata, o inciso visa a vedar a prática de qualquer atividade privada que ponha ou possa pôr em risco a dedicação à jornada de trabalho, tutelando o comprometimento do servidor com sua carga horária. Além disto, de forma mais proeminente, porém requeredora de uma leitura mais cautelosa e aprofundada - a que aqui não se tem pretensão de atingir apenas com as sintéticas palavras que se seguem -, o inciso também visa a vedar a prática de qualquer atividade privada que configure ou possa configurar incompatibilidade material com a natureza do cargo, nos sentidos de que seja ou possa ser favorecida ou beneficiada, no momento de sua execução, em razão de seu executante possuir a qualidade especial de ser servidor; ou que esta execução de alguma forma prejudique ou possa prejudicar, em qualquer momento, o imparcial e impessoal desempenho das atividades do cargo ou prejudique ou possa prejudicar o interesse público.

É de se perceber que, nem na tutela da preservação da jornada de trabalho e nem mesmo na tutela da incompatibilidade das naturezas pública e privada das atividades concomitantes, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, se volta para a existência ou não de remuneração de ordem financeira ou de qualquer outra forma de contraprestação, seja de que natureza for, porventura obtida pelo agente público na empreitada pessoal. Embora se saiba que, em regra, a natureza do termo "atividade" que causa maior preocupação ao legislador e faz merecer mais forte tutela legal relaciona-se mais especificamente com atividades remuneradas ou retribuídas com alguma espécie de contraprestação, nada impede que se estenda sua aplicação também para práticas que, ainda que sem nenhum tipo de retribuição financeira ou de qualquer espécie, se mostrem de alguma forma incompatíveis com o interesse público. Afinal, não se pode desprezar a possibilidade de o servidor praticar gratuitamente determinada atividade em favor de terceiro com a intenção de auferir vantagem futura ou de compensar vantagem já obtida em outro tipo qualquer de contato, negociação ou relação. E, nos casos em que há contraprestação financeira ou outra qualquer, a ação verbal do presente enquadramento é o exercício de atividade incompatível e não o eventual recebimento de alguma forma de retribuição maculada por qualquer outra conduta ilícita (que merece tutela em outro enquadramento mais específico).

4.7.3.18.1.a - A Incompatibilidade com o Horário de Trabalho

A incompatibilidade de jornada de trabalho é algo que não requer maiores esclarecimentos, visto ser de configuração meramente física e concreta, e, mesmo quando há compensação de horário por parte do servidor e ainda que seja autorizada por superior hierárquico, já significa uma mitigação da supremacia da função pública, em favor de interesses privados priorizados em termos de momento e de tempo de dedicação - e, portanto, uma sujeição do interesse público à empreitada privada, o que não se tolera. Qualquer

atividade privada, ainda que lícita e não remunerada, que seja praticada em concomitância com a jornada de trabalho, significa uma priorização da empreitada pessoal em detrimento da dedicação ao cargo público, ou seja, uma submissão do interesse público ao interesse particular e, portanto, configura a irregularidade em tela, em razão da incompatibilidade de horário.

O bem jurídico tutelado nesta parte final do texto do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em que se trata da questão de compatibilidade de horários da função pública com uma atividade privada, é de dedicação (não necessariamente exclusiva) ao múnus público. O legislador quis inibir que o servidor priorizasse sua dedicação de horário à outra atividade, ainda que materialmente não conflitante com as atribuições legais do cargo que ocupa, a fim de que a função pública não fosse rebaixada a um grau menor de relevância nas valorações e ponderações cotidianas que qualquer homem mediano é impelido a fazer, diante dos mais diversos interesses, compromissos e escolhas que se lhe apresentam a cada dia. O dispositivo legal estabelece uma questão de comprometimento, de responsabilização, de atribuição de supremacia do interesse público em comparação a qualquer atividade ainda que não materialmente incompatível mas que sua prática exponha ao descaso a prioridade que deve ser dada à função pública.

Sendo a incompatibilidade de horário um ilícito facilmente detectável e compreensível - mediante mero confronto físico e concreto de jornadas de trabalho para atestar se há ou não superposição -, a seguir, a presente análise se concentrará na incompatibilidade com a natureza do cargo.

4.7.3.18.2 - A Incompatibilidade com a Natureza do Cargo ou da Função e Suas Duas Formas de se Configurar

Antes de se adentrar no cotejamento prático e concreto do que possa a vir ou não configurar atividade incompatível com a natureza do cargo, uma vez que a literalidade do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não cuidou de fazê-lo, convém buscar esclarecer se há uma clara definição formal para a ideia empírica que acima se sintetizou, em poucas palavras, para esta espécie de incompatibilidade material. Embora seja o próprio núcleo central do enquadramento, a Lei não esclarece, em seu texto, o sentido e o alcance do termo “incompatibilidade”, requerendo, então, do aplicador do Direito, a tarefa hermenêutica de melhor interpretá-lo.

Diante da lacuna do ordenamento, pouco eficiente seria buscar o esclarecimento do presente tópico com base em linha de interpretação autêntica e sistemática. Faz-se necessário lançar mão de ferramenta hermenêutica que vá além da positivação normatizada, para identificar o fim pretendido pelo legislador e o bem jurídico que se quis tutelar na redação do ordenamento regente do tema. Em outras palavras, emprega-se o critério sistemático-teleológico, com o qual se pretende esclarecer a intenção traçada na normatização, buscando a teleologia que norteou a crítica exposta pelo legislador para a prática de atividade privada incompatível com o múnus público.

Sem dúvida, o esclarecimento da questão acerca da incompatibilidade de uma determinada atividade em confronto com o múnus público passa pela apreciação do interesse que move o servidor a se engajar naquela empreitada pessoal, a ela dispensando parte de sua energia, de seus esforços, de seus recursos humanos e materiais, de sua disponibilidade e de seu tempo. Diante das características de seletividade e de racionalidade intrínsecas às condutas e às escolhas do homem médio, é de se presumir que, quando alguém se predispõe a determinado empreendimento, o faz em busca da satisfação de algum interesse que valha aqueles sacrifícios, no sentido semântico de alguma motivação ou de algum objetivo que importa ou que se faz relevante.

Mas, para o foco presente, em que se quer esclarecer a incompatibilidade da atividade praticada em busca da satisfação de determinado interesse, é necessário ajustar a análise para o viés jurídico, de forma a se agregar, àquela visão empírica e concreta da motivação ou do objetivo pelos quais a pessoa divide suas atenções e suas prioridades em favor de outra atividade, a qualidade mais específica de este interesse se configurar em desarmonia com as atribuições legais do cargo que concomitantemente é exercido pelo mesmo agente público.

Com isto, de certa forma, se aceita que, na busca da definição do que sejam as atividades incompatíveis mencionadas no art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se caminhe no sentido de que há um critério a se utilizar, associado ao interesse qualificado, suscitador de incompatibilidade entre o público e o privado.

Se, por um lado, é certo que se deve buscar identificar, como critério de aferição, se há algum interesse (no sentido de motivação ou objetivo) que correlacione a atividade privada exercida e as atribuições legais do cargo, por outro lado, também é inconteste que não é qualquer um daqueles elementos motivadores e impulsionadores que possui o condão de inquinar uma atividade privada como incompatível, mas sim apenas aquele que, situado entre ambas atividades, faz digladiarem, no círculo delimitado da atuação funcional e da matéria referente ao cargo, os interesses público e privado, levando o servidor, de forma anfíbia, a defender este em detrimento daquele ou ao menos expondo o servidor ao risco potencial de assim agir.

A necessária eleição de um critério de aferição, portanto, aperfeiçoa-se para a busca da identificação da existência de um interesse, de uma motivação, de um objetivo em colisão entre o público e o privado, aferido na área da atuação funcional do servidor. Se, inserido no limite da atuação funcional, identifica-se a existência do critério de aferição escolhido, qual seja, o interesse, a motivação, o objetivo assimétrico situado entre o correto e o regular desempenho das atribuições públicas do servidor e as iniciativas que o movem em sua empreitada particular, revela-se a incompatibilidade com que se inquina a atividade privada por ele praticada e, assim, tem-se que o bem jurídico tutelado pelo art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, está violado na forma de lesão ou, no mínimo, está sob potencial perigo de lesão.

Em face da relevância dada ao bem jurídico tutelado no inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a inibição da prática privada já desde a configuração de mero risco potencial - preventivamente evitando o desvio de conduta que possa de fato ou apenas potencialmente comprometer a garantia de independência, imparcialidade e moralidade que devem reger toda atuação pública - é importante na questão em tela e possui amparo jurídico. Primeiramente, resgatando da instância penal uma dentre tantas formas de se classificar os crimes, tem-se, em função do resultado, o crime de lesão, quando a conduta típica efetivamente viola o bem jurídico tutelado, e o crime de perigo de lesão, que coloca o bem jurídico tutelado em risco de forma tão grave que recebe proteção da lei penal. Ademais, como se verá em **4.7.3.18.6.b**, a consideração do risco potencial também se harmoniza com a leitura sistemática da Lei nº 11.890, de 24/12/08, cujo art. 3º tratou como hipótese de impedimento a prática de atividade potencialmente causadora de conflito de interesses, e da Lei nº 12.813, de 16/05/13, cujo art. 3º, I definiu como conflituosa a situação que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar o desempenho da função pública.

Assim, conforme superficialmente já se previu no enfoque introdutório, a correta interpretação da parte do dispositivo do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que tutela a possível incompatibilidade de naturezas das atividades pública e privada exercidas concomitantemente pelo agente público requer uma análise muito mais aprofundada que aquela suficiente para compreender e identificar submissão e sujeição da jornada de trabalho aos interesses particulares. Neste rumo, deve-se relembrar o que também já se introduziu em **4.7.3.18.1**, de que o principal objetivo da Lei foi vedar a prática de atividade privada,

remunerada ou não, que tenha ou possa ter agregada, no momento de sua execução, alguma vantagem a qualquer dos intervenientes (o particular contratante e/ou o servidor contratado) em decorrência do cargo ocupado pelo agente público ou que, em qualquer momento, prejudique ou possa prejudicar o isento desempenho das atribuições públicas deste agente ou que prejudique ou possa prejudicar o interesse público.

Portanto, é da superposição dos focos cumulativamente restritivos extraídos tanto daquela interpretação sistemático-teleológica quanto da percepção acima, acerca do critério de aferição, de que não é qualquer interesse que inquina uma atividade privada de incompatibilidade, que se deve compreender o sentido do termo "incompatível" para a atividade privada exercida. O termo, para o fim jurídico de que aqui se cuida, pode ser compreendido como aplicável a duas ramificações teóricas de atividades, com o efeito comum de ambas propiciarem a prevalência do interesse particular em detrimento do interesse privado, em inaceitável postura anfíbia do agente público.

Na primeira forma de compreensão, voltada ao momento do exercício ou da feitura da atividade, a mácula de "incompatível" é aplicada àquela atividade que o servidor vier a estabelecer e para cuja prática, no momento da sua execução, em razão exatamente de o executante ser agente público, podem ser agregadas vantagens, benefícios, preferências e privilégios irregulares - os quais, sem dúvida, com visão pragmática e realística, na grande maioria dos casos, se farão repercutir na natureza e na quantificação da contraprestação recebida, que pode ser de quaisquer formas, como remuneração financeira ou retribuições de outros tipos, ou pode até nem sequer existir. Em complemento, na segunda forma de compreensão, indistintamente voltada a momentos tanto antes quanto depois do exercício ou da feitura, a mácula de "incompatível" é aplicada àquela atividade cujo acerto, contratação, pré-estabelecimento ou ainda cuja prática ou execução possam, em qualquer momento, interferir na isenção e na impessoalidade necessárias para que o desempenho das atribuições legais do cargo se dê em sintonia com o interesse público.

Em sintéticas palavras, adotam-se duas possibilidades de se configurar a incompatibilidade de que trata o art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e que se somam, diferenciadas pela possibilidade de a contaminação da isenção e da imparcialidade do servidor, em razão das dubiedades de seus interesses, se manifestar na prática da conduta ou de se manifestar no exercício do cargo. Na primeira hipótese de aplicação do conceito, tem-se a incompatibilidade se manifestando na forma indevida de o agente público praticar (ou de poder vir a praticar) a conduta inaceitável no momento desta execução, sem repercutir no desempenho do seu cargo; diferente e complementarmente, na segunda forma de aplicação do conceito, a incompatibilidade não repercute no momento da prática da conduta, mas sim antes ou depois dela, quando o servidor ainda está na sua função de agente público ou quando já a retomou, na forma indevida de desempenhar (ou de poder vir a desempenhar) seu cargo.

Aqui então se cogita de duas possibilidades de uma prática privada enquadrar-se na definição genérica de atividade materialmente incompatível acima apresentada: na primeira possibilidade, embora não haja contaminação no desempenho do múnus público, a incompatibilidade se configura porque a empreitada particular se beneficia ou pode vir a se beneficiar pelas atribuições legais do cargo; e, na segunda possibilidade, a incompatibilidade se configura porque o desempenho do múnus público se contamina ou pode se contaminar em razão daquela empreitada particular.

> *Orientação Coger nº 31*
> *A incompatibilidade material da atividade privada se configura quando o desempenho do múnus público se contamina ou pode contaminar-se em razão da empreitada pessoal, ou quando a esta se agregam vantagens, benefícios, preferências ou privilégios competitivos pelo fato de seu executante ser servidor.*

Imprescindível deixar muito claro que a possível conclusão de que determinada atividade privada configura uma das duas formas de incompatibilidade material aqui teoricamente modeladas (quais sejam: ou de as atribuições legais do cargo do servidor poderem levar a uma contaminação da prática particular, no momento de sua execução; ou de a relação firmada com o ente particular poder contaminar a isenção do desempenho das atribuições quando aquele contratante se coloca como o administrado) requer a convicção de que a conduta ilícita do agente público decorre tão somente do interesse em conflito (ou seja, do preciso critério de aferição adotado) e não de qualquer outro estímulo, ânimo subjetivo, desvio comportamental, vício de vontade ou até mesmo mácula de caráter dissociados da relação privada estabelecida com o contratante.

Em outras palavras, se, por um lado, até é possível que um servidor que pratique determinada atividade privada possa acessar dados sigilosos do órgão para individualizar a capacidade financeira de cada cliente e daí cobrar-lhes diferentes remunerações ou quaisquer outros tipos de contraprestação ou, em razão do acerto, da contratação ou do estabelecimento para a prática já realizada ou a realizar, possa afrouxar os critérios de controle e de aplicação da legislação sobre aquele administrado, por outro lado, não se tendo indícios de que tais condutas do servidor são única e indissociavelmente vinculadas àquela empreitada particular, mas sim de que decorrem de outros estímulos, ânimos subjetivos, desvios comportamentais, vícios de vontade ou máculas de caráter específicos, não há que se falar do cometimento da ilicitude de praticar atividade incompatível, mas sim do cometimento de irregularidades outras - as quais provavelmente este agente público cometeria mesmo se não tivesse a formação ou a habilitação para a prática daquela atividade.

Se assim não fosse, antecipando-se o foco para qualquer cargo em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, não haveria atividade privada que restasse compatível no âmbito da instituição, uma vez que, mediante o possível indevido acesso a dados fiscais reveladores do estado de riqueza do seu particular contratante, o servidor poderia exigir maior ou menor contraprestação, de acordo com a capacidade financeira daquele que o contratou - inclusive em atividades *a priori* compatíveis. No mesmo sentido, tanto é verdade que a incompatibilidade em razão da natureza do cargo dissocia-se das meras potencialidades e até mesmo dos efetivos poderes de o cargo agregar vantagens à contraprestação financeira ou de qualquer outra espécie, que é possível se cogitar de incompatibilidade mesmo em atividade privada regulada pelo Poder Público e na qual os agentes não têm poder de influenciar ou interferir na remuneração controlada de ofício.

Ainda neste rumo, é de se destacar que as meras possibilidades de o servidor poder acessar dados fiscais (irrelevantes e dispensáveis para prática do serviço particular) para empregá-los na valoração da contraprestação a receber pelo exercício de uma atividade privada qualquer totalmente dissociada do múnus público ou de, em razão do acerto para a realização de tal atividade inespecífica, poder afrouxar as imposições legais sobre o contribuinte que o contrata ou que é seu cliente não fazem parte do bem jurídico ora em questão no art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, mas sim integram bens jurídicos tutelados em outros enquadramentos disciplinares específicos para sancionar o acesso imotivado, o valimento de cargo ou a violação do sigilo dos dados particulares em poder do órgão.

A eventual adoção de uma interpretação que abrangesse a simples possibilidade de acesso a dados fiscais para serem transportados para os interesses da atividade privada como o critério de aferição, com o fim de inquinar como materialmente incompatível uma atividade privada qualquer de objeto não colidente com o múnus público (e que, para cuja feitura, aquelas informações se mostram completamente dispensáveis e irrelevantes, não fazendo parte da execução da atividade), concederia ao intérprete uma inaceitável aplicação ilimitada do conceito de incompatibilidade material e levaria a uma construção absurda,

desproporcional, desprovida de bom senso e contrária ao princípio da segurança jurídica de que toda empreitada particular restaria incompatível na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

Isto porque a grande maioria das atividades inseridas no contexto jurídico-econômico, de alguma forma e sob algum grau, submete-se às incidências de controle ou de fiscalização ordinariamente exercidas pela instituição, gerando dados de natureza fiscal a serem armazenados sob cláusula de sigilo. Daí, se poderia inferir que a prática de qualquer atividade privada por servidor exerceria sobre este agente público alguma parcela de interesse de acesso àquelas informações reveladoras da capacidade econômico-financeira de seus potenciais clientes e contratantes, o que faria sempre se cogitar de indevida influência dos interesses privados sobre a conduta do servidor, seja na execução daquela atividade, fora do ambiente da repartição, seja no imparcial e impessoal desempenho de suas atribuições legais. A suposta adoção de um modelo que alçasse as consecutivas possibilidades de acesso a dados fiscais para empregos outros que não a efetiva prestação do serviço (já que tais informações não são relevantes e indispensáveis para a prática em si, que tem objeto distante das atribuições legais do cargo) como critério de aferição da incompatibilidade material explicaria o exemplo acima mencionado, em que o sistema jurídico de aferição se demonstraria inconsistente, porque não fecharia o ciclo, já que, ao seu final, buscaria a tutela de proteção de um bem jurídico distinto daquele que se estabelece e cuja afronta se pune no art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Ademais, esta hipotética adoção levaria à incoerência de o trabalho hermenêutico conduzir a uma inadequada conclusão de exigência absoluta de dedicação exclusiva, não prevista pelo legislador.

Em sentido contrário, após o descarte do contraexemplo, pode-se cogitar da validação do modelo que elege como critério de aferição da incompatibilidade material, na área de atuação funcional do servidor, a não convivência ou a imiscibilidade do correto e regular desempenho das suas atribuições públicas com as motivações e os objetivos que movem a atividade privada por ele praticada. Este modelo se demonstra circularmente coerente porque revela que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seu art. 117, XVIII, prevê um enquadramento disciplinar, tutelando o bem jurídico da isenção e da imparcialidade da atuação funcional, e, caso se detecte uma conduta concreta que afronta, viola, lesiona ou expõe a perigo de lesão tal bem jurídico (conduta em que se atesta a existência daquele objetivo que faz com que se antagonizem o público e o privado), a norma incide sobre o infrator, impondo o enquadramento e estabelecendo a devida penalidade estatutária.

4.7.3.18.3 - Profissões Liberais

Apresentados o escasso balizamento normativo e a consequente modelação hermenêutica sistemático-teleológica, reconhece-se que, na prática, o principal exemplo para análise da questão da incompatibilidade em virtude da natureza do cargo reside nas profissões liberais, as quais, presumidamente, são remuneradas. Mas, antes, ainda é preciso ratificar que, sob o enfoque generalista típico de um diploma legal de índole estatutária e aplicável a todos os servidores públicos civis do Poder Executivo federal, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não tem a intenção - e nem poderia mesmo tentar fazer - de apresentar a lista de profissões liberais materialmente tidas como incompatíveis a cada órgão, a cada carreira, a cada cargo de toda a Administração federal. Afinal, diante da multiplicidade das tutelas públicas constitucional e legalmente dispostas a inúmeros órgãos, carreiras e cargos, determinada atividade privada tida como materialmente incompatível com a natureza de um cargo pode não ser em relação a outro e vice-versa. Faz-se então indispensável um trabalho de construção e de elaboração, interno a cada órgão, para que se interprete, no respectivo âmbito das funções e dos múnus públicos ali exercidos e das carreiras e dos cargos específicos que o integram, quais empreendimentos e iniciativas particulares são cristalina e inequivocamente incompatíveis e

que, portanto, aquela própria instituição não tolera que seus agentes públicos pratiquem.

Sem prejuízo da competência normativa infralegal, que se abordará em **4.7.3.18.6.c**, atribuída à respectiva Comissão de Ética Pública Seccional e sobretudo à Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13, para se manifestarem, quando provocadas, no caso de resistir dúvida acerca da compatibilidade ou não de determinada atividade em concreto com o cargo do executante, nada obsta que, antes e acima de tudo, o próprio órgão, como melhor e insubstituível conhecedor de si mesmo e de suas competências e de seus autocontroles, manifeste as profissões liberais que afrontam suas tutelas internas. Pode-se compreender que, no complexo contexto técnico-jurídico do tema em apreço, quando um órgão toma a iniciativa de, *ex officio*, apenas e tão somente declarar - seja por que instrumento interno for, tais como normas ou soluções de consultas ou notas técnicas - que determinada profissão liberal é materialmente incompatível com as suas competências e prerrogativas institucionais, nada mais faz do que zelar pela tutela preventiva que permeia os arts. 4º e 8º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e o faz sem afrontá-los, porque determinadas atividades podem ser tidas desde sempre e inequivocamente incompatíveis, de forma a não resistir dúvida suscitadora da provocação do rito estatuído na Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13. Assim, por exemplo, é hialino que cabe à própria Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, e mais especificamente, por previsão regimental, a seu sistema correcional, interpretar quais as profissões liberais destoam da compatibilidade material com as funções públicas de quaisquer cargos em exercício no órgão.

Para se atingir este objetivo, conforme a conceituação teórica já exposta, parte-se da premissa de que não é qualquer profissão liberal que deva ser considerada como materialmente incompatível, pois requer-se a existência do critério de aferição, qual seja, a superposição de interesses colidentes. Ao contrário, em princípio, pode não se vislumbrar incompatibilidade entre diversas profissões liberais e o exercício do múnus público, desde que para a prática daquelas atividades, de nada sirvam as atribuições legais, prerrogativas e acessos do cargo e que o regular desempenho do múnus público não possa ser afetado pelos interesses, objetivos e motivações que norteiam e estimulam tais empreitadas particulares.

Assim, na regra geral da Administração Pública federal, a menos de carreiras com regramentos ou estatutos específicos, e em especial na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, pode o servidor, após cumprir sua jornada regular de trabalho na repartição, desempenhar, fora do expediente, profissões liberais e remuneradas, não só em decorrência de sua formação acadêmica que não digladie com o múnus público (tais como, apenas exemplificadamente, veterinária, odontologia, engenharia, psicologia, medicina, jornalismo, etc, a menos que atue nestas áreas na seara pública) mas também de qualquer tipo de conhecimento ou habilidade adquirido no curso da vida. Desde que as atribuições legais do seu cargo não guardem nenhuma relação de conflito com a prática daquelas profissões liberais ou com outras atividades lícitas e com os interesses privados que as movem, não é finalidade da Lei nº 8.112, de 11/12/90, tolher o conhecimento humano e seu exercício e desenvolvimento.

E, de outra forma não poderia mesmo ser a construção apriorística do Estatuto. É de se relembrar que vigora no ordenamento pátrio, com a solenidade de preceito constitucional pétreo, a garantia fundamental, insculpida no inciso XIII do art. 5º da CF:

> *CF - Art. 5º*
> *XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;*

Ou seja, em outras palavras, vigora, *a priori*, o livre exercício de trabalho, ofício ou profissão. Mas percebe-se que o próprio texto constitucional cuidou de deixar a ressalva de que tal liberdade é condicionada às qualificações profissionais estabelecidas em lei. A regra geral é da liberdade laboral; mas esta, como todo direito ou garantia fundamental, não é

absoluta. Relembre-se que a construção jurisprudencial pacificada e já aduzida em **4.4.1.1.2.b** firma que nenhum direito ou garantia fundamental que a CF atribui a um indivíduo é absolutamente inafastável, o que, neste caso, somado à própria literalidade do texto constitucional, indica que aquela garantia da liberdade laboral pode ser mitigada em razão de lei.

Trazendo o foco desta liberdade fundamental e de suas possíveis limitações para o seio da Administração Pública, adicione-se à discussão o *caput* do art. 39 da CF, que estabelece a obrigatoriedade de a União possuir regime jurídico único para seus servidores, bem como o § 7º do art. 37 da CF, segundo o qual cabe à lei dispor sobre requisitos e restrições ao ocupante de cargo que acesse informações privilegiadas.

> *CF - Art. 37.*
> *§ 7º A lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 04/06/98*
> *Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.*

Neste rumo, pode-se considerar então a Lei nº 8.112, de 11/12/90 (que estabeleceu o regime jurídico dos servidores), e a Lei nº 12.813, de 16/05/13 (que correlaciona ocupantes de cargos com informação privilegiada, na linha de proteção da inviolabilidade da intimidade e da vida privada), como diplomas legais regulamentadores daquela garantia fundamental de base constitucional. A aparente antinomia entre estes preceitos constitucionais - de um lado homenageando a liberdade, e de outro lado contemplando a proteção da intimidade e da honra - se soluciona com a aferição caso a caso.

As perguntas que se deve fazer, para aquilatar a compatibilidade ou a incompatibilidade daquelas profissões liberais (apenas exemplificativas, dentre inúmeras outras) com o cargo público é se o veterinário, o odontólogo, o engenheiro, o psicólogo, o médico, o jornalista, etc, pelo simples fato de serem servidores, podem se ver estimulados, tentados ou seduzidos a carrear para prática, para o exercício, para a execução ou para a feitura da empreitada particular as informações estratégicas ou sigilosas a que porventura tenham acesso em razão do cargo ou demais formas de vantagens, benefícios, preferências ou privilégios irregulares, podendo obter com isto clientes, pacientes, contratantes, leitores, etc, ou qualquer outro tipo de recompensa; ou ainda se tais profissões liberais podem, a qualquer tempo, macular a necessária impessoalidade, imparcialidade e independência com que devem ser exercidas as atribuições legais do cargo. Em princípio, parece não haver incompatibilidade para que servidores ocupantes de cargos de requisitos inespecíficos de investidura (como é o caso de todos os cargos em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, em que, no máximo, se exige nível superior de escolaridade), em horário fora da jornada de trabalho, atendam às suas respectivas clientelas nas áreas de veterinária, odontologia, psicologia ou medicina, ou que executem projetos em área de engenharia ou que redijam matérias de cunho jornalístico, apenas para seguir a linha já adotada de exemplificações não exaustivas, pois não se cogita de o momento do exercício de tais profissões liberais poder se contaminar pela qualidade de servidor ocupante de um cargo de investidura inespecífica e menos ainda se espera que possa haver alguma contaminação no exercício deste tipo de cargo em razão da prática daquelas atividades.

Todavia, o prognóstico pode ser outro se os servidores daqueles mesmos exemplos forem da área de saúde oficial ou engenheiro público ou assessor de imprensa do órgão. Ou seja, conforme já exposto acima, não há uma resposta pré-concebida para todos os casos. Somente a análise concreta, caso a caso, à luz do trabalho interpretativo intenso em cada

órgão e, complementarmente, nos termos do entendimento que a CGU sedimentar, é que indicará precisamente a incompatibilidade entre as duas atividades.

4.7.3.18.4 - A Relação Entre Atividade Incompatível e Conflito de Interesses e a Aplicabilidade Residual do Inciso XVIII do Art. 117 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990

Na esteira, convém também apreciar se há uma distinção legal ou ao menos infralegal entre as expressões “atividades incompatíveis”, constante da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e “situações que configuram conflito de interesses”, constante da Lei nº 12.813, de 16/05/13, ou se há entre os dois conceitos uma relação de gênero e espécie ou se, tecnicamente, é correto o emprego informal como sinônimos que a estes institutos se empresta.

Para este fim, como de outra forma não se poderia prosseguir na presente análise, convém primeiramente insistir na busca do entendimento que se extrai da fonte primária, qual seja, da normatização como um todo em que o tema da incompatibilidade material é tratado. Em outras palavras, a leitura iniciada pela Lei nº 8.112, de 11/12/90, deve se estender a todo o conjunto de normas legais e até mesmo infralegais que regem o tema, de forma a se aprimorar e a se aprofundar a análise com a harmonização das ferramentas hermenêuticas das interpretações autêntica e sistemática.

4.7.3.18.4.a - Esforços Iniciais de Conceituação Infralegal de Conflito de Interesses, Associados à Concessão de Licenças

A apresentação didática do tema mostra ser necessário resgatar os esforços iniciais da conceituação infralegal de conflito de interesses, que remontam ao disciplinamento da concessão da licença para tratar de interesses particulares, prevista no art. 91 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, já abordada em **3.2.5**, quando se expôs a manutenção das vinculações estatutárias do servidor ainda que esteja de férias, de licença ou sob qualquer outra espécie de afastamento legal.

Na sequência do que foi exposto, nos aspectos materiais do Direito Administrativo Disciplinar, assume relevância o conceito de conflito de interesses, como elementar da promiscuidade entre o público e o privado e da atuação anfíbia do agente público. Doutrinariamente, o conflito de interesses público e privado pode ser compreendido como o incidente configurado sempre que a atuação do servidor, seja em seara pública, seja em órbita particular, ao tangenciar interesse pessoal seu próprio ou de terceiros, efetiva ou potencialmente, beneficie, privilegie ou favoreça este interesse privado quando da prática de atividade privada a seu múnus público ou prejudique, vincule ou influencie o desempenho de sua função pública, em ambas hipóteses em detrimento da causa pública.

Em patamar normativo, este conceito encontra-se desde sempre embutido, de forma não expressa, em diversos dispositivos das Leis n° 8.112, de 11/12/90, nº 9.784, de 29/01/99, nº 8.429, de 02/06/92, e nº 11.890, de 02/12/08, e no CP. Em acréscimo, mencione-se que o conflito de interesses também é mencionado, sem definição expressa, no Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, aprovado pelo Decreto nº 1.171, de 22/06/94; no Manual de Conduta do Agente Público Civil do Poder Executivo Federal, da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, do Ministério da Economia (ME/SEDGG), divulgado pela Portaria ME/SEDGG nº 15.543, de 2 de julho de 2020; no Código de Conduta da Alta Administração Federal, de 18/08/00, e no Decreto n° 6.029, de 01/02/07, que estabelece o Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo. Mas, de forma expressa, o instituto do conflito de interesses somente veio a

receber específica e detalhada definição legal com o advento da Lei nº 12.813, de 16/05/13.

Não obstante, até o ordenamento pátrio atingir este grau de refinamento, houve um longo caminho de tentativas infralegais de se conceituar o instituto do conflito de interesses e de se normatizar a instrumentalização de suas prevenção e aferição e de seu sancionamento. A seguir, busca-se descrever e deixar registrado, de forma cronológica e detalhada, este percurso dos esforços administrativos de conceituação e de procedimentalização, até culminarem nas definições legais do instituto em si e no tratamento instrumental a ser dado ao tema.

De certa forma, pode-se inferir que, de início, a Administração foi naturalmente provocada a enfrentar a questão da conceituação do conflito de interesses em razão de eventuais notícias ou de conhecimento de condutas suscitadoras de dúvidas acerca de sua regularidade, praticadas por agentes públicos, em órbita privada, ao tempo em que se encontravam no efetivo exercício de suas atribuições legais, mesmo sem amparo de qualquer espécie de afastamento. E, no foco destas discussões, as primeiras definições infralegais para o conflito de interesses advieram de manifestações em instância ética.

Neste rumo, a Comissão de Ética Pública, vinculada à Presidência da República e que pode ser tomada como abalizada referência (embora se saiba que suas manifestações vinculam apenas as autoridades submetidas ao Código de Conduta da Alta Administração Federal, de 18/08/00, - no caso, apenas o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil se compromete com aquele Código, visto ocupar cargo de natureza especial), editou a Resolução Interpretativa CEP n° 8, de 25/09/03, em que, em esforço pioneiro, pela primeira vez no ordenamento pátrio, tentou definir as situações que caracterizam o conflito de interesses, conforme se segue:

> *Comissão de Ética Pública - Resolução Interpretativa CEP nº 8, de 25/09/03. 1. Suscita conflito de interesses o exercício de atividade que:*
> *a) em razão da sua natureza, seja incompatível com as atribuições do cargo ou função pública da autoridade, como tal considerada, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias afins à competência funcional;*
> *b) viole o princípio da integral dedicação pelo ocupante de cargo em comissão ou função de confiança, que exige a precedência das atribuições do cargo ou função pública sobre quaisquer outras atividades;*
> *c) implique a prestação de serviços a pessoa física ou jurídica ou a manutenção de vínculo de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão individual ou coletiva da autoridade;*
> *d) possa, pela sua natureza, implicar o uso de informação à qual a autoridade tenha acesso em razão do cargo e não seja de conhecimento público;*
> *e) possa transmitir à opinião pública dúvida a respeito da integridade, moralidade, clareza de posições e decoro da autoridade.*
> *2. A ocorrência de conflito de interesses independe do recebimento de qualquer ganho ou retribuição pela autoridade.*

Verifica-se, desde esta primeira iniciativa conceituadora, que a materialidade do conflito de interesses embute a ideia de proteção ao mero risco potencial, ainda que sem a concretização da relação conflituosa, e não se vincula à efetiva auferição de qualquer ganho ou vantagem (remuneratória ou de qualquer outra natureza) por parte do agente público.

Apresentada esta primeira definição material do conflito de interesses, em âmbito administrativo infralegal, posteriormente, a Administração passou a cuidar da instrumentalização da questão. Neste sentido, o grau de provocação para o enfrentamento do tema cresceu com a detecção das necessidades de se identificar e de se controlar eventuais atividades privadas ensejadoras de conflito de interesses e perpetradas por agentes públicos no gozo de licenças ou de outros afastamentos e, consequentemente, de se regular a concessão de tais direitos funcionais. E, destacadamente, em razão da percepção de que agentes públicos em licença para tratar de interesses particulares poderiam estar incorrendo na prática de

atividades conflituosas, a Comissão de Ética Pública recomendou a todos os órgãos federais que exijam do servidor solicitante desta licença, conforme prevê o art. 91 da Lei n° 8.112, de 11/12/90, cuja concessão subordina-se ao interesse da Administração, a indicação de qual atividade privada pretende desempenhar enquanto licenciado e que coteje tal atividade com as regras de compatibilidade com o cargo que ocupa, bem como o faça para licenças já concedidas, à vista do dispositivo legal de que pode ser interrompida a qualquer tempo, não só a pedido mas também no interesse do serviço. Tal manifestação faz prevalecer a tese de que a licença não afasta os vínculos estatutários do servidor com a Administração, já exposta em **3.2.5**.

> *Comissão de Ética Pública - Ofício nº 145/06-SE/CEP, de 28/03/06: "A Comissão de Ética Pública, em razão da questão específica que lhe foi submetida, decidiu, em reunião realizada em 21.3.2006, recomendar a todos os órgãos e entidades que integram o Poder Executivo Federal que, no exame de pedidos de licença não remunerada, levem em conta o exame da compatibilidade da atividade profissional que o servidor irá desempenhar quando em licença, deixando de concedê-la sempre que seu exercício suscitar conflito de interesses com o órgão público, nos termos do que dispõe a Resolução CEP nº 8, e em linha com o que dispõe o art. 91 da Lei nº 8112/90, que estabelece que a licença não remunerada para tratar de assuntos particulares será concedida 'a critério da Administração', podendo igualmente, conforme seu parágrafo único, ser interrompida a qualquer tempo, a pedido do servidor ou no interesse do serviço."*

Este Ofício foi reforçado pelo Ofício nº 180/07-SE/CEP, de 10/05/07.

Em paralelo a isto, especificamente no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, em atenção àquela manifestação da Comissão de Ética Pública e ainda com base naquela única definição material então existente de conflito de interesses, a Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep) enviou Memorando-Circular às Divisões de Gestão de Pessoas (SRRF/Digep), esclarecendo que o servidor, ao solicitar a licença para tratar de interesses particulares, deve informar a atividade profissional que desempenhará no período de afastamento e que, em caso de incompatibilidade com as atribuições legais do cargo e competências legais e regimentais institucionais, tal pedido deverá ser indeferido, bem como deverá ser interrompida, em seu curso, licença já deferida, antes ou depois do citado Memorando.

> *Memorando-Circular SRF/Cogep nº 997, de 27/04/06 - "4. A atividade profissional a ser exercida pelo servidor licenciado não poderá suscitar qualquer conflito com as atividades e finalidades da SRF."*

O Memorando-Circular acima foi reforçado pelo Memorando-Circular RFB/Cogep nº 1.728, de 11/07/07, fazendo remissão ao já mencionado Ofício nº 180/07-SE/CEP, de 10/05/07, da Comissão de Ética Pública.

> *Memorando-Circular RFB/Cogep nº 1.728, de 11/07/07 - "Informamos que a Comissão de Ética Pública, no Ofício nº 180/07-SE/CEP, de 10.5.07, reforça a recomendação para que, no exame dos pedidos de licença não remunerada, leve-se em conta o exame da compatibilidade da atividade profissional que o servidor irá desempenhar quando em licença, deixando de concedê-la sempre que seu exercício suscitar conflito de interesses, nos termos do que dispõe a Resolução CEP n° 8, e em linha com o que dispõe o art. 91 da Lei nº 8.112/90.*
> *Ante o exposto, não obstante o exame da incompatibilidade já ser prática consolidada no âmbito da Cogep, solicitamos às unidades que instruam o processo já com a análise supra, bem como com declaração do servidor de que não irá desempenhar atividade conflitante com o desempenho do cargo, nos termos da Resolução CEP nº 8, de 25.9.03."*

Ainda calcada na única definição infralegal até então existente para conflito de interesses (elaborada na Resolução Interpretativa CEP nº 8, de 25/09/03), a instrumentalização da questão ganhou normatização interna, por meio da Portaria MF nº 249, de 12/06/09, já mencionada em **3.2.5** e que, em atendimento à recomendação exarada pelo Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União para toda a Administração federal (no caso do Ministério da Economia (ME), através do Aviso-Circular CGU nº 3, de 13/06/08), determinou que o servidor, ao peticionar por licença para tratar de interesses particulares, informe a área do setor privado e a atividade profissional que almeja desenvolver, com o fim de se avaliar potencial conflito de interesses. A norma exige ainda que, anualmente, o servidor licenciado preste informação à sua unidade de lotação acerca das atividades desempenhadas durante a licença.

> *Portaria MF nº 249, de 12/06/09 - Art. 1º O requerimento solicitando concessão de licença para tratar de interesses particulares deve ser instruído pelo servidor com, no mínimo, as seguintes informações:*
> *a) período da licença;*
> *b) descrição das atividades que vem desempenhando nos últimos 12 meses;*
> *c) identificação da área do setor privado e da descrição da atividade profissional que pretende desenvolver durante o período de licença;*
> *d) descrição das propostas de trabalho ou de negócio oriundas do setor privado para o período de licença; e,*
> *e) relação de atos que, no exercício do cargo, tenha praticado, nos últimos doze meses, em processos ou outros expedientes de interesse das pessoas de quem recebeu proposta referida no item anterior.*
> *Art. 2º O órgão em que o servidor encontrar-se lotado e/ou em exercício deve verificar se a licença para tratar de interesse particular pode implicar em potencial conflito de interesses entre a natureza da atividade desenvolvida pelo requerente no Ministério da Fazenda e a natureza daquelas que irá desenvolver no decorrer da licença.*
> *Art. 6º O servidor licenciado obriga-se a prestar anualmente ao órgão em que encontrar-se lotado e/ou em exercício, esclarecimentos a respeito de atividades desempenhadas durante o período de licença, em especial sobre as atividades profissionais, mesmo que não remuneradas.*

Por fim, com a edição da Portaria RFB nº 2.324, de 23/09/09, também já mencionada em **3.2.5**, o conflito de interesses ganhou conceituação infralegal interna, tendo se adaptado para o quadro funcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil as definições anteriormente adotadas pela Comissão de Ética Pública em sua Resolução Interpretativa CEP nº 8, de 25/09/03. Esta conceituação preservou o caráter de tutelar o mero risco potencial da conduta, independentemente da configuração concreta do conflito, e manteve a dispensa da auferição de qualquer ganho ou vantagem (remuneratória ou de qualquer outra natureza) por parte do agente público.

Além desta definição material do instituto, a Portaria RFB também regulamentou a instrumentalização da questão, dispondo que, no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, para fim de apreciação de pedido de licença para tratar de interesses particulares, diante de suspeita de ocorrência de conflito de interesses entre a atividade a ser praticada na atividade privada e as atribuições legais do cargo efetivo ocupado pelo servidor, deve a Cogep remeter a apreciação para a respectiva Comissão de Ética Pública Seccional - CE-RFB (esta análise coube ao sistema correcional apenas no período que antecedeu a designação daquela CE-RFB). Ressalte-se ainda que a mencionada Portaria RFB determinou maior atenção às atividades funcionais desempenhadas em fiscalização, arrecadação, aduana e administração tributária.

> *Portaria RFB nº 2.324, de 23/09/09 - Art. 5º A Cogep verificará se a licença para tratar de interesse particular implica em potencial conflito de interesses*

> *entre a natureza da atividade desenvolvida pelo requerente no órgão e a natureza daquela(s) que irá desenvolver no decorrer da licença.*
> *Art. 6º Suscita conflito de interesses o exercício de atividade que:*
> *I - em razão da sua natureza, seja incompatível com as atribuições do cargo ou função pública do servidor, como tal considerada, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias afins à competência funcional;*
> *II - implique a prestação de serviços a pessoa física ou jurídica ou a manutenção de vínculo de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão individual ou coletiva do servidor;*
> *III - possa, pela sua natureza, implicar o uso de informação à qual o servidor tenha acesso em razão do cargo e não seja de conhecimento público;*
> *IV - possa transmitir à opinião pública dúvida a respeito da integridade, moralidade, clareza de posições e decoro do servidor.*
> *Parágrafo único. A ocorrência de conflito de interesses independe do recebimento de qualquer ganho ou retribuição pela autoridade.*
> *Art. 7º Havendo potencial conflito de interesses, a Cogep encaminhará o pedido à Comissão de Ética da RFB, que analisará e decidirá conclusivamente a respeito.*
> *Parágrafo único. Na análise dos casos concretos para identificação de potencial conflito de interesses, a Comissão de Ética deverá dar especial atenção às áreas e às funções que possibilitam o acesso à informação privilegiada, tais como administração, fiscalização e arrecadação tributária e aduaneira, gestão de compras e contratos e tecnologia de informação, sem prejuízo do disposto no art. 3º da Portaria MF nº 249, de 12 de junho de 2009.*
> *Art. 14. A licença para tratar de interesses particulares não isenta o servidor dos deveres, impedimentos e vedações previstos no regime administrativo disciplinar, ressalvado o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 117, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

Destaque-se que a Cogep é mencionada no presente tema porque, como é comum na Administração Pública federal, e conforme já aduzido em **3.2.3.3**, o Regimento Interno da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil divide as competências de acordo com as diversas áreas de atuação administrativa interna, cabendo todo o macroprocesso de gestão de pessoas (no qual se situa a apreciação de pedido de licenças e afastamentos, por exemplo) à Cogep e às suas projeções, à parte da instância disciplinar, de competência da Coger e dos Escor. Ou seja, mesmo que nos limites internos da via administrativa, reflete-se a máxima da independência das instâncias, preservando-se a autonomia das competências e das áreas de atuação.

Neste contexto, conforme destaca o art. 14 da Portaria RFB nº 2.324, de 23/09/09, o deferimento de um pedido de nova licença ou a não interrupção de uma licença já em curso, por parte da Cogep ou suas projeções, propiciando que o servidor venha a praticar atividade em conflito de interesses com o cargo que ocupa, não pode ser interpretado como se a Administração tivesse referendado o possível ato ilícito do servidor e, consequentemente, não tem o condão de vedar a instauração, se for o caso, da apuração disciplinar, em especial se a atividade não estiver sendo desempenhada exatamente como no pedido de licença. Analogamente, o mero ato de gestão de interromper a licença no curso da qual o servidor pratica atividade conflituosa com o cargo também não tem o condão de sanar a ilicitude supostamente cometida e de impedir a possível apuração disciplinar.

Ressalve-se ainda que esta normatização interna do Ministério da Economia (ME) e da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil carece de ser harmonizada com a evolução do ordenamento jurídico como um todo. O tema de conflito de interesses ganhou crescente relevância e, por conseguinte, tem sido objeto de extensa e detalhada normatização. Daí, conforme se aduzirá em **4.7.3.18.6.c**, o pedido de licença para tratar de interesses particulares passa pela condição da manifestação prévia favorável por parte da CE-RFB ou da CGU, nos

casos em que o servidor pretenda exercer atividade privada ou atividade potencialmente geradora de conflito de interesses, que deverá ser obtida por meio do Sistema Eletrônico de Prevenção de Conflito de Interesses (SeCI).

E o comando da Portaria MF nº 249, de 12/06/09, que determina a verificação da existência de conflito de interesses na concessão de licença para tratar de interesses particulares, ganhou reflexo para toda Administração, com a edição da Portaria Normativa MPOG/Segep nº 4, de 06/07/12. Mais que isto, a norma do então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) ratificou a aplicabilidade do regime disciplinar, no que cabível, ao servidor em licença, conforme se descreveu em **3.2.5**. Esta norma também definiu que a concessão da licença para tratar de interesses particulares no âmbito dos órgãos da Administração direta compete ao respectivo Secretário-Executivo da Pasta, ou seja, no caso da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, cabe ao Secretário-Executivo do Ministério da Economia a concessão ou não da pleiteada licença.

> *Portaria MPOG/Segep nº 4, de 06/07/12 - Art. 2º A licença para tratar de interesses particulares será concedida no interesse da Administração, por um período de até três anos consecutivos, incluindo eventuais prorrogações, podendo ser interrompida a qualquer tempo, a pedido do servidor, ou por necessidade do serviço.*
> *§ 4º A licença de que trata o caput será autorizada: (Incluído pela Portaria Normativa MPOG/Segep nº 1, de 25/02/15)*
> *I - pelo Secretário Executivo ou autoridade equivalente, no caso de órgãos setoriais do SIPEC; ou (Incluído pela Portaria Normativa MPOG/Segep nº 1, de 25/02/15)*
> *II - pelo dirigente máximo da autarquia ou fundação, no caso de órgãos seccionais. (Incluído pela Portaria Normativa MPOG/Segep nº 1, de 25/02/15)*
> *Art. 4º O servidor que esteja usufruindo a licença para tratar de interesses particulares observará os deveres, impedimentos e vedações da legislação aplicável ao conflito de interesses. (Redação dada pela Portaria Normativa MPOG/Segep nº 1, de 25/02/15)*

De forma praticamente simultânea a estes esforços administrativos na busca da definição material e procedimental do conflito de interesses, veio à tona a Lei nº 11.890, de 24/12/08, que reestruturou a composição remuneratória de diversas carreiras típicas de Estado (assim consideradas aquelas integradas por cargos efetivos cujas atribuições voltam-se para o desenvolvimento de atividade exclusivas de Estado), estabelecendo-lhes a remuneração exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado qualquer tipo de acréscimo (nos termos previstos no art. 39, § 8º da CF, em decorrência da Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, que estendeu a possibilidade de emprego do instituto à remuneração dos servidores públicos organizados em carreira). Nesta linha, além de originalmente a Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), citam-se alguns outros exemplos de carreiras (ou cargos) submetidos a esta sistemática de remuneração por subsídio: Área Jurídica; Auditoria-Fiscal do Trabalho; Grupo de Gestão (abrangendo as Carreiras de Finanças e Controle; de Planejamento e Orçamento; de Analista de Comércio Exterior; e de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental); Especialista do Banco Central do Brasil; Diplomata; Analista Técnico da Superintendência de Seguros Privados (Susep); Analista e Inspetor da Comissão de Valores Mobiliários (CVM); Planejamento e Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea).

Ressalve-se que, embora a Carreira TARFB seja típica de Estado, a remuneração dos titulares dos cargos que a compõem, ou seja, os ocupantes de cargos de Auditor-Fiscal e de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil (AFRFB e ATRFB), deixou de ser por subsídio, voltando a ter vencimento (com inovação de bônus de eficiência e produtividade) com a alteração promovida pela Lei n° 13.464, de 10 de julho de 2017.

Conforme o histórico já resgatado em **3.2.3.2**, a cuja leitura se remete para evitar desnecessária repetição aqui, para aquelas carreiras e respectivos cargos, a Lei nº 11.890, de 24/12/08, em sua redação original, ao estabelecer o impedimento para o exercício de outra atividade remunerada, privada ou pública, "potencialmente causadora de conflito de interesses", ressalvado o magistério em horário compatível, conforme melhor se abordará em **4.7.3.18.5.a**, apenas mencionou o instituto em tela em seus dispositivos, sem ter se dedicado a defini-lo.

Mas o tema já havia ganho relevância desde a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, promulgadas no Brasil pelos Decretos nº 4.410, de 4 de outubro de 2002, e nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, e admitidas, portanto, no ordenamento nacional com força de lei, que menciona a prevenção do conflito de interesses.

> *Convenção Interamericana contra a Corrupção - Promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 4 de outubro de 2002 - Artigo III. Medidas Preventivas*
> *Para os fins estabelecidos no artigo II desta Convenção, os Estados Partes convêm em considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprios sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer:*
> *1. Normas de conduta para o desempenho correto, honrado e adequado das funções públicas. Estas normas deverão ter por finalidade prevenir conflitos de interesses, assegurar a guarda e uso adequado dos recursos confiados aos funcionários públicos no desempenho de suas funções e estabelecer medidas e sistemas para exigir dos funcionários públicos que informem as autoridades competentes dos atos de corrupção nas funções públicas de que tenham conhecimento. Tais medidas ajudarão a preservar a confiança na integridade dos funcionários públicos e na gestão pública.*
>
> *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - Promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 2006 - Artigo 7. Setor Público.*
> *4. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios de sua legislação interna, procurará adotar sistemas destinados a promover a transparência e a prevenir conflitos de interesses, ou a manter e fortalecer tais sistemas.*
> *(**Nota**: O Supremo Tribunal Federal vaticinou, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP, que tratados, acordos ou convenções internacionais que tratem de direitos humanos, após promulgados por decreto presidencial, ingressam "no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna".)*

Ainda no mesmo contexto de iniciativas de normatização restritas ao *status* infralegal com o fim de se lograr um balizamento conceitual do que seja conflito de interesses, é de se registrar a diligência da Administração para que o instituto alcançasse definição em lei, no sentido estrito. Assim, em 27/10/06, por iniciativa da CGU, a Presidência da República encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 7.528/2006, com proposta de definição legal de conflito de interesses (aproveitando, em parte, algumas das definições adotadas pela Comissão de Ética Pública, em sua Resolução Interpretativa CEP nº 8, de 25/09/03) e de estabelecimento de um rito procedimental para o tratamento do tema.

Esta iniciativa, enfim, resultou na edição da Lei nº 12.813, de 16/05/13, que, ao figurar como a resposta legislativa pátria àquelas acordos internacionais de que o país é signatário, inovou o ordenamento interno com a primeira definição, constante de lei, não só de conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal ou após a desinvestidura e das condições de sua configuração, mas também dos requisitos e restrições a agentes públicos (tanto servidores estatutários quanto empregados celetistas) que tenham acesso a informações privilegiadas, dos impedimentos posteriores àquele exercício, das competências para fiscalização, avaliação e prevenção de ocorrência do incidente e das sanções para os infratores.

Finalizando então esta descrição cronológica, a ser retomada com detalhes em **4.7.3.18.6.b**, culmina-se que a definição legal de conflito de interesses, estabelecida no art. 3º, I da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e que se impõe a todos os agentes públicos ocupantes de cargos ou empregos no Poder Executivo federal, funda-se na ideia central de confronto, colisão, superposição, excludência, imiscibilidade e impossibilidade de coexistência, integridade, objetivos, motivações, dedicações, relevâncias e priorizações e associa esta ideia a uma partição em duas linhas, ainda que meramente potenciais, de indesejadas repercussões, quais sejam, no possível comprometimento do interesse público e na possível contaminação do desempenho da atividade pública. Assim, de acordo com este dispositivo legal, de forma consentânea com o que se introduziu em sintéticas palavras acerca da incompatibilidade material do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em **4.7.3.18.1**, conflito de interesses é a situação de confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse público ou influenciar, de forma indevida, o desempenho das atribuições legais do cargo pelo agente público.

> *Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 3º Para os fins desta Lei, considera-se:*
> *I - conflito de interesses: a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública; e*
> *Art. 4º*
> *§ 2º A ocorrência de conflito de interesses independe da existência de lesão ao patrimônio público, bem como do recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou por terceiro.*
> *Art. 5º*
> *Parágrafo único. As situações que configuram conflito de interesses estabelecidas neste artigo aplicam-se aos ocupantes dos cargos ou empregos mencionados no art. 2º ainda que em gozo de licença ou em período de afastamento.*

Ademais, o § 2º do art. 4º e o parágrafo único do art. 5º, ambos da mesma Lei, reiteraram que o conflito de interesses independe de recebimento de qualquer vantagem ou ganho e pode se caracterizar inclusive com o servidor em período de licença ou de afastamento.

Fechando a leitura circular deste tema do ordenamento pátrio, eis que o legislador, por fim, harmonizou a redação dos diversos dispositivos da Lei nº 11.890, de 2008, com a Lei nº 12.813, de 2013, ao impedir o exercício de atividade privada ou pública, independentemente de remuneração, que potencialmente venha a configurar conflito de interesses, conforme esta lei específica e mais recente define. Este tipo de construção praticamente se repete a cada carreira dentre as acima listadas que a Lei aborda, sendo bastante aqui reproduzir apenas o *caput* do seu art. 3º, que se aplica especificamente à Carreira TARFB, integrada pelos cargos de AFRFB e ATRFB.

> *Lei nº 11.890, de 2008 - Art. 3º Os ocupantes dos cargos integrantes das carreiras de que trata o art. 1º da Lei nº 10.910, de 15 de julho de 2004, são impedidos de exercer outra atividade, pública ou privada, potencialmente causadora de conflito de interesses, nos termos da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. (Redação dada pela Lei nº 13.328, de 29 de julho de 2016).*

4.7.3.18.4.b - Incompatibilidade Material Como Espécie do Gênero Conflito de Interesses

Da leitura autêntica e sistemática dos dispositivos infralegais até aqui mencionados, por um lado, até se pode depreender que já seria defensável a tese de que a atividade materialmente incompatível tratada no art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se encaixaria como uma espécie do gênero mais abrangente das atividades potencialmente

causadoras de conflito de interesses mencionadas na redação original da Lei nº 11.890, de 24/12/08. Mas, por outro lado, depreende-se que o legislador, até então, não havia concedido ao aplicador do Direito a clara noção das conceituações de atividade materialmente incompatível e de conflito de interesses. De início, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, incluiu a atividade incompatível como elemento do seu art. 117, XVIII mas não a definiu; dezoito anos mais tarde, a Lei nº 11.890, de 24/12/08, inovou, estabelecendo que o impedimento (vedação parcial) sobre atividades privadas recai sobre aquelas que suscitam conflito de interesses, todavia não definiu esta expressão, enquanto a Resolução Interpretativa CEP nº 8, de 25/09/03, e a Portaria RFB nº 2.324, de 23/09/09, associaram o conflito de interesses como gênero do qual a atividade incompatível é espécie.

Ademais, o legislador também permitiu a permanência da dúvida acerca do alcance e da natureza jurídica da vedação imposta, visto que ora empregou o instituto da incompatibilidade, ora empregou o instituto do impedimento para disciplinar o exercício de atividades privadas; e, como se sabe, a incompatibilidade, que acima foi presumida como espécie, acarreta vedação absoluta, enquanto o impedimento acarreta a vedação parcial, apesar de aqui estar associado ao conflito de interesses, que foi presumido como gênero.

Daí, diante da ausência de rigor técnico com que o legislador até então havia empregado os distintos institutos em apreço, tendo as definições legais estabelecido um ciclo circular de recíproca menção e de mútua dependência do pré-conhecimento de um instituto para a definição do outro, mostrava-se infrutífera a busca da interpretação autêntica e sistemática da fonte primária (qual seja, de todo o conjunto da normatização positivada) com o fim de lograr a definição estabelecida pelo próprio legislador para “atividades incompatíveis” absolutamente vedadas no dispositivo estatutário e restava então, de certa forma, inconclusa a questão de diferenciar ou de situar a incompatibilidade material em relação ao conflito de interesses.

Não obstante, em reflexo da relevância do tema em apreço, o ordenamento foi inovado com a edição da Lei nº 12.813, de 16/05/13, que enfim estabeleceu, no inciso I do seu art. 3°, a definição legal de conflito de interesses, reproduzido linhas acima, em **4.7.3.18.4.a**.

E o inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, sedimentando os conceitos introduzidos ao ordenamento pela Comissão de Ética Pública desde a sua já mencionada Resolução Interpretativa CEP nº 8, de 25/09/03, ratificou a relação legal de que o exercício direto ou indireto de atividade de natureza incompatível com as atribuições legais do cargo é uma espécie do gênero das situações causadoras de conflito de interesses.

> *Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 5º Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:*
> *III - exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas;*

Mas é importante não confundir que, a despeito da permanência do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e da introdução da atividade incompatível no art. 5º, III da Lei nº 12.813, de 16/05/13, não se trata das mesmas materialidades. No ordenamento pátrio, há uma espécie de incompatibilidade material de menor gravosidade (decorrente de conduta em geral culposa), que se encerra em si mesma, cabível no primeiro enquadramento acima, sem merecer a classificação como conflito de interesses; e há uma outra espécie de incompatibilidade material (decorrente de conduta dolosa e ímproba), que atinge maior patamar de gravosidade e repulsa, a merecer a classificação como conflito de interesses. Apesar da mesma redação legal, não se consideram como conflito de interesses, na acepção da Lei nº 12.813, de 16/05/13, as condutas enquadráveis no art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

4.7.3.18.4.c - A Atual Aplicabilidade do Comando Estatutário

Com a edição da Lei nº 12.813, de 16/05/13, estabelecendo a relação de gênero e espécie entre conflito de interesses e a expressão atividade materialmente incompatível, pertine avaliar a parcela que restou de aplicabilidade do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Se, de um lado, se antecipa não ter havido revogação (a rigor, derrogação), nem parcial nem tácita do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pela Lei nº 12.813, de 16/05/13, conforme se abordará com detalhes em **4.7.3.18.6.b**, de outro lado, se reconhece ter restado uma aplicabilidade apenas residual do comando estatutário generalista após a edição da lei específica sobre conflito de interesses.

Não é de imediata e exata resolução o elucidamento de que atividades privadas podem ser enquadradas no inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. De pronto, ratifique-se que, como regra geral, as atividades privadas, ainda que remuneradas, cometidas sem confrontação com o horário de trabalho e que não guardem nenhuma espécie de correlação com o múnus público do servidor não configuram ilícito disciplinar e, portanto, não se enquadram nem neste e nem em qualquer outro dispositivo estatutário.

A análise da questão da incompatibilidade material se turva de fato e se demonstra de mais difícil resposta no caso concreto em que a atividade privada guarda ou pode guardar relação de incompatibilidade com o múnus público do servidor, sendo pertinente se apresentarem, de forma sintética, as possíveis diferentes conclusões, de efeitos graduais, a que se pode chegar.

Buscando a conceituação modelada para aquilo que disciplinarmente se assentou, em **4.7.3.18.2**, chamar de materialmente incompatível, vislumbram-se duas possibilidades residuais para as quais se pode defender a aplicabilidade do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

A primeira possibilidade é mais cristalina de se cogitar. Diante da competência intrínseca ao órgão de entender, de forma cristalina e indubitável, que determinada atividade privada é incompatível com os cargos em exercício em seu âmbito interno ou diante da competência da respectiva Comissão de Ética Pública ou da Controladoria-Geral da União (CGU), nos moldes já antecipados em **4.7.3.18.3** e nos termos da Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13, para declararem, em caso dúvida, que determinada atividade privada em concreto é conflitante em relação ao múnus público ali desempenhado, há de se levar em conta a possibilidade de o servidor praticar determinada empreitada pessoal sem saber de sua consideração institucional ou sistêmica como conflitante em gênero e incompatível em espécie com as atribuições legais do cargo ou com as competências legais e infralegais do órgão de lotação. Ainda que intencionalmente cometa a atividade privada em si e esta tenha sido declarada incompatível, se se presumir ou se se provar que desta declaração o servidor não tinha ciência, resta, em relação ao resultado final da conduta ilícita, um ânimo subjetivo culposo. Ainda que a prática da atividade privada seja dolosa, o fato de o servidor não ter conhecimento da sua natureza incompatível retira-lhe a total consciência de todos os elementos do enquadramento, não se podendo dizer então que a conduta como um todo seja dolosa. Esta atuação culposa do servidor, em praticar uma atividade tida como materialmente incompatível, ainda que não remunerada e realizada fora do horário de trabalho, pode ter enquadramento no inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112/90.

A segunda possibilidade de se cogitar do presente enquadramento exige muito maiores esforços de abstração e de descrição, sendo aqui elaborada como uma hipótese apenas residual, pois sua configuração requer a inferência ou comprovação de uma condicionante muito sutil da conduta envolvendo até mesmo uma atividade de cuja natureza incompatível se presuma ser do conhecimento por parte do agente. Se o servidor pratica a atividade privada

tida como incompatível, ainda que não remunerada e feita fora do horário de expediente, mesmo que sabendo ou podendo ao menos inferir o caráter incompatível daquela atividade com o seu múnus público mas o faz sem usar o aparato da repartição e, se porventura passa informações ao público externo, apenas o faz para dados corretos e disponibilizáveis, somente pelo simples fato em si de praticá-la, tida como incompatível, já se pode imputar-lhe cometimento de irregularidade *a priori* enquadrável no inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, acarretando responsabilização administrativa, em virtude da incompatibilidade material. Na hipótese em tela - mesmo se reconhecendo sua menção se dever apenas ao extremo apego ao esgotamento de hipóteses, até as menos plausíveis -, diante da inafastável incompatibilidade, é punível com suspensão o servidor que pratica atividade que guarda, mesmo que apenas potencialmente, alguma correlação com seu múnus público, ainda que o faça sem se valer de acesso ou sem agregar conhecimento especificamente franqueados pelo seu cargo, ou seja, ainda que qualquer outra pessoa mediana também a fizesse da mesma maneira e o interessado na atividade obtivesse o mesmo resultado se tivesse sido realizada por outro qualquer, não servidor.

Também é possível se cogitar de plausibilidade de enquadramento no residual inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, quando se tem como agente servidor ocupante de cargo meramente administrativo, incumbido de atividades de apoio, sobre quem se presume menor grau de vinculação normativa em termos de atribuições legais, responsabilidades e acessos (em comparação aos servidores que ocupam cargos de AFRFB e de ATRFB, integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil).

Diante da convicção de que o inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não foi revogado (a rigor, não foi derrogado), quer se deixar registrada a possibilidade de, à margem da restritividade e da limitação da simples literalidade dos textos legais, se poder, na prática, se deparar com um caso concreto em que a comissão, ponderando todas as circunstâncias da conduta, sinta desproporcional ou pouco razoável enquadrar o exercício de determinada atividade incompatível como conflito de interesses definido no art. 5º, III da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e, como tal, ato demissivo. Assim, a modelação acima proposta permite a salutar elasticidade e a ponderação dinâmica - que claramente a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não rigidamente típica, permite - no momento de enquadrar a conduta, escolhendo pelo enquadramento que não apenas se perfaz por sua literalidade, mas também que atende aos princípios caros da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por ser bastante didática e por estar completamente em harmonia com o defendido acima - apesar de extensa -, cabe reproduzir manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional acerca do tema.

> *Parecer PGFN/Coged nº 3.736/2021: "58. Embora a descrição da conduta pela Lei nº 12.813, de 2013, seja mais pormenorizada, a essência do tipo infracional objetivo das incompatibilidades é a mesma. Tanto para a Lei nº 8.112, de 1990, quanto para a espécie incompatibilidade extraída do gênero 'conflito de interesses' da Lei nº 12.813, de 2013, o tipo objetivo corresponde ao exercício de atividade privada inconciliável com o múnus público, seja porque sua execução é ou pode ser contaminada pelas prerrogativas do cargo público, seja porque a atividade pública é ou pode ser prejudicada pela empreitada particular.*
> *59. Apesar da coincidência de condutas, o art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 1990, lei anterior, não foi revogado pelo art. 5º, III, da Lei nº 12.813, de 2013. Interpreta-se que os dispositivos convivem, como dito, com seus espaços de incidência bem delineados, de acordo com a configuração do elemento subjetivo e/ou de acordo com a gravidade da conduta praticada.*
> *60. A atividade privada incompatível será considerada 'improbidade administrativa', e como tal estará amoldada à Lei nº 12.813, de 2013, se estiver caracterizado o dolo do agente, que sabe ou deveria saber ser a atividade*

privada praticada conflitante com sua atividade pública e que denote, por suas circunstâncias, grave malferimento à moralidade pública. É que a configuração da conduta ímproba passa, necessariamente, pela verificação da lesividade, ou seja, pela violação significativa dos princípios mais sublimes da Administração Pública: honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.
61. A lesão a tais princípios de ordem moral é caracterizada, no caso concreto, pelo dolo qualificado do agente, que corresponde à deslealdade, ao mau-caratismo, à astúcia, ao ardil de defraudar ou abusar da confiança alheia ao praticar a conduta. Não basta, para a imputação de improbidade administrativa, a caracterização do dolo genérico do agente acompanhado de genérica inconformidade aos princípios. Se assim o fosse, toda infração poderia ser caracterizada como improbidade administrativa, cujos conceitos abertos abrigam, em alguma medida, toda e qualquer violação à legalidade ou à moralidade. E essa não é a finalidade da norma.
62. A penalidade abstratamente prevista para o tipo 'improbidade administrativa' é a mais enérgica do sistema-administrativo disciplinar, o que informa ser seu objetivo punir condutas de máxima gravidade. Por isso a lesão aos princípios administrativos deve ser grave. O princípio da proporcionalidade reclama não se vulgarizar a nódoa da improbidade a quaisquer atos que infimamente possam atingir a legalidade ou amoralidade. O enquadramento de uma conduta no tipo 'improbidade administrativa' deve ser sempre condicionado à verificação da má-fé, da efetiva intenção do agente, da gravidade da conduta e deve ser realizado sob a ótica do bom-senso. Somente se violados, de forma grave, os princípios mais sublimes da Administração Pública incidirá a pecha da improbidade administrativa.
63. Nessa toada, o exercício de atividade incompatível, para atrair a incidência da Lei nº 12.813, de2013, deve ultrapassar a mera desarmonia de funções e deve revelar, por suas circunstâncias, que o agente praticou a conduta por ser desleal à instituição que serve, por se conduzir sob a orientação do mau-caratismo, pelo desejo de ferir ou de aproveitar-se do órgão a quem deveria servir. Essa qualificação do dolo revela a violação aos princípios administrativos.
64. Posta a moldura do tipo improbidade administrativa por conflito de interesses, passa-se ao tracejo da moldura do tipo 'incompatibilidade material de funções' (art. 117, XVIII, da Lei nº 8.112, de 1990). A incompatibilidade material de funções incidirá quando não evidenciado o elemento subjetivo doloso de praticar atividade privada conflituosa sob a insígnia da grave imoralidade. São duas hipóteses: conduta praticada culposamente ou conduta praticada dolosamente, em que as circunstâncias não demonstrem considerável violação à moralidade pública (dolo qualificado).
65. Na primeira hipótese aventada, o elemento subjetivo culposo é aferível em situações em que o servidor não conhece a desarmonia envolvida, ainda que pratique consciente e voluntariamente a atividade privada. Como cediço, a prática de ato sob o signo da culpa não autoriza o enquadramento de uma conduta na modalidade 'improbidade administrativa'. Neste tracejo, a prática culposa de ato materialmente incompatível com a função pública atrairia a incidência do art. 117, XVIII, da Lei nº 8.112, de 1990.
66. Afora a identificação do elemento subjetivo culposo, incidirá o art. 117, XVIII, da Lei nº 8.112, de1990, se for identificado que o agente, mesmo que presumivelmente conhecedor da incompatibilidade das tarefas públicas e privadas (dolo), não lesionar nem a ameaçar lesionar substancialmente os bens jurídicos tutelados pela vedação à improbidade administrativa: a moralidade, a honestidade, a imparcialidade, a lealdade à instituição a que serve. O agente, nesta hipótese, executa função privada incompatível, em prejuízo ou em potencial prejuízo do múnus público, mas não o faz com o dolo de desonestidade, com o dolo de imoralidade ou de perversão.
67. Esse cenário pode ser identificado quando o agente, presumivelmente,

conhece a incompatibilidade, mas não pratica suas atividades privadas utilizando-se do aparato da instituição, não utiliza de suas prerrogativas públicas, não se vale do acesso a dados, nem agrega conhecimento franqueado pelo seu cargo à atividade extraoficial. Realiza o serviço privado como se fosse um profissional do mercado comum, como se não tivesse qualquer vinculação a uma instituição pública.

68. A hipótese desenhada é mais facilmente verificável em se tratando de agente ocupante de cargo meramente administrativo, incumbido de atividades de apoio, que tenha menor grau responsabilidades e de acessos a sistemas internos de dados. A superficialidade de suas tarefas junto à instituição pública reduz a potencialidade de que os atos privados praticados fora do horário de trabalho atinjam seu múnus público ou que seu posto na instituição pública beneficie seus atos privados.

69. No quadro sobredito, a desarmonia de atividades, ainda que por correlação de matérias, enseja a ponderação das circunstâncias da conduta e do seu ínfimo potencial lesivo ao bem jurídico 'probidade', oque pode tornar desproporcional ou pouco razoável a irrogação da penalidade máxima.

70. Tendo em conta que o princípio da proporcionalidade reclama reação administrativo-disciplinar adequada e necessária à prevenção e repressão dos danos ou riscos de danos ao interesse público, a intervenção administrativa não deve produzir efeitos mais lesivos do que benéficos na resposta à lesão ou ao perigo de lesão aos(às) quais foi submetida. Sobejaria, para casos em que não malferidos com substância os princípios administrativos, a aplicação da penalidade prevista à incompatibilidade material do art. 117, XVIII, da Lei nº 8.112, de 1990.

71. Por evidente, a lesividade da conduta deve ser constatada casuisticamente, de acordo com o contexto e as circunstâncias que cercam o servidor. Não se deve descurar que os casos primariamente pouco lesivos à probidade serão circunstancialmente agravados se houver reincidência ou se o agente, já claramente orientado sobre a incompatibilidade de sua atividade privada, insistir em desrespeitar a instituição a que serve, o que revelaria clara deslealdade e atrairia a imediata incidência da Lei nº 12.813, de 2013.

72. Como se vê, interpreta-se que o enquadramento em um ou outro tipo infracional dependerá do tipo subjetivo ou das circunstâncias da infração que a tornam grave em sua máxima afetação ('improbidade administrativa') ou pouco gravosa a ponto de não ser considerável o malferimento à moralidade pública, sendo um ato de somenos importância. 73. In casu, portanto, está-se diante de tipos infracionais de conteúdo idêntico quando presente o dolo, porém inspirados em bens jurídicos distintos e, consequentemente, com previsões sancionatórias destoantes, o que confere margem ao administrador para encontrar o molde que melhor se acomode aos fatos. Quanto mais importante o bem jurídico violado mais gravosa será a penalidade adequada ao agente. Eis os moldes legais:

Dispositivo legal:	*Art. 5º, III, da Lei nº 12.813, de 2013*	*Art. 117, XVIII, da Lei nº 8.112, de 1990*
Tipo objetivo:	*Praticar atividade incompatível*	*Praticar atividade incompatível*
Tipo subjetivo:	*dolo de praticar atividade incompatível*	*dolo de praticar atividade incompatível; ou culpa*
Bem jurídico protegido:	*Princípios informadores da Administração Pública, como moralidade, lealdade, impessoalidade,*	*Regular funcionamento da Administração*

	interesse público	
Natureza da Infração:	*Improbidade administrativa*	*Violação à proibição*
Penalidade:	*Demissão ou cassação de aposentadoria*	*Suspensão por até 90 dias*

74. O panorama legislativo, combinado com o princípio da proporcionalidade, orienta o administrador, no mister de encontrar a capitulação legal e a medida punitiva adequadas, a aferir a lesividade da conduta, ou seja, a identificar, no caso concreto, a ocorrência da efetiva ou potencial violação ao bem jurídico tutelado por cada tipo infracional, nos limites concebidos pela lei.
75. Simplificadamente: não haverá ofensa à norma disciplinar se não houver lesão ou real perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. E, como visto, cada um dos dispositivos resguarda bem jurídico distinto: o art. 5º, III, da Lei nº 12.813, de 2013, os princípios administrativos, cuja violação é verificável mediante análise do dolo qualificado; o art. 117, XVIII, da Lei nº 8112, de 1990, resguarda de violação concreta ou potencial o regular transcurso da atividade administrativa. A correta tipificação da infração dependerá, pois, da verificação do conteúdo da lesão jurídica produzida."

Não obstante tudo acima exposto, tendo o servidor sofrido sanção de suspensão em decorrência de a Administração ter concedido à sua conduta um tratamento mais cauteloso e benéfico (como, por exemplo, ter admitido a hipótese de que ele poderia não ter conhecimento do caráter incompatível de sua prática e tê-la realizado sob culpa), caso venha a reincidir na mesma conduta incompatível, faz-se agora presumido o dolo (vez que ele tem clara a intolerância estatal para com sua prática), pode vir a ter sua ação inquinada como conflito de interesses e, consequentemente como improbidade administrativa, punível com demissão.

Para diferenciar dos parágrafos acima, figurando que tipo de conduta jamais caberia ser enquadrada aqui como suspensiva e ao mesmo tempo em que se avança na análise à medida que se aprofunda a gravidade cogitada, menciona-se a hipótese de a atividade privada, ainda que sem remuneração e fora do horário de expediente, ter agregada alguma qualidade em função exclusivamente de o executor ser servidor. Neste caso, se o servidor, por meio desta atividade, dolosamente, repassa ou disponibiliza técnicas de elisão fiscal ou de evasão fiscal (entendidas como, respectivamente, condutas lícitas ou ilícitas com o fim de evitar, retardar ou modificar a ocorrência de fato gerador de obrigação tributária ou os efeitos dela decorrentes) ou ainda informações sigilosas ou estratégicas que beneficiem terceiros em detrimento do interesse público ou que propiciem ao particular burlar as tutelas e os controles exercidos pela Administração, já se ultrapassa o enquadramento nesta mera incompatibilidade material, punível com suspensão, e já se cogita de ato de valer-se do cargo (art. 117, IX do Estatuto) ou até, no limite, de ato de improbidade administrativa (conforme o art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a título da definição que se pode extrair do art. 9º, VIII ou do art. 11, III ou *caput* da Lei nº 8.429, de 02/06/92), ou ainda, se presente a mácula em especial do instituto do conflito de interesses, pode-se também enquadrar como improbidade administrativa, *a priori* no art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, por ofensa a princípios reitores da Administração (se não restar caracterizada infração mais especificamente definida no art. 9º ou no art. 10 da mesma Lei, por enriquecimento ilícito ou por dano ao erário), por força do art. 12 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, em todos estes caso cabendo a punição com pena expulsiva.

O tema foi tratado na Nota Técnica Coger nº 2021/14.

Nota Técnica Coger nº 2021/14: "5. Não há falar em revogação da primeira parte do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, pela Lei nº 12.813, de 2013, pois, embora a incompatibilidade prevista naquele dispositivo e o

> *conflito de interesses definido no inc. III do art. 5º dessa Lei sejam condutas semelhantes, estão sujeitos à aplicação de penalidades diferentes.*
> *6. Um ilícito pode, então, ser enquadrado no inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990 - cuja violação redunda na suspensão do servidor infrator -, ou no inciso IV do art. 132 dessa mesma norma, combinado com os arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e o inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 2013 – resultando na aplicação de demissão ou cassação de aposentadoria. O determinante para o enquadramento em um ou outro dispositivo da Lei nº 8.112, de 1990, é o elemento subjetivo com que o desvio funcional foi praticado.*
> *7. A existência do dolo é imprescindível para a configuração de improbidade administrativa, não se admitindo, na instância disciplinar, modalidade culposa de tal ato irregular.*
> *8. Contrariamente, 'os ilícitos previstos nos incisos (...) XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112/90 (...) pressupõem, do ponto de vista subjetivo, ânimo culposo do agente faltoso'.*
> *9. Desse modo, o exercício de atividade incompatível com as atribuições de cargo público só pode ser caracterizado como o conflito de interesses previsto no inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 2013 - e, consequentemente, ter como efeito a aplicação de penalidade expulsiva, em razão da configuração de ato de improbidade administrativa -, se for comprovado o dolo por parte do agente público, ou seja, se demonstrado que esse tinha consciência da incompatibilidade, em razão de manifestação anterior de autoridade competente acerca dessa característica ou quando essa for evidente.*
> *10. Caso não seja constatada a intenção do servidor em exercer atividade incompatível com o seu cargo nem a consciência do ilícito cometido, não há falar em conflito de interesses nos termos definidos pela Lei nº 12.813, de 2013, e em improbidade administrativa. O desvio funcional caracterizado tão somente pela culpa deve ser enquadrado na incompatibilidade da primeira parte do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, e punido com suspensão. Obviamente, se depois de aplicada essa pena o servidor reincide no exercício da atividade incompatível com o cargo, cabe qualificar essa reincidência como improbidade administrativa importanto conflito de interesses."*

Reiterando-se o que já foi mencionado, na análise sistemática do ordenamento, é certo que, em todos os casos de incompatibilidade material com o cargo, a restrição deve ser mantida mesmo antes da efetiva concretização fática, bastando o risco potencial de ocorrer, e ainda que o servidor esteja de férias, licenças ou demais afastamentos, já que a tutela é de comprometimento com a moralidade, inafastável por aqueles direitos funcionais.

Também é certo que, tratando-se aqui da tutela da preservação da necessária dedicação à atuação pública quando concomitante com prática de atividade de atividade privada que não se confunde com acumulação ilegal de cargos, não que se falar, em nenhuma das hipóteses em comento (nem mesmo naquelas marcadas pelo ânimo subjetivo culposo), de se ofertar ao servidor o direito de manifestar opção e de espontaneamente fazer cessar aquela sua empreitada pessoal dentro de dez (ou mais) dias. Não cabe no presente contexto trazer, extensivamente, o comando do *caput* do art. 133 da Lei nº 8.112, de 1990, que determina que, uma vez detectada a acumulação ilegal de cargo, se dê ao infrator o prazo de dez dias para optar para optar por um dos seus provimentos públicos. Nesta linha também já se manifestou a PGFN, por meio do seu Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017.

> *Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017: "32. A disposição do art. 133, que permite a escolha do cargo, quando se está em regime de acumulação ilegal, é restrita e não deve ser aplica nem mesmo quando se está em exercício de atividade incompatível (caracterizada como infração do art. 117, XVIII, da Lei n. 8112/1990). Para essa Hipótese, o servidor deverá se afastar da atividade*

conflitante com sua função e, ainda, estará sujeito à responsabilização disciplinar por constituir infração administrativa. Nesse sentido, já se posicionou a Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União):"

Finalizando este tema, é pertinente trazer como um exemplo bastante elucidativo do gradiente de gravidade a conduta de elaborar e/ou transmitir declarações fiscais (destacadamente, Declaração de Ajuste Anual do Imposto Sobre a Renda de Pessoa Física - DIRPF). A gravidade da conduta em questão deve ser ponderada pelo aplicador do Direito caso a caso, avaliando-se, em combinação dinâmica, o grau de relacionamento e a quantidade de contribuintes atendidos, a utilização ou não do cargo ou da estrutura institucional para arregimentar clientes, o acesso ou não à base de dados da RFB, o emprego ou não da expertise decorrente do desempenho das atribuições funcionais com o fim de favorecer tributariamente os clientes e a existência ou não de remuneração ou de qualquer outra forma de retribuição.

Primeiramente, é necessário reconhecer que o servidor da RFB comumente é alvo de demandas de natureza familiar e social, a fim de auxiliar pessoas conhecidas a cumprirem suas obrigações tributárias, dentre as quais se destacam a elaboração e/ou a transmissão de declarações fiscais, sobretudo da DIRPF.

Atenta a esta condição prática e ao princípio da razoabilidade, a RFB atua preventivamente sobre o tema. A Comissão de Ética (CE-RFB) comumente faz circular, de forma ostensiva na intranet institucional, informes de que é tolerável que o servidor auxilie naquelas obrigações tributárias apenas pessoas de círculo relacional bastante próximo, como cônjuge ou companheiro, parentes até o segundo grau e amigos íntimos, adotando certo grau de extensão em relação à vedação generalista estabelecida no inciso XI do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990. Na mesma linha, a Corregedoria atua preventivamente em palestras, sempre abordando o tema e esclarecendo as possíveis repercussões disciplinares para condutas que ultrapassam o limite tolerado. Ademais, ambas instâncias, quando provocadas, respondem consultas individualmente formuladas sobre esta prática.

A elaboração e/ou a transmissão de declarações fiscais para aquele rol limitado de contribuintes e também, cumulativamente, sem que haja nenhum elemento indicador de gravidade da conduta, não acarreta repercussão disciplinar.

Aqui, por elemento indicador de gravidade da conduta entende-se a presença, não cumulativa, de pelo menos um dos seguintes componentes: o acesso a dados extraídos de sistemas internos da RFB ou o emprego de conhecimentos técnicos e estratégicos adquiridos em função do cargo com o fim de minorar a obrigação tributária dos particulares ou a existência de contraprestação pecuniária ou de qualquer outra natureza obtida com a venda da atividade.

Avançando no escalonamento material, a elaboração e/ou a transmissão de declarações fiscais para uma quantidade discreta de contribuintes não incluídos naquele rol de pessoas toleradas (demonstrando certa habitualidade), por si só, e ainda que também não haja nenhum elemento indicador de gravidade, já se amolda à proibição do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, mediante o mero risco potencial, de exercer atividade incompatível com o exercício do cargo, punível com suspensão.

Aqui, por elemento indicador de gravidade da conduta entende-se a presença, não cumulativa, de pelo menos um dos seguintes componentes: a quantidade não discreta de contribuintes atendidos (demonstrando forte habitualidade) ou a utilização do fato de ser servidor da RFB ou das dependências e aparatos institucionais para negociar e cooptar clientes para a atividade privada ou o acesso a dados extraídos de sistemas internos da RFB ou o emprego de conhecimentos técnicos e estratégicos adquiridos em função do cargo com o fim de minorar a obrigação tributária dos particulares ou a existência de contraprestação

pecuniária ou de qualquer outra natureza obtida com a venda da atividade.

No terceiro patamar a se mencionar, comprova-se uma quantidade não discreta de contribuintes atendidos (demonstrando forte habitualidade), ou independentemente do grau de relação pessoal e da quantidade de contribuintes, identifica-se na conduta, não cumulativamente, utilização do fato de ser servidor da RFB ou das dependências e aparatos institucionais para negociar e cooptar clientes para a atividade privada ou o acesso a dados extraídos de sistemas internos da RFB ou o emprego de conhecimentos técnicos e estratégicos adquiridos em função do cargo com o fim de minorar a obrigação tributária dos particulares ou a existência de contraprestação pecuniária ou de qualquer outra natureza obtida com a venda da atividade. Em qualquer destes casos, havendo pelo menos um destes elementos indicadores de gravidade de conduta, já se está diante de ilicitude grave, punível com pena expulsível.

Dentro deste terceiro patamar de condutas graves expulsíveis, cabem três subdesdobramentos.

No primeiro subdesdobramento expulsível, com o advento da Lei nº 12.813, de 2013, que definiu o gênero das condutas configuradoras de conflito de interesses, se diferenciou a atividade meramente incompatível com as atribuições do cargo, já citada acima (aqui demarcada pela quantidade discreta de contribuintes atendidos, além do rol tolerado, demonstrando certa habitualidade), enquadrada no inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, e punível com suspensão, das atividades incompatíveis conflituosas, para as quais aquela primeira Lei constroi que configuram ato de improbidade administrativa e, como tal, são puníveis como pena expulsiva.

Uma vez que a Lei nº 12.813, de 2013, a exemplo do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, tutela já desde o mero risco potencial, o simples ato de exercer a atividade incompatível conflituosa de elaborar e/ou de transmitir declarações fiscais para uma quantidade não discreta de contribuintes atendidos (demonstrando forte habitualidade) sem nenhum outro elemento indicador de gravidade da conduta requer do aplicador do Direito a cognição de que a prática se enquadra no inciso III do seu art. 5º, para em combinação com seu art. 12 e com o *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e com o inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, configurar improbidade administrativa, punível com demissão.

De se perceber até aqui que a atividade em tela é intrinsecamente incompatível com os cargos da RFB, mesmo quando o servidor a realiza com boa-fé e dentro dos mesmos limites em que qualquer outro particular, contador ou representante legal também atuaria, sem dolosamente agregar vantagem para si ou para o cliente em função de ser agente público, sem o uso de informações sigilosas ou estratégicas acessadas em razão de suas atribuições funcionais, sem acrescentar a esta prática artifícios de planejamento fiscal, seja por elisão, evasão ou fraude fiscal, e sem angariar qualquer espécie de retribuição.

No segundo desdobramento expulsível, independentemente do grau de relação pessoal e da quantidade de contribuintes atendidos, caso se comprove, mais do que o simples ato de exercer com forte habitualidade a atividade de elaborar e/ou de transmitir declarações fiscais, como um *plus* de gravidade, que o agente utiliza o fato de ser servidor da RFB ou as dependências e aparatos institucionais para negociar e cooptar clientes para a atividade privada ou acessa dados extraídos de sistemas internos da RFB, a conduta é imediatamente enquadrada no inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, no ilícito de valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, igualmente punível com pena expulsível, mas dispensando-se a construção à luz da Lei nº 12.813, de 2013.

Por fim, no terceiro desdobramento expulsível, também independentemente do grau de

relação pessoal e da quantidade de contribuintes atendidos, caso se comprove, mais do que o simples ato de exercer com forte habitualidade a atividade de elaborar e/ou de transmitir declarações fiscais, como o ápice de gravidade, que o agente emprega conhecimentos técnicos e estratégicos adquiridos em função do cargo com o fim de minorar a obrigação tributária dos particulares ou que recebe contraprestação pecuniária ou de qualquer outra natureza obtida com a venda da atividade, a conduta é imediatamente enquadrada no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, possivelmente combinada com o *caput* do art. 11 ou com o inciso VIII do art. 9º, ambos da Lei nº 8.429, de 1992, no ilícito de improbidade administrativa (como uma das formas de consultoria ou de assessoramento privado que fere os princípios da Administração Pública), de novo igualmente punível com pena expulsível, mas novamente dispensando-se a construção à luz da Lei nº 12.813, de 2013.

Obviamente, embora já fora do escopo específico de elaborar e/ou transmitir declarações fiscais, também repercutem de forma expulsiva e dispensando o emolduramento fático mais específico na Lei nº 12.813, de 2013, as condutas de o servidor ainda acompanhar o processamento e o trâmite das declarações elaboradas ou diligenciar para resgatar da malha fiscal seus clientes.

Importante ressalvar, outrossim, que nada do acima exposto deve ser confundido com as situações excepcionais em que o servidor localizado no macroprocesso de atendimento deve mesmo transmitir a declaração de contribuintes, como seu dever funcional conforme orientações institucionalizadas no Sistema Integrado de Atendimento ao Contribuinte (Siscac).

4.7.3.18.5 - Especificidades da Carreira Típica e da Secretaria da Receita Federal do Brasil no Âmbito das Leis nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e nº 11.890, de 24 de dezembro de 2008

Uma vez que os comandos do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e também do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24 de dezembro de 2008, tutelam desde o mero risco potencial (com o que se alcançam não só as condutas que resultam em efetiva lesão mas também aquelas que resultam em perigo de lesão ao bem jurídico tutelado), obriga-se a se considerar que a espécie de incompatibilidade material não se vincula às momentâneas condições em que o servidor cumpre suas funções.

Daí, torna-se necessário contemplar as peculiaridades da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e da sua específica carreira típica de Estado cujos cargos desempenham atividades exclusivas de Estado, a Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB).

Trata-se de órgão que, em razão de suas competências legais e regimentais, goza de grande presença institucional, com intensa ramificação em sua representação física e na área de jurisdição de suas unidades, atuando em seu múnus fiscalizador sobre todo o território nacional. Diante da multidisciplinariedade de sua atuação, segmenta sua atuação em diversos macroprocessos de trabalho, que se subdividem em inúmeros processos de trabalho (tais como de controle aduaneiro, de fiscalização, de atendimento, de arrecadação, de gestão do crédito tributário, dentre outros). Em qualquer destas áreas de atuação, sejam aquelas focadas na matéria-fim, voltadas ao contribuinte e às demandas de fiscalização e de arrecadação, sejam aquelas dirigidas unicamente à estruturação operacional interna, o desempenho das competências regimentais se dá pela força de trabalho precipuamente dos servidores ocupantes dos cargos que integram a sua carreira específica. Isto constrói que, de forma muito peculiar, as noções de “competências legais e regimentais do órgão” e de “atribuições legais dos cargos” se misturem de forma dinâmica e salutar, quase impossibilitando a incisão estanqueizada de uma fronteira entre ambas.

A diversidade de competências do órgão e de atribuições dos agentes (ambas voltadas ao universo externo ou voltadas a seu próprio universo interno) e a intensa capilaridade institucional ao longo do território nacional fazem com que de nada importem as unidades de lotação e de exercício, a localidade onde se situam e as tarefas concretamente desempenhadas pelos servidores (sejam elas efetivamente relacionadas à matéria-fim, em tributos internos ou em comércio exterior, sejam elas contidas em tarefas-meio meramente corporativas e administrativas), a qualquer tempo. Primeiramente focando-se apenas no agente público, a incompatibilidade de uma determinada atividade em relação à natureza de um cargo tem sua configuração vinculada à integral extensão das atribuições legais deste cargo, independentemente das condições momentâneas, de tempo e de local, e individuais com que cada servidor tem sua lotação, seu exercício e sua localização interna (bem como se está em efetivo exercício ou em gozo de licença ou de qualquer espécie de afastamento). E, estendendo a análise, diante da extrema associação e do inafastável entrelaçamento dos cargos da carreira específica com a instituição, a crítica também pode atingir uma atividade que se revele incompatível com as competências legais e regimentais ou com as tutelas em geral desenvolvidas pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Ainda que, sob determinadas condições momentâneas, realmente não se vislumbre que uma prática privada do servidor afronte o bem jurídico tutelado pelo art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ou pelo art. 3º, I da Lei nº 12.813, de 16/05/13, em razão da mobilidade e da extensão de tais condições, não se afasta o perigo de lesão.

> *Orientação Coger nº 32*
> *A incompatibilidade material da atividade privada não se vincula às momentâneas condições em que o servidor cumpre suas funções, em termos de lotação, exercício e localização interna, nem ao fato de estar ele em gozo de licença ou afastamento, mas sim à integral extensão das atribuições legais de seu cargo.*

Neste rumo, primeiramente cabe expor o relevante papel atribuído pela Lei n° 11.457, de 16/03/07, à RFB, destacando seu caráter essencial e permanente e a indelegabilidade da sua atuação na administração tributária e aduaneira da União, por intermédio de seu quadro funcional.

> *Lei n° 11.457, de 16/03/07 - Art. 1° A Secretaria da Receita Federal passa a denominar-se Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão essencial ao funcionamento do Estado, de caráter permanente, estruturado de forma hierárquica e diretamente subordinado ao Ministro de Estado da Fazenda e que tem por finalidade a administração tributária e aduaneira da União. (Redação dada pela Lei nº 13.464, de 10 de julho de 2017)*
> *Parágrafo único. São essenciais e indelegáveis as atividades da administração tributária e aduaneira da União exercidas pelos servidores dos quadros funcionais da Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Incluído pela Lei nº 13.464, de 2017)*

Na esteira do comando redigido pela Lei n° 13.464, de 10/07/17, no parágrafo único do art. 1° da Lei 11.457, de 16/03/07, o art. 5° daquela própria Lei, além de atribuir novo nome à carreira específica, também ratificou a relevância estratégica de um dos seus cargos componentes.

> *Lei n° 13.464, de 10/07/17 - Art. 5° A carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil, de que trata o art. 5° da Lei n° 10.593, de 6 de dezembro de 2002, passa a ser denominada carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, composta de cargos de nível superior de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil.*
> *Parágrafo único. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, no exercício das atribuições previstas no inciso I do art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, são autoridades tributárias e aduaneiras da*

União.

Em seguida, convém reproduzir as atribuições legais dos cargos de AFRFB e de ATRFB, componentes da carreira específica, a Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), previstas no art. 6º da Lei nº 10.593, de 06/12/02, complementadas, em grau de regulamentação, nos arts 2º a 5º do Decreto nº 6.641, de 10/11/08, com destaque para os arts. 4º e 5º, únicos a não repetirem comandos daquela Lei.

> *Lei nº 10.593, de 06/12/02 - Art. 6° São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Lei n° 11.457, de 16/03/07)*
> *I - no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo: (Redação dada pela Lei n° 11.457, de 16/03/07)*
> *a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições; (Alínea com redação dada pela Lei n° 11.457, de 16/03/07)*
> *b) elaborar e proferir decisões ou delas participar em processo administrativo-fiscal, bem como em processos de consulta, restituição ou compensação de tributos e contribuições e de reconhecimento de benefícios fiscais; (Redação dada pela Lei n° 11.457, de 16/03/07)*
> *c) executar procedimentos de fiscalização, praticando os atos definidos na legislação específica, inclusive os relacionados com o controle aduaneiro, apreensão de mercadorias, livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados; (Redação dada pela Lei n° 11.457, de 16/03/07)*
> *d) examinar a contabilidade de sociedades empresariais, empresários, órgãos, entidades, fundos e demais contribuintes, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 a 1.192 do Código Civil e observado o disposto no art. 1.193 do mesmo diploma legal; (Redação dada pela Lei n° 11.457, de 16/03/07)*
> *e) proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à interpretação da legislação tributária; (Redação dada pela Lei n° 11.457, de 16/03/07)*
> *f) supervisionar as demais atividades de orientação ao contribuinte; (Redação dada pela Lei n° 11.457, de 16/03/07)*
> *II - em caráter geral, exercer as demais atividades inerentes à competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei n° 11.457, de 16/03/07)*
> *§ 1° O Poder Executivo poderá cometer o exercício de atividades abrangidas pelo inciso II do caput deste artigo em caráter privativo ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei n° 11.457, de 16/03/07)*
> *§ 2° Incumbe ao Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil, resguardadas as atribuições privativas referidas no inciso I do caput e no § 1° deste artigo: (Redação dada pela Lei n° 11.457, de 16/03/07)*
> *I - exercer atividades de natureza técnica, acessórias ou preparatórias ao exercício das atribuições privativas dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil; (Redação dada pela Lei n° 11.457, de 16/03/07)*
> *II - atuar no exame de matérias e processos administrativos, ressalvado o disposto na alínea b do inciso I do caput deste artigo; (Redação dada pela Lei n° 11.457, de 16/03/07)*
> *III - exercer, em caráter geral e concorrente, as demais atividades inerentes às competências da Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei n° 11.457, de 16/03/07)*
>
> *Decreto nº 6.641, de 10/11/08 - Art. 4º São atribuições dos ocupantes dos cargos efetivos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil, em caráter geral e concorrente:*
> *I - lavrar termo de revelia e de perempção;*
> *II - analisar o desempenho e efetuar a previsão da arrecadação; e*
> *III - analisar pedido de retificação de documento de arrecadação.*
> *Art. 5º Os ocupantes dos cargos efetivos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil, em caráter*

> *geral e concorrente, poderão ainda exercer atribuições inespecíficas da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil, desde que inerentes às competências da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em especial:*
> *I - executar atividades pertinentes às áreas de programação e de execução orçamentária e financeira, contabilidade, licitação e contratos, material, patrimônio, recursos humanos e serviços gerais;*
> *II - executar atividades na área de informática, inclusive as relativas à prospecção, avaliação, internalização e disseminação de novas tecnologias e metodologias;*
> *III - executar procedimentos que garantam a integridade, a segurança e o acesso aos dados e às informações da Secretaria da Receita Federal do Brasil;*
> *IV - atuar nas auditorias internas das atividades dos sistemas operacionais da Secretaria da Receita Federal do Brasil; e*
> *V - integrar comissão de processo administrativo disciplinar.*

Reitera-se que, ao se associar o entendimento acerca da existência ou não incompatibilidade material à integral extensão das atribuições do cargo, no caso específico da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, órgão com atuação e múnus públicos muito bem demarcados e de execução intrínseca e biunivocamente associados às atribuições legais dos cargos integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, importa, em grau indireto, que aquele entendimento também guarda relação com as competências legais e regimentais do órgão. Esta inter-relação entre atribuições de cargos e competências do órgão não é mera ilação mas sim objeto de cristalina leitura dos incisos I e II do *caput* e do inciso III do § 2º do art. 6º daquela Lei.

As competências legais da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil se encontram dispersas em inúmeras leis, desde a época da Secretaria da Receita Federal, antes da fusão dos Fiscos federais. Na ocasião, a Lei nº 12.457, de 16/03/07, reconhecendo, em seu art. 2°, por meio do emprego da expressão “legislação vigente”, esta dispersão de diplomas legais, apenas elaborou um comando genérico, ao qual agregou as novas competências advindas da seara previdenciária, tendo antes assegurado, preambularmente já em seu art. 1°, seu caráter essencial e permanente e sua finalidade de exercer a administração tributária e aduaneira da União, tanto sob ótica institucional quanto sob ótica individual de seus agentes.

> *Lei nº 11.457, de 16/03/07 - Art. 1o A Secretaria da Receita Federal passa a denominar-se Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão essencial ao funcionamento do Estado, de caráter permanente, estruturado de forma hierárquica e diretamente subordinado ao Ministro de Estado da Fazenda e que tem por finalidade a administração tributária e aduaneira da União. (Redação dada pela Lei nº 13.464, de 10 de julho de 2017)*
> *Parágrafo único. São essenciais e indelegáveis as atividades da administração tributária e aduaneira da União exercidas pelos servidores dos quadros funcionais da Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Incluído pela Lei nº 13.464, de 2017)*
> *Art. 2° Além das competências atribuídas pela legislação vigente à Secretaria da Receita Federal, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei n° 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição.*

Já as competências regimentais da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, por seu turno, concentram-se no art. 1º do Anexo I do seu Regimento Interno, de que se reproduzem os incisos mais relevantes.

> *Portaria MF nº 430, de 2017 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 1º A Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), órgão específico singular, diretamente subordinado ao Ministro de Estado da Fazenda, tem por*

finalidade:
I - planejar, coordenar, supervisionar, executar, controlar e avaliar as atividades de administração tributária federal e aduaneira, incluídas aquelas relativas às contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social e às contribuições devidas a terceiros, assim entendidos outras entidades e fundos, na forma da legislação em vigor;
III - interpretar e aplicar a legislação tributária, aduaneira, de custeio previdenciário e correlata, e editar os atos normativos e as instruções necessárias à sua execução;
IV - estabelecer obrigações tributárias acessórias;
V - preparar e julgar, em primeira instância, processos administrativos de determinação e exigência de créditos tributários e de reconhecimento de direitos creditórios relativos aos tributos por ela administrados;
VI - preparar e julgar, em instância única, processos administrativos de aplicação da pena de perdimento de mercadorias e valores e de multa a transportador de passageiros ou de carga em viagem doméstica ou internacional que transportar mercadoria sujeita à pena de perdimento;
VII - acompanhar a execução das políticas tributária e aduaneira e estudar seus efeitos sociais e econômicos;
VIII - planejar, dirigir, supervisionar, orientar, coordenar e executar os serviços de fiscalização, lançamento, cobrança, arrecadação e controle dos tributos e das demais receitas da União sob sua administração;
IX - executar a previsão, o acompanhamento, a análise e o controle das receitas sob sua administração, além de coordenar e consolidar as previsões das demais receitas federais, para subsidiar a elaboração da proposta orçamentária da União;
XVI - negociar e participar da implementação de acordos, tratados e convênios internacionais cujo objeto seja relativo a matéria tributária e aduaneira;
XVII - dirigir, supervisionar, orientar, coordenar e executar os serviços de administração, fiscalização e controle aduaneiros, inclusive quanto ao alfandegamento de áreas e recintos;
XVIII - dirigir, supervisionar, orientar, coordenar e executar o controle do valor aduaneiro e de preços de transferência de mercadorias importadas ou exportadas, ressalvadas as competências do Comitê Brasileiro de Nomenclatura;
XX - planejar, coordenar e executar as atividades de repressão ao contrabando, ao descaminho, à contrafação e pirataria, ao tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins, ao tráfico internacional de arma de fogo e à lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, observada a competência específica de outros órgãos;
XXI - administrar, controlar, avaliar e normatizar o Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex) e, no âmbito deste, o Portal Único de Comércio Exterior, ressalvadas as competências de outros órgãos;
XXII - articular-se com órgãos, entidades e organismos nacionais, internacionais e estrangeiros que atuem no campo econômico-tributário, econômico-previdenciário e de comércio exterior, para realização de estudos, conferências técnicas, congressos e eventos semelhantes;
XXIV - orientar, supervisionar e coordenar as atividades de produção e disseminação de informações estratégicas na área de sua competência, em especial aquelas destinadas ao gerenciamento de riscos ou à utilização por órgãos e entidades participantes de operações conjuntas, que visem à qualidade e à fidedignidade das informações, à prevenção e ao combate a fraudes e práticas delituosas, no âmbito da administração tributária federal e aduaneira; e

E estão sintetizadas em texto institucional, constante no sítio eletrônico do órgão na internet, em http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/institucional:

> *"A Secretaria da Receita Federal do Brasil é um órgão específico, singular, subordinado ao Ministério da Fazenda, exercendo funções essenciais para que o Estado possa cumprir seus objetivos. É responsável pela administração dos tributos de competência da União, inclusive os previdenciários, e aqueles incidentes sobre o comércio exterior, abrangendo parte significativa das contribuições sociais do País.*
> *Também subsidia o Poder Executivo Federal na formulação da política tributária brasileira, previne e combate a sonegação fiscal, o contrabando, o descaminho, a pirataria, a fraude comercial, o tráfico de drogas e de animais em extinção e outros atos ilícitos relacionados ao comércio internacional."*

Atesta-se que a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil é um órgão estratégico e, para o desempenho de tamanho rol de competências legais e regimentais, a instituição, além de compartimentar sua atuação nos já mencionados diversos macroprocessos de trabalho subdivididos em inúmeros processos de trabalho, tem de lidar com informações de caráter restrito, acobertadas pelo sigilo funcional ou por sigilo fiscal por se referirem respectivamente desde a dados cadastrais até à capacidade econômica dos contribuintes. Portanto, independentemente do cargo que ocupam, sejam de AFRFB ou ATRFB, integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, sejam cargos administrativos integrantes do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda (Pecfaz, do Quadro de Pessoal do atual Ministério da Economia - ME, instituído pela Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, para o qual foram transpostos os cargos do Plano de Classificação de Cargos - PCC, instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970; do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - PGPE, tais como Analista Técnico-Administrativo, de nível superior, e Assistente Técnico-Administrativo, de nível intermediário, instituído pela Lei nº 11.357, de 19 de outubro de 2006; e demais cargos administrativos daquele Quadro, bem como cargos das Carreiras Previdenciária; da Seguridade Social e Trabalho; do Seguro Social; e da Previdência, Saúde e Trabalho) e também independentemente da unidade em que são lotados e/ou em que tenham exercício e das tarefas que desempenham, os servidores que exercem as atribuições legais de seus cargos no âmbito do órgão podem atuar em quaisquer das áreas da competência legal ou regimental e, para isto, naturalmente, há sempre o risco potencial de terem acesso a documentos e informações sujeitos ao sigilo fiscal por serem capazes de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro.

Vejam-se, em contraposição às específicas atribuições legais dos cargos de AFRFB e de ATRFB, as atribuições legais dos cargos de Analista Técnico-Administrativo (de nível superior) e de Assistente Técnico-Administrativo (de nível intermediário), apenas para se mencionar aqui os dois cargos com maior quantidade de novas investiduras. Ainda assim, se percebe a umbilical associação das atribuições legais destes cargos administrativos às competências legais do órgão em que têm exercício.

> *Lei nº 11.357, de 19/10/06 - Art. 1º Fica estruturado o Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - PGPE composto por cargos efetivos de nível superior, intermediário e auxiliar não integrantes de Carreiras específicas, Planos Especiais de Cargos ou Planos de Carreiras instituídos por leis específicas e voltados ao exercício de atividades técnicas, técnico-administrativas e de suporte no âmbito dos órgãos e entidades da administração federal direta, autárquica e fundacional. (Redação dada pela Lei nº 11.490, de 20/06/07)*
> *Parágrafo único. Integrarão o PGPE, nos termos desta Lei, os seguintes cargos de provimento efetivo: (Redação dada pela Lei nº 11.907, de 02/02/09)*
> *I - cargos de nível superior, intermediário e auxiliar, do Plano de Classificação de Cargos instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, do Plano de Classificação de Cargos de que trata a Lei nº 6.550, de 5 de julho de 1978, e dos Planos correlatos das autarquias e fundações públicas, não integrantes de Carreiras estruturadas, Planos de Carreiras ou Planos Especiais de Cargos, regidos pela Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, pertencentes ao Quadro*

> *de Pessoal da administração pública federal; (Incluído pela Lei nº 11.907, de 02/02/09)*
> *II - Analista Técnico-Administrativo, de nível superior, com atribuições voltadas ao planejamento, supervisão, coordenação, controle, acompanhamento e à execução de atividades de atendimento ao cidadão e de atividades técnicas e especializadas, de nível superior, necessárias ao exercício das competências constitucionais e legais a cargo dos órgãos e entidades da administração pública federal, bem como à implementação de políticas e à realização de estudos e pesquisas na sua área de atuação, ressalvadas as atividades privativas de Carreiras específicas, fazendo uso de todos os equipamentos e recursos disponíveis para a consecução dessas atividades; (Incluído pela Lei nº 11.907, de 02/02/09)*
> *III - Assistente Técnico-Administrativo, de nível intermediário, com atribuições voltadas à execução de atividades técnicas, administrativas, logísticas e de atendimento, de nível intermediário, relativas ao exercício das competências constitucionais e legais a cargo dos órgãos ou entidades da administração pública federal, ressalvadas as privativas de Carreiras específicas, fazendo uso de todos os equipamentos e recursos disponíveis para a consecução dessas atividades, além de outras atividades de mesmo nível de complexidade em sua área de atuação; (Incluído pela Lei nº 11.907, de 02/02/09)*

Conforme já aduzido em **4.7.3.18.1**, a presente abordagem da questão de atividades privadas iniciou-se sob o enfoque da própria Lei nº 8.112, de 11/12/90, ou seja, à vista de seu poder vinculante para toda a Administração Pública federal, independentemente de cargo ou carreira. Todavia, há peculiaridades acerca deste tema para os integrantes de uma carreira típica de Estado, com atribuições legais muito específicas, como é o caso da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil.

Reiterando o já exposto em **4.7.3.18.4.a**, quando se iniciou a aproximação da abordagem para a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, uma primeira peculiaridade a se mencionar (e outras peculiaridades institucionais se mencionarão em **4.7.3.18.7**, já dirigidas à aplicação da Lei nº 12.813, de 16/05/13), é que, por força do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, os ocupantes de cargos de AFRFB e ATRFB passaram a se submeter também à vedação específica ao exercício de outra atividade remunerada, privada ou pública, potencialmente causadora de conflito de interesses.

Nos termos detalhadamente já expostos em **3.2.3.2**, a cuja leitura aqui se remete para poupar desnecessária repetição, a redação original destes comandos legais comportava a contradição de mencionar um regime de dedicação exclusiva ao mesmo tempo em que flexibilizava a vedação de atividades privadas, permitindo práticas não conflituosas.

Nos termos expostos em **4.7.3.18.4.c**, este dispositivo, embora específico para a Carreira TARFB (e repetido, na mesma Lei, para outras carreiras típicas), a rigor, naquela época em que foi introduzido no ordenamento jurídico, não trouxe relevante inovação em relação ao já existente art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e à interpretação sistemático-teleológica do Estatuto de que atos de vida privada totalmente dissociados do cargo não merecem repercussão disciplinar. Da mesma forma como o art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, desde sempre não tolera a prática de atividades incompatíveis com o cargo, este *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, passava a vedar o exercício de atividade remunerada que pudesse acarretar conflito de interesses. À vista do que se aduziu em **4.7.3.18.4.b**, de certa forma, se, de um lado, inicialmente era comum tomar-se como de iguais significado e abrangência as expressões “atividades incompatíveis” e “atividades potencialmente causadoras de conflito de interesses”, após a edição da Lei nº 12.813, de 16/05/13, que trouxe a definição legal de atividades privadas suscitadoras de conflito de interesses - considera-se a primeira expressão como uma das espécies do gênero descrito pela segunda.

E assim se sucedeu a harmonização do ordenamento, com o legislador ajustando a redação original do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, oito anos depois, por meio da Lei 13.328, de 29/07/16, que, acertadamente não só eliminou a contraditória expressão "dedicação exclusiva" como também, de um lado, vinculou a proibição de prática de atividades públicas ou privadas que se enquadrem na definição de conflito de interesses dada pela Lei nº 12.813, de 16/05/13, e, de outro lado, dissociou da condição de tais atividades serem remuneradas.

> *Lei nº 11.890, de 2008 - Art. 3º Os ocupantes dos cargos integrantes das carreiras de que trata o art. 1º da Lei nº 10.910, de 15 de julho de 2004, são impedidos de exercer outra atividade, pública ou privada, potencialmente causadora de conflito de interesses, nos termos da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. (Redação dada pela Lei nº 13.328, de 29 de julho de 2016).*

Não obstante este acerto posterior do ordenamento, no presente, a sutil diferenciação conceitual entre as expressões "atividades incompatíveis" e "atividades potencialmente causadoras de conflito de interesses" não importa, sendo relevante aduzir que as atividades privadas que sujeitam o servidor à possível responsabilização, seja por conta do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, seja por conta do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, não são práticas privadas quaisquer, mas sim aquelas que, mesmo exercidas em esfera privada, em algum grau, guardem uma correlação de incompatibilidade material com o múnus público e com a tutela pública exercida pelos cargos de AFRFB e de ATRFB, de forma que sua execução pode ser contaminada pelas prerrogativas do cargo ou a isenção e a imparcialidade necessárias ao correto desempenho das funções públicas podem ser contaminadas pelos interesses particulares daquelas empreitadas.

Retomando para o foco da Lei de aplicação específica, na verdade, embora dezoito anos mais recente e voltado especificamente para a Carreira TARFB, o *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, se amolda à interpretação sistemática que sempre se extraiu da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de preservar à margem do regime disciplinar a vida privada do servidor em toda a sua extensão que não mantém nenhum contato ou correlação, sequer potencial, com o cargo público. Ademais, enquanto o Estatuto prevê pena de suspensão para atividades privadas, remuneradas ou não, incompatíveis com o cargo e até demissão para acumulação ilegal em seara pública, aquele dispositivo da Lei específica e mais recente estabelece a vedação para atividades privadas ou públicas, remuneradas ou não, de forma que, dentro da interpretação sistemática, a afronta ao *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, consistiria em descumprir norma legal, capitulada como infração estatutária no art. 116, III da Lei nº 8.112, de 11/12/90, punível com advertência. Pode mesmo se dizer que o *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, mais do que se amoldar, complementa a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não tanto pela similaridade das vedações expostas, mas sim ao expressar a rejeição ao conflito de interesses. Neste rumo, jamais se pode interpretar que o *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, revogou (melhor dizendo, derrogou), para as carreiras típicas, o art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90; ao contrário, de certa forma, é como se tivesse vindo ao ordenamento com o valor de uma norma de natureza interpretativa autêntica.

Ademais, pode-se interpretar também que, havendo prática de atividade incompatível, o servidor da Carreira TARFB incorre no art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e mesmo que esta atividade seja remunerada, este pormenor não tem o condão de alterar o enquadramento estatutário suspensivo, restando a inobservância do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, absorvida pelo ilícito mais grave da incompatibilidade, como o critério válido para esclarecer o que poderia ser um concurso aparente de infrações, mas sem prejuízo de se tomar a existência de remuneração como um parâmetro a aumentar o *quantum* da suspensão.

Ademais, reitera-se que não se cogita de nenhuma forma de aplicação do *caput* do art.

3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, a servidor ocupante de cargo administrativo em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, pois esse agente público não se vincula àquela lei.

4.7.3.18.5.a - A Atividade do Magistério

Mesmo tendo sido derrogada da redação original do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, a expressa permissão para o magistério, é de se asseverar que a atividade em tela, por seu forte clamor social, sempre mereceu, desde o legislador constituinte, um tratamento diferenciadamente mais permissivo, conforme se exporá e se justificará no curso do presente tópico.

Ademais, convém discorrer - até mesmo para o enfoque mais generalista do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90 - que o sentido do termo não se restringe à atuação como professor nos três níveis de escolaridade regular existentes no País. Além de contemplar a possibilidade de o servidor atuar como professor nos ensinos fundamental ou médio ou na educação superior (conforme define o art. 21 da Lei nº 9.394, de 20/12/96, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação), também se pode considerar excetuada da vedação a atuação para as diversas modalidades de ensino e de educação, tais como, a mero título de exemplo não exaustivo, os cursos preparatórios para concursos públicos.

> *Lei nº 9.394, de 20/12/96 - Art. 21. A educação escolar compõe-se de:*
> *I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;*
> *II - educação superior.*
> *Art. 67.*
> *§ 2º Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico. (Incluído pela Lei nº 11.301, de 11/05/06)*

De acordo com o § 2º do art. 67 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o legislador até aquiesceu com a aplicação extensiva da expressão “exercício do magistério”, além da função de docência dentro da sala de aula, estendendo-a para atividades extraclasse. Mas é de se destacar que, tendo se manifestado apenas com vista a dispositivos constitucionais atinentes a regime previdenciário (art. 40, § 5º e art. 201, § 8º da CF), o legislador estabeleceu determinado limite a esta extensão. Não obstante, para fim de definição de atividade incompatível por parte de servidor de carreiras típicas de Estado, em que a tutela é distinta (não de delimitar o direito à aposentadoria para servidor que atua na educação infantil e nos ensinos fundamental e médio mas sim de definir excepcional permissão para atividades lícitas por parte de servidores vinculados ao regramento estatutário e às demais leis esparsas), a extensão a se adotar para a expressão “exercício do magistério” é de ser ainda mais abrangente, não se limitando a atividades de direção, coordenação e assessoramento por parte de professores e especialistas em educação e realizadas no âmbito formal de uma entidade cujo objeto social seja ensino. Em outras palavras, a definição contida no dispositivo legal não impede interpretação mais extensiva da expressão “exercício do magistério” para fim de afastar repercussão disciplinar.

Nesta linha extensiva das atividades extraclasse, apenas com o intuito de ilustrar e enriquecer a tese, convém mencionar a construção abrangente positivada pela Portaria Interministerial AGU/ME/BCB nº 1, de 26 de maio de 2020, por meio da qual a Advocacia-Geral da União (AGU), o Ministério da Economia (ME) e o Banco Central do Brasil (BC)

definiram o controle do exercício de atividades de magistério superior por integrantes da advocacia pública *lato sensu*. Embora a norma, a rigor, se dirija apenas àquela categoria funcional e para ensino superior, é interessante trazer o alcance positivado dentro do conceito da atividade de magistério, no seu art. 2º, abarcando não só a ministração de aulas presenciais ou virtuais mas também a elaboração de projeto de ensino, preparo de programa e de material didático, monitoria e qualquer espécie de auxilio ao corpo de alunos.

> *Portaria Interministerial AGU/ME/BCB nº 1, de 2020 - Art. 2º Para os fins desta Portaria são consideradas atividades de ensino superior as realizadas em instituições públicas ou privadas, na graduação ou na pós-graduação, tais como:*
> *I - ministração de aulas presenciais ou virtuais;*
> *II - elaboração de projeto pedagógico;*
> *III - preparação, total ou parcial, do programa de ensino ou material didático;*
> *IV - elaboração de avaliações, provas, simulados e afins ou sua correção;*
> *V - realização de monitoria; e*
> *VI - prestação de qualquer outro auxílio ao corpo discente.*

A presente interpretação extensiva para o vocábulo "magistério", alçando-o além do ensino regular e levando-o até qualquer forma de exercício da atividade de disseminar conhecimentos e de ensinar, ainda que promovida e realizada à margem de uma entidade regular de ensino, encontra apoio em pesquisa léxico-etimológica, tanto jurídica quanto em âmbito geral, conforme abaixo se reproduzem conceituações para o vocábulo encontradas nos mais renomados Dicionários pátrios.

> *"Derivado do latim 'magisterium', de 'magister' (que ensina), é o vocábulo empregado para designar o cargo e função de professor. (...) Quando se trata de professores mantidos pelos poderes públicos, diz-se 'magistério público', em distinção ao 'magistério particular', empregado para exprimir o professorado livre, que leciona sem perceber dos cofres públicos, mas é mantido pelos estabelecimentos particulares ou recebe dos próprios alunos.", De Plácido e Silva, "Dicionário Jurídico", pg. 125, vol. III, Editora Forense, 7ª edição, 1982*
>
> *"1. cargo ou ofício de professor; professorado; 2. exercício desse ofício; ensino; professorado (...).", Antônio Houaiss, "Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa", Editora Objetiva, versão 1.0, 2001*
>
> *"1. Cargo de professor. 2. O exercício desse cargo, ou a classe dos professores; professorado.", Aurélio Buarque de Hollanda, "Novo Dicionário Eletrônico Aurélio", Editora Positivo, versão 5.0.40, 2004*

Além disto, a mesma interpretação de que o termo "magistério" engloba qualquer forma de ensino também pode ser extraída do ordenamento pátrio e, mais especificamente, desde a CF, quando são tratadas as carreiras da magistratura e do Ministério Público. Primeiramente, verifica-se que, para ambas as carreiras, fortemente típicas de Estado, o texto constitucional vedou o exercício de qualquer outra função, excetuando o magistério.

> *CF - Art. 95.*
> *Parágrafo único. Aos juízes é vedado:*
> *I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;*
> *Art. 128.*
> *§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:*
> *II - as seguintes vedações:*
> *d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;*

Ademais, afirma-se que é de notório conhecimento que tanto os membros do Poder Judiciário quanto os membros do Ministério Público emprestam seus conhecimentos e abrilhantam corpos docentes de entidades de ensino em diversas modalidades de educação e ensino, aí se englobando não só os cursos de nível superior, públicos e privados, como também cursos privados preparatórios para concursos públicos para seleção até mesmo para a magistratura e para o *Parquet*, deixando claro que nem sequer esta atuação em magistério se confunde com conflito de interesses. Nesta linha, citam-se Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em que ambas entidades, ao esclarecerem o alcance da expressão "atividade jurídica" para ingresso nas respectivas carreiras, ratificaram a permissão para que seus membros atuem em cursos preparatórios, empregando inclusive a expressão "magistério em cursos formais ou informais"; e, ainda mais perfeitamente adequada ao tema em tela, cita-se outra Resolução do Conselho Nacional de Justiça, disciplinando o significado do termo "magistério" no art. 95, I da CF, também deixando inequívoca a inclusão da atuação como professor em cursos preparatórios e de pós-graduação.

> *CNJ, Resolução nº 11, de 31/01/06 - Art. 6º Aquele que exercer atividade de magistério em cursos formais ou informais voltados à preparação de candidatos a concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura fica impedido de integrar comissão do concurso e banca examinadora até três anos após cessar a referida atividade de magistério.*
>
> *CNMP, Resolução nº 29, de 31/03/08 - Art. 3º É vedada a participação, em comissão ou banca examinadora, dos que exercem o magistério e/ou a direção de cursos destinados a preparar candidatos a concursos públicos.*
>
> *CNJ, Resolução nº 34, de 24/04/07 - Dispõe sobre o exercício de atividades do magistério pelos integrantes da magistratura nacional.*
> *Art. 4º A presente resolução aplica-se inclusive às atividades docentes desempenhadas por magistrados em cursos preparatórios para ingresso em carreiras públicas e em cursos de pós-graduação.*

Ora, se para aqueles dois cargos, para os quais se tem talvez a mais inequívoca percepção do que seja uma atividade típica de Estado, se aplica uma interpretação extensiva à permissão de atuar no magistério, diferente não haveria de ser a forma de interpretar para AFRFB e ATRFB e para os demais cargos administrativos em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Não teria mínima razoabilidade e bom senso tentar se interpretar similar dispositivo voltado para os cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e muito menos para cargos administrativos integrantes do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda (Pecfaz, do Quadro de Pessoal do atual Ministério da Economia - ME, já descrito em **4.7.3.18.5**) de forma ainda mais restrita do que se faz para a magistratura e para o Ministério Público. Assim, tem-se que a exceção da vedação material também permite que AFRFB e ATRFB (e extensivamente os servidores integrantes do Pecfaz) atuem não só como professores em cursos preparatórios de ingresso na própria Carreira e cursos de pós-graduação mas também que ainda se cogite da expressão "magistério informal" para abarcar outras modalidades de exercício da atividade de ensino e difusão de conhecimentos, mesmo em eventos organizados à margem de instituições formais de ensino, desde que a matéria a ser tratada e a forma a ser conduzida a disseminação de conhecimentos não afronte o cumprimento da jornada e não configure conflito de interesses.

Toda a construção hermenêutica acima foi, por fim, ratificada positivamente com a edição da Orientação Normativa CGU nº 2, de 09/09/14, que estabelece a definição abrangente para magistério, a favor de todo agente público do Poder Executivo federal, independentemente de carreira e de cargo ocupado. A norma infralegal não só assegura a posição apriorística de ser permitido o magistério como também apresenta que cabem neste termo, além da atividade docente nas entidades de ensino, ou de pesquisa ou de ciência e

tecnologia, públicas ou privadas, também as capacitações ou treinamentos por meio de cursos (incluindo expressamente os preparatórios para concurso público ou processo seletivo, mas com algumas ressalvas), palestras ou conferências e quaisquer atividades correlatas a todas as anteriores.

> *Orientação Normativa CGU nº 2, de 09/09/14 - Art. 2º*
> *§ 1º Por magistério, para fins desta Orientação Normativa, compreendem-se as seguintes atividades, ainda que exercidas de forma esporádica ou não remunerada:*
> *I - docência em instituições de ensino, de pesquisa ou de ciência e tecnologia, públicas ou privadas;*
> *II - capacitação ou treinamento, mediante cursos, palestras ou conferências; e*
> *III - outras correlatas ou de suporte às dos incisos I e II deste parágrafo, tais como funções de coordenador, monitor, preceptor, avaliador, integrante de banca examinadora de discente, presidente de mesa, moderador e debatedor, observada a proibição do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*
> *Art. 4º Na hipótese de magistério em curso preparatório para concurso público ou processo seletivo, o agente público não poderá atuar em qualquer atividade relacionada à definição do cronograma ou do conteúdo programático do certame ou relacionada à elaboração, aplicação e correção de provas de qualquer fase, incluindo-se o curso de formação, o teste psicotécnico ou psicológico e a prova de aptidão.*

A ressalva acima é óbvia, pois tudo o que se expôs acerca da exclusão da incompatibilidade do exercício do magistério em relação ao múnus público condiciona-se primeiramente, de forma bastante imediata e cristalina, à compatibilidade de horário; não havendo compatibilidade de horário, nem mesmo a atividade de magistério é lícita.

> *Orientação Normativa CGU nº 2, de 09/09/14 - Art. 2º É permitido o exercício de atividades de magistério por agente público, respeitadas, além do disposto na Lei nº 12.813, de 2013:*
> *I - as normas atinentes à compatibilidade de horários;*
> *II - as normas atinentes à acumulação de cargos e empregos públicos; e*
> *III - a legislação específica aplicável ao regime jurídico e à carreira do agente.*
> *§ 3º Para efeitos dos incisos I e II do caput deste artigo, no tocante aos servidores estatutários, deve ser especialmente observado o disposto no Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995, no Parecer AGU nº GQ-145, de 16 de março de 1998, e na Portaria Normativa SEGEP/MP nº 2, de 12 de março de 2012*

E já não tão hialina de se identificar mas não menos importante também é a ressalva acerca inexistência de conflito de interesses entre a atividade privada de magistério e o múnus público do agente. Ora, e de outra forma não poderia ser. Não haveria que se cogitar de incoerência por parte do ordenamento, que, de um lado, efetivamente operou uma inequívoca refração normativa à ocorrência do conflito de interesses e, de outro lado, contemplasse o uso distorcido na nobre função do magistério para encobrir ou dissimular condutas reprováveis de ambiguidade em termos de lealdade institucional. Não há que se crer na hipótese de o ordenamento prever uma proteção a práticas de afronta ao interesse público acobertadas pelo uso indevido do instituto do magistério.

> *Orientação Normativa CGU nº 2, de 09/09/14 - Art. 2º*
> *§ 2º Não se inclui entre as atividades de magistério a prestação de consultoria.*

Em outras palavras, ainda que com compatibilidade de horários, quando se detecta que uma atividade de repasse ou de disseminação de conhecimentos se macula por características tais como dirigir-se de forma exclusiva a um público-alvo estritamente bem definido e que guarde estreita relação de proximidade com a atuação estatal do servidor ou ser organizado e

realizado por instituição que tenha interesse direto no poder decisório do agente. Conforme se complementará e se especificará em **4.7.3.18.5.b**, a participação de servidores da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil em eventos externos acerca de matéria fiscal patrocinados por particulares requer apreciação destacada e cautelosa. Em tais situações, é possível cogitar de afronta à tutela protegida pelo inciso II do art. 5º da Lei nº 12.813, de 18/05/13, que veda o exercício de atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente.

> *Orientação Normativa CGU nº 2, de 09/09/14 - Art. 5º Fica vedada a divulgação de informação privilegiada, bem como de outras informações de acesso restrito, ainda que a título exemplificativo, para fins didáticos, nos termos do inciso II do art. 3º da Lei nº 12.813, de 2013.*
> *Art. 6º As atividades referidas nesta Orientação Normativa dispensam a consulta acerca da existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada, previstos na Lei nº 12.813, de 2013.*
> *Parágrafo único. O exercício de atividades de magistério para público específico que possa ter interesse em decisão do agente público, da instituição ou do colegiado do qual o mesmo participe deve ser precedido de consulta acerca da existência de conflito de interesses, nos termos da Portaria Interministerial MP/CGU nº 333, de 19 de setembro de 2013.*

Ou seja, a atividade de magistério, *a priori*, não se enquadra na vedação de prática de atividades conflitantes com o múnus público exclusivo de carreiras típicas de Estado, como é a Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e tampouco dos cargos integrantes do Pecfaz; mas, mesmo para esta nobre, estimulada e protegida função, há de se perquirir, para sua licitude, se é feita sem impactar negativamente no compromisso de jornada e se é feita de forma geral, não dirigida exclusivamente a um determinado público-alvo interessado no poder decisório do agente, estando seus destinatários associados à matéria em si a ser disseminada e não em função dos interesses de determinado contribuinte em face do Fisco.

Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

> *Orientação Coger nº 52*
> *A prática de magistério privado sobre temas de competência institucional condiciona-se à obrigatória consulta ou pedido de autorização.*

4.7.3.18.5.b - Participação em Audiências, Conferências, Congressos, Seminários, Convenções, Fóruns, Solenidades, Treinamentos, Cursos, Aulas, Palestras e Reuniões

A participação de servidor em compromissos públicos, sobretudo quando organizados e patrocinados por agente privado, suscita interesse de discussão, uma vez que, dependendo dos contornos de cada caso concreto, pode ou não ser passível de crítica, desde natureza ética até configurar repercussão disciplinar, com potencial inclusive para caracterização de relação de conflito de interesses em situações de gravidade mais extremada.

Neste tema, de imediato, convém mencionar o Decreto nº 10.889, de 9 de dezembro de 2021, regulamentador de parte da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. Este Decreto traz definições interessantes, a começar pelo grande gênero dos compromissos públicos, que abarca qualquer participação do servidor em atividades de diversas naturezas em decorrência do seu cargo, conforme o inciso I do *caput* do seu art. 5º. No atual contexto tecnológico, é natural que muitos dos compromissos públicos possam ser realizados tanto presencialmente quanto de forma remota e virtual, sendo certo que, *a priori*, o formato de realização e de

participação do servidor não interfere e não altera as garantias, cautelas e os limites da lícita atuação funcional. Sendo o compromisso público organizado por outro órgão ou entidade ou por agente privado, a participação do servidor caracteriza a representação institucional, quando representa oficialmente seu órgão e não pode ser objeto de remuneração, nos termos do inciso VIII do *caput* do mesmo comando normativo acima mencionado e também do *caput* do art. 20 citado Decreto.

> *Decreto nº 10.889, de 2021 - Art. 5º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:*
> *I - compromisso público - atividade da qual o agente público participe em razão do cargo, da função ou do emprego que ocupe, abrangidos:*
> *VIII - representação institucional - a participação de agente público em compromisso público, presencial ou telepresencial, organizado por outro órgão ou outra entidade ou por agente privado, no qual o agente público represente oficialmente o órgão ou a entidade.*
> *Art. 20. O agente público não poderá receber remuneração de agente privado em decorrência do exercício de representação institucional.*

Dentro deste gênero dos compromissos públicos, encontra-se o subgênero dos eventos que, por sua vez, comporta atividades voltadas a maior quantidade de pessoas, sejam para grupos de interesse específico, sejam para público em geral, a exemplo de conferências, congressos, seminários, convenções, fóruns, solenidades, treinamentos, cursos, aulas, palestras e demais ocorrências similares, que parecem guardar o traço comum de terem um foco temático, em geral de natureza técnica ou por vezes comemorativa, nos termos da alínea "b" do citado inciso I do *caput* do art. 5º do Decreto nº 10.889, de 2021.

> *Decreto nº 10.889, de 2021 - Art. 5º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:*
> *I - compromisso público - atividade da qual o agente público participe em razão do cargo, da função ou do emprego que ocupe, abrangidos:*
> *b) evento - atividade aberta ao público, geral ou específico, tais como congressos, seminários, convenções, cursos, solenidades, fóruns, conferências e similares;*

Ainda no gênero dos compromissos públicos, as alíneas "c", "d" e "e" do mesmo inciso I do *caput* do art. 5º do Decreto nº 10.889, de 2021, posicionam e contrapõem os conceitos de reunião, de audiência e de despacho interno. Enquanto reunião e audiência guardam o traço comum de serem encontros do servidor com uma ou mais pessoas externas a seu órgão, o que gera possibilidade de surgir irregularidade se este estranho for agente privado, o despacho interno inclui apenas participantes da mesma organização e *a priori* é bem menos provável que suscite situação disciplinarmente irregular. De se perceber que, nos termos formais do Decreto nº 10.899, de 2021, o conceito de reunião, como encontro do servidor obrigatoriamente envolvendo participante estranho a seu órgão (que pode ser também agente público ou particlar), difere, por ser mais restrito, do sentido informal com que se emprega este termo, pois coloquialmente se fala de reunião tanto apenas com colegas do mesmo órgão quanto também com agentes públicos de outras origens e/ou com particulares - formalmente, o encontro apenas com colegas do próprio órgão é denominado pelo Decreto como despacho interno. Mas há um forte diferenciador entre reunião e audiência, que é o fato de somente esta conter a representação privada de interesses, em que o chamado representante de interesses participa do encontro com o fim de interferir na decisão administrativa, defendendo licitamente interesse privado próprio, de terceiro, individual, coletivo ou difuso, diante do servidor, conforme os subsequentes incisos II e III do *caput* e o § 3º do mesmo comando normativo acima mencionado. Estes dois últimos dispositivos normativos indicam que a representação privada de interesses de que aqui se trata - e que diferencia a audiência da reunião - se circunscreve a um rol restrito de atuações, ligadas a estratégia governamental, política pública, normatização, licitações e atos administrativos, dando a entender que não

abarca a participação da defesa em processo disciplinar ou a participação de contribuinte em processo fiscal. De um giro, é importante reiterar que a representação privada de interesses não é, por si só, irregular, podendo sim ser uma atividade desempenhada de forma lícita pelo representante de interesses. Mas, de outro giro, por sua vez, deve o servidor se acautelar, nos termos do *caput* do art. 16 do mesmo Decreto, de forma a buscar não ficar sozinho pelo lado da Administração Pública em audiência e, sempre que possível, participar do encontro acompanhado de, no mínimo, um outro agente público.

> *Decreto nº 10.889, de 2021 - Art. 5º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:*
> *I - compromisso público - atividade da qual o agente público participe em razão do cargo, da função ou do emprego que ocupe, abrangidos:*
> *c) reunião - encontro de trabalho entre o agente público e uma ou mais pessoas externas ao órgão ou à entidade em que atue, em que não haja representação privada de interesses;*
> *d) audiência - compromisso presencial ou telepresencial do qual participe agente público e em que haja representação privada de interesses; e*
> *e) despacho interno - encontro entre agentes públicos do mesmo órgão ou da mesma entidade;*
> *II - representante de interesses - pessoa natural ou jurídica que se dedique, de maneira habitual ou circunstancial, profissional ou não, à representação privada de interesses próprios ou de terceiros, individuais, coletivos ou difusos, sob remuneração ou não, com ou sem vínculo trabalhista com o representado;*
> *III - representação privada de interesses - interação entre o agente privado e o agente público destinada a influenciar o processo decisório da administração pública federal, de acordo com interesse privado próprio ou de terceiros, individual, coletivo ou difuso, no âmbito de:*
> *a) formulação, implementação ou avaliação de estratégia de governo ou de política pública ou atividades a elas correlatas;*
> *b) edição, revogação ou alteração de ato normativo;*
> *c) planejamento de licitações e contratos; e*
> *d) edição, alteração ou revogação de ato administrativo;*
> *§ 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se audiência:*
> *I - o compromisso público agendado por solicitação de outro agente público, quando este estiver acompanhado de representante de interesses, no qual haja representação privada de interesses; e*
> *II - o compromisso, presencial ou telepresencial, entre dois agentes públicos, quando um deles representar interesse e se encontrar em licença para desempenho de mandato classista nos termos do disposto no art. 92 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*
> *Art. 16. O agente público que participar de audiência deverá, sempre que possível, estar acompanhado de, no mínimo, outro agente público do Poder Executivo federal.*

Tanto é correta a leitura acima exposta, de que o conceito de representação privada de interesses possui uma abrangência restrita e delimitada, que, à luz dos incisos III a V do § 1º do art. 5º do Decreto nº 10.889, de 2021, no contexto dos diversos macroprocessos de trabalho da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), exemplos de interações cotidianas entre servidor e contribuinte tais como a prática de atos processuais, a prestação de esclarecimentos e o envio de informações de parte daquele particular, em geral intimado a fazê-lo, são expressamente excluídos daquela definição e, portanto, não se enquadram como atos de audiência, mas sim, quando muito, no caso de se darem mediante encontros, configuram reuniões. Com isto, o conceito de audiência, no estrito sentido adotado pela norma em comento, torna-se pouco relevante para o presente escopo. De forma razoável, o citado Decreto, no inciso IX do § 1º do mesmo comando normativo, também exclui da incidência de preocupação e controle os encontros eventuais, casuais ou involuntários em

ocorrências e em contextos de vida privada, entre servidor e interessados em decisão administrativa.

> *Decreto nº 10.889, de 2021 - Art. 5º*
> *§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, não se considera representação privada de interesses:*
> *III - a prática de atos no âmbito de processos judiciais ou administrativos, na forma estabelecida na legislação processual;*
> *IV - a prática de atos com a finalidade de expressar opinião técnica ou de prestar esclarecimentos solicitados por agente público, desde que a pessoa que expresse a opinião ou o esclarecimento não participe de processo de decisão estatal como representante de interesses;*
> *V - o envio de informações ou documentos em resposta ou em cumprimento de solicitação ou determinação de agentes públicos;*
> *IX - o contato eventual entre agentes públicos e interessados em processos decisórios relacionados àqueles, ocorrido em eventos ou em situações sociais, de maneira casual ou não intencional, exceto se dos fatos e das circunstâncias apurados puder ser comprovada a representação de algum interesse.*

Nas atividades laborais no âmbito da RFB, menos relevante ainda se mostra o conceito de audiência pública, como sessão consultiva aberta, com representação privada de interesses (assim como a audiência) e com possibilidade de manifestação oral na discussão da decisão administrativa, estabelecido na alínea "a" do inciso I do *caput* do art. 5º e no inciso II do *caput* do art. 15, ambos do Decreto nº 10.889, de 2021.

> *Decreto nº 10.889, de 2021 - Art. 5º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:*
> *I - compromisso público - atividade da qual o agente público participe em razão do cargo, da função ou do emprego que ocupe, abrangidos:*
> *a) audiência pública - sessão pública de caráter presencial ou telepresencial, consultiva, aberta a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, com o objetivo de subsidiar o processo de decisão em âmbito estatal;*
> *Art. 15. Os representantes de interesses poderão ser ouvidos:*
> *I - em audiência, mediante solicitação própria ou a convite de agente público; ou*
> *II - em audiência pública, como expositores.*

Portanto, de todos estes conceitos extraídos do abrangente Decreto nº 10.889, de 2021, abarcados no gênero dos compromissos públicos do servidor, vale aqui preservar apenas o subgênero dos eventos (comportando as espécies conferências, congressos, seminários, convenções, fóruns, solenidades, treinamentos, cursos, aulas e palestras) e a reunião, como mais factíveis de ocorrer no âmbito da atuação do quadro funcional da RFB e ao mesmo tempo com possibilidade de gerar algum interesse correcional.

Mas cabe aqui uma ressalva voltada para a aplicação dos conceitos em tela não na atuação fiscal do corpo funcional do órgão, mas sim na própria processualística disciplinar. A Portaria Normativa (PN) CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022, como norma estruturante do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), ao atualizar e consolidar diversas normas esparsas, em seus arts. 106 a 110, reiterou o emprego dos termos "reunião" e "audiência", os quais, a rigor, já haviam sido utilizados desde a revogada Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 12, de 1º de novembro de 2011, que introduziu a videoconferência no processo disciplinar, e também mancionados, sem definição, desde o parágrafo único do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 - ou seja, muito antes da regulamentação operada pelo Decreto nº 10.889, de 2021. Conforme já aduzido em **4.4.4**, os sentidos empregados pela Controladoria-Geral da União (CGU) para reunião se reporta a encontros deliberativos exclusivos dos membros da comissão ou a encontros que porventura o colegiado

faça com agentes externos ao processo e, para audiência, com conotação ainda mais abrangente, abarca eventuais encontros que possam ser solicitadas pelo acusado e/ou pelo procurador com o trio, em ambos os casos como atos praticados no âmbito do processo disciplinar.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 150.*
> *Parágrafo único. As reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado.*
>
> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 106.*
> *§ 1º Nos procedimentos investigativos e processos correcionais, audiências e reuniões destinadas a garantir a adequada produção da informação ou prova também poderão ser realizadas por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurado o caráter reservado daquelas.*

Portanto, à luz de como normatizou a CGU, o conceito adotado para reunião no âmbito de processo disciplinar até pode se amoldar à definição regulamentada pela alínea "c" do inciso I do *caput* do art. 5º do Decreto nº 10.889, de 2021, quando feita com alguém de fora do órgão. Já o conceito adotado pela CGU para audiência no âmbito do processo disciplinar não se amolda à definição regulamentada pela subsequente alínea "d" do inciso I do *caput* e pelo § 3º do art. 5º do Decreto nº 10.889, de 2021; também não configura nenhuma hipótese de representação privada de interesses, uma vez que não se encaixa nas quatro alíneas do inciso III do *caput* do mesmo comando normativo; e, ao contrário, se enquadra no inciso III do § 1º ainda do mesmo comando normativo. Portanto, sem prejuízo de, no curso da descrição das provas testemunhais em **4.4.4** e ao longo de todo o presente texto, ter se adotado os sentidos de reunião e de audiência conforme estabelece a PN CGU nº 27, de 2022, sabe-se que, a rigor, estes não se coadunam com definição formal adotada pelo Decreto nº 10.889, de 2021, não cabendo impor às reuniões e às audiências porventura realizadas no curso de processo disciplinar as formalidades instrumentais prevista nesta norma. Em outras palavras, os atos concretos de reuniões e de audiências realizados no curso de processo disciplinar podem seguir os mandamentos mais simples que o Decreto nº 10.899, de 2021, impõe às reuniões, mantendo-se, então, o que se afirmou acima, de que o subgênero dos eventos (comportando as espécies conferências, congressos, seminários, convenções, fóruns, solenidades, treinamentos, cursos e palestras) e a reunião são os compromissos públicos de relevância no presente texto, a seguir abordados sob a ótica das necessárias cautelas de natureza disciplinar a fim de prevenir incursão em ilicitude de parte do servidor.

Feita esta introdução de caráter normativo generalizante e tendo se estabelecido um foco mais prático acerca da incidência dos comandos do Decreto nº 10.889, de 2021, na processualística disciplinar, cabe mencionar a participação de servidor da RFB como conferencista, expositor, debatedor, apresentador, moderador, professor, instrutor, palestrante ou similares em compromissos públicos abarcados no subgênero dos eventos (comportando as espécies conferências, congressos, seminários, convenções, fóruns, solenidades, treinamentos, cursos, aulas e palestras) destinados a público externo, nos termos da alínea "b" do inciso I do *caput* do seu art. 5º. Conforme o inciso VI do art. 351 do Anexo I do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020, quando esta participação, seja por iniciativa própria, seja por convite, versar sobre matéria de competência legal ou regimental da RFB e implicar dispensa de frequência ao trabalho (que pode ser atualizada para indisponibilidade no programa de gestão e desempenho - PGD) ou quando o agente o fizer representando institucionalmente o órgão, deve haver autorização do Secretário Especial Adjunto da Receita Federal do Brasil. A rigor, a norma não exclui a necessidade de autorização até mesmo quando a participação do servidor se der como mero ouvinte, sem nada apresentar, mas esta é uma hipótese *a priori* de baixo interesse correcional.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 351.*
> *Ao Secretário Especial Adjunto da Receita Federal do Brasil incumbe:*

> *VI - autorizar a participação de servidores em conferências, congressos, cursos, treinamentos e outros eventos similares que se realizarem no País, quando a participação implicar dispensa de frequência ao trabalho ou quando o servidor estiver representando a RFB;*

Embora o inciso VI do art. 351 do Anexo I do Regimento Interno da RFB até aborde a questão de dispensa de controle de frequência, a principal tutela que a Administração quer proteger com a necessidade de autorização reside no conteúdo das informações a serem expostas no evento. Não se trata de mero controle de presença, sobretudo no contexto atual em que o corpo funcional maciçamente aderiu ao PGD na modalidade teletrabalho (e também não era nem mesmo ao tempo do formato tradicional do trabalho presencial) e tampouco de recebimento de remuneração ou de compensação de jornada de trabalho por parte do servidor. O que se quer é propiciar à Administração a ciência prévia das informações que poderão ser levadas a público externo, sobretudo quando o agente atuar representando institucionalmente a RFB, em razão da possibilidade de ter acesso a dados de caráter sigiloso. Tanto é assim que o comando regimental exige a autorização de alta autoridade da RFB - sem prejuízo, claro, de ser delegada e subdelegada. Tamanha solenidade, ao centralizar a competência autorizadora, demonstra que o controle do teor das informações a serem disponibilizadas pelo servidor em eventos, podendo indesejadamente manifestar opiniões pessoais suas como se fossem oficiais ou expor estratégias institucionais, ultrapassa em muito a mera gerência de pessoal exercida no âmbito da unidade de lotação do agente, daí porque a Administração exige prévia ciência, a fim de autorizar ou não a participação.

Obviamente, o pedido de autorização a ser apresentado pelo servidor ao Secretário Especial Adjunto da Receita Federal do Brasil somente tem sentido se se fizer acompanhar de informações básicas tais como a quem compete a organização e o patrocício do evento (se outro órgão ou entidade ou se agente privado), se haverá remuneração, qual o público-alvo, qual a data e quais os assuntos a serem tratados. Ao condicionar a autorização, o comando regimental também se volta para o administrador, impondo que este avalie se a participação pode potencialmente ensejar irregularidade ou, ao contrário, se, mesmo que sob patrocínio privado, vislumbre que pode ser de interesse do próprio órgão (por exemplo, na disseminação de algum conhecimento que se converterá a favor da agilização dos procedimentos, evitando erros por parte de contribuintes ao provocarem a instituição com algum pleito de natureza fiscal).

Não obstante, diante da possibilidade de o servidor participar de qualquer evento externo, seja por interesse seu, seja por convite, ao mesmo tempo em que a alta Administração da RFB tutela a visão macro e estratégica, também não se descuida das tutelas cotidianas associadas à manutenção do serviço e ao não prejuízo ao andamento dos trabalhos, ao bom ambiente interno na unidade e ainda às avaliações profissionais e pessoais a cargo da chefia sobre seu subordinado, ao exigir que sempre haja a anuência expressa do chefe imediato do servidor.

Assim, por um lado, o servidor que participa de evento da natureza de que aqui se trata e que tenha obtido a necessária autorização (com que se presume a submissão do conteúdo, tendo sido considerado pela autoridade competente como passível de disponibilização), independentemente de receber ou não remuneração, *a priori*, não afronta a vedação de exercício de atividade, imposta pelo *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24 de dezembro de 2008, bem como não afronta a vedação de prática de atividades incompatíveis com a natureza do cargo, imposta pelo inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, e muito menos incorre na prática de conflito de interesses e não infringe a Lei nº 12.813, de 2013, mais especificamente no inciso I do seu art. 5º, que enquadra a conduta de divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas.

Por outro lado, o servidor que participa de evento da natureza de que aqui se trata sem ter obtido prévia autorização incorre na infração de descumprir o dever funcional de ser leal à instituição a que serve, previsto no inciso II do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, por ter subtraído da autoridade competente o exercício de sua competência regimental prevista no inciso VI do art. 351 do Anexo I do Regimento Interno da RFB, a fim de avaliar a pertinência ou não da participação sob ótica estratégico-institucional (o teor que seria apresentado e para quem o seria), independentemente de receber ou não remuneração e do conteúdo das informações levadas a público externo. Este enquadramento ora aventado, cuja pena básica é de advertência, prescinde de habitualidade da conduta: basta um único evento sem a devida autorização para que reste descumprido dever de lealdade institucional.

Além disto, no caso de mais de um evento, é evidente que se exige a obtenção de autorização para cada umo, pois não é absurdo imaginar que, sob o ponto de vista da Administração, um assunto liberado e permitido para trato público em determinado momento pode não mais ser em algum tempo depois. Esta linha de interpretação teleológica da competência regimentalmente estatuída traz à tona a percepção de que a conduta funcional em tela (participação não autorizada em eventos) tanto pode restringir-se a ato único quanto pode vir a configurar habitualidade, e daí, se pode cogitar de diferentes repercussões disciplinares para o servidor.

É neste rumo que surge então a possibilidade de aplicação do enquadramento no inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, justamente com a habitualidade da conduta deslealmente insubmissa, nos termos já dispostos em **2.5.3.4**, hipótese em que pode se justificar a pena originária de suspensão (mais gravosa que a pena cabível para uma única participação sem autorização em evento). Uma vez que a ação verbal do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, é de “exercer atividade”, faz subentender pelo menos uma certa habitualidade na conduta, não soando razoável, pelo menos em princípio, aí enquadrar uma única participação não autorizada em evento.

Não obstante, pode a participação, mesmo em evento único e formalmente autorizado, dependendo do teor do que o servidor exponha em público (obviamente, extrapolando o limite temático do que foi submetido à aprovação), ser enquadrável no inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, punível com pena de suspensão. No extremo, pode-se cogitar até de condutas mais graves e merecedoras de pena de demissão, se o servidor disponibiliza a público informações de caráter extremamente estratégico ou preservadas por sigilo funcional, enquadrando-se no inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, revelando segredo do qual tenha se apropriado em razão do cargo, ou se o servidor incorre em conflito de interesses, a exemplo da espécie prevista no inciso I do art. 5º da Lei nº 12.813, de 2013, ao divulgar informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas, merecendo enquadramento como improbidade administrativa, no inciso IV do art. 132 da mesma Lei.

E devem ser mantidas as respectivas vinculações supra em caso de férias, licenças ou demais afastamentos, já que, como se alertou acima, aqui não se controla carga horária de jornada, mas sim se controla a informação que o servidor levará a público e a submissão a este controle e à lealdade à instituição não é elidida pelo afastamento.

Ainda acerca da participação do servidor em eventos (a exemplo de conferências, congressos, seminários, convenções, fóruns, solenidades, treinamentos, cursos, aulas e palestras) e até mesmo em atividades de entretenimento, é de se dizer o Decreto nº 10.889, de 2021, prevê a possibilidade distribuição de hospitalidade. Por hospitalidade compreenda-se a oferta direta de serviços de transporte, alimentação ou hospedagem ou o pagamento destas despesas ou ainda o ressarcimento (na forma de diárias ou de ajuda de custo), por parte do agente privado promotor do evento, a favor do servidor, desde que autorizada no órgão, diretamente relacionada com os objetivos legítimos da representação privada de interesses,

em valores compatíveis e sem caracterizar benefício pessoal, conforme condicionam o inciso V do *caput* do art. 5º e o *caput* e os §§ 2º e 3º do art. 19, ambos do Decreto nº 10.889, de 2021. De outro lado, a oferta daqueles serviços ou o pagamento ou o ressarcimento daquelas despesas à margem das condições acima e em valor que supere o limite de consideração como brinde, concedidos em decorrência das atribuições e do poder decisório do servidor e que descaracterizem a sua atuação como representante institucional configuram o proibido e conflituoso recebimento de presentes, conforme os incisos VI e VII do *caput* e os §§ 2º e 4º do art. 5º do citado Decreto.

> *Decreto nº 10.889, de 2021 - Art. 5º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:*
> *V - hospitalidade - oferta de serviço ou despesas com transporte, com alimentação, com hospedagem, com cursos, com seminários, com congressos, com eventos, com feiras ou com atividades de entretenimento, concedidos por agente privado para agente público no interesse institucional do órgão ou da entidade em que atua;*
> *VI - brinde - item de baixo valor econômico e distribuído de forma generalizada, como cortesia, propaganda ou divulgação habitual;*
> *VII - presente - bem, serviço ou vantagem de qualquer espécie recebido de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe e que não configure brinde ou hospitalidade; e*
> *§ 2º Os itens ou as despesas de transporte, alimentação, hospedagem, cursos, seminários, congressos, eventos, feiras ou atividades de entretenimento, concedidos por agente privado a agente público em decorrência de suas atribuições, porém não relacionado ao exercício de representação institucional, são considerados presentes.*
> *§ 4º Para fins do disposto do inciso VI do caput, considera-se item de baixo valor econômico aquele com valor menor do que um por cento do teto remuneratório previsto no inciso XI do caput do art. 37 da Constituição.*
> *Art. 19. As hospitalidades de que trata o inciso V do caput do art. 5º poderão ser concedidas, no todo ou em parte, por agente privado, desde que autorizado no âmbito do órgão ou da entidade.*
> *§ 1º A autorização a que se refere o caput observará:*
> *I - os interesses institucionais do órgão ou da entidade; e*
> *II - os riscos em potencial à integridade e à imagem do órgão ou da entidade.*
> *§ 2º Os itens de hospitalidade:*
> *I - devem estar diretamente relacionados com os propósitos legítimos da representação de interesses, em circunstâncias apropriadas de interação profissional;*
> *II - devem ter valor compatível com:*
> *a) os padrões adotados pela administração pública federal em serviços semelhantes; ou*
> *b) as hospitalidades ofertadas a outros participantes nas mesmas condições; e*
> *III - não devem caracterizar benefício pessoal.*
> *§ 3º A concessão de itens de hospitalidade poderá ser realizada mediante pagamento:*
> *I - direto pelo agente privado ao prestador de serviços; ou*
> *II - de valores compensatórios diretamente ao agente público, sob a forma de diárias ou de ajuda de custo, desde que autorizado pela autoridade competente.*

Cabe aqui relembrar que, em **4.7.3.18.5.a**, concluiu-se que o termo “magistério” e a consequente permissão para sua prática, nos termos da Orientação Normativa CGU nº 2, de 9 de setembro de 2014, englobam qualquer nível ou modalidade de ensino, não se limitando aos cursos regulares de ensinos fundamental e médio e de educação superior (e sem ressalvas para aulas de Direito Tributário ou de Contabilidade Geral em uma universidade) e incluindo também cursos preparatórios, até mesmo aqueles de ingresso na própria instituição e na

Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), e ainda que remunerados. O exercício de atividades consideradas albergadas no conceito de magistério, portanto, dispensa as formalidades aqui expostas.

Por fim, em complemento aos conceitos e instrumentalidades acima expostas estabelecidas pelo Decreto nº 10.899, de 2021, acrescente-se que a CGU e a Comissão de Ética Pública (CEP) já haviam editado, seis anos antes, a Orientação Normativa (ON) Conjunta CGU/CEP nº 1, de 6 de maio de 2016, tratando da participação de servidores em eventos relacionados às atribuições de seu cargo e em atividades de entretenimento promovidos por instituição privada. Apesar de ser anterior àquele Decreto, não se cogita de revogação tácita desta ON Conjunta, pois seu regramento atinge um grau de detalhamento mais pormenorizado e regulamenta situações não abarcadas na norma presidencial, de forma que ambos vigoram simultaneamente.

A ON Conjunta CGU/CEP nº 1, de 2016, estabelece, em seu art. 1º, parâmetros de controle administrativo para participação de servidores em eventos da mesma natureza que posteriormente o Decreto nº 10.899, de 2021, veio a disciplinar, na mesma linha, na alínea "b" do inciso I do *caput* do art. 5º. Atualizando seu alcance para conferências, congressos, seminários, convenções, fóruns, solenidades, treinamentos, cursos, aulas e palestras, a norma conjunta estabelece que os custos da participação devem ser arcados preferencialmente pelo órgão público, ao qual deve ser dirigido o convite e ao qual compete indicar o representante, com excepcional permissão para que a instituição promotora oferte hospitalidades ou que arque com suas despesas.

> *ON Conjunta CGU/CEP nº 1, de 2016 - Art. 1º As despesas relacionadas à participação de agente público em eventos que guardem correlação com as atribuições de seu cargo, emprego ou função, promovidos por instituição privada, tais como seminários, congressos, visitas e reuniões técnicas, no Brasil ou no exterior, deverão ser custeadas, preferencialmente, pelo órgão ou entidade a que o agente se vincule.*
> *§ 1º Excepcionalmente, observado o interesse público, a instituição promotora do evento poderá custear, no todo ou em parte, as despesas relativas a transporte, alimentação, hospedagem e inscrição do agente público, vedado o recebimento de remuneração.*
> *§ 2º O convite para a participação em eventos custeados por instituição privada deverá ser encaminhado à autoridade máxima do que indicará, em caso de aceitação, o representante adequado, tendo em vista a natureza e os assuntos a serem tratados no evento.*

Já o art. 2º da ON Conjunta CGU/CEP nº 1, de 2016, prevê a possibilidade de aceitação, de parte do servidor, de convite para participação em cafés da manhã, almoços, jantares e similares custeados por instituição privada, quando tais encontros se relacionam com as atribuições do seu cargo e não se revelam luxuosos, mediante aviso ao seu superior hisrárquico.

> *ON Conjunta CGU/CEP nº 1, de 2016 Art. 2º Quando o assunto a ser tratado estiver relacionado com suas funções institucionais, o agente público poderá aceitar convites para jantares, almoços, cafés da manhã e atividades de natureza similar, custeados por terceiros, desde que as atividades não envolvam itens considerados de luxo, como bebidas e alimentos excessivamente caros.*
> *Parágrafo único. O agente público deverá sempre informar ao seu superior hierárquico, diretamente ou por meio dos canais adequados no âmbito da instituição, sobre a participação em atividades de que trata o caput.*

Por fim, o art. 3º da ON Conjunta CGU/CEP nº 1, de 2016, impõe, em seu *caput*, regra de proibição para aceitação de convites ou ingressos para atividades de entretenimento

como shows, apresentações e atividades esportivas e permite, em seus incisos, hipóteses de exceção à vedação.

> *Art. 3º É vedado ao agente público aceitar convites ou ingressos para atividades de entretenimento, como shows, apresentações e atividades esportivas.*
> *Parágrafo único. Excluem-se da vedação do caput:*
> *I - os casos em que o agente público se encontre no exercício de representação institucional, hipóteses em que fica vedada a transferência dos convites ou ingressos a terceiros alheios à instituição;*
> *II - os convites ou ingressos originários de promoções ou sorteios de acesso público, ou de relação consumerista privada, sem vinculação, em qualquer caso, com a condição de agente público do aceitante;*
> *III - os convites ou ingressos ofertados em razão de laços de parentesco ou amizade, sem vinculação com a condição de agente público, e desde que o seu custo seja arcado pela própria pessoa física ofertante;*
> *IV - os convites ou ingressos distribuídos por órgão ou entidade pública de qualquer esfera de poder, desde que observado limite de valor fixado pela Comissão de Ética Pública.*

Após ter se detalhado um pouco mais a aplicabilidade concreta dos eventos no ambiente da RFB, comentando-se a participação de servidores neste tipo de compromisso público, cabe também abordar um outro exemplo real de emprego interno da terminologia adotada pelo Decreto nº 10.899, de 2021, agora da reunião.

Relembre-se que a alínea "c" do inciso I do *caput* do art. 5º do Decreto nº 10.889, de 2021, trata a reunião como o encontro de trabalho do servidor com uma ou mais de uma pessoa estranha a seu órgão, ou seja, que pode ser agente público de outro órgão ou entidade e/ou particular, sem que haja representação privada de interesses. Assim, a reunião, caso feita com particular, de um lado, não tem como pauta discutir estratégia governamental, política pública, normatização, licitações e atos administrativos, conforme as alíneas "a" a "d" do inciso III do *caput* do mesmo comando normativo. Mas, por outro lado, no ambiente da RFB, conforme os incisos III a V do § 1º do citado comando normativo, pode a reunião entre servidor e contribuinte envolver prática de atos em processo fiscal, prestação de esclarecimentos e fornecimento de informações de parte daquele particular.

Esta introdução permite constatar que as reuniões de conformidade tributária (RCTs), comumente ocorridas o âmbito do monitoramento fiscal de maiores contribuintes, de fato, se amoldam ao conceito formal de reunião, conforme estabelecido pelo Decreto nº 10.899, de 2021. Para abordar o tema, é relevante esclarecer que o monitoramento dos maiores contribuintes, inserido nos processos de trabalho da Coordenação-Geral de Maiores Contribuintes (Comac), é regulamentado pelo Portaria RFB nº 4.888, de 7 de dezembro de 2020, e a realização das RCTs é disciplinada pela Portaria Comac nº 31, de 24 de junho de 2022.

O monitoramento dos maiores contribuintes consiste na análise de seu comportamento econômico-tributário em busca da sua conformidade tributária, priorizando ações que lhes conduzam à autorregularização. Para tanto, é necessário obter, não só internamente mas também por meio de fontes externas à RFB, informações sobre o comportamento a ser analisado, conforme permite o *caput* da Portaria RFB nº 4.888, de 2020. Dentre as fontes externas que podem, discricionariamente, mediante critérios de oportunidade e conveniência aplicados caso a cada, ser empregadas como ferramentas de busca das informações relevantes para o monitoramento em tela e, consequentemente, para a promoção da conformidade tributária, os incisos III e V do § 1º art. 4º da Portaria RFB nº 4.888, de 2020, destacam o contato telefônico e a RCT, em que há interação pessoal do servidor com o contribuinte.

> *Portaria RFB nº 4.888, de 2020 - Art. 4º As informações utilizadas na atividade*

> *de monitoramento dos maiores contribuintes serão obtidas interna e externamente à RFB.*
> *§ 1º A obtenção de informações externas dar-se-á por meio de:*
> *I - fonte pública de dados e informações;*
> *II - contato telefônico de servidor responsável pelo monitoramento, previamente e formalmente comunicado ao contribuinte pela RFB;*
> *III - contato por meio eletrônico, por meio do Centro Virtual de Atendimento (e-CAC), disponível na Internet, no endereço http://www.gov.br/receitafederal/pt-br;*
> *IV - reunião de conformidade presencial ou virtual, com agendamento prévio pelo e-CAC; ou*
> *V - procedimento fiscal de diligência, com emissão do respectivo Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal de Diligência (TDPF-D), observado o disposto na Portaria RFB nº 6.478, de 29 de dezembro de 2017.*
> *§ 2º O contato telefônico tem por objetivo obter esclarecimento adicional sobre fato ou circunstância previamente informada à RFB.*
> *§ 4º A reunião de conformidade, realizada de forma individual ou coletiva, tem por objetivo obter informações de interesse da administração tributária, prestar orientações aos contribuintes e promover a conformidade tributária.*
> *§ 8º A reunião de conformidade coletiva é indicada quando forem identificados procedimentos comuns a um grupo de empresas de um ou mais setores econômicos, ou, ainda, quando se tratar de grupo econômico ou diversos contribuintes com semelhança econômico-tributária.*

O contato telefônico, mediante aviso prévio, visa a obter esclarecimento adicional sobre fato que já havia sido anteriormente informado pelo contribuinte à RFB, conforme o § 2º do art. 4º da Portaria RFB nº 4.888, de 2020. Já a RCT, que pode ser realizada de ofício ou a pedido, de forma presencial ou virtual e para apenas um contribuinte individualmente ou coletivamente para grupo de pessoas jurídicas de mesmo setor econômico ou para grupo econômico ou para vários contribuintes de situação econômico-tributária semelhante, mediante agendamento prévio pelo Centro Virtual de Atendimento (e-CAC), visa a não só obter informações de interesse fiscal mas também a prestar orientação e suporte ao contribuinte, incentivando a mudança de comportamento, com o cumprimento de suas obrigações, na busca da sua conformidade tributária, sobretudo quando as demais ferramentas tiverem se mostrado infrutíferas, conforme os §§ 4º e 8º do art. 4º da Portaria RFB nº 4.888, de 2020, e o *caput* do art. 2º, o *caput* do art. 3º, os incisos II e III do art. 4º e os incisos I e VI do art. 5º, todos da Portaria Comac nº 31, de 2022. Os arts. 4º e 5º da Portaria Comac nº 31, de 2022, ao elencarem os princípios e objetivos da RCT, dão ao servidor a segurança funcional para adotar postura colaboradora, prestadora de serviço e orientadora do contribuinte. Há ainda a RCT simplificada (RCT-S), empregada para esclarecimento de questão pontual de contribuinte individual, que já seja objeto de análise em curso de modo a não demandar a realização da RCT, mas que se demonstre incabível de se solucionar com simples contato telefônico, nos termos do art. 13 da Portaria Comac nº 31, de 2022. No curso deste texto, compreenda-se que as menções genéricas a RCT abarcam também, indistintamente, a RCT-S, dispensando-se, deste ponto em diante, tal especificação.

> *Portaria Comac nº 31, de 2022 - Art. 2º A RCT é ação de conformidade e poderá ser realizada na modalidade individual, com a presença de somente um contribuinte, ou coletiva, com a presença de mais de um contribuinte ou interessado.*
> *Art. 3º A RCT é instrumento relevante na promoção da conformidade tributária e será utilizada sempre que for observada sua oportunidade e conveniência pelo Auditor Fiscal responsável pelo monitoramento ou quando outras ações de conformidade forem infrutíferas.*
> *Art. 4º São princípios aplicáveis à RCT:*
> *II - cooperação e transparência;*

> *III - prestação de serviço, orientação e suporte ao cumprimento das obrigações tributárias; e*
> *Art. 5º A RCT visa a promoção da conformidade tributária por meio dos seguintes objetivos específicos:*
> *I - incentivar a autorregularização e a mudança de comportamento dos contribuintes;*
> *VI - orientar o contribuinte sobre o correto cumprimento das obrigações tributárias.*
> *Art. 13. As RCT dos tipos previstos nos incisos II, III, IV e V do caput do art. 12, quando tratar-se de RCT na modalidade individual, podem ser realizadas com rito simplificado, conforme roteiro do Anexo I, para tratamento de questões pontuais que sejam objeto de análise aberta, quando o contato telefônico, previsto no inc. II do art. 4º da Portaria RFB nº 4.888, de 2020, não for o meio mais adequado*

Neste aspecto, no novo contexto das relações de trabalho, qual seja, de os servidores maciçamente tendo aderido ao PGD na modalidade teletrabalho, tanto o contato telefônico quanto a RCT passaram a se dar fora do ambiente institucional. Ainda que o ordenamento não contemple de forma expressa as necessárias adequações, obviamente, o aplicador do Direito deve ter o bom senso de perceber que o novo cenário do desempenho das atribuições funcionais não só permite mas até mesmo impõe que os contatos telefônicos em tela passem a se dar pelo aparelho de telefonia móvel particular do servidor e as RCTs possam ser realizadas em formato virtual, com ambas interações se dando dentro de sua própria residência. Estas adequações e flexibilizações devem ser efetuadas não só pelo operador do Direito Tributário na atividade de monitoramento de maiores contribuintes como também, e sobretudo, pelo operador do Direito Disciplinar. Afinal, não seria de se esperar que, após a Administração ter concedido ao corpo funcional a possibilidade de desempenhar suas atribuições em sua residência, se cometesse o atavismo de se exigir que o servidor se deslocasse até sua unidade tao somente para realizar os contatos com contrubuinte utilizando o aparato institucional.

Mas, antes de tal aplicação harmonizada pelo aplicador, é de se dizer que o próprio ordenamento positivado já traz cláusulas de cautela e de segurança funcional para o servidor participar de RCT, mesmo no contexto atual. Primeiramente, registre-se que o § 1º do art. 3º da Portaria Comac nº 31, de 2022, estabelece que a RCT deve sempre ser realizada por mais de um servidor. Ademais, os §§ 2º a 4º do art. 11 da mesma norma indicam que toda RCT deve ser registrada em ata de reunião formalizada no Sistema de Comunicação com os Maiores Contribuintes (e-MAC, mencionado no inciso III do art. 4º da Portaria RFB nº 4.888, de 2020, também como uma das ferramentas de monitoramento), por meio do qual deve ser encaminhada ao contribuinte. Por fim, os arts. 9º e 10 da citada norma esclarecem que a RCT pode ser realizada presencialmente *a priori* nas dependências da RFB ou em formato virtual, por meio do aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams*, que integra a plataforma de aplicativos do *Office 365*, homologada pela Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação (Cotec), hipótese em que obrigatoriamente será gravada e poderá ter cópia fornecida ao contribuinte.

> *Portaria Comac nº 31, de 2022 - Art. 3º*
> *§ 1º A RCT deverá contar com a participação de, no mínimo, dois servidores e, se for o caso, de servidor representante da área técnica demandante ou interessada na reunião.*
> *Art. 9º As RCT presenciais deverão ocorrer nas dependências da RFB ou em outro local previamente designado pela equipe do monitoramento responsável pela RCT, devidamente autorizado pelo chefe da unidade de monitoramento.*
> *Art. 10. As RCT virtuais serão realizadas por meio de solução tecnológica corporativa, aprovada pela Coordenação-Geral de Tecnologia da RFB.*
> *§ 1º Caso o contribuinte não tenha acesso à solução corporativa, deve-se*

> *permitir o comparecimento em uma unidade da RFB de sua jurisdição que disponibilizará uma sala equipada e servidor para acompanhá-lo durante toda a reunião.*
> *§ 2º A reunião virtual será gravada e fornecida uma cópia, sempre que solicitada, ao participante convidado no prazo de 180 dias de sua realização.*
> *Art. 11.*
> *§ 2º Toda comunicação com contribuinte diferenciado deverá ser formalizada por meio de e-mac, que deve ser vinculado à respectiva análise da RCT.*
> *§ 3º A ata de reunião da RCT individual será formalizada por e-mac e anexada à análise referente à RCT.*
> *§ 4º A ata de reunião da RCT deverá conter informações sobre a data da realização, os participantes, os fatos tratados, as definições e os encaminhamentos acordados, sendo facultado aos participantes, se RCT individual, o complemento ou aditamento das informações no prazo de 5 dias úteis da data de seu recebimento.*

Se, por um lado, pode se presumir que o servidor se sinta inseguro em travar contato com o contribuinte utilizando seu aparelho de telefonia móvel particular e através de RCT realizada fora do ambiente da repartição e virtualmente por meio do aplicativo de chamadas em vídeo *Microsoft Teams*, por outro lado, é de se compreender que tais avanços tecnológicos em nada alteram os limites legais da atuação fiscal do agente público, não diminuindo a sua segurança funcional.

Em outras palavras o emprego de tais ferramentas facilitadoras do trabalho, como o verdadeiro novo padrão operacional atual, em nada mitiga o arcabouço de segurança, concedido pelos comandos normativos acima citados, para que o servidor desempenhe corretamente suas atribuições. No primeiro extremo, os riscos de o servidor íntegro cometer algum ato culposamente relevante, a exemplo de um deslize no trato com o contribuinte, passível de solução jurídica com a concessão do conceito de erro escusável ou com a celebração de termo de ajustamento de conduta ou até mesmo exigidor de instauração de processo disciplinar, em decorrência de ilicitude punível no máximo com suspensão, por exemplo, são exatamente os mesmos balizamentos comportamentais que se empregavam quando o contato telefônico e a RCT se davam no ambiente da repartição e ao emprego de aparato tecnológico todo institucional. No extremo oposto, a possibilidade de, no curso de tais contatos do servidor com o contribuinte, aquele incorrer em graves ilicitudes apenadas com pena expulsiva continua delimitada pela necessária comprovação de conduta dolosa e marcada pela mácula de caráter. Em outras palavras, o risco de um servidor íntegro, agora no curso de contato telefônico feito de seu aparelho particular ou de RCT realizada virtualmente, desde sua própria residência, culposamente, incorrer em deslizes como descumprimento de deveres funcionais de exercer com zelo e dedicação as atribuições de seu cargo ou de observar normas legais e regulamentares ou de tratar com urbanidade as pessoas ou de guardar sigilo sobre assunto da repartição é exatamente o mesmo risco antes existente no formato tradicional do trabalho presencial. E o mesmo se diz acerca da oportunização para que um servidor com mácula de caráter inobserve as proibições de valer-se cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem ou de revelar segredo do qual tenha se apropriado em razão do cargo, pois as chances são exatamente as mesmas, independentemente do formato de realização do contato com o contribuinte.

No novo contexto destas interações, basta que o servidor se permita ter a sua atuação irrigada e permeada pelo seu próprio bom senso e com a segurança funcional de que não só ele mesmo mas também e sobretudo o aplicador do Direito Disciplinar passam a operar harmonizando-se com o atual padrão tecnológico, independentemente da inação do legislador ordinário em não atualizar o texto da Lei. Ao seguir o ordenamento do tema até onde é possível fazê-lo diante de texto normativo desatualizado e desconectatdo do contexto; ao promover as necessárias, sensatas e pontuais adequações diante de situações de lacuna da

norma em face de casos concretos peculiares; ao mesmo tempo ao manter o tom urbano, colaborativo, técnico, impessoal e respeitoso com o contribuinte e sempre atento ao resguardo cauteloso das cláusulas de sigilo, todo este rol cumulativo de conduta cautelosa faz com que o servidor atue nas reuniões, como espécie de compromisso público, sobretudo no formato da RCT, sem se expor a risco funcional.

Por fim, encerrando este tema, no que aqui de mais relevante pode haver para interesse correcional, seguindo os princípios e objetivos elencados nos já mencionados arts. 4º e 5º da Portaria Comac nº 31, de 2022, deve o servidor se limitar, no curso da RCT, a incentivar a autorregularização e a mudança de comportamento do contribuinte, com orientação e suporte para o cumprimento de suas obrigações tributárias. Mais até que lícita, a conduta funcional nesta toada é verdadeiro dever funcional do servidor da RFB, sobretudo daquele inserido na atividade de monitoramento de maiores contribuintes. Nada do que até aqui se expôs se confunde com a ilícita consultoria ou assessoria tributária, mencionada em **4.7.4.4.5**, e que se configura quando o servidor, para além do que estabelecem as normas de regência, expõe para o contribuinte as estratégias da atuação e da inteligência fiscal, ensinando-lhe lacunas normativas e auxiliando-lhe em seu planejamento tributário.

4.7.3.18.6 - A Definição Legal de Conflito de Interesses e os Regramentos Punitivos e Preventivos da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013

4.7.3.18.6.a - Introdução Acerca do Abrangente Alcance Subjetivo da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013

De imediato, faz-se necessário abordar que a Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, padece de uma certa imprecisão na técnica redacional adotada e na concatenação dos seus dispositivos, no que diz respeito aos alcances subjetivos. A primeira leitura parece induzir que os comandos de grave repercussão disciplinar encartados na citada Lei se aplicariam apenas a um seleto grupo de agentes públicos, uma vez que logo o seu art. 2º menciona que este grupo restrito se submete ao seu "regime", que é um termo que remete à noção de matéria correcional, como se a integralidade dos agentes públicos não estivesse atingida pelo cerne punitivo que a própria Lei somente vem a definir em artigos mais adiante. Todavia, sua leitura integral e mais atenta esclarece que é justamente o oposto, ou seja, os seus comandos de natureza punitiva (somados a outros comandos de natureza preventiva) se aplicam indistintamente a todos os agentes públicos do Poder Executivo federal e, em acréscimo, para aquele seleto grupo de agentes públicos descritos no art. 2º da citada Lei, superpõem-se ainda um rol mais específico de definições materiais e de obrigações preventivas, a que não se submetem os demais.

Portanto, com fim meramente didático de melhor compreender o texto legal, pode-se dizer que a Lei nº 12.813, de 16/05/13, contém comandos de grave natureza punitiva e de natureza preventiva generalistas, no sentido de incidirem sobre todo o quadro de detentores de cargos e empregos no Poder Executivo federal, e contém ainda outros comandos também de natureza punitiva e de natureza preventiva mais específicos, que, para um grupo seleto de agentes públicos, se somam àqueles comandos genéricos, impondo-lhes um regime ainda mais severo de alcance material e de controle. A presente abordagem da Lei se iniciará pela identificação do alcance subjetivo dos seus comandos mais genéricos e, por fim, apresentará o alcance subjetivo mais delimitado dos seus comandos específicos.

Dito isto, ainda em patamar introdutório, de imediato, apenas sintetizam-se (para posterior detalhamento em **4.7.3.18.6.b**) o que significa e a quem se aplica o que acima se chamou de comandos de natureza punitiva generalistas. Tem-se que o art. 10 da Lei nº

12.813, de 16/05/13, define que o rol de descrições materiais de ilícitos demarcados pelo conflito de interesses constante do art. 5º e do inciso I do art. 6º, e outras obrigações de natureza preventiva, constantes do art. 4º, todos da citada Lei, incidem indistintamente sobre a integralidade dos agentes públicos do Poder Executivo federal, independentemente do cargo ou emprego ocupado e de suas atribuições legais (ressalve-se que o comando estabelecido no inciso II e em suas quatro alíneas, do mencionado art. 6º, também contém descrições materiais de conflito de interesses, mas que se aplicam apenas ao grupo de agentes públicos definido no art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, conforme se descreverá em **4.7.3.18.6.d**). O art. 12 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, impõe que a incursão nas condutas vedadas naqueles seus dois artigos de definições materiais configura o ilícito de improbidade administrativa, *a priori* conforme o art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, por afronta a princípios reitores da Administração, punível com pena de demissão (ou seja, mesmo que não se comprove enriquecimento ilícito ou dano ao erário, passando a prevalecer o enquadramento no art. 9º ou no art. 10 mesma Lei, caso algum destes dois elementos mais específicos se configure). Ora, se é assim, então, é certo, que todos os agentes públicos federais, ao incorrerem nas condutas do art. 5º e do inciso I do art. 6º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, sujeitam-se à demissão por improbidade administrativa por atentarem contra os princípios da Administração, apurada no devido rito da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e com enquadramento em seu art. 132, IV, combinado com o art. 12 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e com a definição tomada *a priori* no art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92 (ou no art. 9º ou 10 da mesma Lei, se for o caso de se configurar enriquecimento ilícito ou dano ao erário), sem prejuízo de eventuais repercussões civil (em ação civil pública de improbidade) e até penal.

> *Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 10. As disposições contidas nos arts. 4º e 5º e no inciso I do art. 6º estendem-se a todos os agentes públicos no âmbito do Poder Executivo federal.*
> *Art. 12. O agente público que praticar os atos previstos nos arts. 5º e 6º desta Lei incorre em improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando não caracterizada qualquer das condutas descritas nos arts. 9º e 10 daquela Lei.*
> *Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput e da aplicação das demais sanções cabíveis, fica o agente público que se encontrar em situação de conflito de interesses sujeito à aplicação da penalidade disciplinar de demissão, prevista no inciso III do art. 127 e no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou medida equivalente.*

Prosseguindo nesta abordagem introdutória, apenas sintetizam-se (para posterior detalhamento em **4.7.3.18.6.c**) o que significa e a quem se aplica o que acima se chamou de comandos de natureza preventiva generalista. Além do grave aspecto material acima descrito, tem-se que o mesmo art. 10 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, também estende indistintamente a todos os agentes públicos do Poder Executivo federal, independentemente do cargo ou emprego ocupado e de suas atribuições legais, a postura preventiva estabelecida no art. 4º da mesma Lei. Assim, de acordo com o art. 10, em conjunto com o art. 4º, ambos da Lei nº 12.813, de 16/05/13, todo e qualquer agente público federal deve agir de modo a prevenir possível conflito de interesses e a resguardar informação privilegiada e, em caso de dúvida, deve consultar a Comissão de Ética Pública ou a Controladoria-Geral da União (CGU).

É de se compreender que as expressões “ocupante de cargo ou emprego” e “agente público” abarcam tanto o servidor ou empregado interessado em determinada atividade privada quanto a sua chefia ou qualquer autoridade hierárquica ou correcional na síntese da Administração como um todo. Ainda que investido na relação de confiança de ocupar cargo de chefia, de maior hierarquia que seja, não faz com que esta autoridade perca sua condição intrínseca, associada a seu cargo efetivo, de servidor.

> *Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 4º O ocupante de cargo ou emprego no Poder*

> *Executivo federal deve agir de modo a prevenir ou a impedir possível conflito de interesses e a resguardar informação privilegiada.*
> *§ 1º No caso de dúvida sobre como prevenir ou impedir situações que configurem conflito de interesses, o agente público deverá consultar a Comissão de Ética Pública, criada no âmbito do Poder Executivo federal, ou a Controladoria-Geral da União, conforme o disposto no parágrafo único do art. 8º desta Lei.*

Para o foco de interesse do presente texto, todos os ocupantes de cargo que têm exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, sejam da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, sejam dos demais cargos administrativos integrantes do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda (Pecfaz, do Quadro de Pessoal do atual Ministério da Economia - ME, instituído pela Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, para o qual foram transpostos os cargos do Plano de Classificação de Cargos - PCC, instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970; do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - PGPE, tais como Analista Técnico-Administrativo, de nível superior, e Assistente Técnico-Administrativo, de nível intermediário, instituído pela Lei nº 11.357, de 19 de outubro de 2006; e demais cargos administrativos daquele Quadro, bem como cargos das Carreiras Previdenciária; da Seguridade Social e Trabalho; do Seguro Social; e da Previdência, Saúde e Trabalho), encontram-se alcançados pelos regramentos genéricos tanto de índole punitiva quanto de índole preventiva da Lei nº 12.813, de 16/05/13.

Fechada a apresentação dos comandos de natureza punitiva e de natureza preventiva generalistas e de seu alcance, concluindo esta abordagem introdutória, apenas sintetizam-se (para posterior detalhamento em **4.7.3.18.6.d**) o que significa e a quem se aplica o que acima se chamou de comandos de natureza punitiva e de natureza preventiva mais específicos. Por expressa vontade do legislador, além daqueles primeiros fortes regramentos voltados a todo quadro funcional da Administração federal, conforme se lê no art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, um grupo seleto de agentes públicos submete-se a um regime de ainda maior severidade material e maior grau de controle preventivo. Na verdade, este seleto grupo de agentes públicos se subdivide em dois subgrupos.

Quanto ao primeiro subgrupo, restrito a altas autoridades republicanas (os ocupantes dos seguintes cargos ou empregos: de Ministros de Estado; de natureza especial; de presidentes, vice-presidentes e diretores de autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista; e do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS níveis 6 e 5), a Lei nº 12.813, de 16/05/13, conforme os quatro incisos do seu art. 2º, opera uma espécie de presunção legal absoluta de que as funções desempenhadas inequivocamente lhes disponibiliza (ou lhes disponibilizou, ao tempo do exercício já findo) acesso a informações privilegiadas e os expõem (ou os expôs, ao tempo do exercício já findo) a situações potencialmente conflituosas, e, por esta razão, automaticamente os faz submeter ao regime especial mais severo. Neste espectro delimitado, no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, alcançam-se apenas o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil (cargo de natureza especial), o Secretário Especial Adjunto e o Subsecretário-Geral (cargos em comissão código DAS-101.6), os dois Diretores de Programa (cargos em comissão código DAS-103.5) e os cinco Subsecretários (cargos em comissão código DAS-101.5), mas que, regimentalmente, estão fora da competência correcional da Coger.

> *Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 2º Submetem-se ao regime desta Lei os ocupantes dos seguintes cargos e empregos:*
> *I - de ministro de Estado;*
> *II - de natureza especial ou equivalentes;*
> *III - de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista; e*
> *IV - do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 6 e 5 ou*

equivalentes.

E, quanto ao segundo subgrupo, a Lei nº 12.813, de 16/05/13, conforme o parágrafo único do seu art. 2º, também remete a este regime especial mais severo os ocupantes de cargos ou empregos públicos cujo exercício proporcione (ou proporcionou, ao tempo do exercício já findo) acesso a informação privilegiada capaz de propiciar vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro, conforme definição regulamentar - o inciso II do art. 3º da própria Lei define que informação privilegiada é toda aquela referente a assuntos sigilosos ou toda informação relevante para processo de decisão administrativa de repercussão e que não seja de conhecimento ostensivo.

> *Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 2º Submetem-se ao regime desta Lei os ocupantes dos seguintes cargos e empregos:*
> *Parágrafo único. Além dos agentes públicos mencionados nos incisos I a IV, sujeitam-se ao disposto nesta Lei os ocupantes de cargos ou empregos cujo exercício proporcione acesso a informação privilegiada capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro, conforme definido em regulamento.*
> *Art. 3º Para os fins desta Lei, considera-se:*
> *II - informação privilegiada: a que diz respeito a assuntos sigilosos ou aquela relevante ao processo de decisão no âmbito do Poder Executivo federal que tenha repercussão econômica ou financeira e que não seja de amplo conhecimento público.*

E, para aproximar do presente foco de interesse, sabe-se que as atribuições legais dos ocupantes dos cargos não só da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil mas também dos demais cargos administrativos, que não AFRFB e ATRFB, integrantes do Pecfaz, e até mesmo dos empregados que têm exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil permitem (ainda que em diferentes graus) o acesso a informações sigilosas (no caso, protegidas por sigilo fiscal), informações estas que demonstram a situação econômica, o estado de riqueza e os negócios conduzidos pelo particular, de forma que o acesso a elas pode propiciar vantagem econômica ou financeira ao agente público ou a terceiro. Daí, em consequência, todos os ocupantes de cargos e empregos em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, por força do parágrafo único do art. 2º, combinado com o inciso II do art. 3º, ambos da Lei nº 12.813, de 16/05/13, independentemente de nem sequer ocuparem cargos do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores (DAS), à margem de dúvida, estão alcançados não só pelos comandos e regramentos genéricos da Lei nº 12.813, de 16/05/13, mas também pelos comandos mais específicos de maior severidade material e de controle preventivo.

A rigor, é de se esclarecer que a leitura conjunta do parágrafo único do art. 2º e do inciso II do art. 3º, ambos da Lei nº 12.813, de 16/05/13, impõe que sejam alcançados por seu regime mais específico todos os agentes públicos ocupantes de cargos ou empregos cujo exercício propicie acesso a informações protegidas por qualquer cláusula de sigilo - e não só pelo sigilo fiscal -, como é o caso das informações de natureza disciplinar, bancária ou profissional (em que se inclui a documentação referente à perícia médica), ou extraídas de comunicação telefônica, bem como todas as demais informações relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem, e ainda aquelas de segredo de justiça.

Assim, é preciso firmar a correta interpretação dos alcances a que se referem os arts. 1º e 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13. Em acréscimo aos comandos de natureza punitiva e preventiva genéricos e de incidência integral (que se detalharão respectivamente em **4.7.3.18.6.b** e **4.7.3.18.6.c**), o art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, de forma mais especifica e restritiva, aplica apenas aos dois subgrupos de agentes públicos acima já descritos alguns regramentos ainda mais fortes, também de aspecto material e de controle preventivo (que se detalharão em **4.7.3.18.6.d**), em função da possibilidade de os seus cargos ou empregos os

exporem a situações de potencial conflito de interesses e lhes disponibilizarem acesso a informações privilegiadas (seja por acesso presumido automaticamente pela Lei, seja por acesso concreto de forma individualizada em razão do múnus da cada cargo e conforme regulamentação infralegal) ou tê-los expostos àquelas situações ou ter lhes disponibilizado aqueles acessos, já que o regime especial se mantém sobre estes agentes públicos até por seis meses após o fim do exercício do cargo ou emprego. A leitura conjunta dos arts. 2º e 10 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, somente mantém a presumida harmonia interna do ordenamento se compreendida no sentido de que o regime disciplinar e o controle preventivo mais severos daquela Lei delimitadamente se aplicam aos dois subgrupos restritos que o art. 2º define, ao passo que os regramentos punitivos e de prevenção genéricos se aplicam a todo o universo de agentes públicos federais, sem mitigação ou exceção no âmbito de todo o Poder Executivo federal.

4.7.3.18.6.b - A Definição Legal de Conflito de Interesses e os Comandos de Natureza Punitiva Generalistas

Firmado o alcance da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e retomando a descrição cronológica do avanço do ordenamento do ponto em que se parou em **4.7.3.18.4.a**, para fins didáticos, a abordagem segue com o detalhamento dos comandos punitivos generalistas que incidem indistintamente sobre todos os agentes públicos do Poder Executivo federal, no que, por óbvio, se incluem os agentes públicos destacados em dois subgrupos especiais no art. 2º daquela Lei e, mais especificamente, todo o quadro funcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Para este fim, trazem-se à tona, primeiramente, a definição legal balizadora do conceito de conflito de interesses que a todos se impõe, nos termos do inciso I do art. 3º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e, em seguida, a lista de hipóteses de sua ocorrência para o caso de qualquer agente público federal que, na condição de servidor ou de empregado, pratica a conduta conflituosa ao tempo em que ainda ocupa o cargo ou o emprego, conforme o art. 5º da citada Lei, ou até mesmo a qualquer tempo após findo o exercício do cargo ou emprego, conforme o inciso I do art. 6º da mesma Lei. Ressalve-se que, a rigor, esta espécie de ato demarcado por conflito de interesses, já cometido após a desinvestidura do cargo, é menos provável de ocorrer e causa menor interesse ao sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e, por conseguinte, recebe menor relevância no presente texto. Também não faz parte do foco principal de interesse do presente texto a previsão legal de alcance para condutas conflituosas praticadas por ocupantes de empregos, concentrando-se, doravante, a menção a condutas praticadas por servidor no exercício do cargo.

> *Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 3º Para os fins desta Lei, considera-se:*
> *I - conflito de interesses: a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública; e*

A definição legal de conflito de interesses, estabelecida no art. 3º, I da Lei nº 12.813, de 16/05/13, atua como um balizamento genérico e abstrato da materialidade em tela e funda-se na ideia central de confronto, colisão, superposição, excludência, imiscibilidade e impossibilidade de coexistência, integridade, objetivos, motivações, dedicações, relevâncias e priorizações e associa esta ideia a uma partição em duas linhas, ainda que meramente potenciais, de indesejadas repercussões, quais sejam, no possível comprometimento do interesse público e na possível contaminação do desempenho da atividade pública. Assim, de acordo com este dispositivo legal, de forma consentânea com o que se abordou com profundidade em **4.7.3.18.2**, conflito de interesses, como construção abstrata, ainda afastada dos enquadramentos punitivos, é a situação de confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse público ou influenciar, de forma indevida, o desempenho das atribuições legais do cargo pelo agente público. Este dispositivo legal também pode ser

compreendido como um demarcador do bem jurídico que se quer delimitar com a incidência da Lei nº 12.813, de 2013.

A amplitude desta bipartição pode ser mais facilmente compreendida se sintetizada da forma em que o conflito de interesses seja considerado configurado na coexistência da atividade pública com uma prática privada, ainda que não lesiva ao patrimônio ou não propiciadora de qualquer ganho ou vantagem (remuneratória ou de qualquer outra natureza) pelo agente público, que seja ou possa ser favorecida ou beneficiada, no momento de sua execução, em razão de seu executante possuir a qualidade especial de ser servidor; ou que esta execução de alguma forma prejudique ou possa prejudicar, em qualquer momento, o imparcial e impessoal desempenho das atividades do cargo ou prejudique ou possa prejudicar o interesse público.

Assim, a bipartição teórica acima proposta conduz a elaborar que não é qualquer interesse que inquina uma atividade privada de conflituosa. Esta qualificação pode ser compreendida como aplicável a duas ramificações teóricas de atividades, com o efeito comum de ambas propiciarem a prevalência do interesse particular em detrimento do interesse público, revelando a postura anfíbia do agente público.

Na primeira forma de compreensão, voltada ao momento do exercício ou da feitura da atividade, a mácula de conflituosa é aplicada àquela atividade que o servidor vier a estabelecer e para cuja prática, no momento da sua execução, em razão exatamente de o executante ser agente público, podem ser agregadas vantagens, benefícios, preferências e privilégios irregulares. Em complemento, na segunda forma de compreensão, indistintamente voltada a momentos tanto antes quanto depois do exercício ou da feitura, a mácula de conflituosa é aplicada àquela atividade cujo acerto, contratação, pré-estabelecimento ou ainda cuja prática ou execução possam, em qualquer momento, interferir na isenção e na impessoalidade necessárias para que o desempenho das atribuições legais do cargo se dê em sintonia com o interesse público.

Esta modelação teórica do conceito apenas balizador da ideia genérica e abstrata de conflito de intereses, didaticamente, já atuou como facilitadora da compreensão do dispositivo do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e também facilita a compreensão do dispositivo do inciso I do art. 3º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, compreensões estas que agora se somam, ramificadas na possibilidade de a contaminação da isenção e da imparcialidade do servidor, em razão das dubiedades de seus interesses, se manifestar na prática da conduta ou de se manifestar no exercício do cargo. Na primeira possibilidade de aplicação do conceito, tem-se o conflito de interesses se manifestando na forma indevida de o agente público praticar (ou de poder vir a praticar) a conduta inquinada por excludência, superposição, imiscibilidade, colidência no momento desta execução, sem repercutir no desempenho do seu cargo; diferente e complementarmente, na segunda possibilidade de aplicação do conceito, o conflito de interesses não repercute no momento da prática da conduta, mas sim antes ou depois dela, quando o servidor ainda está na sua função de agente público ou quando já a retomou, na forma indevida de desempenhar (ou de poder vir a desempenhar) seu cargo. Importante denotar que a jurisprudência também compreende essa natureza biramificada do conflito de interesses, conforme a menção ao trecho de voto na ementa abaixo.

> *STJ, Ministro Relator Humberto Martins, Segunda Turma, Recurso Especial nº 1.352.448/DF, DJe 21/11/2014, Ementa: "1. Recurso especial no qual se discute a caracterização de ato ímprobo em razão de Auditor-Fiscal da Secretaria da Receita Federal, licenciado, por meio de sociedade empresária constituída, prestar serviços de consultoria e assessoramento na área tributária, bem como a possibilidade de condenação de seu sócio, Auditor-Fiscal aposentado, nos termos do art. 3º da Lei n. 8.429/1992.*
> *5. O Auditor-Fiscal da Secretaria da Receita Federal, mesmo que licenciado para tratar de interesses particulares, e presta serviços de consultoria e*

> *assessoramento na área tributária, por meio de sociedade empresária constituída, pratica o ato ímprobo descrito no art. 9º, inciso VIII, da Lei n. 8.429/1992. Isto porque há verdadeiro conflito de interesses.*
> *6. Como bem ponderado pelo eminente Ministro Herman Benjamin em seu voto-vogal: '4. O servidor que, a pretexto de tratar de "assuntos particulares" propõe-se, na verdade, a simplesmente trocar de lado do balcão, oferecendo seus serviços aos regulados ou fiscalizados pelo mesmo órgão público a que pertence, leva consigo o que não deve (informações privilegiadas, dados estratégicos, conhecimento de pessoas e rotinas, das entranhas da instituição) e, quando retorna, traz também o que não deve (especialmente uma rede de clientes, favores e intimidades). 5. Incorre em inequívoco conflito de interesse o servidor afastado para tratar de assuntos "particulares" que exerce função, atividade ou atos perante o órgão ou instituição a que pertence, seja quando atua na representação ou em benefício daqueles que pelo Estado são regulados ou fiscalizados, seja quando aconselha (presta consultoria, para utilizar o jargão da profissão) ou patrocina demandas, administrativas ou judiciais, que, direta ou indiretamente, possam atingir os interesse do seu empregador estatal'.*
> *7. Nos termos do art. 3º da Lei n. 8.429/1992, o sócio que aufere lucro com a conduta ilícita do outro sócio não deve ser excluído da condenação tão somente porque é auditor-fiscal aposentado ou porque a sociedade foi licitamente formada.*
> *8. É que não há como entender que não tenha se beneficiado da conduta ilícita, uma vez que contribuiu para o exercício da atividade econômica e partilhou dos resultados obtidos. Além disso, o contexto fático-probatório consignado no acórdão recorrido não dá margem para entender que, mesmo na qualidade de particular, o sócio não tinha conhecimento da ilicitude da conduta. Mutatis mutandis, vide: REsp 896.044/PA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/04/2011."*

Aqui então se cogita de duas possibilidades de uma prática privada enquadrar-se na definição balizadora genérica e abstrata de atividade suscitadora de conflito de interesses acima apresentada: na primeira possibilidade, embora não haja contaminação no desempenho do múnus público, a conflituosidade se configura porque a empreitada particular se beneficia ou pode vir a se beneficiar pelas atribuições legais do cargo; e, na segunda possibilidade, a conflituosidade se configura porque o desempenho do múnus público se contamina ou pode se contaminar em razão daquela empreitada particular. Todavia, em ambas as possibilidades, à vista da gravidade sancionatória prevista para o tema, a Lei nº 12.813, de 16/05/13, restringe que a configuração de conflito de interesses não se satisfaz com qualquer situação irrelevante, mas sim que implique prejuízo para o interesse coletivo ou que contamine o desempenho da função pública.

Percebe-se que a Lei ratificou os primeiros esforços de definição do conflito de interesses, no sentido de considerar alcançadas pelo instituto as práticas ou atividades apenas potencialmente conflituosas, pois o seu art. 3º, I definiu como conflituosa a situação que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar o desempenho da função pública, em clara demonstração de tutela já desde o mero risco potencial da ocorrência do conflito. Também restou sedimentada no texto legal a independência da configuração potencial ou concreta do conflito de interesses em relação a qualquer espécie de ganho ou de vantagem por parte do agente público, reforçando o caráter meramente formal e não material (no sentido de independer da concretização do resultado) desta definição.

> *Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 4º*
> *§ 2º A ocorrência de conflito de interesses independe da existência de lesão ao patrimônio público, bem como do recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou por terceiro.*

Na esteira, a questão da consideração do risco potencial (com o que se alcançam não só as condutas que resultam em efetiva lesão mas também aquelas que resultam em perigo de lesão ao bem jurídico tutelado) repercute na convicção de que a possibilidade de configuração de conflito de interesses não se vincula às momentâneas condições em que o servidor cumpre suas funções. Isto significa que, aproximando a tese para o contexto concreto, na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, que possui intensa capilaridade da presença institucional no território nacional e que tem suas atividades ramificadas em diversos macroprocessos de trabalho e que se subdividem em inúmeros processos de trabalhos, de nada importam as unidades de lotação e de exercício, a localidade onde se situam e as tarefas concretamente desempenhadas pelo servidor (sejam elas efetivamente voltadas à matéria-fim, em tributos internos ou em comércio exterior, sejam elas contidas em tarefas-meio meramente corporativas e administrativas), a qualquer tempo. O possível conflito de interesses associado a uma determinada atividade em relação à natureza de um cargo tem sua configuração vinculada tão somente à integral extensão das atribuições legais deste cargo, independentemente das condições momentâneas, de tempo e de local, e individuais com que cada servidor tem sua lotação, seu exercício e sua localização interna (bem como se está em efetivo exercício ou em gozo de licença ou de qualquer espécie de afastamento). Ainda que, sob determinadas condições momentâneas, realmente não se vislumbre imediato conflito de interesses, em razão da mobilidade de tais condições, não se afasta o perigo de lesão.

Acerca destas peculiaridades institucionais e orgânicas, o tema já foi objeto de detalhada atenção em **4.7.3.18.5**, a cuja leitura enfaticamente se remete, destacadamente à reprodução das atribuições legais dos cargos de AFRFB e de ATRFB, no art. 6º da Lei nº 10.593, de 06/12/02, complementadas, em grau de regulamentação, nos arts 2º a 5º do Decreto nº 6.641, de 10/11/08, com destaque para os arts. 4º e 5º, únicos a não repetirem comandos daquela Lei, e à reprodução das principais competências legais e regimentais da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, visto que, em sua peculiaridade, as atribuições legais dos cargos são muito fortemente associadas às competências do órgão. Esta inter-relação entre atribuições de cargos e competências do órgão não é mera ilação mas sim objeto de cristalina leitura dos incisos I e II do *caput* e do inciso III do § 2º do art. 6º daquela Lei.

> *Orientação Coger nº 32*
> *A incompatibilidade material da atividade privada não se vincula às momentâneas condições em que o servidor cumpre suas funções, em termos de lotação, exercício e localização interna, nem ao fato de estar ele em gozo de licença ou afastamento, mas sim à integral extensão das atribuições legais de seu cargo.*

Concluída a apresentação da definição legal balizadora, de natureza genérica e abstrata, de conflito de interesses e ainda distante dos enquadramentos punitivos, passa-se a detalhar a definição material de ilícitos associados àquele conceito, aplicável à conduta de qualquer agente público federal (desde o mais comum agente público federal, sem nenhum acesso a informações privilegiadas, até aqueles dois subgrupos especiais do art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, composto por altas autoridades republicanas e por servidores comuns cujo múnus possibilita acesso a informações privilegiadas), cuja repercussão redundará na responsabilização expulsiva prevista, de forma especial e direta, no parágrafo único do art. 12 da Lei nº 12.813, de 16/05/13.

O art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, em seus sete incisos, elenca, em lista exaustiva para a sua gravosa aplicação, as condutas comissivas ou omissivas e demarcadas pelo ânimo subjetivo doloso que configuram conflito de interesses para o foco de presente interesse, qual seja, de concomitância destas atividades com o exercício do cargo, no alcance subjetivo de qualquer agente público federal.

> *Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 5º Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:*
> *I - divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas;*
> *II - exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe;*
> *III - exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas;*
> *IV - atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;*
> *V - praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão;*
> *VI - receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento; e*
> *VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.*

Antes de discorrer inciso por inciso, é importante destacar que a lista de situações enumeradas nestes sete dispositivos do art. 5º da Lei nº 12.813, de 2013, esgota as possibilidades materiais, não podendo determinada situação ser considerada como conflituosa em decorrência apenas de seu amoldamento ao mais genérico e abstrato o inciso I do art. 3º da mesma Lei, caso não se enquadre em algum daqueles sete incisos, sob pena de severa afronta aos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Importante pontuar que o inciso I do art. 3º da Lei nº 12.813, de 2013, exerce interessante função normativa de delimitar o alcance da expressão “conflito de interesses” para fim de repercussão no Direito Administrativo Sancionador. Este dispositivo legal introdutório, de natureza genérica e abstrata, serve de balizamento posterior para ponderar se a gravidade da conduta *a priori* enquadrada em algum dos sete incisos do art. 5º da mesma Lei é tal que mereça a imputação de conduta conflituosa. Em outras palavras, também pode ser visto como um limitador do bem jurídico a ser tutelado pela citada Lei. Cabe então reproduzir que, por um lado, o inciso I do art. 3º da Lei nº 12.813, de 2013, define, para fim de delimitação conceitual, que conflito de interesses é a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública. Os enquadramentos punitivos, aos quais devem efetivamente se subsumir as condutas concretas de agentes públicos para que mereçam o processamento e a sanção disciplinares, por sua vez, residem nas hipóteses listadas nos sete incisos do art. 5º daquela Lei.

A assertiva acima conduz a duas consequências binariamente alternativas em termos de delimitação de incidência da gravosa Lei em comento. A primeira consequência é que não cabe interpretação distorcidamente extensiva de que se poderia enquadrar como conflito de interesses a conduta que, mesmo não se amoldando a algum dos sete incisos do art. 5º, se pudesse considerar abarcada na definição abrangente do inciso I do art. 3º, ambos da Lei nº 12.813, para ser tida como conflituosa. A segunda consequência é que se uma conduta, abstrata e formalmente, satisfizer o requisito de se subsumir a alguma hipótese legal elencada nos sete incisos do art. 5º, mas não puder ser considerada amoldada à definição de conflito de interesses contida no inciso I do art. 3º, ambos da mesma Lei, em razão sobretudo de ausência

de gravidade na afronta ao bem jurídico tutelado, não haverá infração, pois a conduta terá atingido apenas o aspecto formal da ilicitude, restando-lhe a ausência de ilicitude material. Em outras palavras, o inciso I do art. 3º não expande o rol, mas sim limita a interpretação das infrações enquadradas nos sete incisos do art. 5º daquela Lei.

À vista do exposto acima, a construção cognitiva a fim de se avaliar se determinada conduta concreta se subsome a alguma hipótese legal definidora de conflito de interesses é de ser considerada fragmentada em dois momentos consecutivos. Primeiramente se avalia se a conduta formalmente se enquadra em alguma das hipóteses dos sete incisos do art. 5º e, caso positivo, em seguida, se pondera se materialmente o ato tem a gravidade de afrontar o bem jurídico tutelado no inciso I do art. 3º, ambos da Lei nº 12.813, de 2013. A ideia a preponderar é de subsunção em consecução, primeiramente ao art. 5º, em um de seus incisos, e na sequência ao I do art. 3º, ambos da mesma Lei. Não havendo desde o início subsunção a alguma das hipóteses enquadradas nos sete incisos do art. 5º, sequer cabe avançar na análise, pois já se descarta desde então o enquadramento da conduta como conflituosa. Tão somente a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses dos sete incisos do art. 5º não tem, por si só, o condão de qualificar a conduta como conflituosa se não puder ser considerada enquadrada na definição conceitual do I do art. 3º, ambos daquela Lei. De mesma forma, tão somente a consideração de que o caso concreto se enquadra na definição conceitual do I do art. 3º não tem, por si só, o condão de qualificar a conduta como conflituosa se não se subsumir a uma das hipóteses desdobradas dos sete incisos do art. 5º, ambos da citada Lei.

Feita esta introdução, passa-se à análise dos sete incisos do art. 5º da Lei nº 12.813, de 2013.

A primeira hipótese reporta-se à divulgação ou ao uso de informação privilegiada, obtida em razão do cargo, por parte do servidor, com o fim específico de lograr proveito próprio ou para terceiro, devendo se buscar no inciso II do art. 3º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, a definição legal de informação privilegiada. Segundo este dispositivo, já mencionado acima, no que mais de perto possa interessar para a incidência legal sobre o servidor comum, qualquer informação referente a assuntos sigilosos é tida como privilegiada e, no âmbito específico da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, os servidores em exercício no órgão, independentemente do cargo que ocupam, podem ter acesso a dados protegidos por sigilo fiscal. Daí, a parcela sigilosa do conjunto de dados com que trabalha cotidianamente o quadro funcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil pode ser considerada como informações privilegiadas e a sua divulgação ou o seu uso com o fim específico de propiciar proveito para o próprio servidor ou para terceiro configura a hipótese legal de conduta suscitadora de conflito de interesses. E, por óbvio, sem prejuízo também da configuração da hipótese legal de conduta ensejadora de conflito de interesses quando tal informação, de conhecimento reservado, é relevante em processo decisório governamental de repercussão econômica ou financeira - hipótese que, *a priori*, se volta a um grupo restrito de servidores detentores de um poder de acesso mais qualificado.

Importante pontuar que, em qualquer das duas possibilidades de configuração da conduta em tela ensejadora de conflito de interesses, mediante as ações verbais de divulgar ou de usar, não há que se requerer uma prática continuada. A incidência da hipótese legal do inciso I do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, pode se satisfazer com um evento único de divulgação ou de uso de informação privilegiada.

Também convém apontar que a presente hipótese legal aglutina, de certa forma, dois dispositivos disciplinares estatutários, a saber, do art. 132, IX e do art. 117, IX, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que vedam revelação de segredo acessado em razão do cargo e o valimento das prerrogativas do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem. Nos termos que se exporão em **4.5.3**, a resolução do concurso aparente de infrações resta solucionada, primeiramente, pela literal adequação da conduta à hipótese legal mais específica, qual seja,

da divulgação ou do uso da informação privilegiada motivada pelo dolo específico de lograr proveito, e pela ponderação da gravidade e do grau de repugnância daquela conduta em comparação às condutas que mereceriam enquadramentos nos dois dispositivos disciplinares estatutários mais generalistas. Em outras palavras, o concurso aparente de infrações se resolve pela ponderação, à luz do critério da especialidade, de que a conduta sob apreço, caracterizada pelo conflito de interesses, é merecedora de mais forte repulsa e, consequentemente, da aplicação do enquadramento conceitualmente de maior gravosidade, de improbidade administrativa (*a priori*, por ofensa a princípios reitores da Administração, conforme define o art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, ou se for o caso, por enriquecimento ilícito ou por dano ao erário, conforme definem os arts. 9º e 10 da mesma Lei), em razão da norma especial, a Lei nº 12.813, de 16/05/13, em detrimento da norma genérica, a Lei nº 8.112, de 11/12/90.

A segunda hipótese abarca como conflituosa a prática de atividade privada que implique a prestação de serviço ou a relação de negócio, por parte do servidor, com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em seu poder decisório. Esta hipótese reflete a essência da definição teoricamente bipartida de que se utilizou no início deste tópico para tentar conceituar o conflito de interesses. Aqui, legalmente, se define como atividade ensejadora de conflito de interesses tanto aquela que, no momento de sua execução, seja ou possa ser favorecida ou beneficiada em razão da qualidade de seu executante ser agente público em especial com poder decisório sobre o círculo de interesse do contratante quanto também aquela cuja execução de alguma forma prejudique ou possa prejudicar em qualquer momento o imparcial e impessoal exercício do poder decisório em especial a cargo do executante quando este se reinveste da qualidade de agente público. Em síntese, esta hipótese legal reflete a repulsa à nefasta contaminação do desempenho do poder decisório do servidor - que se presume sempre dirigido unicamente ao fim público e ao bem social -, em relação de promiscuidade com seu contratante.

O inciso II do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, por sua clara literalidade, requer a ação verbal de exercer a atividade conflituosa, o que faz subentender certo grau de continuidade, não se amoldando à hipótese legal - pelo menos *a priori* - uma conduta única e também não há um enquadramento de literalidade similar na Lei nº 8.112, de 11/12/90, a exigir o emprego do critério da especialidade para solucionar o concurso aparente de infrações.

A terceira hipótese legal define como conflituosa a prática, direta ou indireta, por parte do servidor, de atividade privada que, em razão de sua natureza, seja incompatível com as atribuições legais do cargo ou ainda a prática de atividade desenvolvida em área correlata à que se tem como incompatível.

Conforme já abordado detidamente em **4.7.3.18.4.b**, por esta hipótese, percebe-se que o legislador tratou as atividades materialmente incompatíveis com as atribuições legais do cargo como uma espécie do gênero das atividades suscitadoras de conflito de interesses. Ademais, consentaneamente com a literalidade do comando legal, o instituto da incompatibilidade faz operar uma vedação absoluta, irrestrita, sem ressalvas. Em outras palavras, o exercício, direto ou indireto, de atividade incompatível com as atribuições legais do cargo é inequivocamente considerado como hipótese ensejadora de conflito de interesses, sem possibilidade de flexibilização ou de mitigação ou de tolerância.

O absoluto grau de intransigência e de intolerância legais com a prática de atividades incompatíveis com as atribuições legais do cargo se reflete na extrema abrangência com que o legislador redigiu o inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13.

Quanto ao alcance subjetivo deste dispositivo, a sua literalidade, mencionando incompatibilidade com as “atribuições do cargo ou emprego”, não significa que o legislador teria tido a intenção de redigir um comando mais restritivo que o inciso XVIII do art. 117 da

Lei nº 8.112, de 11/12/90, no qual se pune a incompatibilidade, de forma mais abrangente, com o "exercício do cargo", e que acarretaria a interpretação equivocada de que o inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, não incidiria sobre condutas praticadas por agentes públicos ocupantes de cargos ou empregos administrativos detentores de atribuições legais meramente administrativas e de apoio, como os integrantes do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda (Pecfaz, do Quadro de Pessoal do atual Ministério da Economia - ME, já descrito em **4.7.13.8.6.a**).

Não cabe interpretar que o legislador teria desejado diferenciar as "atribuições" aqui empregadas do "exercício" empregado na literalidade da incompatibilidade material indubitavelmente abrangente prevista no inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a fim de fazer este dispositivo do inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, incidir apenas sobre detentores de cargos possuidores de atribuições legais específicas, como os cargos integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal. Ora, se aqui não se discute que tanto o conflito de interesses quanto a incompatibilidade material não se vinculam às condições momentâneas, de tempo e de local, e individuais com que cada servidor tem sua lotação, seu exercício e sua localização interna mas sim se vinculam às integrais atribuições legais do cargo e até mesmo às competências institucionais, não é de se presumir coerência e teleologia diferenciadora de parte do legislador quando redigiu diferentemente os dois mencionados dispositivos legais, devendo ambos serem interpretados como possuidores de alcance abrangente, sobretudo quando se sabe, conforme já se destacou em **4.7.3.18.6.a**, que o alcance subjetivo destes regramentos de índole punitiva do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, é indistinto para todos os agentes públicos do Poder Executivo federal.

Ademais, este dispositivo legal é tão abrangente que abarca como suscitadoras de conflito de interesses tanto as atividades que sejam exercidas diretamente pelo próprio servidor quanto aquelas em que o agente público, mantendo seu nome oculto mas sob seus controle, conta e ordem, lança mão de interpostas pessoas para que estes terceiros, dissimulando o real interesse na atividade, apareçam e figurem como o executante.

Também se demarca a abrangência do dispositivo pela literalidade que expressamente inclui como ensejadora de conflito de interesses não só as atividades em si incompatíveis com o cargo mas também as atividades que, com estas, guardem algum grau de proximidade ou correlação.

O inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, por sua clara literalidade, requer a ação verbal de exercer a atividade conflituosa, o que faz subentender certo grau de continuidade, não se amoldando à hipótese legal - pelo menos *a priori* - uma conduta única.

A exemplo do que se mencionou para a primeira hipótese, a presente hipótese legal, de certa forma, engloba e até estende o dispositivo disciplinar estatutário do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que veda ao servidor exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho. Não obstante, em razão do já exposto em **4.7.3.18.4.b** e acima ratificado, no núcleo coincidente de ambas literalidades - qual seja, da incompatibilidade da atividade em si e praticada pelo próprio servidor - não é possível vislumbrar uma clara distinção técnico-redacional entre os dois dispositivos legais. Assim, neste caso em especial, a resolução do concurso aparente de infrações resta solucionada, apenas pela ponderação da gravidade e do grau de repugnância da conduta em comparação a condutas que mereceriam enquadramento no dispositivo disciplinar estatutário mais generalista, conforme antecipado em **4.7.3.18.4.c**. Em outras palavras, o concurso aparente de infrações se resolve pela ponderação, à luz do critério da especialidade, de que a conduta sob apreço, caracterizada pelo conflito de interesses (diferentemente da mera incompatibilidade material do do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que não configura o patamar mais grave, de conflito de interesses), é merecedora de mais forte repulsa

e, consequentemente, da aplicação do enquadramento conceitualmente de maior gravosidade, de improbidade administrativa (*a priori*, por ofensa a princípios reitores da Administração, conforme define o art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, ou por enriquecimento ilícito ou por dano ao erário, se for o caso, conforme definem os art. 9º e 10 da mesma Lei), em razão da norma especial, a Lei nº 12.813, de 16/05/13, em detrimento da norma genérica, a Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Neste sentido do esforço de tentar diferenciar a aplicação do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, da aplicação do art. 5º, III da Lei nº 12.813, de 16/05/13, pode-se cogitar que aquele primeiro enquadramento se dê ainda que sob ânimo culposo, enquanto o segundo requer o dolo. Nesta linha, o ânimo subjetivo culposo do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pode ser compreendido pela percepção de que ainda que o servidor pratique intencionalmente determinada atividade privada, o faz sem saber de que tal prática é institucionalmente considerada como incompatível. Esta lacuna na total compreensão do caráter infracional de sua prática pode ser tida aqui como relevante, já que, sob luz do Direito punitivo, para se imputar como dolosa qualquer conduta, requer-se que o agente tenha plena e integral consciência e intencionalidade acerca de todos os elementos do enquadramento, o que não ocorreria na hipótese quanto à natureza incompatível da atividade privada. Ademais, em **4.7.3.18.4.c**, foram apresentadas outras situações, de menor grau de afronta e de gravosidade ou merecedoras de uma interpretação mais benéfica e cautelosa, que justificam a defesa de que não houve revogação nem parcial e nem tácita (melhor dizendo, não houve derrogação) do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para nele serem enquadradas.

Importante reiterar que, a despeito da dificuldade interpretativa causada pelo legislador, ao fazer se confundirem as redações do enquadramento do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com a espécie definida no art. 5º, III da Lei nº 12.813, de 2013, aquela primeira materialidade (em geral culposa e com certeza não ímproba) é considerada como mera incompatibilidade material, ainda não ensejadora do patamar mais grave como conflito de interesses. Apenas a segunda construção legal mais gravosa e mais recente, do art. 5º, III da Lei nº 12.813, de 2013 (voltada para condutas dolosas e ímprobas), é considerada como incluída na definição de conflito de interesses. Portanto, não há que se considerar como conflito de interesses a conduta enquadrável no art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

A quarta hipótese de prática ensejadora de conflito de interesses abarca as possibilidades de o servidor, ainda que informalmente, atuar como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados na Administração Pública direta ou indireta não só da União mas também dos demais entes federados. Em síntese, a presente hipótese engloba na possibilidade de configuração de atividade ensejadora de conflito de interesses todo o espectro de atuação a favor da intermediação de interesses junto a órgãos públicos em geral, que informalmente se denomina como tráfico de influências, seja atuando de forma ostensivamente formalizada, seja atuando com o subterfúgio da informalidade.

O inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, por sua clara literalidade, requer a ação verbal de atuar na defesa de interesses privados junto à Administração não só federal mas também estadual, distrital ou municipal, o que faz subentender certo grau de continuidade, não se amoldando à hipótese legal - pelo menos *a priori* - uma conduta única.

Também a exemplo do que se mencionou para a primeira e para a terceira hipóteses, a presente hipótese legal, de certa forma, engloba e até estende o dispositivo disciplinar estatutário do art. 117, XI da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que veda, de forma mais restrita, a atuação do servidor como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro. A resolução do concurso aparente de infrações novamente resta solucionada, primeiramente, pela literal adequação da conduta à hipótese legal mais específica, qual seja, da possibilidade de atuação não só de forma ostensiva como procurador

ou dissimulada como intermediário mas também na anfíbia postura de assessor ou consultor, sem nenhuma ressalva material a favor de temas previdenciários ou assistenciais, e pela ponderação da gravidade e do grau de repugnância daquela conduta em comparação a condutas que mereceriam enquadramento no dispositivo disciplinar estatutário mais generalista. Em outras palavras, o concurso aparente de infrações se resolve pela ponderação, à luz do critério da especialidade, de que a conduta sob apreço, caracterizada pelo conflito de interesses, é merecedora de mais forte repulsa (a ponto de não merecer a ressalva legal a favor de matérias previdenciárias ou assistenciais) e, consequentemente, da aplicação do enquadramento conceitualmente de maior gravosidade, de improbidade administrativa (*a priori*, por ofensa a princípios reitores da Administração, conforme define o art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, ou por enriquecimento ilícito ou por dano ao erário, se for o caso, conforme definem os art. 9º e 10 da mesma Lei), em razão da norma especial, a Lei nº 12.813, de 16/05/13, em detrimento da norma genérica, a Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Relembre-se aqui o já aduzido em **4.7.3.10.1**, acerca atuação de servidor como síndico de condomínio de imóveis. Esta prática, por si só não configura atividade materialmente incompatível a priori enquadrável no inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ou ensejadora de conflito de interesses, mas a representação do condomínio junto a órgãos ou entidades públicas de qualquer ente federado, com relevante grau de gravidade e de repulsividade, pode sim ser uma conduta enquadrável no dispositivo legal em tela, devendo então ser evitada pelo servidor que administre condomínio.

A quinta hipótese legal abarca como suscitadora de conflito de interesses a prática de ato, por parte do servidor, a favor de interesse de pessoa jurídica da qual participem ele próprio ou seu cônjuge ou companheiro ou seus parentes até o terceiro grau e que possa ser beneficiada pela qualidade de o praticante ser agente público ou em cujos atos de gestão ele possa influir. Novamente se retomando a definição teoricamente bipartida de que se utilizou no início deste tópico para tentar conceituar o conflito de interesses, aqui, legalmente, se define como atividade ensejadora de conflito de interesses apenas aquela que pode vir a ser beneficiada quando o praticante, na sua qualidade de agente público, executa ato funcional em benefício de pessoa jurídica na qual ele tem interesse pessoal próprio ou decorrente de pessoas que lhe são próximas.

A incidência da hipótese legal do inciso V do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, não requer uma prática continuada, podendo se satisfazer com um evento único de benefício de interesse da pessoa jurídica sobre a qual o servidor mantém alguma relação de proximidade, e não há um enquadramento de literalidade similar na Lei nº 8.112, de 11/12/90, a exigir o emprego do critério da especialidade para solucionar o concurso aparente de infrações.

Enquanto a segunda hipótese assume a tutela do mero risco potencial de inibir a simples prática de atividade com quem tenha interesse no poder decisório do agente público, a sexta hipótese avança na toada e abrange uma possibilidade de resultado imediata e pontualmente caracterizador de conflito de interesses, que é o recebimento, por parte do servidor, de presente daquele que tem interesse no poder de decisão do agente público. Mas o fato de a hipótese em tela contemplar um aspecto concreto do recebimento de presente não significa que não resta incluída aqui também uma tutela de risco potencial. Segundo o texto legal, ainda que sequer haja a relação de prestação de serviços ou de negócios com o ente privado, a pesada crítica que o ordenamento prevê para o recebimento do presente pode ser compreendida como inibidora de que se venha a cogitar de se estabelecer aquela relação de prestação de serviço ou de negócio.

A incidência da hipótese legal do inciso VI do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, não requer uma prática continuada, podendo se satisfazer com um evento único de recebimento de presente, por parte do servidor, originado de pessoa física ou jurídica interessada em seu rol de decisões.

Este comando legal mereceu regulamentação, por meio do Decreto nº 10.889, de 9 de dezembro de 2021. O inciso VII do *caput* do art. 5º, o *caput* do art. 17 e o art. 18, todos do Decreto, além de reiterarem a proibição legal de o servidor receber presentes, como bens, serviços ou vantagens de qualquer espécie, de quem tenha interesse em decisão sua ou de colegiado de que participe, estabelecem que o presente deve ser recusado ou devolvido ou, na impossibilidade destas duas soluções, deve ser entregue à área responsável por patrimônio (que, na RFB, é a projeção regional ou local de programação e logística). Por sua vez, o parágrafo único do art. 17, a *contrario sensu*, tolera que o agente receba e aceite brinde, que recebeu definição positivada, até então inexistente, no inciso VI do *caput* do art. 2º como item de baixo valor econômico e distribuído de forma generalizada, sem individualização, com o intuito meramente de cortesia, propaganda ou divulgação habitual, sem ter por trás de si qualquer interesse mais efetivo de parte do ofertante em relação à atuação pública dos agentes contemplados. Superando uma antiga e única manifestação da Comissão de Ética Pública (CEP), voltada apenas para as altas autoridades republicanas vinculadas ao Código de Conduta da Alta Administração Federal (CCAAF), de 18 de agosto de 2000, que adotava o valor estático de cem reais, a quantificação do que seja "baixo valor" passou a ser estabelecida, no § 4º do art. 5º do Decreto, de forma automaticamente atualizável, pelo limite inferior de 1% do teto remuneratório dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), previsto no inciso XI do *caput* do art. 37 da Constituição Federal (CF).

> *Decreto nº 10.889, de 2021 - Art. 5º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:*
> *VI - brinde - item de baixo valor econômico e distribuído de forma generalizada, como cortesia, propaganda ou divulgação habitual;*
> *VII - presente - bem, serviço ou vantagem de qualquer espécie recebido de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe e que não configure brinde ou hospitalidade; e*
> *§ 4º Para fins do disposto do inciso VI do caput, considera-se item de baixo valor econômico aquele com valor menor do que um por cento do teto remuneratório previsto no inciso XI do caput do art. 37 da Constituição.*
> *Art. 17. Para fins do disposto no inciso VI do caput do art. 5º da Lei nº 12.813, de 2013, é vedado a todo agente público do Poder Executivo federal receber presente de quem tenha interesse em decisão sua ou de colegiado do qual participe.*
> *Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica ao recebimento de brinde, nos termos do disposto no inciso VI do caput do art. 5º deste Decreto, dispensado seu registro no e-Agendas.*
> *Art. 18. Na hipótese de inviabilidade da recusa ou da devolução imediata do presente recebido, o agente público deverá entregá-lo ao setor de patrimônio de seu órgão ou de sua entidade, o qual adotará as providências cabíveis quanto à sua destinação.*
> *§ 1º A entrega de que trata o caput será realizada no prazo de sete dias, contado da data de recebimento do presente.*
> *§ 2º Na hipótese de recebimento do presente durante ausência do agente público, o prazo de que trata o § 1º será contado da data do retorno do referido agente público ao seu órgão ou à sua entidade.*

Como o Decreto nº 10.889, de 2021, na alínea "b" do inciso I e nos incisos V e VIII do *caput* e no § 2º do art. 5º, também regulamenta a participação de servidor em compromissos públicos (dentre os quais os eventos como congressos, seminários, convenções, cursos, solenidades, fóruns, conferências), denomina como hospitalidade as despesas com transporte, alimentação e hospedagem arcadas pelo agente privado no interesse institucional do órgão e as aceita; no entanto, este tipo de despesa, quando não relacionada ao exercício de representação institucional (quando o agente público representa oficialmente o órgão), também se enquadra como presente, de recebimento proibido.

> *Decreto nº 10.889, de 2021 - Art. 5º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:*
> *I - compromisso público - atividade da qual o agente público participe em razão do cargo, da função ou do emprego que ocupe, abrangidos:*
> *b) evento - atividade aberta ao público, geral ou específico, tais como congressos, seminários, convenções, cursos, solenidades, fóruns, conferências e similares;*
> *V - hospitalidade - oferta de serviço ou despesas com transporte, com alimentação, com hospedagem, com cursos, com seminários, com congressos, com eventos, com feiras ou com atividades de entretenimento, concedidos por agente privado para agente público no interesse institucional do órgão ou da entidade em que atua;*
> *VIII - representação institucional - a participação de agente público em compromisso público, presencial ou telepresencial, organizado por outro órgão ou outra entidade ou por agente privado, no qual o agente público represente oficialmente o órgão ou a entidade.*
> *§ 2º Os itens ou as despesas de transporte, alimentação, hospedagem, cursos, seminários, congressos, eventos, feiras ou atividades de entretenimento, concedidos por agente privado a agente público em decorrência de suas atribuições, porém não relacionado ao exercício de representação institucional, são considerados presentes.*

Na mesma linha já abordada para a primeira, para a terceira e para a quarta hipóteses, a presente hipótese legal, de certa forma, se aproxima, mas com alcance mais restrito, do dispositivo disciplinar estatutário do art. 117, XII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que veda ao servidor receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de das atribuições legais de seu cargo. A resolução do concurso aparente de infrações novamente resta solucionada, primeiramente, pela literal adequação da conduta à hipótese legal mais específica, qual seja, do recebimento de presente por especial interesse do ofertante no poder decisório do servidor, e pela ponderação da gravidade e do grau de repugnância daquela conduta em comparação a condutas que mereceriam enquadramento no dispositivo disciplinar estatutário mais generalista. Em outras palavras, o concurso aparente de infrações se resolve pela ponderação, à luz do critério da especialidade, de que a conduta sob apreço, caracterizada pelo conflito de interesses, é merecedora de mais forte repulsa e, consequentemente, da aplicação do enquadramento conceitualmente de maior gravosidade, de improbidade administrativa (*a priori*, por ofensa a princípios reitores da Administração, conforme define o art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, ou por enriquecimento ilícito ou por dano ao erário, se for o caso, conforme definem os art. 9º e 10 da mesma Lei), em razão da norma especial, a Lei nº 12.813, de 16/05/13, em detrimento da norma genérica, a Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Por fim, ainda em relação de comparação com a segunda hipótese, tem-se que a sétima e última hipótese de atividade suscitadora de conflito de interesses reside na prestação de serviços, mesmo que eventuais, em favor de pessoa jurídica que, mais do que ter interesse no poder decisório do servidor, tenha sua própria atividade que determina seu objeto social controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual se vincula o agente público. Em razão da presença do termo “fiscalizada” no dispositivo legal, se faz necessário firmar sua adequada e razoável interpretação, sob pena de uma visão apressada e equivocada levar ao incorreto entendimento, por exemplo, de que, sendo um grande universo das pessoas jurídicas, como regra, ordinariamente submetido à fiscalização tributária da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, apenas por isto, já estariam incursos em atividade incompatível todos os servidores em exercício no órgão que praticassem qualquer atividade privada, mesmo que de natureza perfeitamente compatível. Diferentemente, tem-se que o termo “fiscalizada” está vinculado ao termo “atividade”, que o antecede no texto legal. Sendo assim, a fiscalização de tributos não está abrangida pelo dispositivo, pois esta atividade fiscal de natureza tributária não se confunde com a fiscalização da atividade em si da empresa, exercida pelos órgãos de

controle ou de regulação da atividade empresarial. O presente dispositivo não se volta às atividades fiscais ordinárias de natureza tributária que recaem indistintamente sobre qualquer contribuinte, mas sim à prestação de serviços, por parte, precipuamente, do servidor de órgãos de controle e de agências reguladoras e que fiscalizam a regularidade do funcionamento e da prática de determinadas atividades econômicas, em pessoas jurídicas cujas atividades submetem-se àqueles controles e regulações.

Mas, de outro lado, cabe uma ressalva no que acima se expôs. É certo que o simples fato de um servidor da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil dedicar-se a qualquer tipo de empreitada privada de prestação de serviços a favor de uma pessoa jurídica que ordinariamente deve submeter seus rendimentos à tributação não tem o condão de inquinar, pelo inciso VII do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, tal atividade como conflituosa, conforme já se havia adiantado quando se buscou uma modelação teórica para o conceito de incompatibilidade, em **4.7.3.18.2**. Não obstante, em razão das competências legais e regimentais do órgão fiscal, há atividades privadas que se submetem sim a uma espécie de controle ou de fiscalização ou à regulação (normatização) pelo Fisco, guardando então uma relação com Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil muito mais intensa, específica e cotidiana que simplesmente submeter seu estado de riqueza e de negócios à tributação. Por exemplo, no macroprocesso de trabalho controle aduaneiro, em razão das características próprias da logística e da infraestrutura da atividade de comércio exterior, os intervenientes no comércio exterior, tais como importadores, exportadores, transportadores, depositários, despachantes aduaneiros, agentes de cargas, operadores multimodais e operadores portuários, têm as suas atividades em si submetidas a controle, à fiscalização e à regulação por parte da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (sem prejuízo de também serem ordinariamente fiscalizadas como meros contribuintes). Para estas empresas, a título aqui de exemplos não exaustivos, as atividades de transporte, de armazenamento e de custódia de mercadorias importadas ou a serem exportadas são muito peculiares e diferentes da mera oferta de rendimentos à tributação e, neste contexto muito específico, tem-se como conflituosa a atividade privada desempenhada por servidor da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, pois esta aqui se porta como verdadeiro órgão de controle, de fiscalização e de regulação da atividade em si.

O inciso VII do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, por sua clara literalidade, requer a ação verbal de exercer a atividade conflituosa, o que faz subentender certo grau de continuidade (ainda que eventual), não se amoldando à hipótese legal - pelo menos *a priori* - uma conduta única e também não há um enquadramento de literalidade similar na Lei nº 8.112, de 11/12/90, a exigir o emprego do critério da especialidade para solucionar o concurso aparente de infrações.

E, conforme se antecipou no início deste tópico, além das sete definições materiais de ilícitos associados a conflito de interesses no art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, para atos cometidos na regra geral do exercício do cargo ou do emprego, o art. 10 da citada Lei também inclui nos comandos punitivos generalistas o dispositivo do inciso I do art. 6º da mesma Lei, que, por sua vez, estende o espectro material para fatos cometidos já após findo o exercício do cargo ou emprego por qualquer agente público (mesmo para o ex-ocupante de cargo ou emprego que *a priori* não era tido como potencial detentor de informações privilegiadas).

Esta última hipótese de definição material alcança a divulgação ou o uso, a qualquer tempo, de informação privilegiada obtida em razão do cargo ou emprego que o agente público ocupava. Esta extensão, ao longo do tempo, da vedação que já havia sido exposta no inciso I do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, projetando-se para além do exercício, já depois de o agente público ter sido dispensado, exonerado, destituído, demitido ou aposentado, demonstra de forma inequívoca a relevância dada pelo legislador ao tratamento sigiloso a ser dado às informações privilegiadas. Se, por um lado, alguns dos institutos acima mencionados não

necessariamente significam o definitivo fim de qualquer espécie de vínculo funcional entre o agente público e a Administração (já que pode ter sido apenas dispensado ou destituído de função ou de cargo em confiança mas ter se mantido no cargo efetivo ou até mesmo pode ter sido exonerado de um cargo para ser investido em outro), por outro lado, institutos como aposentadoria e demissão podem ter o condão de afastar parte ou todo o vínculo estatutário, com o que se reforça a intolerância que o ordenamento demonstra ter com a divulgação e com o uso de informações privilegiadas por qualquer agente público, seja servidor ativo ou inativo, seja até mesmo ex-servidor (conforme já se aduziu em **3.2.2.2.2.a**, é lícito este excepcional processamento disciplinar de servidor inativo e de ex-servidor).

> *Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 6º Configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:*
> *I - a qualquer tempo, divulgar ou fazer uso de informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas;*

De forma extensiva ao que se abordou especificamente em quatro hipóteses acima, cujas redações literalmente se aproximam de dispositivos disciplinares estatutários, pode-se dizer que o cotejamento e a ponderação entre todas as sete hipóteses configuradoras de conflito de interesses no exercício do cargo, à luz dos sete incisos do art. 5º e do inciso I do art. 6º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e alguns enquadramentos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não significa que estes dispositivos disciplinares estatutários tenham sido tacitamente revogados por aquela primeira Lei (melhor dizendo, no caso, cogitando-se de revogação parcial da Lei anterior, se teria a derrogação daqueles dispositivos). Ao contrário, tão somente o legislador inovou o ordenamento ao impor para o quadro funcional e ao dispor para o aplicador do Direito a possibilidade de incidência da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e não da Lei nº 8.112, de 11/12/90, quando as situações práticas se amoldarem àqueles comandos mais específicos, sempre voltados de forma mais direcionada, reservada e extrema a condutas que, com especial e destacada gravidade, põem em colisão os interesses público e privado. O concurso apenas aparente de infrações (já que, *a priori*, parece que uma mesma conduta tanto se subsome a algum enquadramento da Lei nº 8.112, de 11/12/90, quanto encontra definição no art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13) se soluciona com o emprego do critério da especialidade, que aponta para a eleição da norma mais específica, qual seja, a que, em especial (diferentemente dos dispositivos disciplinares estatutários generalistas), define o conflito de interesses.

Ainda neste rumo, sedimentando a vigência e a aplicabilidade simultâneas de ambas as Leis, destaca-se que o advérbio “especialmente”, que o legislador inseriu na literalidade do art. 13 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, dá o sentido de que a regra é mesmo da continuidade da plena vigência da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em sua integralidade, e que esta regra é tão forte que o dispositivo usou daquele vocábulo como ênfase, destacando que, até mesmo no caso de apuração das infrações correlacionadas com o conflito de interesses, não se afasta a aplicabilidade da Lei estatutária.

Ratifica-se também que a Lei nº 12.813, de 16/05/13, não só introduziu no ordenamento a definição material de conflito de interesses como também sedimentou que a instrumentalização da possível sanção em decorrência de condutas conflituosas - quando for o caso de aplicação desta Lei especial - recai no devido processo legal estabelecido ordinariamente na Lei nº 8.112, de 11/12/90.

> *Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 13. O disposto nesta Lei não afasta a aplicabilidade da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, especialmente no que se refere à apuração das responsabilidades e possível aplicação de sanção em razão de prática de ato que configure conflito de interesses ou ato de improbidade nela previstos.*

Prosseguindo na construção acima iniciada, cabe ao aplicador do Direito fazer incidir

a Lei nº 12.813, de 16/05/13, em face da prática de atividades privadas ensejadoras de conflito de interesses, em patamar mais elevado de gravidade e de intolerância jurídica, na concomitância com o anfíbio desempenho do cargo. E tal prática, justamente por se amoldar aos comandos legais mais específicos de algum dos sete incisos do art. 5º (e também do inciso I do art. 6º) da citada Lei especial, sempre restritivamente vinculados de alguma forma ao conceito de conflito de interesses, passa a merecer mais forte repulsa e, consequentemente, atrai a aplicação do enquadramento conceitualmente de maior gravosidade, de improbidade administrativa (*a priori*, por ofensa a princípios reitores da Administração, conforme define o art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, se não restar caracterizada infração mais especificamente definida nos arts. 9º e 10 da mesma Lei, por enriquecimento ilícito ou por dano ao erário). A migração do enquadramento - após a incidência dos dispositivos legais mais específicos da Lei nº 12.813, de 16/05/13 (em que tal especificidade se dá justamente em razão da natureza gravemente conflituosa da atividade privada praticada), em comparação com os dispositivos disciplinares estatutários aqui tidos como mais genéricos da Lei nº 8.112, de 11/12/90 -, determina a apenação expulsiva, nos termos dos arts. 127, III e 132, IV desta última Lei, na forma que será detalhadamente abordada em **4.7.4.4.1** e em **4.7.4.4.2**, em que se abordará, dentre outros aspectos, que o enquadramento por improbidade administrativa até pode contemplar tanto ação quanto omissão, mas, sem dúvida, requer ânimo subjetivo doloso (não se cogitando de culpa para enquadramento de tamanha gravosidade).

> *Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 12. O agente público que praticar os atos previstos nos arts. 5º e 6º desta Lei incorre em improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando não caracterizada qualquer das condutas descritas nos arts. 9º e 10 daquela Lei.*
> *Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput e da aplicação das demais sanções cabíveis, fica o agente público que se encontrar em situação de conflito de interesses sujeito à aplicação da penalidade disciplinar de demissão, prevista no inciso III do art. 127 e no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou medida equivalente.*

Em extensão ao que já se aduziu em **4.7.3.18.4.c**, reforça-se o entendimento que a inovação trazida ao ordenamento pela Lei nº 12.813, de 16/05/13, por mais relevante que tenha sido, não atingiu o condão de revogar tacitamente, os incisos IX, XI, XII e XVIII do art. 117 e o inciso IX do art. 132, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, acima mencionados (ou, melhor nomeando, não houve derrogação, como espécie do gênero revogação). Estes dispositivos disciplinares estatutários continuam coexistindo em plena vigência - até com harmonia - com a Lei nº 12.813, de 16/05/13. Ora, se o próprio art. 13 desta Lei expressamente afirmou não ter sido afastada a aplicação dos dispositivos estatutários concernentes à apuração de conflito de interesses e de improbidade administrativa, forçoso é reconhecer a coexistência daqueles dispositivos estatutários (assim como do inciso IV de seu art. 132) com os ditames da Lei nº 12.813, de 16/05/13.

A chave de solução para elucidar se determinada conduta *a priori* enquadrável em algum daqueles enquadramentos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e também atingida pela definição de conflito de interesses em algum dos sete incisos do art. 5º (e também do inciso I do art. 6º) da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e, portanto, legalmente definidos como atos de improbidade administrativa por afronta a princípios reitores da Administração, inafastavelmente, passa pela ponderação dinâmica se o fato concreto sob análise, primeiramente, amolda-se às especiais literalidades desta última Lei e, em segundo estágio, se, além da formal adequação à previsão legal, carregam em si carga de ânimo subjetivo, de gravidade e de repulsa social a ponto de merecerem o sancionamento como ímproba, nos termos combinados do art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92 (ou do art. 9º ou do art. 10 da mesma Lei, se for o caso). Do contrário, caso não se amolde à literalidade em especial que reflete o instituto do conflito de interesses do art. 5º

(e também do inciso I do art. 6º) da Lei nº 12.813, de 16/05/13, ou, ainda que se amolde, não comporte o ânimo subjetivo, a gravidade ou a repulsa social merecedores do enquadramento como ímproba, deve restar enquadrada em algum daqueles enquadramentos estatutários mais genéricos (compreenda-se que ao longo deste arrazoado, a qualificação de que os dispositivos estatutários são genéricos devem-se pontualmente ao fato de não conterem a especialidade de se vincularem à definição de conflito de interesses, como, em especial, fazem as hipóteses abarcadas pelo art. 5º e também pelo inciso I do art. 6º, ambos da Lei nº 12.813, de 16/05/13).

O tema foi tratado na Nota Técnica Coger nº 2021/14.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/14: "5. Não há falar em revogação da primeira parte do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, pela Lei nº 12.813, de 2013, pois, embora a incompatibilidade prevista naquele dispositivo e o conflito de interesses definido no inc. III do art. 5º dessa Lei sejam condutas semelhantes, estão sujeitos à aplicação de penalidades diferentes.*
> *6. Um ilícito pode, então, ser enquadrado no inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990 - cuja violação redunda na suspensão do servidor infrator -, ou no inciso IV do art. 132 dessa mesma norma, combinado com os arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e o inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 2013 – resultando na aplicação de demissão ou cassação de aposentadoria. O determinante para o enquadramento em um ou outro dispositivo da Lei nº 8.112, de 1990, é o elemento subjetivo com que o desvio funcional foi praticado.*
> *7. A existência do dolo é imprescindível para a configuração de improbidade administrativa, não se admitindo, na instância disciplinar, modalidade culposa de tal ato irregular.*
> *8. Contrariamente, 'os ilícitos previstos nos incisos (...) XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112/90 (...) pressupõem, do ponto de vista subjetivo, ânimo culposo do agente faltoso'.*
> *9. Desse modo, o exercício de atividade incompatível com as atribuições de cargo público só pode ser caracterizado como o conflito de interesses previsto no inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 2013 - e, consequentemente, ter como efeito a aplicação de penalidade expulsiva, em razão da configuração de ato de improbidade administrativa -, se for comprovado o dolo por parte do agente público, ou seja, se demonstrado que esse tinha consciência da incompatibilidade, em razão de manifestação anterior de autoridade competente acerca dessa característica ou quando essa for evidente.*
> *10. Caso não seja constatada a intenção do servidor em exercer atividade incompatível com o seu cargo nem a consciência do ilícito cometido, não há falar em conflito de interesses nos termos definidos pela Lei nº 12.813, de 2013, e em improbidade administrativa. O desvio funcional caracterizado tão somente pela culpa deve ser enquadrado na incompatibilidade da primeira parte do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, e punido com suspensão. Obviamente, se depois de aplicada essa pena o servidor reincide no exercício da atividade incompatível com o cargo, cabe qualificar essa reincidência como improbidade administrativa importanto conflito de interesses."*

Estende-se aqui para todos os enquadramentos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para os quais se esboçaram comparações com definições materiais de conflito de interesses constantes do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, a construção comparativa já apresentada quando se abordou especificamente o inciso III deste último comando legal. A diferença especialmente mais gravosa dos enquadramentos na Lei nº 12.813, de 16/05/13, em comparação aos enquadramentos similares na Lei nº 8.112, de 11/12/90, também pode ser compreendida à medida que, para que se ter como dolosa uma ação infracional, deve-se ter a convicção da consciência e da intencionalidade do autor acerca de todos os elementos do tipo, o que, por vezes, dependendo das situações de contorno, pode não ocorrer.

E acrescente-se ainda destaque quando se pondera o comando do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com o inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, em comparação de quando se ponderam os demais comandos estatutários com dispositivos similares do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13. A única valoração capaz de discernir relevante resultado é aquela primeira, em que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, comina suspensão e a Lei nº 12.813, de 16/05/13, comina demissão por improbidade administrativa; em todos os demais, a ponderação se faz menos dramática, pois tanto a Lei nº 8.112, de 11/12/90, quanto a Lei nº 12.813, de 16/05/13, cominam demissão, restando a diferença apenas em que somente esta a capitula de forma mais gravosa como improbidade administrativa.

Por óbvio, a menção acima à possibilidade de sancionamento disciplinar por improbidade administrativa, prevista no parágrafo único do art. 12 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, não afasta a repercussão civil (mediante ação civil pública de improbidade), imposta no *caput* do mesmo dispositivo legal, e tampouco impede a hipótese de eventual responsabilização penal, pelo mesmo fato.

É indispensável atentar, acerca de tudo o que acima se afirmou sobre a incidência dos comandos da Lei nº 12.813, de 16/05/13, para o inafastável princípio da irretroatividade da lei penal, encartado no art. 5º, XL da CF, já abordado em **3.3.3.2**. Não se coaduna com o ordenamento pátrio que os comandos inovadores da Lei nº 12.813, de 16/05/13, sejam aplicados a procedimentos investigativos ou a processos administrativos disciplinares em curso quando da sua entrada em vigor (que se deu em 01/07/13, 45 dias após a data de sua publicação oficial, em 17/05/13, pois, como a Lei não possui dispositivo próprio determinando a sua vigência, aplica-se-lhe aquela regra geral estabelecida no art. 1º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/42 - antiga Lei de Introdução ao Código Civil -, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) mas decorrentes de condutas praticadas até o dia 30/06/13. O regramento material da Lei nº 12.813, de 16/05/13, quando cabível - nos termos acima expostos -, somente pode ser aplicado para fatos cometidos a partir de 01/07/13.

4.7.3.18.6.c - Os Comandos de Natureza Preventiva Generalistas

Além de introduzir no ordenamento a definição legal de conflito de interesses, de ter apresentado a definição material de condutas ilícitas associadas a conflito de interesses e de ter eleito o rito apuratório destas infrações disciplinares com tal natureza, para a integralidade dos agentes públicos do Poder Executivo federal, a Lei nº 12.813, de 16/05/13, também estabelece regras gerais - sem prejuízo da remessa à regulamentação infralegal - no que diz respeito não só às obrigações de todos os agentes públicos manterem conduta preventiva e inibidora das práticas conflituosas mas também à atribuição de competências administrativas para as atividades de fiscalização, de prevenção, de avaliação e de aferição de tais práticas por parte de qualquer detentor de cargo ou de emprego federal.

Assim, a abordagem didática da Lei nº 12.813, de 16/05/13, prossegue com o detalhamento dos comandos de natureza preventiva generalistas que incidem indistintamente sobre todos os agentes públicos do Poder Executivo federal, no que, por óbvio, se incluem os agentes públicos destacados em dois subgrupos especiais no art. 2º da Lei e, mais especificamente, todo o quadro funcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

Neste enfoque, primeiramente, importa destacar os deveres funcionais a que se obrigam indistintamente todos os agentes públicos do Poder Executivo federal de, nos termos do *caput* do art. 4º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, manterem conduta preventiva, pautarem sua atuação de forma a impedir a ocorrência de conflito de interesses e resguardarem as informações privilegiadas. Para este fim, incumbe a todos os servidores e empregados formularem consulta sobre existência de conflito de interesses e pedido de autorização para a

prática de atividade privada que suscita dúvida se há ou não conflito de interesses.

Conforme já antecipado em **4.7.3.18.3**, é de se compreender de forma não restritiva a expressão “agentes públicos” a que se impõe o dever de consultar acerca de conflito de interesses. Em outras palavras, a tutela preventiva estabelecida pelo art. 4º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, recai não apenas sobre o servidor ou o empregado interessado em praticar determinada atividade, mas também obriga a diligência por parte da Administração (leia-se: a chefia imediata, o titular da unidade e a autoridade correcional) de consultar quem for competente, a fim de elucidar se aquela iniciativa particular é ou não conflituosa. Ou seja, a Coger e também os Escor podem provocar a consulta, que será objeto de abordagem adiante.

Na sequência, impõe-se esclarecer as competências administrativas orientadoras, consultivas, normatizadoras e fiscalizadoras a cargo de distintos órgãos federais. Para isto, embora a incidência dos comandos preventivos em tela seja indistinta, neste ponto, faz-se necessário resgatar que o art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, estabelece um foco subjetivo especial, sujeito a um regramento mais severo, e o subdivide em dois subgrupos (o primeiro, conforme os quatro incisos do dispositivo, formado pelos ocupantes de altos cargos e empregos; e o segundo, conforme o parágrafo único do dispositivo, formado pelos servidores que ordinariamente em suas atividades do dia a dia acessam informações privilegiadas - das quais as informações protegidas por sigilo, e em especial o sigilo fiscal, são espécie).

Aqui, por ora, interessa apenas destacar aquele primeiro subgrupo, formado por altas autoridades republicanas, porque, para este subgrupo, destaca-se uma competência institucional diferenciada, conforme leitura conjunta do § 1º do art. 4º e do parágrafo único do art. 8º, ambos da Lei nº 12.813, de 16/05/13. No que se refere aos ocupantes dos altos cargos e empregos, nos termos dos incisos I a IV do art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, as competências administrativas para as atividades de fiscalização, de prevenção e de aferição de práticas conflituosas se reservam na Comissão de Ética Pública (diretamente vinculada à Presidência da República).

E, residualmente, no que se refere a todos os demais servidores comuns, sejam aqueles que acessam informações privilegiadas (nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13), sejam aqueles demais servidores sem nenhum tipo de acesso mas também incluídos no alcance legal genérico, aquelas competências administrativas são atribuídas à Controladoria-Geral da União (CGU), que é o foco de maior interesse para o presente texto.

Esta bipartição se reflete nas competências, definidas no art. 8º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, para orientar e dirimir dúvidas e controvérsias normativas e para receber e solucionar consultas formuladas por qualquer agente público acerca de configuração ou não de conflito de interesses em atividades particulares; para normatizar, definir a procedimentalização e determinar medidas com o fim de prevenir e impedir a ocorrência de conflito de interesses; para fiscalizar a prática de atividades conflituosas; e para autorizar o agente público a exercer atividade privada quando verificada a inexistência de conflito de interesses ou a sua irrelevância. Portando, direcionando o foco de forma mais específica para o polo subjetivo de interesse do presente texto - qual seja, os servidores comuns em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, independentemente do cargo ocupado -, tem-se que estas competências administrativas de controle preventivo recaem sobre a CGU.

> *Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 4º O ocupante de cargo ou emprego no Poder Executivo federal deve agir de modo a prevenir ou a impedir possível conflito de interesses e a resguardar informação privilegiada.*
> *§ 1º No caso de dúvida sobre como prevenir ou impedir situações que configurem conflito de interesses, o agente público deverá consultar a Comissão de Ética Pública, criada no âmbito do Poder Executivo federal, ou a Controladoria-Geral da União, conforme o disposto no parágrafo único do art.*

> *8º desta Lei.*
> *Art. 8º Sem prejuízo de suas competências institucionais, compete à Comissão de Ética Pública, instituída no âmbito do Poder Executivo federal, e à Controladoria-Geral da União, conforme o caso:*
> *I - estabelecer normas, procedimentos e mecanismos que objetivem prevenir ou impedir eventual conflito de interesses;*
> *II - avaliar e fiscalizar a ocorrência de situações que configuram conflito de interesses e determinar medidas para a prevenção ou eliminação do conflito;*
> *III - orientar e dirimir dúvidas e controvérsias acerca da interpretação das normas que regulam o conflito de interesses, inclusive as estabelecidas nesta Lei;*
> *IV - manifestar-se sobre a existência ou não de conflito de interesses nas consultas a elas submetidas;*
> *V - autorizar o ocupante de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal a exercer atividade privada, quando verificada a inexistência de conflito de interesses ou sua irrelevância;*
> *VI - dispensar a quem haja ocupado cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal de cumprir o período de impedimento a que se refere o inciso II do art. 6º, quando verificada a inexistência de conflito de interesses ou sua irrelevância;*
> *VII - dispor, em conjunto com o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sobre a comunicação pelos ocupantes de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal de alterações patrimoniais relevantes, exercício de atividade privada ou recebimento de propostas de trabalho, contrato ou negócio no setor privado; e*
> *Parágrafo único. A Comissão de Ética Pública atuará nos casos que envolvam os agentes públicos mencionados nos incisos I a IV do art. 2º e a Controladoria-Geral da União, nos casos que envolvam os demais agentes, observado o disposto em regulamento.*

No que diz respeito ao dever funcional do agente público proceder à consulta ou ao pedido de autorização para prática de atividade privada em situação que suscita dúvida se há ou não conflito de interesses, no âmbito da competência administrativa atribuída à CGU, a regulamentação da competência administrativa dos incisos IV e V do art. 8º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, se deu por meio da Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13. Esta norma infralegal regulamenta os institutos da consulta sobre existência de conflito de interesses e do pedido de autorização para exercício de atividade privada ao dispor de todos os agentes públicos comuns, que acessem ou não informações privilegiadas. Ou seja, inclui o presente foco de interesse, pois regulamenta tais institutos para todos os servidores em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, sejam ocupantes de cargo da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, sejam ocupantes dos demais cargos administrativos integrantes do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda (Pecfaz, do Quadro de Pessoal do atual Ministério da Economia - ME, já descrito em **4.7.13.8.6.a**), além de empregados. Mediante petição eletrônica em que se descreva objetivamente situação concreta e individual e diretamente vinculada ao interessado (pois não se consideram as petições em tese ou genéricas), o servidor ou empregado pode solicitar, a qualquer momento, orientação acerca de situação que possa suscitar dúvida quanto à ocorrência de conflito de interesses ou a autorização para exercer atividade privada.

> *Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13 - Art. 1º A consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada por servidor ou empregado público do Poder Executivo federal no âmbito da competência atribuída à Controladoria-Geral da União - CGU pelo § 1º do art. 4º e pelo art. 8º da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, são disciplinados por esta Portaria.*
> *Parágrafo único. Excluem-se do âmbito de aplicação desta Portaria a consulta*

> *sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada formulados pelos servidores ou agentes públicos mencionados nos incisos I a IV do art. 2º da Lei nº 12.813, de 2013.*
> *Art. 2º Para os fins desta Portaria, considera-se:*
> *I - consulta sobre a existência de conflito de interesses: instrumento à disposição de servidor ou empregado público pelo qual ele pode solicitar, a qualquer momento, orientação acerca de situação concreta, individualizada, que lhe diga respeito e que possa suscitar dúvidas quanto à ocorrência de conflito de interesses; e*
> *II - pedido de autorização para o exercício de atividade privada: instrumento à disposição do servidor ou empregado público pelo qual ele pode solicitar autorização para exercer atividade privada.*
> *Art. 3º A consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada deverão ser formulados mediante petição eletrônica e conter no mínimo os seguintes elementos:*
> *I - identificação do interessado;*
> *II - referência a objeto determinado e diretamente vinculado ao interessado; e*
> *III - descrição contextualizada dos elementos que suscitam a dúvida.*
> *Parágrafo único. Não será apreciada a consulta ou o pedido de autorização formulado em tese ou com referência a fato genérico.*

Subentende-se da norma que pedidos de autorização referem-se especificamente à prática de atividade privada suscitadora de dúvida acerca da ocorrência de possível conflito de interesses e a consulta se refere a quaisquer outros casos de situação concreta individualizada quetambém deixem a mesma insegurança no agente, a exemplo do recebimento de brindes ou de presentes e a participação de um determinado evento.

Segundo o art. 4º da citada Portaria Interministerial, as consultas e os pedidos em tela devem ser dirigidos, como regra geral, à unidade de recursos humanos do órgão de lotação (inclusive para os agentes cedidos, requisitados, em licença ou afastados), o que levaria a interpretar que a adequação deste dispositivo ao contexto específico da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil imporia que as consultas sobre conflito de interesses e os pedidos para exercício de atividade privada devessem ser encaminhados à Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep). Não obstante, o parágrafo único do art. 5º da mesma Portaria Interministerial delegou Secretário-Executivo da respectiva Pasta a competência de designar outra autoridade, órgão ou comissão de ética, no âmbito do referido órgão, para desempenhar aquelas competências preventivas.

> *Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13 - Art. 4º A consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada deverão ser dirigidos à unidade de Recursos Humanos do órgão ou entidade do Poder Executivo federal onde o servidor ou empregado público esteja em exercício.*
> *Parágrafo único. Os servidores e empregados públicos cedidos ou requisitados e com exercício em outro ente federativo, esfera ou poder, como também aqueles que se encontram em gozo de licença ou afastamento, deverão enviar a consulta ou o pedido de autorização para as unidades de Recursos Humanos dos órgãos ou entidades de lotação.*
> *Art. 5º*
> *Parágrafo único. Os Secretários-Executivos e equivalentes, no âmbito dos Ministérios, ou os dirigentes máximos das entidades do Poder Executivo federal, poderão designar outra autoridade, órgão ou comissão de ética, criada no âmbito do referido órgão ou entidade, para exercer as atribuições previstas nos incisos II a IV do caput deste artigo.*

E, de fato, no âmbito de cada órgão do Ministério da Economia (ME), o respectivo Secretário-Executivo estabeleceu, por meio da Portaria MF nº 71, de 28/04/14, que tais

competências recaem sobre as respectivas comissões de ética pública. Assim, no caso específico da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, que conta com sua própria comissão de ética, as competências para receber as consultas e os pedidos, de efetuar análise preliminar sobre existência de conflito de interesses e de autorizar pedidos para exercício de atividade privada não conflituosa, em situações concretas e determinadas, recaem sobre a respectiva Comissão de Ética Pública Seccional (CE-RFB). Desta forma, é como se o *caput* do art. 4º da Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13, devesse ser lido com Comissão de Ética da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil onde *a priori* se leria Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas.

> *Portaria MF nº 71, de 28/04/14 - Art. 1º Designar, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 5º da Portaria Interministerial nº 333, de 19 de setembro de 2013, as Comissões de Ética do Ministério da Fazenda, para exercer as atribuições previstas nos incisos II a IV do caput do art. 5º da citada portaria.*

Ainda de acordo com a regulamentação procedimental imposta pela Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13, de seus arts. 5º a 9º, cabe ao foro competente no órgão de lotação do agente público (no caso específico, por meio da Comissão de Ética da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil), no prazo de quinze dias, efetuar uma primeira análise da consulta ou do pedido concreto e, caso vislumbre inexistência de potencial conflito de interesses ou sua irrelevância, o próprio órgão é competente para se manifestar a favor da petição, comunicando o resultado fundamentado ao peticionante (acompanhado de autorização para o exercício da atividade privada solicitada, no caso de pedido). Mas caso esta primeira análise vislumbre potencial conflito de interesses, deve a provocação, acompanhada da manifestação prévia fundamentada, ser remetida à CGU, a quem cabe, também no prazo de quinze dias (prorrogável por igual período e com possibilidade de solicitação de informações adicionais ao órgão de lotação), a resposta à consulta ou a decisão para o pedido. Embora não expressa na norma, na hipótese de o órgão de lotação entender que há conflito de interesse passível de mitigação do risco, por meio das chamadas medidas mitigatórias, deve a apreciação ser remetida à CGU. As medidas mitigatórias limitam a atuação privada do agente ou, em situações excepcionalíssimas, limitam o exercício do seu cargo, de forma a tornarem irrelevante o risco de conflito de interesses. A rigor, estas hipóteses de autorização condicionada são uma espécie de indeferimento parcial e, como se verá adiante, a competência indeferidora é exclusiva da CGU.

Em outras palavras, o órgão de origem possui competência apenas para se manifestar definitivamente pela inexistência de conflito de interesses ou por sua irrelevância, tanto em consultas quanto em pedidos referentes a casos concretos; caso se vislumbre a necessidade de uma resposta contrária aos interesses do peticionante, obrigatoriamente a instância sobe para a CGU. Neste ínterim, na hipótese de pedido de autorização sem resposta ao peticionante, por parte do órgão de lotação, no prazo de quinze dias, a norma o autoriza a praticar a atividade em caráter precário, até que se tenha a decisão, que, se for denegatória, cassa a autorização precária.

> *Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13 - Art. 5º Cabe à unidade de Recursos Humanos:*
> *I - receber as consultas sobre a existência de conflito de interesses e os pedidos de autorização para o exercício de atividade privada dos servidores e empregados públicos e comunicar aos interessados o resultado da análise;*
> *II - efetuar análise preliminar acerca da existência ou não de potencial conflito de interesses nas consultas a elas submetidas;*
> *III - autorizar o servidor ou empregado público no âmbito do Poder Executivo federal a exercer atividade privada, quando verificada a inexistência de*

> *potencial conflito de interesses ou sua irrelevância; e*
> *IV - informar os servidores ou empregados públicos sobre como prevenir ou impedir possível conflito de interesses e como resguardar informação privilegiada, de acordo com as normas, procedimentos e mecanismos estabelecidos pela CGU.*
> *Art. 6º Presentes as informações solicitadas no art. 3º, a unidade de Recursos Humanos ou a autoridade, órgão ou comissão competente terá o prazo de até quinze dias para analisar a consulta ou o pedido de autorização para o exercício de atividade privada.*
> *§ 1º Havendo outra autoridade ou órgão designado nos termos do parágrafo único do art. 5º, a unidade de Recursos Humanos deverá fazer imediatamente o encaminhamento ao responsável.*
> *§ 2º Na consulta, quando for verificada inexistência de conflito de interesses ou sua irrelevância, a unidade de Recursos Humanos comunicará o resultado da análise realizada pelo órgão ou entidade, devidamente fundamentada, ao interessado.*
> *§ 3º Nos pedidos de autorização, a comunicação do resultado de análise preliminar que concluir pela inexistência de potencial conflito de interesses ou sua irrelevância deverá ser acompanhada de autorização para que o servidor ou empregado público exerça atividade privada específica.*
> *§ 4º Verificada a existência de potencial conflito de interesses, a unidade de Recursos Humanos encaminhará a consulta ou o pedido de autorização à CGU, mediante manifestação fundamentada que identifique as razões de fato e de direito que configurem o possível conflito, e comunicará o fato ao interessado.*
> *§ 5º Nos pedidos de autorização, transcorrido o prazo previsto no caput, sem resposta por parte da unidade de Recursos Humanos, fica o interessado autorizado, em caráter precário, a exercer a atividade privada até que seja proferida manifestação acerca do caso.*
> *§ 6º A comunicação do resultado de análise que concluir pela existência de conflito de interesses implicará a cassação da autorização mencionada no § 5º deste artigo.*

Tendo sido remetida a provocação para a CGU, a este órgão central cabe analisar a questão e emitir a resposta à consulta ou a decisão para o pedido, sempre atinentes a caso concreto e determinado. Em síntese, as respostas desdobram-se em três possibilidades: pode-se vislumbrar inexistência ou irrelevância de potencial conflito de interesses, o que acarretará resposta a favor dos interesses do peticionante; ou pode-se vislumbrar existência de potencial conflito de interesses, o que acarretará resposta contrária aos interesses do peticionante; ou, por fim, residualmente, ainda que se vislumbre existência de potencial conflito de interesses, pode-se também entender que há boa-fé por parte do peticionante, hipótese excepcional em que se pode determinar medidas para eliminação ou mitigação dos pontos conflituosos (as chamadas medidas mitigatórias), bem como se pode conceder autorização condicionada. É de se atentar que a percepção de boa-fé, a cargo da CGU, se opera individualmente e caso a caso, de acordo com peculiaridades, especificidades e condicionantes de cada consulta ou de cada pedido, não se confundindo com a autorização precária para exercício de atividade nos casos em que se ultrapassa o prazo originário de quinze dias para resposta e tampouco se operando aqui uma presunção generalística e apriorística em todos os casos em que o agente público provoca a Administração com consulta ou com pedido até se ter a resposta. Não há que se confundir que a consideração de boa-fé e a consequente autorização condicionada (no comando do parágrafo único do art. 7º Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13) se aplicam em momento distinto e por motivos outros da autorização precária (dos comandos dos §§ 5º e 6º do art. 6º, ambos da mesma Portaria Interministerial): enquanto aquelas se dão em decorrência da análise individualizada a cargo do órgão central, esta se dá de forma indistinta a todos que sejam objeto de mera inércia administrativa antes de se ter

qualquer decisão. A norma não quis atribuir uma presunção de boa-fé caso haja inércia da Administração em responder ao pedido. Após proceder à análise, a CGU deve devolver a resposta à consulta ou a decisão do pedido (acompanhada de autorização para a atividade privada solicitada, no caso de pedido deferido) à unidade de recursos humanos do órgão de lotação, a quem cabe comunicar o resultado ao interessado. O peticionante dispõe ainda de um prazo de dez dias para interpor recurso, à autoridade superior da CGU, que, em quinze dias, deve manter, modificar, anular ou revogar total ou parcialmente a decisão anterior.

> *Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13 - Art. 7º Cabe à CGU, nas consultas a ela submetidas pelas unidades de Recursos Humanos dos órgãos e entidades do Poder Executivo federal, analisar e manifestar-se sobre a existência ou não de conflito de interesses, bem como autorizar o servidor ou empregado público a exercer atividade privada, quando verificada inexistência de conflito de interesses ou sua irrelevância.*
> *Parágrafo único. Caso entenda pela existência de conflito de interesses, a CGU poderá determinar medidas para sua eliminação ou mitigação, levando em conta a boa-fé do servidor ou empregado público, com a possibilidade, inclusive, de concessão de autorização condicionada.*
> *Art. 8º A CGU terá o prazo de quinze dias para manifestar-se sobre a consulta ou o pedido de autorização para o exercício de atividade privada encaminhado pela unidade de Recursos Humanos.*
> *§ 1º Quando considerar insuficientes as informações recebidas, a CGU poderá solicitar informações adicionais aos órgãos ou entidades envolvidos no caso.*
> *§ 2º O pedido de solicitação de informações adicionais suspende o prazo estabelecido no caput até o recebimento de manifestação do referido órgão ou entidade.*
> *§ 3º O órgão ou entidade terá dez dias para enviar esclarecimentos adicionais à CGU, contados do recebimento do pedido.*
> *§ 4º A CGU devolverá o resultado da análise, devidamente fundamentada, à unidade de Recursos Humanos correspondente, que o comunicará ao servidor ou empregado público interessado.*
> *§ 5º Nos pedidos de autorização, a comunicação do resultado da análise que concluir pela inexistência de conflito de interesses ou sua irrelevância deverá ser acompanhada de autorização para que o servidor ou empregado público exerça atividade privada específica.*
> *§ 6º O prazo mencionado no caput poderá ser prorrogado por igual período, ante justificativa explícita.*
> *Art. 9º O interessado, no prazo de dez dias contados a partir de sua ciência, poderá interpor recurso contra a decisão prevista no art. 8º que entenda pela existência de conflito de interesses.*
> *Parágrafo único. Autoridade ou instância superior, no âmbito da própria CGU, terá quinze dias para decidir o recurso e poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida.*

No âmbito interno da CGU, o tema ganhou disciplinamento por meio da Portaria CGU nº 1.911, de 04/10/13, que estabeleceu as competências para apreciação de consulta sobre a existência de conflito de interesses e de pedido de autorização para o exercício de atividade privada por servidor ou empregado público do Poder Executivo federal e para julgar os recursos interpostos. A manifestação sobre existência ou não de conflito de interesses e a autorização para prática de atividade privada recaem sobre o Secretário de Transparência e Prevenção da Corrupção da CGU (CGU/STPC) e o julgamento dos recursos interportos contra decisão daquela autoridade incumbe ao Secretário-Executivo da CGU.

> *Portaria CGU nº 1.911, de 04/10/13 - Art. 2º Compete ao Secretário de Transparência e Prevenção da Corrupção da CGU:*
> *I - manifestar-se sobre a existência ou não de conflito de interesses nas consultas encaminhadas à CGU;*

> *II - autorizar o ocupante de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal a exercer atividade privada, quando verificada a inexistência de conflito de interesses ou sua irrelevância; e*
> *III - manifestar-se, no prazo de cinco dias, sobre os recursos interpostos contra sua decisão, reconsiderando-a ou remetendo-os ao Secretário-Executivo da CGU para julgamento.*
> *Parágrafo único. As consultas sobre conflito de interesses e os pedidos de autorização para exercício de atividade privada, referidos nos incisos I e II do caput, serão julgados na forma do art.8º da Portaria Interministerial MP/CGU nº 333, de 2013.*
> *Art. 3º Compete ao Secretário-Executivo da CGU:*
> *I - julgar, na forma do art. 9º da Portaria Interministerial MP/CGU nº 333, de 2013, os recursos interpostos contra decisão do Secretário de Transparência e Prevenção da Corrupção;*

Após as alterações orgânicas promovidas na CGU a partir de 2019, desde a Medida Provisória (MP) nº 870, de 1º de janeiro de 2019 (convertida na Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019), as competências acima, acerca de manifestações em casos de suposto conflito de nteresses, foram subdelegadas pelo Secretário de Transparência e Prevenção da Corrupção para o Diretor de Prevenção da Corrpução, por meio da Portaria CGU/STPC nº 1.705, de 17 de maio de 2019.

Por fim, em atendimento ao comando exposto no art. 10 da Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13, e a fim de superar a fase de implementação concedida pelo art. 11 daquela norma e pelo art. 4º da Portaria CGU nº 1.911, de 04/10/13, para agilizar a comunicação entre o agente público e a Administração, a CGU desenvolveu o Sistema Eletrônico de Prevenção de Conflitos de Interesses (SeCI), que pode ser acessado por meio do endereço https://seci.cgu.gov.br/SeCI/Login/Externo.aspx?ReturnUrl=/SeCI/ ou através da página “Conflito de Interesses” no Portal da CGU, que pode ser acessada por meio do endereço http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/setor-publico/conflito-de-interesses.

> *Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13 - Art. 10. Cabe à CGU criar o sistema eletrônico para envio das consultas e pedidos de autorização referidos nesta Portaria.*
> *Art. 11. Até que seja criado o sistema referido no art. 10, as consultas e pedidos de autorização deverão ser formulados nos termos dos Anexos I e II desta Portaria.*
>
> *Portaria CGU nº 1.911, de 04/10/13 - Art. 4º Até que seja criado o sistema referido no art. 10 da Portaria Interministerial MP/CGU nº 333, de 2013, os recursos deverão ser apresentados utilizando-se o formulário Anexo a esta Portaria e seguindo-se as instruções nele contidas.*

Para o servidor ou empregado público, o SeCI permite registrar um pedido de autorização para exercer atividade privada (se o agente pretende exercer alguma atividade privada, seja paralelamente ao exercício de sua função pública, seja no período de seis meses após sua dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria) ou formular uma consulta para esclarecer alguma dúvida sobre como prevenir ou impedir uma situação potencialmente causadora de conflito de interesses. Ratifique-se que, mesmo em via eletrônica, em ambos os casos, a questão deve estar relacionada a uma situação concreta, individualizada e que diga respeito ao peticionante, pois não se aceitam solicitações formuladas em tese ou com referência a fato genérico. Ademais, o sistema permite ainda que o agente público acompanhe suas solicitações em andamento.

Além disto, em um módulo distinto, voltado aos agentes públicos lotados nas unidades de recursos humanos ou em outras unidades ou órgãos designados pela Administração como

responsáveis pelo recebimento e tratamento dos pedidos e das consultas, o SeCI permite ao órgão ou entidade pesquisar, acessar e responder solicitações enviadas pelos servidores e empregados públicos e responder pedidos de informações adicionais feitos pelo órgão central.

Quanto à tramitação virtual, em um primeiro momento, o pedido ou a consulta do servidor ou empregado público é encaminhado pelo SeCI ao órgão ou entidade a que se vincula, para que seja analisado pela unidade ou órgão competente para tal (no caso da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, à vista da já mencionada Portaria MF nº 71, de 28/04/14, esta remessa dirige-se à respectiva Comissão de Ética Pública Seccional). Caso, após esta verificação, o órgão ou entidade entenda que há possibilidade de configuração de conflito de interesses, o próprio sistema automatiza o envio tanto da análise para a CGU quanto da resposta deste órgão central para a origem e ainda faculta também a interposição de recurso contra decisão que ratifica aquela possibilidade aventada em desfavor do peticionante.

Cabe informar que, uma vez que foi desenvolvido e é mantido pela CGU, pelo SeCI tramitam pedidos ou consultas apenas entre os órgãos ou entidades e aquele órgão central. As solicitações entre unidades do mesmo órgão ou entidade devem, por isto, ser controladas e processadas em sistemas próprios internos.

Voltando o foco para o alcance específico sobre a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, o tema voltou a ganhar detalhamento interno em sua instrumentalidade com a edição da Portaria ME/SE nº 15.966, de 6 de junho de 2020. Esta norma detalhou a procedimentalização estabelecida pela Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13, para o caso específico de consulta sobre existência de conflito de interesses e de pedido de autorização de exercício de atividade privada no âmbito do Ministério da Economia, em que, por óbvio, se inclui a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

Segundo a Portaria ME/SE nº 15.966, de 2020, as competências dispostas nos incisos I a IV do art. 5º da portaria interministerial ficam a cargo das unidades de gestão de pessoas, da Corregedoria e da comissão de ética do órgão, o que significa, no caso da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, as unidades de projeção da Cogep (Digep), a Comissão de Ética Pública Seccional (CE-RFB) e a Coger. Em sintéticas palavras, a consulta e o pedido, sempre condicionados a caso concreto, devem ser protocolizados eletronicamente, via SeCI, pelo servidor e dirigidos à Digep. No prazo de até dois dias corridos, a Digep deve verificar se a petição possui identificação do interessado e objeto do pedido determinado, diretamente vinculado ao interessado e descrito de forma contextualizada (uma vez que não são aceitos pedidos em tese ou referentes a fatos genéricos); instruí-la, se for o caso; incluí-la no Sistema Eletrônico de Informações (SEI); e encaminhá-la à Coger e à CE-RFB.

> *Portaria ME/SE nº 15.966, de 2020 - Art. 2º As atribuições constantes dos incisos I a IV do artigo 5º da Portaria Interministerial nº 333, de 2013, ficarão a cargo das unidades de Gestão de Pessoas, Unidades de Correição e Comissões de Ética dos seguintes órgãos do Ministério da Economia:*
> *I - Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil;*
> *II - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais;*
> *III - Secretaria do Tesouro Nacional;*
> *IV - Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; e*
> *V - Secretaria de Gestão Corporativa*
> *§ 1º Os agentes públicos que estiverem em exercício em unidades distintas daquelas referidas nos incisos I a IV encaminharão consultas sobre a existência de conflito de interesses e pedidos de autorização para o exercício de atividade privada à unidade de Gestão de Pessoas da Secretaria de Gestão Corporativa.*
> *§ 2º Os órgãos que não tiverem em sua estrutura Unidade de Correição própria terão suas consultas sobre a existência de conflito de interesses e pedidos de autorização para o exercício de atividade privada analisadas tecnicamente pela Corregedoria do Ministério da Economia.*

§ 3º Os órgãos que não tiverem em sua estrutura Comissão de Ética própria terão suas consultas sobre a existência de conflito de interesses e pedidos de autorização para o exercício de atividade privada analisadas e julgadas pela Comissão de Ética do Ministério da Economia.
Art. 3º Para os fins desta Portaria, considera-se:
I - consulta sobre a existência de conflito de interesses: instrumento à disposição de servidor ou empregado público pelo qual ele pode solicitar, a qualquer momento, orientação acerca de situação concreta, individualizada, que lhe diga respeito e que possa suscitar dúvidas quanto à ocorrência de conflito de interesses; e
II - pedido de autorização para o exercício de atividade privada: instrumento à disposição do servidor ou empregado público pelo qual ele pode solicitar autorização para exercer atividade privada.
Parágrafo único: O servidor ou empregado público poderá formular a consulta e o pedido de que trata o caput em caso de superveniência de situação que configure potencial conflito de interesses.
Art. 4º A consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada deverão ser formulados mediante petição eletrônica no Sistema Eletrônico de Prevenção de Conflitos de Interesses (SeCI) e conter no mínimo os seguintes elementos:
I - identificação do interessado;
II - referência a objeto determinado e diretamente vinculado ao interessado; e
III - descrição contextualizada dos elementos que suscitam a dúvida.
Parágrafo único. Não será apreciada a consulta ou o pedido de autorização formulado em tese ou com referência a fato genérico.
Art. 5º A consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada serão dirigidos às unidades de Gestão de Pessoas dos órgãos mencionados no art. 2º.
Parágrafo único. Os agentes públicos cedidos ou requisitados e com exercício em outro ente federativo, esfera ou poder, como também aqueles que se encontram em gozo de licença ou afastamento deverão enviar a consulta ou o pedido de autorização por intermédio do Sistema Eletrônico de Prevenção de Conflitos de Interesses (SeCI), com endereçamento para as unidades de Gestão de Pessoas dos seus órgãos de lotação.
Art. 7º Quando não houver informações suficientes para análise da consulta ou pedido, as unidades de Gestão de Pessoas dos órgãos poderão encerrar a solicitação, mediante justificativa das razões de negativa no SeCI, sendo admitido que o agente público realize a qualquer momento nova consulta ou pedido, caso obtenha as informações necessárias.
Art. 8º Cabe às Unidades de Gestão de Pessoas:
I - receber as consultas sobre a existência de conflito de interesses e os pedidos de autorização para o exercício de atividade privada dos agentes públicos do Ministério da Economia;
II - verificar o cumprimento dos requisitos constantes do art. 4° desta portaria e receber a documentação comprobatória das atividades desempenhadas e das atividades requeridas;
III - instruir, com as informações e documentação necessárias, as consultas sobre a existência de conflito de interesses e os pedidos de autorização para o exercício de atividade privada dos agentes públicos do Ministério da Economia a serem analisados pelas unidades responsáveis;
IV - incluir as consultas sobre a existência de conflito de interesses e os pedidos de autorização para o exercício de atividade privada dos agentes públicos do Ministério da Economia no Sistema Eletrônico de Informações (SEI) para trâmite interno do procedimento no Ministério;
V - encaminhar consultas sobre a existência de conflito de interesses e os pedidos de autorização para o exercício de atividade privada para análise das Comissões de Ética pelo sistema SEI;

> *VI - encaminhar, concomitantemente ao envio às Comissões de Ética, pelo sistema SEI, cópia das consultas sobre existência de conflito de interesses e pedidos de autorização para atividade privada, às Unidades de Correição para que seja efetuada análise técnica a fim de subsidiar o posicionamento das Comissões de Ética;*

Na sequência, compete à Coger, no prazo de até oito dias corridos, prover uma análise técnica da petição, sob ótica disciplinar e remetê-la, via sistema SEI, como subsídio, à CE-RFB (ou, se for o caso, devolver à Digep para a necessária complementação da instrução). Por fim, cabe à CE-RFB, no prazo de até doze dias corridos, proceder à análise fundamentada da petição, devolvendo-a à Digep, seja solicitando a necessária complementação da instrução, seja manifestando seu entendimento a favor ou contra os interesses do servidor. Cabe à Digep comunicar ao servidor o resultado da análise (a favor ou contra) realizada pela CE-RFB. No caso de a CE-RFB ter se manifestado contrariamente à petição, cabe ainda à Digep remeter a análise, via SeCI, à CGU e posteriormente comunicar ao servidor o resultado final da análise (afinal realizada pela Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção da CGU - CGU/STPC), no prazo de um dia corrido para cada tarefa. Em todo caso, não havendo informações suficientes na petição, a análise retorna à Digep, a fim de, motivadamente, encerrar a solicitação.

> *Portaria ME/SE nº 15.966, de 2020 - Art. 9º Cabe às Unidades de Correição:*
> *I - receber, por meio do sistema SEI, as consultas sobre a existência de conflito de interesses e os pedidos de autorização para o exercício de atividade privada dos agentes públicos do Ministério da Economia, encaminhados pelas Unidades de Gestão de Pessoas;*
> *II - efetuar análise técnica acerca da existência ou não de potencial conflito de interesses nas consultas e nos pedidos de autorização para atividade privada a elas submetidos, a fim de subsidiar análise e posicionamento das Comissões de Ética; e*
> *III - encaminhar, por meio do sistema SEI, análise técnica devidamente fundamentada às Comissões de Ética.*
> *Parágrafo único. As Unidades de Correição deverão encaminhar análise técnica, por meio do sistema SEI, às Comissões de Ética no prazo de até oito dias corridos após o recebimento da consulta sobre a existência de conflito de interesses ou do pedido de autorização para o exercício de atividade privada.*
> *Art. 10. Cabe às Comissões de Ética:*
> *I - receber, por meio do sistema SEI, as consultas sobre a existência de conflito de interesses e os pedidos de autorização para o exercício de atividade privada dos agentes públicos do Ministério da Economia encaminhados pelas Unidades de Gestão de Pessoas;*
> *II - receber, por meio do sistema SEI, análise técnica das Unidades de Correição, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 9º;*
> *III - efetuar análise preliminar acerca da existência ou não de potencial conflito de interesses nas consultas e nos pedidos de autorização para atividade privada a elas submetidos; e*
> *IV - encaminhar posicionamento, devidamente fundamentado, às Unidades de Gestão de Pessoas para as providências dos incisos VII e VIII do art. 8º.*
> *Parágrafo único. As Comissões de Ética terão doze dias para proceder à análise preliminar e apresentar manifestação em relação à consulta sobre a existência de conflito de interesses e ao pedido de autorização para o exercício de atividade privada.*
> *Art. 8º Cabe às Unidades de Gestão de Pessoas:*
> *VII - inserir ementa produzida pela análise das Comissões de Ética no campo "Justificativa" do SeCI bem como incluir, na forma de anexos, os documentos produzidos como resultado da análise das Comissões de Ética;*
> *VIII - encaminhar à CGU, pelo SeCI, posicionamento das Comissões de Ética, quando verificada a existência de potencial conflito de interesses na consulta*

> *sobre a existência de conflito de interesses e no pedido de autorização para o exercício de atividade privada;*
> *IX - comunicar aos interessados, por meio de registro no SeCI, o posicionamento das Comissões de Ética com relação à consulta sobre a existência de conflito de interesses e ao pedido de autorização para o exercício de atividade privada; e*
> *X - comunicar aos interessados, por meio do SeCI, o resultado da análise da CGU, quanto às consultas sobre a existência de conflito de interesses e aos pedidos de autorização para o exercício de atividade privada.*
> *§ 1º As Unidades de Gestão de Pessoas deverão cumprir as atribuições previstas nos incisos de I a VI no prazo de até dois dias corridos; e, no prazo de um dia corrido, as atribuições dos incisos VII a X.*
> *Art. 11. Caso considerem insuficientes as informações recebidas, as Comissões de Ética e as unidades de Correição poderão solicitar informações adicionais às unidades de Gestão de Pessoas por meio do sistema SEI.*
> *§ 1º As Unidades de Gestão de Pessoas terão dois dias corridos para enviar os esclarecimentos, contados do recebimento do pedido.*
> *§ 2º Quando as Unidades de Correição entenderem insuficientes as informações adicionais prestadas pelas unidades de Gestão de Pessoas, encaminharão posicionamento devidamente fundamentado às Comissões de Ética comunicando a impossibilidade de análise do pleito.*
> *§ 3º Caso as Comissões de Ética, após análise das informações adicionais prestadas pelas unidades de Gestão de Pessoas ou do posicionamento fundamentado encaminhado pelas unidades de Correição, concluírem pela insuficiência de elementos para análise e julgamento, manifestarão seu entendimento às unidades de Gestão de Pessoas para que estas procedam ao estabelecido no art. 7º.*
> *§ 4º Na hipótese das Comissões de Ética decidirem pelo encerramento da consulta e do pedido, conforme previsto no § 3º, deverão comunicar às unidades de Correição para evitar que seja dado prosseguimento à análise técnica.*

O reflexo e as peculiaridades específicas de toda esta instrumentalização no âmbito interno da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, *a priori*, ganhou os contornos que se seguem descritos. De imediato, se cogita de o servidor provocar a Administração com consulta sobre existência de conflito de interesses ou com pedido de autorização para exercício de atividade privada, sempre condicionados de se reportarem a caso concreto determinado, via SeCI, e com as consequentes atuações da respectiva Divisão de Gestão de Pessoas (Digep), Coger, Comissão de Ética Pública Seccional (CE-RFB) e, se for o caso, CGU, por meio da CGU/STPC.

Mas, por outro lado, nada impede que, no caso de vir ao conhecimento do sistema correcional a prática de atividade concreta e determinada que suscite dúvida se é ou não conflituosa, pode a Coger consultar de ofício a CE-RFB, independentemente de iniciativa do servidor, seguindo daí o trâmite de a consulta ser solucionada favoravelmente ao agente público na própria CE-RFB ou de ser remetida à CGU no caso de a CE-RFB vislumbrar conflito de interesses. Ainda mais excepcionalmente, até se pode cogitar de a Coger provocar diretamente e de ofício a CGU (mesmo que isto configure uma supressão de instância, diante de questões estratégicas e por economia processual e estando o expediente perfeitamente instruído sem lacunas, aquele órgão central pode conhecer da consulta, sem determinar seu retorno à CE-RFB).

Para o caso inespecífico (até pouco provável, reconheça-se) de uma atividade que já vem sendo praticada pelo servidor e que venha a ser declarada como materialmente incompatível pela CGU, por meio do Secretário de Transparência e Prevenção da Corrupção da CGU, e sobre a qual possa se cogitar de que não era cristalina e inequívoca a

incompatibilidade (em outras palavras, em que se possa cogitar de que o agente a praticava sem a clara consciência da ilicitude, inquinando por culposa a prática, em razão da ausência de consciência de todos os elementos do enquadramento, conforme se antecipou em **4.7.3.18.4.c**), independentemente da ciência a ser dada pela Digep, convém o Escor (ou a Coger) comunicar tal entendimento ao servidor, a fim de que este cesse a prática tida com conflituosa. No extremo benéfico do exemplo em comento, se, ato contínuo, o servidor trouxer prova de que cessou com a conduta, o procedimento pode ser arquivado; e, no extremo oposto, pode-se cogitar de restar configurada a conduta dolosa do servidor e o PAD deve ser instaurado, com possibilidade de conclusão por cometimento de ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 12.813, de 16/05/13.

Por óbvio, não obstante esta recomendação de viés não intervencionista do sistema correcional, no caso que parece mais provável e factível, qual seja, de o servidor praticar atividade flagrante e indubitavelmente incompatível com as atribuições legais do cargo, aquela cautelosa instrumentalização acima descrita pode ser dispensada, instaurando-se de imediato o PAD com vista a apurar possível ato de improbidade administrativa.

Este é o caso, por exemplo, no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, do exercício da advocacia, da atividade contábil e do serviço de praticagem, por parte de servidores ocupantes de cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil. Isto porque vigora no órgão a Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, que declara aquelas três atividades incompatíveis, nos termos do inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, com os cargos da carreira específica. De se perceber que esta Portaria não cria, não inova, não limita, não altera e não extingue direito, sendo então uma norma meramente declaratória, harmonizada com a tutela preventiva que se extrai do art. 4º da Lei nº 12.813, de 16/05/13. Neste sentido também já se manifestou a PGFN, no seu Parecer PGFN/Cojed 295/2017:

> *Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017: "34. Cabe rejeitar, também em caráter preambular a alegação de nulidade da portaria RFB nº 444, de 23 março de 2015, que prevê a incompatibilidade da atividade de praticagem com as atribuições dos cargos da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil (na qual o Auditor-Fiscal da RFB está incluso por força do art. 5º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002).*
> *35. É certo que não é dado aos atos infralegais inovarem na ordem jurídica estabelecendo direitos e obrigações no mundo jurídico, sob pena de afrontar o art. 5º, II, da CF, que nos remete a ideia de quem ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer, alguma coisa, salvo em razão de lei. Contudo, a portaria em questão não inovou. Não criou a proibição, apenas concretizou princípios constitucionais, entre eles o da moralidade e interesse público, uma vez que a proibição aqui discutida já decorre da própria Constituição."*

Acrescente-se que a melhor interpretação desta norma não deve se deixar levar pela alegação de que teria havido a figura do silêncio solene, que significaria erroneamente interpretar que, se o subscritor da norma dirigiu seus efeitos apenas aos cargos da carreira específica, é porque teria tido a intenção de não fazê-lo para os demais cargos administrativos estranhos à carreira, integrantes do Pecfaz e que têm exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Não é esta a leitura que se extrai. De fato, a Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, não vincula os servidores ocupantes de cargos administrativos na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, mas, de outro lado, não impede que idêntico comando lhes seja aplicado.

A interpretação correta da Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, é que apenas e tão somente o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil expressou o direcionamento de sua atenção para os cargos específicos de AFRFB e de ATRFB, sem prejuízo algum que se possa entender que a mesma inteligência acerca das incompatibilidades materiais também

pode ser aplicada sobre os cargos administrativos do Pecfaz (obviamente por meio de outras construções, não por capitulação nesta Portaria RFB, que não os vincula). Em **4.7.3.18.7**, a cuja leitura se remete, se voltará a abordar, com maior grau de detalhe e aprofundamento, estas três atividades incompatíveis.

> *Portaria RFB nº 444, de 23/03/15 - Art. 1º Considera-se incompatível com as atribuições dos cargos da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil o exercício das seguintes atividades, sem prejuízo da existência de outras atividades eventualmente incompatíveis:*
> *I - advocacia;*
> *II - contabilidade;*
> *III - praticagem.*

Com a edição da Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, cujo conhecimento presume-se de todo servidor da Carreira específica (presunção absoluta e inafastável), descarta-se a possibilidade de exercício de advocacia, contabilidade e praticagem, por AFRFB e por ATRFB, sem consciência de seu caráter ilícito. Não há como se cogitar da prática de alguma daquelas três atividades por aqueles servidores que não seja eivada de dolo, configurando, portanto, improbidade administrativa, nos moldes da Lei nº 12.813, de 16/05/13. Se assim é, se se presume que o servidor da carreira específica tem consciência da ilicitude da prática e tem vontade de exercê-la (ou seja, se o faz dolosamente) e que a infração já resta consumada, não há que se cogitar neste caso (diferentemente do primeiro caso acima, em que se aceitou a possibilidade de não ser cristalina e inequívoca a incompatibilidade) de comunicar-lhe a vigência da norma e de conceder-lhe prazo para cessar a atividade.

No caso daquelas três atividades, que são de incompatibilidade cristalina e inequívoca, se o AFRFB ou o ATRFB quiserem questionar o mérito do conteúdo declaratório da Portaria (ou seja, contestar a definição interna de que advocacia, contabilidade e praticagem são incompatíveis com os cargos específicos da Casa) ou quiserem demonstrar que, por qualquer motivo, sua situação é diferenciada e especial, cabe a eles realizarem a consulta ou o pedido de autorização, via SeCI, antes de iniciarem a prática.

Caso o servidor da carreira específica realize a mencionada consulta ou o mencionado pedido de autorização já no curso do PAD, restam duas possibilidades: se a CGU considerar a prática incompatível, nada se alteraria no andamento processual, apenas suprindo uma mais inabalável convicção acerca do dolo da conduta; e se aquele órgão central considerar a prática compatível, o PAD perderia objeto e seria de imediato concluído com proposta de arquivamento.

No caso de servidor ocupante de cargo administrativo e que pratique alguma daquelas três atividades (advocacia, contabilidade ou praticagem), uma vez que a Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, não os vincula, não cabe afirmar a presunção do dolo conforme se afirma para os cargos da carreira específica (uma vez ser aceitável a tese de que, embora pratique intencionalmente a atividade, não tendo consciência de sua incompatibilidade, não tem conhecimento de todos os elementos do enquadramento). Assim, excluindo a advocacia tributária ou previdenciária e a contabilidade, que recaem na hipótese de atividades desde sempre tidas como inquestionavelmente incompatíveis, se chega ao conhecimento da Administração que um servidor ocupante de cargo administrativo na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil exerce advocacia em outros ramos de Direito ou exerce praticagem, soa razoável dar-lhe ciência da incompatibilidade e conceder-lhe prazo para cessar a conduta ilícita, antes de instaurar o PAD em que se pode cogitar de aplicação de pena de demissão por improbidade administrativa.

Ademais, em qualquer hipótese, independentemente do cargo que ocupe, caso o servidor proceda à consulta por iniciativa própria e receba resposta favorável à inexistência de incompatibilidade com a qual a Administração não concorde ou da qual requeira confirmação

da instância superior (CGU), recomenda-se que qualquer iniciativa de persecução disciplinar deva ficar suspensa até a resposta definitiva deste órgão central.

Conforme melhor se abordou em **4.7.3.18.5.a**, esclareça-se que, por força da Orientação Normativa CGU nº 2, de 09/09/14, especificamente para a atividade de magistério, seja praticada em âmbito público ou privado, seja remunerada ou não, *a priori*, afasta-se a necessidade de consulta por parte do agente público. Mas ressalve-se que norma prevê exceções e cautelas em situações peculiares na prática do magistério.

> *Orientação Normativa CGU nº 2, de 09/09/14 - Art. 2º*
> *§ 4º O agente público fica impedido de atuar em processo de interesse da entidade em que exerça atividade de magistério.*
> *§ 5º O impedimento a que se refere o § 4º deste artigo se estende às ações de controle, correição, avaliação, orientação, fiscalização e regulação das atividades da instituição de ensino ou que afetem os interesses desta.*
> *Art. 3º Quando a atividade de magistério ocorrer no interesse institucional do órgão ou entidade a que pertence o agente público indicado, é vedado o recebimento de remuneração de origem privada, ressalvada a possibilidade de indenização por transporte, alimentação e hospedagem paga, total ou parcialmente, pela instituição promotora.*
> *Art. 4º Na hipótese de magistério em curso preparatório para concurso público ou processo seletivo, o agente público não poderá atuar em qualquer atividade relacionada à definição do cronograma ou do conteúdo programático do certame ou relacionada à elaboração, aplicação e correção de provas de qualquer fase, incluindo-se o curso de formação, o teste psicotécnico ou psicológico e a prova de aptidão.*
> *Art. 6º As atividades referidas nesta Orientação Normativa dispensam a consulta acerca da existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada, previstos na Lei nº 12.813, de 2013.*
> *Parágrafo único. O exercício de atividades de magistério para público específico que possa ter interesse em decisão do agente público, da instituição ou do colegiado do qual o mesmo participe deve ser precedido de consulta acerca da existência de conflito de interesses, nos termos da Portaria Interministerial MP/CGU nº 333, de 19 de setembro de 2013.*

4.7.3.18.6.d - Comandos de Naturezas Punitiva e Preventiva Específicos

Por fim, encerrando o desdobramento meramente didático com que se expôs a Lei nº 12.813, de 16/05/13, resta detalhar os comandos específicos para os dois subgrupos de agentes públicos destacados no art. 2º da citada Lei. Conforme já abordado em **3.4.3.18.6.a**, para estes dois seletos subgrupos de agentes públicos, em razão da presunção legal (nos quatro incisos do dispositivo) ou em razão da concreta possibilidade decorrente de seus múnus (no parágrafo único do dispositivo, que abarca todos os servidores ocupantes de quaisquer cargos em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil) de se exporem a situações conflituosas ou de acessarem informações privilegiadas, a Lei nº 12.813, de 16/05/13, lhes impôs um regime específico e mais severo.

Sob os aspectos materiais, há duas diferenças em relação ao já abordado em **3.4.3.18.6.b**. A primeira diferença é que as definições de ilícitos decorrentes da configuração de conflito de interesses, nos sete incisos do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, no que se refere aos dois subgrupos de agentes destacados no art. 2º da mesma Lei ao tempo em que exercem o cargo ou o emprego, sofrem o gravoso alcance legal e podem ensejar ato de improbidade administrativa, por ofensa aos princípios reitores da Administração, punível com demissão, ainda que praticados em gozo de licença ou de qualquer forma de afastamento, conforme estende o parágrafo único do mesmo dispositivo legal.

> *Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 5º Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:*
> *Parágrafo único. As situações que configuram conflito de interesses estabelecidas neste artigo aplicam-se aos ocupantes dos cargos ou empregos mencionados no art. 2º ainda que em gozo de licença ou em período de afastamento.*

E a segunda diferença, conforme já antecipado em **4.7.3.18.6.a**, é que, mesmo no período de seis meses após terem sido dispensados, exonerados, destituídos, demitidos ou aposentados, os agentes públicos definidos no art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, ainda incorrem em quatro hipóteses de conduta demarcada por conflito de interesses e, por conseguinte, cometem ato de improbidade administrativa, por ofensa aos princípios reitores da Administração, punível com a pena expulsiva que for cabível à situação do agente (conforme já expressado em **3.2.2.2.2**, esta excepcional responsabilização disciplinar é lícita), a menos que tais práticas sejam autorizadas de forma expressa pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União (CGU), mais especificamente pela Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG), conforme o caso. Para aqueles dois subgrupos de agentes públicos, estas quatro formas de atuação mantêm-se vedadas mesmo após findo o exercício do cargo ou emprego, pelo período de seis meses, a menos que devidamente autorizadas.

> *Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 6º Configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:*
> *II - no período de 6 (seis) meses, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, salvo quando expressamente autorizado, conforme o caso, pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União:*
> *a) prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a pessoa física ou jurídica com quem tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego;*
> *b) aceitar cargo de administrador ou conselheiro ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desempenhe atividade relacionada à área de competência do cargo ou emprego ocupado;*
> *c) celebrar com órgãos ou entidades do Poder Executivo federal contratos de serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares, vinculados, ainda que indiretamente, ao órgão ou entidade em que tenha ocupado o cargo ou emprego; ou*
> *d) intervir, direta ou indiretamente, em favor de interesse privado perante órgão ou entidade em que haja ocupado cargo ou emprego ou com o qual tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego.*

Por óbvio, tratando-se de previsão legal de efeito punitivo, requer interpretação e aplicação restritivas, o que importa dizer que, se o texto legal impôs esta extensão apenas para os servidores e empregados mencionados no art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, não cabe estender este gravame para os demais agentes públicos, daí porque se configura um aspecto punitivo material específico da Lei, integrando o seu regime mais gravoso.

Sobre os servidores daqueles dois subgrupos especiais do art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, recai a obrigação de evitarem atividades privadas que conflituem com o múnus público que desempenhavam, por até seis meses após o rompimento do vínculo com a Administração. Em contrapartida, caso um destes agentes receba proposta de trabalho que efetivamente configure conflito de interesses nas hipóteses do inciso II do art. 6º da citada Lei e, portanto, não obtenha autorização da Comissão de Ética Pública ou da CGU/CRG para praticar, pode vir a ser autorizado pelo mesmo órgão a receber uma remuneração compensatória durante aquele período de quarentena. Esta remuneração compensatória encontra previsão no *caput* do art. 4º do Decreto nº 4.187, de 08/04/02, e equivale à

remuneração que vinha recebendo do cargo ou emprego que ocupava, à custa do órgão ou entidade. Embora aquele Decreto tratasse de quarentena de quatro meses, este parâmetro temporal deve ser harmonizado com o prazo legal, de seis meses.

> *Decreto nº 4.187, de 08/04/02 - Durante o período de impedimento, as autoridades referidas no art. 2º ficam vinculadas ao órgão ou à autarquia em que atuaram e somente fazem jus a remuneração compensatória equivalente à do cargo que ocupavam, cujas despesas correrão por conta dos respectivos orçamentos de custeio.*

Também sob aspectos de controle preventivo, a Lei nº 12.813, de 16/05/13, impõe exclusivamente àqueles dois subgrupos especiais do seu art. 2º um regime mais gravoso, em razão da maior possibilidade de incorrerem em situações conflituosas ou de acessarem informações privilegiadas.

Aqueles agentes públicos, especificamente, de acordo com o art. 9º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, têm a obrigação de, independentemente de estarem em gozo de licença ou em afastamento de qualquer espécie, fornecerem à Comissão de Ética Pública ou à CGU, conforme o caso (à primeira, para as altas autoridades republicanas definidas nos quatro incisos do art. 2º da mesma Lei; e à segunda, para os agentes que acessam informações privilegiadas, definidos no parágrafo único do mesmo dispositivo legal), anualmente, declaração sobre sua situação patrimonial, participações societárias, atividades econômicas ou profissionais e indicação de possível atividade em conflito de interesses por parte de cônjuge, companheiro ou parentes até o terceiro grau. Ademais, os mesmos subgrupos de agentes públicos devem informar, respectivamente, à Comissão de Ética Pública ou à projeção de gestão de pessoas (ou, mais especificamente, à Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas, a que incumbe remeter à Comissão de Ética da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, por força da integração necessária com a Portaria MF nº 71, de 28/04/14), conforme o caso, desde o mero recebimento de propostas de trabalho, de contrato ou de negócio com possibilidade de aceitação até o efetivo exercício de atividade privada (e esta obrigação de se submeter ao controle preventivo institucional se mantém até o período de seis meses após o fim do exercício do cargo ou do emprego), a fim de que se procedam as análises acerca de impedimento ou não e de consequente direito ou não à remuneração compensatória. Acrescente-se que o mesmo comando legal determina que a projeção de gestão de pessoas informe ao servidor ou empregado e à CGU a possibilidade de aquela atividade praticada ou objeto de proposta configurar conflito de interesses.

> *Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 9º Os agentes públicos mencionados no art. 2º desta Lei, inclusive aqueles que se encontram em gozo de licença ou em período de afastamento, deverão:*
> *I - enviar à Comissão de Ética Pública ou à Controladoria-Geral da União, conforme o caso, anualmente, declaração com informações sobre situação patrimonial, participações societárias, atividades econômicas ou profissionais e indicação sobre a existência de cônjuge, companheiro ou parente, por consanguinidade ou afinidade, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, no exercício de atividades que possam suscitar conflito de interesses; e*
> *II - comunicar por escrito à Comissão de Ética Pública ou à unidade de recursos humanos do órgão ou entidade respectivo, conforme o caso, o exercício de atividade privada ou o recebimento de propostas de trabalho que pretende aceitar, contrato ou negócio no setor privado, ainda que não vedadas pelas normas vigentes, estendendo-se esta obrigação ao período a que se refere o inciso II do art. 6º.*
> *Parágrafo único. As unidades de recursos humanos, ao receber a comunicação de exercício de atividade privada ou de recebimento de propostas de trabalho, contrato ou negócio no setor privado, deverão informar ao servidor e à Controladoria-Geral da União as situações que suscitem potencial conflito de*

interesses entre a atividade pública e a atividade privada do agente.

Na regulamentação infralegal, o Decreto nº 10.571, de 9 de dezembro de 2020, que dispõe sobre a apresentação e a análise da declaração de situações que possam gerar conflito de interesses de que trata o inciso I do art. 9º da Lei nº 12.813, de 2013 (a rigor, o Decreto também trata da declaração de bens, a ser detalhada em **4.7.4.4.4** e que não é objeto deste tópico) trouxe uma inovação. Este Decreto previu, no *caput* e no § 1º do art. 3º e no *caput* e no parágrafo único do art. 4º, que, desde a posse do servidor (efetivo ou comissionado) ou a contratação do empregado público, a declaração deve ser apresentada por meio de sistema eletrônico administrado pela Controladoria-Geral da União (CGU), na especial condição de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) ou, alternativamente, após a posse, por meio de autorização eletrônica, sem prazo de validade, para que aquele órgão acesse, anual e diretamente, as declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (DIRPF), apresentadas, na condição de contribuinte, à RFB.

Decreto nº 10.571, de 2020 - Art. 3º As declarações de que trata este Decreto serão apresentadas, exclusivamente, por meio de sistema eletrônico administrado pela Controladoria-Geral da União.
§ 1º As declarações sobre bens e atividades econômicas ou profissionais de que trata este Decreto poderão ser substituídas por autorização, em meio eletrônico, de acesso às declarações anuais de Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza das pessoas físicas apresentadas pelo agente público à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia.
§ 2º A autorização de que trata o § 1º:
I - terá validade por tempo indeterminado;
II - poderá ser tornada sem efeito, por meio eletrônico, a qualquer momento, pelo agente público;
III - será assinada em meio eletrônico pelo agente público, com utilização dos tipos de assinatura eletrônica reconhecidos como válidos para o caso, nos termos do disposto no Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020;
IV - não exime o agente público de informar, na forma prevista no caput, seus bens e atividades econômicas ou profissionais que não constem da declaração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza das pessoas físicas;
V - implica autorização para acesso e armazenamento de todos os dados da declaração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza das pessoas físicas pela Controladoria-Geral da União e, quando aplicável, para acesso pela Comissão de Ética Pública, de que trata a Lei nº 12.813, de 2013; e
VI - poderá ser apresentada por meio do Sistema de Gestão de Pessoas - Sigepe, na hipótese de o agente público estar cadastrado no referido sistema.
Art. 4º As declarações de que trata este Decreto serão apresentadas, conforme o caso:
I - no ato da posse ou da contratação em cargo, função ou emprego nos órgãos ou nas entidades do Poder Executivo federal;
II - no prazo de dez dias úteis, contado da data da designação, quando se tratar de função de confiança equivalente ou superior à Função Comissionada do Poder Executivo de nível 5;
III - no prazo de dez dias úteis, contado da data do efetivo retorno ao serviço, no caso de agente público federal que se encontrava, a qualquer título, afastado ou licenciado, sem remuneração, do serviço, por período igual ou superior a um ano;
IV - na data da exoneração, da rescisão contratual, da dispensa, da devolução à origem ou da aposentadoria, no caso de o agente público federal deixar o cargo, o emprego ou a função que estiver ocupando ou exercendo; e
V - anualmente.
Parágrafo único. O disposto nos incisos II ao V do caput não se aplica nas

hipóteses de que tratam os § 1º e § 2º do art. 3º.

Em síntese, caso o agente público opte pela autorização eletrônica, basta apresentar a declaração de bens no ato de posse ou de contratação; caso contrário, incumbe-lhe apresentar esta peça anualmente e na nomeação e exoneração de cargo em comissão, na designação e na dipensa de função de confiança, na exoneração do cargo efetivo, na rescisão de contrato e na aposentadoria.

Para este fim, os arts. 5º e 7º e o *caput*, o § 1º e o inciso I do § 2º do art. 8º, todos do Decreto nº 10.571, de 2020, atribuem à CGU (e à CEP, nos casos de sua alçada) competência para fiscalizar a apresentação das declarações ou da autorização de acesso e para gerenciar o banco de dados formado com as informações fiscais entregues pelos próprios servidores ou empregados públicos ou disponibilizadas pela RFB (mediante informação daquele órgão de que agentes públicos autorizaram acesso).

Decreto nº 10.571, de 2020 - Art. 5º Compete à Controladoria-Geral da União e à Comissão de Ética Pública, no âmbito de suas competências, fiscalizar o cumprimento da exigência de apresentação das declarações de que trata este Decreto ou de autorização de acesso nos termos do disposto nos § 1º e § 2º do art. 3º pelos agentes públicos.
Art. 7º A Controladoria-Geral da União manterá e gerenciará banco de dados com o histórico e o inteiro teor de todas as declarações de que trata este Decreto, observado o disposto nos § 2º e § 3º do art. 8º.
Parágrafo único. A Controladoria-Geral da União e a Comissão de Ética Pública acessarão as informações contidas no banco de dados de que trata o caput, no limite de suas competências.
Art. 8º A Controladoria-Geral da União informará à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia as declarações cujo acesso tenha sido autorizado nos termos do disposto nos § 1º e § 2º do art. 3º.
§ 1º A Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia disponibilizará à Controladoria-Geral da União e à Comissão de Ética Pública, por meio eletrônico, as declarações de que tratam os § 1º e § 2º do art. 3º.
§ 2º Compete à Controladoria-Geral da União:
I - informar à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas dos titulares das declarações de Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza das pessoas físicas cujo acesso tenha sido autorizado;

Reiterando parte dos comandos do art. 9º da Lei nº 12.813, de 2013, os arts. 9º e 10 do Decreto nº 10.571, de 2020, esclarecem as iniciativas a cargo daquelas altas autoridades republicanas definidas nos quatro incisos do art. 2º da mesma Lei, frente especificamente à Comissão de Ética Pública (obviamente, sem prejuízo das obrigações legais impostas aos demais agentes que acessam informações privilegiadas, definidos no parágrafo único do mesmo dispositivo legal, frente à CGU). Aquelas altas autoridades devem indicar possível atividade em conflito de interesses por parte de cônjuge, companheiro ou parentes até o terceiro grau, bem como informar as atividades privadas desenvolvidas e, para ambos os casos, comprovarem a respectiva autorização da Comissão de Ética Pública.

Decreto nº 10.571, de 2020 - Art. 9º São obrigados a apresentar declarações sobre conflito de interesses à Comissão de Ética Pública, por meio do sistema eletrônico de que trata o art. 3º:
I - os Ministros de Estado;
II - os ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança de nível igual ou superior a 5 do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS; e
III - os presidentes, os vice-presidentes e os diretores, ou equivalentes, de entidades da administração pública federal indireta.
Informações sobre conflitos de interesse a serem disponibilizadas

> *Art. 10. Os agentes públicos de que trata o art. 9º devem:*
> *I - indicar a existência de cônjuge, de companheiro ou de parente, por consanguinidade ou por afinidade, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, no exercício de atividades que possam suscitar conflito de interesses;*
> *II - relacionar as atividades privadas exercidas no ano-calendário anterior e, se for o caso, indicar o respectivo pedido de autorização para exercício de atividade privada encaminhado à Comissão de Ética Pública; e*
> *III - identificar toda situação patrimonial específica que suscite ou possa eventualmente suscitar conflito de interesses e, se for o caso, o modo pelo qual pretende evitá-lo.*
> *Parágrafo único. Caso os agentes públicos federais de que trata o art. 9º identifiquem familiares que exerçam atividades que possam suscitar conflito com o interesse público, deverão comprovar que realizaram consulta à Comissão de Ética Pública de acordo com o disposto no § 1º do art. 4º da Lei nº 12.813, de 2013.*

Atualizando a normatização do tema, em cumprimento aos dispositivos acima mencionados e reproduzidos do Decreto nº 10.571, de 2020, a CGU editou a Portaria Normativa CGU nº 10, de 13 de maio de 2022, por meio da qual estabeleceu o Sistema Eletrônico de Informações Patrimoniais e de Conflito de Interesses (e-Patri), a fim de atender tanto o comando do inciso I do art. 9º da Lei nº 12.813, de 2013, quanto o comando do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992 (aqui não abordado). Esta Portaria Normativa, além de reiterar os dispositivos do Decreto nº 10.571, de 2020 (destacadamente no que tange aos momentos de obrigatória apresentação), em seu art. 1º, especificou que a manutenção e o gerenciamento da base de dados obtida pela CGU com as declarações de situações que possam gerar conflito de interesses se dá por meio do sistema e-Patri. Na linha de todo o relato acima apresentado, a Portaria Normativa CGU, na leitura conjunta do § 1º e do inciso II do *caput* do art. 6º e dos arts. 4º e 5º, o seleto grupo de altas autoridades alcançadas pela norma devem, *a priori*, apresentar a Declaração e-Patri, diretamente por meio do sistema e-Patri. Não obstante, nos termos dos §§ 1º, 2º e 5º do mesmo art. 6º, caso estas autoridades republicanas autorizem acesso automático às suas DIRPFs, podem suprir em todo ou em parte a obrigação ora exposta com as informações já prestadas ao Fisco e que aqui interessem. Ademais, esta autorização para acesso automático é revogável a qualquer tempo e pode ser feita, em meio eletrônico, tanto no próprio sistema e-Patri quanto em sistema específico de gestão de pessoas, posto que aquele importa os registros feitos neste, conforme estabelecem o § 4º do art. 6º e o art. 19.

> *Portaria Normativa CGU nº 10, de 2022 - Art. 4º As declarações de bens e de situações que possam gerar conflito de interesses a que se refere o art. 1º do Decreto nº 10.571, de 2020, serão entregues por meio da Declaração e-Patri.*
> *Art. 5º A Declaração e-Patri deverá ser apresentada por meio do Sistema Eletrônico de Informações Patrimoniais e de Conflito de Interesses - e-Patri e será submetida à análise da Controladoria-Geral da União e, conforme o caso, da Comissão de Ética Pública.*
> *Art. 6º A Declaração e-Patri conterá os seguintes dados do agente público:*
> *II - informações sobre situações que possam gerar conflito de interesses, nos termos do art. 10 do Decreto nº 10.571, de 2020.*
> *§ 1º As informações a que se refere o inciso I do caput serão apresentadas diretamente no Sistema e-Patri pelos agentes públicos referenciados no art. 3º desta Portaria Normativa, podendo estes, alternativamente, concederem autorização, em meio eletrônico, de acesso às Declarações Anuais de Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza - DIRPF, conforme previsto no art. 3º, § 1º, do Decreto nº 10.571, de 2020.*
> *§ 2º A autorização a que se refere o § 1º poderá ser realizada no próprio Sistema e-Patri ou no Sistema de Gestão de Pessoas do Executivo federal, na hipótese de o agente público estar cadastrado neste último sistema. (Redação*

dada pela Instrução Normativa CGU nº 80, de 18 de maio de 2023)
§ 4º A autorização de que trata o § 1º poderá ser revogada pelo próprio agente público a qualquer momento. (Redação dada pela Instrução Normativa CGU nº 80, de 2023).
§ 5º As informações sobre situações que possam gerar conflito de interesses de que trata o inciso II do caput deverão ser apresentadas diretamente no Sistema e-Patri pelos agentes públicos especificados no art. 9º do Decreto nº 10.571, de 2020, ressalvadas aquelas que já constem da Declaração Anual de Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza - DIRPF, cujo acesso tenha sido autorizado nos termos do § 1º.

Novamente em reforço ao que foi descrito no relato histórico do tema, ao tempo em que inexistia a Portaria Normativa CGU nº 10, de 2022, os seus arts. 12 e 13, reitera que a CGU, caso detecte inconsistências patrimoniais nas declarações de bens fornecidas ou importadas, pode intimar o agente público a prestar informações complementares e deve representar para a unidade de correição competente, no órgão ou entidade, em casos de recusa de entrega ou de falsa prestação da declaração de bens.

Portaria Normativa CGU nº 10, de 2022 - Art. 12. A Controladoria-Geral da União poderá, a qualquer momento, notificar agentes públicos para prestarem informações complementares àquelas constantes das declarações apresentadas, nos termos dos artigos 11 e 12 do Decreto nº 10.571, de 2020.
Art. 13. A unidade correcional do órgão ou entidade deverá ser informada em caso de constatação de:
I - recusa na entrega da Declaração e-Patri pelo agente público; ou
II - prestação de Declaração e-Patri falsa pelo agente público.

Acrescente-se que a CEP editou a Resolução CEP nº 15, de 1º de fevereiro de 2022, disciplinando os procedimentos referentes à apresentação e à análise das declarações de conflito de interesses dos agentes de sua alçada específica.

Por fim, ainda que pequena relevância para o tema em tela, acrescente-se que as altas autoridades republicanas elencadas nos quatro incisos do art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, acessoriamente, devem publicar, diariamente na internet, sua agenda de compromissos públicos.

Lei nº 12.813, de 15/06/13 - Art. 11. Os agentes públicos mencionados nos incisos I a IV do art. 2º deverão, ainda, divulgar, diariamente, por meio da rede mundial de computadores - internet, sua agenda de compromissos públicos.

4.7.3.18.7 - As Atividades Suscitadoras de Conflito de Interesses na Secretaria da Receita Federal do Brasil

Complementando a visão ofertada em **4.7.3.18.5** sobre o reflexo das peculiaridades da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil no conceito de atividade privada materialmente incompatível no Estatuto, no presente tópico busca-se apresentar a relação entre as especificidades institucionais e orgânicas com a definição de atividade suscitadora de conflito de interesses sob ótica da Lei nº 12.813, de 16/05/13. Isto porque, dentro das peculiaridades da Carreira e até mesmo do órgão como um todo (o que faz atingir qualquer cargo em exercício na instituição), algumas atividades privadas, em função de sua natureza específica, como é o caso da advocacia, da contabilidade, em razão de ensejarem condutas mais gravosas de consultoria ou assessoria - tipicamente ensejadoras de conflito de interesses - e a praticagem merecem análise mais detalhada.

Neste rumo, conforme já introduzido em **3.4.3.18.6.c**, relembre-se que vigora a Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, que declara aquelas três atividades incompatíveis, nos

termos do inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, com os cargos da carreira específica. De se perceber que esta Portaria não cria, não inova, não limita, não altera e não extingue direito, sendo então uma norma meramente declaratória, harmonizada com a tutela preventiva que se extrai do art. 4º da Lei nº 12.813, de 16/05/13.

> *Portaria RFB nº 444, de 23/03/15 - Art. 1º Considera-se incompatível com as atribuições dos cargos da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil o exercício das seguintes atividades, sem prejuízo da existência de outras atividades eventualmente incompatíveis:*
> *I - advocacia;*
> *II - contabilidade;*
> *III - praticagem.*

Eventuais alegações de suposta ilegalidade da Portaria RFB nº 444, de 2015, na inverdade que teria criado nova proibição não prevista em lei, já foram objeto de desconsideração pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por meio dos Pareceres PGFN/Cojed nº 295/2017 e 1.873/2017:

> *Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017: "34. Cabe rejeitar, também em caráter preambular a alegação de nulidade da portaria RFB nº 444, de 23 março de 2015, que prevê a incompatibilidade da atividade de praticagem com as atribuições dos cargos da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil (na qual o Auditor-Fiscal da RFB está incluso por força do art. 5º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002).*
> *35. É certo que não é dado aos atos infralegais inovarem na ordem jurídica estabelecendo direitos e obrigações no mundo jurídico, sob pena de afrontar o art. 5º, II, da CF, que nos remete a ideia de quem ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer, alguma coisa, salvo em razão de lei. Contudo, a portaria em questão não inovou. Não criou a proibição, apenas concretizou princípios constitucionais, entre eles o da moralidade e interesse público, uma vez que a proibição aqui discutida já decorre da própria Constituição."*
>
> *Parecer PGFN/Cojed nº 1.873/2017: "54. Registre-se, ainda, que conforme artigo 280, IX, do Regimento Interno da Receita Federal, incumbe ao secretário da Receita Federal "a aplicação da legislação de pessoal aos servidores, inclusive no interesse da ética e da disciplina". Verifica-se, portanto, que está mais que caracterizada a competência do secretário da Receita Federal para editar a Portaria nº 444/2015.*
> *55. Ademais, por decorrência da presunção de legitimidade dos atos administrativos, a portaria deve produzir de imediato todos os seus efeitos. Caso o acusado entendesse pela ilegalidade da Portaria, poderia ter feito questionamento judicial, a fim de afastar a presunção de legalidade. Contudo, mesmo ciente da vedação atuou como prático da marinha mercante.*
> *60. Pelos mesmos fundamentos, não merece prosperar a tese defensiva no sentido de que o secretário da Receita Federal do Brasil é incompetente para a edição da Portaria nº 444/2015, sendo atribuição da Comissão de Ética Pública, nos termos do art. 8º, da Lei nº 12.813/03.*
> *61. Ora, a Lei nº 12.813/2013, não retirou a competência de qualquer chefe de repartição para regulamentar internamente as condutas de seus agentes. Nem poderia, pois sendo o superior da instituição a autoridade possui o Poder Hierárquico e Regulamentar/Normativo. Tratando-se, em verdade, de um poder-dever ou dever-poder, na medida em que deve usar os poderes que lhe são atribuídos em razão da função. De fato, a Comissão de Ética Pública também recebeu da Lei atribuição para regulamentar questões que possam causar conflito de interesses entre o cargo e a atividade privada. Porém, trata-se de uma atribuição mais abrangente direcionada a todos os agentes públicos federais, bem como atribuição mais casuística, analisando casos concretos postos a sua análise."*

Com a edição da Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, cujo conhecimento presume-se de todo servidor da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (presunção absoluta e inafastável), elimina-se a possibilidade de exercício de advocacia, contabilidade e praticagem, por AFRFB e por ATRFB, sem consciência de seu caráter ilícito. Não há como se cogitar da prática de alguma daquelas três atividades por aqueles servidores que não seja eivada de dolo, configurando, portanto, improbidade administrativa, nos moldes da Lei nº 12.813, de 16/05/13. Se assim é, se se presume que o servidor da carreira específica tem consciência da ilicitude da atividade e tem vontade de exercê-la (ou seja, se o faz dolosamente), a infração já resta consumada e não há que se cogitar neste caso de comunicar-lhe a vigência da norma e de conceder-lhe prazo para cessar a atividade.

No caso de servidores ocupantes de cargos administrativos integrantes do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda (Pecfaz, do Quadro de Servidores do atual Ministério da Economia - ME, instituído pela Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, para o qual foram transpostos os cargos do Plano de Classificação de Cargos - PCC, instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970; do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - PGPE, tais como Analista Técnico-Administrativo, de nível superior, e Assistente Técnico-Administrativo, de nível intermediário, instituído pela Lei nº 11.357, de 19 de outubro de 2006; e demais cargos administrativos daquele Quadro, bem como cargos das Carreiras Previdenciária; da Seguridade Social e Trabalho; do Seguro Social; e da Previdência, Saúde e Trabalho) que pratiquem alguma daquelas três atividades (advocacia, contabilidade ou praticagem), uma vez que a Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, não os vincula, não cabe afirmar a presunção do dolo conforme se afirma para os cargos da carreira específica, pois não se afasta a possibilidade não terem consciência da ilicitude da conduta praticada. Assim, excluindo a advocacia tributária ou previdenciária e a contabilidade, que recaem na hipótese de atividades desde sempre tidas como inquestionavelmente incompatíveis, se chega ao conhecimento da Administração que um servidor ocupante de cargo administrativo do Pecfaz em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil exerce advocacia em outros ramos de Direito ou exerce praticagem, soa razoável adotar postura cautelosa que contemple a possibilidade de ausência de conhecimento de todos os elementos do enquadramento associado à ilicitude e dar-lhe ciência da incompatibilidade e conceder-lhe prazo para cessar a conduta ilícita, antes de instaurar o PAD em que se pode cogitar de aplicação de pena de demissão por improbidade administrativa.

Para todos os casos, seja de advocacia, seja de contabilidade, seja de praticagem, independentemente do grau de gravidade, ratifica-se que férias, licenças e outros afastamentos temporários não elidem o caráter ilícito da conduta. Ao contrário, a intenção de se afastar temporariamente, com o fim de promover o interesse privado e posteriormente retornar ao serviço público, pode ser até um reforço na convicção da atitude ímproba.

4.7.3.18.7.a - Advocacia

Especificamente para a advocacia, a atuação de servidor de qualquer cargo em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - sejam AFRFB e ATRFB, integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, sejam ocupantes de outros cargos administrativos, integrantes do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda (Pecfaz, do Quadro de Pessoal do atual Ministério da Economia - ME, já descrito em **4.7.13.8.7**) - em áreas tributária ou previdenciária, por si só, ainda que praticada em horário compatível com a jornada de trabalho, com ou sem remuneração e mesmo em causa própria, configura óbvio conflito de interesses.

Tal imputação advém da mera prática, do simples fazer. Ou seja, esta atividade é conflitante mesmo se conduzida com boa-fé e dentro dos mesmos limites com que qualquer

outro advogado particular também atuaria, sem dolosamente agregar vantagens ao cliente em função do cargo, tais como levar para esta atividade privada as técnicas de elisão fiscal ou de evasão fiscal - entendidas como, respectivamente, condutas lícitas ou ilícitas com o fim de evitar, retardar ou modificar a ocorrência de fato gerador de obrigação tributária ou os efeitos dela decorrentes - ou ainda informações sigilosas ou estratégicas acessadas em razão do cargo que beneficiem o particular em detrimento do interesse público ou que lhe propiciem burlar as tutelas e os controles exercidos pela Administração. Isto porque a Lei nº 12.813, de 16/05/13, tutela já desde o mero risco potencial, e tal risco se configura na hipótese em tela, pois sempre é factível que o servidor acabe por levar os conhecimentos e os acessos a dados para empregá-los na empreitada particular.

Com isto, a conduta se enquadra no inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e consequentemente, como ato de improbidade administrativa no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com a redação dada *a priori* pelo art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, (por ofensa a princípios reitores da Administração, se não restar caracterizada infração mais especificamente definida nos arts. 9º e 10 da mesma Lei, por enriquecimento ilícito ou por dano ao erário) punível com pena expulsiva. O fato de haver ou não remuneração não tem o condão de alterar o enquadramento expulsivo (pois, no máximo atuaria apenas na dosimetria, como agravante no caso positivo, inaplicável para pena capital), sendo a inobservância do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, imputável apenas aos cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, absorvida pelo ilícito mais grave da incompatibilidade.

Quando a atividade advocatícia se dá em outras áreas diferentes de tributária ou previdenciária, o conflito de interesses não é tão evidente. Não obstante, tendo em vista a interpretação teleológica com que deve ser lido o inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, claramente de natureza preventiva, ressalta-se também como incompatível com o exercício de qualquer cargo na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil a prática da advocacia privada em qualquer de suas áreas, ainda que sem remuneração e com compatibilidade de horários e ainda que em causa própria. Sendo este um enquadramento que pune desde o risco em potencial até a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, não se pode olvidar que todos os cargos em tela dispõem (ainda que em diferentes graus) de qualificados acessos a dados e informações econômico-fiscais das pessoas, físicas ou jurídicas. Este acesso poderia, a mero título não exaustivo de exemplos, acarretar uma vantagem indevida a um cliente em uma relação tanto de Direito do Trabalho quanto de Direito de Família, matérias que não guardam nenhuma relação com as atribuições legais do cargo (empregando a favor de uma das partes os dados econômico-fiscais de uma empresa envolvida em ação trabalhista ou do outro litigante em uma ação de separação litigiosa).

Portanto, se com pouco esforço, de imediato, se consegue vislumbrar risco potencial de conflito de interesses em duas outras áreas do Direito diferentes de tributário e previdenciário, é provável que a mesma possibilidade de conflito se estabeleça em outros ramos da advocacia (e, por ser relevante neste ponto, reforce-se o embasamento legal, dos comandos do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, e do art. 3º, I da Lei nº 12.813, de 16/05/13, para que se considere conflituosa a atividade privada que cause o mero risco potencial de colisão de interesses). Daí, é de se aceitar que a regra da atividade de advocacia é de incompatibilidade em relação ao exercício de qualquer cargo na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, independentemente da área do Direito em que se dá aquela atuação privada (tributária ou previdenciária ou outras áreas), presumidamente remunerada ou mesmo sem remuneração e em qualquer que seja o horário.

Da mesma forma como se defende que o conflito de interesses se refere ao conjunto das atribuições legais e não fracionáveis dos cargos e às competências legais e regimentais institucionais do órgão e não às condicionantes momentâneas do exercício ou localização,

também se defende que a prática da advocacia é incompatível independentemente do ramo de Direito, já que esta atividade sempre lida com litígios e com polos que se opõem, e marca-se pelo empenho profissional na defesa de interesses privados perante órgãos públicos (judiciais ou administrativos), seja litigando contra o Estado, seja se contrapondo a interesses de outros particulares.

Ademais, a vedação generalista se reforça com o argumento de que não há previsão legal para se fracionar o múnus inerente ao exercício da advocacia, de forma que, caso se concedesse o exercício apenas em determinada área de Direito *a priori* não conflitante, não se afastaria o risco potencial de a prática posteriormente migrar para uma área conflitante. O exercício da advocacia privada, mediante a aceitação de inscrição de bacharel em Direito aprovado como advogado na respectiva entidade de classe, é uno e indivisível. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906, de 04/07/94, na condição de lei que disciplina o exercício da profissão de advocacia, não diferencia ou discrimina áreas de atuação, de forma que o profissional inscrito na entidade pode exercer a advocacia em qualquer ramo do Direito, recebendo, no controle classista privado daquela profissão, autorização intransitiva e não fragmentável. Desta forma, conclui-se que qualquer prática advocatícia afronta a Lei nº 12.813, de 16/05/13. Neste tema, não se cuida de apenas punir gravemente a efetiva afronta cometida pelo servidor; antes disto, se trata de vedar a mera prática do servidor que o possibilite de cometê-la, de potencialmente vir a pôr em conflito o inafastável interesse público com o seu interesse particular.

> *Orientação Coger nº 33*
> *A prática da advocacia, em qualquer ramo de Direito, e de assessoria contábil são materialmente incompatíveis com o exercício dos cargos da Carreira de Auditoria da Receita Federal.*

É de se acrescentar que o entendimento de vedação acima exposto atinge até mesmo a chamada advocacia *pro bono*, aqui entendida como a prática da advocacia voltada "para o bem", em tradução literal da expressão latina, conforme a própria entidade classista define, por meio do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no art. 1º do seu Provimento nº 166/2015. Em outras palavras, mesmo a prática de advocacia voluntária, eventual e gratuita em favor de instituições sociais, de seus assistidos ou de qualquer pessoa física desprovidos de recursos para contratar advogado é vedada ao ocupante de qualquer cargo na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

> *Provimento CF OAB nº 166/2015 - Art. 1º Considera-se advocacia pro bono a prestação gratuita, eventual e voluntária de serviços jurídicos em favor de instituições sociais sem fins econômicos e aos seus assistidos, sempre que os beneficiários não dispuserem de recursos para a contratação de profissional. Parágrafo único. A advocacia pro bono pode ser exercida em favor de pessoas naturais que, igualmente, não dispuserem de recursos para, sem prejuízo do próprio sustento, contratar advogado.*

O entendimento da incompatibilidade (como espécie do gênero de conflito de interesses) da advocacia, em qualquer ramo do Direito, por parte de servidor de qualquer cargo em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, decorre da aplicação do conceito estabelecido em **4.7.3.18.6.b** de que figura como conflituosa a atividade privada cuja prática ou exercício é ou, potencialmente, pode ser beneficiada, no momento de sua execução ou feitura, em razão de o executante possuir a qualidade especial de ser servidor e, aqui em especial, de poder agregar àquela lide dados reveladores de sigilo fiscal de terceiros a que pode acessar em razão do cargo.

Ressalve-se que esta convicção em nada contradiz o entendimento externado desde **4.7.3.18.2**, de que a aferição de eventual incompatibilidade material de uma atividade não passa pela mera possibilidade, propiciada pelo cargo público, de individualizar a cobrança de

contraprestação proporcionalmente ao menor ou maior estado de riqueza do particular contratante, desvendado pelo acesso imotivado aos sistemas informatizados.

No caso aqui em comento, as informações privilegiadas acessadas pelo servidor, sem o devido interesse público, são ou, potencialmente, podem ser utilizadas na execução em si da atividade da advocacia privada, diferentemente do que se exemplificou a favor do servidor que atua em veterinária, odontologia, engenharia, psicologia, medicina, jornalismo (figurativamente mencionadas em **4.8.3.18.3**), etc, pois estas profissões liberais, em seu momento de execução, são praticadas sem a utilização daquelas informações, que são ou podem ser acessadas não como pré-requisito essencial da atividade, mas sim para o efeito destacado - antes ou depois - de poder estabelecer um critério de cobrança do serviço prestado. No extenso ramo das profissões liberais, a advocacia privada, mesmo em áreas do Direito distintas do múnus público, é uma atividade com contornos diferenciados e específicos em comparação às demais, pois, sendo o Direito uma atividade que comumente comporta litígios, a posse de dados reveladores da riqueza do polo oponente se demonstra potencialmente relevante para a prática da atividade em si e não apenas como um possível elemento individualizador de cobrança. Na advocacia privada, em qualquer ramo, o possível acesso àquelas informações integra o critério de aferição (como um interesse colidente situado na área de atuação do cargo) e, portanto, conduz à incompatibilidade da atividade, ao contrário do que ocorre naquelas outras profissões liberais em geral, em que o mesmo possível acesso aos dados fiscais cumpre diferente objetivo e pode configurar afronta a outro dispositivo legal em razão de se atingir um distinto bem jurídico tutelado.

Uma vez que o servidor que exerce a advocacia poderia, no afã de obter o convencimento do julgador e uma decisão favorável ao seu constituinte, se sentir atraído, seduzido e tentado a acessar dados sigilosos que pudessem favorecer seu cliente na lide, busca-se, com o enquadramento de tal atividade como incompatível, coibir desde já um mero risco potencial, em sintonia com a vontade do legislador, também claramente exposta na Lei nº 12.813, de 16/05/13.

Ademais, para o outro litigante, o fato de o advogado da parte contrária ser um servidor em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil traz uma insegurança em relação a eventual uso de dados ou informações a que ele pode ter acesso em razão de seu múnus público, o que acaba por ferir a moralidade e a imagem do órgão perante a sociedade e põe em xeque o interesse público.

E, por fim, no último degrau da conduta, se, ao advogar sobre matéria tributária ou previdenciária, com ou sem remuneração e independentemente do horário, ainda por cima o servidor de qualquer cargo em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil dolosamente disponibiliza ao particular técnicas de elisão fiscal ou de evasão fiscal ou ainda informações sigilosas ou estratégicas acessadas em razão do cargo que o beneficiem em detrimento do interesse público ou que lhe propiciem burlar as tutelas e os controles exercidos pela Administração, sempre se teve cristalino que tal conduta configura improbidade administrativa, mesmo antes da evolução normativa no tema de conflito de interesses, atingida com a edição da Lei nº 12.813, de 16/05/13. Pode-se cogitar de enquadramento como ato de improbidade administrativa, na figura de prestação de consultoria ou assessoria jurídico-tributária (conforme o art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a título da definição que se pode extrair do art. 9º, VIII ou do art. 11, III ou *caput*, da Lei nº 8.429, de 02/06/92, conforme a peculiaridade de cada caso), ou ainda, estando presente a mácula em especial do instituto do conflito de interesses, pode-se também enquadrar como improbidade administrativa, *a priori* no art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92 (ou no art. 9º ou no art. 10 da mesma Lei, se for o caso), por força do art. 12 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, em todos estes casos cabendo a punição com pena expulsiva. Igualmente às hipóteses anteriores, a existência de remuneração, por si só, não altera o enquadramento e a inobservância da Lei nº 11.890, de

24/12/08, é absorvida pelo ilícito mais grave.

Não por acaso, todas as construções formuladas no presente tópico culminaram em idênticas conclusões para servidores ocupantes de cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e para servidores ocupantes de cargos administrativos do Pecfaz em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. A única diferença reside no arcabouço de embasamento de tais convicções.

De um lado, para os servidores da carreira específica, há o comando normativo expresso e vinculante da Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, que impõe de forma imponderável a caracterização de que advocacia praticada por AFRFB e por ATRFB suscita conflito de interesses.

De outro lado, para os servidores da cargos administrativos do Pecfaz, que também possuem algum grau de acesso a informações sigilosas (embora seus cargos acessem informações fiscais mais restritas que AFRFB e ATRFB) e cujas atribuições legais são genéricas de apoio e ligadas mais fortemente às competências legais e regimentais do órgão em que o servidor é lotado, para se atestar a existência de conflito de interesses entre o exercício do múnus público e a prática da advocacia privada, faz-se necessário retomar o exame das competências institucionais, já listadas em **4.7.3.18.5**. Não obstante, não resta dúvida que pouca eficácia teria a definição de incompatibilidade e de conflito de interesses se se restringisse sua aplicação apenas aos cargos pertencentes à Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e se deixasse os cargos administrativos à margem da vedação, pois permaneceriam os efeitos nocivos a que se visa evitar e coibir, como a possibilidade de acesso a informações sigilosas e de prejuízos à imagem do órgão perante a sociedade.

Outra diferença de que se pode cogitar no tratamento dispensado a servidores da carreira específica e a servidores de cargos administrativos reporta-se ao que se aduziu em **4.7.3.18.6.c** e em **4.7.3.18.7**, especificamente no caso de servidores ocupantes de cargo administrativo integrante do Pecfaz, uma vez que a Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, não os vincula, é viável se cogitar de a prática da atividade se dar sem a plena consciência de sua ilicitude, sobretudo em ramos do Direito diferentes do tributário e previdenciário, desde sempre tidas como inquestionavelmente incompatíveis. Assim, soa razoável adotar postura cautelosa que contemple a possibilidade de ausência de conhecimento de todos os elementos do enquadramento associado à ilicitude e dar-lhe ciência da incompatibilidade e conceder-lhe prazo para cessar a conduta ilícita, antes de instaurar o PAD em que se pode cogitar de aplicação de pena de demissão por improbidade administrativa. Também como diferencial, para estes servidores, estranhos à Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), não se cogita de descumprimento da vedação de exercício de atividades privadas, imposta pela Lei nº 11.890, de 24/12/08, pois esta Lei não os vincula.

Concluindo então o tema sob ótica disciplinar, a leitura conjunta do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, e do art. 5º, III da Lei nº 12.813, de 16/05/13, estabelece que a prática advocatícia por parte de servidores ocupantes de qualquer cargo em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, em qualquer área do Direito e ainda que em causa própria, com ou sem remuneração e mesmo que em horário condizente com a jornada de trabalho, suscita conflito de interesses e sujeita o agente à responsabilização disciplinar mediante PAD.

A questão do conflito de interesses da prática da advocacia por servidor de qualquer cargo na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil pode ainda suscitar uma outra repercussão. Ora, se aqui se afirma que a atividade é conflitante com as atribuições legais dos cargos e com as competências legais e regimentais do órgão, uma questão a ser enfrentada é se o servidor não a exerce de forma direta e pessoal, mas participa, como sócio acionista, cotista ou comanditário, sem ocupar formalmente posição de mando (sem ser administrador

ou gerente), de sociedade cuja atividade é a consultoria ou a assessoria jurídica privada em qualquer área de Direito.

Embora se destaque que a hipótese ora exposta difere da simples aplicação imediata da vedação demissiva estabelecida no art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, vez que aqui não se analisa o caso de servidor gerenciar ou administrar a sociedade, aplica-se parte da explanação já exposta sobre o tema quando se abordou a questão da participação societária em **4.7.3.10.1** e se reproduz o que ora interessa.

Conforme afirmado quando se abordou o art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, o clareamento da questão em tela passa pela análise sistemática do ordenamento (com este termo compreendido em seu sentido mais abrangente, incluindo a rica base principiológica ao lado das normas positivadas), indo além da estrita legalidade. É de se compreender que o ordenamento não poderia comportar a lacuna de, de um lado, prever a demissão de servidor que comprovadamente administre ou gerencie uma sociedade em uma atividade qualquer e distante de seu múnus público e, por outro lado, não prever vedação e sanção para o servidor que participa de sociedade cujo objeto social seja frontalmente incompatível com suas atribuições públicas (e, mais destacadamente, quando se verifica que o administrador ou gerente da sociedade ou seu sócio majoritário é alguém de próxima relação com o servidor).

Ora, em tal situação hipotética específica, é de se clamar novamente pelo entendimento de que aqui não se trata de proteção e sanção legais à afronta concretizada sobre um bem jurídico relevantemente tutelado (qual seja, a incolumidade do interesse público e a sua não contaminação por interesses particulares), mas sim de proteção já desde o simples risco potencial de tal afronta. Neste ponto, o ordenamento (ao amparo cristalino dos comandos do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, e do art. 3º, I da Lei nº 12.813, de 16/05/13), em sua visão mais abrangente, não sanciona apenas a efetiva atuação do servidor sócio de sociedade de consultoria ou de assessoria jurídico-tributária, em atos que se demonstrem concretamente conflitantes com seu cargo, mas sanciona, além e antes daquela atuação, o mero risco a que se expõe o interesse público somente de se ter um agente público inserido no quadro societário, mesmo não possuindo parcela majoritária (e mesmo sem formalmente figurar em posição de mando, na forma da administração ou da gerência), de uma sociedade cuja busca do lucro - e, em consequência, sua distribuição entre sócios - advém daquela atividade privada desde sempre incompatível com o cargo ocupado. Não se trata de apenas punir gravemente a efetiva afronta cometida pelo servidor; antes disto, se trata de vedar, desde a mediana punição, o mero posicionamento do servidor que o possibilite de cometê-la, de potencialmente vir a pôr em conflito o inafastável interesse público com o seu interesse particular.

Portanto, por um lado, em princípio, a participação como sócio acionista, cotista ou comanditário em sociedade privada é facultada ao servidor ocupante de cargo em exercício no Fisco, sofrendo apenas a respectiva administração ou gerência (qualquer que seja a área de atuação da sociedade) o enquadramento demissível na leitura direta e literal do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Por outro lado, a participação do servidor como sócio especificamente de sociedade de consultoria ou de assessoria jurídico-tributária (atividade que é incompatível com o cargo), tem enquadramento, no mínimo, no art. 117, XVIII da mesma Lei (punido com suspensão) em decorrência direta, pura e tão somente, da mera participação em si, ainda que nela não se comprove nenhum ato de má-fé com o fim de angariar benefício nesta atividade privada. Ou ainda, na hipótese mais extremada, conforme se melhor aduzirá em **4.7.4.4.5** (e a cuja leitura se remete), tendo se comprovado qualquer atuação dolosa, por parte do servidor, de repasse ou de disponibilização de técnicas de elisão fiscal ou de evasão fiscal ou ainda de informações sigilosas ou estratégicas que beneficiem aquela sociedade privada em detrimento do interesse público ou que propiciem à sociedade burlar as tutelas e os controles exercidos pela Administração, a participação societária ultrapassa a mera

incompatibilidade e atinge o grau de repulsa de ato de improbidade administrativa, merecendo enquadramento demissível, por leitura sistemática, no art. 132, IV daquela Lei, podendo ser combinado com a leitura extraída do art. 9º, VIII ou do art. 11, III ou *caput*, da Lei nº 8.429, de 02/06/92, conforme for peculiaridade de cada caso.

Ora, se uma determinada atividade, quando desempenhada individualmente pelo servidor, acarretaria enquadramento no art. 117, XVIII ou no art. 132, IV, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (cabendo em um ou no outro enquadramento em função do grau de gravidade da incompatibilidade com o múnus público), é de se defender que a mesma atividade, realizada pelo servidor, como sócio de uma sociedade cujo objeto social seja aquelas mesmas atividades incompatíveis, desde que atendidas certas condicionantes, também reflita disciplinarmente de igual forma.

> *"De outro lado, a participação em sociedade pode ser interpretada como exercício de atividade, e, portanto, se esta sociedade exerce atividades incompatíveis com o cargo do servidor, configurada está o ilícito em comento. Neste ponto, relembre-se que o simples fato de constar dos quadros sociais não configura a hipótese prevista no art. 117, inciso X, devendo-se comprovar o exercício da gerência ou administração da sociedade. Não obstante, constar simplesmente como sócio ou acionista, sem exercer a gerência ou administração, pode configurar a proibição do art. 117, inciso XVIII, desde que a sociedade exerça atividades incompatíveis com o cargo do servidor.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 302 e 303, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Ainda acerca deste tema, ressalve-se que não se justifica cogitar de repercussão disciplinar em decorrência de participação societária que tão somente represente um investimento ou uma aplicação financeira por parte do servidor, em que não se verifique nenhuma intenção ou sequer possibilidade de este efetivamente atuar e influir na persecução dos objetivos da sociedade, seja à vista de seu percentual de participação no capital social, seja à vista de sua representatividade pessoal dentre os demais sócios. Neste rumo, convém reportar ao que já foi aduzido detalhadamente em **4.7.3.10.1**, a cuja leitura se remete.

Acrescente-se ainda, sob amparo do que já se aduziu em **3.2.5**, que as duas repercussões disciplinares de que aqui se cogita não seriam afastadas na hipótese de o servidor se encontrar em licença para tratar de interesses particulares, visto que, não se tratando de enquadramento no art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, aqui não caberia a aplicação do inciso II do parágrafo único do citado artigo.

Compreenda-se a consideração de que a advocacia é conflitante com o exercício de qualquer cargo na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil advém tão somente das próprias construções internas ao órgão ou de manifestações concretas externadas pela Controladoria-Geral da União (CGU). Não se confunda que as convicções aqui expostas possam ter qualquer grau de dependência com o regramento estabelecido pela Lei nº 8.906, de 04/07/94, que é o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, e mais destacadamente com seus arts. 27, 28 e 30, que positivam as hipóteses de incompatibilidade e de impedimento para o exercício da advocacia.

> *Lei nº 8.906, de 04/07/94 - Estatuto da OAB - Art. 4º*
> *Parágrafo único. São também nulos os atos praticados por advogado impedido - no âmbito do impedimento - suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia.*
> *Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:*
> *V - não exercer atividade incompatível com a advocacia;*
> *Art. 11. Cancela-se a inscrição do profissional que:*
> *IV - passar a exercer, em caráter definitivo, atividade incompatível com a*

> *advocacia;*
> *Art. 27. A incompatibilidade determina a proibição total, e o impedimento, a proibição parcial do exercício da advocacia.*
> *Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:*
> *III - ocupantes de cargos ou funções de direção em órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público;*
> *VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais;*
> *§ 1º A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente.*
> *Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:*
> *I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora;*

As leis que regem a atividade funcional dos servidores tutelam, dentre inúmeros outros valores, a preservação da moralidade *interna corporis* à Administração, estabelecem condições para o regular desempenho das atribuições públicas por parte de seus agentes e prevê sanções na hipótese de descumprimento de seus comandos. Já a Lei nº 8.906, de 04/07/94, por sua vez, disciplina o exercício da profissão de advocacia e, dentre diversos regramentos, estabelece condições para que um bacharel em Direito seja aprovado em exame específico e inscrito como advogado naquela entidade classista para que, por fim, possa exercer a atividade profissional.

Portanto, por óbvio, as leis voltadas à Administração e a seus servidores (Leis nº 8.112, de 11/12/90, Lei nº 11.890, de 24/12/08, e Lei nº 12.813, de 16/05/13) tão somente visam a tutelar, no tema em apreço, as condições para que um agente possa se manter regularmente na condição de servidor. Aquelas leis não impõem pré-requisito para que a entidade de classe aceite ou rejeite o pedido de inscrição de bacharel em Direito ou mantenha ou cancele a inscrição como advogado. De outro lado, tampouco a Lei nº 8.906, de 04/07/94, vincula condições ou possibilidades para que a Administração tenha como lícita ou ilícita a conduta funcional de seus agentes públicos, nem mesmo na hipótese de estes vierem a exercer a advocacia em suas vidas privadas.

Não há que se cogitar aqui de conflito de normas (entre o art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90; o *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08; e o art. 5º, III da Lei nº 12.813, de 16/05/13, em face dos arts. 28, VII e 30, I da Lei nº 8.906, de 04/07/94). Embora todos estes comandos legais possam se dirigir uma mesma pessoa por um mesmo fato, cuidam de diferentes tutelas. As três primeiras Leis refletem uma proibição estatutária na relação laboral do servidor perante a Administração; a última Lei reflete um comprometimento de um associado diante de sua entidade de classe. Não há preponderância, absorção e muito menos revogação tácita de uma pela outra, mas sim apenas incidências independentes e superposição de efeitos.

Verifica-se que o instituto da incompatibilidade insere-se na Lei nº 8.906, de 04/07/94, no parágrafo único do art. 4º, no inciso V de seu art. 8º e no inciso IV do art. 11, com os fins de estabelecer requisito para inscrição de um bacharel em Direito na OAB, de atestar a validade dos atos praticados pelo advogado e ainda de cogitar de cancelar sua inscrição e é sob esta ótica sistemática que deve ser compreendido o subsequente art. 28 da mesma Lei: a definição do que é ou não incompatível se dá com as finalidades exclusivas de condicionar a possibilidade de inscrição na entidade de classe e de manter tal inscrição. O Estatuto da OAB, de início, sequer permite a inscrição de bacharel em Direito que atua em outra atividade que é tida como incompatível com a advocacia e cancela a inscrição daquele advogado que passa a praticar o mesmo tipo de atividade, bem como declara nulos seus atos a partir de então. O

mesmo objetivo se extrai do inciso I do art. 30, que define impedimento para o exercício da advocacia. Os dispositivos em comento se limitam a comandos de controle do exercício da profissão regulamentada pela Lei nº 8.906, de 04/07/94.

Sendo completamente distintas as tutelas estabelecidas no art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, no *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, e no art. 5º, III da Lei nº 12.813, de 16/05/13, em comparação com o art. 28, VII e com o art. 30, I, ambos da Lei nº 8.906, de 04/07/94, é hialino que a forma e o fim com que esta última Lei trata da incompatibilidade (e também do impedimento) não se refletem, não interferem e não atuam na forma e no fim como aquelas três primeiras Leis empregam os institutos da incompatibilidade e do conflito de interesses para balizar críticas à atuação funcional de servidor.

> *STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 26.851: "Ementa: 2. O rol contido na Lei nº 8.906/94, ainda que taxativo, é dirigido aos advogados, inexistindo óbice a que outras normas, destinadas aos servidores públicos, estabeleçam restrições ou vedações ao exercício da função pública quando concomitante com a advocacia, em obséquio aos princípios que regem a Administração Pública insertos no artigo 37, caput, da Constituição Federal, notadamente os da moralidade e da eficiência."*

Tanto é verdade que são distintas as tutelas que, de um lado, o simples fato, por si só, de o servidor de qualquer cargo em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil inscrito como bacharel em Direito porventura ter inscrição como advogado na OAB não configura ilicitude, se este não exerce a atividade; bem como, de outro lado, se este servidor efetivamente exercer a advocacia, o fato de a OAB porventura ter lhe concedido a inscrição não afasta a ilicitude estatutária e tampouco inibe o poder-dever que recai sobre a Administração de instaurar o PAD e, se for o caso, punir o infrator.

Se, de um lado, a Administração não se concede nenhum direito de interferir nos critérios de aprovação de bacharéis em Direito e de inscrição de advogados na OAB e nem mesmo de solicitar ou exigir que seus agentes porventura inscritos cancelem ou suspendam sua inscrição, de outro lado, exclusivamente ao órgão incumbe disciplinar as condições de regular exercício dos cargos públicos.

Na mesma linha, acrescente-se - em argumentação *ad absurdo* e apenas por ficção e licença argumentativa - que se a entidade classista viesse a entender que um filiado seu que também ocupasse cargo no Fisco pudesse livremente exercer a assessoria jurídico-tributária, se teria de admitir que caberia à Administração apenas acolher esse absurdo (e ora hipotético) entendimento da entidade regida pela Lei nº 8.906, de 04/07/94. Equivaleria a cogitar de que um agente público porventura inscrito na entidade classista para advogar e que, nesta atividade, viesse a cometer atos estatutariamente não toleráveis, e restaria a Administração impedida de processá-lo e de puni-lo se de forma diferente o Estatuto classista dispusesse para a relação laboral de seu foco privado.

Ou ainda, como se verá adiante: se se acreditasse que o regramento de natureza disciplinar se condicionasse à existência e aos regramentos de leis específicas regulamentadoras de atividades privadas, forçoso - e absurdo - seria reconhecer que a assessoria contábil contaria com uma vestal autorização oficial aos agentes do Fisco, visto que a respectiva entidade de classe nem sequer possui, em seu regramento próprio (a saber no Decreto-Lei nº 9.295, de 27/05/46), qualquer vedação para os profissionais das Ciências Contábeis em face do Fisco.

A Lei nº 8.112, de 11/12/90, em particular, e as demais leis que tenham vindo a integrar o ordenamento no que tange à disciplina interna e ao sancionamento de agentes públicos (de que a Lei nº 12.813, de 16/05/13, é exemplo), ao regularem a atuação funcional

dos agentes públicos e ao estabelecerem uma relação laboral destes para com a Administração sempre calcada no impessoal interesse público, jamais se condicionaram e tampouco se condicionam às normas de regência das atividades privadas. As linhas de aplicação não se confundem, até porque é de se reiterar que os bens jurídicos que se tutelam são muito distintos.

Não obstante tudo acima exposto, apenas para se esgotar o assunto e a mero título de informação, sem em nada interferir na questão funcional, aproveite-se para expor o posicionamento da OAB quanto à prática de advocacia por agentes públicos.

Independentemente e além da legislação funcional, o Estatuto da OAB veda de forma absoluta o exercício da advocacia para quaisquer agentes públicos ocupantes de cargos ou funções de direção em qualquer órgão da Administração e, mais especificamente, para os agentes públicos com atribuição legal de efetuar lançamento, arrecadação ou fiscalização tributária. Sob a exclusiva ótica da entidade de classe, o pedido de inscrição como advogado por qualquer bacharel em Direito que se enquadre naquelas vedações é de ser negado. Portanto, aqui está se mencionando uma outra vedação, que não é da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e que também não é das Leis nº 11.890, de 24/12/08, e nº 12.813, de 16/05/13, mas sim da Lei nº 8.906, de 04/07/94, no inciso V de seu art. 8º, no inciso IV do seu art. 11 e no inciso VII do seu art. 28. Para a entidade de classe, a proibição é absoluta (incompatibilidade); ou seja, para a entidade de classe, nenhum agente fiscal pode exercer advocacia, ainda que em causa própria.

Para o foco dos interesses da entidade que regula o exercício da advocacia, é inquestionável que esta vedação absoluta da legislação classista atinge frontalmente os ocupantes de cargo de AFRFB. Mas, quanto aos ocupantes de cargo de ATRFB, a análise apenas sob a ótica do Estatuto da OAB deve ser mais cuidadosa. Neste caso, é plausível a dúvida se seria aplicável tão somente a proibição parcial do exercício da advocacia (impedimento), vedando estes servidores apenas de atuarem contra a Fazenda Pública que os remunera, prevista no art. 30, I do Estatuto da OAB.

Conforme já visto em **4.7.3.18.5**, a base legal das atribuições de ambos os cargos repousa no art. 6º da Lei nº 10.593, de 06/12/02, e, infralegalemente, em grau de regulamentação, nos arts. 2º a 5º do Decreto nº 6.641, de 11/11/08. Da leitura destas normas, extrai-se que, enquanto o cargo de AFRFB tem suas atribuições legais enumeradas no art. 6º, I e II da Lei nº 10.593, de 06/12/02, o cargo de ATRFB tem parte de suas atribuições legais associada às atividades de fiscalização, atuando como auxiliar do AFRFB e tem outra parte de suas atribuições legais concorrente em atividades de arrecadação, por exemplo, conforme o art. 6º, § 2º, I e III, respectivamente, da mesma Lei. Portanto, para a ótica da OAB, indistintamente, também recai sobre o ocupante do cargo de ATRFB a vedação imposta pelo Estatuto da OAB, com base na redação atual do art. 6º, § 2º da Lei nº 10.593, de 06/12/02, combinado com os arts. 2º a 5º do Decreto nº 6.641, de 11/11/08. A extensão da vedação de advogar ao ATRFB já foi esposada pela própria OAB, por meio de seu Conselho Federal.

> *"Processo: Ementa 006/2004/PCA. Técnico da Receita Federal. Incompatibilidade. A função de auxiliar o Auditor-Fiscal da Receita Federal, no desempenho de competência que consiste no lançamento e fiscalização de tributos federais, faz com que se estenda ao Técnico da Receita Federal a incompatibilidade prevista no art. 28, inciso VII, do EOAB. Recurso a que se nega provimento. Decisão unânime. (Recurso nº 0277/2003/PCA-PR. Julgamento: 08.12.2003, por maioria, DJ, 20.04.2004, pg. 497, S1)"*
> *Idem: Ementa 053/2001/PCA*

Na mesma linha é o Parecer PGFN/CJU n° 2.288/2002, ao responder consulta acerca da possibilidade de ocupante de cargo de ATRFB advogar, assim ementado:

> *Parecer PGFN/CJU nº 2.288/2002: "Ementa: Técnico da Receita Federal.*

> *Consulta sobre possibilidade legal de exercício da advocacia. Incompatibilidade, mesmo em causa própria."*

E cite-se ainda manifestação posterior da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em seu Parecer PGFN/CJU/CED nº 1.752/2007.

> *Parecer PGFN/CJU/CED nº 1.752/2007: "37. Ante o exposto, é a manifestação no sentido de: a) reconhecer a incompatibilidade do exercício da advocacia por Auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil, ou quaisquer servidores públicos encarregados de efetuar atos de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais, ainda que no gozo de licença, inclusive incentivada;"*

Acrescente-se, por expressa previsão do Estatuto da OAB, no § 1º do seu art. 28, que a incompatibilidade, também para os controles laborais a cargo da entidade, se preserva mesmo estando o servidor temporariamente afastado do cargo, por férias, licenças e demais afastamentos.

Ressalve-se que, sob ótica da legislação classista, para os servidores ocupantes de cargos administrativos do Pecfaz na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, o Estatuto da OAB não impõe a vedação absoluta (incompatibilidade) do exercício da advocacia prevista no inciso VII do art. 28, pois estes agentes, diferentemente de AFRFB e de ATRFB, não possuem atribuições legais de efetuar lançamento, arrecadação ou fiscalização. Todavia, mesmo para estes servidores, a OAB impõe a vedação parcial do exercício da advocacia contra a Fazenda Pública, prevista no art. 30, I do mesmo Diploma.

Concluindo então o tema sob o foco classista, além das independentes repercussões disciplinares, cabem representações à OAB em razão de se ter conhecimento de exercício ilegal da advocacia (seja por incompatibilidade, como AFRFB e ATRFB exercendo qualquer ramo da profissão, seja por impedimento, como ocupantes de cargos administrativos do Pecfaz advogando contra a Fazenda Pública).

Ainda no tema associado à prática da advocacia, é de se abordar a questão do estágio. A Lei nº 11.788, de 25/09/08, em seus arts. 1º e 2º, definiu que estágio é ato educativo escolar supervisionado, fazendo parte do projeto pedagógico do curso e podendo ser obrigatório ou não (sendo obrigatório aquele definido como tal no projeto do curso e cuja carga horária é requisito para aprovação e obtenção do diploma). Ou seja, a Lei reconhece o estágio como uma atividade de natureza pedagógico-educacional e de formação prática do estudante de Direito, e não como uma espécie peculiar de relação de trabalho de menor grau de exigências, formalidades e remuneração.

Nesta linha adotada pelo diploma legal, já se tinha que o Conselho Nacional de Educação, órgão colegiado e vinculado ao Ministério da Educação, por meio de sua Resolução CNE/CES nº 9, de 01/10/04, em seus arts. 5º e 7º, determinou que os cursos de graduação em Direito devem contemplar o estágio curricular supervisionado como um componente obrigatório de suas grades e a ser realizado em núcleo de prática jurídica na instituição de ensino superior ou ainda em serviços de assistência judiciária na própria instituição ou em órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública ou ainda em departamentos jurídicos oficiais.

No mesmo rumo, também o Estatuto da OAB trata da inscrição de estudante de curso jurídico ou de bacharel em Direito como estagiário, permitindo que, nos dois anos do chamado estágio profissional, pratique atos de advocacia, desde que em conjunto com advogado e sob sua responsabilidade. Todavia, a mesma Lei, no inciso I do seu art. 9º, veda a inscrição como estagiário para aquele que não atende a condição estabelecida no inciso V do seu art. 8º, qual seja, de praticar atividade incompatível com a advocacia. Portanto, os servidores ocupantes de cargos de AFRFB e de ATRFB não podem se inscrever na OAB

sequer na condição de estagiários, conforme reforça o § 3º do aludido art. 9º, restando a estes servidores apenas a possibilidade de estagiarem na própria instituição de ensino superior ou ainda em entidades que porventura aceitem estagiários sem exigir inscrição na OAB.

> *Lei nº 8.906, de 04/07/94 - Art. 3º*
> *§ 2º O estagiário de advocacia, regularmente inscrito, pode praticar os atos previstos no art. 1º, na forma do regimento geral, em conjunto com advogado e sob responsabilidade deste.*
> *Art. 9º Para inscrição como estagiário é necessário:*
> *I - preencher os requisitos mencionados nos incisos I, III, V, VI e VII do art. 8º;*
> *II - ter sido admitido em estágio profissional de advocacia.*
> *§ 1º O estágio profissional de advocacia, com duração de dois anos, realizado nos últimos anos do curso jurídico, pode ser mantido pelas respectivas instituições de ensino superior, pelos Conselhos da OAB, ou por setores, órgãos jurídicos e escritórios de advocacia credenciados pela OAB, sendo obrigatório o estudo deste Estatuto e do Código de Ética e Disciplina.*
> *§ 3º O aluno de curso jurídico que exerça atividade incompatível com a advocacia pode frequentar o estágio ministrado pela respectiva instituição de ensino superior, para fins de aprendizagem, vedada a inscrição na OAB.*

Como exemplos de entidades em que é possível a atuação como estagiário sem tal inscrição na OAB, citem-se fundações estabelecidas para assistência jurídica gratuita a pessoas de baixa renda e que permitem a prática jurídica a estudantes e a recém-formados, podendo então os impedidos trabalhar como assistentes, sem assinar documentos, a fim de receberem os certificados comprobatórios do tempo de experiência. Sob outra ótica distinta dos objetivos deste texto, tal possibilidade é interessante sobretudo para ocupantes de cargo de ATRFB, uma vez que a investidura em cargos da área jurídica requer a comprovação de determinado tempo de prática jurídica e o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público têm entendido que apenas o exercício das atribuições do cargo de AFRFB satisfaz os requisitos para ser considerada uma atividade jurídica.

Já para os servidores ocupantes de cargos administrativos do Pecfaz na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, o estágio é permitido, inclusive com a inscrição como estagiário na OAB, desde que seja realizado dentro dos balizamentos da mencionada Resolução CNE/CES e da Lei nº 8.906, de 04/07/94 (quais sejam, feito em órgãos públicos ou em núcleos de prática jurídica das instituições superiores de ensino em Direito, ainda que privadas).

Por óbvio, a vedação à prática de advocacia, para ocupante de qualquer cargo, se projeta igualmente sobre a prática de estágio em Direito em escritórios privados de advocacia, pois ali a atividade mais se aproxima de uma relação profissional com menor grau de formalidades (diferentemente do estágio curricular) e se patrocinam interesses privados de clientes.

4.7.3.18.7.b - Atividade Contábil

De forma muito análoga ao que acima se aduziu para a advocacia, também a atuação de servidor de qualquer cargo em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - sejam AFRFB e ATRFB, integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, sejam ocupantes de outros cargos administrativos, integrantes do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda (Pecfaz, do Quadro de Pessoal do atual Ministério da Economia - ME, já descrito em **4.7.13.8.7**) - na atividade contábil, por si só, ainda que praticada em horário compatível com a jornada de trabalho e com ou sem remuneração, configura óbvio conflito de interesses.

Tal imputação advém da mera prática, do simples fazer. Ou seja, esta atividade é

conflitante mesmo se conduzida com boa-fé e dentro dos mesmos limites com que qualquer outro contador particular também atuaria, sem dolosamente agregar vantagens ao cliente em função do cargo, tais como levar para esta atividade privada as técnicas de elisão fiscal ou de evasão fiscal - entendidas como, respectivamente, condutas lícitas ou ilícitas com o fim de evitar, retardar ou modificar a ocorrência de fato gerador de obrigação tributária ou os efeitos dela decorrentes - ou ainda informações sigilosas ou estratégicas acessadas em razão do cargo que beneficiem o particular em detrimento do interesse público ou que lhe propiciem burlar as tutelas e os controles exercidos pela Administração. Isto porque a Lei nº 12.813, de 16/05/13, tutela já desde o mero risco potencial, e tal risco se configura na hipótese em tela, pois sempre é factível que o servidor acabe por levar os conhecimentos e os acessos a dados para empregá-los na empreitada particular.

Com isto, a conduta se enquadra no inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e consequentemente, como ato de improbidade administrativa no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com a redação dada *a priori* pelo art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92 (ou pelo art. 9º ou pelo art. 10 da mesma Lei, se for o caso), punível com pena expulsiva. O fato de haver ou não remuneração não tem o condão de alterar o enquadramento expulsivo (pois, no máximo atuaria apenas na dosimetria, como agravante no caso positivo, inaplicável para pena capital) e a inobservância da Lei nº 11.890, de 24/12/08, imputável apenas aos cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, é absorvida pelo ilícito mais grave da incompatibilidade.

O conflito de interesses se refere ao conjunto das atribuições legais e não fracionáveis dos cargos e às competências legais e regimentais institucionais do órgão e não às condicionantes momentâneas do exercício ou localização. Neste tema, não se cuida de apenas punir gravemente a efetiva afronta cometida pelo servidor; antes disto, se trata de vedar a mera prática do servidor que o possibilite de cometê-la, de potencialmente vir a pôr em conflito o inafastável interesse público com o seu interesse particular.

> *Orientação Coger nº 33*
> *A prática da advocacia, em qualquer ramo de Direito, e de assessoria contábil são materialmente incompatíveis com o exercício dos cargos da Carreira de Auditoria da Receita Federal.*

O entendimento da incompatibilidade (como espécie do gênero de conflito de interesses) da atividade contábil, por parte de servidor de qualquer cargo em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, decorre da aplicação do conceito estabelecido em **4.7.3.18.6.b** de que figura como conflituosa a atividade privada cuja prática ou exercício é ou, potencialmente, pode ser beneficiada, no momento de sua execução ou feitura, em razão de o executante possuir a qualidade especial de ser servidor e, aqui em especial, de poder agregar àquela empreitada os conhecimentos sobre a forma estratégica de o Fisco agir, sobre seus parâmetros de programação e suas metas e sobre eventuais lacunas normativas que possui em razão do cargo.

Ressalve-se que esta convicção em nada contradiz o entendimento externado desde **4.7.3.18.2**, de que a aferição de eventual incompatibilidade material de uma atividade não passa pela mera possibilidade, propiciada pelo cargo público, de individualizar a cobrança de contraprestação proporcionalmente ao menor ou maior estado de riqueza do particular contratante, desvendado pelo acesso imotivado aos sistemas informatizados.

No caso aqui em comento, os conhecimentos estratégicos e as informações privilegiadas disponíveis ao servidor, sem o devido interesse público, são ou, potencialmente, podem ser utilizadas na execução em si da atividade contábil, diferentemente do que se exemplificou a favor do servidor que atua em veterinária, odontologia, engenharia, psicologia, medicina, jornalismo (figurativamente mencionadas em **4.8.3.18.3**), etc, pois estas atividades, em seu momento de execução, são praticadas sem a utilização daqueles conhecimentos ou

informações, que são ou podem ser empregados não como pré-requisito essencial da prática, mas sim para o efeito destacado - antes ou depois - de poder estabelecer um critério de cobrança do serviço prestado. No extenso ramo das profissões liberais, a contabilidade é uma atividade com contornos diferenciados e específicos em comparação às demais, pois, sendo as Ciências Contábeis uma atividade umbilicalmente associada aos controles que o Fisco exerce sobre o universo de contribuintes, os conhecimentos e informações ao dispor do servidor se demonstram potencialmente relevantes para a prática da atividade em si e não apenas como um possível elemento individualizador de cobrança. Na atividade contábil, o possível emprego daqueles conhecimentos ou informações integra o critério de aferição (como um interesse colidente situado na área de atuação do cargo) e, portanto, conduz à incompatibilidade da atividade, ao contrário do que ocorre naquelas outras profissões liberais em geral, em que o mesmo possível utilização cumpre diferente objetivo e pode configurar afronta a outro dispositivo legal em razão de se atingir um distinto bem jurídico tutelado.

Uma vez que o servidor que exerce a atividade contábil poderia, no afã de obter o melhor resultado de planejamento fiscal a favor do seu cliente, se sentir atraído, seduzido e tentado a utilizar estratégias e dados sigilosos, busca-se, com o enquadramento de tal atividade como incompatível, coibir desde já um mero risco potencial, em sintonia com a vontade do legislador, também claramente exposta na Lei nº 12.813, de 16/05/13.

Ademais, para o contratante, o fato de o contador ser um servidor em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil traz uma expectativa de receber tratamento diferenciado por parte do agente em razão de seu múnus público, o que acaba por ferir a moralidade e a imagem do órgão perante a sociedade e põe em xeque o interesse público.

E, por fim, no último degrau da conduta, se, ao atuar com contabilidade, com ou sem remuneração e independentemente do horário, ainda por cima, o servidor de qualquer cargo em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil dolosamente disponibiliza ao particular técnicas de elisão fiscal ou de evasão fiscal ou ainda informações sigilosas ou estratégicas acessadas em razão do cargo que o beneficiem em detrimento do interesse público ou que lhe propiciem burlar as tutelas e os controles exercidos pela Administração, sempre se teve cristalino que tal conduta configura improbidade administrativa, mesmo antes da evolução normativa no tema de conflito de interesses, atingida com a edição da Lei nº 12.813, de 16/05/13. Pode-se cogitar de enquadramento como ato de improbidade administrativa, na figura de prestação de consultoria ou assessoria contábil-tributária (conforme o art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a título da definição que se pode extrair do art. 9º, VIII ou do art. 11, III ou *caput*, da Lei nº 8.429, de 02/06/92, conforme a peculiaridade de cada caso), ou ainda, estando presente a mácula em especial do instituto do conflito de interesses, pode-se também enquadrar como improbidade administrativa, *a priori* no art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92 (ou no art. 9º ou no art. 10 da mesma Lei, se for o caso), por força do art. 12 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, em todos estes casos cabendo a punição com pena expulsiva. Igualmente às hipóteses anteriores, a existência de remuneração, por si só, não altera o enquadramento, sendo a inobservância da Lei nº 11.890, de 24/12/08, absorvida pelo ilícito mais grave.

Não por acaso, todas as construções formuladas no presente tópico culminaram em idênticas conclusões para servidores ocupantes de cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e para servidores ocupantes de cargos administrativos do Pecfaz em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. A única diferença reside no arcabouço de embasamento de tais convicções.

De um lado, para os servidores da carreira específica, há o comando normativo expresso e vinculante da Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, que impõe de forma imponderável a caracterização de que atividade contábil praticada por AFRFB e por ATRFB suscita conflito de interesses.

De outro lado, para os servidores da cargos administrativos do Pecfaz, que também possuem algum grau de conhecimento das estratégias e de acesso a informações sigilosas (embora seus cargos acessem informações fiscais mais restritas que AFRFB e ATRFB) e cujas atribuições legais são genéricas e de apoio e ligadas mais fortemente às competências do órgão em que o servidor é lotado, para se atestar a existência de conflito de interesses entre o exercício do múnus público e a prática contábil, faz-se necessário retomar o exame das competências institucionais, já listadas em **4.7.3.18.5**. Não obstante, não resta dúvida que pouca eficácia teria a definição de incompatibilidade e de conflito de interesses se se restringisse sua aplicação apenas aos cargos pertencentes à Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e se deixasse os cargos administrativos à margem da vedação, pois permaneceriam os efeitos nocivos a que se visa evitar e coibir, como a possibilidade de emprego daqueles conhecimentos ou de acesso a informações sigilosas e de prejuízos à imagem do órgão perante a sociedade. Repise-se que a atividade contábil é tão umbilicalmente vinculada ao múnus público fiscalizatório e às competências legais e regimentais da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e desde sempre tida como inquestionavelmente incompatível que não há que cogitar, especificamente para os servidores ocupantes de cargo administrativo integrante do Pecfaz, de a prática da atividade se dar sem a plena consciência de sua ilicitude, dispensando-se a postura cautelosa de conceder-lhe prazo para cessar a conduta ilícita, antes de instaurar o PAD em que se pode cogitar de aplicação de pena de demissão por improbidade administrativa. Também como diferencial, para estes servidores, estranhos à Carreira Trbutária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, não se cogita de descumprimento da vedação de exercício de atividades privadas, imposta pela Lei nº 11.890, de 24/12/08, pois esta Lei não os vincula.

Concluindo então o tema sob ótica disciplinar, a leitura conjunta do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, e do art. 5º, III da Lei nº 12.813, de 16/05/13, estabelece que a prática da contabilidade por parte de servidores ocupantes de qualquer cargo em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, com ou sem remuneração e mesmo que em horário condizente com a jornada de trabalho, suscita conflito de interesses e sujeita o agente à responsabilização disciplinar mediante PAD.

Acrescente-se que se aplica à atividade contábil a mesma crítica exposta em **4.7.3.18.7.a** (a cuja leitura se remete, a fim de poupar extensa repetição), quando se alertou da possibilidade de imputação disciplinar para servidor de qualquer cargo em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e que integre, com efetivo grau de participação, sociedade cujo objeto social é conflitante com o múnus público, como é o caso de contabilidade.

É de se destacar que a entidade de classe dos contadores não prevê nenhuma forma de vedação (em especial no Decreto-Lei nº 9.295, de 17/05/46, que criou o Conselho Federal de Contabilidade), nos moldes que possui a OAB, seja de escrituração, seja de assessoria, para nenhum cargo ou carreira.

E justamente a ausência de disciplinamento no diploma legal que rege a atividade contábil privada no que tange a incompatibilidades e impedimentos reforça a tese já esposada quando se analisou a incompatibilidade da advocacia privada com os cargos públicos na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, de que há sim nítido conflito de interesses, a despeito de regramentos voltados para a tutela específica da OAB. Do contrário, a lacuna normativa *in casu* conduziria à hipótese absurda de não haver vedação alguma para que um servidor lotado e em exercício no Fisco pudesse livremente exercer a atividade contábil. Reitera-se a convicção de que os regramentos estatutários ou decorrentes de quaisquer leis que regulem o exercício da função pública jamais se condicionaram e tampouco se condicionam às normas de regência de atividades privadas, pois as linhas de aplicação não confundem, à vista de tutelarem bens jurídicos muito distintos.

4.7.3.18.7.c - Praticagem

Quanto ao fato de servidor de qualquer cargo em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil ser prático de Marinha Mercante, de imediato convém verificar o que estabelece a Lei n° 9.537, de 11/12/97 (Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário - Lesta), que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e, dentre outras providências, trata da atividade de praticagem, *verbis*:

> *Lei nº 9.537, de 11/12/97 - Art. 4° São atribuições da autoridade marítima:*
> *I - elaborar normas para:*
> *a) habilitação e cadastro dos aquaviários e amadores;*
> *II - regulamentar o serviço de praticagem, estabelecer as zonas de praticagem em que a utilização do serviço é obrigatória e especificar as embarcações dispensadas do serviço;*
> *Art. 12. O serviço de praticagem consiste no conjunto de atividades profissionais de assessoria ao Comandante requeridas por força de peculiaridades locais que dificultem a livre e segura movimentação da embarcação.*
> *Art. 13. O serviço de praticagem será executado por práticos devidamente habilitados, individualmente, organizados em associações ou contratados por empresas.*
> *§ 1º A inscrição de aquaviários como práticos obedecerá aos requisitos estabelecidos pela autoridade marítima, sendo concedida especificamente para cada zona de praticagem, após a aprovação em exame e estágio de qualificação.*
> *§ 2º A manutenção da habilitação do prático depende do cumprimento da freqüência mínima de manobras estabelecida pela autoridade marítima.*
> *Art. 14. O serviço de praticagem, considerado atividade essencial, deve estar permanentemente disponível nas zonas de praticagem estabelecidas.*
> *Parágrafo único. Para assegurar o disposto no caput deste artigo, a autoridade marítima poderá:*
> *I - estabelecer o número de práticos necessário para cada zona de praticagem;*
> *II - fixar o preço do serviço em cada zona de praticagem;*
> *III - requisitar o serviço de práticos.*
> *Art. 15. O prático não pode recusar-se à prestação do serviço de praticagem, sob pena de suspensão do certificado de habilitação ou, em caso de reincidência, cancelamento deste.*
> *Art. 39. A autoridade marítima é exercida pelo Ministério da Marinha.*

A Lei nº 9.537, de 11/12/97, foi regulamentada pelo Decreto nº 2.596, de 18/05/98, de que se destacam os seguintes dispositivos:

> *Decreto nº 2.596, de 18/05/98 - Art. 1º Os aquaviários constituem os seguintes grupos:*
> *V - 5º Grupo - Práticos: aquaviários não-tripulantes que prestam serviços de praticagem embarcados;*
> *Art. 7º Constitui infração às regras do tráfego aquaviário a inobservância de qualquer preceito deste Regulamento, de normas complementares emitidas pela autoridade marítima e de ato ou resolução internacional ratificado pelo Brasil, sendo o infrator sujeito às penalidades indicadas em cada artigo.*
> *Art. 25. São infrações imputáveis ao Prático:*
> *I - recusar-se à prestação do serviço de praticagem:*
> *Penalidade: suspensão do Certificado de Habilitação até doze meses ou, em caso de reincidência, o cancelamento;*
> *II - deixar de cumprir as normas da autoridade marítima sobre o Serviço de Praticagem:*
> *Penalidade: suspensão do Certificado de habilitação até cento e vinte dias.*

Em complemento, faz-se relevante apreciar o que estabelece a regulamentação infralegal mais específica, editada pela competente autoridade marítima. Para este fim, a Diretoria de Portos e Costas (DPC), da Marinha do Brasil, na condição de representante da autoridade marítima, segundo o seu Regulamento, dentre outros propósitos e outras competências, especificamente no que diz respeito ao propósito de contribuir para o tráfego aquaviário, possui a competência para elaborar normas para habilitação e cadastro de aquaviários e para regulamentar o serviço de praticagem.

Com base nestas competências regulamentares e nos termos do art. 4º da Lei nº 9.537, de 11/12/97, a DPC, por meio da Portaria DPC nº 78, de 15/04/11, aprovou as Normas da Autoridade Marítima para o Serviço de Praticagem (Normam-12/DPC). As Normam-12/DPC, estruturadas em itens numerados, normatizam o serviço de praticagem nas águas jurisdicionais brasileiras, aplicáveis, de maneira especial, aos práticos e aos praticantes de prático

> *NORMAM-12/DPC - Normas da Autoridade Marítima para o Serviço de Praticagem*
> *0101 - PROPÓSITO*
> *Estabelecer normas para o Serviço de Praticagem nas Águas Jurisdicionais Brasileiras (AJB).*
> *0102 - APLICAÇÃO*
> *Estas Normas aplicam-se a todos os Serviços de Praticagem e, de maneira especial, aos Práticos, aos Praticantes de Prático e aos usuários do Serviço de Praticagem.*
> *0103 - COMPETÊNCIA*
> *Compete à Diretoria de Portos e Costas, como Representante da Autoridade Marítima para a Segurança do Tráfego Aquaviário, regulamentar o Serviço de Praticagem, estabelecer as Zonas de Praticagem (ZP) em que a utilização do Serviço é obrigatória ou facultativa e especificar as embarcações dispensadas de utilizar o Serviço de Praticagem.*
> *0118 - PRATICANTE DE PRÁTICO (PRP)*
> *É o profissional aquaviário não tripulante, selecionado por meio de Processo Seletivo conduzido pela DPC, portador do Certificado de Habilitação de Praticante de Prático e aspirante à categoria de Prático.*
> *Seção I - 0119 - PRÁTICO (PRT)*
> *É o profissional aquaviário não tripulante que presta Serviços de Praticagem embarcado.*
> *Seção I - 0121 - SERVIÇO DE PRATICAGEM*
> *É o conjunto de atividades profissionais de assessoria ao Comandante, requeridas por força de peculiaridades locais que dificultem a livre e segura movimentação da embarcação.*
> *Seção II - 0201 - PROCESSO SELETIVO À CATEGORIA DE PRATICANTE DE PRÁTICO*
> *a) O preenchimento de vaga de Prático em Zona de Praticagem (ZP) dar-se-á, inicial e exclusivamente, por meio de Processo Seletivo à Categoria de Praticante de Prático, doravante denominado Processo Seletivo, o qual será regido pelas presentes normas e detalhado por Edital específico a ser publicado no Diário Oficial da União (DOU) e na página da DPC na Internet.*
> *b) Cabe à DPC, na qualidade de Representante da Autoridade Marítima para a Segurança do Tráfego Aquaviário e no exercício da atribuição de regulamentar o Serviço de Praticagem, determinar a época de realização, o número de vagas por ZP a ser preenchido, elaborar e divulgar o Edital e executar o Processo Seletivo.*
> *c) O Praticante de Prático e o Prático não são militares ou servidores/empregados públicos, assim como não exercem função pública. O Processo Seletivo, portanto, não se destina ao provimento de cargo ou emprego público, não sendo o concurso público de que trata o Art. 37, II, da*

Constituição Federal. Ademais, é um Processo Seletivo reservado ao preenchimento, tão somente, do número de vagas previsto no seu Edital, o qual poderá incluir as eventuais vagas mencionadas na alínea b) do item 0203.
0222 - CERTIFICAÇÃO
a) O Prático e o Praticante de Prático somente poderão estar certificados, nas respectivas categorias, em uma única ZP.
0223 - QUALIFICAÇÃO DO PRATICANTE DE PRÁTICO
a) A qualificação do Praticante de Prático seguirá um programa de treinamento estabelecido pela CP [Capitania dos Portos] com jurisdição sobre a ZP, denominado Programa de Qualificação do Praticante de Prático, a ser iniciado imediatamente após a Certificação, sendo seu cumprimento confiado a Entidade(s) de Praticagem existente(s) na ZP, indicada(s) pela CP.
b) O prazo para a conclusão do Programa de Qualificação será de, no mínimo, 12 (doze) meses e, no máximo, de 18 (dezoito) meses, contados da data de emissão do Certificado de Habilitação de Praticante de Prático. Excepcionalmente, o prazo mínimo para a conclusão do Programa de Qualificação poderá ser alterado pela DPC, para uma ou mais ZP.
c) O prazo mínimo de 12 (doze) meses advém da necessidade do Praticante de Prático treinar durante todas as estações do ano.
e) As Entidades de Praticagem, por meio de seus componentes, em especial os Práticos, terão a responsabilidade de transmitir aos Praticantes de Prático todo o conhecimento técnico que possuem.
f) Cada Praticante de Prático terá um Prático em atividade para acompanhar o desenvolvimento do Programa de Qualificação, atuando como monitor.
g) O Praticante de Prático acompanhará os Práticos nas atividades de bordo relativas ao Programa de Qualificação, sendo recomendável que acompanhe fainas de praticagem de todos os Práticos da ZP, independentemente da Entidade onde for apresentado.
0225 - ORGANIZAÇÃO
b) Os Práticos poderão atuar dos seguintes modos:
1) Individualmente
O Prático que assim optar deverá cumprir todas as exigências previstas para o Serviço de Praticagem.
2) Sociedade Econômica Simples ou Empresária
Nesta forma de atuação os práticos atuarão em sociedade, prestando exclusivamente os Serviços de Praticagem, configurando-se como sociedade simples, sendo o contrato social inscrito no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Poderão ainda atuar como sociedade empresária, constituindo-se segundo um dos tipos societários regulados no Código Civil, tendo seus atos constitutivos inscritos na Junta Comercial.
3) Contratado por Empresa de Praticagem
O Prático poderá ser contratado por sociedade econômica simples ou empresária, consoante a legislação trabalhista.
0226 - ESCALA DE RODÍZIO ÚNICA DE SERVIÇO DE PRÁTICO
a) É estabelecida especificamente para cada ZP e inclui todos os Práticos habilitados e aptos em atividade na ZP, independentemente da sua forma de atuação, por meio da qual os Práticos são divididos, obrigatoriamente, entre os seguintes grupos:
1) Práticos em Período de Escala;
2) Práticos em Período de Repouso; e
3) Práticos em Período de Férias.
b) Essa escala visa garantir a disponibilidade ininterrupta do Serviço de Praticagem e evitar a fadiga do Prático na execução das fainas de praticagem. Adicionalmente, contribui para a manutenção da habilitação do Prático.
c) Período de Escala é o número de horas ou de dias consecutivos durante os quais o Prático está à disposição para ser requisitado a realizar fainas de praticagem. Esse período é subdividido em Período de Serviço e Período de

Sobreaviso.
0227 - ELABORAÇÃO DA ESCALA DE RODÍZIO ÚNICA DE SERVIÇO DE PRÁTICO
a) A distribuição dos Práticos, consolidada somente na Escala de Rodízio Única de Serviço de Prático, deverá proporcionar o revezamento dos Práticos, em Períodos de Serviço pré-estabelecidos, de modo a manter o atendimento das embarcações de forma contínua, ou seja, cada faina de praticagem será realizada por Prático(s) perfeitamente identificado(s) nessa Escala.
5) O Prático deverá concorrer mensalmente a, pelo menos, um Período de Escala, exceto quando interferir no seu Período de Férias.
0228 - DOS DEVERES DO PRÁTICO
Compete ao Prático no desempenho das suas funções:
a) Assessorar o Comandante da embarcação na condução da faina de praticagem, atendendo, com presteza e de forma eficiente, as exigências do Serviço de Praticagem;
b) Manter-se apto a prestar o Serviço de Praticagem em todos os tipos de embarcações e em toda a extensão da ZP, observada a restrição prevista na alínea p) do item 0224;
m) Executar as atividades do Serviço de Praticagem, mesmo quando em divergência com a empresa de navegação ou seu representante legal, devendo os questionamentos serem debatidos nos foros competentes, sem qualquer prejuízo para a continuidade do Serviço. Divergências relativas a assuntos técnico-operacionais referentes à segurança do tráfego aquaviário, à salvaguarda da vida humana nas águas e à prevenção da poluição hídrica serão dirimidas pela Autoridade Marítima;
n) Cumprir a Escala de Rodízio Única de Serviço de Prático ratificada pela CP/DL/AG;
o) Cumprir o número mínimo de fainas de praticagem estabelecido para manter-se habilitado;
s) Manter-se em disponibilidade na ZP, durante todo o Período de Escala, para atender a qualquer faina de praticagem. Em caso de necessidade de afastamento da ZP por motivo de força maior, o Prático deverá ser substituído na Escala e o fato informado à CP/DL/AG na primeira oportunidade;
0229 - DOS DEVERES DO PRATICANTE DE PRÁTICO
a) Cumprir o Programa de Qualificação de Praticante de Prático estabelecido pela CP;
b) Não interromper o cumprimento do Programa de Qualificação de Praticante de Prático, exceto no caso de afastamento temporário previsto no item 0237.
c) Cumprir, no que couber, os deveres do Prático descritos no item anterior.
0501 - FIXAÇÃO DOS PREÇOS
A fixação dos preços dos serviços de praticagem, pela DPC, dar-se-á na conformidade das disposições estabelecidas pelo Decreto nº 7860, de 6 de dezembro de 2012. Os procedimentos metodológicos utilizados para a definição das tabelas de preços máximos dos serviços de praticagem são aqueles aprovados por Resolução da Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem - CNAP. Essa Metodologia, dado o seu caráter pioneiro, poderá sofrer alterações ao longo do tempo, assim como as Tabelas aprovadas.

Deste ordenamento, se depreende que o prático executa um serviço considerado como essencial e ininterrupto de assessoria ao comando das embarcações que atracam e desatracam, em razão das dificuldades para a livre e segura movimentação na proximidade de cada porto. A habilitação de um aquaviário decorre de aprovação em processo seletivo conduzido pela DPC, em que se selecionam inicialmente candidatos à categoria de praticante de prático (aspirantes à categoria de prático).

Uma vez certificado como praticante de prático, o aquaviário submete-se a programa de qualificação, com duração de 12 a 18 meses, período em que apenas acompanha os

práticos nas atividades de bordo. Por sua vez, o práticos podem atuar individualmente, ou integrando sociedade simples ou empresária de práticos, ou ainda como contratado por uma empresa de praticagem, submetendo-se à legislação trabalhista. Os praticantes de prático e os práticos, na condição de aquaviários não tripulantes, somente podem ser habilitados para atuar em uma única determinada zona de praticagem e são agentes privados, não possuindo função pública (não são empregados públicos e muito menos servidores civis ou militares).

A disponibilização ininterrupta do serviço de praticagem numa determinada zona de praticagem segue uma escala única de rodízio entre todos os práticos ali habilitados e aptos em atividade, sendo cada prático obrigado a cumprir no mínimo um período de escala (número de dias ou de horas consecutivos em que o prático fica à disposição para ser requisitado) a cada mês, como condição para manter-se habilitado. É vedado ao prático recusar-se a prestar o serviço de praticagem, sob pena de suspensão e de desabilitação em caso de reincidência.

A fixação do preço do serviço de praticagem é feita livremente entre o transportador e o prático (ou a entidade a que este se vincula), cabendo intermediação da DPC, com vista a manter ininterrupta a prestação do serviço, apenas quando as partes não chegam a um acordo.

De outro lado, para se contrapor à atividade privada de prático, pertine reproduzir alguns comandos relevantes e ora aplicáveis do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 6.759, de 05/02/09, e que regulamenta a administração das atividades aduaneiras e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior.

> *Regulamento Aduaneiro - Decreto nº 6.759, de 05/02/09 - Art. 24. No exercício de suas atribuições, a autoridade aduaneira terá livre acesso:*
> *I - a quaisquer dependências do porto e às embarcações, atracadas ou não;*
> *Art. 26.*
> *§ 1º O controle aduaneiro do veículo será exercido desde o seu ingresso no território aduaneiro até a sua efetiva saída, e será estendido a mercadorias e a outros bens existentes a bordo, inclusive a bagagens de viajantes.*
> *Art. 30. Quando conveniente aos interesses da Fazenda Nacional, poderá ser determinado, pela autoridade aduaneira, o acompanhamento fiscal de veículo pelo território aduaneiro.*
> *Art. 31. O transportador deve prestar à Secretaria da Receita Federal do Brasil, na forma e no prazo por ela estabelecidos, as informações sobre as cargas transportadas, bem como sobre a chegada de veículo procedente do exterior ou a ele destinado.*
> *Art. 34. A autoridade aduaneira poderá proceder a buscas em qualquer veículo para prevenir e reprimir a ocorrência de infração à legislação aduaneira, inclusive em momento anterior à prestação das informações referidas no art. 31.*
> *§ 1º A busca a que se refere o caput será precedida de comunicação, verbal ou por escrito, ao responsável pelo veículo.*
> *Art. 35. A autoridade aduaneira poderá determinar a colocação de lacres nos compartimentos que contenham os volumes ou as mercadorias a que se refere o § 1º do art. 31 e na situação de que trata o § 1º do art. 37, podendo adotar outras medidas de controle fiscal.*
> *Art. 36. Havendo indícios de falsa declaração de conteúdo, a autoridade aduaneira poderá determinar a descarga de volume ou de unidade de carga, para a devida verificação, lavrando-se termo.*
> *Art. 42. O responsável pelo veículo apresentará à autoridade aduaneira, na forma e no momento estabelecidos em ato normativo da Secretaria da Receita Federal do Brasil, o manifesto de carga, com cópia dos conhecimentos correspondentes, e a lista de sobressalentes e provisões de bordo.*
> *Art. 54. Os transportadores, bem como os agentes autorizados de embarcações procedentes do exterior, deverão informar à autoridade aduaneira dos portos*

de atracação, na forma e com a antecedência mínima estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, a hora estimada de sua chegada, a sua procedência, o seu destino e, se for o caso, a quantidade de passageiros.
Art. 63.
§ 2º A autoridade aduaneira poderá determinar a aplicação de cautelas fiscais e o isolamento dos volumes em local próprio do recinto alfandegado, inclusive nos casos de extravio ou avaria. (Incluído pelo Decreto nº 8.010, de 16/05/13)
Art. 64. O veículo será tomado como garantia dos débitos fiscais, inclusive os decorrentes de multas que sejam aplicadas ao transportador ou ao seu condutor.
Art. 65. A autoridade aduaneira poderá impedir a saída, da zona primária, de qualquer veículo que não haja satisfeito às exigências legais ou regulamentares.
Art. 105. É responsável pelo imposto:
I - o transportador, quando transportar mercadoria procedente do exterior ou sob controle aduaneiro, inclusive em percurso interno.
Art. 553. A declaração de importação será obrigatoriamente instruída com: (Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 16/05/13)
I - a via original do conhecimento de carga ou documento de efeito equivalente;
Art. 661. Para efeitos fiscais, é responsável o transportador quando: (Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 16/05/13)
I - constatado que houve, após o embarque, substituição de mercadoria; (Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 16/05/13)
II - houver extravio de mercadoria em volume descarregado com indícios de violação; ou (Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 16/05/13)
III - o volume for descarregado com peso ou dimensão inferior ao constante no conhecimento de carga, no manifesto ou em documento de efeito equivalente. (Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 16/05/13)
Art. 674. Respondem pela infração:
III - o comandante ou o condutor de veículo, nos casos do inciso II, quando o veículo proceder do exterior sem estar consignado a pessoa física ou jurídica estabelecida no ponto de destino;
Art. 735. Os intervenientes nas operações de comércio exterior ficam sujeitos às seguintes sanções:
§ 2º Para os efeitos do disposto neste artigo, considera-se interveniente o importador, o exportador, o beneficiário de regime aduaneiro ou de procedimento simplificado, o despachante aduaneiro e seus ajudantes, o transportador, o agente de carga, o operador de transporte multimodal, o operador portuário, o depositário, o administrador de recinto alfandegado, o perito, o assistente técnico, ou qualquer outra pessoa que tenha relação, direta ou indireta, com a operação de comércio exterior

A simples leitura consecutiva do regramento do serviço de praticagem e da normatização aduaneira demonstra, de forma, clara, imediata, cristalina e inequívoca, o antagonismo de posições, de comprometimentos, de interesses e de atuações e, por fim, a situação excludente, colidente e imiscível em que se colocam o prático e o servidor em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

Permite-se até inferir que a concomitância das atuações como prático e como servidor do Fisco se avolume como o melhor e figurativamente mais didático exemplo da posição anfíbia de conflito de interesses, pois tanto pode-se ter o servidor incorrendo em favorecimento ao transportador quando atuando em sua empreitada privada como prático, em razão das prerrogativas de agente do Fisco, como pode também este mesmo servidor se sentir vinculado ao interveniente privado quando, investido da função pública, tiver de exercitar suas prerrogativas funcionais, sejam de controle administrativo, sejam de arrecadação. O conflito de interesses quando um servidor em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil atua no serviço de praticagem tanto pode acarretar que o agente público atue

na empreitada particular concedendo um tratamento favorável ao interveniente privado no comércio exterior quanto pode levar a uma contaminação da isenção do agente público no desempenho de seu múnus, que inclui o exercício da fiscalização e do controle aduaneiros e a repressão a ilícitos, como contrabando e descaminho, dentre outros.

Isto porque, conforme impõe o Regulamento Aduaneiro (que, convém lembrar, nada mais é que a consolidação e a regulamentação de comandos legais estatuídos no Decreto-Lei nº 37, de 18/11/66), aqui não se trata de uma situação ordinária de qualquer ramo de atividade econômica sujeita à fiscalização e à tributação exercidas pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil sobre a situação econômica ou financeira ou sobre os negócios ou atividades de qualquer contribuinte, em que de nada importa a atividade explorada, mas simplesmente as rendas dela auferidas. Diferentemente, o que se tem no caso é uma especial e diferenciada relação de controle, fiscalização e regulação (normatização) da atividade em si. Conforme já exposto em **3.2.6.2.2**, no macroprocesso de trabalho de controle aduaneiro, intervenientes no comércio exterior, tais como importadores, exportadores, transportadores, depositários, despachantes aduaneiros, agentes de cargas, operadores multimodais e operadores portuários, compõem a logística da atividade econômica e estão indissociavelmente integrados à cadeia de procedimentos e, como tal, sujeitam-se a obrigações tributárias principais e acessórias específicas.

Neste caso peculiar, de imediato, antes mesmo de adentrar na questão material, se tem cristalina, como em raras situações, a presumível incompatibilidade física de jornada de trabalho, vez que o serviço de praticagem é considerado essencial e ininterrupto e o prático é obrigado a cumprir determinada escala mínima de trabalho em um único porto, sob pena de desabilitação. Diante disto, é inequívoco que haverá uma superposição de horários, o que pode expor a função pública a ser renegada uma intolerável posição subalterna, secundária e não prioritária em termos de dedicação e comprometimento do agente (não só para aqueles servidores de jornada diária de oito horas presenciais, mas também para aqueles que possuam situações peculiares de cumprimento de jornada, seja em atividades desempenhadas em ambiente externo, seja em atividades com jornada diária reduzida em unidades de atendimento, seja em atividades desempenhadas em regime de plantão, escala ou turnos de revezamento).

Destaca-se como extremamente interessante e didática a manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, externada em seu Parecer PGFN/Cojed nº 992/2015, como peça indispensável de amparo à decisão ministerial que aplicou pena de demissão a servidor que ocupava o cargo de AFRFB ao tempo em que exercia a praticagem, antes mesmo da vigência da Lei nº 12.813, de 16/05/13. No caso concreto abordado, sem nenhuma peculiaridade extraordinária, à vista tão somente da indefensável incompatibilidade material da atividade privada com o múnus público e da configuração do dolo do agente (uma vez que antes já havia sido punido com pena de suspensão capitulada no inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e perseverou na infração), a PGFN agravou a conduta para o patamar de improbidade administrativa, com base apenas no art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, e do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

> *Parecer PGFN/Cojed nº 992/2015: "Ementa: Processo Administrativo Disciplinar. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Irregularidades relativas ao exercício simultâneo das funções de Prático da Marinha Mercante e Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Improbidade Administrativa. Sugestão de acatamento parcial do Relatório Final, com proposta de aplicação de pena de demissão. Competência do Ministro de Estado Fazenda para julgamento.*
> *58. No caso em tela, como a atividade é realizada na área de competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil, i.e., o comércio exterior, a conduta deve ser enquadrada como improbidade administrativa, conforme art. 132,*

> *inciso IV, da Lei nº 8.112, de 1990, com a definição dada pelo art. 11, caput, da Lei nº 8.429, de 1992 ("Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições...).*
> *60. Ora, é incompatível entre os interesses que o acusado deve proteger como servidor, desempenhando carreira típica de Estado, onde tem poderes administrativos que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico para o objetivo de efetuar cobrança de tributos do comércio exterior, repressão ao contrabando e descaminho, administração, fiscalização e controle aduaneiro, dentre outras, e o tipo de serviço prestado a interveniente do comércio exterior. Não se admite que a mesma autoridade que detém as prerrogativas para fiscalizar venha a atuar - em relação de subordinação - junto a interveniente do comércio exterior, em concurso aos interesses privados dos transportadores marítimos, os quais sofrem, por outro lado, intervenção fiscalizadora do próprio Estado (controle aduaneiro); tal abordagem, por medida de lealdade à instituição, não deve ser utilizada pelo servidor público.*
> *70. Por outro lado, frise-se que nem a Comissão Processante nem o presente órgão de consultoria se utilizam, em qualquer momento, da conceituação de conflito de interesses no exercício definida pela Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. A referida lei dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício de cargo ou emprego. Como se observa, tal lei foi editada em período posterior aos fatos tratados no presente PAD (novembro de 2012 a março de 2013), logo, não se aplica ao caso presente.*

E acrescente-se que este mesmo Parecer PGFN/Cojed nº 992/2015 enrobustece-se com o amparo em julgados também de pertinente reprodução.

> *TRF da 1ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 20001330008375: "Ementa: 1. O servidor público, regra geral, não poderá exercer qualquer atividade que seja incompatível com o regime jurídico de direito público, ao qual submetido por expresso mandamento constitucional. 2. O cargo de auditor fiscal da Receita Federal é totalmente incompatível com o exercício da função de Prático da marinha Mercante."*
> *Idem TRF da 5ª Região, Mandado de Segurança nº 0802448-38.2015.4.05.8300*

E, mais que isto, de tão ricamente figurativo é o caso, aqui também se tem, além da imediata configuração de incompatibilidade em razão de superposição de jornada de trabalho, a aplicação do inciso VII do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, como fundamento legal para considerar a relação conflituosa, pois não se tolera que um agente público com atribuição legal para exigir obrigações do transportador também figure, de forma anfíbia, como assessor do comandante da embarcação. O fato de haver ou não remuneração não tem o condão de alterar o enquadramento expulsivo (pois, no máximo atuaria apenas na dosimetria, como agravante no caso positivo, inaplicável para pena capital), e a inobservância da Lei nº 11.890, de 24/12/08, imputável apenas aos cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, é absorvida pelo ilícito mais grave da incompatibilidade.

> *Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 5º Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:*
> *VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.*

O conflito de interesses se refere ao conjunto das atribuições legais e não fracionáveis dos cargos e às competências legais e regimentais institucionais do órgão e não às condicionantes momentâneas do exercício ou localização. Neste tema, não se cuida de apenas punir gravemente a efetiva afronta cometida pelo servidor; antes disto, se trata de vedar a

mera prática do servidor que o possibilite de cometê-la, de potencialmente vir a pôr em conflito o inafastável interesse público com o seu interesse particular.

O serviço de praticagem por servidor em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil é claramente conflituoso. Não se tolera que o agente que presta um serviço de assessoria ao comando da embarcação e que pode livremente até negociar a remuneração também integre os quadros do órgão que fiscaliza, controla e regula a atividade econômica daquele tomador do serviço. O mesmo transportador que mantém uma relação contratual com o prático em cada porto, a fim de ser assessorado nas operações de atracação e de desatracação, também figura como o contribuinte sujeito ao poder de controle, fiscalização e regulação da autoridade aduaneira. Isto já é o bastante para inquinar de conflituosa a atividade privada, sem sequer ser necessário se ancorar com ênfase refratária à situação ainda mais peculiar de ser pessoalmente o mesmo agente a cumprir os dois polos de interesses imiscíveis.

E nesta mesma linha já se manifestou, com a competência conferida pela Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13, e pela Portaria CGU nº 1.911, de 04/10/13, a Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção da CGU (CGU/STPC), ao ser provocada diretamente pela Coger, em forma de consulta acerca do presumível conflito de interesses na situação de um AFRFB atuando como prático. Na oportunidade, por meio do Despacho nº 4.392/2014/GAB/STPC/CGU-PR, de 05/09/14, que aprovou a Nota Técnica nº 1.884/2014/CGINT/DIACI/STPC/CGU-PR, de 29/08/14, a CGU/STPC não só aproveitou para elucidar ser possível responder diretamente a consulta formulada por unidade de correição (não apenas o servidor pode usar do instituto da consulta e, embora não seja o rito regular, pode a unidade de correição fazê-la diretamente à CGU/STPC, sem obrigatoriamente ter de passar pela Comissão de Ética Pública Seccional) como também asseverou que a atuação como prático, por parte de servidor da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, independentemente das condições momentâneas de exercício e de localização, incorre em conflito de interesses, independentemente de cargo.

Destaque-se que o entendimento legal e especializado do órgão central, depositando a natureza conflituosa da relação entre o serviço de praticagem e a atuação fiscal no inciso VII do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, em lugar de empregar o seu inciso III, considerou que a incompatibilidade material da atividade com o cargo é mera consequência ou resultado do conflito de interesses por prestar serviço à empresa fiscalizada, controlada ou regulada pelo órgão de lotação e, além disto, dissociou aquele caráter ilícito das atribuições legais específicas do cargo consultado, estendendo-o para todos os cargos que integram a Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (AFRFB e ATRFB).

> *Nota Técnica nº 1.884/2014/CGINT/DIACI/STPC/CGU-PR, de 29/08/14: "14. Constatada a submissão do transportador à autoridade aduaneira, resta agora verificarmos a atividade de Prático da Marinha Mercante. A Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional trata da atividade de praticagem em seu capítulo III.*
> *16. Da leitura dos dispositivos elencados acima tem-se que cabe ao Prático da Marinha Mercante assessorar o Comandante da embarcação na condução da faina de praticagem. Para tanto o Prático estabelece um contrato de prestação de serviço com o responsável pelo navio, qual seja, o transportador, com o qual negocia livremente. Além disso, o Prático deve seguir uma escala de serviços, que exige sua disponibilidade por um período pré-determinado na Zona de Praticagem, durante o qual não é licito afastar-se.*
> *17. Diante do exposto, fica claro que um Prático da Marinha Mercante deverá estabelecer uma relação contratual com o transportador responsável pela embarcação. Fica claro, também, que esse mesmo transportador deverá ser fiscalizado pela autoridade aduaneira responsável pela zona portuária onde a embarcação atracará ou de onde zarpará. Fica claro ainda que esta autoridade*

aduaneira é exercida pela Receita Federal do Brasil, por meio de seus Auditores-Fiscais. (...).
18. Dessa forma, tem-se que o exercício da atividade de Prático da Marinha Mercante por um Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil envolve a prestação de serviços a empresas de transporte marítimo, cuja atividade precípua é fiscalizada, controlada e em boa medida regulada pelo ente ao qual o agente público em questão está vinculado, qual seja, a própria Receita Federal do Brasil. Resta claro que a execução dessas duas atividades pela mesma pessoa não é desejável. Além das questões de ordem prática que envolvem o desdobramento do servidor entre João Pessoa e Belém, a prestação de serviços particulares a um transportador por um agente público que possui a atribuição legal de fiscalizá-lo tem o condão de comprometer a confiança do público na independência, imparcialidade e moralidade desse agente e do serviço público prestado por seu órgão.
19. Não é por outra razão que o inciso VII do art. 5º da Lei nº 12.813/2013, que dispõe sobre as situações que configuram conflito de interesses no exercício da função pública, veda a todo agente público federal a prestação de serviços, ainda que eventuais, à empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual ele estiver vinculado. Trata-se de impedir que um agente público vinculado a determinado órgão ou entidade preste serviços a uma empresa cujo negócio principal seja fiscalizado por esse mesmo órgão ou entidade. O objetivo deste artigo é justamente evitar a confusão entre fiscal e fiscalizado, que pode comprometer, senão o próprio trabalho de fiscalização, a confiança do público na instituição e dos agentes responsáveis pela atividade.
20. O exercício da atividade de Prático da Marinha Mercante pressupõe a prestação de serviços a empresas de transporte marítimo. Dentre as atividades primordiais dessas empresas destaca-se o embarque e desembarque de mercadorias sujeitas a controle aduaneiro. Conforme demonstrado acima, o planejamento, a coordenação, a supervisão, a execução, o controle e a avaliação da atividade aduaneira são atribuições essenciais da Receita Federal do Brasil, que as exerce por meio de seus Auditores-Fiscais. Percebe-se, portanto, que a atividade de Prático da Marinha Mercante não se coaduna com o exercício do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Essa incongruência, com fulcro no inciso VII do art. 5º da Lei nº 12.813/2013, independe das condições individuais do efetivo exercício do cargo, posto que momentâneas e transitórias, mas advém do próprio vínculo funcional estabelecido entre Auditor-Fiscal e Receita Federal."

Despacho nº 4.392/2014/GAB/STPC/CGU-PR, de 05/09/14: "2. (...) Ressalte-se que a consulta foi apresentada pela unidade de correição da RFB, e não pelo servidor.
3. (...) por razões de economia processual, pelo zelo e cuidado preventivo da Coger/RFB ao submeter o assunto à apreciação desta CGU, e pela relevância de que se reveste a matéria, CONHEÇO da presente consulta.
4. Posto isso, APROVO a Nota Técnica nº 1.884/2014/CGINT/DIACI/STPC/CGU-PR, de 29 de agosto de 2014, e a adoto como fundamento para:
5. DECIDIR, conforme conclusão apresentada nos itens 21 a 22 da Nota Técnica em comento, nos termos em que foi apresentada a consulta, e em conformidade com o disposto na Lei nº 12.813 de 2013, que CONFIGURA CONFLITO DE INTERESSES o exercício da atividade de Praticagem da Marinha Mercante (Prático ou Praticante de Prático) com o exercício de cargo da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil por força do disposto no inciso VII do art. 5º da Lei de Conflito de Interesses, o qual dispõe configurar conflito de interesses 'prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado'. (Processo MS 6808/DF)
6. ASSEVERAR, diante do exposto nos itens 7 e 22 da Nota Técnica em

> *comento, que o servidor da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil licenciado está sujeito às restrições impostas pela Lei de Conflito de Interesses. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que 'a licença para trato de interesses particulares não interrompe o vínculo existente entre o servidor e a Administração Pública devendo este estar obrigado a respeitar o que lhe impõe a legislação e os princípios da Administração Pública', Processo MS 6808/DF.*
> *9. DESTACO, no caso particular do exercício da atividade de Praticagem por servidor ocupante de cargo da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil, que a incompatibilidade alegada pelo órgão consulente entre a atividade exercida e as atribuições do cargo, que ensejaria o enquadramento no inciso III do art. 5º da Lei do Conflito de Interesses, é resultado, mera consequência, do enquadramento no inciso VII do mesmo artigo. Ressalte-se que o inciso VII, ao contrário do inciso III, não faz referência a cargo nem a atribuições do agente. Portanto, abrange a todos os cargos da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil indistintamente."*

Na mesma linha já se manifestou a PGFN, por meio do seu Parecer PGFN/Cojeg nº 295/2017, de didática e extensa reprodução:

> *Parecer PGFN/Cojeg nº 295/2017: "30. Conforme se demonstrará mais adiante nesse parecer, a praticagem não se enquadra como cargo público. Trata-se de atividade privada sem qualquer vínculo com a Administração Pública. Não é possível, mormente, classificar a praticagem como função pública. Isso porque, função pública é o exercício de atividade em nome e sob os comandos da Administração Pública. A praticagem é atividade privada na qual a remuneração é paga por pessoas privadas, externas ao aparelhamento administrativo, bem como as atividades realizadas não estão sob o comando da Administração Pública. Inclusive a fixação do preço do serviço de praticagem é feita livremente entre o transportador e o prático (ou a entidade a que este se vincula). Vale salientar que o argumento de ser atividade de caráter privada foi utilizado para afastar o tabelamento dos preços proposto pela Comissão Nacional de Assuntos de Praticagem.*
> *74. O Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil é autoridade aduaneira incumbida de executar e supervisionar procedimentos de fiscalização aduaneira. Como tal, possui como atribuições a cobrança de tributos de comércio exterior, repressão ao contrabando e descaminho, aplicação de penalidades aos diversos atores participantes do comércio exterior gestão e execução dos serviços de administração, fiscalização e controle aduaneiro.*
> *75. Outrossim, a legislação supra mencionada estabeleceu a precedência, o poder fiscalizatório e o controle que a autoridade aduaneira exerce sobre os responsáveis pelas embarcações. Ora, como se viu, o Prático da Marinha Mercante é um profissional autônomo contratado diretamente pelo responsável pelas embarcações (Armador). Neste contexto, mostra-se incontestável a incompatibilidade entre a função de Prático e de Auditor-fiscal da Receita Federal do Brasil, uma vez que a autoridade aduaneira prestaria serviços a serem remunerados por instituições privadas, sujeitas ao controle fiscal do órgão que esta mesma autoridade possui vinculação funcional.*
> *76. De fato, é inconcebível que Auditor-fiscal da Receita Federal do Brasil exerça atividade privada na mesma área de atuação (comércio exterior) da instituição que representa, ainda que, como no caso em tela, o contexto fático-probatório não indique que o servidor acusado tenha causado lesão financeira ao patrimônio público ou se valido do cargo de AFRFB para lograr benefício pessoal ou de outrem. Não obstante, tal situação acarreta risco ao controle aduaneiro, haja vista a possibilidade de celebração de acordos contrários ao regramento jurídico e aos interesses do pais, na medida em que um AFRFB que esteja atuando como Prático poderá estar, em determinado momento, discutindo valores ou prestando assessoria ao transportador e, em momento*

> *posterior, estar fiscalizando os documentos emitidos por aquele mesmo transportador.*
> *77. Por outro lado, cabe salientar que, contrariamente ao alegado pela defesa, o conflito de interesses, ainda que potencial, entre a função pública e a atividade privada independe da lotação do servidor em zona secundária, ao invés da zona primária (fiscalização).*
> *Tal se dá porque a área ou setor de atuação do servidor não retira as competências definidas em lei para o cargo de AFRFB, permanecendo as mesmas atribuições, prerrogativas, deveres e obrigações. Isso porque, o fato de o servidor exercer atividades em zona secundária não afasta o perigo de lesão, posto que permanece o potencial e possível conflito de interesse.Destaque-se que o estabelecimento do local de trabalho é fruto de conveniência da Administração, que, a qualquer momento - visando melhor eficiência na execução dos trabalhos - pode alocar o servidor em área distinta de sua qualificação técnica atual, capacitando-o para o desempenho da nova atividade, com possibilidade de existir, não mais conflito potencial, e, sim, o material. Impende ressaltar ainda que as proibições que levam à incompatibilidade de funções devem ser observadas pelo servidor, até mesmo em períodos de afastamento para tratar de assuntos particulares, conforme conceitua o Parágrafo Único, II, do artigo 117, da Lei nº 8.112, de 1990.*
> *122. No caso dos autos, está patente a incompatibilidade e o conflito concreto de interesses na conduta do acusado de exercer atividade privada de Prático da Marinha Mercante, engajado em atividade econômica privada consistente na prestação de serviços a intervenientes do comércio exterior, atendendo interesses de clientes em posição antagônica aos interesses da instituição na qual ocupa cargo efetivo. Essa conduta ultrapassou a mera incompatibilidade de atividades prevista no art. 117, inciso XVIII, da Lei nº 8.112, de 1990, e a violação ao preceito contido no art. 116, inciso IX, da mesma norma, de modo a ser enquadrável como ato de improbidade administrativa, conforme art. 132, inciso IV, da mesma Lei, com a definição dada pelo art. 11, caput, da Lei nº 8.429, de 1992."*

Na mesma linha reitera a jurisprudência:

> *TRF da 1ª Região, Apelação Cível nº 0033124-66.2015.4.01.3400: "Ementa: 5. Acertado o entendimento da CGU quanto à existência de conflito de interesse com amparo no art. 5º, VII da Lei n. 12.813/2013, haja vista que, de fato, não obstante o Prático da Marinha Mercante preste assessoria ao Comandante da embarcação, a prestação do serviço de praticagem não é contratada pelo Comandante, mas, sim, pela pessoa jurídica transportadora, a quem também compete a remuneração. O fato de o contratante não ter o poder de escolha quanto ao Prático contratado, porquanto seguida escala de rodízio única de serviço na Zona de Praticagem, em nada altera a situação, visto que se mostra incompatível que o Prático contratado para a prestação do serviço pela pessoa jurídica transportadora posteriormente desempenhe procedimentos de fiscalização no exercício do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal, inclusive os relacionados ao controle aduaneiro. O fato, portanto, amolda-se perfeitamente ao disposto no art. 5º, VII da Lei n. 12.813/2013."*

E, se a CGU/STPC tem firme o entendimento de que o conflito de interesses se perfaz também em face de servidor ocupante do cargo de ATRFB, com menor poder fiscalizatório que o AFRFB, não é necessário nenhum esforço para também compreender que a mácula da inaceitabilidade também recai se um servidor ocupante de qualquer cargo administrativo do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda (Pecfaz, do Quadro de Pessoal do atual Ministério da Economia - ME, já descrito em **4.7.13.8.7**) em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil exercer o serviço de praticagem - até porque, independentemente de atribuições legais de cargo, conforme já se afirmou acima, a atuação como prático de

imediato fere a necessária compatibilidade (leia-se: dedicação, comprometimento) com a jornada de trabalho, o que resta absolutamente inconciliável.

Não por acaso, todas as construções formuladas no presente tópico culminaram em idênticas conclusões para servidores ocupantes de cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e para servidores ocupantes de cargos administrativos do Pecfaz em exercício na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. A única diferença reside no arcabouço de embasamento de tais convicções.

De um lado, para os servidores da carreira específica, há o comando normativo expresso e vinculante da Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, que impõe de forma imponderável a caracterização de que praticagem exercitada por AFRFB e por ATRFB suscita conflito de interesses.

De outro lado, para os servidores da cargos administrativos do Pecfaz, que também possuem algum grau de conhecimento das estratégias e de acesso a informações sigilosas (embora seus cargos acessem informações fiscais mais restritas que AFRFB e ATRFB) e cujas atribuições legais são genéricas de apoio e ligadas mais fortemente às competências do órgão em que o servidor é lotado, para se atestar a existência de conflito de interesses entre o exercício do múnus público e a praticagem, faz-se necessário retomar o exame das competências institucionais, já listadas em **4.7.3.18.5**. Não obstante, não resta dúvida que pouca eficácia teria a definição de incompatibilidade e de conflito de interesses se se restringisse sua aplicação apenas aos cargos pertencentes à Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e se deixasse os cargos administrativos à margem da vedação, pois permaneceriam os efeitos nocivos a que se visa evitar e coibir, como a possibilidade emprego daqueles conhecimentos ou de acesso a informações sigilosas e de prejuízos à imagem do órgão perante a sociedade.

Outra diferença de que se pode cogitar no tratamento dispensado a servidores da carreira específica e a servidores de cargos administrativos reporta-se ao que se aduziu em **4.7.3.18.6.c** e em **4.7.3.18.7**, especificamente no caso de servidores ocupantes de cargo administrativo integrante do Pecfaz, uma vez que a Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, não os vincula, é viável se cogitar de a prática da atividade se dar sem a plena consciência de sua ilicitude. Assim, soa razoável adotar postura cautelosa que contemple a possibilidade de ausência de conhecimento de todos os elementos do enquadramento associado à ilicitude e dar-lhe ciência da incompatibilidade e conceder-lhe prazo para cessar a conduta ilícita, antes de instaurar o PAD em que se pode cogitar de aplicação de pena de demissão por improbidade administrativa. Também como diferencial, para estes servidores, estranhos à Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, não se cogita de descumprimento da vedação de exercício de atividades privadas, imposta pela Lei nº 11.890, de 24/12/08, pois esta Lei não os vincula.

Por fim, quanto ao praticante de prático, o entendimento é diverso. O praticante de prático é uma categoria de aspirante a prático, que não atua como prático e não exerce as atribuições de prático. A situação se assemelha a um curso de formação, após habilitação em um processo seletivo, como pré-requisito necessário para auferir a posterior habilitação como prático. O praticante de prático passa por um programa de qualificação supervisionado, a cargo da respectiva Capitania dos Portos e da entidade dos práticos daquele determinado porto, com duração de 12 a 18 meses, em que acompanha os trabalhos dos práticos, com o fim de aprendizado.

Sendo certo que o praticante de prático não presta o serviço de praticagem, exclusivo dos práticos, não há que se imputar à participação no tal programa de qualificação a mácula de atividade conflituosa, na mesma linha de entendimento por que é a atuação do prático, pois não se configura sequer a ação verbal do enquadramento estabelecido no inciso VII do art. 5º

da Lei nº 12.813, de 16/05/13, qual seja, de prestar o serviço.

Soa irrazoável, desproporcional e divorciado do bom Direito equiparar, para fim de regime jurídico punitivo, o praticante de prático ao prático. Aquele ainda não foi habilitado e não goza de direitos e tampouco submete-se aos deveres do prático. De um lado, ainda não auferiu a definitiva e acabada ocupação daquele posto de trabalho. De outro lado, jamais poderá obter tal intento caso seja obrigado a manter sua jornada na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, a menos que incorra na incompatibilidade de horário de trabalho ou que adote conduta absenteísta. E menos ainda parece sensato impor-lhe o risco de precocemente exonerar-se de seu cargo publico na incerteza de posteriormente lograr ou não a habilitação como prático.

Neste contexto, para evitar a incursão em incompatibilidade por superposição de jornada (ou até mesmo imputações expulsivas como abandono de cargo ou inassiduidade habitual) e para não impor precoce e temerário pedido de exoneração do cargo público, afigura-se como salutar solução temporária o emprego do instituto da licença não remunerada para tratar de interesses particulares, prevista no art. 91 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com duração de até três anos, nos termos internamente regulamentados pela Portaria RFB nº 2.324, de 23/09/09. As únicas condicionantes para tal concessão são que o servidor não pode estar em estágio probatório e a licença é concedida no interesse da Administração.

Ao ser novamente consultada, desta vez pelo próprio servidor interessado, a CGU/STPC mais uma vez externou sua convicção de que a prestação de serviço de praticagem por AFRFB configura conflito de interesses capitulado no inciso VII do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, conforme o Despacho nº 2.843/2015/GAB/STPC/CGU-PR, de 20/05/15, que aprovou a Nota Técnica nº 818/2015/CGINT/DIACI/STPC/CGU-PR, de 20/05/15. Mas, de outro lado, não considerou configurado o conflito de interesses na participação de praticante de prático no programa de qualificação em período de gozo de licença sem remuneração.

> *Despacho nº 2.843/2015/GAB/STPC/CGU-PR, de 20/05/15: "Aprovo a Nota Técnica nº 818/2015/CGINT/DIACI/STPC/CGU-PR, de 20 de maio de 2015, e a adoto como fundamento para:*
> *2. RECONHECER, nos termos em que foi apresentada a consulta, e em conformidade com o item 15 da Nota Técnica em comento, NÃO RESTAR CONFIGURADA situação de conflito de interesses."*
>
> *Nota Técnica nº 818/2015/CGINT/DIACI/STPC/CGU-PR, de 20/05/15: "2. Em sua consulta, datada de 22 de outubro de 2013, o Sr. (...), Auditor-Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil, (...), esclarece que, como candidato ao quadro de Práticos do porto (...), pretende exercer as atribuições de Praticante de Prático, última fase do Programa de Qualificação necessário à sua aprovação no Processo Seletivo para Prático. Dessa forma, pleiteia a concessão de licença não remunerada para o trato de assuntos particulares, com fundamento na Portaria RFB nº 2.324/2009 e na Lei nº 12.813/2013. O consulente esclarece que a atividade de treinamento é realizada na empresa Práticos da Barra do Rio Grande Ltda, constituindo uma atividade inteiramente privada. O consulente acrescenta que os custos do Programa de Qualificação correm por conta do Praticante de Prático, que não faz jus a salário ou remuneração pela empresa de praticagem.*
> *12. No entanto, deve-se levar em conta que a situação ora em análise é diferente. O caso em tela não versa sobre o exercício da atividade de Prático da Marinha Mercante por Auditor-Fiscal em exercício na RFB, mas sobre a possibilidade de participação de um Auditor-Fiscal da RFB em Programa de Qualificação de Praticante de Prático durante período de licença. Conforme salientado pelo solicitante no formulário de consulta, o Praticante de Prático desempenha suas atividades dentro de um Programa de Qualificação, etapa*

> *necessária à aprovação no Processo Seletivo para Prático. Embora realizada em empresa de praticagem, trata-se de uma atividade de treinamento, não remunerada.*
> *13. Dessa forma, o principal elemento que determina o enquadramento do exercício da atividade de Prático da Marinha Mercante por Auditor-Fiscal da RFB no inciso VII do art.5º da Lei nº 12.813/2013, qual seja, a prestação de serviço a empresa de transporte marítimo, que desempenha atividade fiscalizada, regulada e controlada pela RFB, está ausente no caso em tela. O Praticante de Prático ainda não é um Prático da Marinha Mercante, e, dessa forma, não pode desempenhar livremente as atividades reservadas a esses profissionais. Não é por outro motivo que o Praticante de Prático realiza suas atividades sob a supervisão de outros Práticos (NORMAN 12/DPC, 0223). Não há como caracterizar a prestação de serviços de praticagem a empresa de transporte marítimo por uma pessoa que não é um Prático da Marinha Mercante, mas que apenas exerce uma atividade de treinamento supervisionado, não remunerada. Não há que se falar em violação do inciso VII do art.5º da Lei nº 12.813/2013, portanto."*

4.7.3.19 - Inciso XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado

Originalmente, se compreendia este dispositivo legal apenas como a obrigação de o servidor manter seus dados cadastrais pessoais atualizados na base de seu órgão de origem. Por dados cadastrais pessoais podem se entendidos a numeração de documentos pessoais (Registro Geral - RG e Cadastro de Pessoas Físicas - CPF), endereço residencial, telefone, gênero, estado civil, escolaridade, data e local de nascimento, número de dependentes, dentre outros. A necessidade de conhecer estes dados, a favor da Administração, se justifica para fins de controle de base de dados de pessoal, de suprir a possibilidade de se ter de localizar o servidor por qualquer motivo e até mesmo para concessão ou denegação de efeitos financeiros ou outros direitos funcionais, conforme também entende a doutrina.

> *"Dados cadastrais são todas as informações concernentes ao servidor público e de interesse da Administração, para fins estritamente limitados à gestão de pessoal e à eficiência na realização do serviço público. A exigência de conhecimento de dados deve deter-se ao mínimo necessário para a execução de uma boa administração e tutela dos interesses a cargo do Estado, não podendo ir além desse liame, sob pena de violação ilegal da intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem da pessoa. Desta feita, os dados dizem respeito ao nome, número de documentos básicos, tais como PIS/PASEP, carteira de identidade, cadastro nacional de pessoa física - CPF, certificado de reservistas e título de eleitor, estado civil, domicílio, e, em muitos casos, números de telefones e endereço de e-mail, assim como elementos relativos à declaração de imposto de renda de pessoa física- IRPF, e nomes e endereços dos ascendentes e descendentes.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pgs. 251 e 252, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Nos termos originais da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e na ausência de norma infralegal disciplinando este dever funcional, a irregularidade em tela não se configura com a simples omissão de parte do servidor em atualizar ou corrigir seus dados cadastrais. Na literalidade do enquadramento legal, é necessário que o servidor seja instado, em seu órgão, a atualizá-los e injustificadamente se recuse a fazê-lo.

Mas a possibilidade de incursão neste enquadramento foi alargada com o advento da sua regulamentação infralegal, operada pela Portaria ME/SEDGG/SGP nº 1.455, de 16 de fevereiro de 2022. Esta norma impôs ao servidor também o dever de anualmente atualizar seus dados cadastrais, caso estejam incorretos (ou de validá-los, caso estejam corretos), sempre no período de 1º de março a 31 de abril, na plataforma SouGov.br, desenvolvida pela

Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital e sua Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal, do Ministério da Economia, na condição de órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipec). O art. 1º da norma infralegal deixa claro que o dever funcional a ser cumprido anualmente não afasta a incursão na irregularidade original e enquadrável apenas no inciso em tela, por quebra do dever de prestar as informações porventura solicitadas pela Administração.

> *Portaria ME/SEDGG/SGP nº 1.455, de 2022 - Art. 1º A manutenção dos dados cadastrais pessoais e funcionais atualizados dos agentes públicos registrados nos Sistemas de Gestão de Pessoal da Administração Pública Federal que compõem o Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipec) é atividade de caráter obrigatório e será objeto de validação anual, no período compreendido entre os dias 1º de março e 30 abril, ou sempre que solicitado pela administração, sendo exigível, inclusive, para aqueles que se encontram cedidos, afastados, licenciados ou fora do País.*

Como o dever funcional estabelecido pela norma infralegal passou a ter de ser exercido em uma plataforma ampla e generalista, não inserida no órgão de lotação do servidor, o conceito de dados cadastrais para fins do enquadramento em tela assumiu a natureza de gênero, comportando a já mencionada espécie dos dados cadastrais pessoais e acrescentando a espécie dos dados cadastrais funcionais, conforme o art. 3º. Os dados cadastrais funcionais são as informações referentes ao cargo ocupado, órgão de origem, unidade de lotação, unidade de exercício, número de matrícula, dentre outros que se prestem a identificar a situação funcional do servidor. Não tendo o servidor suprido este seu dever anual, incorre na infração enquadrada no inciso em tela, aqui combinado com o *caput* do art. 4º da Portaria ME/SEDGG/SGP nº 1.455, de 2022, que exige também que o sistema correcional seja provocado com a representação da unidade de gestão de pessoas em até trinta dias.

> *Portaria ME/SEDGG/SGP nº 1.455, de 2022 - Art. 3º Compete ao agente público:*
> *I - manter seus dados cadastrais pessoais atualizados e promover a sua validação anualmente ou sempre que solicitado pela administração; e*
> *II - validar seus dados cadastrais funcionais anualmente ou sempre que solicitado pela administração.*
> *Art. 4º Expirado o prazo estabelecido no art. 1º desta Portaria, o agente público que não realizar a validação ou a atualização de seus dados cadastrais por meio da plataforma SOUGOV.BR incorre na vedação do artigo 117, inciso XIX, da Lei nº 8.112, de 1990, cabendo à unidade de recursos humanos comunicar em até 30 dias o fato à Corregedoria para fins de apuração disciplinar.*
> *Parágrafo único. Realizada a validação das informações cadastrais de que trata o caput, a unidade de gestão de pessoas deverá comunicar à Corregedoria que o agente público realizou a validação cadastral em data posterior ao prazo estabelecido.*

Ademais, o art. 5º da Portaria ME/SEDGG/SGP nº 1.455, de 2022, exigiu dos chefes que validem anualmente a composição de pessoal sob sua subordinação, também no prazo de 1º de março a 30 de abril. Não tendo o chefe suprido este seu dever anual, incorre na infração enquadrada não no inciso em tela mas sim no inciso III do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, de inobservar normas legais ou regulamentares, conforme estabelece o art. 6º, que exige também que o sistema correcional seja provocado com a representação da unidade de gestão de pessoas em até trinta dias

> *Art. 5º Os agentes públicos responsáveis pela gestão de equipes deverão validar anualmente, no período compreendido entre os dias 1º de março e 30 de abril, ou sempre que solicitado pela administração, a composição do quadro de*

pessoal da sua unidade e das chefias subordinadas, caso existam.
Art. 6º Expirado o prazo estabelecido no caput deste artigo, incorre em falta disciplinar o agente público responsável pela gestão de equipe que não realizar a validação da composição do quadro de pessoal da sua unidade ou das chefias subordinadas, cabendo à unidade de recursos humanos comunicar em até 30 dias o fato à Corregedoria para fins de apuração.
Parágrafo único. Realizada a validação da composição do quadro de pessoal da sua unidade e das chefias subordinadas, caso existam, de que trata o caput, a unidade de gestão de pessoas deverá comunicar à Corregedoria que o agente público realizou a validação em data posterior ao prazo estabelecido.

Em razão das definições já apresentadas em **2.5.3.4**, este ilícito, seja em sua versão original, seja em sua versão regulamentada, tem natureza permanente, pois, embora a ilicitude já se consuma desde o primeiro momento em que o servidor é instado a realizar a tal atualização e não o faz ou desde que se encerra o prazo para atualizar ou para validar seus dados e não faz, a conduta antijurídica de afronta se prolonga no tempo até que o infrator resolva atender à determinação legal ou infralegal.

Pode-se também compreender como afronta a este inciso o descumprimento do mandamento insculpido no art. 162 da Lei nº 8.112, de 1990, especificamente voltado para o servidor arrolado em processo disciplinar. Conforme já aduzido em **4.3.7**, impropriamente, este dispositivo impõe ao "indiciado" o dever de comunicar sua mudança de endereço residencial, quando, por óbvio, a leitura sistemática da Lei permite interpretar sua aplicação mais ampla, ao "acusado" no processo.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 162. O indiciado que mudar de residência fica obrigado a comunicar à comissão o lugar onde poderá ser encontrado.

4.7.4 - Infrações Causadoras de Penas Capitais no Art. 132

Todos os enquadramentos abaixo discriminados implicam penas capitais. Em razão disto, em regra, têm como pré-requisito a comprovação, por parte da comissão, de que a conduta do servidor tenha sido dolosa (com exceção da desídia, já mencionada no inciso XV do art. 117, que está referenciado no inciso XIII deste art. 132 do Estatuto).

É de se ressaltar que, à luz do atual ordenamento constitucional (leia-se art. 5º, LV da CF), não se admite nenhuma hipótese de configuração de qualquer destes ilícitos e a consequente apenação sem a instauração do devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, por mais imediato, notório ou faticamente simplório que possa parecer algum enquadramento. Neste sentido, para qualquer inciso deste artigo, aproveitam-se os argumentos expostos em **4.10.2.4.5**, em que se defende o rito legal para hipótese do art. 130, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Seguem abaixo os enquadramentos do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com algumas observações cabíveis mais relevantes.

Lei nº 8.112 - Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:
I - crime contra a administração pública;
II - abandono de cargo;
III - inassiduidade habitual;
IV - improbidade administrativa;
V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;
VI - insubordinação grave em serviço;
VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;
VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;
IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;

X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;
XI - corrupção;
XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

4.7.4.1 - Inciso I - crime contra a administração pública

Conforme já se havia introduzido em **3.2.1**, embora figurem no art. 132, I do Estatuto como hipóteses causadoras de demissão, os crimes contra a Administração Pública não são apurados pela autoridade administrativa e, portanto, recomenda-se que não sejam incluídos na indiciação de processo administrativo disciplinar. Os crimes especiais (por requererem a qualificação de o agente ser servidor) contra a Administração Pública estão elencados nos arts. 312 a 326 do CP (a que se faz remissão, de desnecessária reprodução neste texto) e são exclusivamente apurados mediante ação penal pública, promovida pelo Ministério Público Federal.

CP - Ação pública e de iniciativa privada
Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)
§ 1º A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)

Mas, deve-se atentar para o fato de que a leitura desta expressão "crimes contra a Administração Pública", no CP, refere-se a todo o Título XI, do qual os arts. 312 a 326 do CP são apenas o Capítulo I, dos crimes contra a Administração em geral. Estes artigos tratam dos crimes contra a Administração em geral especificamente cometidos por servidores, quando do exercício de sua função pública. Há ainda quatro outros Capítulos, de II a V, nos arts. 328 a 359-H do CP, englobando os crimes praticados por particulares contra a Administração em geral (Capítulo II), os crimes praticados por particulares contra a Administração Pública estrangeira (Capítulo III), os crimes contra a Administração da justiça (Capítulo IV) e os crimes contra as finanças públicas (Capítulo V). Alguns destes crimes, sobretudo dos capítulos intitulados crimes praticados por particulares (dos Capítulos II e III), têm a peculiaridade de serem cometidos exclusivamente por particulares (tendo excluídos como seus autores os agentes públicos no desempenho de suas funções) e outros deles podem ser cometidos tanto por particulares quanto por agentes públicos no desempenho de suas funções, Embora todos esses crimes, formalmente, sejam crimes contra a Administração e pudessem estar, em sua totalidade dos cinco Capítulos do Título XI do CP, inseridos no alcance do art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, é necessário levantar aqui uma linha de coerência sistemática. Ora, se já se defendeu reiteradamente que o regime disciplinar volta-se apenas aos atos ilícitos praticados no desempenho do cargo ou àqueles atos que ao menos tenham um correlação com o cargo ocupado, mantendo afastada da persecução disciplinar, como regra, a vida privada, aqui destoaria de interpretação sistemática defender que qualquer crime que, por sua por sua própria definição, somente é praticável por particular. Ainda assim, são crimes contra a Administração Pública. O caminho mais sensato é ponderar a literalidade do Título XI do CP com o enquadramento do art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de forma que, para fins disciplinares, não importam condutas que, embora típicas no Direito Penal como crimes contra a Administração Publica, não são realizados por servidores em pleno exercício do cargo ou sequer são a ele relacionadas.

"Os crimes, no entanto, referidos na Lei nº 8.112/90 são todos, sem exceção, os que se acham catalogados no Código Penal ou em leis extravagantes, que podem ser praticados por servidores contra o Estado." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pgs. 60 e 61, Editora Forense, 2ª edição, 2006

> *"(...) os fatos puníveis não são apenas os crimes funcionais catalogados pelos arts. 312 a 326 do Código Penal, mas todo e qualquer crime contra a Administração.*
> *Incluem-se (...) os dos arts. 328 e segs, do CP (crimes praticados por particular contra a Administração em geral, neste caso com o servidor fora do exercício de suas funções) e os dos arts. 338 e segs. do CP (crimes contra a administração da justiça) (...)." Edmir Netto de Araújo, "O Ilícito Administrativo e seu Processo", pgs. 201 e 212, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

E, no caso ainda mais específico de que aqui se trata, de crimes praticados por servidores do Fisco, que detêm atribuição legal de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social de competência federal, o inciso I do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, deve ter leitura extensiva, alcançando também os crimes contra ordem tributária do art. 3º da Lei nº 8.137, de 27/12/90.

Em síntese, este art. 3º da Lei nº 8.137, de 27/12/90, tipifica crimes similares aos previstos nos arts. 314, 316, 317 e 321 do CP, prevendo, entretanto, penas mais gravosas. Configurada uma destas hipóteses típicas, uma vez que o ordenamento repudia o *bis in idem* (dupla penalização para mesmo fato), resolve-se o aparente conflito de normas elegendo-se, para o caso de servidores da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, a cominação da Lei nº 8.137, de 27/12/90. Por ser mais específica (exige que o agente seja servidor fazendário, enquanto o CP trata de servidores quaisquer), a Lei nº 8.137, de 27/12/90, deve prevalecer sobre a norma penal mais geral.

> *Lei nº 8.137, de 27/12/90 - Art. 3°. Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):*
> *Art. 15. Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública, aplicando-se-lhes o disposto no art. 100 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.*

Deparando-se com indícios de cometimento de algum destes crimes funcionais, *lato sensu* (do CP e da Lei nº 8.137, de 27/12/90), deve a comissão representar para a autoridade instauradora, a fim de que esta remeta o caso ao Ministério Público Federal, conforme **4.10.6.5**.

Mas cabe ressalvar que todos os crimes contra a Administração Pública, que têm pena mínima inferior a quatro anos, uma vez cometidos sem violência ou grave ameaça à vítima e admitidos pelo autor, comportam a celebração de acordo de não persecução penal (ANPP), junto ao MPF, nos termos do art. 28-A do CPP. Mediante, por exemplo, reparação do dano ou renúncia do produto do crime ou prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas ou pagar prestação pecuniária ou atender alguma outra condição indicada pelo MPF, cumprindo integralmente o acordo, o agente tem decretada a seu favor a extinção da punibilidade e evita, consequentemente, a contagem para fim de reincidência.

4.7.4.1.1 - Necessidade de Trânsito em Julgado e Sobrestamento

Neste caso, em que se estaria cogitando de conduta capaz de satisfazer aos requisitos mais exigentes da tipificação penal, com certeza também será cabível algum enquadramento administrativo puro, já que esta instância tem requisitos mais elásticos para considerar uma conduta como ilícito. E é assim que se recomenda que aja a comissão ao se deparar com tal hipótese: proceder à indiciação com base em enquadramento administrativo puro e não no art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Neste sentido já se manifestou a Advocacia-Geral da União, no Parecer AGU nº GQ-

124, vinculante:

> *"17. Todo crime praticado por funcionário contra a administração pública (Código Penal, arts. 312 a 327), constitui, também uma infração administrativa, capitulada ou no art. 117 ou no art. 132 da Lei n° 8.112/90. A recíproca, porém, não é verdadeira: nem toda infração disciplinar configura crime."*
>
> *"A infração disciplinar é um 'minus' em relação ao delito penal, daí resultando que toda condenação criminal, por ilícito funcional, acarreta punição disciplinar, mas nem toda falta administrativa exige sanção penal." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 47, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

A recomendação de não enquadrar como crime contra a Administração Pública se justifica porque se, hipoteticamente, na instância disciplinar, a comissão indiciasse com base unicamente no CP ou na Lei nº 8.137, de 27/12/90, após recepcionar a defesa, o processo administrativo disciplinar ficaria sobrestado, aguardando a decisão judicial, por não ser a Administração competente para tal apuração. Como os crimes contra a Administração Pública são apurados judicialmente, tão somente por ação penal pública, a demissão com base em art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, requer condenação criminal transitada em julgado. Também neste sentido já se manifestou a Advocacia-Geral da União, novamente no Parecer AGU nº GQ-124, vinculante.

> *"18. (...) a demissão, com fundamento no inciso I do art. 132, deve ser precedida de decisão judicial transitada em julgado."*
> *Formulação Dasp nº 128. Demissão*
> *Não pode haver demissão com base no item I do art. 207 do Estatuto dos Funcionários, se não precede condenação criminal.*
> *(**Nota**: O inciso I do art. 207 do antigo Estatuto previa a aplicação de pena de demissão nos casos de crimes contra a administração pública.)*
>
> *"De efeito, dessume-se que, pelo princípio constitucional do juiz natural, somente o juízo criminal competente poderá, por meio de sentença formal, reconhecer a existência desses delitos, sem o que inexiste título jurídico para fundamentar, por esse motivo, a demissão do servidor público. Daí porque reprimendas como tais deverão aguardar que esses julgamentos transitem em julgado." José Armando da Costa, "Controle Judicial do Ato Disciplinar", pg. 238, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2002*

Neste tema, é de se ratificar que o Parecer AGU nº GQ-124 não manifesta que a eventual demissão do servidor, por ato grave a ponto de também ser tipificado como crime, se condiciona ao deslinde da instância penal, nos casos em que há repercussões disciplinar e penal em razão de mesmo fato. O que tão somente a manifestação administrativa ratifica é que, para a específica e exclusiva demissão em razão de enquadramento no art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, necessita-se, como pré-requisito, da decisão judicial definitiva a cargo do Poder competente para afirmar o crime, que é o Poder Judiciário. Mas isto em nada se confunde com o inafastável princípio da independência das instâncias que, de forma geral, permite que, para um mesmo fato, enquanto a Administração aplique ao servidor a pena de demissão em razão de enquadramento autônomo ao do art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a instância penal também promova a sua ação e a devida apenação. Daí, embora legalmente previsto na Lei estatutária, não se emprega o enquadramento no art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, mesmo que haja fortes indícios de conduta criminosa, sendo certo que se obtêm outros enquadramentos estritamente administrativos que se aplicam à conduta também criminosa, deixando-se de depender de decisão judicial definitiva.

Conforme se verá ao se analisar o inciso XI do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, somente a corrupção mereceu tratamento de exceção por parte do legislador, em que a

tipificação penal não impede o simultâneo enquadramento administrativo. Mas nem naquele inciso se recomenda enquadrar na indiciação de processo administrativo disciplinar.

4.7.4.1.2 - Manifestação Judicial para Perda do Cargo

Daí, na prática, o enquadramento no art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, somente interessa como repercussão da esfera penal e nunca como hipótese de enquadramento administrativo *a priori*. Somente sobra uma única hipótese em que se pode aventar deste enquadramento, conforme a seguir se esclarece.

Há previsão, no CP, em seu art. 92, para o efeito acessório da perda do cargo para servidor condenado judicialmente com pena privativa de liberdade (penas de reclusão e de detenção) transitada em julgado. Tendo sido definitivamente condenado na esfera penal por mais de um ano por crime funcional *lato sensu* (em quaisquer casos tipificáveis como violação de dever para com a Administração Pública ou como abuso de poder - qualquer forma de abuso de autoridade, nas espécies de excesso de poder e desvio de poder ou desvio de finalidade -, o que pode fazer subentender todos os crimes previstos nos arts. 312 a 326 do CP, alcançando também os crimes contra ordem tributária do art. 3º da Lei nº 8.137, de 27/12/90, e todos os crimes previstos nos arts. 9º a 38 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019), ou por mais de quatro anos por crime comum, o servidor pode sofrer ainda a perda do cargo, se assim declarar o juiz na sentença.

> *CP - Art. 92. São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*
> *I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996)*
> *a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública;*
> *b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.*
> *Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

No caso específico aqui aabordado de crimes contra a Administração Pública, trata-se de uma prerrogativa do juiz, não de uma obrigação. Mesmo condenando na esfera penal à privação de liberdade, o magistrado não é obrigado a manifestar a perda do cargo - somente o fará no sopesamento do grau de reprovabilidade da conduta tipificada no que tange à permanência do condenado como agente público, à vista da natureza da conduta, do dano dela decorrente e das condições pessoais do servidor.

É de se lembrar que, privado de sua liberdade, o servidor não exerce seu cargo e, portanto, não faz jus à sua remuneração. Mas a Lei prevê uma espécie de assistência familiar. De acordo com o art. 229 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, no inciso I do seu *caput*, havendo prisão em flagrante ou prisão preventiva do servidor, por qualquer motivo, a sua família faz jus ao recebimento do auxílio-reclusão, enquanto perdurar a prisão, no valor de dois terços da remuneração do agente; e conforme o § 1º do mesmo comando legal, caso venha a ser absolvido (o que subentende-se no trânsito em julgado da sentença absolutória, por qualquer hipótese prevista no art. 386 do CPP), o servidor tem direito a receber a íntegra de sua remuneração, retroativamente, pelo tempo em que foi suspensa em razão da prisão, descontadas as parcelas de auxílio-reclusão que porventura a família tenha recebido. Ainda nos termos do art. 229 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, no inciso II do seu *caput*, caso o servidor cumpra pena em razão de condenação penal em sentença definitiva, a sua família igualmente faz jus ao auxílio-reclusão, no valor de metade da remuneração do agente, desde que,

obviamente, o juiz não tenha determinado a perda do cargo, hipótese em que, após o cumprimento da pena, o servidor reassume seu cargo. Por fim, na letra do § 2º do mencionado comando legal, o pagamento de auxílio-reclusão à família cessa no dia seguinte ao que o servidor é posto em liberdade, ainda que condicional.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 229. À família do servidor ativo é devido o auxílio-reclusão, nos seguintes valores:*
> *I - dois terços da remuneração, quando afastado por motivo de prisão, em flagrante ou preventiva, determinada pela autoridade competente, enquanto perdurar a prisão;*
> *II - metade da remuneração, durante o afastamento, em virtude de condenação, por sentença definitiva, a pena que não determine a perda de cargo.*
> *§ 1º Nos casos previstos no inciso I deste artigo, o servidor terá direito à integralização da remuneração, desde que absolvido;*
> *§ 2º O pagamento do auxílio-reclusão cessará a partir do dia imediato àquele em que o servidor for posto em liberdade, ainda que condicional.*
> *§ 3º Ressalvado o disposto neste artigo, o auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015)*

Acrescente-se que, em caso de condenação com pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção, conforme o inciso I do art. 32 e o art. 33, ambos do CP) não superior a quatro anos somada ao atendimento de outras condicionantes, o art. 44 do CP determina que o juiz converta aquela mais grave sanção em penas restritivas de direitos (definidas no art. 43 do CP). Cabe questionar se a perda do cargo, que, segundo a alínea "a" do inciso I do art. 92 do CP, pode ser declarada em decorrência de aplicação de pena privativa superior a um ano por crime funcional, se harmoniza com a conversão em pena restritiva de direitos, que o art. 44 do mesmo Código vincula caso aquela condenação não supere quatro anos.

A elucidação da controvérsia passa pela visão teleológica e sistemática do ordenamento. Primeiramente, esclareça-se que o efeito acessório da declaração da perda do cargo não decorre da inviabilidade física de o infrator ao mesmo tempo estar recluso ou detido e estar livre para exercer seu cargo na repartição mas sim da inteligência de que sua conduta criminosa o desqualifica a ser mantido na especial condição de agente público. Ademais, pondere-se que a maioria dos crimes funcionais tem pena mínima girando em torno de dois anos, o que viabiliza que aquele infrator venha a ser favorecido pela vinculada conversão da pena privativa de liberdade eventualmente aplicada em pena restritiva de direitos e, consequentemente, desqualificaria como letra morta inaplicável a competência concedida pela lei penal ao juiz de determinar a perda do cargo na maioria dos casos de réu primário com bons antecedentes criminais. Em acréscimo, compare-se que a Lei nº 8.112, de 1990, pune com pena expulsiva alguns ilícitos de natureza meramente comportamental, configurados em condutas que podem ser cometidas até mesmo sem mácula grave de caráter por parte do infrator e portanto de menor gravidade que muitos dos crimes contra a Administração Pública. Esta interpretação conglobante do Estatuto e da lei penal indica que a manutenção da declaração da perda do cargo em decorrência de condenação por pena privativa de liberdade entre um e quatro anos por crime funcional, ainda que obrigatoriamente convertida em pena restritiva de direitos, não só não soa desproporcional como também se alinha à intenção do legislador de conceder ao juiz a prerrogativa de entender que aquele infrator não se compatibiliza com a função pública e com a sua manutenção nos quadros oficiais. Por fim, o que poderia ainda restar de controverso no tema dissipa-se esclarecido, no mesmo sentido acima defendido, com a posição pacificada na jurisprudência, com reforço ainda da doutrina.

> *STJ, Habeas Corpus nº 35.427: "Ementa: A incidência do efeito extra-penal específico disposto no artigo 92, I, a, do CP, nada tem a ver com a efetiva execução de pena privativa de liberdade, mas com sua "aplicação" por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes ali definidos, subsistindo, assim, a*

perda do cargo, ainda que tenha havido substituição da pena corporal."

STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 358.326: Ementa: 3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não impede a decretação da perda do cargo ou função pública, desde que apresentada a devida fundamentação."

"(...) não merece prosperar o entendimento de que a decretação da perda do cargo público é incompatível com a conversão de penas. Isso porque o objetivo daquele efeito da condenação não é a incompatibilidade da prisão com a permanência do condenado no cargo público, mas sim a necessidade de se afastar da Administração Pública o servidor que agiu com abuso de poder ou violação de dever funciona.", Luciano Rosa Vicente, "Conversão de Prisão em Restritiva de Direitos: STJ Decide pela Perda do Cargo Público", disponível em https://jus.com.br/artigos/55249, acesso em 19/04/17

De forma lógica, concentrou-se a discussão acima no terreno da condenação a pena privativa de liberdade, por crime funcional, a partir de um ano (inclusive) e até quatro anos (exclusive), dispensando-se avaliar a condenação por crime comum, pois, neste caso, somente se cogita de declaração de perda do cargo com pena igual ou superior a quatro anos, o que em geral inviabiliza a conversão para penas restritivas de direito (a menos do *quantum* exato de quatro anos). Por outro lado, parece mais consentâneo esclarecer que a eventual prescrição da pena em si acarreta também a prescrição do declarado efeito acessório de perda do cargo e que a decretação da perda de determinado cargo, em razão do qual se deu a condenação penal, não se constitui em definitiva declaração de inabilitação, não impedindo nova investidura em outro cargo, mas tampouco se reverte, com reintegração no cargo perdido, em hipótese de reabilitação criminal.

CP - Art. 32. As penas são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)
I - privativas de liberdade;
II - restritivas de direitos;
III - de multa.
Reclusão e detenção
Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)
§ 1º Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)
a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.
§ 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)
a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.
§ 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)
§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão

> *de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (Incluído pela Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003)*
> *Penas restritivas de direitos*
> *Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998)*
> *I - prestação pecuniária; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)*
> *II - perda de bens e valores; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)*
> *III - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)*
> *V - interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)*
> *VI - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)*
> *Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)*
> *I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)*
> *II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)*
> *III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)*
> *§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)*
> *§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)*
> *§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)*
> *§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)*

Ou seja, havendo a expressa manifestação do juiz na sentença, a condenação penal transitada em julgado (seja por crime funcional ou comum) repercute diretamente na via administrativa, sem necessidade de se proceder a processo administrativo disciplinar. Esta perda de cargo, como mero cumprimento de ordem judicial, não se reveste da qualidade de pena administrativa. A instrumentalização, no âmbito da Administração, desta decisão judicial definitiva de perda do cargo será abordada em **4.10.2.6**.

> *Formulação Dasp nº 9. Perda da função pública*
> *Ocorrendo a perda de função pública, em razão de sentença condenatória transitada em julgado, cabe à autoridade competente para demitir declarar a desinvestidura do funcionário.*

Não se deve confundir a falta de manifestação expressa do juízo pela perda do cargo com impedimento para que a Administração, após a condenação penal definitiva pela autoria do crime funcional (nos arts. 312 a 326 do CP ou no art. 3º da Lei nº 8.137, de 27/12/90, ou

ainda nos arts. 9º a 38 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019), proceda ao processo administrativo disciplinar. Pode o juiz ter condenado por menos de um ano pelo crime funcional (quando o juiz não pode manifestar a perda do cargo) ou não ter manifestado a perda do cargo embora tenha condenado por mais de um ano pelo crime funcional (quando é prerrogativa do juiz fazê-lo ou não). Estas são as únicas hipóteses em que a Administração está autorizada a demitir com base no art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pois o fato criminoso já foi comprovado pela competente esfera judicial.

Destaque-se que eventual provocação para que a Advocacia-Geral da União atue no curso da instrução probatória (no caso, postulando em juízo para obtenção de provas de ação penal) não impede sua posterior atuação na fase de julgamento (por meio de Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda, por exemplo, como é o caso dos julgamentos de competência do Ministro de Estado da Economia).

> *Mandado de Segurança nº 14.504: "Ementa: 4. Admite-se a atuação da Advocacia-Geral da União no processo disciplinar como auxiliar da comissão processante junto ao Poder Judiciário na obtenção de provas produzidas na ação penal intentada sob os mesmos fatos investigados na esfera administrativa."*
> *Voto: "(...) Destacou o autor da ação ser indevida a interferência da Advocacia-Geral da União na fase de instrução, pois esse mesmo órgão, ao término do procedimento, participa do julgamento do feito. Sem razão, contudo, o impetrante. (...) Na espécie, o servidor investigado, auditor da receita federal, era vinculado ao Ministério da Fazenda, sendo o ministro desta Pasta o juiz natural do processo administrativo disciplinar e não o Advogado-Geral da União. Ainda, a função da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, na esfera administrativa, é de assessoramento e orientação dos dirigentes do Poder Executivo Federal, para dar segurança jurídica aos atos administrativos que serão por eles praticados. Assim, o parecer apresentado no processo administrativo disciplinar tem cunho meramente informativo. Não há se falar, portanto, que a Advocacia-Geral da União teria participação no julgamento do feito. De outro vértice, observa-se ter sido a Advocacia-Geral da União acionada tão somente para solicitar documentos colacionadas nos autos da ação penal em trâmite na Justiça Federal contra o investigado, cujos fatos se relacionavam com o inquérito administrativo. Outra não poderia ter sido a atitude da comissão processante, uma vez que ela, ou seus membros, não possuem poder postulatório, pressuposto processual para estar em juízo, qualidade esta intrínseca à Advocacia-Geral da União, nos termo do artigo 131 da Constituição Federal."*

Mas não será cabível processo administrativo disciplinar na hipótese de o servidor ter sido judicialmente condenado de forma definitiva por mais de quatro anos, em decorrência de crime comum, não tendo o juiz manifestado a perda de cargo, pois, pelo crime não funcional (em que se incluem os crimes comuns contra a Administração Pública, dos arts. 328 a 377 do CP), não se justifica a instauração da esfera disciplinar.

A regra, na prática, é de que nada impede que a Administração, a partir do conhecimento do ato irregular sob aspecto funcional, processe seu servidor, sem necessidade de esperar a decisão judicial definitiva. Isto porque, além de as instâncias serem independentes, como os enquadramentos administrativos são mais genéricos e elásticos, é bastante provável que aquela conduta tipificada em algum crime funcional do CP também possa ser enquadrada em alguma conduta irregular da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (como valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, do art. 117, IX, por exemplo).

> *Formulação Dasp nº 17. Concussão*
> *O fiscal que exige vantagem indevida para relevar infração comete o crime de concussão, devendo ser demitido na forma dos arts. 195, IV, e 207, X, do*

Estatuto dos Funcionários.
*(**Nota**: O inciso IV do art. 195 do antigo Estatuto proibia ao servidor valer-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função e, para este caso, o inciso I do art. 207 do mesmo Estatuto previa a aplicação de pena de demissão.)*

STF, Mandado de Segurança nº 23.242: "Ementa: (...) I - Ilícito administrativo que constitui, também, ilícito penal: o ato de demissão, após procedimento administrativo regular, não depende da conclusão da ação penal instaurada contra o servidor por crime contra a administração pública, tendo em vista a autonomia das instâncias."
Idem: STF, Mandado de Segurança nº 22.362

"Em conclusão, pode-se assentar que somente depois de haver a Justiça Criminal reconhecido a prática de crime contra a administração é que o servidor poderá ser demitido nos termos do art. 132, inciso I, da Lei nº 8.112/90. Pode a sua demissão, contudo, independer do juízo penal, caso essa mesma conduta, como expressão fática, subsuma-se em outro dispositivo legal, como, por exemplo, o inciso IV desse mesmo artigo, quando o fato, por exemplo, constitua também ato de improbidade administrativa, nos termos de uma das hipóteses previstas nos arts. 9°, 10 e 11 da Lei n° 8.429/92, ou outra hipótese qualquer enquadrável em dispositivo diverso daquele (inciso I)." José Armando da Costa, "Controle Judicial do Ato Disciplinar", pgs. 238 e 239, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2002

"Certo é que a apenação disciplinar deve ser proposta em virtude da prática infracional de natureza administrativa autônoma embora possa esta infração constituir elemento integrativo de crime contra a administração pública, como sejam 'valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública', 'abandono de cargo ou de função', 'improbidade administrativa', 'lesão aos cofres públicos', 'dilapidação do patrimônio nacional', receber subornos, gorjetas ou vantagens pelo desempenho de suas funções." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pgs. 69 e 70, Editora Forense, 2ª edição, 2006

Além disto, se, em tese, a conduta foi tal que ensejou condenação criminal, que exige maior rigor probatório, provavelmente também configurará ilícito disciplinar, onde o rigor probatório e o rito formal são menores.

Relembre-se o já aduzido em **3.2.1** de que há outras previsões legais para determinação de perda do cargo de servidor público, em razão da incursão em crimes definidos nas Leis nº 7.716, de 05/01/89 (que define crimes de discriminação e de preconceito), nº 9.455, de 07/04/97 (que define crime de tortura) e nº 13.869, de 05/09/19 (que define crimes de abuso de autoridade) e que não estão incluídos na definição de crimes contra a Administração Pública e, portanto, não estão no escopo deste tópico.

4.7.4.2 - Inciso II - abandono de cargo

Materialmente, a definição jurídica do abandono de cargo encontra-se no art. 138, ratificada pela descrição de sua materialidade na alínea "a" do inciso I do art. 140, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90: é a ausência intencional ao serviço por mais de trinta dias consecutivos. E, instrumentalmente, a exemplo da inassiduidade habitual e também da acumulação ilícita de cargos, o ilícito em tela tem seu apuratório em rito sumário, mas não configura nulidade a apuração em rito ordinário, visto que nenhum prejuízo traz à defesa (ao contrário, é um rito mais completo), conforme se verá em **4.11.1**.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 138. Configura abandono de cargo a ausência

> *intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos.*
> *Art. 140. Na apuração de abandono de cargo ou inassiduidade habitual, também será adotado o procedimento sumário a que se refere o art. 133, (...) (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
> *I - A indicação da materialidade dar-se-á: (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *a) na hipótese de abandono de cargo pela indicação precisa do período de ausência intencional do servidor ao serviço superior a trinta dias; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

O dispositivo do art. 138 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao enquadrar como ilícito disciplinar o fato de o servidor deixar à margem suas atribuições legais, de maneira intencional, por mais de trinta dias consecutivos, possui um elemento objetivo (temporal) e um elemento subjetivo (anímico, de dolo). Faz-se necessário então abordar estes dois elementos detidamente, não só em sua literalidade mas também em sua inteligência, com o fim de corretamente interpretar a vontade legal.

Primeiramente, quanto ao elemento objetivo temporal, percebe-se indubitavelmente que o legislador quis apenar, com este ilícito, a conduta prolongada de ausência, acima de um determinado limite de extensão ainda tido como aceitável e, a partir do qual, demarcador de totais desprezos, descasos, desapegos e desinteresses mesmo pelo cargo, pela instituição, pela tutela pública e pelo interesse público, a ponto de fazer merecer a ruptura do vínculo estatutário com o servidor. É de se atentar que a Lei contemplou uma larga margem de tolerância com o faltoso, tendo estabelecido um prazo suficientemente razoável, de trinta dias consecutivos, para que se comece a cogitar de abandono de cargo. Com este prazo, suprem-se indisponibilidades temporárias e até duradouras a que qualquer um está sujeito em sua vida cotidiana. Acima de trinta faltas e sem que sequer o servidor venha um único dia ao serviço, configurando a conduta absenteísta prolongada, a comprovação da intencionalidade aperfeiçoa o enquadramento e impõe a pena expulsiva.

Tanto é verdade que a definição da materialidade se aperfeiçoa tão somente com a indicação do período de ausência, ou seja, com a aposição do primeiro e do último dia de ausência ininterrupta, não sendo necessário que a portaria de pessoal de instauração de rito sumário para apurar abandono de cargo identifique cada um dos dias do intervalo. No aspecto temporal, portanto, tem-se configurado o ilícito em tela com o lapso de pelo menos 31 dias consecutivos sem um único dia de efetivo exercício do cargo.

Na esteira, isto leva a concluir que a contagem temporal de abandono de cargo inclui fins de semana, feriados e dias de ponto facultativo que estejam intercalados em dias úteis de ausência ininterrupta do servidor. Em reforço à reinante interpretação de que, para a configuração do abandono de cargo, incluem-se os dias não úteis, apresentam-se manifestações do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp) e da doutrina:

> *Formulação Dasp nº 116. Faltas sucessivas*
> *Na hipótese de faltas sucessivas ao serviço, contam-se, também, como tais, os sábados, domingos, feriados e dias de ponto facultativo intercalados.*
>
> *Orientação Normativa Dasp nº 149. Faltas injustificadas*
> *No cômputo de faltas sucessivas e injustificadas ao serviço, não se excluem os sábados, domingos e feriados intercalados.*
>
> *"(...) nesses casos de faltas sucessivas ao serviço, incluem-se também, na contagem do prazo do abandono de cargo, os sábados, domingos, feriados e dias de ponto facultativo." José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pg. 408, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

E, quanto ao elemento subjetivo doloso, para configurar o ilícito, deve a comissão comprovar a intencionalidade - ou ao menos a assunção consciente do risco da configuração, o chamado dolo eventual - do abandono do posto de trabalho por mais de trinta dias

consecutivos. O termo “abandono” aqui assume o significado apenas de o agente intencionalmente deixar vaga, por um tempo mínimo determinado, a prestação do serviço público vinculada ao cargo que ocupa, independentemente se há ou não e qual seja a motivação de foro pessoal desta omissão. Não se deve ampliar tal exigência legal com comprovação de intenção de abandonar definitivamente o cargo e muito menos de se perquirir o chamado dolo específico, visto esta não ser elemento do enquadramento. Acerca da consideração do dolo eventual, há manifestações administrativas vinculantes, com destaque para a construção externada pela Advocacia-Geral da União (AGU), no seu Parecer AGU nº GMF-6.

> *Parecer AGU nº GMF-6, vinculante: “20. Desta forma, caberá ao Estado não apenas constatar (elemento objetivo) a ausência pelo prazo trintenário, mas, também, a intenção de se ausentar (elemento subjetivo), a qual pode ocorrer por dolo direto ou eventual, isto é, quando o servidor deseja ausentar-se ou, não desejando, assume o risco de produzir o mesmo resultado, conforme firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.”*
>
> *Formulação Dasp nº 81. Abandono de cargo*
> *O abandono de cargo pode resultar, também, de dolo eventual.*
>
> *Formulação Dasp nº 271. Abandono de cargo*
> *No abandono de cargo, o elemento subjetivo (´animus´) há que ser apreciado com a maior objetividade.*
>
> *Parecer PGFN/CJU/CED nº 1.498/2007: “23. Nesse diapasão, releva ponderar que, para a caracterização do animus abandonandi, não se exige que o servidor tenha a intenção de abandonar o cargo (o art. 138 da Lei nº 8.112, de 1990, apenas faz referência à ausência intencional do servidor, e não abandono intencional), o que implicaria em caracterizar o abandono do cargo sob o ponto de vista subjetivo do autor. O que se requer é a configuração de sua vontade consciente (dolo direto) em ausentar-se do serviço (por mais de trinta dias consecutivos, como visto), ou pelo menos a previsão e assunção do risco de que seu comportamento leve a tal ausência (dolo indireto ou eventual), caracterizando, destarte, o abandono de cargo do ponto de vista da Administração Pública.”*
>
> *“Cabe à comissão comprovar, além da ausência, a intenção de se ausentar, a qual pode ocorrer por dolo direto ou eventual, isto é, quando o servidor deseja se ausentar ou, não desejando, assume o risco de produzir o mesmo resultado. No entanto, não se exige a comprovação de que o servidor tencionava abandonar permanentemente o cargo.”, Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 306, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf, acesso em 07/08/13*
>
> *“(...) o elemento volitivo requerido pela lei (art. 138 do regime jurídico federal) não é realmente o dolo direto (a intenção firme e consciente de abandonar o cargo), razão por que busca o jurista Alcindo Noleto Rodrigues conciliar essa questão com a tese de que o dolo exigido é o eventual (indireto) e não o direto, assim, explicitando o seu ponto de vista:*
> *‘O mais que se pode exigir, in casu, como elemento subjetivo da configuração do ilícito disciplinar, seria o dolo eventual, que consiste não propriamente em querer o resultado antijurídico, mas em assumir, conscientemente, o risco de produzi-lo.*
> *É o que se dá na espécie: embora sem animus, isto é, sem dolo direto de abandonar o cargo, o funcionário, afinal, com o passar meses sem ir à repartição e sem procurar justificar-se, arriscou-se a ser demitido por aquele abandono. Sua consciência dizia que não estava procedendo às direitas, mas insistiu em seu comportamento, sem se importar com as consequências. E isto é*

dolo indireto. CGR, parecer nº H-428/66, DO 10.12.67'
(...) a expressão 'ausência intencional ao serviço' (art. 138) deverá ser entendida não como uma intenção direta do servidor em abandonar o cargo, e sim como conduta voluntária que não sofreu a influência de insuperável, legítimo e justificável refluxo, ou seja, ação ponderável e suficiente em sentido contrário.
De efeito, o que caracteriza o abandono de cargo é a ausência do funcionário ao serviço de sua repartição por mais de trinta dias consecutivos, sem que haja circunstâncias insuperáveis e legítimas que elidam a liberdade do agente na implementação da ação faltosa. Nessas circunstâncias, ainda que o servidor não haja alimentado a vontade direta de abandonar o cargo, ainda assim terá perpetrado essa transgressão disciplinar." José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pgs. 410 a 412, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004

A demonstração, por meio da conduta do servidor, de desinteresse pela continuidade do exercício das suas atribuições públicas, privilegiando quaisquer outros valores que não aqueles vinculados ao cargo e à tutela pública encartada, ainda que por tão somente 31 dias consecutivos, são suficientes para configurar o *animus abandonandis* requerido para o enquadramento no art. 138 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Diante de tais condutas, não têm o condão de afastar a imputação meras alegações, porventura apresentadas pelo servidor, associadas a motivações de foro íntimo, pois a elas não deve se submeter o interesse público, sempre indisponível, inadiável e inafastável. A Administração, cuja atividade requer continuidade, não pode ficar à mercê de reveses, dissabores ou projetos pessoais de seus agentes e menos ainda pode coadunar em manter em seus próprios quadros quem a veja como objeto de dedicação superável, como elemento de secundária importância e de prioridade adiável à vista de interesses pessoais quaisquer. Se a conduta omissiva do servidor não decorreu da imposição de obstáculo insuperável para sua presença, se nada havia que, de forma irresistível e à margem de sua vontade, de sua escolha e de sua priorização, impedia sua vinda ao serviço, perfaz-se o elemento subjetivo do enquadramento. Ponderando então este estado anímico intencional com a superação do limite temporal tolerável, ainda que, à vista do servidor, haja motivos para a ausência, sendo, sob ótica jurídica, tais motivos fúteis, de natureza meramente pessoal ou de qualquer forma superáveis, configura-se o ilícito.

Interessante reforçar o entendimento com a manifestação da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 22, de 26 de janeiro de 2018, segundo a qual a ausência injustificada e ininterrupta por mais de 31 dias se, por si só ainda não é a prova material cabal do ilícito de abandono de cargo, por outro lado já pode configurar uma presunção relativa daquela conduta expulsiva. Tratando-se de presunção relativa, cabe ao servidor afastá-la, com contraprovas convincente de justificativa para as faltas; mas, não apresentando nada que afaste a presunção, esta se fortalece e se solidifica em formador de convicção de ânimo de abandonar o cargo, também com amparo jurisprudencial e doutrinário.

Enunciado CGU/CCC nº 22, de 2018: "Presunção relativa de animus abandonandi. As ausências injustificadas por mais de trinta dias consecutivos geram presunção relativa da intenção de abandonar o cargo".

TRF da 5ª Região, Processo nº 89.05.05489-7: "Ementa: A pena de demissão, para quem abandona o cargo que assumiu com obrigação de exercer suas funções, tem como finalidade proteger a regularidade e normalidade da atuação pública. Esta, por necessitar de continuidade da prestação dos serviços pelo servidor, não pode ficar sujeita à vontade do mesmo. A máquina administrativa não deve ficar à espera do servidor, por tal provocar interrupção das atividades a serem prestadas e perturbação à boa ordem e harmonia que devem reinar no âmbito de toda a repartição."

> *"Não é qualquer motivo, portanto, que serve para justificar a ausência do servidor, do local de trabalho por mais de 30 dias. As causas motivadoras da ausência que merecem acolhida são as que se fundam em razões independentes de sua vontade. O motivo, assim, precisa ser relevante, já que a ausência injustificada faz pressupor o desinteresse do servidor na prestação do serviço público. Essa presunção só se afasta por motivo de força maior, entendido, como tal, o obstáculo intransponível, de origem estranha, liberatório da responsabilidade. (...)" Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 71, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Associado à compreensão de que a ilicitude demissiva de abandono do cargo pode se aperfeiçoar ainda que sob ânimo subjetivo de dolo eventual, é de se cogitar de sua configuração na hipótese de servidor que simplesmente protocoliza junto à Administração petição de qualquer espécie de afastamento (como, por exemplo, licenças cujo deferimento cabe discricionariamente ao órgão), e desde já se ausenta por mais de trinta dias consecutivos. A simples protocolização de pedido de licença ou de qualquer outra forma de afastamento não elide sua obrigação de permanecer em serviço até que a Administração se manifeste acerca de seu pedido.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 15.903: "Ementa: 2. A Lei n. 8.112/90 dispõe em seu artigo 138 que a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos configura abandono de cargo, para o que prevê a pena de demissão (art. 132, II). Da mencionada transcrição, verifica-se que o dispositivo legal ao conceituar o abandono de cargo faz referência ao elemento objetivo consistente na ausência do servidor por mais de 30 (trinta) dias consecutivos, bem como ao elemento subjetivo, consubstanciado na intenção do servidor de se ausentar do serviço. Precedentes: MS 12.424/DF, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 11/11/2009; EDcl no MS 11.955/DF, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Terceira Seção, DJe 2/2/2009, MS 10.150/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJ 6/3/2006. 3. No caso dos autos, não há dúvidas que o impetrante faltou ao serviço por mais de 30 (trinta dias) consecutivos, nos quais se inclui fins de semana, feriados e dias de ponto facultativo. Ademais, mesmo descontando os dias de férias gozadas (10/9/2008 a 19/9/2008), verifica-se que no período anterior a elas (8/8/2008 a 9/9/2008) o impetrante se ausentou por 33 (trinta e três) dias consecutivos, o que por si só caracteriza o elemento objetivo. 4. Quanto ao elemento subjetivo, da análise dos autos, verifica-se o ânimo específico do impetrante de abandonar o cargo, tendo em vista a ausência de justificativas plausíveis em sua defesa. Inicialmente destaca-se que a concessão de licença não remunerada para tratar de interesse particular é uma faculdade da Administração, a qual poderá, a seu alvedrio, deferi-la ou não, segundo o que for mais conveniente, à época, para o serviço público (art. 91 da Lei n. 8.112/90). 6. Com base nisso, tem-se que o abandono do cargo imediatamente após o protocolo do pedido de licença, tal como ocorreu na espécie, demonstra o alto grau de desídia do servidor frente a suas obrigações funcionais, o qual sobrepôs seu interesse particular ao interesse da administração de garantir a continuidade da prestação do serviço público até que se ultimasse a análise do pedido, optando deliberadamente, por não comparecer ao serviço no ato do pedido de afastamento formulado em 8/8/2008 até 30/9/2008."*

Embora não seja elemento necessário para configuração do ânimo subjetivo, assume relevância na formação da convicção a favor da configuração da ilicitude em tela o fato de o servidor sofrer o desconto pecuniário em sua remuneração e não diligenciar junto à Administração para solucionar a questão de gestão de pessoas. Afinal, soa pouco provável que o servidor tenha de fato alguma justificativa juridicamente pertinente para afastar não só a imputação disciplinar como também a imediata repercussão gerencial de desconto pecuniário

e deixe de fazê-lo, permitindo-se submeter a gravames na sua remuneração e somente venha apresentar determinada alegação excludente da ilicitude posteriormente, ao se ver no polo passivo do PAD.

Ainda neste aspecto, ratifique-se a independência das instâncias no âmbito da própria Administração. Em outras palavras, a atuação da instância de gestão de pessoas, promovendo descontos na remuneração do servidor absenteísta em nada se confunde e menos ainda impede a também vinculada atuação autônoma da instância disciplinar, aplicando a pena cabível, se for o caso.

Tema que comporta discussões jurisprudencial e doutrinária é natureza jurídica do abandono de cargo, se é ilícito instância ou se é ilícito permanente, à vista das definições já apresentadas em **2.5.3.4**. Conforme já se opinou naquele tópico, na liberdade que o Direito contempla seus aplicadores, de ser possível interpretar um mesmo instituto ou um mesmo conjunto fático com diferentes e até antagônicos entendimentos, aqui *a priori* se filia à tese de que o abandono de cargo tem natureza instantânea. Não é desconsiderável a percepção de que a ilicitude se configura somente no exato e pontual trigésimo primeiro dia de ausência intencional ininterrupta (não se devendo confundir com o fato de que a conduta absenteísta e seus efeitos já se façam sentir desde o primeiro e além do trigésimo primeiro dia de falta).

Esta discussão poderia se restringir ao academicismo sem aplicabilidade prática não fosse a sua repercussão no instituto da prescrição. Isto levou a Advocacia-Geral da União (AGU) a se manifestar sobre o tema, dando contornos finais e vinculantes à discussão (ao menos no que tange à mera aplicação do ordenamento pelo agente administrativo).

No seu já Parecer AGU nº GMF-6, o órgão máximo de assessoramento jurídico do Poder Eecutivo federal adotou o entendimento de que o abandono de cargo é um ilícito de natureza permanente, em razão de sua consideração de que a intenção faltosa do servidor permeia não apenas o período mínimo configurador da infração (qual seja, de exatos e suficientes 31 dias consecutivos) mas também toda a extensão temporal em que o autor persevera ausente. E é de se destacar que o citado Parecer AGU, após adotado pelo Advogado-Geral da União, tendo sido aprovado e publicado oficialmente, nos termos do *caput* do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, passou a integrar de forma vinculante o ordenamento, ao qual, indiscutivelmente, se submete o aplicador administrativo do Direito. Na esteira, conforme se verá em **4.13.4**, AGU estabeleceu, à luz do inciso III do art. 111 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), que o abandono de cargo tem a contagem prescricional iniciada somente com a cessação da permanência, ou seja, somente com a cessação da conduta absenteísta, quando enfim o servidor retomar suas atividades laborais.

> *Parecer AGU nº GMF-6, vinculante: "Ementa: II - A vontade do agente incide diretamente não apenas para a configuração do abandono de cargo, mas também para a situação de permanência que produz efeitos jurídicos, restando caracterizada, portanto, a prorrogação de sua base consumativa. III - A infração funcional de abandono de cargo possui caráter permanente e o prazo prescricional apenas se inicia a partir da cessação da permanência.*
> *26. Neste diapasão, observa-se que o fato de a infração consumar-se com o transcurso de período superior a 30 dias não implica dizer que o estado de permanência da situação de abandono seja mero efeito ou consequência da infração consumada. Ao contrário, se a configuração do abandono não se dá de forma objetiva e, ainda, se o servidor pode retornar ao serviço até que seja definitivamente demitido por meio de regular processo administrativo disciplinar, outra conclusão não há senão aquela de que a permanência depende diretamente da intencionalidade do agente."*

Na hipótese de se cogitar apenas de configuração de abandono de cargo (ou seja, não se tratando, por ora, da hipótese de se configurarem abandono de cargo e inassiduidade

habitual), ainda que o servidor se prolongue ao longo do tempo em conduta absenteísta, não há que se falar de configuração de mais de um ilícito a cada 31 dias de ausência ininterrupta. Enquanto o servidor não retornar ao serviço, por ao menos um dia, configura-se um único ilícito de abandono de cargo e, persistindo a longo prazo o estado de abandono, não se configuram sucessivos ilícitos, mas apenas um. Não por acaso, diferentemente da materialidade da inassiduidade habitual, a materialidade do abandono define apenas a quantidade mínima e constitutiva de mais de trinta faltas consecutivas, sem impor um limite temporal máximo, limitador e renovador de nova contagem. Caso o servidor retorne ao serviço após mais de 31 dias consecutivos de ausência, ainda que por apenas um dia, e volte depois a permanecer novamente por longo período sem comparecer, aí sim se configuram dois ilícitos de abandono de cargo, cada um deles instantaneamente configurado no respectivo trigésimo primeiro dia de ausência ininterrupta e intencional.

Tratando-se de servidor cuja conduta funcional marca-se pelo não comparecimento ao serviço, é possível ocorrer de o agente se ausentar por mais de trinta dias consecutivos e também, dentro de um período de doze meses, incorrer em pelo menos sessenta faltas interpoladas ao serviço. Nestes casos, por um lado, pode-se ter a configuração da inassiduidade habitual independente da configuração do abandono de cargo, quando as sessenta faltas ao serviço do primeiro ilícito não têm superposição com nenhuma das trinta ausências configuradoras do segundo; por outro lado, quando parte ou a integralidade das trinta ausências caracterizadoras do abandono de cargo se superpõem às sessenta faltas configuradoras da inassiduidade habitual, não cabe se cogitar de se considerar estas faltas superpostas na dupla configuração das duas ilicitudes, pois àqueles mesmos atos absenteístas estarão sendo associados duas distintas irregularidades, com distintas qualificações (intencional e ininterrupta ou injustificada e interpolada) em afronta ao entendimento de que se deve evitar o concurso aparente de infrações, conforme já exposto em **4.5.3**.

Também não cabe fracionar a materialidade do abandono de cargo para que parte de uma sequência de ausências consecutivas e intencionais seja separada para o que for suficiente para a configuração deste ilícito e a parte excedente desta mesma sequência seja considerada para materialidade de inassiduidade, pois, neste caso, não há como dissociar o dolo configurador do abandono de cargo (e que deve prevalecer sobre a ausência de justificativa configuradora da inassiduidade habitual). Melhor figurando, quando se tem, em um período de doze meses, uma determinada quantidade de faltas ao serviço interpoladas que não atinge o limite de sessenta configuradoras da inassiduidade habitual e ainda se tem um período de ausência ininterrupta para o qual se tem ânimo subjetivo de intencionalidade e se este período totalizar mais de trinta ausências consecutivas, não cabe fracioná-lo, de forma a tomar apenas 31 ausências consecutivas para configurar o abandono de cargo e levar as excedentes faltas ao serviço deste período continuado para se somar às demais faltas interpoladas, com o fim de também ter configurada a quantidade necessária de sessenta faltas configuradoras da inassiduidade habitual.

Quando se está diante das possibilidades de configuração tanto de um ilícito quanto de outro ou de ambos, seja com ausências configuradoras do abandono de cargo computadas ou não também nas faltas configuradoras da inassiduidade habitual, pode-se ter uma única portaria de pessoal de instauração do rito sumário, descrevendo ambas materialidades. Caso as materialidades das duas ilicitudes não se superponham, pode a comissão concluir pelo duplo cometimento e pode a autoridade julgadora decidir pela pena de demissão com base nos dois enquadramentos (sem prejuízo de a comissão e/ou a autoridade julgadora concluir pelo cometimento de apenas uma das infrações ou até por nenhuma das duas). E, caso as materialidades das duas ilicitudes se superponham de forma que, ao não se contar duplamente os mesmos dias superpostos, apenas uma ou outra materialidade se perfaz, cabe à comissão e à autoridade julgadora avaliarem as condicionantes do caso concreto e ponderarem a qual dos dois enquadramentos melhor se amolda a conduta absenteísta para, se for o caso, concluir por

seu cometimento e aplicar, em razão única, a pena de demissão. Há jurisprudência administrativa neste sentido, conforme manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

> *Parecer PGFN/Cojed nº 2.349/2013: "16. Os documentos juntados aos autos comprovam que os dias não trabalhados estão compreendidos nos seguintes espaços de tempo: dias 17 a 19 de dezembro de 2012; dias 20 a 22 e 25 a 28 de fevereiro de 2013; dias 1, 4 a 8, 11 a 14, 19 a 22 e 25 a 28 de março de 2013; dias 1 a 5, 9 a 12 e 15 de abril de 2013; dias 14 a 17 e 31 de maio de 2013; dias 3 a 7, 10 a 14, 17 a 21 e 24 a 28 de junho de 2013; dias 1 a 5, 8 a 12, 15 a 19, 22 a 26 e 29 a 31 de julho de 2013. O somatório desses intervalos totaliza mais de 60 (sessenta) dias. (...)*
> *18. O aspecto temporal [do abandono de cargo] restou preenchido com as informações dos registros de freqüência, dando conta de falta contínua ao serviço desde 31/05/2013 até 31/07/2013, o que somam 62 dias.*
> *19. Tendo em conta a concomitância parcial dos períodos analisados, se considerará, nessa oportunidade, apenas a infração de abandono do cargo, caracterizada pelas faltas ininterruptas em período de tempo que vai desde 31 de maio até 31 de julho de 2013 (62 dias), na medida em que não se poderia computar os mesmos dias para caracterizar ambas as infrações."*
>
> *"Ao termo 'interpoladamente' não se deve conferir interpretação restritiva, pois pode ocorrer inassiduidade habitual caso o servidor não compareça ao serviço por 60 dias úteis seguidos; a intenção do legislador foi garantir que 60 faltas injustificadas fossem caracterizadas como infração disciplinar, estivessem elas intercaladas ou não, em contraposição à infração de abandono do cargo, a qual requer um "plus" em relação à inassiduidade habitual, isto é, a prova da intenção de abandonar o serviço por 31 dias.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 309 , 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Por outro lado, a despeito da materialidade pré-constituída indicativa da ilicitude, não se comprovando nos autos que a ausência superior a trinta dias foi intencional, afasta-se a imputação do abandono de cargo. O surgimento de causas fortuitas ou de motivos de força maior, intransponíveis e alheios à vontade do servidor, elide a intencionalidade e afasta o enquadramento. A título de exemplos, citem-se que, em casos de ausência por motivos de saúde, deve o servidor submeter-se à perícia médica ou entregar tempestivamente atestados médicos particulares, conforme aduzido em **4.4.9.1**, e, em contextos de movimentos paredistas, o entendimento a ser aplicado ao direito de greve foi esposado na análise do enquadramento em inobservância do dever funcional de ser assíduo e pontual ao serviço, do art. 116, X do da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em **4.7.2.10**, a cuja leitura se remete. Também, não se cogita de intencionalidade de deixar desassistida a prestação pública do cargo por parte de servidor recolhido à pena de reclusão judicialmente ordenada, mas, por outro lado, não se contempla como juridicamente aceitável o ato antijurídico de fugir à ordem de prisão; em outras palavras, como bom exemplo figurativo da ponderação entre motivo de força maior e *animus abanonandis*, enquanto o réu preso não abandona o cargo, incorre sim no ilícito disciplinar - e sem prejuízo das cabíveis sanções judiciais - o condenado que se evade e foge à ordem de prisão.

> *Parecer AGU nº GQ-201, não vinculante: "7. No caso de abandono de cargo, a ausência deve ser intencional, ou seja, não basta a inexistência de justa causa para a ausência ao serviço; é preciso mais: deve haver a intenção. (...)*
> *8. E o ônus da prova dessa intenção, cabe à administração, por intermédio da comissão processante. (...)*
> *13. (...) A materialidade da ausência continuada ao trabalho autoriza a administração a tomar as providências para afastar o funcionário de seus*

quadros, mas esse propósito disciplinar, entretanto, deverá ceder diante da comprovação de não ter havido a vontade de abandonar o serviço, ou em razão de acontecimentos que justificassem, cabalmente, aquele afastamento, ou quando o conjunto de fatos indica, pelo menos, uma óbvia inadequação entre os motivos da conduta e a representação mental de suas consequências."

Formulação Dasp nº 51. Abandono de cargo
Se a ausência do serviço resulta de coação irresistível, não ocorre abandono de cargo.

Formulação Dasp nº 79. Abandono de cargo
Não é punível o abandono de cargo que evite o mal maior de acumulação ilegal.

Formulação Dasp nº 26. Abandono de cargo
Incorre em abandono de cargo o funcionário que foge para frustrar a execução de prisão ordenada por autoridade judicial.

Não obstante, no apuratório especificamente instaurado para apurar suposto abandono de cargo, é lícito se cogitar do enquadramento acima mencionado, de inobservância do dever funcional de ser assíduo e pontual ao serviço, do art. 116, X do Estatuto, ou algum outro associado ao mesmo fato (não há nulidade em rito sumário redundar em pena diferente de demissão, conforme se verá em **4.11.1**). Por fim, caso nem este enquadramento ou qualquer outro se configure, restará apenas a repercussão pecuniária.

O abandono de cargo, por sua própria natureza, para configuração, requer a plena investidura no cargo, de forma que não se aplica tal enquadramento na hipótese em que o nomeado e empossado não entra em exercício no prazo de quinze dias a contar da posse, uma vez que, sem o exercício, não há que se cogitar de ausências ao serviço. Neste caso, conforme o art. 15, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, restará à Administração lançar mão do instituto da exoneração, que não tem fim punitivo.

Formulação Dasp nº 349. Abandono de cargo
A pessoa nomeada e empossada, mas que não assumiu o exercício do cargo, não pode ser processada por abandono, porquanto ainda não cometeu faltas ao serviço.

Por um lado, a reassunção do cargo, por parte do servidor ausente, após a configuração do ilícito de abandono de cargo, não tem o condão de permitir que se subentenda perdão tácito por parte da Administração, à vista do poder-dever de apurar e de, se for o caso, punir. Mas também, por outro lado, em respeito à presunção de inocência, nada há de impedir o direito de o servidor reassumir seu cargo e responder ao processo em serviço, até a publicação da portaria de pessoal expulsiva, caso aplicável.

Formulação Dasp nº 83. Abandono de cargo
Não constitui óbice à demissão a circunstância de haver o funcionário reassumido o exercício do cargo que abandonou.

"(...) não há porque notificar o servidor faltoso para que reassuma, sem a apuração, eis que este evento em nada lhe aproveita, pois as faltas ocorreram, foram computadas e descontados os dias não trabalhados da remuneração e da contagem do tempo de serviço." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 266, Editora Consulex, 2ª edição, 1999

"(...) não dispõe o administrador público de meios legais para impedir, mesmo após a configuração infracional, que o servidor retorne a seu cargo de origem, se a decisão a respeito ainda não foi proferida.
O certo é que o processo administrativo disciplinar em qualquer de suas modalidades é meio apuratório de irregularidade que pode concluir pela existência ou não da falta, segundo a verdade material, não sendo via

> *proibitiva do exercício de função, salvo a hipótese de afastamento preventivo de que trata o art. 147 e seu parágrafo único, que não dispensa a remuneração." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 191, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Em paralelo ao enquadramento administrativo do art. 132, II da Lei nº 8.112, de 11/12/90, há no CP, art. 323, a previsão do crime contra Administração Pública de abandono de função.

> *CP - Abandono de função*
> *Art. 323. Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei:*
> *Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.*
> *§ 1º Se do fato resulta prejuízo público:*
> *Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.*
> *§ 2º Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira:*
> *Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.*

Como de outra forma não poderia ser, ponderando as diferentes gravosidades e repreensões das instância administrativa e penal, o entendimento majoritário na doutrina é que a configuração do crime acima requer um *plus* em relação ao ilícito disciplinar do abandono de cargo. Embora tanto o ilícito de abandono de cargo quanto o crime de abandono de função requeiram o dolo para suas configurações, é certo que seus elementos objetivos diferem, de forma que pode um se configurar independentemente do outro - inclusive, pode-se ter uma determinada conduta absenteísta de servidor tipificada como o crime em tela e não ser enquadrada no ilícito disciplinar em comento.

Para a conduta ser enquadrada disciplinarmente como abandono de cargo, além do dolo, há que se cumprir objetivamente apenas um parâmetro temporal (afastar-se com intenção e consciência das atribuições legais do cargo por mais de trinta dias consecutivos). Já para a conduta ser tipificada como crime, também além do dolo, há que se vislumbrar ao menos a possibilidade de acarretar prejuízo - ainda que potencial - à Administração pela descontinuidade do serviço, independentemente do período, com o agravamento caso efetive-se aquele potencial prejuízo público ou caso ocorra em faixa de fronteira. Em decorrência, neste rumo, não incorreria no crime o servidor que, em sua ausência, tivesse suas atribuições legais e tarefas desempenhadas por outro servidor, em substituição.

Esta interpretação, além de juridicamente lógica, também se demonstra fortemente defensável ao se projetarem as construções legais hipotéticas sobre os fatos reais do cotidiano. Ora, um servidor que se ausenta do trabalho, em conduta dissociada de corrupção, de graves deslealdade e imoralidade, no sentido mais amplo do termo e das expressões, já sofre as severas e justas sanções da Administração, quais sejam, o imediato efeito pecuniário do corte de seu ponto naqueles dias de falta e a grave perda do cargo mediante pena de demissão. Soaria desproporcional e irrazoável fazer crer que esta mera conduta de reflexos circunscritos à própria pessoa do agente e *interna corporis* da Administração ainda devesse ser objeto de provocação ao Ministério Público Federal, a fim que este encaminhasse denúncia ao juízo e que, enfim, se movesse a máquina do Poder Judiciário para sancionar este infrator com a mais pesada das penas previstas no ordenamento, sobre sua liberdade.

> *"Na esfera administrativa, abandono de cargo é a 'ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos' (art. 138 da Lei nº 8.112/90); já no âmbito penal, dispensando-se a constância faltosa de mais de trinta dias, caracteriza-se tal ilícito pelo tópico relacionado com a probabilidade de dano ou prejuízo à função pública correspectiva. A ausência ao serviço de funcionário ou empregado público que não gere tal periculosidade não chega a configurar o abandono.*
> *Advirta-se, ainda, que nem todo abandono de fato implica a infração criminal em apreço, necessitando, pois, que essa ausência revista-se de razoável lapso*

> *temporal capaz de efetivar a violação do interesse tutelado pela norma, daí porque configuram tipos delituais qualificados, em paralelo, o abandono que concretize prejuízo, e o que ocorra em repartições ou missões em fronteiras (art. 323, §§ 1º e 2º, do CP).” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 351 e 352, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*
>
> *“De resto, caracteriza-se o crime com o prejuízo incorrido em relação ao Estado (...). O ilícito administrativo, a seu turno, funda-se na atitude infundada e inconciliável com o dever de todo servidor fazer-se presente na repartição pública para o exercício da função na qual se acha investido, independentemente de prejuízo material que daí possa resultar.*
> *Ao comentar a falta consistente no ‘abandono de cargo’, prevista no inciso II do art. 132 da Lei nº 8.112/90, procurei demonstrar sua autonomia administrativa e independência conceitual, em relação à figura prevista no art. 323 do Código Penal sob a rubrica ‘abandono de função’, para concluir que poderá existir a falta administrativa sem que se tenha configurado o crime de abandono de função. Sendo o ilícito, puramente, administrativo, o prazo prescricional é de cinco anos.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pgs. 72 e 190, Editora Forense, 2ª edição, 2006*
>
> *“No crime, há que existir prejuízo ou sua probabilidade, para o Estado, uma vez que a lei fala em ‘abandono’. Se o cargo tem substituto que normalmente assume, se não há prejuízo ou sua potencialidade, o funcionário poderá até ser demitido do serviço público, na instância administrativa, mas não necessariamente processado criminalmente.” Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, pgs. 35 e 36 (e também pg. 213), Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

Acrescente-se que se chega ao mesmo entendimento (das configurações independentes) invertendo-se o ponto de vista, ou seja, analisando como se manifesta a instância penal quanto à correlação entre o crime contra a Administração do art. 323 do CP e a infração disciplinar do art. 138 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Nem mesmo a doutrina penal - embora seja mais condicionada à postura prévia de que o tipo de ilícito com que se preocupa (penal), uma vez configurado, enseja também a configuração da infração disciplinar - se deixa levar pela precipitação de considerar a simultânea configuração de ambas repercussões decorrentes do ato de abandono.

> *“Para haver abandono punível é necessário que o fato acarrete perigo à Administração Pública. É indispensável que, decorrido período juridicamente relevante, a omissão do sujeito ativo possa causar prejuízo à Administração. Não ocorrendo essa situação de perigo o fato constituirá mera falta disciplinar, sujeito o funcionário às sanções administrativas.” Julio Fabbrini Mirabete, “Manual de Direito Penal”, pg. 344, Editora Atlas, 17ª edição, 2001*
>
> *“Consumação: Com abandono por tempo relevante, com probabilidade de dano à administração. (...)*
> *Assim, assevera Hungria que o delito deste art. 323 ‘pressupõe, necessariamente, a consequente acefalia do cargo, isto é, a inexistência ou ocasional ausência de substituto legal do desertor’ (‘Comentários ao Código Penal’, 1959, v. IX, p. 391). Semelhantemente, Magalhães Noronha subordina o abandono ‘à probabilidade de dano ou prejuízo’ (‘Direito Penal’, 1995, v. IV, p. 275). (...)*
> *Jurisprudência: TJSP, RT 501/276 (...) TJSP, RT 526/331 (...) TJSP, RT 522/358 (...).” Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Junior, “Código Penal Comentado”, pg. 548, Editora Renovar, 4ª edição, 1998*

Todavia, prevaleceu por longo período na AGU o entendimento da configuração

simultânea do ilícito disciplinar e do crime (impondo àquele o prazo da prescrição penal), manifestado já desde o Parecer AGU nº GQ-144 (aprovado em 18/03/98), até o Parecer AGU nº GM-7 (aprovado em 12/06/00), ambos não vinculantes. Este entendimento se manteve até a prolação do já mencionado Parecer AGU nº GMF-6 (aprovado em 18/09/17), no qual o órgão de assessoramento jurídico sinalizou ter abandonado a tese do automático paralelismo criminal.

O reestabelecimento da independência da configuração do ilícito disciplinar da tipificação criminal tem dois reflexos imediatos: a desnecessidade de representação ao Ministério Público Federal em todos os casos (a menos, obviamente, que, na peculiaridade de um caso concreto, haja, além dos requisitos objetivos da infração disciplinar, também os elementos do tipo penal) e a adoção do prazo prescricional quinquenal.

Este posicionanto derradeiro do órgão máximo de assessoramento jurídico do Poder Executivo federal foi ratificado com a prolação do Parecer AGU nº AM-2, vinculante (aprovado em 09/04/19), em que, sedimentou-se a independência do ilícito disciplinar de abandono de cargo em relação ao crime de abandono de função e a superação dos entendimentos esposados nos Pareceres AGU nº GQ-144 e GM-7.

> *Parecer AGU nº AM-2, vinculante: "Ementa: I - O prazo para a Administração apurar eventual prática de abandono de cargo é de 5 anos, caso não tenha havido apuração na esfera penal. III - Deve-se ter a superação (overruling) das razões de decidir (ratio decidendi) sufragadas nos pareceres Pareceres GM 007 e GQ-144, com eficácia prospectiva, com base nas recentes decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria."*

As repercussões de tal entendimento no cômputo da prescrição disciplinar serão analisadas em **4.13.3** e, mais especificamente para a questão do ilícito disciplinar de abandono de cargo, em **4.13.4**.

4.7.4.3 - Inciso III - inassiduidade habitual

Materialmente, a definição jurídica da inassiduidade habitual encontra-se no art. 139, ratificada pela descrição de sua materialidade na alínea "a" do inciso I do art. 140, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90: sessenta faltas ao serviço interpoladas e sem justa causa, no período de doze meses. E, instrumentalmente, a exemplo do abandono de cargo r também da acumulação ilícita de cargos, o ilícito em tela tem seu apuratório em rito sumário, mas não configura nulidade a apuração em rito ordinário, visto que nenhum prejuízo traz à defesa (ao contrário, é um rito mais completo), conforme se verá em **4.11.1**.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 139. Entende-se por inassiduidade habitual a falta ao serviço, sem causa justificada, por sessenta dias, interpoladamente, durante o período de doze meses.*
> *Art. 140. Na apuração de abandono de cargo ou inassiduidade habitual, também será adotado o procedimento sumário a que se refere o art. 133, (...) (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
> *I - a indicação de materialidade dar-se-á: (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *b) no caso de inassiduidade habitual, pela indicação dos dias de falta ao serviço sem causa justificada, por período igual ou superior a sessenta dias interpoladamente, durante o período de doze meses. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

Como a materialidade em tela traz a contagem de faltas em meses, convém elucidar regra processual neste sentido, nos termos do § 3º do art. 66 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e da doutrina.

> *Lei n° 9.784, de 19 - Art. 66.*

§ 3º Os prazos fixados em meses ou anos contam-se de data a data. Se no mês de vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.

"(...) Assim, o prazo de um ano iniciado em dez de março findará no ano seguinte na mesma data. O mesmo vale para os prazos em meses. Um prazo de três meses iniciado em cinco de abril findar-se-á em cinco de julho.
Vê-se no parágrafo, ainda, se não houver no mês de vencimento o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.
Hipoteticamente, o prazo de um mês, com início no dia 30 de janeiro, terá seu término no dia 28 de fevereiro ou 29 se se tratar de ano bissexto." Luiz Eduardo Pascuim, "Dos Prazos, Sanções e Outras Disposições Finais", in Lúcia Valle Figueiredo (Coordenadora) e outros, "Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo", pg. 267, Editora Fórum, 1ª edição, 2004

O dispositivo do art. 139 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao enquadrar como ilícito disciplinar o fato de o servidor, reiterada e injustificadamente, mitigar seu dever de diariamente comparecer ao serviço, possui um elemento objetivo (temporal, de sessenta faltas dentro do universo de doze meses) e um elemento subjetivo (qualitativo, de inexistência de causa juridicamente aceitável para as faltas). Faz-se necessário então abordar estes dois elementos detidamente, não só em sua literalidade mas também em sua inteligência, com o fim de corretamente interpretar a vontade legal.

Primeiramente, quanto ao elemento objetivo temporal, percebe-se que o legislador previu este ilícito, em sentido complementar ao abandono de cargo, para punir uma quantidade de efetivas faltas ao serviço em dias que seriam de obrigatória presença do servidor, acima de determinado limite de reiteração ainda tido como aceitável e, a partir do qual, demarcador de ausências de comprometimento, de profissionalismo e de respeito à necessária continuidade do serviço a ser prestado, a ponto de fazer merecer a ruptura do vínculo estatutário com o agente. É de se atentar que a Lei contemplou uma larga margem de tolerância com o faltoso, tendo estabelecido uma quantidade relativa de ausências ao trabalho suficientemente razoável, de sessenta dias úteis em doze meses, para que se comece a cogitar de inassiduidade habitual. Com este quantitativo, suprem-se pontuais indisponibilidades a que, vez por outra e de forma imprevisível, qualquer um está sujeito em sua vida cotidiana. Acima daquela quantidade relativa de faltas efetivas em dias úteis, que supera 20% da média de dias de trabalho em um ano e que faz com que colegas e superiores hierárquicos já deixem de contar com aquela força de trabalho, configurando a conduta inassídua reiterada e contumaz, a ausência de causa justa aperfeiçoa o enquadramento e impõe a pena expulsiva.

Não por outro motivo, a Lei exige, na portaria de pessoal de instauração do rito sumário, diferentemente do abandono de cargo, a descrição da materialidade, com a indicação individualizada de cada um dos pelo menos sessenta dias úteis, deixando claro que não se incluem fins de semana, feriados e dias de ponto facultativo, intercalados entre dias de ausência, para a configuração da inassiduidade habitual. Quanto ao período de apuração, são doze meses quaisquer, não necessariamente coincidentes com o ano civil, e pode-se ter iniciada a contagem em qualquer dia, em que ocorre a primeira falta, não necessariamente no dia 1º de um determinado mês até o último dia do 12º mês, conforme respalda a doutrina.

"Para caracterizar a infração é necessário que as ausências excedam a 60 dias, num período de 12 meses, podendo a contagem do período iniciar-se em um exercício e terminar em outro, sendo desnecessária coincidência anual." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 73, Editora Forense, 2ª edição, 2006

"(...) esse período, na área federal, não significa 'no mesmo exercício", podendo iniciar-se os sessenta dias em um ano civil e terminar em outro." Edmir Netto de Araújo, "O Ilícito Administrativo e seu Processo", pg. 214,

Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994

E quanto ao elemento subjetivo qualitativo, para configurar o ilícito, de imediato, deve restar comprovado no processo que as faltas computadas não tiveram justa causa - seja em razão das justificativas alegadas pela própria defesa e valoradas como insuficientes pela comissão, seja em razão de elemento formador de convicção trazido pelo próprio colegiado segundo a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GQ-160.

> *Parecer AGU nº GQ-160, vinculante: "10. São, pois, elementos constitutivos da infração as sessenta faltas interpoladas, cometidas no período de um ano, e a inexistência da justa causa. Para considerar-se caracterizada a inassiduidade habitual é necessário que ocorram esses dois requisitos, de forma cumulativa. O total de sessenta faltas, por si só, não exclui a verificação da justa causa.*
> *11. Incumbe ao colegiado apurar se a conduta do servidor se ajusta ou não a essas prescrições legais. Para tanto, deve pautar sua atuação pelo objetivo exclusivo de determinar a verdade dos fatos (...)."*

Mas, para avançar além desta resumida apresentação do elemento qualitativo constituidor do enquadramento em inassiduidade habitual, soa mais didático detalhar a subjetiva e imprecisa noção de ausência de justa causa usando o contraponto com o dolo requerido para a configuração do abandono de cargo, por ser este um conceito mais facilmente perceptível para o operador de Direito público punitivo. Em outras palavras, convém aprofundar a análise da constituição do enquadramento em inassiduidade habitual pontuando com as diferenças do já apresentado ilícito de abandono de cargo.

Mais especificamente quanto às diferentes qualificações que o legislador impôs às ausências ou faltas caracterizadoras do abandono de cargo e da inassiduidade habitual, enquanto a ausência configuradora do abandono de cargo tem como requisito legal ser "intencional", para que faltas caracterizem inassiduidade habitual, a Lei exige apenas que sejam "sem causa justificada". Em leitura apressada, não é cristalina a diferença entre estas expressões, parecendo mesmo que elas se confundem e redundam como meras variações redacionais. Todavia, uma vez que, de acordo com regra elementar da Hermenêutica, não há letra morta em norma, é de se cogitar, para o aplicador do Direito, que deve haver uma razão para o legislador ter imposto diferentes requisitos e que aquelas expressões representam diferentes significados.

Ainda neste rumo, entende-se que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, contempla um requisito em princípio mais forte para configurar o enquadramento em abandono de cargo, associado ao ânimo subjetivo interno do agente (a sua intenção, ainda que inserida no conceito de dolo eventual), enquanto o enquadramento da inassiduidade habitual requer menos em termos de qualificação da falta, bastando ser injustificável, no sentido de a razão apresentada para o não comparecimento esperado ao trabalho não ter o condão de equivaler a uma justa causa, decorrente de caso fortuito ou força maior. A AGU, em seu Parecer AGU nº GQ-201, também asseverou esta diferença.

> *Parecer AGU nº GQ-201, não vinculante: "7. No caso de abandono de cargo, a ausência deve ser intencional, ou seja, não basta a inexistência de justa causa para a ausência ao serviço; é preciso mais: deve haver a intenção. (...)*

A Lei permite compreender a possibilidade de ocorrência de situações em que o servidor falta ao serviço sem nenhuma intenção de, com tal conduta, materializar algum resultado delituoso - tanto que, a seu ver meramente pessoal, ele se considera amparado em certa justificativa - mas, ainda assim pode ter configurada a inassiduidade habitual se esta justificativa por ele apresentada não for considerada juridicamente aceitável ou válida pela Administração, ou seja, se o motivo alegado não for tido como justo, do ponto de vista jurídico, a ponto de deixar em falta sua obrigação funcional de assiduidade.

Repete-se aqui, com necessárias adaptações, a valoração já formulada quando se aduziu sobre o ilícito de abandono de cargo. A demonstração, por meio da conduta do servidor, de desapego ao exercício de suas atribuições públicas, privilegiando quaisquer outros valores que não aqueles vinculados ao cargo e à tutela pública encartada, ainda que por tão somente sessenta dias de trabalho em meio a um universo de doze meses, podem ser suficientes para configurar o enquadramento no art. 139 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se se faz acompanhar de meras alegações associadas a motivações de foro íntimo, pois a elas não deve se submeter o interesse público, sempre indisponível, inadiável e inafastável. A Administração, cuja atividade requer continuidade, não pode ficar à mercê de reveses, dissabores ou projetos pessoais de seus agentes e menos ainda pode coadunar em manter em seus próprios quadros quem a veja como objeto de dedicação superável, como elemento de secundária importância e de prioridade adiável à vista de interesses pessoais quaisquer. Se a conduta de ausência reiterada e contumaz do servidor não se ampara em justificativas juridicamente razoáveis, pertinentes e aceitáveis de que decorreram, perfaz-se o elemento subjetivo do enquadramento. Ponderando então esta apreciação subjetiva da causa das faltas com a superação do limite temporal tolerável, ainda que, à vista do servidor, haja motivos para as faltas, sendo, sob ótica jurídica, tais motivos fúteis, de natureza meramente pessoal ou de qualquer forma superáveis, configura-se o ilícito.

Mas, mesmo com todo esforço definidor acima, ainda se vê que, na contrapartida de a condicionante configuradora do abandono de cargo contemplar uma avaliação mais determinística (haver ou não intenção do agente), a consideração ou não como justificáveis as ausências ao serviço pode inserir na configuração da inassiduidade habitual um certo grau de subjetivismo, por parte da comissão ou da autoridade. Uma possível solução para este dilema pode ser aventada dentro da própria Lei nº 8.112, de 11/12/90, lançando mão de interpretação sistemática, buscando uma primeira noção do que possa ser, juridicamente, uma falta ao serviço não justificada. Conforme já aduzido em **4.7.2.10**, ao se abordar o dever funcional de o servidor ser assíduo e pontual ao serviço, tem-se que o art. 19 da citada Lei estabelece jornada de oito horas diárias e de quarenta horas semanais e que o seu art. 44 obriga o chefe imediato a cortar a remuneração pelas faltas ao serviço não justificadas, concede à Administração a prerrogativa de permitir que o servidor compense as faltas justificadas e assim define aquelas faltas decorrentes de caso fortuito ou força maior. A Portaria Mare nº 2.561, de 16/08/95, que estabelece modelo de folha de ponto na Administração Pública federal, prevê dois códigos de ocorrência de interesse para o tema em tela: “Falta justificada” e “Falta não justificada”. Ou seja, como primeira noção do que pode ser uma falta sem causa justificada enquadrável no art. 139 da mesma Lei, tem-se a falta para a qual a chefia imediata, na gestão administrativa de pessoal, não concedeu o direito de compensação e determinou a perda da remuneração, por não considerá-la decorrente de caso fortuito ou motivo de força maior (provavelmente por ter considerado como fútil, superável, insuficiente ou banal o motivo apresentado pelo servidor para tentar justificar a falta).

> *Lei nº 8.112, de 11/12/90 - Art. 44. O servidor perderá:*
> *I - a remuneração do dia em que faltar ao serviço, sem motivo justificado; (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
> *II - a parcela de remuneração diária, proporcional aos atrasos, ausências justificadas, ressalvadas as concessões de que trata o art. 97, e saídas antecipadas, salvo na hipótese de compensação de horário, até o mês subsequente ao da ocorrência, a ser estabelecida pela chefia imediata (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *Parágrafo único. As faltas justificadas decorrentes de caso fortuito ou de força maior poderão ser compensadas a critério da chefia imediata, sendo assim consideradas como efetivo exercício. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

Assim, retomando a comparação, enquanto se pode ter ausências consecutivas não justificadas e ensejadoras de corte de ponto mas que, nas quais, não se vislumbra a

intencionalidade do ilícito de abandono de cargo, por outro lado, faltas ao serviço sem causa justificada, *a priori*, por si sós, já se incluem na configuração da inassiduidade habitual. E pode ainda haver casos concretos, em que, diante de suas peculiaridades, mesmo havendo mais de sessenta faltas interpoladas ao serviço que a autoridade competente pela gestão administrativa de pessoal considerou como injustificadas e sobre as quais aplicou o corte da remuneração, a autoridade correcional, atenta ao forte poder punitivo de sua atuação (a pena prevista é demissão) não se considere convicta do enquadramento disciplinar.

Em síntese, a leitura atenta das literalidades dos arts. 138 e 139 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, diferencia que o abandono de cargo, por um lado, tem a configuração dependente de um único evento (pois trata-se, na verdade, de uma conduta única, de efeito ininterrupto) mas, em compensação, requer a identificação do ânimo da ausência, o que não é necessário para configurar a inassiduidade habitual (que permite, antes de sua configuração, uma conduta intermitente, reiterada, diluída em sessenta eventos), para a qual sucessivas e injustificadas ausências interrompidas por reassunções temporárias já são suficientes para demonstrar um grau intolerável de descompromisso e de desapego do servidor com o serviço público.

De forma análoga ao que se aduziu para o abandono de cargo, embora não seja elemento necessário para configuração da ausência de justificativa para as faltas, assume relevância na formação da convicção a favor da configuração da ilicitude em tela o fato de o servidor sofrer o desconto pecuniário em sua remuneração e não diligenciar junto à Administração para solucionar a questão de gestão de pessoas. Afinal, soa pouco provável que o servidor tenha de fato alguma justificativa juridicamente pertinente para afastar não só a imputação disciplinar como também a repercussão gerencial de desconto pecuniário e deixe de fazê-lo, permitindo-se submeter a gravames na sua remuneração e somente venha apresentar determinada alegação excludente da ilicitude posteriormente, ao se ver no polo passivo do PAD.

Ainda neste aspecto, ratifique-se a independência das instâncias no âmbito da própria Administração. Em outras palavras, a atuação da instância de gestão de pessoas, promovendo descontos na remuneração do servidor absenteísta em nada se confunde e menos ainda impede a também vinculada atuação autônoma da instância disciplinar, aplicando a pena cabível, se for o caso.

Em razão das definições já apresentadas em **2.5.3.4**, a inassiduidade habitual tem natureza instantânea, uma vez que a ilicitude se configura somente na exata e pontual sexagésima ausência injustificada ao serviço interpolada no período de doze meses (não se devendo confundir com o fato de que a conduta absenteísta e seus efeitos já se façam sentir desde a primeira e se prolonguem no tempo além da sexagésima ausência injustificada ao serviço dentro do período inicialmente balizado de doze meses). Já que a materialidade da inassiduidade habitual estabelece um limite temporal máximo, limitador e renovador de nova contagem de faltas (diferentemente do abandono de cargo), qual seja, de doze meses, após o transcurso de outro período deste, se for o caso, pode-se falar de uma segunda configuração de inassiduidade habitual caso ali haja outras sessenta faltas injustificadas.

Ademais, reforça-se o que se aduziu em **4.7.4.2**, a cuja leitura se remete, no sentido de que é possível, havendo materialidades consecutivas e não superpostas dos ilícitos de abandono de cargo e de inassiduidade habitual, que se instaure um único processo disciplinar, em rito sumário, fazendo constar da portaria de pessoal inaugural as duas materialidades.

Acrescente-se ainda que ausências ininterruptas de duração tamanha que perfaçam sessenta faltas em dias úteis ao serviço podem ser consideradas configuradoras de inassiduidade habitual. Primeiramente porque, em tal caso, não se opera absorção da inassiduidade habitual por parte do abandono de cargo, pois não há que se cogitar de aplicação do critério de especialidade em virtude da existência da ininterrupção e da

inexistência da interpolação, visto que, conforme já aduzido, os ânimos subjetivos dos dois ilícitos são diferentes. Ademais, na prática, pode-se considerar que os fins de semana situados entre as faltas ao serviço de segunda-feira a sexta-feira por várias semanas inserem o caráter interpolado.

Ora, não coadunaria com a interpretação sistemática e teleológica da Lei nº 8.112, de 11/12/90, investir no entendimento de que, não havendo intencionalidade e também por não terem dias trabalhados a elas interpolados, sessenta faltas ao serviço, por semanas seguidas, de segunda-feira a sexta-feira, não configurariam nem abandono de cargo e nem inassiduidade habitual. Em outras palavras, sendo as faltas sem justa causa, não é em razão de não haver o caráter efetivamente interpolado com dias de trabalho que se afasta a imputação de inassiduidade habitual. Do contrário, se teria de crer na hipótese absurda de que exatas sessenta faltas injustificadas e efetivamente interpoladas com dias de trabalho redundariam pena de demissão por inassiduidade habitual, enquanto uma quantidade muito maior de faltas, sem o caráter interpolado e sem intencionalidade, não ensejaria demissão.

> *"Ao termo 'interpoladamente' não se deve conferir interpretação restritiva, pois pode ocorrer inassiduidade habitual caso o servidor não compareça ao serviço por 60 dias úteis seguidos; a intenção do legislador foi garantir que 60 faltas injustificadas fossem caracterizadas como infração disciplinar, estivessem elas intercaladas ou não, em contraposição à infração de abandono do cargo, a qual requer um "plus" em relação à inassiduidade habitual, isto é, a prova da intenção de abandonar o serviço por 31 dias.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 309, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Na esteira, é de se mencionar o entendimento exposto pelo Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), consubstanciado na Formulação Dasp nº 181, a qual, por sua vez, baseava-se em Parecer da então Consultoria Geral da República (Parecer CGR nº 37, publicado no DOU de 30/06/64). Segundo esta linha de interpretação, projetada para o atual ordenamento (a qual, destaque-se, em nada afronta atuais ordenamentos constitucional e estatutário), não constitui *bis in idem* o fato de serem consideradas no cômputo de inassiduidade habitual faltas ocorridas dentro do período de doze meses e que já foram computadas em apuração de inobservância do dever de assiduidade previsto no art. 116, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e que já ensejaram aplicação de penas brandas (advertência ou suspensão).

> *Formulação Dasp nº 181. Inassiduidade habitual*
> *Para efeitos do art. 207, § 2º do Estatuto, contam-se, também, as faltas que tenham dado origem a repreensão ou suspensão.*
> *(**Nota**: O § 2º do art. 207 do antigo Estatuto previa que seria demitido o funcionário que, durante o período de 12 meses, faltasse ao serviço 60 dias interpoladamente, sem causa justificada.)*
>
> *Parecer CGR nº 37/64 (DOU de 30/06/64): "7. No caso em exame, o funcionário tendo faltado ao serviço determinados dias, sofreu, por essa falta, pena de suspensão convertida em multa. Posteriormente, incorrendo na mesma falta, sofreu nova e idêntica punição. Tendo, entretanto, completado mais de 60 faltas não justificadas, incorreu, agora, na sanção do parágrafo 2º do art. 207, da Lei nº 1.711/52.*
> *8. Não vejo como se possa argumentar com o princípio do 'bis in idem', para atender ao interessado. Não há, na hipótese, duplicidade de pena. Por haver injustificadamente faltado ao serviço mais de 60 vezes, no período de um ano, está sendo demitido e nada mais.*
> *9. Se assim não fosse, e prevalecendo o entendimento que as penalidades já aplicadas excluiriam as faltas correspondentes das parcelas que se somam*

> *para verificação das 60 faltas interpoladas previstas na forma estatutária, de duas uma: ou não se aplicariam penalidades, senão a de demissão depois de 60 faltas, ou, em caso contrário, jamais seriam alcançadas as ditas 60 faltas para demissão.*
> *10. A desídia demonstrada pelo servidor tinha sanção legal prevista e lhe foi corretamente aplicada. A reincidência continuada enquadrou-o no âmbito augusto de outro dispositivo legal. A demissão, portanto, está amparada pela Lei (§ 2º, art. 207, Lei nº 1.711/52).”*
>
> *“Por fim, caso ao servidor tenha sido aplicada penalidade disciplinar por faltas menos frequentes, estas poderão ser computadas para configuração da inassiduidade habitual, conforme entendimento do Dasp, que interpretava dispositivo semelhante previsto no antigo Estatuto do Funcionário (Lei nº 1.711/52).”, Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 310, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Quer parecer ajustada esta linha de entendimento, pois, se assim não fosse, se teria a absurda vedação de aplicar uma segunda pena mais grave ao servidor, quando sua conduta habitual ou continuada atinge um determinado patamar superior de gravidade, em virtude do fato de ele já ter sido apenado de forma mais branda, ao tempo em que sua conduta, inicialmente, ainda ostentava um menor grau de gravidade. Analogamente, buscando figurar com outro exemplo, seria como não se pudesse aplicar a pena de demissão por desídia (art. 117, XV da Lei nº 8.112, de 11/12/90) a um servidor, considerando seu longo histórico de atos de desleixo, desapego e desinteresse pelo serviço tão somente pelo fato de ele já ter sido objeto de apuração e de apenação com advertência e suspensão com base, por exemplo, na inobservância do dever de exercer com zelo e dedicação as atribuições legais do cargo (art. 117, I da mesma Lei).

Por outro lado, a despeito da materialidade pré-constituída indicativa da ilicitude, havendo justificativa para as faltas não compensadas ou não abonadas, afasta-se a imputação de inassiduidade habitual. O surgimento de justificativas por caso fortuito ou força maior, alheias à vontade do servidor, afasta o enquadramento. A título de exemplos, citem-se que, em casos de faltas por motivos de saúde, deve o servidor submeter-se à perícia médica ou entregar tempestivamente atestados médicos particulares, conforme aduzido em **4.4.9.1**, e, em contextos de movimentos paredistas, o entendimento a ser aplicado ao direito de greve foi esposado na análise do enquadramento em inobservância do dever funcional de ser assíduo e pontual ao serviço, do art. 116, X do da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em **4.7.2.10**, a cuja leitura se remete.

Não obstante, no apuratório especificamente instaurado para apurar suposta inassiduidade habitual, é lícito se cogitar do enquadramento acima mencionado, de inobservância do dever funcional de ser assíduo e pontual ao serviço, do art. 116, X do Estatuto, ou algum outro associado ao mesmo fato (não há nulidade em rito sumário redundar em pena diferente de demissão, conforme se verá em **4.11.1**). Por fim, caso nem este enquadramento ou qualquer outro se configure, restará apenas a repercussão pecuniária.

Uma questão interessante a se discutir na configuração da materialidade da inassiduidade habitual é a hipótese de o servidor desempenhar suas atribuições legais por intermédio de plantões. É comum, sobretudo em repartições aduaneiras, servidores desempenharem jornada de trabalho de 24 horas ininterruptas, seguidas de 72 horas de descanso. A dúvida surge porque um servidor diarista, que trabalha oito horas ao dia de segunda à sexta-feira, ao faltar por sessenta vezes ao serviço, se ausentaria por um total de 480 horas, enquanto um servidor de plantão de 24 horas, ao faltar 60 plantões, se ausentaria por um total de 1440 horas. A resposta para a indagação acerca de que que momento se

configura a ilicitude de inassiduidade habitual para servidor com este tipo de jornada passa pela imediata percepção de que o art. 132, III da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pune com demissão quem se ausenta de suas obrigações por sessenta vezes dentro de um ano.

Isto leva a cogitar de que o enquadramento em tela requer uma conduta absenteísta que se reitera por sessenta "unidades de ausência", numa expressão aqui figurada para sintetizar cada episódio de ausência injustificada do servidor a um determinado período contínuo em que era esperada sua presença, período este que se intercala com período de descanso, tais como as horas de repouso noturno do diarista ou as 72 horas de dispensa do plantonista. No caso do diarista, cada "unidade de ausência" são as 8 horas de uma jornada diária e, no caso do plantonista, é cada plantão de 24 horas. Do contrário, a Lei teria como literalidade "ausentar-se do serviço injustificadamente por 480 horas em doze meses" e não é isto que o enquadramento descreve.

Também reforça o entendimento de que são sessenta "unidades de ausência" que acarretam a demissão (e não o cálculo diferenciado de horas caso a caso para se atingir a um mesmo *quantum* de 480 horas) o fato de que há cargos ou servidores com jornada especial de seis horas diárias e, indubitavelmente, basta que esse servidor falte sessenta dias desta sua jornada reduzida para ser enquadrado em inassiduidade habitual, após um total de apenas 360 horas de falta (ou seja, no sentido oposto, não se faria o cálculo inverso de quantas jornadas de seis horas equivaleriam a 480 horas de falta, o que, no caso, seriam oitenta dias de falta com jornada de seis horas diárias).

Então, se assim é, embora se reconheça que, por um lado, ao se considerar que um plantão é uma falta para fins de inassiduidade habitual, em termos de *quantum* de horas de ausência ao serviço, o servidor plantonista teria sim um "tratamento diferenciado" em relação ao servidor diarista, pois o diarista é demitido após 480 horas de falta em doze meses e o plantonista somente o é, no mesmo tempo e no mesmo enquadramento, após 1440 horas de falta, por outro lado, contra-argumenta-se de que fato é assim mesmo que deve ser pois isto também imporia criticar que se teria um tratamento diferenciado desfavorável ao servidor com jornada inferior a oito horas diária. Como não se tem dúvida de que um servidor diarista com jornada de seis horas diárias incorre em inassiduidade habitual após sessenta ausências injustificadas ao serviço em doze meses e que cada ausência desta perfaz-se a cada jornada de seis horas injustificadamente não cumprida, conclui-se que a resposta à questão não passa por tentar igualar o *quantum* de horas de cada caso peculiar ao "*quantum* comum" de 480 horas para o caso comum de diarista com jornada de oito horas.

No mesmo rumo, reforça que o que conta para a configuração da materialidade em tela é uma "unidade de ausência" o fato de que tampouco deixaria de contar como um dia de falta ao serviço para fins de inassiduidade habitual de um diarista um dia atípico com jornada menor que oito horas, como por exemplo, a tarde de uma quarta-feira de cinzas ou a manhã de um dia 24 de dezembro ou de 31 de dezembro, em que o expediente oficial costuma ser de apenas quatro horas.

Enfim, a contagem de faltas para configurar a inassiduidade se reporta à "unidade de ausência" de cada cargo, de cada servidor ou de cada tipo de jornada, ou seja, são sessenta episódios de falta injustificada ao serviço por oito horas contínuas para um diarista ou sessenta episódios de falta injustificada ao serviço por um plantão de 24 horas para um plantonista.

4.7.4.4 - Inciso IV - improbidade administrativa

4.7.4.4.1 - A Inexistência de Vinculação da Instância Disciplinar em Relação à Instância

Civil para Tratar do Tema da Improbidade Administrativa

Antes de se adentrar no detalhamento da previsão estatutária da improbidade administrativa, como infração enquadrada no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é absolutamente imprescindível demarcar os específicos requisitos formais e materiais para que a instância disciplinar possa considerar o ato ímprobo configurado e, consequentemente, instaurar o processo disciplinar com o fim de comprovar a conduta e sancionar expulsivamente o servidor. Para tanto, inaugura-se a abordagem assegurando a premissa básica da autonomia da Administração em face da instância judicial que também é provocada a processar o agente em razão da mesma conduta infracional, que é a esfera civil.

E este indispensável discernimento introdutório seguirá duas linhas básicas de argumentação, de decrescente impositividade mas consecutivas e complementares. Primeiramente, em **4.7.4.4.1.a**, se defenderá que, à luz unicamente da Constituição Federal (CF), já se tem convicção suficiente para afirmar que o tratamento disciplinar, tanto sob ótica instrumental quanto sob ótica material, é independente de como a instância civil o faz. Não obstante, a fim de esgotar o debate, em seguida, em **4.7.4.4.1.b**, se descerá do patamar constitucional para o âmbito legal, a fim de ratificar tal autonomia também à luz das Leis nº 8.112, de 1990, e nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada de Lei de Improbidade Administrativa - LIA), por serem duas leis ordinárias de interesse para o tema.

Nos subtópicos **4.7.4.4.1.a** e **4.7.4.4.1.b**, a principal discussão se concentrará na análise de se a configuração disciplinar de improbidade administrativa se dá simplesmente pelo enquadramento da conduta concreta na previsão genérica constante do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, ou se necessita também de se subsumir a alguma definição material tipificada nos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429, de 1992. Como esta análise permeará integralmente estes dois tópicos a seguir e repercutirá em qualquer menção à improbidade administrativa ao longo de todo este texto, a fim de diferenciar e deixar claro quando se está mencionando a amoldagem da conduta à Lei nº 8.112, de 1990, de quando se está mencionando a sua subsunção à Lei nº 8.429, de 1992, adota-se a convenção de grafar como "enquadramento" e como ato de "enquadrar" quando se referir à primeira Lei e de grafar como "tipo" e como ato de "tipificar" quando se referir à segunda Lei. Para tanto, cabe lembrar as relevantes diferenças, já expostas em **4.6.3.1**, da natureza aberta dos enquadramentos administrativos em comparação com a natureza descritiva dos tipos criminais. A diferenciação terminológica aqui se sustenta tendo em vista que a própria Lei nº 8.429, de 1992, usa os vocábulo "tipo" e "tipificado(as)" na literalidade, por exemplo, dos §§ 1º e 2º do seu art. 1º, apesar, de a rigor, as hipóteses legais nela positivadas configurarem ilicitudes civis e não crimes, que são as condutas humanas infracionais para as quais, como regra, o ordenamento jurídico associa a ideia de tipos. Esta opção redacional de parte do legislador ordinário se justifica porque, diante das pesadas penas de índole civil previstas na Lei nº 8.429, de 1992, se faz mesmo necessário se ter a configuração material do que seja improbidade administrativa sob esta ótica calcada em uma descrição rica, a exemplo de como são os tipos criminais.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 1º*
> *§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021)*
> *§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

Convencione-se também que, ao longo de todo este tópico **4.7.4.4**, salvo menção expressa ao crime específico tipificado no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), por mera liberalidade redacional, o termo "corrupção", sobretudo quando

inserido na expressão “combate à corrupção”, será empregado com o sentido lato de qualquer conduta funcional perniciosa ao Estado e à sociedade, de forma coloquial tão abrangente a ponto de incorporar a improbidade administrativa.

Antecipe-se que se defenderá a plena convicção a favor da autonomia da Administração para atuar na instância disciplinar em face de ato de improbidade administrativa em relação à instancia civil, seja na sua configuração material, seja no seu processamento. A integração do regramento estatutário no que tange à improbidade administrativa com os dispositivos da Lei nº 8.429, de 1992, não é obrigatória e tampouco é vedada, sendo, portanto, facultada. Assim, ao longo não só dos subtópicos **4.7.4.4.1.a**.e **4.7.4.4.1.b** e de todo tópico **4.7.4.4** mas também na íntegra do presente texto, as menções feitas à Lei nº 8.429, de 1992, ao se discorrer sobre condutas ímprobas e sobre a sua procedimentalização na instância disciplinar, devem sempre ser compreendidas como uma possibilidade integrativa, facultada e não vinculada à Administração. É crucial deixar claro, desde já, que qualquer referência à Lei nº 8.429, de 1992, no que tange ao entendimento do que seja improbidade administrativa sob ótica disciplinar ao longo deste texto, é dispensável, sendo aqui realizada apenas com o fim de melhor ilustrar a explanação teórica, bem como que o acréscimo de dispositivo desta Lei na base legal de qualquer termo ou ato processual em concreto se mantém apenas como reflexo de uma antiga e dispensável praxe consolidada na Administração e, por vezes, por ser considerado discricionariamente útil ao exercício contraditório de defesa.

4.7.4.4.1.a - Histórico da Improbidade Administrativa e sua Previsão Constitucional Específica para a Instância Civil

Em sentido amplo, nos aspectos social, ético ou jurídico abarcando qualquer ramo do Direito, o termo “improbidade” refere-se à conduta marcada de forma relevante pela imoralidade, uma vez que, no sentido oposto, a probidade, como a forma de agir de quem é probo, reto e digno, confunde-se com a atuação pautada pela atenção ao senso comum do que seja moral. De outra forma, improbidade é o ato que, tanto sob ótica social quanto sob ótica ético-jurídica, eiva-se de desonestidade, má-fé, fraude, má intenção e deslealdade, conforme indica a doutrina. É necessário distinguir que, no contexto de improbidade, a afronta à moralidade é compreendida em sentido estrito, contemplando apenas o que se chama de imoral (quando a afronta à moral se dá com consciência e vontade), não cabendo considerar, neste grau de gravidade, o que se chama de amoral (quando a afronta à moral se dá por postura de indiferença, por ausência de senso moral).

> *“(...) juridicamente, liga-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter.*
> *Desse modo, improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, (...)l. Improbidade é a qualidade do ímprobo. E ímprobo é o mau moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral.” De Plácido e Silva, “Dicionário Jurídico”, pg. 431, vol. II, Editora Forense, 7ª edição, 1982*

No campo jurídico do Direito pátrio, até a promulgação da Constituição Federal (CF), em 05/10/1988, o “ato de improbidade” - em sentido lato, sem a adjetivação de “administrativa” - era um delito previsto (exatamente assim, de forma genérica), mas não definido, apenas na lei trabalhista, como hipótese ensejadora de justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, a saber, na alínea “a” do art. 482 do Decreto-Lei nº 5.452, de 1° de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A rigor, obriga-se registrar uma concessão: já desde os regimes constitucionais revogados, havia a menção à “probidade na Administração” nos comandos referentes a afrontas caracterizadoras de crime

de responsabilidade por parte do Presidente da República e a hipóteses de inelegibilidade. Ademais, em especial, o texto constitucional de 18/09/46, sem citar a improbidade, apenas determinava que lei dispusesse sobre sequestro e perdimento de bens em decorrência de enriquecimento ilícito, o que levou a regulamentações pela Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957 (conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha), e posteriormente pela Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958 (conhecida como Lei Bilac Pinto), que tão somente, respectivamente, estabelecia que a repercussão patrimonial se daria por procedimento judicial civil e descrevia hipóteses em que a influência ou o abuso do cargo caracterizava aquela conduta.

Apresentadas aquelas relações terminológicas e feita esta ressalva histórica, eis que a CF, além de ter mantido aqueles dispositivos antigos mencionando probidade na Administração (no § 9º do art. 14 e no inciso V do art. 85), inovou em relação aos textos de outrora, ao ter constitucionalizado o Direito Administrativo, dedicando todo o Capítulo VII (arts. 37 a 43) do Título III (Da Organização do Estado) à Administração Pública. Neste contexto bastante específico, a CF, no *caput* e no § 4º do seu art. 37, realçou, com a força de texto constitucional, o valor jurídico do termo "moralidade", ao elegê-lo como um dos princípios reitores da Administração Pública, e jogou todo peso da intolerância com a conduta ímproba, ao dispor sanções para atos de improbidade administrativa. Mas é preciso apontar que o legislador constituinte, no supracitado § 4º do art. 37 da CF, tão somente elencou algumas pesadas penas para os atos de improbidade administrativa (perda da função pública por determinação judicial, indisponibilidade dos bens - que, a rigor, não é sanção em si mas sim apenas medida cautelar preparatória para a consequente pena de perda de bens -, reparação de eventual dano e suspensão dos direitos políticos em pleno regime de Estado Democrático de Direito) e, como norma constitucional de eficácia limitada, reportou à lei ordinária a regulamentação tanto da forma necessária pela qual se chega a este sancionamento quanto da sua gradação adequada à vista do rol exemplificativo de sanções.

> *CF - Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998)*
> *§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

Em razão de dois motivos constantes da redação do § 4º do art. 37 da CF, percebe-se que o ato de improbidade administrativa trazido ao texto constitucional tem a natureza de um ilícito cível e não penal. Primeiramente, porque as sanções ali listadas não possuem natureza penal (nem tampouco administrativa), mas sim são mais condizentes com o rol de competência sancionadora do juízo civil. E também porque o próprio texto constitucional foi expresso em ressalvar que a instrumentalidade por meio da qual se apura o ato de improbidade administrativa e em cujo fim se aplicam as penas já descritas não se confunde com ação penal. Em outras palavras, o legislador constituinte deixou claro que esta infração de natureza cível, por ser de extrema gravidade, muito provavelmente também encontrará tipicidade na lei penal como crime - mais especificamente, como crime contra a Administração Pública, na lista dos arts. 312 a 326 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), a justificar a ação penal. Não há, portanto, no ordenamento pátrio, um "crime de improbidade administrativa". O que há, tendo-se sempre como pano de fundo o consagrado princípio da independência das instâncias assegurador dos distintos processamentos e julgamentos e das respectivas apenações, é um ilícito civil grave de improbidade administrativa, que também muito provavelmente se amoldará a enquadramento estatutário como infração disciplinar expulsiva e sem prejuízo de ainda poder se tipificar, por

exemplo, como crime de concussão, corrupção passiva, peculato, prevaricação, advocacia administrativa, dentre outros.

Tendo-se feito a menção à improbidade em gênero da legislação trabalhista como mera curiosidade histórica, é certo que o presente foco de interesse é exclusivo na improbidade especificamente adjetivada como administrativa. Desta forma, salvo registro em contrário, as menções à conduta ímproba ao longo de todo este texto se concentrarão no contexto constitucional da Administração Pública. É preciso deixar claro que, nos termos da CF, a expressão "improbidade administrativa", ou seja, a improbidade qualificada como administrativa, exige uma compreensão extensiva, pois significa afronta a tudo que se espera e que se exige de probidade, retidão e dignidade no trato da coisa pública (da *res publica*). A improbidade administrativa de que aqui se trata abarca os atos que são cometidos no ambiente administrativo mas que acarretam repercussões não só administrativa *stricto sensu* (e mais especificamente disciplinar) mas também civil - em bom exemplo do que se introduziu em **1**, com a apresentação bastante ampla do que seja Direito Administrativo Sancionador, ramo jurídico que inclui tanto o Direito Disciplinar como um todo quanto esta parcela específica em que o Direito Civil também tutela a probidade administrativa. Em outras palavras, restringe-se a análise ao campo disposto pelo texto constitucional, qual seja, da improbidade em sua vertente apenas administrativa, em que os atos ímprobos são cometidos no âmbito da Administração Pública, com possibilidade de repercussões civil e disciplinar e ainda sem prejuízo de reflexo penal; mas, enfim, não se dedica neste texto à improbidade sequer qualificada como administrativa da CLT, pois esta, de natureza trabalhista, sequer se insere no ramo do Direito público, figurando sim no campo do Direito privado (antecipe-se que, mesmo em **4.7.4.4.1.b**, na passagem em que se fará uma rápida menção referencial à improbidade celetista, se fará com o intuito de elucidar a improbidade administrativa).

Assim, tendo se apresentado este recorte contextual, a terminologia com que se iniciou o presente tópico deve ser restringida, a fim de ser melhor especificada. Sendo, de forma geral, a conduta marcada pela probidade uma espécie ainda mais exigente da postura determinada pela moralidade, eis que no campo de específico interesse - demarcado pelo contexto constitucional, no âmbito da Administração Pública -, entendem-se os atos de improbidade administrativa (ou seja, os atos administrativos cometidos à margem dos critérios de probidade) como uma espécie qualificada de violação ao princípio da moralidade administrativa, reitor da atividade estatal.

A improbidade administrativa é compreendida como um *plus* da imoralidade, decorrente de mácula de personalidade do infrator, na sua condição de servidor, e merecedora de severas crítica e punição, conforme também entendem a jurisprudência e a doutrina. Resta claro que, ao se reportar à improbidade qualificada como administrativa e não à conduta imoral de forma geral, toda construção aqui se refere a atos graves relacionados ao cargo (ainda que por presunção legal), não importando, em princípio, atos cometidos na vida privada do servidor (entendidos como atos sem nenhuma correlação com a Administração Pública, com a instituição ou com o cargo, uma vez que pode haver repercussão disciplinar para atos, ainda que cometidos fora da instituição ou do horário de exercício do cargo, mas que com eles se relacionem ou que neles interfiram).

> *STF, Ministro Relator Marco Aurélio, Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.149.999/RN, DJe 04/12/2018, Decisão Monocrática: "2. (...) Eis a síntese do acórdão recorrido:*
> *'XV. A improbidade administrativa que dá ensejo à responsabilização correspondente materializa-se pelo ato marcadamente corrupto, desonesto, devasso, praticado de ma-fé ou caracterizado pela 'imoralidade qualificada' do agir, de acordo com a expressão empregada. Isto porque entende-se que para que seja caracterizado o ato como de improbidade administrativa é forçoso que se vislumbre um traço de ma-fé por parte do administrador, senão a ilegalidade*

> *se resolve apenas pela anulação do ato que fere o ordenamento legal. A conduta ilegal só se torna ímproba se revestida também de ma-fé do agente público'.*
> *3. Conheço do agravo interposto por (...) e o desprovejo."*
>
> *STJ, Primeira Turma, Ministro Relator Luiz Fux, Recurso Especial nº 1.130.198/PR, DJe 15/12/2010, Ementa: "3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade, quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador."*
>
> *A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição (...). A probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada.", José Afonso da Silva, "Curso de Direito Constitucional Positivo", pg. 670, Editora Malheiros, 1ª edição, 2011*
>
> *"O interesse público e a finalidade pública não se coadunam com a má-fé, a imoralidade ou a malícia dos agentes encarregados de sua persecução e concreção, impondo-se eficaz resposta do Estado aos atos praticados com essas eivas. Referem-se, destarte, a ilícitos disciplinares de elevada gravidade, denotando uma essência degradada de personalidade do servidor faltoso, caracterizando-o como ímprobo, não detentor da necessária honestidade e higidez de caráter para compor os quadros do serviço público.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pg. 305, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Por um lado, diante da inerente gravidade da conduta qualificada como ímproba, esta materialidade infracional não deve ser confundida com meros equívocos culposos e nem mesmo com ações ou omissões dolosas de menor potencial ofensivo, ainda que afrontem os deveres não só de moralidade mas também de lealdade e de legalidade. Por outro lado, é importante destacar que, embora, pela própria etimologia, sempre se faça uma imediata associação da improbidade administrativa à conduta funcional marcada por grave imoralidade, também pode se ter esta materialidade diante de ações ou omissões que violem de forma intolerável outros princípios reitores muito caros à Administração Pública, como a lealdade institucional e a legalidade. Pode se ter a configuração da conduta ímproba em situações em que o servidor atue com forte deslealdade em face ao órgão a que serve ou em que dolosamente descumpra a normatização vigente.

Pelo exposto acima, percebe-se que o tema da improbidade administrativa assume destacada relevância na instância disciplinar, de forma que sua adequada compreensão se torna imprescindível. Diante deste quadro, introdutoriamente, se faz necessário desde já abrir um breve parêntese para comentar as diferentes (quase díspares) possibilidades de repercussão disciplinar de condutas funcionais que gravitam ao redor da materialidade ora em comento.

A preocupação preambular do aplicador do Direito é discernir quando uma conduta que afronte a postura leal, legal ou moral que se espera de um agente público se reduz a apenas um descumprimento de dever estatutário ou se avoluma como um ato de improbidade administrativa. A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, prevê como deveres funcionais, nos incisos II, III e IX do seu art. 116, respectivamente, "*ser leal às instituições a que servir*", "*observar as normas legais e regulamentares*" e "*manter conduta compatível com a moralidade administrativa*". *Lato sensu*, condutas que se subsomem a estas definições legais configuram ilegalidades, no sentido de serem condutas que afrontam dispositivos de Lei, violam a simplesmente a ordem interna da Administração e têm a repercussão jurídica de

ensejarem apenação disciplinar não expulsiva (penas de advertência ou de suspensão, conforme os parâmetros de dosimetria listados no *caput* do art. 128 e nos termos do art. 129, ambos da mesma Lei), mesmo se cometidas mediante ânimo subjetivo doloso. No outro extremo, pode-se dizer que condutas que também se caracterizem por afronta a bens jurídicos da lealdade institucional, da legalidade ou da moralidade administrativa podem ter um patamar de gravidade, de lesividade e de intolerância tamanho que, mais que ferirem a Lei, se considera que desrespeitam de forma grave preceito constitucional, mais especificamente o *caput* do art. 37 da CF, que elenca a moralidade administrativa e a legalidade como princípios reitores da Administração Pública. Antecipe-se também que, estatutariamente, a conduta tida como ímproba encontra enquadramento no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, com apenação disciplinar vinculadamente expulsiva. Portanto, é de se atestar que, vestibularmente, cabe ao operador do Direito avaliar não só os aspectos materiais da conduta, a fim de sopesar se melhor se enquadra como mera ilegalidade ou se se qualifica como afronta a princípio de envergadura constitucional, bem como também ponderar se a indispensável individualização da pena, à luz dos parâmetros estatutários de dosimetria, indica o cabimento de sanção não expulsiva ou de sanção expulsiva. Após esta análise bipartida, somente se conclui estar à frente de um ato de improbidade administrativa se a materialidade for grave a ponto de considerar afrontosa à CF e, consequentemente, merecedora de pena expulsiva. É deste rol de condutas de que aqui se trata e não das meras ilegalidades estatutárias de descumprimento de dever legal.

Fechado este breve parêntese definidor de foco, apresenta-se o primeiro desafio que, conforme introduzido em **4.7.4.4.1**, será compreender a autonomia com que a instância disciplinar pode considerar configurado um ato de improbidade administrativa e proceder ao respectivo processamento, independentemente de como a instância civil o faz. Para tanto, no presente tópico, a abordagem se concentrará na interpretação dos dispositivos constitucionais que tratam do tema, sobretudo o § 4º do art. 37 da CF. Em complemento, em **4.7.4.4.1.b**, se buscará o aprimoramento hermenêutico à luz da legislação infraconstitucional, em âmbito legal.

Pertine alertar que o fato de o § 4º do art. 37 da CF ter apresentado uma lista não exaustiva de penas de natureza civil para os atos de improbidade administrativa e de ter ressalvado apenas a ação penal, sem ter feito nenhuma menção à instância disciplinar, em nada se confunde com ter excluído a possibilidade de enquadramento e de sancionamento estatutários se aquela mesma conduta infracional também puder ser considerada disciplinarmente como ímproba, à luz do regramento infraconstitucional próprio, específico e autônomo. O legislador constituinte, ainda que não tendo dado nenhum comando dirigido ao regime e ao processo disciplinares, ao mesmo tempo em que não vedou o enfrentamento disciplinar do que seja nesta instância considerado como ato de improbidade administrativa, no dispositivo em comento também determinou ao legislador ordinário a edição de lei para regulamentar a forma de se processar os atos civilmente tidos como ímprobos e a gradação do seu sancionamento. Em outras palavras, o § 4º do art. 37 da CF, inserido em Capítulo dedicado à Administração Pública, por um lado, deixou registrada no texto constitucional a intolerância estatal com o ato de improbidade administrativa, considerando a atuação do Estado em três focos de atenção (o primeiro foco, de óbvia inferência em razão da própria topografia do dispositivo, é justamente o de natureza administrativa; e, em virtude da literalidade do dispositivo, os dois outros focos são de natureza civil e penal); por outro lado, agora apenas para a instância civil, estabeleceu algumas penas cabíveis (como se destas não abrisse mão) e reportou à lei ordinária a regulamentação da forma procedimental de comprovação do ilícito sob a ótica desta instância e dos critérios de como puni-lo civilmente; e, por fim, preservou a competência exclusiva do juízo penal para processar e punir o agente em razão do presumível reflexo criminal da conduta.

Aqui, nesta passagem do texto, e nos próximos parágrafos ainda introdutórios, a

dedicação maior é negativa, de expor que o § 4º do art. 37 da CF não exigiu do legislador ordinário nenhuma regulamentação voltada à instância disciplinar. Neste ponto, concede-se a liberalidade de apenas antecipar que se interpreta o vocábulo "forma", na expressão "na forma e gradação previstas em lei" do dispositivo, como referência à instrumentalidade que conduz ao sancionamento civil, sem nenhuma relação com descrição material de condutas a serem civilmente definidas como improbidade administrativa. Mais adiante, quando se abordar a norma especificamente elaborada com o fim de atender o comando do § 4º do art. 37 da CF, se aprofundará mais detidamente sobre esta argumentação, acerca do que, positivamente, o dispositivo constitucional exigiu do legislador ordinário para a instância civil.

Busca-se, neste ponto, deixar um registro com ênfase. Não se nega que o § 4º do art. 37 da CF, inserido em Capítulo voltado à Administração Pública, se irradia para o campo do Direito Administrativo Sancionador e em especial para sua subinstância do Direito Disciplinar (já que todo aquele ramo do Direito foi constitucionalizado), com a possibilidade da repercussão sistemática e topograficamente prevista logo adiante, no inciso II do § 1º do art. 41 do mesmo texto constitucional, figurando como a autorização para que a Administração, no seu regime e no seu processo disciplinares, também processe e penalize os atos de improbidade administrativa. E, ao mesmo tempo, se ressalva que aquele dispositivo constitucional não se dedicou a impor que se estabelecessem a forma de se processar e a gradação de se punir administrativamente estes atos ímprobos, visto esta parte do comando ter se dirigido, por vontade própria do legislador constituinte, apenas para a instância civil. Em outras palavras, desde já se afirma que o texto constitucional valorou e tratou o processamento e a apenação dos atos de improbidade administrativa precipuamente no âmbito da instância civil, exigindo regulamentação em lei ordinária específica, sem prejuízo de ter deixado a permissão para seu processamento disciplinar (permissão que se compreende tácita em razão da topografia dos dispositivos em comento) e de ter ressalvado a ação penal em razão dos muito prováveis enquadramento disciplinar e tipificação penal da mesma conduta como infração disciplinar e como crime (em geral, como crime contra a Administração Pública).

> *CF - Art. 41.*
> *§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
> *II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

Não soaria coerente interpretar que a parte inicial do § 4º do art. 37 da CF, dirigida apenas à instância civil (pois indubitavelmente elenca penas de exclusiva natureza civil), seria complementada por um comando final que se irradiasse não apenas para a repercussão civil mas também para o sancionamento disciplinar. O dispositivo constitucional não teria sido elaborado com boa técnica redacional se, na sua parte final, tivesse determinado ao legislador ordinário também a regulamentação da forma de como se chegar ao sancionamento disciplinar e a regulamentação da sua gradação, uma vez que as penas mencionadas na sua parte inicial sequer são da alçada do poder disciplinar.

Nem haveria mesmo necessidade de a CF, neste ponto, tratar do processamento e da apenação da conduta ímproba nas instâncias disciplinar e penal, uma vez que a Administração e o juízo criminal sempre contaram e contam com seus ritos procedimentais próprios para apurar, indistintamente, quaisquer ilícitos disciplinares e penais e que, sendo instrumentalizações voltadas à dicção de Direito material punitivo, já contêm em si mesmas toda a necessária postura cautelosa nas suas formas de processar e nas suas gradações sancionadoras. Sempre houve e há o processo disciplinar encartado no Estatuto, seja o rito do regime estatutário anterior, na Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (o então Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - EF), seja o atual rito da Lei nº 8.112, de 1990, bem como sempre houve e há o processo penal encartado no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP). Diferentemente, o juízo civil também sempre

contou e conta com uma lei processual própria para apuração de ilícitos civis, que, em termos atuais, reside na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), mas que, por não ser uma instrumentalização precipuamente vocacionada à dicção de Direito material punitivo, não possui o grau de cautela que especificamente se justifica em uma ação civil voltada a apurar e a sancionar atos de improbidade administrativa. Daí porque a especial atenção do legislador constituinte, no § 4º do art. 37 da CF, com este rito procedimental.

Por este caminho, é possível encontrar uma interpretação sistemática que explica a opção do legislador constituinte de, no § 4º do art. 37 da CF, ter exigido apenas para o prisma civil do ato de improbidade administrativa (e não para o seu reflexo disciplinar e muito menos para a ressalvada seara penal) a definição em lei ordinária da forma de se apurá-lo a fim de se poder aplicar as penas por ele mesmo já pré-indicadas e de como graduar tais sanções. Ora, já havendo logo em seguida no mesmo texto constitucional, no *caput* do seu art. 39, comando específico que determinava a edição de novo Estatuto, em que obrigatoriamente estariam inseridos os regramentos de regime e de processo disciplinares, não faria nenhum sentido lógico que o § 4º do art. 37 da CF, que determinou as condições para as severas repercussões judiciais civis por ato de improbidade administrativa, também estendesse as mesmas determinações condicionantes para os gravames disciplinares.

Percebe-se que a compreensão de como o legislador constituinte tratou o tema da improbidade administrativa respeita a regra básica da hermenêutica constitucional de que a CF forma um texto uno e indivisível, sem contradições internas (conforme o princípio da unidade da CF). Por esta regra elementar, sabe-se que a interpretação de um dispositivo constitucional não pode se dar de forma isolada e estanque, mas sim sempre à vista do todo, em leitura conglobante. Daí porque, no tema em apreço, o § 4º do art. 37 é de ser lido em conjunto com o *caput* do art. 39 e com o inciso I do § 1º do art. 41, todos da CF. A percepção de que a CF o tratou de formas específicas e diferentes para as instâncias civil e disciplinar somente é obtida com a leitura sistemática do seu texto.

Cabe, didaticamente, sintetizar o que até aqui se expôs. O comando do § 4º do art. 37 da CF, de forma positiva, se iniciou já impondo pesadas penas de natureza civil em decorrência de ato de improbidade administrativa e se concluiu determinando ao legislador ordinário as regulamentações da forma pela qual se chega a esta apenação e da sua gradação. Este comando positivo, obviamente, se dirigiu e se dirige, na íntegra e de forma específica, à instância civil, seja por escolha do legislador constituinte a favor desta esfera de atuação estatal, seja porque as instâncias administrativa e penal já possuíam e possuem ritos procedimentais próprios de índole punitiva. Em complemento, de forma negativa, o comando do § 4º do art. 37 da CF, não determinou que lei ordinária regulasse a forma necessária para se chegar à repercussão de índole disciplinar em decorrência de ato enquadrado estatutariamente como improbidade administrativa e que regulasse a gradação desta apenação.

Abre-se aqui um rápido parêntese ilustrativo, a fim de aduzir, como reforço, outra demonstração que o legislador constituinte deixou no texto da CF consagrando autônomos tratamentos e repercussões jurídicas para um mesmo ato ilícito. Assim, acrescente-se ao debate o comando do § 6º do já citado art. 37 da CF (ou seja, também inserido topograficamente no mesmo Capítulo VII do Título III, voltado à Administração Pública). Este dispositivo estabelece a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público em face de dano causado a terceiros em decorrência do mero agir causal administrativo e prevê ainda a possibilidade de a Administração, mediante ação regressiva, responsabilizar civilmente, de forma subjetiva, o seu servidor que, por culpa ou dolo, tiver dado causa àquele prejuízo. Não obstante, o § 6º do art. 37 da CF não limita ou impede que a Administração, em razão da mesma conduta funcional culposa ou dolosa, proceda à responsabilização disciplinar do servidor. De forma análoga ao que se discorreu sobre a forma harmônica como o legislador constituinte previu a repercussão civil decorrente de ato de

improbidade administrativa, no § 4º do art. 37, sem prejuízo da repercussão disciplinar prevista no inciso II do § 2º do art. 41, ambos da CF, aqui também é possível reiterar esta percepção sistemática do texto constitucional, pois a construção a favor do § 6º do art. 37 da CF, prevendo a possibilidade de repercussão civil decorrente de conduta culposa ou dolosa causadora de prejuízo a terceiro igualmente se harmoniza e não se confunde com a também possível e já mencionada repercussão disciplinar.

> *CF - Art. 6º*
> *§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Fechado este breve parêntese, retoma-se a análise do tema central, da improbidade administrativa no texto da CF. Como primeiro reflexo da mencionada autorização constitucional para que a lei estatutária abarcasse em seu regime disciplinar o ato de improbidade administrativa, conforme a interpretação sistemática acima exposta com base no § 4º do art. 37 e no inciso II do § 1º do art. 41, ambos da CF, cabe breve menção à Lei nº 8.027, de 12 de abril de 1990, que dispôs sobre normas de conduta dos servidores civis federais. Esta Lei, adequando as relações jurídico-estatutárias entre servidor e Administração aos princípios e valores adotados pelo recém-promulgado ambiente constitucional, introduziu o enquadramento em improbidade administrativa no regime disciplinar, ensejador de pena expulsiva do agente, no inciso I do parágrafo único do seu art. 5º. Este enquadramento era até então inexistente no regime estatutário anterior, ou seja, inexistia na já citada Lei nº 1.711, de 1952. Em seguida, a Lei nº 8.112, de 1990, em atendimento ao comando do já mencionado *caput* do art. 39 da CF, ao reescrever o Estatuto do servidor público civil federal e revogar tacitamente aquela Lei anterior (de vigência de apenas oito meses), manteve o ato de improbidade administrativa, no inciso IV do seu art. 132, incluído como um dos enquadramentos expulsivos e sem possibilidade de gradação da pena (uma vez configurado o ato, a aplicação da pena expulsiva é vinculada, sem espaço para ponderação por meio dos parâmetros de dosimetria elencados no *caput* do seu art. 128).

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:*
> *IV - improbidade administrativa;*

Assim, a partir da sanção da Lei nº 8.027, de 1990, pode-se dizer que, no que tange ao ordenamento estatutário, os dispositivos constitucionais acima já mencionados restaram atendidos. A uma, porque, em obediência ao comando do *caput* do art. 39 da CF, que exigia a edição de um novo Estatuto, na esfera federal veio ao ordenamento a Lei nº 8.112, de 1990, que, no que aqui interessa, estabeleceu o regime disciplinar, elencando todas as ilicitudes funcionais, e regulamentou o respectivo processo por meio do qual devem ser instrumentalizadas as apurações de todas aquelas infrações a fim de desaguar nas penas previstas. A duas, porque o comando do § 4º do art. 37 da CF, com as tácitas intolerância ao reflexo *interna corporis* do ato funcional marcado por improbidade administrativa e permissão para processar e punir disciplinarmente o servidor, restou atendido com a inclusão da improbidade administrativa no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, de apuração nos moldes acima descritos e com cominação de pena expulsiva, de demissão ou de cassação de aposentadoria, de forma vinculada e não graduável.

Não há então que se criticar, neste ponto, o legislador ordinário, como se não tivesse atendido integralmente o § 4º do art. 37 da CF sob ótica disciplinar. Conforme já exposto acima, este comando constitucional apenas permitiu e permite, de forma tácita, o enfrentamento administrativo dos atos de improbidade administrativa. O comando exigidor de lei ordinária para definir a forma de apuração da materialidade a fim de se poder aplicar as penas cabíveis e para definir a gradação destas sanções se voltava para o reflexo civil do ato

de improbidade administrativa, nada se relacionando com os ditames e com as tutelas da Lei nº 8.112, de 1990.

Para o atendimento específico da exigência contida no § 4º do art. 37 da CF, de natureza civil, o ordenamento foi enfim novamente inovado um ano e meio mais tarde, com a edição da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa - LIA). Esta Lei, de forma vinculante para todos os Poderes de todos os entes federados, estabeleceu, entre seus arts. 16 a 18-A, a instrumentalidade para se apurar atos de improbidade administrativa, em rito próprio de ação civil pública (a ser proposta pelo Ministério Público Federal - MPF e a ser conduzido pelo juízo civil, conforme seu art. 17) ao fim da qual se justifica a aplicação das penas previstas, com a devida gradação, no seu art. 12 (em rol mais alargado que as penas previstas em lista exemplificativa no § 4º do art. 37 da CF). Acrescente-se que a Lei nº 8.429, de 1992, também revogou as já mencionadas Leis nº 3.164, de 1957, e nº 3.502, de 1958.

Se linhas acima foram dedicadas a identificar a qual instância se dirigiu e se dirige o § 4º do art. 37 da CF, que foi e é a civil, agora se busca aprofundar a leitura deste dispositivo, a fim de elucidar como o seu comando efetivamente atuou e atua nesta esfera jurídica destinatária. Após ter sido mencionado, de forma apenas introdutória, em inúmeras passagens desde o início do presente tópico (precipuamente, em construções negativas, para dizer de sua não aplicação à instância disciplinar), neste ponto do texto justifica-se complementar e finalizar a interpretação de como o dispositivo de fato deve ser aplicado e a partir de quando consequentemente passou a ser atendido. Relembre-se que, na redação do § 4º do art. 37 da CF, após listar algumas pesadas penas cabíveis para sancionar civilmente atos de improbidade administrativa, o legislador constituinte exigiu que lei ordinária viesse a definir "forma e gradação" por meio das quais tal comando se dará, ou seja, que viesse a definir a forma e a gradação para que se dê aquele pesado sancionamento civil.

A melhor interpretação do § 4º do art. 37 da CF indica que a "forma" a que se referiu o texto constitucional, na expressão "na forma e gradação previstas em lei", e que foi exigida pelo legislador constituinte a ter definição em lei ordinária, se reportou ao meio, ao caminho pelo qual o Estado chega à convicção de que é cabível a aplicação de alguma ou de algumas das penas civis com que se iniciou a redação do dispositivo. O comando para que o legislador ordinário viesse a regulamentar a "forma" se voltava a legislar sobre o rito procedimental, certamente assegurador de cautela garantista (vez que inserido em índole fortemente punitiva), por meio do qual o Estado ao final tem o legal poder de sancionar o infrator, se for o caso, com as penas já pré-estabelecidas. Enfim, no que tange ao termo "forma", o § 4º do art. 37 da CF determinou que lei ordinária estabelecesse o devido processo legal de natureza instrumental. Menos controverso, de imediata compreensão é o significado do termo "gradação" na mesma expressão em tela. Claramente, neste ponto, o legislador constituinte exigiu que lei ordinária estabelecesse critérios de ponderação das penas de natureza civil, de que o próprio texto constitucional já havia indicado algumas. E estes dois comandos foram atendidos, respectivamente, nos arts 16 a 18-A e no art. 12, todos da Lei nº 8.429, de 1992.

Em outras palavras, interpreta-se que, no § 4º do art. 37 da CF, o legislador constituinte, ao mencionar a "gradação", quis assegurar o atendimento dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica no sancionamento e, ao mencionar a "forma", quis assegurar o atendimento do princípio do devido processo constitucional no curso do processamento, não tendo voltado sua atenção aos princípios da reserva legal e da anterioridade da lei penal, sintetizados no princípio da tipicidade e decorrentes do princípio da legalidade, aqui referidos na parcela cabível de extensão destes primados da instância penal para a instância civil punitiva de atos de improbidade administrativa.

A exigência constitucional para que lei ordinária viesse a regulamentar a "forma" nunca se dirigiu à definição material das hipóteses legais a serem consideradas como atos de

improbidade administrativa para a instância civil. Tanto é verdade que a "forma" vem seguida, na estrita literalidade constitucional, de "e gradação". Ora, não resta menor dúvida que "gradação" somente se aplica às penas cabíveis. A construção gramatical que associa "forma" ao caminho instrumental para se chegar às penas cuja "gradação" também deve ser regulamentada é muito mais simples, direta e defensável que a ilação de que "forma" se referiria a condutas materiais enquanto "gradação" se reportaria a penas. Aqui, neste delimitado contexto de análise, "forma" possui um significado muito mais próximo de instrumentalidade do que de conduta material; pode-se dizer que o termo tem o sentido procedimental de "como" e não material de "o que". Quisesse o legislador constituinte exigir que lei ordinária definisse materialidades a figurarem como hipóteses legais ímprobas, certamente teria empregado uma construção gramatical clara neste sentido, a exemplo de "com as definições e na gradação previstas em lei". Portanto, a expressão final do § 4º do art. 37 da CF, "na forma e na gradação previstas em lei", voltada à instância civil, não se referiu à definição material de ilicitudes.

Reitera-se a coerência sistemática desta interpretação do comando do § 4º do art. 37 da CF. Como já existia e a própria CF atualizava a obrigação de existir um Estatuto em que com certeza havia e continuaria a haver o estabelecimento do rito processual disciplinar e como sempre existiu o rito processual penal, a preocupação do legislador constituinte se fundava na exigência de que o legislador ordinário inovasse o ordenamento com a criação de um rito processual a ser manejado pelo juízo civil só que irrigado e permeado pelas necessárias garantias de um procedimento de índole fortemente punitiva, peculiar e diferentemente da vocação processual precipuamente patrimonialista reparadora do CPC. Reconhece-se que a ação civil pública de improbidade administrativa estabelecida pelo art. 17 da Lei nº 8.429, de 1992, não é um rito totalmente à margem do CPC: conforme o *caput* do dispositivo, esta ação se rege, de forma geral, pelo regramento do procedimento comum do CPC, salvo disposições específicas da Lei nº 8.429, de 1992 (que se presumem residir nos comandos de natureza punitiva), que prevalecem sobre o rito genérico.

A interpretação de que o termo "forma" se referiu à instrumentalidade e jamais à definição material de atos de improbidade se enrobustece com a leitura literal de toda a segunda parte do comando do § 4º do art. 37 da CF. Após ter exemplificado pesadas penas de natureza civil, a redação prossegue e se conclui com foco unicamente procedimental. Assim como já se afirmou linhas acima que o legislador constituinte não redigiu algo como "com as definições e na gradação previstas em lei", também não ressalvou "sem prejuízo da tipificação penal". Ou seja, não por acaso, o comando termina mencionando o rito processual penal, e não a definição material de crimes, em perfeita harmonia com a interpretação de que "forma" se referiu ao rito processual civil. Após ter elencado penas relevantes, o legislador constituinte quis assegurar o rito pelo qual o Estado chega à responsabilização civil sancionadora, ressalvando o outro rito pelo qual o mesmo Estado também pode buscar a responsabilização penal. A parte final do § 4º do art. 37 da CF é toda concentrada na preocupação procedimental do legislador constituinte em que lei ordinária viesse a estabelecer um rito próprio para a apuração civil de atos ímprobos, deixando em aberto a definição material dos atos ímprobos.

Percebe-se que, nos termos estritos positivados pela CF, a identificação se determinada conduta concreta se subsumiria ou não ao conceito jurisprudencial e doutrinário de improbidade administrativa de índole civil, no sentido de conduta dolosa eivada de forte afronta à moralidade administrativa (ou à lealdade institucional ou à legalidade), poderia prosseguir sendo feita por meio de ponderação valorativa do aplicador do Direito. E, se a CF não exigiu esta definição material das condutas ímprobas para a instância civil, diante do claro entendimento de que o § 4º do seu art. 37 sequer se dirige à instância disciplinar, é seguro concluir que menos ainda teria imposto que lei ordinária estabelecesse relação de hipóteses legais às quais deveriam se subsumir os atos concretos a fim de poderem ser considerados disciplinarmente como ímprobos.

Ainda que se quisesse, à margem de toda coerência da interpretação sistemática já apresentada, insistir que o comando do § 4º do art. 37 da CF também se voltaria à instância disciplinar, tal tese careceria de mínimo bom senso lógico. Como não há controvérsia que o termo "gradação" empregado no dispositivo se refere às penas, não se encontra quem defenda que a instância disciplinar sancionaria o servidor com as sanções listadas no § 4º do art. 37 da CF, posto serem inequivocamente de natureza judicial civil. Assim, soa por demais incoerente forçar que, após o estabelecimento de penas exclusivamente civis e que não são da alçada disciplinar, na sequência da redação, na expressão "na forma e gradação previstas em lei", o termo "forma" desdobraria a regulamentação em lei das definições materiais não apenas para instância civil mas também para a instância disciplinar e depois voltaria a fechar o foco com a "gradação" voltada apenas para as sanções civis. Como jamais se questionou que a gradação exigida pelo dispositivo se refere às penas exclusivamente civis, não faria nenhum sentido, nem lógico e sequer gramatical, que sua redação, fracionada em três núcleos, tivesse o seu primeiro núcleo (das penas) inequívoca e exclusivamente voltado para a instância civil; tivesse o seu segundo núcleo (da "forma") isolada e discrepantemente voltado para as instâncias civil e disciplinar; e tivesse seu terceiro núcleo (da "gradação") novamente voltado apenas para a instância civil.

Com toda a análise encetada no presente tópico, se tem forte convicção que basta a leitura do § 4º do art. 37 da CF para se afirmar que os comandos ali expressos se dirigem apenas à instância civil, não havendo fundamento lógico que permita estendê-los para o trato disciplinar dos atos de improbidade administrativa, tanto em termos procedimentais quanto em termos de definições materiais, restando, portanto, esta instância independente e autônoma daquela.

Finalizando este tópico introdutório, é bastante figurartivo mencionar julgado que não só ratifica, de forma exemplar, a relevância e a necessidade de o Estado e a sociedade disporem de efetiva ferramenta jurídica de controle da probidade administrativa como também reitera que um mesmo ato eivado de intolerável imoralidade administrativa pode encontrar independentes e justificadas repercussões em variadas instâncias jurídicas

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Alexandre de Moraes, Recurso Extraordinário nº 976.566/PA, DJe 26/09/2019, Ementa: "1. 'Fazem muito mal à República os políticos corruptos, pois não apenas se impregnam de vícios eles mesmos, mas os infundem na sociedade, e não apenas a prejudicam por se corromperem, mas também porque a corrompem, e são mais nocivos pelo exemplo do que pelo crime' (Marco Túlio Cícero. Manual do candidato às eleições. As leis, III, XIV, 32).*
> *2. A norma constitucional prevista no § 4º do art. 37 exigiu tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa, com determinação expressa ao Congresso Nacional para edição de lei específica (Lei 8.429/1992), que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e a de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e de evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência.*
> *3. A Constituição Federal inovou no campo civil para punir mais severamente o agente público corrupto, que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e moralidade administrativas, independentemente das já existentes responsabilidades penal e político-administrativa de Prefeitos e Vereadores.*
> *4. Consagração da autonomia de instâncias. Independentemente de as condutas dos Prefeitos e Vereadores serem tipificadas como infração penal (artigo 1º) ou infração político-administrativa (artigo 4º), previstas no DL 201/67, a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa é autônoma e*

deve ser apurada em instância diversa."

4.7.4.4.1.b - Autonomia do Enquadramento Estatutário em Face das Definições Materiais da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1922

Neste ponto, encerrada a suficiente análise do tema do autônomo tratamento disciplinar da improbidade administrativa na esfera constitucional e antes de adentrar na sua pormenorização em patamar legal, torna-se inevitável dedicar linhas para relembrar um período recente do País, marcado por fatos jurídicos lamentáveis e já mencionado em **3.2.1.1**, quando se abordou a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, a chamada Lei de Abuso de Autoridade. Vivia-se um raro contexto de fortalecimento jurídico-social de órgãos de controle no combate à corrupção, em especial em razão do trabalho investigativo que ficou conhecido sob o epíteto de Operação Lava Jato e que acarretou um inesperado estado de apreensão de parte da classe política ao se ver objeto de ações investigativas reveladoras de grandes esquemas de desvios de conduta e, consequentemente, de recursos públicos. Não obstante posteriormente terem vindo à tona graves ilegalidades na condução daquela operação, o nefasto movimento de reação desta parcela detentora do poder, sobretudo daqueles ocupantes de cargo eletivo no Poder Legislativo federal, que se viu iniciar com a suposta "atualização" da Lei nº 13.869, de 2013, desaguou, três anos depois, no ápice da desfaçatez, na também suposta necessidade de atualizar a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa - LIA). Em uma clara demonstração de poder - de fazer retroceder o *status quo* - de quem se considera acima da lei, o ponto mais abusivo do emprego do poder de legislar para se autoproteger e se autoblindar, em verdadeira afronta à sociedade, foi a desconfiguradora alteração promovida na Lei nº 8.429, de 1992, por meio da apressada e obscura tramitação da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021.

Justamente próximo à efeméride se de comemorar, em um País nada afeito a controles, três décadas de vigência de um diploma legal impositor de efetivos controles sobre a probidade em toda Administração Pública, eis que o legislador ordinário, contrariando a vontade maior do legislador constituinte, buscou enfaticamente e conseguiu, até certo ponto, desidratar a força da Lei nº 8.429, de 1992. Sob falaciosa exposição de motivos da necessidade de se harmonizar o texto legal "*às mudanças ocorridas na sociedade e às construções hermenêuticas da própria jurisprudência*" e de se resgatar a segurança jurídica para que gestores públicos não fossem surpreendidos por ações de improbidade administrativa por atos culposos ou mesmo por meros atos de pequena relevância - quando, na verdade, a Lei original, a interpretação adotada pelas Cortes Superiores e pela doutrina e a aplicação dada pelos operadores do Direito jamais andaram em descompasso desproporcional -, o Congresso Nacional, sem nenhum debate aprofundado nem entre seus membros e muito menos com a sociedade, alterou radicalmente a Lei nº 8.429, de 1992. Basta ver que, no momento da entrada em vigor da Lei nº 14.230, de 2021, dos mais de 150 dispositivos do texto legal compilado da Lei nº 8.429, de 1992, exatamente dois terços decorrem daquele diploma legal alterador. Não obstante tamanha extensão revisora, estranhamente, nem se teve a coragem e a transparência de se deixar registrado que aquela legislatura havia revogado a Lei original e editado uma nova Lei muito mais branda: ainda que completamente dilacerada, manteve-se o nº original da Lei nº 8.429, de 1992. E, mesmo diante de tamanha alteração, sequer se concedeu aos operadores do Direito uma regra de transição ou de aplicação intertemporal, passando a vigorar a nova redação, apressadamente, já a partir de sua publicação oficial, em 26/10/2021. De fato, formalmente, não se pode atribuir àquela legislatura a pecha de ter revogado um diploma legal de forte ação de controle da probidade administrativa; em compensação, pode-se lhe atribuir tê-lo feito na prática sob a máscara da dissimulação oportunista, com o fim de enfraquecer os mecanismos legais de combate à corrupção.

Na verdade, nem se estranha que a Lei que impunha a todos o efetivo controle de

probidade no trato da coisa pública tenha sido alvo de forte ataque autoprotetor de parte relevante da classe política; o que se estranha mesmo é que a norma tenha sido introduzida no ordenamento legal pátrio e tenha sobrevivido em vigência por quase trinta anos com praticamente sua redação original. Curioso perceber que, em um momento inicial da redemocratização do País, o grau de corrupção tenha chegado a um patamar tamanho que se obrigou a edição de uma lei tuteladora da probidade administrativa e, três décadas depois, no período indiscutivelmente mais obscuro e retrógrado desde o fim do regime ditatorial, a corrosão dos limites da moralidade administrativa tenha alcançado nível ainda muito mais alarmante a ponto de, despudoradamente, o mesmo Poder Legislativo ter avançado contra aquele diploma legal. Enfim, o que se viu com a edição da Lei nº 14.230, de 2021, a reboque do já havia se visto com a edição da Lei nº 13.869, de 2019, nada foi de diferente do que se espera de um Parlamento historicamente dissociado, divorciado e descompassado dos mais claros e básicos interesses sociais. A disfarçada e não assumida quase revogação da Lei nº 8.429, de 1992, pode, infelizmente, ser compreendida apenas como a retardada sinalização, silenciosa e histórica, de que as forças mais retrógradas da República não aceitam ser incomodadas em termos de probidade administrativa e retidão, sob pena de reagirem virulentamente, com o oportunismo que lhes é característico, a fim de refazer o *status quo*, de forma a sinalizarem para os órgãos de Estado que não vale a pena se mover para atingi-las.

Raras vezes se viu o Poder Legislativo tanto se superar na sua capacidade de se desalinhar com os interesses públicos e sociais e fechar-se exclusivamente a favor dos interesses da própria classe política, desprezando o ordenamento jurídico por cuja elaboração é a instituição responsável. Ao mitigar fortemente as ferramentas legais de controle da probidade administrativa, a atuação legislativa desatendeu, no mínimo, duas importantes Convenções internacionais de que o País é signatário. Antes, consigne-se que não se tem dúvida de que a corrupção, no sentido lato do termo, viola a noção do que doutrinariamente se denomina direitos humanos, posto que mina a capacidade estatal de suprir diversos direitos e garantias fundamentais individuais. E uma vez que este conceito doutrinário extrapola limites nacionais, o controle da probidade administrativa no mundo globalizado, longe de ser uma exclusividade doméstica, crescentemente se torna uma prioridade transnacional, a se ver pelas convenções internacionais celebradas sobre o tema, as quais, ao fim e a cabo, visam a proteger os direitos humanos.

Neste contexto, tanto a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, quanto a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, promulgadas no Brasil pelos respectivos Decretos nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, e 5.687, de 31 de janeiro de 2006 - sendo, portanto, admitidas no ordenamento nacional com força supralegal, vez que sua temática, a corrupção, viola direitos humanos -, estabelecem que os países signatários devem "*promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção*" e "*promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção*". De forma inequívoca, ao atacar a eficiência do sistema de controle da probidade administrativa exigido desde o texto constitucional, o Poder Legislativo prejudica a posição do País em *rankings* internacionais de combate à corrupção, com as consequências de vir a ser rebaixado nos monitoramentos que medem eficiência de estratégias de *compliance* e de se ver cada vez mais distante de integrar fóruns intergovernamentais relevantes e criteriosos, a exemplo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), na medição dos esforços nacionais em combater sérios desvios de conduta como são os atos de improbidade administrativa. E, neste caso em especial, a proteção deficiente da probidade administrativa é uma afronta ao princípio da proibição (ou da vedação) do retrocesso (ou da proteção insuficiente do bem jurídico tutelado), a ser exposto em **4.7.4.4.2.d**.

> *4.410, de 2002 - Art. II. Propósitos Os propósitos desta Convenção são: l. promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção;*
>
> *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - Promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 2006 - Art. 1. Finalidade A finalidade da presente Convenção é: a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção;*
> *(**Nota**: O Supremo Tribunal Federal vaticinou, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP, que tratados, acordos ou convenções internacionais que tratem de direitos humanos, após promulgados por decreto presidencial, ingressam "no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna".)*

Após o impactante retrocesso no controle da probidade administrativa decorrente das alterações que o legislador ordinário impôs na Lei nº 8.429, de 1992, por meio da Lei nº 14.230, de 2021, veio à tona, com intensidade, o debate se de fato é necessário que a conduta concreta a ser enquadrada disciplinarmente no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (que apenas estabelece que "*a demissão será aplicada nos seguintes casos: (...) improbidade administrativa*"), precisa se subsumir a alguma das hipóteses legais de materialidade de atos de improbidade administrativa definidas por aquela primeira Lei, e, consequentemente, se este tipo legal necessita constar do termo de indiciação e do relatório em processo disciplinar, a fim de embasar a consequente sanção expulsiva do servidor.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: IV - improbidade administrativa;*

Em outras palavras, ganhou ênfase a discussão se o enquadramento no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, de literalidade genérica, é suficiente e autônomo para assegurar as repercussões jurídicas nos casos em que se comprove nos autos que a conduta fática do servidor se amoldou a todo o entendimento doutrinário e conceitual do que seja ato de improbidade administrativa ou se, ao contrário, é também necessária a sua subsunção a alguma construção hipotética material da Lei nº 8.429, de 1992. Em síntese, discute-se se o enquadramento estatutário em tela é norma em aberto (cuja aplicabilidade se aperfeiçoa com valoração subjetiva, a cargo do aplicador do Direito, de elementos da sua própria literalidade legal) ou se é norma em branco (cuja aplicabilidade exige complementação em outro dispositivo legal ou normativo, a atuar como norma integrativa, para que seu conteúdo seja definido, o que, no campo do Direito Constitucional, se denominaria norma de eficácia limitada).

No escopo complementar deste tópico, concentrado na análise infraconstitucional do tema, há diversas alegações baseadas nas leis de regência a favor da tese de que a imputação de ato de improbidade administrativa não pode ser feita única e diretamente no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, condicionando, para tal enquadramento, que a conduta fática se subsuma a alguma das hipóteses legais de materialidade definidas pela Lei nº 8.429, de 1992.

A primeira alegação neste sentido reside no fato de que o enquadramento do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, apenas prevê, de forma genérica, que a pena expulsiva será aplicada a caso de improbidade administrativa, mas não define o que seja tal materialidade, em detrimento da necessária atenção aos princípios da reserva legal e da anterioridade da lei penal, sintetizados no princípio da tipicidade e decorrentes do princípio da legalidade, na extensão destes primados da instância penal para a instância disciplinar, pois é certo que se aplicam no Direito Administrativo Sancionador.

Tendo em vista que o princípio da independência das instâncias apenas assegura a

autonomia para que a Administração processe e penalize o infrator, aponta-se que resta a ausência de autorização para o estabelecimento de definição material de ato de improbidade administrativa à margem da Lei nº 8.429, de 1992. Critica-se também que, caso se trate este enquadramento de graves repercussões jurídicas como norma em aberto, não há a expressa fixação dos indispensáveis balizamentos para que o aplicador do Direito verifique se determinada conduta concreta se subsome ou não à hipótese legal, deixando totalmente ao encargo deste agente administrativo a tarefa de agregar densidade normativa ao dispositivo legal, por meio de ferramentas hermenêuticas que ponderem a incidência de outras regras (desde princípios a normas infralegais) à luz das peculiaridades do caso, o que inegavelmente traz o risco de exagerada discricionariedade e, consequentemente, de quebra da segurança jurídica.

Diante da regra geral de que a maioria dos enquadramentos estatutários possui natureza de norma em aberto, a tese de que o inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, de forma específica e diferenciada, trata-se de norma em branco também se fortalece pelo fato de ser o único, além do inconteste inciso I do art. 132 (que traz para o regime disciplinar a prévia definição judicial de crimes contra a Administração Pública), para o qual existe uma outra lei, a Lei nº 8.429, de 1992, que disciplina justamente a sua literalidade genérica, fazendo crer que sua aplicabilidade necessita das definições materiais deste posterior diploma legal.

Prosseguindo neste entendimento, no que tange à responsabilização de servidor, a Lei nº 8.112, de 1990, é considerada como específica (em razão de impor um regime especial de sujeição exatamente àquele grupo formador do seu polo passivo), e a Lei nº 8.429, de 1992, é considerada como genérica (em razão de impor um regime de sujeição geral em que aquele grupo é apenas uma parcela de todo o polo passivo mais abrangente). Desta forma, quanto ao aspecto formal das duas normas, se pode compreender a Lei nº 8.112, de 1990, como um exemplo de lei especial de que tratam o § 1º do art. 1º e o § 2º do art. 11, ambos da Lei nº 8.429, de 1992 (e que serão adiante detalhados), que figura, portanto, como lei geral. Indo além, esta corrente entende que outras leis não estatutárias também cumprem este papel, como é o caso exemplificado da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, só que, de forma mais paradigmática, diferentemente da Lei nº 8.112, de 1990, se dedicam a definir os seus enquadramentos especiais de improbidade administrativa (no caso, em razão de configuração de conflito de interesses), não empregando construções materiais genéricas.

São alegações pertinentes, mas superáveis, conforme se mostrará, apresentando-se uma série de argumentos, baseados no ordenamento infraconstitucional, de crescente grau de convencimento a favor da tese da possibilidade de enquadramento no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, independentemente de subsunção da conduta concreta a definições materiais da Lei nº 8.429, de 1992. Antes, porém, de se enumerarem estes argumentos de âmbito legal, didática e propositalmente expostos desde o mais frágil (calcado no princípio da independência das instâncias) até o mais robusto (baseado na ocorrência da forte quebra da relação de confiança entre a Administração e o servidor), convém fazer uma detalhada contextualização jurídico-social em que se insere a evolução do tema da improbidade administrativa.

De imediato, é de se resgatar todo o registro histórico do tema, já detalhado em **4.7.4.4.1.a**. A Constituição Federal (CF), no § 4º do seu art. 37, inserido no Capítulo VII do Título III, dedicado exclusivamente à Administração Pública, elencou algumas penas, de natureza judicial civil, para os atos de improbidade administrativa e remeteu à lei ordinária as regulamentações da forma procedimental de como se dá este sancionamento e da gradação da aplicação daquelas sanções. Ou seja, o dispositivo constitucional não determinou a descrição, em lei ordinária, do rol de hipóteses legais a serem consideradas como atos de improbidade administrativa sequer sob a ótica civil. Nem mesmo para a instância civil, para a qual se

associam aquelas pesadas repercussões jurídicas, o legislador constituinte foi refratário a que o operador do Direito continuasse ponderando se cada conjunto fático sob análise se subsumia ou não ao conceito jurisprudencial e doutrinário de improbidade administrativa, à margem de estrita definição legal, mediante trabalho valorativo irrigado por base principiológica (sobretudo pelo princípio da proporcionalidade).

> *CF - Art. 37.*
> *§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.*

Logicamente, à vista da natureza das penas previstas no § 4º do seu art. 37 da CF, a forma e a gradação exigidas pelo legislador constituinte se reportavam, exclusivamente, a rito judicial civil. Em outras palavras, o dispositivo não guardaria nenhuma lógica redacional se, tendo se iniciado listando sanções de natureza clara e exclusivamente civil, se concluísse determinando regulamentações para instâncias tanto civil quanto disciplinar. Já desde a leitura do texto constitucional, portanto, se tem claro que o foco do legislador ordinário não deveria ser a instância disciplinar. E, avançando passos na construção hermenêutica lógica, se é certo que não partiu do legislador constituinte a determinação para que a lei ordinária subsequente definisse o rol material de condutas ímprobas sequer sob ótica civil, com muito mais certeza se afirma que não haveria de se sustentar qualquer expectativa de que este diploma legal se estendesse a definir hipóteses legais a serem consideradas como atos de improbidade administrativa no contexto estatutário.

Não se abre mão do entendimento de que toda esta construção hermenêutica baseada apenas no texto constitucional, em especial no § 4º do art. 37 da CF, já é, por si só, mais que suficiente para respaldar a tese de que a regulamentação posteriormente operada pelo legislador ordinário na definição material de atos de improbidade administrativa exclusivamente para a instância civil em nada vincula ou sequer tangencia a imputação de conduta ímproba na esfera disciplinar. Não obstante esta convicção, apenas para exaurir o debate, ainda se avançará na (desnecessária) interpretação do tema em termos da legislação infraconstitucional. De certa forma, pode-se então compreender o presente tópico como uma consecução aprofundada e mais detalhada - mas nada indispensável - à interpretação já apresentada sob foco constitucional, agora em âmbito legal, contrapondo dispositivos da Lei nº 8.429, de 1992, da Lei nº 8.112, de 1990, e de outras leis que incidem pontualmente sobre a questão.

Ainda no percurso cronológico, é de se relembrar que o enquadramento disciplinar expulsivo de improbidade administrativa, de redação genérica, adveio não com a Lei nº 8.112, de 1990, mas sim com a Lei nº 8.027, de 12 de abril de 1990, que teve breve vigência de cerca de oito meses até ser tacitamente revogada pelo atual Estatuto.

Na sequência, uma vez tendo se dedicado a atender o que dele exigiu o § 4º do art. 37 da CF, ou seja, a regulamentar a forma para o sancionamento de atos de improbidade administrativa e a sua gradação para a instância civil, o legislador ordinário também descreveu na Lei nº 8.429, de 1992, hipóteses materiais daquela ilicitude, não obstante a inexistência de determinação constitucional neste sentido. Assim, a Lei nº 8.429, de 1992, além de ter elaborado a forma como se deve procedimentalizar a ação civil pública a fim de configurar o ato de improbidade administrativa, em seus arts. 16 a 18-A (a ser proposta pelo Ministério Público Federal - MPF e a ser conduzido pelo juízo civil, conforme seu art. 17) e de ter traçado os critérios de gradação para tal sancionamento (por meio dos quais as penas previstas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente), em seu art. 12, também descreveu, apesar de o legislador constituinte não ter exigido, em seus arts. 9º, 10 e 11, três espécies do gênero de atos ímprobos e as desdobrou em diversas hipóteses legais

pormenorizadas de incidência. As três espécies de atos de improbidade administrativa civil são: no art. 9º, os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito; no art. 10, os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; e, no art. 11, os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Em sua redação original, os arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429, de 1992, apresentavam listas exemplificativas, não exaustivas, de hipóteses legais de atos de improbidade administrativa de natureza civil, alguns de conduta comissiva e outros de conduta omissiva, de cada uma daquelas três espécies - atos de improbidade causadores de enriquecimento ilícito ou de prejuízo ao erário ou ainda atentatórios contra os princípios reitores. Era como se a Lei tivesse cuidado de destacar, nas respectivas listas de incisos, alguns exemplos de atos ímprobos, a que o legislador ordinário, a seu exclusivo critério, tinha dado maior relevância, dentro de cada uma das três espécies, sem ter vedado que qualquer outra situação real mais incomum e não prevista restasse contemplada em algum dos três *caputs*, já que o final de suas redações possuía, indistintamente, a expressão "e notadamente". Sempre limitados à interpretação sistemática de toda a Lei de que somente se cogita de imputação de ato ímprobo diante de conduta funcional de relevante e intolerável afronta à moralidade administrativa (o que se lê como barreira ao arbítrio, à irrazoabilidade e à desproporcionalidade), os *caputs* dos três arts. funcionavam, portanto, como definições residuais de ilícitos civis.

O curto intervalo, de cerca de apenas pouco mais de dois anos, entre a sanção da Lei nº 8.027, de 1990, logo sucedida pela Lei nº 8.112, de 1990, e a sanção da Lei nº 8.429, de 1992 (tendo as duas primeiras a mesma previsão genérica de improbidade administrativa e tendo a última, de forma muito diferente, descrições pormenorizadas de três espécies de atos ímprobos desdobradas em diversas hipóteses legais), demarcou-se por um período em que os operadores do Direito manejavam os novos regime e processo disciplinares de forma ainda incipiente, na busca do ajuste das superadas e não recepcionadas procedimentalizações ao recém-conquistado contexto constitucional de Estado Democrático de Direito e na familiarização com inovadores dispositivos legais, como era o caso do inédito enquadramento expulsivo por ato de improbidade administrativa.

Na incipiência e na brevidade daquela fase entre a inovação do enquadramento genérico e a entrada em vigor da materialmente detalhada Lei nº 8.429, de 1992, pelo menos até onde se foi possível pesquisar e resgatar, não se logrou identificar processo disciplinar que tenha sido instaurado, conduzido ou concluído com proposta ou com efetiva aplicação de pena expulsiva a servidor por ato de improbidade administrativa. Esta lacuna no conhecimento de antecedentes impede que se possa resgatar eventual discussão da plausibilidade ou não de tal expulsão calcada apenas no enquadramento estatutário, como norma em aberto, e menos ainda se possa obter posicionamento administrativo ou jurisprudencial.

O que se pode afirmar é que, uma vez sancionada e introduzida no ordenamento a Lei nº 8.429, de 1992, as imputações de ato de improbidade administrativa a servidores passaram a ser efetivamente cogitadas pelos integrantes das estruturas correcionais de então, suscitando debates inaugurais com as defesas. Nesta época, discutia-se, por exemplo, se a Administração era ou não competente para apenar servidor por ato de improbidade administrativa, tentando as defesas impor um entendimento completamente distorcido de que a Lei nº 8.429, de 1992, restringia a apuração desta materialidade e o consequente sancionamento somente ao Poder Judiciário, mediante respectiva ação civil pública. Naquele contexto de ausência de antecedentes e de forte guerreamento das defesas, cuidou a Administração de fortalecer e de enrobustecer os processos disciplinares nos quais se cogitava de imputar a prática de ato ímprobo aos acusados e, para tanto, compreendeu-se que seria estratégico agregar ao regime e ao processo disciplinares o máximo de amparo cabível na nóvel Lei nº 8.429, de 1992,

importando tudo o que fosse possível de seus comandos, com destaque justamente para as detalhadas definições materiais de ilícitos, mesmo não havendo expressa determinação legal para tal.

Aliás, reconheça-se que, naquela quadra histórica, os operadores do Direito, imbuídos do ideal de melhor cumprir suas atribuições na atividade correcional, em busca do processo justo, mas ao mesmo tempo cientes das diversas lacunas materiais e instrumentais na Lei nº 8.112, de 1990, procuraram integrar o ordenamento estatutário com institutos e com procedimentos do Direito Penal e do Direito Processual Penal, agregando formalismo, garantismo e excesso de ritualismo à processualística disciplinar, em sentido contrário à natureza desta instância, sempre demarcada pela possibilidade de manejo de forma mais célere e simplificada.

Neste contexto de busca de aprimoramento e de integrações com fontes legais mais solenes e cautelosas foi que também se deu a imediata adoção, nos processos disciplinares voltados a apurar atos de improbidade administrativa, dos dispositivos da então recém-sancionada Lei nº 8.429, de 1992. Em uma espécie de moto-contínuo mutuamente reforçador, não só a praxe administrativa mas também a fonte jurisprudencial, a doutrina e até mesmo alguns pareceres da Advocacia-Geral da União (AGU) não vinculantes absorveram o entendimento de que o processamento disciplinar de servidor por ato de improbidade administrativa requer a conjugação com a subsunção fática às definições materiais dos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429, de 1992, tratando, portanto, o enquadramento no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, como norma em branco.

Não obstante o § 4º do art. 37 da CF desde sempre ser, por si só, suficiente para respaldar a aplicabilidade do enquadramento estatutário genérico, o fato é que, com o advento da Lei nº 8.429, de 1992, os operadores do Direito, ainda que pudessem ter assumido a convicção de que poderiam atuar com ponderação valorativa e proporcional caso a caso, adotaram a postura em parte cautelosa e em parte preciosista de incluir no termo de indiciação e no relatório em processo disciplinar alguma definição material da citada Lei e, ato contínuo, a fonte jurisprudencial e a doutrina passaram a assimilar que esta praxe era necessária.

Passados quase trinta anos desta cultura consuetudinária, é natural que se questione por que somente agora - diante dos claros obstáculos que o legislador ordinário, por meio da Lei nº 14.230, de 2021, trouxe ao sério combate à corrupção no País - se busca alterar a linha hermenêutica sedimentadamente adotada a fim de se resgatar a interpretação que já poderia ter sido empregada desde sempre no que tange à improbidade administrativa na instância disciplinar. Inegavelmente, pode-se cogitar de que tal mudança hermenêutica busca uma solução casuística para fugir das amarras que a atual redação da Lei nº 8.429, de 1992, parece ter imposto.

De fato, cabe a autocrítica de parte dos agentes públicos que atuam na instância disciplinar em nome do Estado e na defesa do interesse público, por terem permanecido silentes por quase trinta anos, enquanto a interpretação reinante, ainda que a rigor imperfeita, não criava obstáculo para o processamento e para a apenação em decorrência de ato de improbidade administrativa. Reconhece-se que, diante da satisfatória redação original da Lei nº 8.429, de 1992, que não trazia dificuldades em sua aplicação voltada ao interesse público, não se dispendia esforço em construir diferente interpretação. De certa forma, pode-se admitir, mesmo na formal e cautelosa esfera jurídica, que a ausência de problemas não fomenta a busca de soluções - afinal, a ciência jurídica não deixa de ser uma obra humana e a atuação do homem sempre se marca pela seletiva economia de esforços. Como, na prática, a linha imperfeita de se compreender o ordenamento de regência do tema não prejudicava a forma de aplicação da Lei como objetivava a Administração, não se questionava a interpretação que havia se sedimentado. Mas, em lógico contraponto ao afirmado acima, também é da natureza humana que, surgindo qualquer espécie de dificuldade em alguma área

de atuação do homem, este, com sua irresignada capacidade cognitiva, passe a buscar um novo caminho que solucione a questão.

Esta postura axiomática se aplica inclusive ao Direito, que é ciência dinâmica. O campo jurídico se rege pela salutar e incessante busca do equilíbrio de forças, em que eventual ação de uma parte que acarrete desequilíbrio a seu favor faz com que, em reação, se rearrumem os pesos e contrapesos, a fim de buscar novamente o ponto de paridade. Assim, é natural que, tendo havido, de um lado, uma iniciativa flagrantemente favorável aos agentes imputados do cometimento de atos ímprobos, surja, de outro lado, um movimento antagônico e reativo buscando o reequilíbrio. Após a desidratação imposta pela Lei nº 14.230, de 2021, na Lei nº 8.429, de 1992, que permite que a interpretação já sedimentada se transforme em uma verdadeira blindagem a favor dos agentes ímprobos - interpretação esta equivocada mas que, por um certo comodismo, não foi de imediato atacada -, é válido que o Estado abandone aquele seu posicionamento anterior e diligencie para corrigir o entendimento. Afinal, aqui se tem a clara e inafastável convicção de que casuística não é a busca pela aplicação do melhor e mais justo Direito mas sim foi forma distorcida e oportunista de empregar o poder de legislar a fim de criar nicho de impunidade na Administração Pública.

Tanto é verdade que esta reversão de entendimento é possível de ser realizada a favor do órgão estatal de controle da probidade administrativa e a desfavor da base administrada que é contemplada no art. 23 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB). O dispositivo legal permite a adoção de nova interpretação normativa, sob condições de cautela justificadora, mesmo quando contrária à parte, cabendo também expor a didática regulamentação operada pelo § 3º do art. 6º do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.

> *LINDB - Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)*
>
> *Decreto nº 9.830, de 2019 - Art. 6º.*
> *§ 3º Considera-se nova interpretação ou nova orientação aquela que altera o entendimento anterior consolidado.*

Este debate se faz extremamente relevante quando se destaca que as já mencionadas destrutivas alterações operadas pelo legislador ordinário em todo o arcabouço de controle da probidade administrativa regulamentado pela Lei nº 8.429, de 1992, para a instância civil, se deram de forma muito especial, com muito maior poder de incisividade, no seu art. 11. Este dispositivo, composto de seu *caput* e de seus incisos, definidor dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, figurava no tema do combate à conduta ímproba como uma espécie de norma residual de ampla, motivada e proporcional aplicação para uma miríade de condutas em que o agente público afrontasse os deveres de moralidade, de lealdade e de legalidade em face da Administração Pública. Não bastasse a sua tutela ser a mais genérica dentre as três espécies de atos de improbidade administrativa, com exemplos de condutas atentatórias valoradas e listadas de forma específica e expressa em alguns incisos, o *caput* do dispositivo, a exemplo também dos *caputs* dos arts. 9º e 10 da mesma Lei, encerrava um comando de aplicabilidade ainda mais abrangente, pois figurava como norma residual em relação aos seus incisos, definidores de uma lista exemplificativa de atos ímprobos desta espécie. Relembre-se que, ao tempo de vigência desta redação original do dispositivo, os aplicadores do Direito sempre ponderaram a sua quase ilimitada incidência formal com o emprego valorativo e seletivo dos parâmetros de

dosimetria e sobretudo do princípio da proporcionalidade, afastando a sua utilização de forma arbitrária e desproporcional. Deploravelmente, a redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021, transformou o art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, em praticamente uma norma morta, com quase nula aplicabilidade. Não apenas as redações dos incisos foram alteradas para abarcarem uma lista de condutas concretas de pequena possibilidade de ocorrência como o *caput* perdeu a sua qualidade de também definir ilícito residual, pois a redação passou a indicar que os incisos formam lista exaustiva de definições materiais ímprobas.

Não se discute que tal ataque ao controle da probidade administrativa é inquestionável no reflexo civil dos atos ímprobos. A Lei nº 8.429, de 1992, define, para a instância civil, a lista de hipóteses legais materiais dos atos a serem considerados como improbidade administrativa e o art. 11, com sua redação que conduz à incidência desidratada, insere-se neste comando. Portanto, para fins de repercussão civil - que não é o objeto deste texto -, a Lei nº 14.230, de 2021, tornou o art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, dotado de uma lista exaustiva de definições de ilícitos e de baixíssima aplicabilidade. Mas esta inovação legislativa não se aplica à conceituação material do que seja ato de improbidade administrativa sob ótica disciplinar.

Mesmo que se quisesse interpretar que o § 4º do art. 37 da CF, ao ter mencionado "forma", teria exigido a descrição material de atos de improbidade administrativa, o fato de o legislador ordinário tê-lo feito na regulamentação operada por meio da Lei nº 8.429, de 1992, para a instância civil não sustenta jamais a tese de que estas hipóteses legais deveriam ser aplicadas igualmente às condutas concretas para que também possam configurar ato ímprobo sob ótica estatutária.

Até este ponto, praticamente apenas se apresentou, de forma detalhada, o relato histórico, podendo-se, a partir de agora, enfim, se iniciar a argumentação jurídica propriamente dita, baseada no ambiente legal. Como se verá, o entendimento vai se construir por meio de argumentos apresentados em gradação crescente de relevância, desde o menos efetivo, até se atingir a mais forte grau de convencimento, como um caminho a se percorrer, a exemplo de um arco a se fechar.

Dentro do exercício quase unicamente teórico de argumentação proposto para este tópico, qual seja, de descer a discussão para o patamar legal (sempre lembrando que se tem convicção de que a análise calcada apenas no § 4º do art. 37 da CF já é suficiente para elucidar a autonomia), o primeiro argumento - e também o mais tênue - no sentido da não vinculação do enquadramento disciplinar no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, às hipóteses legais definidas na Lei nº 8.429, de 1992, reside no princípio da independência das instâncias, estatutariamente consagrado já desde a Lei nº 8.112, de 1990, nos seus arts. 121 e 125. Trata-se tão somente de um primeiro esforço de convencimento, pois se reconhece que a chave de solução, em termos de argumentação legal, da autonomia daquele enquadramento disciplinar não encontra aqui a sua mais completa e inequívoca resposta. A abordagem se inicia justamente por este princípio com o fim proposital de, sendo sempre tão mencionado, tê-lo desde logo como base para inserir os primeiros alicerces do entendimento legal a favor da autonomia, ao mesmo tempo em que se deixa claro que este argumento é aqui esgotado apenas para efeito introdutório.

Como se sabe, dentre as áreas jurídicas que tocam o tema da improbidade administrativa - disciplinar, civil e penal -, prevalece a regra geral da autonomia, que reza que os respectivos processamentos e julgamentos e as correspondentes sanções de cada esfera, em razão de um mesmo ato concreto, são independentes, tanto podendo se instaurar processo em uma instância e não se instaurar em outra e podendo ocorrer responsabilização em uma instância e não ocorrer em outra, quanto podendo ainda se cumularem. Diante de um mesmo ato concreto de tripla repercussão possível, cada instância é autonomamente competente para avaliar se há ou não materialidade e autoria do ilícito de sua respectiva natureza e, em

consequência, para processar, julgar e apenar o infrator - ou, se for o caso, para não fazê-lo. O preceito é absolutamente forte entre as instâncias cíveis, sendo superado apenas quando a esfera processual penal decide que não houve o fato imputado ao agente ou que este não foi seu autor, devendo tais decisões, obrigatória e excepcionalmente, se refletir nas instâncias administrativa e civil, conforme comanda o art. 126 da Lei nº 8.112, de 1990.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.*
> *Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.*
> *Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.*

Mais que apenas literalmente conceder autonomia para impor responsabilização, ou seja, para punir o seu agente de forma autônoma, logicamente, o princípio da independência das instâncias, em sua vertente instrumental, informa que a Administração, por meio do poder disciplinar previsto desde o inciso II do § 1º do art. 41 da CF e encartado na Lei nº 8.112, de 1990, tem independência para cumprir na íntegra seu dever de instaurar o processo disciplinar e de proceder à apuração. Obviamente, não haveria independência se a instância disciplinar não realizasse a sua própria apuração mediante seu específico devido processo constitucional indispensável para a consequente apenação. Na linha da teoria dos poderes implícitos, não há como punir de forma independente se não houver poder para processar com autonomia. A independência para aplicação de pena a seu servidor é apenas o deságue final do princípio em tela, em sua vertente material, neste momento ratificado pela competência da Administração para sancioná-lo até mesmo com pena expulsiva nas condutas graves, prescindindo de prévia condenação judicial, seja em órbita penal, seja em órbita civil.

Positivando este entendimento no foco de interesse, ou seja, no que tange às orbitas civil e disciplinar, eis que a própria Lei nº 8.429, de 1992, reforça a regra geral da independência das instâncias, valorando esta autonomia procedimental ao longo de todo o transcurso dos dois ritos. Basta ver que, tanto em sua redação original quanto com as alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 2021, o *caput* do art. 12 e o art. 14, ambos da Lei nº 8.429, de 1992, reiteram os caminhos próprios a serem tomados por cada instrumentalização, já desde a deflagração das duas instâncias processuais, por meio de específicas representações, até as repercussões do ato de improbidade administrativa. A propósito, o citado art. 14 inicia o Capítulo V da Lei nº 8.429, de 1992, que deixa claro que, sem prejuízo de ação penal, o ato ímprobo pode alcançar duas repercussões, uma disciplinar e outra civil. E, no tema presente, assume especial e definitivo destaque o § 3º do art. 14 da Lei nº 8.429, de 1992, que estabelece que, caso se instaure processo disciplinar em razão do cometimento de ato ímprobo, a procedimentalização deve atender a legislação específica, ou seja, deve seguir todos os ditames da processualística disciplinar estatuída na Lei nº 8.112, de 1990. Acrescente-se que na redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021, já desde a ementa, se passa a ter inequívoca a teleologia da Lei nº 8.429, de 1992, qual seja, de atender a determinação constitucional para regulamentar a procedimentalização e a gradação do sancionamento apenas na instância civil.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*

> *Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.*
> *§ 1º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.*
> *§ 2º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, no termos do art. 22 desta Lei.*
> *§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos, observada a legislação que regula o processo administrativo disciplinar aplicável ao agente. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*

Relembre-se que em **1** se introduziu uma acepção bastante ampla do que seja Direito Administrativo Sancionador, ramo jurídico que abarca tanto o Direito Disciplinar como um todo quanto esta vertente específica do Direito Civil que também tutela a probidade administrativa. Não obstante, não apenas inexiste relação de vinculação ou dependência, de ambos os lados, quando o Direito Disciplinar e também o Direito Civil, em uma espécie de ficção jurídica, fragmentam e concentram suas atuações no interesse específico do controle da probidade administrativa como também prevalece a regra geral de autonomia entre as instâncias disciplinar e civil como um todo, em seus respectivos espectros amplos.

A jurisprudência reforça este entendimento, registrando de forma indubitável que a apenação administrativa decorrente de apuração de ato ímprobo em processo disciplinar é independente do sancionamento judicial decorrente de apuração do mesmo ato em ação civil pública de improbidade administrativa. Mais que isto: a questão é tão solidificada que há até a Súmula nº 651 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), acerca da autonomia administrativa para demissão, abordando exatamente o cometimento de ato de improbidade administrativa. Na mesma linha segue a doutrina da Controladoria-Geral da União (CGU).

> *STF, Primeira Turma, Ministro Relator Roberto Barroso, Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 736.351/SC, DJe 11/12/2013, Ementa: "O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a aplicação de penalidade na instância administrativa é independente das esferas penal, cível e de improbidade administrativa."*

> *STJ, Súmula nº 651: "Compete à autoridade administrativa aplicar a servidor público a pena de demissão em razão da prática de improbidade administrativa, independentemente de prévia condenação, por autoridade judiciária, à perda da função pública."*

> *"Posteriormente, foi editada a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) com o objetivo de estabelecer os limites jurídicos ao conceito de improbidade administrativa e suas repercussões na esfera cível, independentemente das searas penais e administrativas. Frise-se que este diploma não exauriu as competências das entidades administrativas no que tange às apurações da prática de atos de improbidade administrativa. Ao contrário, delimitou as fronteiras das espécies de atos ímprobos, sancionando tais condutas em esfera diversa da estritamente disciplinar ou mesmo penal, mas preservando-as.*
> *Assim, as apurações da prática de atos de improbidade administrativa poderão desenrolar-se administrativamente, por ensejar a conduta indisciplinar prevista no art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90, penalmente, quando implicar a prática de tipo criminal previsto na legislação penal, e, também, civilmente, nos moldes da própria Lei nº 8.429/92.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 311, 2013, disponível em*

http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13

Concentrando a discussão nas duas únicas esferas que aqui interessam, ou seja, nas órbitas civil e administrativa (visto que a controvérsia não envolve a esfera penal - aliás, registre-se que a única menção a crime na Lei nº 8.429, de 1992, é no *caput* do seu art. 19, que tipifica a representação dolosamente infundada por alegado ato de improbidade administrativa contra alguém que se sabe inocente), em razão do inafastável princípio da independência das instâncias, é possível que uma mesma conduta concreta acarrete, mediante ação civil pública de improbidade administrativa e decisão judicial e mediante processo disciplinar e julgamento administrativo, apenações cumulativas sob ambos prismas (em que, por exemplo, a primeira pode aplicar a pena de perda da função pública - mais especificamente perda do cargo - e a segunda pode aplicar a pena de demissão, sem que se configure *bis in idem*), bem como também pode redundar em apenação na instância civil e não importar sanção disciplinar e vice-versa, com concordância jurisprudencial.

> *STJ, Segunda Turma, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, Recurso Especial nº 1.364.075/DF, DJe 02/12/2015, Ementa: "2. A apuração de falta disciplinar realizada no PAD não se confunde com a ação de improbidade administrativa, esta sabidamente processada perante o Poder Judiciário, a quem cabe a imposição das sanções previstas nos incisos do art. 12 da Lei n.º 8.429/92.*
> *3. Há reconhecida independência das instâncias civil, penal e administrativa, que é afastada quando a esfera penal taxativamente afirmar que não houve o fato, e/ou, acaso existente, houver demonstrações inequívocas de que o agente não foi o seu causador. Este fundamento, inclusive, autoriza a conclusão no sentido de que as penalidades aplicadas em sede de processo administrativo disciplinar e no âmbito da improbidade administrativa, embora possam incidir na restrição de um mesmo direito, são distintas entre si, tendo em vista que se assentam em distintos planos.*
> *4. Isso porque, dentre outros fatores de diferenciação, nos termos do art. 12 da Lei nº 8.429/92, a sanção referente à perda da função pública é aplicável (desde que presentes os requisitos da proporcionalidade e da razoabilidade) a todos os atos de improbidade administrativa, sejam eles causadores de lesão ao Erário, ensejadores de enriquecimento ilícito e/ou violadores dos princípios da Administração Pública.*
> *5. Por outro lado, nem todas as faltas funcionais previstas na lei de servidores públicos ensejam a aplicação da demissão, sendo que, dada as consequências de tal penalidade, somente aquelas consideradas mais nocivas aos deveres funcionais do agente público no exercício da função pública são hábeis a fundamentar a imposição de tal penalidade."*

> *STJ, Terceira Seção, Ministra Relatora Laurita Vaz, Mandado de Segurança nº 14.140/DF, DJe 08/11/2012, Ementa: "5. O fato de o ato demissório não defluir de condenação do servidor, exarada essa no bojo de processo judicial, não implica ofensa aos ditames da Lei n.º 8.492/92, nos casos em que a citada sanção disciplinar é aplicada como punição a ato que pode ser classificado como de improbidade administrativa, mas não está expressamente tipificado no citado diploma legal, devendo, nesses casos, preponderar a regra prevista na Lei n.º 8.112/90.*
> *6. Os comportamentos imputados à Impetrante são aptos a alicerçar a decisão de demissão, porquanto passíveis de subsunção ao tipos previstos nos arts. 117, inciso IX, e 132, incisos IV, IX e XIII, da Lei n.º 8.112/90 e, portanto, mostra-se perfeitamente razoável e proporcional a pena aplicada à ex-servidora."*

Em breve parêntese na discussão sobre o princípio da independência das instâncias, tendo se mencionado a pena de perda da função pública (que é um gênero que comporta, em

especial, a perda do cargo quando o infrator é servidor), pode-se registrar, a mero título informativo, três detalhes a seu respeito. A exemplo do que já se mencionou em **4.7.4.1.2**, para a demissão em razão de crime contra a Administração Pública, esta sanção de natureza civil, determinada pelo magistrado na ação civil pública de improbidade administrativa, somente produz seu efeito no âmbito administrativo, de rompimento do vínculo funcional estatutário, com o trânsito em julgado daquela sentença judicial condenatória. A pena de perda da função pública decorre de decisão judicial ao fim da ação civil pública de improbidade administrativa e não se confunde com penas administrativas de demissão ou de cassação de aposentadoria, aplicadas pela autoridade administrativa ao fim do processo disciplinar. E a jurisprudência entende que a condenação judicial em ação civil pública de improbidade administrativa que importa na perda da função pública se estende a qualquer vínculo que o servidor condenado porventura ocupe ao tempo do trânsito julgado, inclusive provimento diverso daquele em que se deu o ato ímprobo e em razão do qual foi condenado.

> *STJ, Segunda Turma, Ministra Relatora Eliana Calmon, Recurso Especial nº 924.439, DJe 19/08/2009, Ementa: "1. Hipótese em que o Tribunal de origem deixou de condenar o agente na perda da função pública, sob o fundamento de que o mesmo não mais se encontrava no exercício do cargo, no qual cometeu os atos de improbidade administrativa.*
> *2. A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida.*
> *3. A sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irrecorrível."*

Mas é de se reconhecer que o princípio da independência das instâncias, nos termos até aqui expostos, assegura, indubitavelmente, a autonomia para que cada esfera jurídica processe, julgue e sancione o servidor à vista de seus próprios regramentos. Não obstante, não se extrai com plena convicção que o princípio em tela também autoriza que a Administração considere suficiente a subsunção de conduta concreta à previsão material genérica da Lei nº 8.112, de 1990, a despeito do rol de hipóteses legais definidas na Lei nº 8.429, de 1992. Ou seja, se, por um lado, é certo que o preceito confere à instância disciplinar autonomia, em face da instância civil, para processar e punir o servidor ímprobo, por outro lado, deve-se reconhecer que não é cristalino que conceda independência para considerar o enquadramento disciplinar à margem dos tipos civis. E este justamente é o núcleo da questão sob discussão.

Ainda que pertinente esta ressalva, é possível sim estender a interpretação extraível do princípio da independência das instâncias a fim de se tentar avançar na tese da permissão para que a esfera disciplinar interprete que também o ato de enquadrar estatutariamente a conduta independe do ato da instância civil de tipificá-la.

Ora, se o princípio em tela, positivado nas Leis nº 8.112, de 1990, e nº 8.429, de 1992, e consagrado na jurisprudência (inclusive sumular) assegura que a Administração sancione seu servidor por ato de improbidade administrativa independentemente da instância civil e, como corolário lógico, estende desde antes esta autonomia também para o emprego do respectivo devido processo constitucional, é de se questionar por que a desvinculação também não contemplaria o inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, em face das hipóteses legais desdobradas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429, de 1992. O argumento se fortalece à vista do fato de que estas definições materiais não se confundem com tipos penais aos quais, com exclusividade, é conferida a prerrogativa de prevalência, conforme concede de forma excludente o art. 126 da Lei nº 8.112, de 1990.

Soaria até contraditória a tese de que para ter repercussão disciplinar, a conduta

concreta também teria de se subsumir a alguma hipótese legal da Lei nº 8.429, de 1992, posto que este mesmo conjunto fático seria submetido a uma única definição material jurídica, imposta pela instância civil à instância disciplinar, e, no entanto, em razão da força inafastável do princípio em tela, justo esta esfera de menores regramentos instrumentais poderia absolver o servidor enquanto aquela primeira esfera, sob maiores rigores judiciais, poderia condená-lo.

Assim, com base no princípio da independência das instâncias, inicia-se o caminho a favor da construção da convicção de que o emprego do enquadramento no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, dispensa a subsunção fática do ato funcional também a alguma das hipóteses materiais definidas pela Lei nº 8.429, de 1992, posto que tal exigência é pré-condição apenas para a deflagração da ação civil pública de improbidade administrativa, a qual, por sua vez, pode desaguar nas pesadas sanções de natureza judicial. Em outras palavras, em um círculo de coerência procedimental e material com o texto da CF, tão somente para a aplicação destas penas previstas no § 4º do seu art. 37, o rito deve ser judicial, exatamente na instrumentalidade estabelecida pela Lei nº 8.429, de 1992, o que autoriza a interpretar que a conduta deve se subsumir a alguma definição material prevista nesta mesma Lei, como também entende a doutrina.

> *"Em resumo, as sanções não são penais ou administrativas; as matérias reguladas pela Lei Federal n. 8.429/92 são a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e o seu processo, nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal (...)." Wallace Paiva Martins Júnior, "Probidade Administrativa", pg. 176, Editora Saraiva, 1ª edição, 2001*

Não obstante o acima exposto, é certo que apenas com base no princípio da independência das instâncias restaria frágil a tese da autonomia do emprego do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, em face das definições materiais da Lei nº 8.429, de 1992. A construção desta convicção se fará como um caminho a se trilhar, a exemplo de um arco que somente se fechará quando se abordar o insuperável argumento de que, na prática, o ato de improbidade administrativa configura forte quebra da relação de confiança entre a Administração e o servidor e, nesta situação de extremada gravidade, atua, de forma excepcional, todo um arcabouço jurídico finalístico que aperfeiçoa e saneia a lacuna construtiva que o princípio em tela, quando empregado isoladamente, ainda permite subsistir.

Deve-se reconhecer que não cabe assegurar a existência de uma firme jurisprudência, seja no sentido da autonomia do emprego do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.429, de 1992, seja no sentido da vinculação de que a conduta concreta também se subsuma a alguma hipótese legal definida na Lei nº 8.429, de 1992. Não obstante, apresenta-se destacado julgado de extremo valor didático para o tema em tela.

> *STJ, Terceira Seção, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para o Acórdão Ministro Gilson Dipp, Mandado de Segurança nº 15.054/DF, DJe 19/12/2011, Ementa: "Infração disciplinar grave que constitui ato de improbidade é causa de demissão independente de processo judicial prévio. Independência das instâncias administrativa e instância judicial civil e penal. O que distingue o ato de improbidade administrativa da infração disciplinar por improbidade, e assim a necessidade ou não de prévia ação judicial, é a natureza da infração, pois a lei funcional tutela a conduta do servidor estabelecendo regime jurídico próprio enquanto a lei de improbidade dispõe sobre sanções aplicáveis a todos os agentes públicos, servidores ou não, no interesse da preservação e integridade do patrimônio público. Quando o ato do servidor é ato típico de improbidade em sentido estrito tipificado nos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.492/1992 e se pretende a aplicação das penalidades ali previstas, além da demissão, a investigação prévia deve ser judicial. As improbidades não previstas ou fora dos limites da lei de improbidade ainda quando se recomende a demissão, sujeitam-se à lei estatutária, prevalecendo portanto o art. 132, IV da Lei nº 8.112/90. Caso em que o servidor desatendeu*

regra de administração caracterizando comportamento infringente da disciplina estatutária. Falta grave que justifica a demissão."
Voto-vista do Ministro Relator para o Acórdão: "O que distingue o ato de improbidade administrativa da infração disciplinar, quando coincidentes na hipótese de fato, é a natureza da infração pois a lei funcional tutela a conduta do servidor estabelecendo um regime jurídico próprio enquanto a lei de improbidade dispõe sobre sanções aplicáveis a todos os agentes públicos, servidores ou não, bem assim no interesse da preservação e integridade do patrimônio público.
Tanto é assim que a Constituição dispôs no art. 37, § 4º, com relação aos servidores, que os atos de improbidade importarão na suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade (e perda) de bens e ressarcimento ao erário.
Embora a lei estatutária do servidor também tenha previsto como causa de demissão o ato de improbidade (art. 132, IV), daí não se segue que tenham uma só e mesma natureza como propõe o Ministro Relator, visto que a infração disciplinar e o ato de improbidade legalmente submetem-se cada qual a regime peculiar, e sobretudo, por essa mesma razão, não se excluem.
Assim, porque a Lei de Improbidade elenca nos arts. 9º, 10 e 11 apenas os atos de improbidade que importem a) em enriquecimento do servidor ou terceiro em razão do cargo, emprego ou função públicos; ou b) em lesão ao erário; ou ainda c) contra os princípios da administração, sujeitando-se (art. 12, expressamente) às penas ali previstas, independentemente das demais sanções penais, civis e administrativas da legislação específica.
Quer dizer, quando as infrações disciplinares alcançam potencial de improbidade compatível (isto é, quando sujeitas à pena de demissão, suspensão de direitos políticos, indisponibilidade de bens ou ressarcimento ao erário) podem ser objeto de processo e aplicação das penas previstas na Lei de Improbidade tanto como da lei funcional, mas para a aplicação das penas de suspensão de direitos políticos, indisponibilidade de bens ou ressarcimento ao erário, porque não há previsão na lei funcional, só se procederá judicialmente.
Isso significa dizer que as improbidades não previstas ou fora dos limites da Lei nº 8.429/92, continuam sujeitas à lei estatutária funcional, ou até mesmo quando identificadas na lei de improbidade, mas que pela importância ou envergadura não se sujeitem às penas ali cogitadas admitem a sanção administrativa.
Assim, quando se pretende a caracterização de ato de improbidade previsto nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 e se pretende a aplicação das penalidades ali previstas além da demissão, a investigação deve ser judicial. Ao contrário, se a improbidade é de menor importância que não resulte na penalização da Lei de Improbidade ou não constitua improbidade contra a administração ou o erário, a pena administrativa, inclusive de demissão poderá ser imposta em processo administrativo. (...) De fato, o entendimento de que as infrações disciplinares de improbidade, em qualquer caso, estariam sujeitas à ação judicial implica manifesta desatenção ao texto constitucional e aniquilação do poder de autotutela da administração, com sério reflexo na autonomia administrativa do Poder Executivo."

Mais que isto, o STJ adotou uma tese de impacto para o tema em tela, em no mínimo dois compilados seus sobre processo disciplinar, a saber, "Jurisprudência em Teses nº 142" e "Jurisprudência em Teses nº 154", que são relevantes publicações institucionais, ao assentar, na Tese nº 6 do primeiro e na Tese nº 35 do segundo, absolutamente iguais, que é possível a Administração empregar as hipóteses legais da Lei nº 8.429, de 1992, para definir o enquadramento disciplinar expulsivo no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990. Ao redigir as Teses inserindo ideia de possibilidade, pode-se interpretar, claramente, que a Corte Superior teve a cautela de manifestar, por duas vezes, que, em seu entendimento, não é

obrigatória e necessária a vinculação do enquadramento disciplinar à definição material da Lei nº 8.429, de 1992.

> *STJ, Jurisprudência em Teses nº 142, Tese nº 6 e Jurisprudência em Teses nº 154, Tese nº 35: "É possível utilizar a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.492/1992), em interpretação sistemática, para definir o tipo previsto no art. 132, IV, da Lei n. 8.112/1990 e justificar a aplicação de pena de demissão a servidor."*
> *Julgados: MS 21937/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, julgado em 28/08/2019, DJe 23/10/2019; MS 21708/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 08/05/2019, DJe 11/09/2019; MS 17151/DF, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 13/02/2019, DJe 11/03/2019; AgRg nos EDcl no REsp 1459867/MA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 13/11/2015; MS 18504/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 09/10/2013, DJe 02/04/2014.*

Neste ponto, é interessante acrescentar que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) já se manifestou em sintonia com a linha ora defendida, no seu Parecer PGFN/Coged nº 7.175/2022, exarado já após a sanção da Lei nº 14.230, de 2021, e o fez com argumentação bastante similar, igualmente se baseando não apenas no princípio da independência das instâncias mas também em manifestações jurisprudenciais, incluindo o julgado acima reproduzido.

> *Parecer PGFN/Coged nº 7.175/2022: "49. O art. 125 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, preceitua que "As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si". Sabe-se da independência das instâncias administrativa, cível e penal. Nesse contexto, os fatos apurados no âmbito do PAD e de uma ação civil pública de improbidade administrativa têm contornos diferentes.*
> *50. O art. 132, IV, da Lei nº 8112, de 1990, tem como hipótese de demissão a prática de ato de improbidade administrativa, antes mesmo do advento da Lei nº 8.429, de 1992.*
> *51. A independência das instâncias civil e administrativa permite que o processo disciplinar tenha tramitação independente da ação civil pública em que seja apurada improbidade administrativa, ainda que sejam coincidentes as hipóteses de fato, pois não há identidade quanto à natureza entre a infração prevista na Lei de Improbidade Administrativa e a infração funcional apurada na esfera disciplinar.*
> *52. É imperioso trazer o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que a previsão na lei estatutária de sanção disciplinar por ato de improbidade (art. 132, IV), não é idêntica e não segue a mesma natureza do previsto na Lei nº 8.429, de 1992 (MS 15.054/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 25/05/2011, DJe 19/12/2011), tendo concluído a Corte Superior que o tipo previsto no artigo 132, inciso IV da Lei nº 8.112, de 1990, continua válido. Isso porque no procedimento administrativo, o servidor responde por transgressão ao dispositivo legal que determina ser seu dever proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública. Vejamos:*
> *'Mandado de Segurança. Servidor Público. Demissão. Lei de Improbidade Administrativa. Revogação do Regime Jurídico dos Servidores Federais. Não Ocorrência. Desvio de Função. Irrelevância. Atos Ilícitos Apurados que não Dependiam de Conhecimento Técnico. Cerceamento de Defesa. Não configuração. Defesa Escrita Apresentada por Advogado Regularmente Constituído. Princípio da Proporcionalidade. Atos de Natureza Grave. Argumentação Insuficiente. Segurança Denegada. 1. A chamada 'Lei de Improbidade Administrativa', Lei 8.429/92, não revogou, de forma tácita ou*

> *expressa, dispositivos da Lei 8.112/90, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. Aquele diploma legal tão-somente buscou definir os desvios de conduta que configurariam atos de improbidade administrativa, cominando penas que, segundo seu art. 3º, podem ser aplicadas a agentes públicos ou não. Em conseqüência, nada impede que a Administração exerça seu poder disciplinar com fundamento em dispositivos do próprio Regime Jurídico dos Servidores, tal como se deu no caso vertente. (…) (MS 12.262/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 27/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 461)'*
> *(...)*
> *53. Destaca-se a autonomia da sanção disciplinar por ato de improbidade administrativa aplicada no bojo de um processo disciplinar. Nesse desiderato, colha-se trecho do voto do Ministro Gilson Dipp no MS 15054, que bem distinguiu a infração disciplinar do ato de improbidade sujeito a processo judicial, afirmando a autonomia da sanção disciplinar: (...)"*

E assume ainda maior relevância uma segunda manifestação, também no âmbito da AGU, desta vez da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares, da Consultoria-Geral da União (CNPAD/CGU/AGU), estampada no Parecer n° 5/2022/CNPAD/CGU/AGU, que, ao final, foi adotado pelo Advogado-Geral da União no Parecer AGU nº BBL-8. Apesar de o Parecer CNPAD/CGU/AGU se dedicar à análise da não retroatividade benigna das alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 2021, há uma passagem em que aborda o tema aqui em análise, inclusive mencionando os mesmos julgados citados pelo suprareproduzido Parecer PGFN. A peça de assessoria jurídica adotada pelo Advogado-Geral da União reitera que a densidade material do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, reside, de forma suficiente, no § 4º do art. 37 da CF, e não na posterior Lei nº 8.429, de 1992, à qual atribui aplicabilidade meramente subsidiária.

> *Parecer AGU nº BBL-8, vinculante: "50. No que concerne à sanção a servidores públicos, é oportuno destacar que a Lei nº 8.112, de 1990, em seu artigo 132, inciso IV, previu, desde sua redação original, a pena de demissão para quem tenha incidido em improbidade administrativa. A redação do Estatuto é anterior à Lei 8.429, de 1992, mas isso não significa ausência de tipicidade da conduta, pois, desde 5 de outubro de 1988, a CF prevê o repúdio a atos que atentem contra os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (no seu artigo 37, caput). E o repúdio à improbidade administrativa não foi inaugurado pela Lei nº 8.429, de 1992. No passado, as Leis Pitombo Godoy Ilha e Bilac Pinto (Leis nºs 3.164, de 1º de junho de 1957 e 3.502, de 21 de dezembro de 1958) instituíram a responsabilização por improbidade.*
> *51. O ato ímprobo é fato jurídico passível de apuração e penalização nas esferas penal, civil e administrativa. A diretriz constitucional estampada no artigo 37, 4º criou um sistema de combate a atos ímprobos e, no que concerne ao servidor público, a sanção é devida uma vez atendida a exigência constitucional fixada no artigo 41, § 1º, inciso II.*
> *53. A corroborar a não aplicação da retroatividade das novas disposições da LIA aos casos disciplinares já julgados no âmbito administrativo, convém trazer o entendimento do STJ de que a previsão na lei estatutária de sanção disciplinar por ato de improbidade (artigo 132, IV) não é idêntica e não segue a mesma natureza do previsto na Lei nº 8.429, de 1992 (MS 15.054/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 25/05/2011, DJe 19/12/2011), tendo concluído a Corte Superior que o tipo previsto no artigo 132, inciso IV da Lei nº 8.112, de 1990, continua válido sendo sanção disciplinar autônoma em relação à LIA. Isso porque, no procedimento administrativo, o servidor responde por transgressão ao dispositivo legal que determina ser seu dever proceder na vida*

pública e privada de forma que dignifique a função pública.
(...)
(MS 12.262/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 27/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 461)"
"Mandado de Segurança. Administrativo. Servidor Público. Auditor Fiscal da Receita Federal. Enriquecimento Ilícito. Remessa de Valores para o Exterior, sem Declaração de Imposto de Renda. Conduta Ímproba. Processo Administrativo Disciplinar - PAD. Prova Emprestada do Juízo Criminal. Observância do Contraditório. Independência das Instâncias Civil, Penal e Administrativa. Pena de Demissão Imposta pela Administração. Ausência de Ilegalidade. Direito Líquido e Certo Indemonstrado.
(...)
4. Embora possam se originar a partir de um mesmo fato, a apuração de falta administrativa realizada no PAD não se confunde com a ação de improbidade administrativa, esta sabidamente processada perante o Poder Judiciário, a quem cabe a imposição das sanções previstas nos incisos do art. 12 da Lei nº 8.429/92. Há reconhecida independência das instâncias civil, penal e administrativa.
5. A pena de demissão não é exclusividade do Judiciário. Na realidade, é dever indeclinável da Administração apurar e, eventualmente, punir os servidores que vierem a cometer ilícitos de natureza disciplinar. (...)
7. Segurança denegada. Agravo regimental prejudicado. (MS 12.536/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 26/9/2008)"
54. Extrai-se do voto da Ministra Relatora Laurita Vaz no MS 12.536:
'Embora possam se originar a partir de um mesmo fato, a apuração de falta administrativa realizada no PAD não se confunde com a ação de improbidade administrativa, esta sabidamente processada perante o Poder Judiciário, a quem cabe a imposição das sanções previstas nos incisos do art. 12 da Lei nº 8.429/92.
A legislação aplicável, no caso, foi a Lei nº 8.112/90, que dispõe:
'Art. 116. São deveres do servidor:
[...]
IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;'
'Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:
[...]
IV - improbidade administrativa;'
E, como a Lei do Regime Jurídico Único não esmiúça as condutas passíveis de configurar improbidade administrativa, o Administrador, validamente, se utilizou, de forma subsidiária, dos conceitos e definições contidas na Lei nº 8.429/92, de onde se lê:
'Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições [...].'
Conforme bem anotado pela Autoridade Impetrada, litteris:
'A conduta do autor foi tipificada no artigo 132, inciso IV, da Lei n.º 8.112/90. A CI, seguindo entendimento já expresso pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - Parecer PGFN/CJU/N.º 155/2000, utilizou-se tão-somente dos conceitos contidos na lei n.º 8.429, de 1992.
[...]
Como se vê, a Lei nº 8.112/90, de 1990 apenas se socorre subsidiariamente da Lei nº 8.429, de 1992 para conceituar o que é improbidade administrativa. Ademais, inclusive o processamento do apuratório, atém-se ao rito definido na própria Lei nº 8.112/90, de 1990'.'"

Indo além do arrazoado baseado no princípio da independência das instâncias e não obstante a ausência de pacificada jurisprudência, a discussão do presente tópico, qual seja, da

desnecessidade de subsunção de uma conduta concreta às hipóteses legais desdobradas nos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429, de 1992, para poder ser enquadrada no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, como ato de improbidade administrativa, e acarretar as consequências jurídicas, sobretudo de aplicação de pena expulsiva de demissão ou de cassação de aposentadoria, se aprimora com diversos outros argumentos baseados no ordenamento legal e de crescente grau de convencimento.

Após a longa e reconhecidamente insuficiente argumentação baseada no princípio da independência das instâncias, prosseguindo em busca do caminho a se percorrer até se fechar o arco do convencimento, cabe trazer à tona os argumentos legais baseados no sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, nos bens jurídicos tutelados e nas relações normativas tanto especial e geral quanto específica e genérica existentes entre as Leis nº 8.112, de 1990, e nº 8.429, de 1992.

Neste rumo, é possível extrair dos comandos do § 1º do art. 1º e do § 2º do art. 11, ambos da Lei nº 8.429, de 1992, que mencionam a possibilidade de existência de atos de improbidade administrativa descritos em leis especiais e de tipos especiais de atos ímprobos previstos em quaisquer outros diplomas legais extravagantes, que a própria Lei permite considerar que suas definições materiais não encerram lista exaustiva. A Lei nº 8.429, de 1992, declara que não é exclusividade sua definir atos ímprobos. Com esta acepção, cabe aduzir que o inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, é um exemplo desta possibilidade especial de previsão legal de ato de improbidade administrativa, conforme se mencionou quando se descreveram argumentos da tese da vinculação material. Em outras palavras, se compreende que o § 1º do art. 1º e o § 2º do art. 11, ambos da Lei nº 8.429, de 1992, como dispositivos legais de natureza geral, contemplam o inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, como um dispositivo legal de natureza especial a compor o sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa. Estas diferentes naturezas de aspecto formal entre normas (especial e geral) decorrem das distintas relações de sujeição, se especial ou se geral, que o Estado mantém com os respectivos polos passivos das distintas Leis.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 1º*
> *§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *Art. 11.*
> *§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

A propósito, cabe aprofundar a análise do mencionado sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, previsto no *caput* e no § 4º do art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992. Mas, antes, que se deixe claro: não coube exatamente nem à Lei nº 8.429, de 1992, e tampouco à Lei nº 14.230, de 2021, por obra do legislador ordinário, criar tal sistema. Esta segunda Lei tão somente teve, neste aspecto, a qualidade de expressá-lo no ordenamento legal; mas é certo que o sistema em tela é extraível desde o texto constitucional (por meio, por exemplo, dos já citados § 4º do art. 37 e inciso II do § 1º do art. 41, ambos da CF), por determinação do legislador constituinte. Pode-se dizer que este sistema, embora positivado somente a partir da redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021, à Lei nº 8.429, de 1992, reside no ordenamento pátrio desde a CF, em especial na relevância atribuída no *caput* do art. 37 à moralidade administrativa e de onde se extraem distintas configurações materiais, específicas ramificações processuais e respectivas repercussões jurídicas (disciplinar, civil e, pode-se dizer, até penal, embora esta já se dê fora do sistema em si), sob regência da autonomia das instâncias, ainda que para uma mesma conduta concreta.

Não obstante, de fato, a expressa positivação do sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa trata-se de uma (rara) elogiável inovação trazida pela Lei nº 14.230, de 2021, uma vez que inexistia na redação original daquela primeira Lei esta percepção da necessidade do tratamento estatal da improbidade administrativa se dar de forma sistêmica. Indubitavelmente, a criação formal deste sistema em lei, agregando prestígio e relevância ao tema, configura um avanço no combate às condutas ímprobas. Indo além da reativa punição de agentes públicos em razão do cometimento de ato de improbidade administrativa, também se incluem nos objetivos do sistema em comento as ações prospectivas e proativas de prevenir e de persuadir, a fim de que tais condutas sequer cheguem a se concretizar. Também é elogiável a positivação de que se aplicam a este sistema específico todos os princípios constitucionais que irrigam o Direito Administrativo Sancionador, primados estes que, em sua grande maioria, refletem direitos e garantias fundamentais individuais estampados no art. 5º da CF. A propósito, relembre-se, novamente, que em **1** se introduziu uma acepção bastante ampla do que seja Direito Administrativo Sancionador, ramo jurídico que abarca tanto o Direito Disciplinar como um todo quanto a vertente específica do Direito Civil que também tutela a probidade administrativa, o que reforça a ideia sistêmica. Tanto a ratificação e o fortalecimento do sistema em si quanto a garantia da aplicação da base principiológica constitucional se desdobram, guardadas as devidas peculiaridades, para a instância civil e para a instância disciplinar. Ou seja, apesar da autonomia ora defendida para os processamentos e para os sancionamentos dos atos ímprobos nas esferas civil e disciplinar, as duas repercussões jurídicas cíveis devem atender aos regramentos elementares deste sistema.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelará a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

Diante da amplitude dos bens jurídicos tutelados pelo sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, que serão apresentados de forma mais detalhada em **4.7.4.4.2**, andou bem o legislador ordinário ao prever que sua atuação se dá, *a priori*, nos termos regulamentados pela própria Lei nº 8.429, de 1992, mas sem prejuízo de ter ressalvado, nos acima mencionados § 1º do seu art. 1º e no § 2º do seu art. 11, a possibilidade de leis especiais também tratarem do tema do controle da probidade administrativa. Não se tem dúvida da centralidade que a Lei nº 8.429, de 1992, como não poderia ser diferente, assume no tal sistema, mas também se sabe que a visão sistêmica não se encerra exclusivamente neste diploma legal. Pode-se dizer, portanto, que o sistema mencionado por esta Lei, advindo desde a base constitucional, na verdade, comporta distintos subsistemas que convivem com harmonia, na busca de suas específicas tutelas, como também entende a jurisprudência. Assim, por exemplo, se pode interpretar que o subsistema específico de responsabilização civil por atos de improbidade administrativa advém do § 4º do art. 37 da CF, enquanto o subsistema específico de responsabilização disciplinar por atos de improbidade administrativa advém do inciso II do § 1º do art. 41 da CF.

> *STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Herman Benjamin, Mandado de Segurança nº 16.418/DF, DJe 24/08/2012, Ementa: "1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por ex-auditor-fiscal da Receita contra ato emanado pelo Ministro de Estado da Fazenda, que o demitiu após Processo Administrativo Disciplinar, em razão de o impetrante ter deixado de praticar atos de ofício e tê-los cometido em desacordo com seus deveres funcionais, proporcionando vantagem indevida para si e para outrem.*

> *2. Embora a questão não tenha sido debatida pelas partes, foi trazida pelos eminentes pares a impossibilidade de condenar servidor público à demissão em razão de Processo Administrativo Disciplinar por fato subsumível à Lei de Improbidade Administrativa. Porém, não se aplicou administrativamente a demissão, mas sim a cassação de aposentadoria prevista no art. 127, IV, da Lei 8.112/1990.*
> *3. Superado tal óbice, não há incompatibilidade entre o art. 20 da LIA e os arts. 127 e 132 da Lei 8.112/1990. A Constituição prevê o repúdio a atos que atentem contra os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). Não bastasse isso, as Leis Bilac Pinto e Pitombo Godoy Ilha (Leis 3.164/57 e 3.502/58) há meio século instituíram o repúdio à má utilização da máquina pública, ao estabelecerem o sequestro e a perda de bens em favor da Fazenda Pública quando adquiridos pelo servidor público por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha incorrido. Dessa forma, o repúdio axiomático à improbidade administrativa não é propriamente uma novidade no sistema.*
> *4. A própria LIA, no art. 12, caput, dispõe que 'independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato'. Isso quer dizer que a norma não criou um único subsistema para o combate aos atos ímprobos, e sim mais um subsistema, compatível e coordenado com os demais.*
> *5. Tal fato é corroborado pelo disposto no art. 41, §1º, II, da CF, que dispõe que: '§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (...) II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa'.*
> *6. A interpretação sistemática do art. 20 da LIA indica tão somente ser vedada a execução provisória de parcela das sanções previstas no art. 12 do mesmo diploma. Não se estabeleceu aí uma derrogação de todo e qualquer dispositivo presente em outra esfera que estabeleça a condenação de mesmo efeito; tampouco se quis criar lei mais benéfica ao acusado, por meio de diploma que ostensivamente buscava reprimir condutas reprováveis e outorgar eficácia ao comando constitucional previsto no art. 37, § 4º - afinal, é inconcebível que uma lei redigida para coibir com maior rigor a improbidade administrativa no nosso País tenha terminado por enfraquecer sua perquirição. Precedentes do STJ e do STF."*

Em leitura apressada, a positivação deste sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, centralizado na Lei nº 8.429, de 1992, poderia conduzir à incorreta interpretação de que todos os seus dispositivos, sejam aqueles instrumentais, sejam aqueles materiais, se aplicariam indistintamente para os reflexos civil e disciplinar dos atos ímprobas. De forma mais específica para o foco deste texto, a determinação da Lei nº 8.429, de 1992, contida no *caput* do art. 1º, de que a responsabilização por atos ímprobos deve seguir os seus próprios ditames poderia nublar a visão hermenêutica e apontar para a tese de que seria necessário que as condutas concretas se subsumissem às hipóteses legais da Lei nº 8.429, de 1992, para repercutirem disciplinarmente. Mas, felizmente, no próprio texto da Lei nº 8.429, de 1992, e consequentemente, no próprio âmbito do sistema, se obtém a resposta de que não prevalece esta tese da dependência material. O § 1º do art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992, estende a normatização material sistêmica não só às hipóteses legais elencadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta mesma Lei como também contempla as previsões materiais previstas em leis especiais.

Já se apontou linhas acima que, sob aspecto formal, a Lei nº 8.112, de 1990, no que tange à responsabilização funcional por ato de improbidade administrativa, é um diploma legal especial em relação à Lei nº 8.429, de 1992, de natureza geral. Assim, o inciso IV do art.

132 da Lei nº 8.112, de 1990, sendo esta norma especial, cumpre parte do requisito formal exigido no § 1º do art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992, quando este exige "leis especiais" para que, de forma autônoma, também integre o sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa. Mas, tomando-se como paradigma a definição material pormenorizada das hipóteses legais de improbidade administrativa na Lei nº 8.429, de 1992, e atentando para o detalhe de que a redação do § 1º do art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992, menciona "tipos", instituto que, *a priori*, exige melhor definição descritiva, se poderia entender que o aspecto genérico daquele enquadramento estatutário não permitiria a sua inclusão. Todavia, a leitura atenta do § 1º do art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992, resolve permissivamente a questão, uma vez que o legislador ordinário não exigiu que os tipos das leis especiais a serem sistemicamente incluídos para ganharem aplicação autônoma fossem "definidos", mas sim que fossem simplesmente "previstos". De fato, o inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, não obstante esta ser uma lei especial, não define o que sejam os atos de improbidade administrativa a serem enquadrados; ao contrário apenas prevê sua inclusão no regime disciplinar. Só que esta previsão é o requisito formal complementar suficiente, conforme o § 1º do art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992, para que seja abarcado no sistema, como um de seus subsistemas, e que, no seu âmbito, tenha aplicação autônoma que dispensa a subsunção das condutas concretas também às hipóteses legais definidas na Lei nº 8.429, de 1992.

Sabe-se que, de forma sintética, o Direito se funda na imposição de proposições prescritivas de comportamento, que podem ser dirigidas apenas a algum grupo social ou a diferentes grupos sociais ou a toda sociedade, aos quais impõe repercussões jurídicas (em geral, na forma de sanções) em caso de descumprimento daqueles comandos. Assim, diante desta necessária modulação de como o Direito regulamenta diferente temas e em face de diversos grupos sociais destinatários, em nada afronta, nega ou prejudica a noção sistêmica introduzida pela Lei nº 14.230, de 2021, o fato de, para determinado grupo de destinatários, a Lei nº 8.429, de 1992, definir hipóteses materiais bastante bem delineadas, ao mesmo tempo em que outra Lei especial, a Lei nº 8.112, de 1990, apenas prevê enquadramento. Afinal, apesar da indiscutível centralidade assumida pela Lei nº 8.429, de 1992, no tema da improbidade administrativa, este próprio diploma legal estabelece que suas definições não são excludentes e exclusivas. A visão salutar de um sistema de combate à improbidade administrativa não requer um Direito monolítico. Em outras palavras, a existência do sistema não apenas não significa lista exaustiva de normas de regência do tema da improbidade administrativa como também não impõe que as normas existentes tenham, todas, previsões materiais submissas às definições de atos ímprobos adotadas pela norma central.

Mais que isto (ou seja, para além do aspecto formal que diferencia normas entre especiais e gerais), mais que apenas ser um dispositivo legal de natureza especial definidor de ato de improbidade administrativa fora do escopo da Lei nº 8.429, de 1992, de natureza geral, se tem que, sob análise hermenêutica, o inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, é específico em relação às definições materiais daquela primeira Lei, que figura como genérica. Ao se contrapor a norma específica com a norma genérica vai-se além da simples diferenciação de ambas em seu aspecto formal (de especial ou de geral) e colocam-se aqui suas qualidades hermenêuticas de valerem como norma específica ou como norma genérica inclusive como critério de resolução de concurso aparente de infrações (o critério da especialidade). Isto porque, no macrotema da relação estatutária existente entre o servidor e a Administração, no que tange ao regramento disciplinar, todos os dispositivos encartados desde o art. 116 até o art. 182 da Lei nº 8.112, de 1990, nos seus Títulos IV e V, que regulamentam o regime e o processo disciplinares, se qualificam como específicos, enquanto toda a Lei nº 8.429, de 1992, não passa de uma lei genérica.

É fácil de se perceber esta posição específica da Lei nº 8.112, de 1990, de incidência federal, porque todo seu arcabouço se funda na tutela restrita da regularidade da prestação do

serviço público e da higidez comportamental do quadro funcional, fortemente vinculada à manutenção da relação pessoalizada de confiança e de fidúcia entre a Administração e o servidor, conforme o vínculo diferenciado estatutário estabelecido em seus arts. 1º e 2º, de forma que qualquer relação processual que se estabeleça em seus moldes (podendo ter como objeto qualquer aspecto da vida funcional), sempre de natureza administrativa, concentra no polo ativo a Administração (por meio da União, das autarquias e das fundações públicas federais) e faz figurar no polo passivo exclusivamente o servidor regido por este Estatuto. De outro giro, diferentemente e de raio muito mais alargado, à luz da Lei nº 8.429, de 1992, de incidência nacional, tuteladora da probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e a integridade do patrimônio público e social, conforme os §§ 5º a 7º do seu art. 1º e seus arts 2º e 3º, qualquer relação processual que se estabeleça em seus moldes (exclusivamente tendo como objeto investigação ou apuração de ato de improbidade administrativa), sempre de natureza civil, abarca no polo ativo todos os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no âmbito da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal, e até, sob condições, algumas entidades privadas e pode ter no polo passivo agentes políticos, servidores e qualquer um que exerça mandato, cargo, emprego ou função (ainda que transitoriamente e sem remuneração e independentemente da forma de investidura) naqueles órgãos ou entidades, incluindo até, sob condições, particulares, quer pessoas físicas ou até mesmo jurídicas. Assim, pode-se dizer que as tutelas da Lei nº 8.429, de 1992, se fazem mais abrangentes, abarcando, para além dos focos mais concentrados da Lei nº 8.112, de 1990, questões de natureza patrimonial (exigindo ressarcimento do dano, por exemplo) e até questões de natureza política, impondo suspensão de direitos políticos e perda da função pública, que é um instituto que transcende a expulsão do cargo por demissão ou cassação de aposentadoria.

Assim, embora se trate de duas leis ordinárias em vigência simultânea e com pontos de contato em suas tutelas, as Leis nº 8.112, de 1990, e nº 8.429, de 1992, traçam raios de incidência distintos e regulamentam instâncias autônomas e independentes, com a segunda, na qualidade de norma genérica, prevendo e contemplando a coexistência da primeira, na qualidade de norma específica, em harmonia no sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, advindo desde o texto constitucional. No foco de presente interesse, enquanto a Lei nº 8.429, de 1992, reflete o subsistema que atende o comando do § 4º do art. 37 da CF, o inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, reflete o subsistema que atende o inciso II do § 1º do art. 41 da CF. Com isto, pode-se afirmar que, enquanto a incidência da Lei nº 8.429, de 1992, com suas definições materiais, deve se limitar ao âmbito das tutelas civis, a incidência do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, com sua previsão genérica, deve se cingir ao âmbito da relação estatutária da Administração com seus servidores.

Prosseguindo na linha evolutiva e crescente de argumentação baseada em lei, após se esgotar a tese mediante incidência do princípio da independência das instância e se apresentar uma parcela relevante de convencimento com base no sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, nos bens jurídicos tutelados e nas relações formais e hermenêuticas mantidas pelas Leis nº 8.112, de 1990, e nº 8.429, de 1992, cabe argumentar a favor da tese da independência do enquadramento no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, agora amparando-se na natureza aberta da norma estatutária quando elabora seus enquadramentos.

Nesta linha de compreensão, destaca-se que o enquadramento previsto no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, não possui natureza de norma em branco, ou seja, não exige complementação em outro dispositivo legal ou normativo para que seu conteúdo seja definido e para que se tenha, administrativamente, o que vem a ser ato de improbidade administrativa. Tomando emprestado em extensão o conceito advindo do Direito Constitucional, o enquadramento em tela não deve ser compreendido como se fosse uma norma de eficácia

limitada até o advento de norma integrativa. Se assim não fosse, se o legislador ordinário tivesse positivado, de forma expressa (como costuma fazer quando deseja mesmo impor este efeito), a condicionante exigidora de posterior definição em lei para a plena eficácia do dispositivo em tela, não se teria dúvida da necessária complementação a ser operada com as definições materiais da Lei nº 8.429, de 1922.

Ao contrário, diante da natureza aberta do citado enquadramento, o que é verdadeiramente indispensável é a ponderação de parâmetros de gravidade, diante da conduta de forte afronta à moralidade administrativa (ou à lealdade institucional ou à legalidade), aplicando-se caso a caso o princípio da proporcionalidade, a fim de segregar os efetivos e incomuns atos ímprobos das meras e frequentes condutas infracionais de natureza apenas comportamental, a exemplo não exaustivo daquelas incompatíveis com a moralidade administrativa ou de deslealdade institucional ou de inobservância de normas, enquadráveis respectivamente nos incisos IX, II ou III do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990. Não há arbítrio na aplicação do enquadramento em tela, uma vez que o aplicador do Direito, mediante trabalho hermenêutico de complementação valorativa, identifica e diferencia, dentre inúmeras condutas cotidianas de menor potencial ofensivo, aquelas que, de fato, são demarcadas pela gravidade, pelo ânimo subjetivo especificamente doloso de parte do agente e pela intolerável afronta a princípios reitores ou a bens jurídicos de tutela relevante, como é o caso, em especial, da indispensável relação pessoalizada de confiança entre a Administração e o servidor, e que, portanto, se justificam como merecedoras do enquadramento expulsivo especial.

Ademais, embora não seja desejável que a Administração incorra em excesso, jamais se pode olvidar, talvez como última linha salutar de balizamento, a ação saneadora externa, a cargo do Poder Judiciário, a fim de fazer prevalecer a adequada valoração proporcional aplicável ao caso concreto. Não raro, instadas a se manifestar, as Cortes Superiores assentam a necessária proporcionalidade diferenciadora de ilicitudes ordinárias das excepcionais condutas ímprobas.

> *STJ, Primeira Turma, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.518.33/PB, DJe 21/09/2018, Ementa: "1. Cinge-se a controvérsia em saber se à conduta imputada ao Alcaide demandado - atraso em prestação de contas - pode ser atribuído o rótulo de improbidade administrativa.*
> *2. A ilegalidade e a improbidade não são, em absoluto, situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), uma vez que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, destarte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave.*
> *3. Verifica-se, in casu, que houve a apresentação das contas, não obstante a destempo, bem como a inexistência de efeitos deletérios ao ente público decorrentes da conduta imputada ao acusado. 4. O mero atraso no cumprimento da obrigação de prestar contas, desassociado a outros elementos que evidenciem de forma clara a existência de dolo ou má-fé, não configura ato de improbidade previsto no art. 11, VI da Lei 8.429/92. 5. Agravo Interno do MPF a que se nega provimento."*

Ora, percebe-se que na edição tanto da Lei nº 8.027, de 1990, quanto da Lei nº 8.112, de 1990, o legislador ordinário considerou, à luz do que se compreende doutrinariamente como enquadramentos disciplinares, de construções mais abrangentes que os tipos penais, conforme já exposto em **4.6.3.1**, que a simples previsão de improbidade administrativa, no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, era e é suficiente para o processamento e para a consequente apenação do servidor ímprobo. Destaca-se que a postura redacional enxuta do legislador ordinário se reiterou na elaboração dos dois diplomas legais acima mencionados,

sancionados no intervalo de cerca de oito meses.

Concentrando a argumentação neste ponto na Lei nº 8.112, de 1990, por ser o estatuto vigente, é inconteste que o legislador ordinário quis mesmo redigir, no inciso IV do art. 132, um enquadramento de alcance genérico, como é, inclusive, a regra dos enquadramentos estatutários. Se houvesse a intenção de que a previsão do inciso IV do art. 132 fosse tratada como norma em branco, carecedora de complementação por outro diploma legal ou infralegal para ter seu sentido definido, teria o legislador ordinário empregado construções como "conforme dispuser a lei" ou "na forma da lei", que se veem em diversos dispositivos da Lei nº 8.112, de 1990, a exemplo do parágrafo único do art. 10, do *caput* do art. 11, do parágrafo único do art. 20, do inciso X do art. 102, do § 2º do art. 186, do § 2º do art. 243 e do *caput* do art. 249. Ou seja, quando quis dar a algum dispositivo da Lei nº 8.112, de 1990, o caráter de norma em branco, o legislador ordinário foi expresso, inclusive se podendo citar exemplos de definição legal dentro do próprio texto estatutário, como as definições que os seus arts. 118, 138 e 139 trazem para as materialidades de acumulação ilegal de cargos, de abandono de cargo e de inassiduidade habitual, genericamente apenas previstas nos incisos XII, II e III do seu art. 132 em cujo inciso IV se prevê a improbidade administrativa, e também a definição que o § 1º do seu art. 186 dá a doenças graves, contagiosas ou incuráveis, genericamente apenas previstas no inciso I do *caput* do mesmo art.

De outro lado, há inúmeros dispositivos da Lei nº 8.112, de 1990, de caráter de norma em aberto, inclusive no regime disciplinar, de forma que a natureza genérica da previsão de "improbidade administrativa", no inciso IV do art. 132, se amolda absolutamente consentânea e harmonizada com diversos outros exemplos de mesma espécie. Assim como o legislador ordinário apenas previu "improbidade administrativa", há no regime disciplinar estatutário - que não define hipóteses legais materiais conforme descritivamente a lei penal define tipos criminais - enquadramentos que mencionam também genericamente, com a natureza de normas em aberto, termos e expressões a exemplo de "zelo", "dedicação", "leal", "moralidade", "apreço ou desapreço" e, até mesmo no rol das materialidades expulsivas, "valer-se do cargo", "praticar usura", "forma desidiosa", "atividades incompatíveis", "incontinência", "escandalosa" e "corrupção". Pode-se afirmar que a regra geral do regime disciplinar estatutário é de ter previsões materiais de ilicitudes redigidas como normas em aberto, cujas aplicabilidades se aperfeiçoam tão somente com a motivada e proporcional valoração subjetiva de parte do aplicador do Direito, dispensando complementação em outro diploma legal ou normativo.

Portanto, como a lei estatutária não elabora sua lista material de enquadramentos no regime disciplinar seguindo a rigidez a que se obriga a lei penal quando define seus tipos criminais, é de se admitir que, a rigor, a Lei nº 8.112, de 1990, na lista de materialidades dos seus arts. 116, 117 e 132, como regra, não atende integralmente os já mencionados princípios da reserva legal e da anterioridade da lei penal, sintetizados no princípio da tipicidade e decorrentes do princípio da legalidade, na extensão destes primados da instância penal para a instância disciplinar. A exigência, válida na instância penal, de que exista prévia definição legal do crime é importada, com adaptação, para a instância disciplinar, em que a lei estatutária não define, no sentido estrito do termo, os enquadramentos e não precisa mesmo fazê-lo, bastando tão somente que os preveja, já contemplando a previsibilidade necessária para o atendimento do princípio da segurança jurídica, irrigado ainda pela atenção ao princípio da proporcionalidade. Não cabe, portanto, a crítica pontual e individualizada sobre o inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, visto a previsão genérica de enquadramentos ser de fato a regra. Assim, é perfeitamente plausível o processamento e a eventual posterior apenação expulsiva de servidor cuja conduta concreta se amolda ao conceito de improbidade administrativa construído jurisprudencial e doutrinariamente e sopesado por critérios valorativos proporcionais pelo operador do Direito.

Por fim, após um percurso crescente de argumentações baseadas no espectro legal, indo desde o incompleto argumento calcado no princípio da independência das instâncias até o argumento sólido acerca da natureza em aberto das previsões materiais estatutárias, atinge-se, enfim, o ápice na construção evolutiva da convicção favorável à autonomia do enquadramento no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, em face das hipóteses legais constantes da Lei nº 8.429, de 1992. E o fechamento do caminho que metaforicamente se trilhou como um arco a se fechar no mesmo ponto em que se iniciou a busca do convencimento se dá com a percepção de que o ato de improbidade administrativa, sob ótica da previsão genérica disciplinar, se aperfeiçoa, se parametriza, se sedimenta, se adensa quando a conduta concreta do servidor, tamanha a demonstração de mácula de integridade e de degeneração de caráter, atinge a repercussão extrema de fazer quebrar, com força incontrolada, a indispensável relação de confiança firmada entre a Administração e o agente público, desde sua investidura no cargo.

Para tanto, se faz necessário aqui abrir breve parêntese para rápida lembrança da improbidade trabalhista, prevista em gênero na alínea "a" do art. 482 do Decreto-Lei nº 5.452, de 1° de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Embora as instâncias trabalhista e disciplinar, de forma geral, preservem diferenças relevantes em termos de regime jurídico, guardam a afinidade de ambas serem esferas que, em síntese, tutelam relações laborais. Sim, por mais peculiar que seja o regime especial de sujeição estatutário, jamais se perca de vista que o servidor mantém com a Administração uma relação de trabalho. Inegavelmente, nas mais resumidas palavras, esta é a essência do vínculo estatutário: um regime jurídico ao qual o servidor adere não só com sua força de trabalho mas também com compromissos de postura proba e de dedicação ao múnus público, enquanto a Administração lhe assegura estabilidade, direitos (inclusive remuneratório) e vantagens e ao mesmo tempo forma expectativa de sua atenção a todos os deveres e proibições.

Ao contrário do que se poderia leiga e precipitadamente imaginar, justamente este regime especial de sujeição que liga o servidor à Administração em sua relação laboral, em lugar de inserir abissal diferença ou rejeição de valores associados a deveres e proibições pacificamente aceitos pelas fontes legal e jurisprudencial e pela doutrina na instância trabalhista, faz com que idênticas obrigações não só repercutam mas sim o façam até de forma ainda mais intensa e intransigente na relação estatutária. Em razão das atribuições, das prerrogativas e das garantias especiais pactuadas, como ficção jurídica, por toda a sociedade em favor do servidor desde sua investidura no cargo, sobre ele recaem com mais ênfase as cobranças de comprometimento comportamental e produtivo comuns em qualquer relação laboral ordinária. Daí porque esta relação de gradiente crescente de exigências leva o operador do Direito a estender de forma ainda mais vigorosa alguns comandos impositivos da legislação trabalhista para a vinculação estatutária e, em especial, permite a importação, para instância disciplinar, de alguns parâmetros e balizamentos a que se condicionam as fontes especializadas ao cogitarem da subsunção de conduta concreta à hipótese legal de "ato de improbidade" apenas genericamente prevista na alínea "a" do art. 482 da CLT. Mesmo esta improbidade em gênero trabalhista não se inserindo no rol de tutelas do Direito Administrativo Sancionador e, como tal, não sendo, portanto, alcançada nem pela regulamentação operada pela Lei nº 8.429, de 1992, e muito menos pela previsão estatutária, é pertinente fazer refletir aqui construções daquela outra esfera, como referências para o tema em tela da defesa da autonomia da caracterização material e do processamento disciplinar do ato de improbidade administrativa em face da instância civil.

Mas é preciso ponderar que não se quer aqui, de forma alguma, inserir uma nódoa contraditória em toda argumentação. Enquanto, de um lado, se defende a total autonomia da instância disciplinar em face da instância civil no que tange à improbidade administrativa, jamais se quer defender qualquer espécie de vinculação da forma como a Administração trata o mesmo tema com a forma como o regime celetista o faz. O que se quer aqui é apenas

agregar ao debate, como referências, duas reflexões possíveis de serem estendidas, por analogia, para a instância disciplinar, a partir de como a esfera trabalhista parametriza e baliza os atos de improbidade, uma vez que ambas, de forma absolutamente similar, os enquadram e os punem expulsivamente mediante apenas previsão material genérica.

A primeira reflexão referencial é que a previsão, apenas em gênero no supracitado dispositivo de natureza de norma em aberto, de ato de improbidade trabalhista, dispensando detalhada definição legal, já é por si só suficiente para que, diante de conduta concreta que se entenda a ele amoldada, se sustente a repercussão jurídica da ruptura da relação laboral contratual por justa causa, exatamente como se entende para a suficiência do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990. E enriqueça-se esta reflexão lembrando-se que a instância trabalhista enfrenta este tema desde quase meio século antes de a norma estatutária enquadrar a improbidade administrativa, o faz com experiência muito mais capilarizada no cotidiano social das relações ordinárias de trabalho e se submete ao crivo de aderência de suas decisões em toda uma estrutura judicial de justiça especializada.

A segunda reflexão referencial aqui também aproveitável é que, no contexto jurídico de uma relação laboral que liga o empregado ao empregador, o cometimento de conduta, por parte daquele agente, de forte afronta dolosa a todas as expectativas de comprometimento, honestidade, dedicação, seriedade e lealdade validamente formadas pela instituição, acarreta o efeito irrecuperável e incorrigível da quebra da indispensável relação mútua de confiança. Neste rumo, a jurisprudência e a doutrina especializadas são pacíficas em acatarem a repercussão jurídica da rescisão de contrato de trabalho por medida unilateral de vontade do empregador, por considerarem que aquele grave elemento constituinte da conduta fornece-lhe densidade para ser enquadrada na previsão legal de demissão por justa causa em razão de ato de improbidade.

Refletindo na relação estatutária este sedimentado entendimento da instância trabalhista de que o intenso rompimento da relação de fidúcia tem o condão de fazer cessar a vinculação laboral mantida pelas partes, é perfeitamente compreensível que, se o servidor comete ato funcional eivado de desonestidade, má-fé, fraude, má intenção e deslealdade em face da Administração, torna-se absolutamente insustentável a manutenção de sua condição de agente público, de quem o Estado e a sociedade esperam, por força de expectativas, e exigem, por força de lei, conduta proba, reta e digna. Ainda que Administração, Estado e sociedade possam ser conceitos jurídicos abstratos, em seus âmagos e em suas essências concretas, são, ao fim e a cabo, integrados e constituídos por pessoas. Por mais impessoal que seja a Administração (e deve mesmo sê-lo) enquanto instituição abstrata, o cumprimento de seus múnus públicos se dá de forma humanizada (mas sempre imparcial) pelo desempenho das atribuições funcionais dos servidores integrantes de seu quadro funcional, sempre em sintonia com o interesse público e em nome de toda a sociedade. Em outras palavras, os servidores, ao desempenharem as atribuições de seus cargos com o fim de verem exercidas as competências institucionais, estabelecem indispensáveis relações, internamente entre seus colegas, chefes e superiores hierárquicos e externamente com todo conjunto social. E a conduta de um servidor marcada por mácula de integridade e por degeneração de caráter faz romper, de forma irreversível e simultânea, os necessários vínculos de confiança não só interna, de seus próprios pares em relação a ele, mas também externa, da sociedade para a instituição.

A relação laboral, inclusive a pública, funda-se, dentre outros elementos caracterizadores, na pessoalidade, no sentido de que o vínculo estatutário é concretizado entre a Administração e apenas e tão somente determinada e certa pessoa, provida no cargo mediante aprovação em concurso público (que inclui, de forma individualizada, a avaliação de antecedentes da vida pregressa), a fim de desempenhar as respectivas atribuições. Uma vez o servidor nomeado e investido no cargo com a posse, esta relação, de natureza *intuitu*

personae, se fortalece com cláusula de intransferibilidade e infungibilidade - embora passível de ruptura, posto que não se confunde com vitaliciedade, inclusive com possibilidade de recair sobre este ex-servidor a vedação, também individualizada, de retorno em até cinco anos). E é exatamente deste inexorável aspecto pessoalizado (que, reitera-se, em nada se confunde com afronta ao princípio constitucional da impessoalidade) da vinculação laboral estatutária que surge, cresce e se sedimenta a indispensável relação mútua de confiança.

Havendo, de parte da Administração, a contínua e até crescente construção de um elo de confiabilidade, a partir da relação marcada com cada servidor pela pessoalidade, é perfeitamente defensável a ruptura do vínculo estatutário mediante a quebra da fidúcia decorrente de ato infracional de extrema gravidade. A relação laboral é intrinsecamente marcada pela pessoalidade e esta, por sua vez, é umbilicalmente ligada à confiança, de forma que o brusco, decepcionante e incontornável rompimento da fidúcia conduz à cessação do vínculo estatutário. Não se sustenta, por parte do Estado, a manutenção de uma relação tão sensível como é a permissão para que alguém atue em seu nome, diante da sociedade, se já não mais houver crença na credibilidade moral, no sentido da honorabilidade, dignidade e idoneidade funcionais de seu agente. Na mesma linha de se dar relevância à conduta funcional desonesta (como sinônimo de ímproba) a ponto de justificar a inviabilidade da manutenção do vínculo estatutário, em razão da quebra da relação de fidúcia, é a manifestação da PGFN, por meio do seu Parecer PGFN/Coged nº 2.468/2023/MF, em que cita a doutrina.

> *Parecer PGFN/Coged nº 2.468/2023/MF: "147. Nesse sentido, temos a lição de José Armando da Costa (Contorno jurídico da improbidade administrativa. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 89-90): '(...) Por fim, destaque-se que a falta de probidade (desonestidade) é a única tisna comportamental que torna incompatível o prosseguimento da relação profissional estatutária entre a administração pública e o servidor infrator. Tal desonra, por menor que seja o lucro obtido pelo servidor faltoso e por mais desprezível que seja o eventual prejuízo ao erário, trinca de modo irremediável a base fiduciária dessa relação'."*

Para cumprir com continuidade regular seu múnus público, a Administração precisa sim dispor de ferramenta de depuração de seu quadro funcional, que, ao mesmo tempo em que assegure a seus servidores a necessária segurança jurídica livre de arbítrios, perseguições e desproporcionalidades por ser manejada com equilíbrio à luz de toda base principiológica e do ordenamento positivado, também lhe conceda um mínimo de margem avaliativa por meio da qual possa excluir de seu ambiente laboral aquele agente que só ela mesma, conhecedora de sua cultura, de seus valores e até de suas imperfeições internas, tem condições de avaliar como indesejado. E o instrumento por meio do qual a Administração opera, com segurança jurídica, o rompimento do vínculo estatutário com quem não mais lhe concede segurança e confiabilidade de agir em seu nome se dá pelo regular exercício de seu poder disciplinar, inserido no poder hierárquico e estatuído desde o inciso II do § 1º do art. 41 da CF e regulamentado nos arts. 116 a 182 da Lei nº 8.112, de 1990. De outra forma, a Lei nº 8.112, de 1990, tutela, dentre outros bens jurídicos, a manutenção ou a ruptura desta necessária relação de confiança do Estado com o seu servidor, em nada se confundindo, neste aspecto, com as tutelas almejadas pela Lei nº 8.429, de 1992, ao definir materialmente condutas vedadas.

Bastando que se rompa, de forma traumática, a imprescindível relação de confiança interna entre a Administração (personificada por seu corpo funcional) e o servidor infrator, em razão de conduta grave e dolosa, tal ruptura da fidúcia pode e deve permear o presente debate como mais um parâmetro de balizamento a ser sopesado, por critérios valorativos proporcionais, pelo aplicador do Direito, juntamente com os entendimentos jurisprudencial e doutrinário, a fim de também aqui justificar o enquadramento disciplinar como ato de improbidade administrativa, no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990,

independentemente das definições materiais da Lei nº 8.429, de 1992.

Não sobrevive mínima plausibilidade na hipótese de a Administração e a sociedade como um todo terem de tolerar a permanência de um servidor nos quadros públicos após sua conduta funcional ter se maculado com irrecuperável perda da credibilidade moral, no sentido das suas honorabilidade, dignidade e idoneidade funcionais, que seus pares, desde colegas a gestores, e, em última análise, todo o corpo social lhe devotavam para que atuasse em nome do Estado. A forte quebra da relação de confiança, decorrente de ato doloso grave e causador de extremos graus de intolerância e de refração interna e social (estas adjetivações eliminam do contexto condutas culposas ou condutas dolosas de menor poder ofensivo), ao mesmo tempo em que configura uma situação definitivamente incompatível com a tutela pública, também atende a parâmetros de balizamento que densificam a previsão legal genérica e em aberto do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, e fazem justificar o enquadramento expulsivo como improbidade administrativa.

Não deve a Administração se manter refém do olhar estrábico com que o legislador ordinário compreende, a partir da Lei nº 14.230, de 2021, que determinados atos funcionais de mácula de integridade e de degeneração de caráter e eivados de desonestidade e de deslealdade institucional (sobretudo se não tiverem importado em enriquecimento ilícito ou causado prejuízo ao erário) não justificam o processamento mediante ação civil pública de improbidade e não merecem as respectivas sanções de natureza civil nos termos da Lei nº 8.429, de 1992. Há atos funcionais que possam não se subsumir a nenhum outro enquadramento da Lei nº 8.112, de 1990, mas que se amoldam com perfeição à previsão do inciso IV do seu art. 132. Se assim não fosse, conforme se voltará a abordar em **4.7.4.4.2.c**, condutas que se subsomem às definições de assédio moral e de assédio sexual ou condutas de apresentação de falsos atestados médicos ou de quaisquer outros documentos eivados de falsidade a fim de pleitear indevidos direitos ou vantagens funcionais premiariam o infrator com inconsequente impunidade, a despeito da rica base principiológica irrigadora da atuação estatal (que, como já dito em **3.3**, é merecedora de mais solene atenção por parte do aplicador do Direito que a regra positivada).

Quando se iniciou o caminho circular em busca do convencimento a favor da autonomia do enquadramento disciplinar em contraposição às definições materiais civis, se partiu do reconhecimento da incompletude do princípio da independência das instâncias. Se, por um lado, se afirmou que este sempre mencionado princípio ratifica, sem nenhuma dúvida, a autonomia para a Administração processar, julgar e punir seu servidor sem nenhuma vinculação com a atuação instrumental da instância civil, por outro lado, se reconheceu a incapacidade deste preceito integrar a crucial lacuna hermenêutica em apreço, qual seja, se também é possível que a Administração interprete, mediante critérios autônomos, a subsunção da conduta concreta ao enquadramento.

E no ponto de ápice a que se chegou na explanação, quando a Administração tem, diante de si, o cometimento de conduta com tamanho grau de refração e de intolerância que que faz destruir o liame de credibilidade moral que inafastavelmente o servidor deveria manter alimentado, tendo revertidas, desperdiçadas e perdidas de forma imperdoável as presunções relativas e apriorísticas sempre favoráveis a suas honorabilidade, dignidade e idoneidade funcionais, fecha-se o arco evolutivo de convencimento, pois, nesta situação extrema, mais que simplesmente caber, exige-se sim o trabalho administrativo autônomo de ponderação material proporcional e razoável, mediante balizamentos próprios, realizados à luz de sua própria autotutela. Do contrário, se prosperasse o império formal, atávico e engessado da conduta ímproba - corrupta, *lato sensu* -, se estabeleceria a verdadeira falência do Estado. Diante das peculiaridades únicas do agir estatal e da miríade de controles que o Estado precisa assumir e realizar em prol do regular andamento da atividade administrativa e das inúmeras prestações públicas dirigidas ao corpo social, mais que construção

principiológica, aqui é de se sobrepor o objetivo fundamental republicano de sempre se buscar a sociedade justa, ostentado já desde o inciso I do art. 3º da CF.

A forte quebra da relação de fidúcia que o servidor precisa manter com a Administração se perfaz como o elo faltante para que o princípio da independência das instâncias se aperfeiçoe e saneie a lacuna que existia em termos de autonomia para previsão material estatutária, na contrapartida da nefasta e indesejada prevalência de um Estado ímprobo, corrompido, indigno, desleal. A conduta infame do servidor em face da Administração, se não proporcionalmente aquilatada em definição material autônoma e, consequentemente, se não proporcionalmente punida com a vinculada pena expulsiva, se reverte e se reflete em uma postura infame, desta vez, de parte do próprio Estado em face da sociedade. Ao se dizer que se rompeu o elo apriorístico da confiança, está a se dizer, simultaneamente, que todas as camadas necessárias de proporcionalidade e de razoabilidade já foram, em vão, empregadas nos sopesamento e balizamentos pelo aplicador do Direito e há, na conduta concreta, densidade suficiente para fechar o círculo, com o ponto faltante, da autonomia para que a Administração exerça todo o seu rol de poderes, destacadamente o poder disciplinar.

Atingido o que se entende o ápice da argumentação legal a favor da autonomia para que a Administração empregue o inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, independentemente das definições materiais da Lei nº 8.429, de 1992, e fechado o parêntese com que se buscou rápida referência celetista para trazer ao debate a importante noção de quebra da relação de confiança, volta-se à ponderação entre as Leis nº 8.112, de 1990, e nº 8.429, de 1992, com o fim de encerrar a análise, com mais alguns derradeiros argumentos complementares, de aspecto cronológico e de comparação com outros enquadramentos estatutários.

Não soa razoável cogitar da hipótese de que, caso tenha ou tivesse surgido, em toda Administração Pública federal, no intervalo entre as sanções da Lei nº 8.027, de 1990, ou da Lei nº 8.112, de 1990, até a sanção da Lei nº 8.429, de 1992, uma representação ou uma denúncia por suposto ato de grave mácula de integridade e dolosa e fortemente violador do dever de moralidade (ou de lealdade ou de legalidade), a intenção do legislador ordinário da época tivesse sido de que o aplicador do Direito ficasse inerte, a despeito do comando determinístico do *caput* do art. 143 do atual Estatuto, se sujeitando ao risco de dar causa à prescrição ou até de incorrer no crime funcional de condescendência criminosa, e não diligenciasse pela apuração, tão somente para aguardar que o ordenamento fosse aprimorado com lei que viesse a definir o que seja ato de improbidade administrativa, o que somente veio à luz com a Lei nº 8.429, de 1992, oriunda da Exposição de Motivos nº EM.GM/SAA 388, de 14 de agosto de 1991, e do Projeto de Lei nº 1.446, de 16 de agosto de 1991, de iniciativa do Poder Executivo e já apresentados na legislatura seguinte. Não é plausível que o legislador ordinário, à época da elaboração das Leis nº 8.027, de 1990, e nº 8.112, de 1990, tenha deixado propositalmente o enquadramento de improbidade administrativa apenas genericamente previsto, como se sua intenção fosse de construir uma norma em branco (e sem ter expressado esta condição vinculada a uma lei integrativa), por já saber que adiante haveria a lei que definiria tal materialidade.

Aliás, esta interessante questão da cronologia que envolve as entradas em vigor das Leis nº 8.112, de 1990, e nº 8.429, de 1992, não passou despercebida também pelo órgão máximo de assessoramento jurídico do Poder Executivo federal. A anterioridade da primeira lei em relação à segunda foi destacada em manifestação da AGU, no Despacho do Advogado-Geral da União, de 09/05/06, aprovando o Despacho do Consultor-Geral da União nº 361/2006, após provocação da PGFN.

> *Despacho do Advogado-Geral da União, de 09/05/06: "4. (...) Ora, salvo melhor juízo (até porque o art. 132, IV da Lei nº 8.112/90 é anterior à Lei nº*

> *8.429/92), os atos de improbidade funcionais capazes de constituir infração disciplinar enquanto ato de servidor no exercício do cargo ou função podem ser legalmente sancionados como tal, isto é, no nível administrativo disciplinar, a exemplo de qualquer conduta ilícita civil ou penal que também constitua ilícito administrativo disciplinar. Assim, se a conduta do servidor constitui ato de improbidade, constitui também infração disciplinar que sujeita o servidor ao processo administrativo disciplinar, sem prejuízo das demais sanções, ´independentemente das sanções penais, civis e administrativa´ (v. g. art. 12, L. 8.429/92).”*

Mediante análise hermenêutica histórico-teleológica, interpreta-se que o legislador ordinário não teve - e não tem até os presentes dias - intenção de expressar, no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, que a definição do que seja improbidade administrativa requer definição em outro diploma legal, não tendo alterado a redação deste enquadramento nem ao tempo da sanção da Lei nº 8.429, de 1992, e nem mesmo na grande revisão consolidada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, e sequer em qualquer outro momento mais contemporâneo. Até se concorda que, exclusivamente no que tange à esfera jurídica de sua tutela, que é a instância civil, o § 4º do art. 37 da CF é norma constitucional de eficácia limitada, pois as penas nele previstas somente se tornaram aplicáveis após a lei ordinária ter tratado da “forma e gradação” deste sancionamento, o que deu somente com a Lei nº 8.429, de 1992.

A Lei nº 8.112, de 1990, no inciso IV do seu art. 132, não requisitou lei integrativa que viesse a lhe dar a exata definição de conteúdo. Sequer cabe aqui o emprego subsidiário ou supletivo de outra lei, posto que, à luz da regra com que lei estatutária prevê enquadramentos (de forma mais genérica, conforme já exposto em **4.6.3.1**), o dispositivo legal sob apreciação em nada destoa da técnica redacional empregada na espécie. E, desta forma, se pode afirmar que a Lei nº 8.112, de 1990, dispôs sim sobre a hipótese legal de condutas concretas se subsumirem ao conceito jurisprudencial e doutrinário de improbidade administrativa, com a necessária ponderação valorativa e proporcional do aplicador do Direito, não deixando de fazê-lo e menos ainda fazendo-o de forma incompleta, de sorte que também não que se requer a necessidade de emprego de lei subsidiária ou sequer supletiva para trazer ou para completar o entendimento do que seja ato ímprobo.

Recolhem-se da própria lista de enquadramentos da Lei nº 8.112, de 1990, dois exemplos que reforçam a tese ora adotada, de que a eventual existência de lei que defina pormenorizadamente materialidades apenas genericamente previstas no Estatuto não necessariamente obriga que tais definições devam ser importadas para a instância disciplinar quando da apreciação da subsunção ou não das condutas concretas.

O primeiro exemplo se refere ao inciso XIV do art. 117 da própria Lei nº 8.112, de 1990, que enquadra a conduta funcional de “*praticar usura sob qualquer de suas formas*”. Não obstante se saber da existência do Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, ainda vigente e com força de lei e que, em seu art. 13, define o delito de usura, não se condiciona o enquadramento disciplinar, que alcança a usura em “todas” as suas formas, com repercussão de pena expulsiva, à estrita definição daquele Decreto, que define apenas “uma” forma, a forma que, naquele momento, o Presidente da República tipificou. Não se pode ter como letra morta na norma, no caso, no inciso XIV do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, a maior abrangência que o legislador ordinário incluiu na crítica estatutária à prática de qualquer forma de conduta funcional que se amolde, mediante valoração subjetiva proporcional, ao conceito de usura, a fim de se condicionar e de, indevidamente, se restringir à tipificação adotada no Decreto.

O segundo exemplo se refere a atividades materialmente incompatíveis e a atividades potencialmente configuradoras de conflito de interesses. O inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, enquadra a prática de atividades incompatíveis com o exercício do cargo ou

função (na verdade, o enquadramento advém desde o inciso V do art. 5º da Lei nº 8.027, de 1990), que é uma previsão extremamente genérica e nem por isto jamais deixou de ser empregada. Tampouco se cogitou de que, a partir da sanção da Lei nº 12.813, de 2013 - que define, de forma detalhada e extraestatutariamente, nos sete incisos do seu art. 5º, as atividades configuradoras de conflito de interesses no exercício do cargo e que inclui neste gênero, no inciso III, a espécie da atividade incompatível -, o entendimento disciplinar de atividade materialmente incompatível deveria se condicionar às definições pormenorizadas da citada Lei mais recente. Tanto é verdade que se compreende que a Lei nº 12.813, de 2013, não revogou, sequer tacitamente, o inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, e este pode ser aplicado, dependendo das peculiaridades, a determinados casos, de forma autônoma e independente da aplicação, em outros casos, do inciso III do art. 5º daquela primeira Lei.

Em breve parêntese, advirta que, aqui, toda a menção às definições materiais de atividades potencialmente configuradoras de conflito de interesses constantes da Lei nº 12.813, de 2013, se limitarão aos sete incisos do art. 5º, que definem tais condutas praticadas ao tempo do exercício do cargo pelo agente. Mas, a rigor, haveria ainda de se mencionar o art. 6º da mesma Lei, que define atividades configuradoras de conflito de interesses praticadas já após o exercício do cargo. A hipótese de conflito de interesses configurado já após o exercício do cargo não se faz relevante para o tema em apreço, de improbidade administrativa (somente se fez relevante detalhá-la em **4.7.3.18.6**), e é por esta razão que se adotará, ao longo de toda esta passagem em que se menciona a Lei nº 12.813, de 2013, a liberalidade redacional de se reportar apenas aos sete incisos do seu art. 5º.

Tão robusto é o convencimento de que, como regra, os enquadramentos da Lei nº 8.112, de 1990, em que se inclui o inciso IV do art. 132, são normas em aberto que, nem mesmo quando há leis definidoras de materialidades disciplinarmente enquadráveis, a exemplo da usura e das atividades materialmente incompatíveis, condiciona-se o emprego daquelas previsões genéricas estatutárias a estas definições pormenorizadas, por se manter sempre aplicável a regra exposta em **4.6.3.1** da valoração subjetiva a cargo do aplicador diante da natureza mais abrangente dos enquadramentos.

Este ponto conduz à apresentação de dois outros exemplos de leis que, assim como a Lei nº 8.112, de 1990, também podem ser consideradas como leis que estabelecem tipos especiais de improbidade administrativa, na linha do § 2º do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992. Trata-se da acima mencionada Lei nº 12.813, de 2013, e da Lei nº 12.527, de 11 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI). Reitera-se o que já se afirmou linhas acima: não obstante haver um sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, centralizado - mas jamais monopolizado - na Lei nº 8.429, de 1992, é certo coexistirem subsistemas que harmonicamente tratam do mesmo tema, ainda que que voltados a tutelas específicas.

Sendo assim, primeiramente, além do que até aqui já se expôs com base na Lei nº 12.813, de 2013, cabe ainda explorar mais uma discussão, tratando-a como um exemplo de lei estabelecedora de tipo especial de improbidade administrativa. Em abordagem inicial, apenas se quer deixar claro que não é pertinente defender que esta lei material figuraria como contra-argumentação ao entendimento ora esposado, a favor da configuração de ato de improbidade administrativa na instância disciplinar independentemente das definições materiais da Lei nº 8.429, de 1992. A Lei nº 12.813, de 2013, não serve como argumento de apoio à tese de que a existência, em lei não estatutária, de definição legal de ilicitude que melhor especifica algum enquadramento da Lei nº 8.112, de 1990, importaria em necessidade de as condutas concretas terem de se subsumir àquela outra conceituação para que pudessem repercutir disciplinarmente. Diferentemente da discussão a que aqui se dedica, acerca da relação de independência entre a previsão genérica de improbidade administrativa sob ótica disciplinar no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, e as detalhadas definições materiais

posteriormente trazidas pela Lei nº 8.429, de 1992, exatamente também de improbidade administrativa, para a instância civil, a Lei nº 12.813, de 2013, não criou hipóteses legais que que melhor especificariam um enquadramento estatutário pré-existente.

Por seu turno, a Lei nº 12.813, de 2013, nos sete incisos do seu art. 5º, inovou o ordenamento com uma inédita definição material de ilicitude, a saber, de atividades potencialmente configuradoras de conflito de interesses praticadas ao tempo do exercício do cargo, não só não coincidente com qualquer enquadramento da Lei nº 8.112, de 1990, mas também, arrisca-se dizer, inexistente até então em todo regramento de âmbito federal. Por sua vez, a Lei nº 8.429, de 1992, veio a definir, para a instância civil, um tipo que já era estatutariamente previsto de forma genérica na instância disciplinar. Não havia e não há na Lei nº 8.112, de 1992, previsão genérica de enquadramento por conflito de interesses para que se pudesse questionar se uma atividade conflituosa, antes de se enquadrar neste gênero disciplinar, necessitaria ou não se subsumir a alguma das hipóteses legais que posteriormente passaram a ser previstas nos sete incisos do art. 5º da Lei nº 12.813, de 2013. Sendo as definições trazidas pela Lei nº 12.813, de 2013, as únicas acerca de conflito de interesses, logicamente, para que uma atividade possa ser assim tipificada, é indispensável que se subsuma a alguma daquelas hipóteses legais da citada Lei.

Explicado então que as relações existentes entre as definições materiais das Leis nº 8.112, de 1990, e 12.813, de 2013, são diferentes das relações existentes entre as definições materiais das Leis nº 8.112, de 1990, e 8.429, de 1992, é de se concluir que o fato de uma atividade conflituosa, para ter repercussão disciplinar, ter sim de se subsumir a alguma das hipóteses legais de conflito de interesses definidas exclusivamente pela Lei nº 12.813, não pode servir de amparo, por analogia, para a tese de que o enquadramento disciplinar no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, também requereria subsunção desta conduta concreta a alguma das definições materiais da Lei nº 8.429, de 1992. Esta era a primeira abordagem que se buscou fincar com a análise da Lei nº 12.813, de 2013.

Mas, aprofundando a atenção sobre o tema, percebe-se a Lei nº 12.813, de 2013, mais que apenas não sustentar a tese da vinculação da configuração de ato de improbidade administrativa na instância disciplinar em face das definições materiais da Lei nº 8.429, de 1992, também se presta mesmo para ratificar o entendimento aqui esposado a favor da independência.

Para isto, após a primeira abordagem do tema em tela, de natureza material, basta agora adentrar na sua segunda abordagem, de natureza instrumental. A Lei nº 12.813, de 2013, além de, no *caput* de seu art. 12, ter estabelecido que a atividade potencialmente configuradora de conflito de interesses se tipifica como improbidade administrativa nos moldes da Lei nº 8.429, de 1992, criou ainda, no parágrafo único do mesmo dispositivo, uma hipótese específica de pena expulsiva administrativa, assumindo a qualidade de lei extravagante. E, se a Lei nº 12.813, de 2013, cominou penalidade administrativa, obviamente, também se fez indispensável ter previsto as hipóteses materiais que passaram a justificar tal sancionamento. De forma lógica e sistemática, a Lei nº 12.813, de 2013, associou as suas próprias definições materiais de atividades configuradoras de conflito de interesses, nos sete incisos do seu art. 5º (que são as únicas definições legais de conflito de interesses praticadas ao tempo do exercício do cargo), à apenação expulsiva por ela mesma criada no parágrafo único do seu art. 12.

> *Lei nº 12.813, de 2013 - Art. 12. O agente público que praticar os atos previstos nos arts. 5º e 6º desta Lei incorre em improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando não caracterizada qualquer das condutas descritas nos arts. 9º e 10 daquela Lei.*
> *Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput e da aplicação das demais sanções cabíveis, fica o agente público que se encontrar em situação de conflito*

> *de interesses sujeito à aplicação da penalidade disciplinar de demissão, prevista no inciso III do art. 127 e no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou medida equivalente.*

Ou seja, a Lei nº 12.813, de 2013, criou sete novos enquadramentos disciplinares expulsivos extraestatutários, à margem da lista de definições materiais expulsivas nos incisos IX a XVI do art. 117 e nos treze incisos do art. 132, ambos da Lei nº 8.112, de 1990. Neste aspecto, a Lei nº 12.813, de 2013, diferencia-se da Lei nº 8.429, de 1992, posto que esta não criou uma hipótese expulsiva administrativa específica. Havendo então subsunção de uma conduta concreta a alguma daquelas sete exclusivas definições materiais, o já citado parágrafo único do art. 12 e também o art. 13, ambos da mesma Lei nº 12.813, de 2013, impõem que, sob o ponto de vista instrumental, o agente se submeta ao processo disciplinar regido pelos arts. 143 a 182 da Lei nº 8.112, de 1990.

> *Lei nº 12.813, de 2013 - Art. 13. O disposto nesta Lei não afasta a aplicabilidade da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, especialmente no que se refere à apuração das responsabilidades e possível aplicação de sanção em razão de prática de ato que configure conflito de interesses ou ato de improbidade nela previstos.*

Neste processo disciplinar, a atividade potencialmente conflituosa praticada ao tempo do exercício do cargo deve ser enquadrada unicamente em algum dos sete incisos do art. 5º, combinado com o parágrafo único do art. 12 e com o art. 13, todos da Lei nº 12.813, de 2013. Em outras palavras, não há necessidade de a conduta concreta se subsumir e, consequentemente, não há que se fazer referência, na indiciação e no relatório, a qualquer enquadramento expulsivo da Lei nº 8.112, de 1990 (nem mesmo em especial ao inciso IV do seu art. 132) e muito menos a qualquer hipótese de definição material da Lei nº 8.429, de 1992. Não obstante esta dispensa da Lei nº 8.112, de 1990, na definição material da ilicitude, no julgamento, a apenação expulsiva de demissão deve se capitular direta e unicamente no inciso III do art. 127 desta Lei (para o caso de o servidor ainda estar em atividade), sendo desnecessário se fazer referência sequer ao *caput* do seu art. 132.

Obviamente, tudo o que acima se afirmou se refere apenas à instância disciplinar e em nada prejudica que esta conduta concreta, à vista do *caput* do art. 12 da Lei nº 12.813, de 2013, tenha também a autônoma repercussão civil de ensejar ação civil pública a fim de redundar nas penas previstas no art. 12 da Lei nº 8.429, de 1992.

Enquanto o *caput* do art. 12 da Lei nº 12.813, de 2013, vincula a atividade potencialmente configuradora de conflito de interesses à improbidade administrativa sob a ótica civil da Lei nº 8.429, de 1992, e, portanto, de nada interessa para a instância disciplinar, o subsequente parágrafo único ressalva que, sem prejuízo do comando antecedente do *caput* (ou seja, para além dos possíveis processamento e sancionamento civis), a conduta concreta, que se enquadra em alguma das sete definições de conflito de interesses no art. 5º, combinada com o parágrafo único do art. 12 e com o art. 13, todos da Lei nº 12.813, de 2013, enseja pena expulsiva de demissão com base no inciso III do art. 127 da Lei nº 8.112, de 1990 (para o caso de o servidor ainda estar em atividade).

E esta interpretação de que, para uma mesma conduta concreta, há uma separação, de natureza apenas jurídica, entre atividade configuradora de conflito de interesses e ato de improbidade administrativa se reforça com a literalidade do art. 13 da Lei nº 12.813, de 2013, que, ao empregar a conjunção alternativa “ou”, permite que se aplique o processo disciplinar encartado na Lei nº 8.112, de 1990, para se apurar e se sancionar a atividade conflituosa ou a conduta ímproba. Esta alternatividade do art. 13, lida em conjunto com o comando do parágrafo único do art. 12, ambos da Lei nº 12.813, de 2013, assevera que, diante de atividade configuradora de conflito de interesses, é legítimo que, na instância disciplinar, se busque apenas esta materialidade, sem necessidade de se ter de comprovar sua subsunção a qualquer

hipótese da Lei nº 8.429, de 1992.

Não obstante a literalidade do parágrafo único do art. 12 da Lei nº 12.813, de 2013, mencionar tão somente a pena expulsiva de demissão capitulada no inciso III do art. 127 da Lei nº 8.112, de 1990, é certo que a visão sistemática do regime disciplinar exige que se complemente este comando, no julgamento, com a menção ao inciso IV do mesmo art. 127 combinado com o art. 134, ambos também da Lei nº 8.112, de 1990, a fim de abarcar a possibilidade de o processo e de o sancionamento disciplinares em comento recaírem sobre servidor inativo (daí porque nos trechos acima em que se mencionou o aludido inciso III do art. 127, se destacou que ali se referia a servidor ativo).

A hipótese prática de atividade configuradora de conflito de interesses enquadra-se indistintamente em algum inciso do art. 5º, combinado com o parágrafo único do art. 12 e com o art. 13, todos da Lei nº 12.813, de 2013, independentemente se o processamento se dá ainda ao tempo da atividade ou já ao tempo da inatividade do servidor. Ou seja, o enquadramento é o mesmo. A diferença reside apenas na capitulação do julgamento e da apenação: enquanto para o servidor ativo estes atos incluem o inciso III do art. 127, para o servidor inativo, têm este dispositivo substituído pelo inciso IV do mesmo art. 127, combinado com o art. 134, ambos da Lei nº 8.112, de 1990.

E, novamente valendo-se dos ensinamentos da Hermenêutica, ao se analisar sistematicamente o ordenamento pátrio, a pena de demissão a ativo e a pena de cassação de aposentadoria a inativo clamam pela instrumentalidade prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 1990, sob todo arcabouço legal e principiológico de garantias de defesa. Em ambos os casos, a respectiva apenação decorre da aplicação do devido processo legal estatuído na citada Lei e deságua na competência julgadora exclusiva a cargo do Ministro de Estado da Fazenda, a quem devem ser remetidos os autos com proposta de aplicação de pena expulsiva.

Alerte-se que a construção de hipótese específica de demissão à margem do rol de enquadramentos da Lei nº 8.112, de 1990 - o que, em outras palavras, faz subentender que a lista de enquadramentos expulsivos do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, não é exaustiva -, não é estranha e tampouco foi inaugurada pelo parágrafo único do art. 12 da Lei nº 12.813, de 2013, visto que a própria Lei nº 8.429, de 1992, possui um comando desta natureza, no § 3º do seu art. 13, que define como causa de demissão de ativo (e, extensivamente, de cassação de aposentadoria, se inativo) a recusa do servidor em fornecer a sua declaração de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (DIRPF) entregue à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) ou o fornecimento desta declaração com falsidade patrimonial, que será detalhadamente abordada em **4.7.4.4.4**.

E, no segundo exemplo de lei estabelecedora de tipo especial de improbidade administrativa, mencione-se ainda que a Lei nº 12.527, de 2011, traz uma outra forma de construção material, diferente do tratamento dado ao tema pela Lei nº 12.813, de 2013, mas que possui de interessante mais uma percepção do caráter genérico do enquadramento estatutário independentemente da lista de definições de atos ímprobos na Lei nº 8.429, de 1992. A Lei nº 12.527, de 2011, nos seis incisos do *caput* do seu art. 32, elenca uma lista de materialidades ilícitas associadas a acesso a informações e, no inciso II do § 1º do mesmo dispositivo, aduz, de forma bastante genérica, que condutas concretas que se subsumam àquelas hipóteses legais configuram "*infrações disciplinares*" puníveis "*no mínimo, com suspensão*". Esta apenação mínima permite interpretar que as condutas em tela, de acordo com sua gravidade, também podem ensejar pena capital com base em qualquer enquadramento expulsivo da Lei nº 8.112, de 1990, e, como tal, não havendo restrição, pode-se interpretar mais ainda que tal pena pode decorrer inclusive do enquadramento no inciso IV do art. 132, como improbidade administrativa em gênero. Ou seja, por um lado, o inciso II do § 1º do art. 32 da Lei nº 12.527, de 2011, contempla a possibilidade de que condutas concretas possam ser disciplinarmente enquadradas no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990,

sem ter feito nenhuma remissão condicionante à lista de definições de atos de improbidade administrativa da Lei nº 8.429, de 1992.

Por outro lado, segregada e diferentemente, o subsequente § 2º do art. 32 da Lei nº 12.527, de 2011, trata apenas da autônoma possibilidade de repercussão civil, quando as condutas concretas, além de se subsumirem a algum dos seis incisos do *caput* do citado dispositivo, também se amoldam a definições materiais da Lei nº 8.429, de 1992. Não faria sentido interpretar que o § 2º seria um comando apenas de agravamento disciplinar em relação ao inciso II do § 1º do art. 32 da Lei nº 12.527, de 2011, pois a redação deste dispositivo já deixou claro que a apenação correspondente é de no mínimo suspensão; ou seja, já comporta a apenação disciplinar expulsiva. Inequivocamente, o § 2º do art. 32 da Lei nº 12.527, de 2011, se reporta apenas à instância civil e não por acaso apenas neste dispositivo vincula a deflagração da ação civil pública à subsunção fática da conduta concreta às definições materiais da Lei nº 8.429, de 1992, enquanto o antecedente inciso II do § 1º, literalmente dirigido à instância disciplinar, remete ao gênero "infrações administrativas", sem condicionar à Lei nº 8.429, de 1992. Extrai-se uma sólida interpretação destes dois dispositivos do art. 32 da Lei nº 12.527, de 2011: as repercussões disciplinar (no inciso II do § 1º) e civil (no § 2º) são independentes, podendo ocorrer apenas qualquer uma das duas ou ambas; e a repercussão administrativa não se condiciona à subsunção fática da conduta concreta às definições de atos ímprobos na Lei nº 8.429, de 1992.

> *Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar:*
> *I - recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa;*
> *II - utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública;*
> *III - agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação;*
> *IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal;*
> *V - impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem;*
> *VI - ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; e*
> *VII - destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado.*
> *§ 1º Atendido o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, as condutas descritas no caput serão consideradas:*
> *I - para fins dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas, transgressões militares médias ou graves, segundo os critérios neles estabelecidos, desde que não tipificadas em lei como crime ou contravenção penal; ou*
> *II - para fins do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e suas alterações, infrações administrativas, que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos.*
> *§ 2º Pelas condutas descritas no caput, poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis nºs 1.079, de 10 de abril de 1950, e 8.429, de 2 de junho de 1992.*

Acrescente-se que também não vale como contra-argumento da tese ora esposada - de que o enquadramento de improbidade administrativa no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, não requer subsunção da conduta concreta a alguma das hipóteses legais definidas na Lei nº 8.429, de 1992 - o fato de se ter de empregar o enquadramento disciplinar de crimes

contra a Administração Pública, do inciso I do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, obrigatoriamente vinculado a algum tipo penal inserido na lista dos arts. 312 a 326 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP). Novamente de forma distinta da discussão a que aqui se dedica, acerca da relação entre a previsão genérica de improbidade administrativa sob ótica disciplinar no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, e as detalhadas definições materiais posteriormente trazidas pela Lei nº 8.429, de 1992, também de improbidade administrativa, para a instância civil, qualquer hipótese de emprego do inciso I do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, obrigatoriamente remete e condiciona ao trânsito em julgado condenatório em ação penal, em decorrência de cometimento de algum crime especial. Diferentemente da discussão envolvendo duas instâncias jurídicas (disciplinar e civil) entre as quais opera o princípio da independência das instâncias, aqui trata-se da dicção de Direito material cuja competência é exclusivamente atribuída ao Poder Judiciário e que, como exceção à regra, impõe a vinculação da esferas cíveis à esfera penal. Não há como a autoridade administrativa dizer do crime, processá-lo e puni-lo disciplinarmente antes da definitiva dicção, de parte da autoridade judicial competente, de que a conduta se subsumiu a algum dos arts. citados no CP.

Busca-se concluir a análise de que a conduta concreta, para repercutir disciplinarmente como improbidade administrativa, enquadrada no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, não necessita obrigatoriamente se subsumir às hipóteses legais definidas na Lei nº 8.429, de 1992, bastando se amoldar ao conceito jurisprudencial e doutrinário de ato ímprobo, sopesado pela valoração proporcional do aplicador do Direito. Para tanto, após longa discussão, basta comparar diversos aspectos envolvendo as duas Leis, apesar de seus dispositivos se inserirem em um mesmo sistema e de suas aplicações serem irrigadas pela mesma base principiológica. Se os bens jurídicos tutelados não são os mesmos, se os ritos procedimentais não são os mesmos, se os polos ativos não são os mesmos, se as autoridades deflagradoras não são as mesmas, se os polos passivos não são os mesmos, se os prazos processuais não são os mesmos, se as penas não são as mesmas, se os prazos prescricionais não são os mesmos, se os parâmetros de dosimetria e as gradações não são as mesmas, é de se questionar por que apenas as definições materiais teriam de ser as mesmas.

Não obstante tudo o que se discorreu no presente tópico e em **4.7.4.4.1.a**, é importante reconhecer que este profundo conteúdo exposto não significa vedação de emprego, no termo de indiciação e no relatório em determinado processo disciplinar, de alguma definição material de ato de improbidade administrativa constante da Lei nº 8.429, de 1992, em acréscimo ao inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990. Sendo a conduta concreta, em determinado caso, subsumível a alguma hipótese legal definida na Lei nº 8.429, de 1992, como de fato muitas vezes ocorre, não há vedação para que seja agregada à imputação contrária ao servidor. O fato de não ser obrigatória esta indicação no termo de indiciação e no relatório em processo disciplinar não se confunde com ser incorreto fazê-lo, se for possível, à vista das peculiaridades do caso concreto - até porque, em sentido contrário, uma vez que facilita os esforços de defesa para contestar a imputação, jamais acarretará nulidade. O emprego, por parte da comissão processante e da autoridade julgadora, na processualística disciplinar, de alguma definição material trazida de inciso do art. 9º ou do art. 10 ou do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, em acréscimo ao enquadramento expulsivo no inciso IV do art. 132, da Lei nº 8.112, de 1990, como fonte integrativa subsidiária para fornecer mais concretude e densidade à imputação de ato ímprobo, em nada fere o princípio da independência das instâncias e tampouco condiciona o andamento processual administrativo a julgamento de eventual ação civil pública de improbidade administrativa, conforme sempre anuiu a jurisprudência.

> *STF, Primeira Turma, Ministro Relator Roberto Barroso, Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 33.865/DF, DJe 23/09/2016, Ementa: "1. Não há obrigatoriedade de decisão judicial em processo de*

improbidade administrativa para a aplicação de sanção de demissão em processo administrativo disciplinar."
Voto do Ministro Relator: "2. No mérito, não merece provimento o agravo. Como já assentado na decisão agravada, está em harmonia com a jurisprudência desta Corte o entendimento sobre a ausência de obrigatoriedade de decisão judicial em processo de improbidade administrativa para a aplicação da sanção administrativa de demissão. Neste sentido:
'Agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Ausência de obrigatoriedade de decisão judicial em processo de improbidade administrativa para aplicação da sanção de demissão. Sanção aplicada de acordo com a apuração dos fatos no âmbito do processo administrativo disciplinar. Impossibilidade de rediscussão de fatos e provas em sede de mandado de segurança. Agravo regimental não provido. 1. A jurisprudência da Suprema Corte é pacífica no sentido da independência entre as instâncias cível, penal e administrativa, não havendo que se falar em violação dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal pela aplicação de sanção administrativa por descumprimento de dever funcional fixada em processo disciplinar legitimamente instaurado antes de finalizado o processo cível ou penal em que apurados os mesmos fatos. Precedentes. 2. A análise da proporcionalidade da sanção aplicada, mediante rediscussão de fatos e provas produzidas no PAD, é incompatível com a via do mandado de segurança. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido.' (RMS 28.919, Rel. Min. Dias Toffoli - destaques acrescentados). [...]
3. Anoto que a Lei nº 8.429/1992 não derrogou os dispositivos da Lei nº 8.112/1990 no que tange à improbidade administrativa. Isso porque aquela lei trata de responsabilidade civil, enquanto a segunda regula o regime jurídico-administrativo dos servidores públicos. Isto é, as normas disciplinam responsabilidades distintas, pelo que não se confundem a pena administrativa de demissão por improbidade, do estatuto dos servidores públicos, e a sanção civil de perda da função pública, da lei de improbidade administrativa. São normas que convivem pacificamente no ordenamento jurídico, tendo em vista a independência das instâncias. O próprio art. 12 da LIA assim prevê: '[i]ndependentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações (...)'.
4. No caso, ao contrário do alegado, o agravante não foi punido com base na Lei nº 8.429/1992. A autoridade administrativa apenas utilizou a definição de improbidade administrativa prevista na Lei nº 8.429/1992 para enquadrar as condutas do agente, mas ao fim, e dentro de suas atribuições administrativas, aplicou-lhe a sanção prevista no art. 132, IV, da Lei nº 8.112/1990. Friso que, prevista a prática de improbidade administrativa como ilícito disciplinar, com a respectiva penalidade, não poderia a Administração Pública deixar de aplicá-la após regular processo administrativo. Seja como for, a demissão do impetrante pautou-se também no art. 132, XIII, por transgressão ao art. 117, IX ("valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública"), ambos dispositivos da Lei nº 8.112/1990."

STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Humberto Martins, Mandado de Segurança nº 15.841/DF, DJe 02/08/2012, Ementa: "3. O efetivo enquadramento no art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90 já seria suficiente para definir a aplicação da penalidade de demissão, uma vez que amplamente comprovado que os recursos foram gastos e o abastecimento não foi realizado. Todavia, pode-se entender que há a possibilidade de se utilizar a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.492/92) em interpretação sistemática, para definir o tipo previsto no art. 132, IV, da Lei n. 8.112/90. Precedente: MS 12.262/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJ 6.8.2007, p. 461."

Por fim, após apresentada toda esta discussão, com claro posicionamento a favor da independência do enquadramento de ato de improbidade administrativa no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, sem necessidade de subsunção da conduta concreta a alguma hipótese legal da Lei nº 8.429, de 1992, não se ousa afirmar que deve haver ou que haverá uma brusca alteração na praxe administrativa no que tange ao processamento dos atos ímprobos. Reconhece-se que, após quase trinta anos de sedimentada cultura de (desnecessário) condicionamento, pode haver insegurança nos operadores do Direito em passarem a propor pena expulsiva em processo disciplinar por ato de improbidade administrativa com base apenas no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, sobretudo nos casos de afronta aos princípios da Administração, definidos no art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992. Não se tem insegurança técnica acerca da tese defendida, mas, diante de tão longo período de emprego de entendimento diverso, pode ser de bom tom aguardar como a fonte jurisprudencial e a doutrina se posicionarão após contínuos enfrentamentos das discussões suscitadas pelas nefastas alterações promovidas na Lei nº 8.429, de 1992, pela Lei nº 14.230, de 2021. Para tanto, soa como pertinente que a Administração, de forma cautelosa, selecione processos disciplinares em que se imputa ato de improbidade administrativa mas que, por qualquer peculiaridade, sejam menos relevantes (por exemplo, processo contra ex-servidor já demitido) e que ainda possuam o largo prazo antes de prescrever, e insira a tese ora defendida, a fim de provocar a manifestação da PGFN e, provavelmente, da jurisprudência.

4.7.4.4.1.c - Rito Administrativo para Apuração de Improbidade Administartiva

À vista do que exaustivamente se expôs em **4.7.4.4.1.a** e em **4.7.4.4.1.b**, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa - LIA), em atendimento ao § 4º do art. 37 da Constituição Federal (CF), estabeleceu a forma, ou seja, o rito procedimental pelo qual o Estado deve processar o agente por ato de improbidade administrativa, para, ao seu final, poder aplicar as penas de natureza civil nele mesmo previstas, e estabeleceu também a gradação deste sancionamento.

> *CF - Art. 37.*
> *§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14 de junho de 1998)*

Uma vez que o comando constitucional acima citado se voltou exclusivamente para a instância civil, a Lei nº 8.429, de 1992, regulamentou o rito específico (com as cautelas garantistas de um processo de índole fortemente punitiva) da ação civil pública de improbidade administrativa, de natureza judicial, a ser proposta pelo Ministério Público Federal (MPF) e a ser conduzido pelo juízo civil, conforme o seu art. 17, em nada interferindo no processo disciplinar estatuído autonomamente pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. A Lei nº 8.429, de 1992, não alterou e menos ainda revogou dispositivos instrumentais ou materiais da Lei nº 8.112, de 1990. Não cabe cogitar de revogação sequer tácita de dispositivos da Lei nº 8.112, de 1990, posto que o *caput* do art. 12 e o § 3º do art. 14, ambos da Lei nº 8.429, de 1992, respectivamente, não só menciona como independentes as apurações judicial e disciplinar como também assegura para esta última o rito previsto nos arts. 143 a 182 da Lei estatutária.

Sendo assim, o rito apuratório na instância disciplinar do ato de improbidade administrativa, previsto no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, é o processo disciplinar ordinariamente encartado nesta Lei estatutária, a ser conduzido de forma geral sem nenhuma especificidade ou peculiaridade. A apuração disciplinar de ato de improbidade administrativa, a exemplo da apuração de qualquer outra infração estatutária, se dá nos

estritos e exclusivos moldes estabelecidos entre os arts. 143 a 182 da Lei nº 8.112, de 1990, em âmbito exclusivamente administrativo. Portanto, em síntese, uma vez que o órgão administrativo tenha conhecimento de suposto ato ímprobo, cabe-lhe instaurar o apuratório de sua competência, nos termos dos arts. 143 e 148 da Lei nº 8.112, de 1990, sem nenhuma necessidade de intervenção de parte do Ministério Público Federal (MPF) e do Poder Judiciário e de forma independente da instância civil, conforme também entendem a jurisprudência e a doutrina

> *STJ, Terceira Seção, Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, Mandado de Segurança nº 12.262/DF, DJe 06/08/2007, Ementa: "1. A chamada 'Lei de Improbidade Administrativa', Lei 8.429/92, não revogou, de forma tácita ou expressa, dispositivos da Lei 8.112/90, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. Aquele diploma legal tão somente buscou definir os desvios de conduta que configurariam atos de improbidade administrativa, cominando penas que, segundo seu art. 3º, podem ser aplicadas a agentes públicos ou não. Em consequência, nada impede que a Administração exerça seu poder disciplinar com fundamento em dispositivos do próprio Regime Jurídico dos Servidores, tal como se deu no caso vertente."*
>
> *"(...) o ato de improbidade administrativa, quando praticado por servidor público, corresponde também a um ilícito administrativo já previsto na legislação estatutária de cada ente da federação, o que obriga a autoridade administrativa competente a instaurar o procedimento adequado para apuração de responsabilidade. No entanto, as penalidades cabíveis na esfera administrativa são apenas as previstas nos Estatutos dos Servidores. (...)*
> *Mesmo que a autoridade administrativa represente ao Ministério Público, na forma dos artigos 7° (para pedir a indisponibilidade dos bens) e 16 (para solicitar o sequestro dos bens), não pode deixar de ser instaurado e ter tramitação normal o processo administrativo, pois ele insere-se como manifestação do poder disciplinar da Administração Pública, com a natureza de poder-dever e, portanto, irrenunciável." Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "Direito Administrativo", pgs. 773, 774 e 776, Editora Atlas, 19ª edição, 2006*

Como exceção procedimental na apuração disciplinar de improbidade administrativa, em comparação com apuração de qualquer outra materialidade, cite-se apenas uma única peculiaridade: conforme já exposto em **4.3.2** e em **4.4.12.4**, de acordo com o art. 15 da Lei nº 8.429, de 1992, dentre as providencias inaugurais, a comissão deve comunicar de imediato não só a autoridade instauradora (como é de praxe) mas também deve oficiar ao MPF e ao Tribunal de Contas da União (TCU, por meio da Secretaria de Controle Externo da Fazenda Nacional - SecexFazenda, daquela Corte) a instauração de processo disciplinar com aquele fim, indicando nome e nº de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) do acusado, nº do processo e os fatos sob apuração. Estes atos de comunicação apenas prestam informação àqueles órgãos de controle, a fim de precipuamente chamá-los a acompanhar a regularidade do feito, caso queiram, ou para que procedam a suas próprias investigações acerca dos fatos noticiados. Uma vez que não interferem na instrução processual, sua falta não traz prejuízo processual à defesa, embora passível de crítica, e, portanto, não gera nulidade processual, conforme entende a jurisprudência.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.*
> *Parágrafo único. O Ministério Público ou o Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.*
> *Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que*

> *requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.*
>
> *STJ, Terceira Seção, Ministro Relator Felix Fischer, Mandado de Segurança nº 15.021/DF, DJe 24/09/2010: Voto do Ministro Relator: "Isso porque a regra do artigo 15 da Lei nº 8.429/92 está direcionada para que o Ministério Público e o Tribunal de Contas tomem providências inibidoras e responsabilizadoras do eventual ato de improbidade no âmbito de suas competências constitucionais próprias, de modo que seria descabida e imprópria a sua intervenção em sede de processo administrativo disciplinar, já que, nessa seara, inafastável o princípio da independências das instâncias.*
> *À falta de ciência desses órgãos pode acarretar a responsabilidade administrativa daqueles que tinham o dever de cientificar aquelas autoridades e não o fizeram, constituindo, para o processo administrativo disciplinar, mera irregularidade, incapaz de nulificá-lo."*

Ainda de acordo com o aduzido naqueles dois tópicos e com a jurisprudência, diante da existência das duas instâncias, regida pelo princípio da independência, a eventual apenação expulsiva no processo disciplinar não se confunde com as possíveis sanções na instância civil, de competência exclusiva do Poder Judiciário, em razão da Lei nº 8.429, de 1992. Em outras palavras, por um lado, não há vedação legal para que as respectivas repercussões jurídicas se cumulem e tampouco, por outro lado, a repercussão de uma das instâncias obrigatoriamente repercute na outra.

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Maurício Correa, Mandado de Segurança nº 22.534/PR, DJe 10/09/1999, Ementa: "2. A ausência de decisão judicial com trânsito em julgado não torna nulo o ato demissório aplicado com base em processo administrativo em que foi assegurada ampla defesa, pois a aplicação da pena disciplinar ou administrativa independe da conclusão dos processos civil e penal, eventualmente instaurados em razão dos mesmos fatos. Interpretação dos artigos 125 da Lei nº 8.112/90 e 20 da Lei nº 8.429/92 em face do artigo 41, § 1º, da Constituição."*
>
> *STF, Primeira Turma, Ministro Relator Marco Aurélio, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.293/DF, DJe 28/10/2005, Ementa: "(...) Apurada a improbidade administrativa, fica o servidor sujeito à pena de demissão - artigo 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90."*

O entendimento é de que a instância disciplinar é independente da instância civil não apenas para processar, julgar e apenar o servidor por ato de improbidade administrativa, mas também o é para considerar que a sua conduta concreta, eivada de desonestidade, má-fé, fraude, má intenção e deslealdade, se subsome à previsão genérica prevista no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, independentemente de também se amoldar a alguma hipótese material dos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429, de 1992. Desta forma, se entende legal que a comissão processante, após descrever detalhadamente a conduta e ponderar proporcional e razoavelmente todos os critérios materiais de balizamento e de dosimetria, afastando qualquer risco de arbítrio, indicie o servidor por incorrer na infração prevista unicamente no citado dispositivo estatutário e, na sequência, se for o caso de não acatamento da defesa, concluir o relatório com o mesmo enquadramento, a figurar também como motivador do consecutivo julgamento e da consequente apenação expulsiva, se assim entender a autoridade julgadora. Ou seja, nos termos da autonomia também material de que goza a instância disciplinar em face dos dispositivos da Lei nº 8.429, de 1992, não há necessidade de se detalhar, de se aperfeiçoar e menos ainda de se vincular o enquadramento disciplinar do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, com qualquer hipótese material da Lei nº 8.429, de 1992.

Não obstante, caso entenda cabível e pertinente, a comissão e a autoridade julgadora

podem acrescentar àquele enquadramento a definição material mais pormenorizada fornecida por algum tipo da Lei nº 8.429, de 1992, na linha da praxe tradicional e discricionariamente adotada pela Administração desde o advento desta última Lei. Se a conduta concreta do servidor, além de se subsumir à previsão genérica do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1992, também se demonstra perfeitamente definida por algum dispositivo do art. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429, de 1992, o enquadramento disciplinar pode ser enriquecido, suplementarmente, por esta melhor definição material.

É fundamental deixar claro que a eventual aposição de definição material da Lei nº 8.429, de 1992, ao enquadramento disciplinar não é obrigatória e tampouco é ilegal: pode ser feita, se assim achar cabível e pertinente o agente administrativo responsável pela condução do processo disciplinar. Não fazê-lo não causa nulidade processual; e fazê-lo não macula o trabalho com ilegalidade.

Até se pode dizer que, nos casos em que a comissão e a autoridade julgadora entendem que a conduta concreta do servidor se subsome a algum tipo da Lei nº 8.429, e 1992, é recomendável complementar o enquadramento disciplinar com esta definição material, pois, com certeza, agregará melhor definição dos fatos imputados, atuando em favor da amplitude da defesa. Sendo possível acrescentar tal complementação material - como ocorre em grande parte dos casos -, a despeito da inequívoca autonomia da instância disciplinar em apreciar materialmente a conduta, convém fazê-lo.

Mas cabe aqui um importante alerta: que não se confunda a plausibilidade de complementar o enquadramento disciplinar a ser aposto na indiciação, no relatório, no julgamento e no ato punitivo com definição material da Lei nº 8.429, de 1992, com a ilegalidade de enquadrar disciplinarmente o servidor apenas com o tipo desta Lei. Na hipótese de ser cabível o acréscimo de algum dispositivo dos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429, de 1992, o enquadramento disciplinar jamais deve deixar de se fundar no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, posto esta ser a base legal da imputação que cabe na competência julgadora da autoridade administrativa. O enquadramento deve ser redigido da forma “com base no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, com a definição que se encontra em determinado inciso (ou no *caput*) do art. 9º ou do art. 10 ou com a definição que se encontra em determinado inciso do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992”. O enquadramento disciplinar expulsivo se baseia exclusivamente no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, apenas, se for o caso, se agregando a definição que se encontra no art. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429, de 1992; o enquadramento não se funda nesta Lei.

Tendo sido a conduta concreta enquadrada no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, com ou sem complementação do enquadramento disciplinar com definição material da Lei nº 8.429, de 1992, a autoridade administrativa é competente para processar, julgar e punir o servidor, no rito da Lei nº 8.112, de 1990, com pena expulsiva, de demissão ou de cassação de aposentadoria, sem nenhum condicionamento à ação do MPF e do Poder Judiciário.

A rigor, caso se adotasse, no processo disciplinar, enquadramento puro na Lei nº 8.429, 1992, o rito administrativo seria apenas investigatório e serviria de peça de instrução da ação civil pública de improbidade administrativa para apurar a responsabilização civil. Em razão disto, da mesma forma como se defendeu em **4.7.4.1.1**, quando se abordou o inciso I do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990 (dos crimes contra a Administração Pública), não deve a comissão indiciar com base apenas em algum dispositivo dos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429, de 1992, pois, se assim fizer, por não ser a autoridade administrativa competente para impor as penas previstas nesta Lei, poderá haver o questionamento da defesa em favor de necessidade de sobrestamento do processo até a decisão judicial definitiva da ação civil pública de improbidade administrativa.

Ademais, deve a autoridade julgadora, ao final do processo disciplinar, encaminhar à

Advocacia-Geral da União (AGU) cópia dos autos com decisão condenatória por ato de improbidade administrativa, a fim de que aquele órgão de representação judicial exerça suas funções de defesa de direitos e de interesses da União, dentre as quais se inclui ajuizar ação de ressarcimento ao erário.

4.7.4.4.2 - As Fragilizações Impostas pela Lei nº 14.230, de 25 de Outubro de 2021, ao Controle Exclusivamente Civil da Probidade Administrativa e a Preservação da Instância Disciplinar

Em **4.7.4.4.1.a** e **4.7.4.4.1.b**, expôs-se que, como a regulamentação do tema da improbidade administrativa operada pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada de Lei de Improbidade Administrativa - LIA), é dirigida à instância civil, por determinação do § 4º do art. 37 da Constituição Federal (CF), a esfera disciplinar sempre foi e continua sendo independente daquele regramento legal para o tratamento estatutário dos atos ímprobos, em termos tanto formais como materiais. Sendo assim, a fragilização no controle exclusivamente civil da probidade administrativa imposta pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, não necessariamente se reflete na instância disciplinar. Não obstante, não se furta de, no presente tópico, se descrever, com ótica crítica, as nefastas alterações realizadas pelo legislador ordinário no diploma legal original. Em razão do foco específico do presente texto, esta análise se resumirá aos dispositivos da Lei nº 8.429, de 1992, que, mesmo regulamentando o tema para a instância civil, poderiam ser empregados como fonte integrativa subsidiária também na esfera disciplinar.

À vista da referida autonomia, deve-se deixar claro que tudo o que se exporá neste tópico e em seus subtópicos se refere à leitura da Lei nº 8.429, de 1992, voltada exclusivamente para a instância de sua tutela, ou seja, para a instância civil, não sendo de emprego vinculado na esfera disciplinar. Não obstante, caso o aplicador do Direito entenda pertinente ou até mesmo necessário, a seu exclusivo critério de discricionária liberalidade, agregar maior camada de segurança e de conservadorismo, o referido conteúdo pode ter aplicação estendida para a instância disciplinar. Mas deve se ressaltar que a leitura deste conteúdo tem valor apenas de mera referência não obrigatória para a processualística disciplinar.

Mas, antes da abordagem da dilapidação legal operada por ação do próprio Poder Legislativo nesta sensível área de atuação de controle estatal, é possível se introduzir a presente análise reconhecendo-se que até se consegue discernir dois comandos introdutórios pertinentes na nova redação da Lei nº 8.429, de 1992.

A saber, o *caput* e o § 5º do art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992, deixaram ainda mais cristalinos entendimentos que se extraíam desde a redação original, acerca de um certo grau de inter-relação sistêmica das definições de atos de improbidade administrativa na esfera cível, dos princípios reitores desta apuração e dos bens jurídicos tutelados

Como tardio reflexo da vontade do legislador constituinte, o *caput* do art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992, de início, estabelece que há um sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, baseado na Lei em comento, que já foi abordado em **4.7.4.4.1.b**. Ou seja, tanto a persecução que desde sempre se revelou a principal vocação desta Lei, a saber, no âmbito judicial de ação civil pública de improbidade administrativa, quanto a autônoma persecução na processualística de interesse correcional, integram, como subsistemas coexistentes e autônomos, uma mesma visão sistêmica de atuação estatal no combate à corrupção e, agregando a leitura do § 4º, ambas se submetem à base principiológica consagrada na CF para o âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelará a probidade na organização do Estado e*

> *no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *§ 5º Os atos de improbidade violam a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e a integridade do patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

Não há muita novidade no comando em si inserido no *caput* do art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992; a sua qualidade reside mais no fato de deixar positivado o que sempre foi interpretável, com base na leitura conjunta do § 4º do art. 37 e do inciso II do § 1º do art. 41, ambos da CF, tornando o tema em apreço (a existência do sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa) indubitável e indiscutível.

Sempre se soube, desde a primeira leitura mais imediata, que a Lei nº 8.429, de 1992, positivou definições materiais - em gênero, em espécies e em hipóteses legais desdobradas nos arts. 9º, 10 e 11 - do que sejam atos de improbidade administrativa, definições estas que se percebem associadas à ideia mais abrangente de ilícitos de natureza cível, posto ser cristalina, desde o § 4º do art. 37 da CF, a exclusão da tipificação criminal. E avançando e aprofundando a análise, dentre a extensa abrangência cível, o foco da Lei nº 8.429, de 1992, é indubitavelmente mais cerrado na instância civil em especial. Na sua precípua vocação, diante de condutas que *a priori* parecem se subsumir a tais definições materiais - ou seja, diante de situações que o Direito material de índole civil define como ilícitas -, esta Lei cuidou de elaborar uma instrumentalidade própria e específica para a apuração de tais atos ou, de outra forma, para servir de meio capaz de conduzir à legítima dicção daquele Direito material, se houve ou não ato de improbidade administrativa, sob ótica civil. Para este fim, a mesma Lei estabeleceu, em seu art. 17, um rito processual de ação civil pública, a ser proposta pelo Ministério Público Federal (MPF) e a ser conduzido pelo juízo civil.

Em paralelo, apesar do hiato de cerca de um ano e meio, entre as entradas em vigor da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e da Lei nº 8.429, de 1992, a partir deste diploma legal regulamentador do § 4º do art. 37 da CF, operou-se, de forma tão ininterrupta quanto desnecessária (conforme já se criticou detalhadamente em **4.7.4.4.1.a**), a praxe de sempre se buscar nas hipóteses desdobradas nos seus arts. 9º, 10 e 11, precipuamente voltadas para definir materialidades de índole civil, a definição material da improbidade administrativa também sob ótica disciplinar. Não obstante este aproveitamento, por parte da instância disciplinar, das definições materiais civis, em termos instrumentais sempre houve e há uma autonomia procedimental. O processo disciplinar previsto na Lei nº 8.112, de 1990, se é a instrumentalidade necessária para a dicção do Direito material disciplinar se uma determinada conduta funcional é ou não ato de improbidade administrativa sob molde estatutário, assim como o é para qualquer outra infração disciplinar.

É de fundamental importância ressalvar e destacar que, não obstante a visão conglobante e encadeada das duas possíveis repercussões decorrentes de mesmo ato de vida funcional, jamais se afasta da análise a consagração do princípio da independência das instâncias, também já exposto em **4.7.4.4.1.b**, sendo a instância disciplinar independente da instância civil e vice-versa, não obrigando que se condene ou que se absolva em uma esfera em razão da decisão exarada na outra. A Lei nº 8.429, de 1992, jamais interferiu e prossegue não interferindo nas competências disciplinares da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Na linha que mais interessa aqui concluir, a Lei nº 8.429, de 1992, não alterou os respectivos estatutos disciplinares e tampouco revogou seus dispositivos, que

preveem instrumentalidades disciplinares e sanções administrativas para seus servidores ímprobos, a exemplo da Lei nº 8.112, de 1990, para a esfera federal. O fato de a Lei nº 8.429, de 1992, estabelecer o rito judicial da ação civil pública não se confunde de forma alguma com se exigir apenas decisão magistrada para imputar o cometimento de ato ímprobo a servidor. A Administração, por meio da comissão processante e da autoridade administrativa, sempre foi e continua sendo autonomamente competente não só para determinar o processamento, para julgar e para apenar o servidor por ato de improbidade administrativa sob índole estatutária como também para fazê-lo à luz exclusiva do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, dispensando subsunção à alguma hipótese legal dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429, de 1992, conforme se construiu em **4.7.4.4.1.a** e **4.7.4.4.1.b**. Apenas para a aplicação das sanções de natureza judicial previstas no art. 12 da Lei nº 8.429, de 1992, é que se exige o rito da ação civil pública e o julgamento por magistrado.

Com isto, pode-se dizer que havia, desde a redação original da Lei nº 8.429, de 1992, por reflexo do texto constitucional, a percepção, ainda que não positivada e apenas extraída da aplicação da jurisprudência e da doutrina, de existência de um sistema cível de responsabilização dos atos de improbidade administrativa. Este sistema sempre foi composto, no mínimo, por duas ramificações, que são as que aqui interessam. A primeira ramificação consiste na ação civil pública, para a dicção do Direito material de índole civil e para a consequente aplicação das pesadas sanções judiciais previstas no art. 12 da citada Lei que extrapolam a competência administrativa e a repercussão disciplinar. A segunda ramificação consiste no processo disciplinar, para a dicção do Direito de índole disciplinar e para a consequente aplicação das únicas sanções estatutárias cabíveis, quais sejam, de expulsão, por demissão ou por cassação de aposentadoria, conforme o inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990. Em outras palavras, não há instância única para apuração de improbidade administrativa. Esta percepção sistemática sempre existiu na interpretação da Lei nº 8.429, de 1992, independente das alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021; sem dúvida, esta Lei apenas a ratificou e reforçou.

Da mesma forma como se aduziu linhas acima para a inovação da Lei 8.429, de 1992, em sua redação alterada, positivando a existência do sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, também não chegam a ser surpreendentes os dispositivos que expressam os bens jurídicos sistemicamente tutelados na sua vocação civil. A virtude destes dispositivos reside na identificação indubitável dos bens jurídicos especificamente tutelados pela Lei em apreço, em sutil (complementar e jamais excludente) diferença em relação aos bens jurídicos tutelados indistintamente pela instância disciplinar para qualquer enquadramento estatutário (que, grosso modo, é a manutenção da regularidade *interna corporis* fortemente calcada na relação pessoalizada de confiança entre Administração e servidor) e em diferença até da visão mais abrangente que sempre se defendeu para o bem jurídico tutelado pela Lei nº 8.429, de 1992, desde sua redação original, que é o bem maior da moralidade administrativa como um Direito Público subjetivo, conforme sempre entendeu a doutrina.

> *"A Lei Federal n. 8.429/92 não revogou a Lei Federal n. 8.112/90, nem as leis estaduais e municipais, no que diz respeito às faltas funcionais e correlatas sanções, processo administrativo e competência no exercício do poder disciplinar, inclusive no tocante à improbidade administrativa. São esferas distintas e independentes de repressão. (...)*
> *Qualquer que seja a penalidade administrativa (...), nenhum óbice existe ao cúmulo com as sanções da Lei Federal n. 8.429/92, em razão da diversidade da natureza jurídica de cada uma delas (...).*
> *(...) a previsão de aplicação judicial das sanções da improbidade administrativa, delineada no art. 12 da Lei Federal n. 8.429/92, não significa que a legislação infraconstitucional instaurou uma instância única para a matéria e retirou o exercício da competência administrativa derivada do poder*

> *disciplinar. (...)*
> *Somente a punição específica da Lei Federal n. 8.429/92 é que se sujeita ao crivo jurisdicional (...).” Wallace Paiva Martins Júnior “Probidade Administrativa”, pgs. 179 e 180, Editora Saraiva, 1ª edição, 2001*

O *caput* e o § 5º do art. 1º da Lei nº 8.429, em leitura conjunta, indicam que o sistema ora ratificado e reforçado tem como bens jurídicos tutelados na sua vertente civil, na mesma percepção que já se extraía desde a redação original da Lei, a probidade na organização do Estado (que compreende a autonomia dos entes federados entre si - União, estados, Distrito Federal e municípios -, o atendimento de todos os princípios reitores da Administração Pública e o cumprimento de todos os ditames referentes aos servidores civis e militares) e no exercício de todos os seus múnus públicos e a integridade do patrimônio público e social. Atos de improbidade administrativa, portanto, passaram a ganhar a definição legal - meramente delimitadora em termos conceituais, sem se confundir com um tipo residual, conforme se detalhará em **4.7.4.4.2.c** - como aqueles que violam a probidade na organização do Estado e no exercício de seus múnus públicos e a integridade do patrimônio público e social. Para além da relação funcional entre o agente infrator e o Estado, a Lei nº 8.429, de 1992, diante de ato ímprobo, também estende suas repercussões jurídicas para fins patrimoniais (ao prever ressarcimento de dano) e até políticos (ao impor suspensão de direitos políticos e ao atingir, com perda, o instituto mais abrangente da função pública). De se compreender que a lista dos bens jurídicos tutelados pelo sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa é feita de forma aditiva, como se fossem três objetos de proteção; já a incidência deste sistema responsabilizador se dá com uma única afronta, a qualquer um dos três bens jurídicos tutelados, com construção alternativa. A configuração, ao menos em termos conceituais, como também entende a doutrina, de ato de improbidade administrativa não requer que a conduta funcional viole simultaneamente a probidade na organização do Estado, também a probidade no exercício dos seus múnus públicos e igualmente a integridade do patrimônio público e social, bastando que um destes três pilares de proteção tenha sido atingido.

> *“De modo que a improbidade administrativa, definindo-se intrinsecamente como transgressão de risco, não requer de rigor, para a sua configuração legal, que tenha a pessoa jurídica pública sofrido efetivamente prejuízo patrimonial.” José Armando da Costa, “Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa”, pg. 23, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2000*

Após ter discorrido com bons olhos sobre o *caput* e os §§ 4º e 5º do art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992, a partir daí, o que se vê é uma sequência de dispositivos legais introdutórios que vão muito além da salutar cautela e do indispensável conservadorismo com que se deve manejar o Direito Público punitivo, uma vez que, de tão repetitivos e insistentes, revelam uma indisfarçada intenção do legislador ordinário em quase inibir ou inviabilizar a aplicação da Lei nº 8.429, de 1992.

4.7.4.4.2.a - A Obsessiva Exigência de Dolo nas Definições Materiais e a Ausência de Tipicidade Baseada em Jurisprudência para a Instância Civil

No presente tópico, de imediato, antes de qualquer crítica às alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada de Lei de Improbidade Administrativa - LIA), se reconhece e se ratifica que a imputação de cometimento de ato de improbidade administrativa somente se justifica, desde sempre, mediante conduta eivada de ânimo subjetivo doloso e nestes aspecto é acertada a opção restritiva encampanda por aquela Lei. Não obstante, na sequência ainda deste tópico, se abordará a confusa redação imposta pelo legislador ordinário ao qualificar o dolo necessário, exigidora de esforço hermenêutico a fim de esclarecer que, como regra, o ato de improbidade

administrativa se aperfeiçoa tão somente com o elemento subjetivo geral, com é também a regra do Direito Penal, sendo raras as hipóteses materiais que exigem o elemento subjetivo especial (expressões que, nos termos já expostos em **4.6.2.1** assumem o atual significado das tradicionais e superadas expressões "dolo genérico" e "dolo específico").

Dito isto, em sequência, detalha-se que, por força das alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 2021, os §§ 1º a 3º do art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992, passaram a expor a reiterada exigência do ânimo subjetivo doloso na conduta funcional como pré-requisito essencial para a configuração de ato de improbidade administrativa na instância civil. Não que se diga que são inadequados estes dispositivos legais exigidores do dolo; ao contrário, tanto que sempre assim se procedeu na apuração disciplinar de atos ímprobos.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 1º*
> *§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

É de se reconhecer que a Lei nº 8.429, de 1992, na redação original de suas listas materiais, quais sejam, nos *caputs* e nos incisos dos arts. 9º, 10 e 11, não expressava a inequívoca natureza dolosa dos atos ímprobos. Ao contrário, silenciava-se quanto ao aspecto subjetivo nas definições e nas listas desdobradas dos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito e que atentam contra os princípios da Administração Pública e, pior, contemplava a possibilidade de ato ímprobo causador de prejuízo ao erário tanto por conduta dolosa quanto por conduta culposa. Esta previsão legal de conduta meramente culposa poder configurar ato de improbidade administrativa sempre soou extremamente incoerente na fonte jurisprudencial, na doutrina, nos entendimentos administrativos e sobretudo na aplicação concreta, pelos operadores do Direito Administrativo Sancionador.

A própria noção geral, empírica e leiga de improbidade, como sinônimo de falta de probidade, remetendo à desonestidade, má-fé, fraude, má intenção e deslealdade, traz umbilical e indissociavelmente vinculada a ideia de conduta dolosa. E, de forma mais específica, logicamente, a improbidade administrativa, contrapondo-se de forma grave à esperada conduta funcional proba, não pode decorrer de atuação funcional demarcada apenas pela quebra do dever objetivo de cuidado em razão de ação ou omissão imprudente, negligente ou imperita. Sendo conduta ilícita caracterizada por mácula de integridade, somente se pode conceber ato de improbidade administrativa mediante ânimo subjetivo doloso, em que o agente tem consciência não só do caráter típico de sua conduta mas também do risco de produzir o resultado delituoso decorrente e move-se pela vontade de obter aquele resultado previsto. Seja na própria seletividade inerente ao aplicador do Direito Público punitivo, sejam nos posicionamentos pacificados nas jurisprudências judicial e administrativa e na doutrina, jamais se cogitou de imputação de tão grave enquadramento em face de conduta funcional meramente culposa.

Até é verdade que, em instância judicial, o juízo civil, sob ótica não punitiva mas sim meramente patrimonial reparadora, pode condenar o causador de dano a outrem a ressarcir o prejuízo, ainda que sua conduta tenha sido culposa, à luz do art. 186 e do *caput* do art. 927, ambos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC) e também da doutrina.

> *CC - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou*

> *imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ao ilícito.*
> *Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*
>
> *"Por culpa (em sentido estrito), a ação do servidor, ou agente político, que cause prejuízo aos bens e haveres públicos, poderá, quando muito, ensejar a sua responsabilização civil, nos termos do art. 159 do Código Civil e do art. 5º da Lei nº 8.429/92*
> *Ressalte-se, por fim, que, carecendo de tais requisitos fundamentais [dolo], o comportamento do agente - ainda que seja enquadrável numa das hipóteses previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 - não configura justo título demissório, podendo, na pior das hipóteses, ensejar a sua responsabilização civil, como referido acima, ou a imposição da pena de advertência, nos termos do art. 129 da Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico do Servidor Federal)." José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pgs. 537 e 538, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*
> *(**Nota**: A remissão ao art. 159 do antigo CC equivale à leitura conjunta dos arts. 186 e 927 do atual CC.)*

Todavia, seja na natureza civil da improbidade administrativa, seja em seu reflexo disciplinar, não se vislumbra a concretização de ato ímprobo, ao qual se associam severas penas, mediante mera conduta voluntária de desatendimento do dever objetivo de cuidado e que gere resultado delituoso não desejado pelo autor, independentemente da modalidade de imprudência, negligência ou imperícia. Na seara que mais interessa, qual seja, a disciplinar, mesmo ao tempo em que a redação original do art. 10 da Lei nº 8.429, de 1992, contemplava a possibilidade ato ímprobo culposo causador de prejuízo ao erário e à vista da tradicional praxe de se agregar alguma definição material da Lei nº 8.429, de 1992, o entendimento manifestado pela Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GQ-200, sempre foi de que não cabe enquadrar atitude culposa em improbidade administrativa. Na mesma linha também sempre pontuou a doutrina, inclusive da Controladoria-Geral da União (CGU).

> *Parecer AGU nº GQ-200, não vinculante: "Ementa: (...) Improbidade administrativa é ato necessariamente doloso e requer do agente conhecimento real ou presumido da ilegalidade de sua conduta."*
>
> *"Nesse sentido, por expressa determinação, em sede de reparação cível, é aceitável o reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa por lesão ao erário de forma culposa. No entanto, pelo menos na esfera disciplinar, somente é reconhecível a prática de ato de improbidade administrativa doloso, nunca culposo.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 312 e 311, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*
>
> *"Não sendo concebível que uma pessoa enriqueça ilicitamente, que cause prejuízo ao erário ou que transgrida os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e deslealdade às instituições públicas, por ação meramente culposa (negligência, imprudência ou imperícia), forçosamente haveremos de concluir que o elemento subjetivo do delito disciplinar da improbidade é o dolo. (...)*
> *Conquanto o art. 10 da Lei n° 8.429/92 preveja a modalidade culposa para o delito disciplinar de improbidade administrativa que implique lesão aos cofres públicos, entendemos, todavia, que o elo subjetivo da culpa em sentido estrito (negligência, imprudência e imperícia) não chega a integralizar e satisfazer o 'corpus delicti' da infração disciplinar em apreço, uma vez que é impossível conceber que um agente público - sem dolo ou voluntariedade - possa*

> *comportar-se de modo desonroso, ímprobo ou desonesto, a ponto de produzir dano ao erário. Se o comportamento culposo (em sentido estrito) do agente gerar algum dano contra o patrimônio público, a falta disciplinar cometida poderá ser outra qualquer, mas nunca a de improbidade administrativa." José Armando da Costa, "Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa", pgs. 22, 33 e 34, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2000*
>
> *"A improbidade é sempre ato doloso, ou seja, praticado intencionalmente, ou cujo risco é inteiramente assumido. Não existe improbidade culposa, que seria aquela praticada apenas com imprudência, negligência ou imperícia, porque ninguém pode ser ímprobo, desonesto, só por ter sido imprudente, ou imperito, ou mesmo negligente. Improbidade é conduta com efeitos necessariamente assumidos pelo agente, que sabe estar sendo desonesto, desleal, imoral, corrupto." Ivan Barbosa Rigolin, "Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis", pgs. 229 e 230, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

Pode-se dizer, então, que, após a primeira e justificável menção de obrigatoriedade de existência de ânimo subjetivo doloso para a configuração de ato de improbidade administrativa, imposta já desde o § 1º do art. 1º, a cansativa reiteração desta mesma exigência nas definições materiais da Lei nº 8.429, de 1992, se demonstra totalmente desnecessária, não só à luz da boa técnica redacional legislativa como também à vista da prática da aplicação desta Lei pelos operadores do Direito.

Resta, portanto, enganosa boa parte das justificativas apresentadas pelo legislador ordinário para defender a pertinência de "atualização" da Lei nº 8.429, de 1992, e dos pretextos para operar tal desconfiguração da sua redação original, por meio da Lei nº 14.230, de 2021. Não passou de uma falácia a alegação de que haveria casos de processamento e de punição mediante conduta apenas culposa e que seria necessária a alteração legislativa a fim de proteger bons agentes públicos, sobretudo no âmbito da gestão, que teriam sido vítimas de posturas açodadas de parte das estruturas estatais de controle (judiciais e administrativas) e que teriam se deixado tomar pelo receio e paralisado suas ações funcionais cotidianas e sobretudo em suas decisões gerenciais e que se teria inibido, em toda Administração Pública, a intenção de servidores em assumir postos de comando.

Ao contrariar as técnicas mais basilares da boa redação legislativa, o legislador ordinário deixou registrada no texto da Lei nº 8.429, de 1992, após todo rol de alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, uma quase obsessão para restringir a imputação de ato de improbidade administrativa condicionada à existência da elementar da conduta dolosa de parte do agente. Além dos já comentados §§ 1º a 3º do art. 1º, os *caputs* dos arts 9º, 10 e 11 e os §§ 1º e 2º deste último art., todos da Lei nº 8.429, de 1992, também demarcam a necessidade de dolo para que a conduta seja tida como ímproba. Os *caputs* dos arts. 9º a 11 serão comentados em **4.7.4.4.1.a** e **4.7.4.4.1.b**, quando as três espécies de atos de improbidade administrativa forem analisadas. Cabe então comentar os §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, com o que também se adentra na questão de elucidar se os atos de improbidade administrativa, como regra, se permeiam pelo dolo, no sentido geral do termo, ou exigem o elemento subjetivo especial.

> *Lei 8.429, de 1992 - Art. 11.*
> *§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei. (Incluído pela*

Lei nº 14.230, de 2021)

Tentando demonstrar que teria algum apreço à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, e às tutelas ali positivadas (de promoção da integridade e de prevenção e de combate à corrupção), o legislador ordinário cita este acordo internacional no § 1º do art. 11 da Lei 8.429, de 1992, para justificar a sua reiterada exigência de conduta dolosa para configuração de ato de improbidade administrativa atentatório contra os princípios da Administração Pública. Embora a menção tenha sido genérica, pode-se identificar que o § 1º do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, tenha se referido de forma mais específica ao art. 19 daquela Convenção, pois ambos dispositivos se reportam à conduta funcional praticada com "*o fim de obter [um] [proveito ou] benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade*".

> *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - Promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 2006 - Artigo 19. Abuso de Funções. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o abuso de funções ou do cargo, ou seja, a realização ou omissão de um ato, em violação à lei, por parte de um funcionário público no exercício de suas funções, com o fim de obter um benefício indevido para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade.*
> *(**Nota**: O Supremo Tribunal Federal vaticinou, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP, que tratados, acordos ou convenções internacionais que tratem de direitos humanos, após promulgados por decreto presidencial, ingressam "no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna".)*

Sendo assim, é necessário aduzir que o art. 19 da citada Convenção estabelece que seja qualificada como delito a conduta que denomina como "abuso de função pública", caracterizada quando o agente público atua ou se omite de atuar, ilicitamente e de forma intencional, com o objetivo de obter proveito ou benefício indevido para si mesmo ou para terceiros. E tanto a própria redação da parte final do § 1º do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, quanto a referência, em seu início, ao art. 19 do acordo internacional, como uma dupla menção ao fim de obter proveito ou benefício, poderiam levar à interpretação de que o legislador ordinário teria construído a exigência de que, para se subsumir a uma das hipóteses de ato de improbidade administrativa atentatório contra os princípios da Administração Pública, a conduta funcional deveria se marcar não por elemento subjetivo geral mas sim por elemento subjetivo especial.

E ressalte-se a importância de se obter a mais correta interpretação para o comando do § 1º do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, pois o § 2º do mesmo dispositivo legal estende a mesma construção - de exigência de que o agente público atue ou se omite de atuar, de forma ilícita, com o fim de se autobeneficiar ou de beneficar terceiros - para que se configurem todas as demais materialidades não só desta própria Lei (ou seja, também para atos ímprobos que importam em enriquecimento ilícito ou que causem prejuízo ao erário) como também se arvora a dizer que este parâmetro restritivo deve se aplicar em qualquer lei que sistemicamente institua definições de atos ímprobos.

Diante deste desafio hermenêutico, somente existem dois caminhos a serem trilhados: o primeiro é defender que o legislador ordinário se contradisse na visão sistemática da Lei nº 8.429, de 1992; o segundo é defender que a interpretação que se extrai dos §§ 1º e 2º do art. 11 da citada Lei não é de exigência do elemento subjetivo especial no sentido estrito da expressão conforme a doutrina conceitua. Inicia-se o enfrentamento pela primeira possibilidade, para descartá-la - já que, nesta linha, se teria de considerar inaplicáveis os dois dispositivos em tela e não se contempla como boa prática hermenêutica subtrair a atividade legislativa -, a fim de adotar a segunda possibilidade como o melhor entendimento possível e

mais harmonioso.

A primeira possibilidade hermenêutica, de se interpretar que o legislador ordinário teria desejado sim impor o elemento subjetivo especial para todas as hipóteses de atos de improbidade administrativa na redação dos §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, se depara com a insuperável constatação de que, em dispositivos topograficamente situados imediatamente acima, há inequívocas definições materiais tipificáveis mediante elemento subjetivo geral, conforme se descreve a seguir.

O art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, possui, além do *caput*, doze incisos com definições materiais e, destas, o *caput* e os incisos I, IV, VII, VIII, XI e XII, ou seja, sete hipóteses se amoldam com perfeição ao sentido de elemento subjetivo geral, enquanto os incisos II, III, V, VI, IX e X, ou seja, seis hipóteses se amoldam com perfeição ao sentido estrito de dolo com especial fim de agir. Com mais ênfase, o art. 10 da citada Lei possui, além do *caput*, 22 incisos com definições materiais e todas estas 23 hipóteses se amoldam com perfeição ao sentido de elemento subjetivo geral, não havendo nenhuma que se amolde com perfeição ao sentido estrito de dolo com especial fim de agir. Por fim, o art. 11 da citada Lei possui oito incisos com definições materiais e, destas, os incisos III, IV, VII, VIII e XI, ou seja, cinco hipóteses se amoldam com perfeição ao sentido de elemento subjetivo geral, enquanto os incisos V, VI e XII, ou seja, quatro hipóteses se amoldam com perfeição ao sentido estrito de dolo com especial fim de agir. Portanto, de 49 hipóteses definidoras de ato de improbidade administrativa, 38, equivalentes a 78%, possuem o tipo indicador de elemento subjetivo geral e apenas dez, equivalentes a 22%, possuem o tipo indicador de elemento subjetivo especial, o que impõe concluir que a Lei nº 8.429, de 1992, não só possui tipos tanto de elemento subjetivo geral quanto de elemento subjetivo especial mas também tem aqueles primeiros com larga preponderância, refletindo mesmo a regra geral de todas as instâncias punitivas.

Importante destacar que exatamente esta também é a posição da AGU, por meio da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares, da Consultoria-Geral da União (CNPAD/CGU/AGU), estampada no Parecer n° 1/2022/CNPAD/CGU/AGU, que obteve aprovações do Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (Decor), mediante Despacho nº 164/2022/Decor/CGU/AGU, do Subconsultor-Geral da União, mediante Despacho nº 206/2022/Gab/CGU/AGU, e, por fim do Advogado-Geral da União, por meio do Despacho AGU nº 160, de 24 de agosto de 2022, reportando-se a entendimento doutrinário.

> *Parecer nº 1/2022/CNPAD/CGU/AGU: "53. Tendo em vista o disposto no art. 1º, §§1º, 2º e 3º , e no art. 11, §§ 1º e 2º, há corrente doutrinária defendendo que a Lei de Improbidade passou a exigir a demonstração de dolo específico. Por outro lado, há corrente doutrinária entendendo que nem toda figura da Lei de Improbidade reclama dolo específico, mas somente as que fazem alusão expressa a um especial fim de agir. Sobre essa segunda corrente, transcreve-se o seguinte artigo do Juiz Federal Tiago do Carmo Martins:*
> *'Voltando-se os olhos para a LIA, nota-se que não exige dolo específico de modo indiscriminado, contemplando tanto figuras de dolo genérico como algumas de dolo específico. Veja-se dois exemplos:*
> *Artigo 10, V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; Artigo 11, VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades.*
> *No primeiro caso, basta lesionar o erário através de negócio imobiliário destoante do preço de mercado, com consciência, voluntariedade e a má-fé essencial ao ato de improbidade. No segundo, não basta omitir a prestação de contas; isso há de ser feito com má-fé e para a finalidade especial de ocultar irregularidades.*
> *Assim, é preciso conciliar as figuras descritas nos artigos 9º a 11 da LIA com a*

> *enunciação do artigo 1º, parágrafo 2º (dolo é a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente).*
> *Nesse passo, haverá improbidade quando o agente agir de modo consciente e voluntário para se enriquecer ilicitamente, lesar o erário ou violar princípio regente da Administração, "não bastando a mera voluntariedade do agente" em praticar o ato sem fim ilícito; ou seja, não há improbidade sem má-fé.*
> *Já o fim especial só deve ser buscado quando expressamente mencionado em um dos incisos dos artigos 9º, 10 ou 11. (O dolo na nova Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-dez-03/tiago-martins-dolo-lei-improbidade-administrativa)'."*

Cabe aqui relembrar o exposto em **4.6.2.1**, a cuja leitura se remete, de que o elemento subjetivo especial, embora se reporte a estado anímico do agente, se encontra inequivocamente positivado no elemento objetivo. Assim, defender que os comandos dos §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, se aplicariam de forma inflexível a todos os tipos de atos de improbidade administrativa significaria ter de interpretar que estas duas regras, que teriam sido redigidas como um postulado geral, teriam a sua incidência excepcionada em 78% das definições materiais para as quais deveriam se dirigir. Ou seja, este entendimento obrigaria que o aplicador do Direito esvaziasse o sentido dos dois dispositivos acima mencionados, o que decerto é uma linha interpretativa que não se tolera e que não se sustenta por total ausência de respaldo jurídico.

Superada a primeira possibilidade hermenêutica, adota-se e melhor se expõe a segunda. Antecipe-se que, em **4.7.4.4.2.c**, se esclarecerá que os §§ 1º e 5º do art. 1º delimitam e balizam, em termos de gravidade, que ato de improbidade administrativa é aquele que viola a probidade na organização do Estado ou no exercício de seus múnus públicos ou a integridade do patrimônio público e social, mas o fazem sem definir tipos, posto que tais definições materiais de atos ímprobos se encontram nas hipóteses desdobradas nos arts. 9º, 10 e 11, todos da Lei nº 8.429, de 1992. Com isto, as condutas concretas de agentes públicos, para que mereçam o processamento e as sanções civis nos termos da citada Lei, devem se subsumir a alguma hipótese desdobrada nos seus arts. 9º, 10 ou 11 e ao mesmo tempo devem atingir aquele patamar de gravidade estabelecido como postulado geral no § 5º do seu art. 1º.

De forma absolutamente análoga, é de se compreender que o § 1º do art. 11, em leitura conjunta com o subsequente § 2º do mesmo dispositivo, atua também como um outro balizamento dos tipos objetivos redigidos nos incisos dos arts. 9º, 10 e 11, todos da Lei nº 8.429, de 1992. Mas, mais que apenas ter esta percepção do valor condicionante dos dois dispositivos, é necessário entender corretamente, de forma que se sustente a indispensável interpretação sistemática da Lei nº 8.429, de 1992, o alcance da sua incidência sobre cada hipótese desdobrada nos seus arts. 9º, 10 e 11.

Não é defensável o entendimento de que o legislador ordinário teria positivado nos §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, a ilógica exigência de que qualquer ato de improbidade administrativa devesse requerer, para sua tipificação, que a conduta do agente, além de conter as genéricas consciência e vontade de favorecer a si mesmo ou de favorecer terceiros com que mantenha alguma relação, também tivesse se orientado por um propósito específico. Insistir nesta linha imporia uma ruptura na necessária visão sistemática, conforme bem se esclareceu acima, quando se analisou, exaustivamente, uma a uma das 49 hipóteses desdobradas nos arts. 9º, 10 e 11 da mesma Lei e se detectou que a redação da imensa maioria não se harmoniza com elemento subjetivo especial. Com isto se ratifica que os comandos dos dois dispositivos em tela em nada se confundem com exigência de que, em todo e qualquer ato ímprobo, o autor atue ou se omita de atuar movido por um especial fim de agir.

Antes de avançar na análise, se faz necessário resgatar de **4.6.1.2** que o ponto de partida analítico de qualquer espécie de ilícito é o contexto fático da conduta humana,

juridicamente tida como ato voluntário de ação (comissivo) ou de omissão (omissivo) que manifesta e exterioriza uma vontade do agente, fruto de uma decisão sua que sempre se move por uma finalidade, pois, de forma lógica, qualquer vontade se dirige a um fim pretendido, uma vez que não condiz com o ser humano conduta sem vontade (ainda que coagida ou ordenada) e sem finalidade.

Dito isto, reitere-se também que o elemento subjetivo geral, ao se projetar na lógica percepção de que a consciência e a vontade humanas inevitavelmente se orientam, ao fim de qualquer conduta, pela busca de algum efeito no mundo real, sempre tem o resultado delituoso decorrente como um de seus requisitos de configuração. Assim, o elemento subjetivo geral engloba a consciência, de parte do agente, de que o resultado delituoso pode ocorrer em razão de sua conduta proibida e engloba também a sua vontade de que este resultado delituoso seja produzido. É de se relembrar que não cabe confundir o fato de o autor simplesmente querer o resultado delituoso que decorre de sua conduta, como elemento subjetivo geral, com o fato mais específico de querer aquele resultado a fim de atingir determinado propósito, este sim o elemento subjetivo especial.

Diferentemente da imposição do elemento subjetivo especial de forma indistinta para todas as hipóteses desdobradas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429, de 1992, o que o melhor se extrai da interpretação dos §§ 1º e 2º do art. 11, apesar da sua redação imprecisa (traço comum da citada Lei), é que, para qualquer conduta humana ser tipificada como ato de improbidade administrativa à luz da instância civil, se requer que o agente tenha consciência de que, ao perfazer todas as elementares do tipo objetivo, pode acarretar o resultado delituoso de se autobeneficiar ou de beneficiar terceiros, e tenha também a vontade de produzir tal resultado. Daí porque se afirmou linhas acima que estes dois comandos, em conjunto, traçam uma espécie de balizamento prévio do elemento subjetivo geral que se faz necessário em qualquer conduta humana para que possa vir a ser tipificada como ato de improbidade administrativa, determinando para este rol material qual a natureza do resultado delituoso.

De forma mais detalhada, os §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, estabelecem que a conduta humana, para ser tipificada em qualquer hipótese de ato de improbidade administrativa, além de obviamente conter o requisito básico essencial de voluntariedade e de atingir o patamar subjetivo de consciência e de vontade genéricas de busca do resultado delituoso, deve ainda ter neste resultado um favorecimento, próprio do agente ou alheio, sabidamente indevido. Tal interpretação equivale ao coerente e salutar estabelecimento de um patamar mínimo mais elevado de seletividade inicial do dolo em geral, com o pertinente fim de diferenciar e de segregar esta grave tipificação da imputação de outras ilicitudes de menor grau de refração e de repulsa.

A regra do ânimo subjetivo ímprobo é, pois, o dolo em geral (a exemplo de como se move também o Direito Penal neste tema), sem exigir de forma indistinta o especial fim de agir (salvo tipos específicos), apenas com a peculiaridade diferenciadora de o resultado desejado pelo autor ser o nefasto proveito ou benefício próprio ou terceiros. Esta construção se revela bastante condizente com a percepção abrangente que se tem em gênero de ato de improbidade administrativa. É inerente à própria noção até mesmo empírica de ato ímprobo a busca (que até pode não vir a ser concretizada) de um resultado indecorosamente vantajoso para alguém.

Enquanto pode se dizer que, para qualquer conduta ilícita cometida mediante ânimo subjetivo geral, o agente busca o respectivo resultado delituoso decorrente e este resultado assume diversas naturezas, formas e valores dependendo de cada espécie material, no caso específico do ato de improbidade administrativa, também movido por elemento subjetivo geral, o resultado delituoso decorrente e desejado, de elevada e intolerável gravidade, é, especificamente, a geração de um ganho indevido, obtido ou concedido em razão do uso desvirtuado da função pública. A improbidade administrativa é tão diferenciadamente grave,

dilacera de forma tão drástica os liames de lealdade e de honestidade do agente em face da Administração que não cabe se cogitar de ser cometida como uma ilicitude de mera conduta, sem expectativa (ainda que ao final frustrada) de obtenção ou de concessão de alguma vantagem, no sentido lato do termo, indevida. Enfim, os §§ 1º e 2º da Lei nº 8.429, de 1992, longe de imporem a regra geral de todas as hipóteses desdobradas nos arts. 9º, 10 e 11, todos da Lei nº 8.429, de 1992, exigirem o fim especial de agir, estabelecem que o resultado delituoso privilegiador é um requisito, como uma marca indelével, dos atos de improbidade administrativa. E esta percepção é bastante clara sobretudo nas duas espécies mais graves, relevantes e pesadamente sancionadas de atos ímprobos previstas na Lei nº 8.429, de 1992, a saber, os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito e os que causam prejuízo ao erário.

A espécie de atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, prevista no art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, traz desde sempre, inserido em cada elemento objetivo, o benefício indevido propiciado pela atuação funcional do agente. Como o o *nomen juris* já indica, o enriquecimento ilícito, nas suas diversas formas definidas a cada inciso, é o próprio resultado delituoso decorrente de que o autor tem consciência e vontade. Como regra, conforme se atestou na análise exaustiva do *caput* e dos doze incisos do citado art. 9º, o agente apenas quer, para si ou para outrem, acarretar o enriquecimento ilícito, com o que já se perfaz a tipicidade mediante elemento subjetivo geral, de nada importando, na maioria das hipóteses, se há ou não um fim específico na forma ímproba de agir, ou seja, se há um propósito determinado para emprego daquele enriquecimento ilícito.

A espécie de atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, prevista no art. 10 da Lei nº 8.429, de 1992, comporta uma analogia com o método contábil das partidas dobradas, de forma que se possa compreender que o erário é lesionado justamente para que alguém aufira proveito, também como resultado delituoso previsto já desde cada elemento objetivo. Como se atestou na análise exaustiva do *caput* e de todos os 22 incisos do citado art. 10, o agente apenas tem, de forma genérica, consciência e vontade de causar prejuízo ao erário, por meio do qual atinge o resultado delituoso desejado de ele mesmo ou de terceiro auferir algum tipo de benefício, sendo dispensável o especial fim de agir. Tanto é assim que o prejuízo ao erário conjugado com proveito para o autor ou para outrem possui esta tipificação específica como ato ímprobo destacado na instância civil, enquanto o ato funcional de simplesmente acarretar lesão aos cofres públicos sem o resultado delituoso do proveito para o autor se qualifica como um ilícito civil comum passível de reparação ou como proibição estatutária no inciso X do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Com isto, afasta-se qualquer tese que pudesse vir a defender que o legislador ordinário teria inserido nos §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, a exigência de elemento subjetivo especial para todos os tipos previstos. Mesmo que esta tivesse sido a *mens legislatoris*, ao final não é a interpretação que se extrai da sedimentada *mens legis*. Reitera-se e ratifica-se que a tipificação de atos de improbidade administrativa, como regra, salvo hipóteses materiais específicas, se aperfeiçoam com o dolo apenas.

Encerra-se esta análise da desnecessidade de elemento subjetivo especial para todos os tipos previstos na Lei nº 8.429, de 1992, com a citação de paradigmático julgado com repercussão geral. De se perceber que a Corte Suprema ratificou a necessidade de dolo e rechaçou a hipótese de responsabilidade objetiva na imputação de ato de improbidade administrativa mas nada mencionou sobre este ãnimo requerer elemento subjetivo espcial.

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Alexandre de Moraes, Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR, DJe 12/12/2022, Ementa: "8. A Lei 14.230/2021 reiterou, expressamente, a regra geral de necessidade de comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação do ato de improbidade administrativa, exigindo - em todas as hipóteses – a presença do*

> *elemento subjetivo do tipo - dolo, conforme se verifica nas novas redações dos artigos 1º, §§ 1º e 2º; 9º, 10, 11; bem como na revogação do artigo 5º.*
> *9. Não se admite responsabilidade objetiva no âmbito de aplicação da lei de improbidade administrativa desde a edição da Lei 8.429/92 e, a partir da Lei 14.230/2021, foi revogada a modalidade culposa prevista no artigo 10 da LIA."*
> *Tema nº 1.199 "Definição de eventual (ir)retroatividade das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo - dolo - para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente."*
> *Tese: "1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - dolo;"*

Acrescente-se que, além de a menção feita pelo legislador ordinário no § 1º do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, à Convenção das Nações Unidas para o Combate à Corrupção não ter sido suficiente para impor a necessidade de elemento subjetivo especial para configuração de ato de improbidade administrativa - mesmo que esta tivesse sido a sua intenção engessadora -, como o Direito é uno e deve ser visto de forma integrada e não fragmentada, tal citação trouxe ainda um outro efeito positivo para o Estado interessado no combate à corrupção no que tange à questão instrumental da comprovação do ânimo subjetivo. Tendo a leitura conjunta dos §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, trazido para o tema da improbidade administrativa o escopo da supracitada Convenção, sua introdução na questão em tela deve ser integral, não se aceitando discricionário, oportunista e conveniente fatiamento de seus comandos. Assim, é interessante aduzir que o art. 28 deste diploma normativo, que é referência internacional no tema do combate à corrupção, reconhece a dificuldade da comprovação do dolo, sobretudo em casos mais complexos, e permite a sua inferência a partir das circunstâncias fáticas objetivas.

> *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - Promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 2006 - Artigo 28. Conhecimento, Intenção e Propósito como Elementos de um Delito. O conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas.*
> *(**Nota**: O Supremo Tribunal Federal vaticinou, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP, que tratados, acordos ou convenções internacionais que tratem de direitos humanos, após promulgados por decreto presidencial, ingressam "no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna".)*

Logo após a sanção da impactante Lei nº 14.230, de 2021, o Ministério Público Federal (MPF), por meio da Comissão de Assessoramento Permanente em Leniência e Colaboração Premiada, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão - Combate à Corrupção, da Procuradoria-Geral da República (PGR), editou a Nota Técnica nº 1/2021-5ª CCR, com profunda e irresignada análise das alterações impostas pelo legislador ordinário na Lei nº 8.429, de 1992. Embora esta Nota Técnica se dedique à leitura crítica das duas Leis sob a ótica das competências do MPF no tema, ou seja, no que tange à promoção da ação civil pública de improbidade administrativa, por óbvio que a peça jurídica se perfaz em rica e qualificada fonte para aplicação extensiva na instância disciplinar. Neste contexto, então, cabe mencionar que a Nota Técnica também afirma a ratificação de que o ânimo subjetivo da conduta ímproba pode ser inferido por meio das circunstâncias fáticas objetivas.

> *Nota Técnica nº 1/2021-5ª CCR: "57. O novo parágrafo 1º do artigo 11 da LIA incorporou no sistema de improbidade administrativa a categoria de abuso de função pública, prevista na Convenção de Mérida.*
> *58. A exigência de conduta funcional ilícita com "o fim de obter proveito ou benefício indevido, para si ou para outra pessoa ou entidade" já integra, em*

> *suas estruturas, todos os tipos de conduta ilícita previstos nos artigos 9º e 10, da LIA, em sua versão originária, bem como em sua versão atual.*
> *60. Ao recepcionar o abuso de função pública, o parágrafo 1º do artigo 11 também agasalhou o comando previsto no artigo 28 da Convenção de Mérida, pelo qual 'o conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas'."*

De toda forma, sendo o ânimo subjetivo elemento da conduta que reside em parcela íntima do autor, tanto nos inúmeros casos em que o tipo se perfaz com elemento subjetivo geral quanto nos poucos casos em que o tipo exige o elemento subjetivo especial, não se harmoniza com prova direta, somente cabendo instrumentalizar sua comprovação por meio de prova indireta por indício, mediante inferência racional e conhecimento de mundo do aplicador do Direito, conforme já se expôs em **4.4.1.1.3.c**, a cuja leitura se remete. Na prática, mesmo nos casos em que o tipo exige elemento subjetivo especial, a instrumentalidade comprobatória não sofre um acréscimo relevante em relaçao aos tipos que se satisfazem apenas com o elemento subjetivo geral, visto ambos indistintamente terem sua prova procedimentalizada mediante encadeamento indireto e inferencial.

Ademais, no § 8º do art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992, incluído pela Lei nº 14.230, de 2021, o legislador ordinário até começou bem a construção restritiva, positivando que não é razoável tratar como improbidade administrativa a mera conduta, seja comissiva, seja omissiva, calcada em interpretação divergente do ordenamento. Sabendo-se o quanto a atuação da Administração Pública e, consequentemente, o desempenho das atribuições de seus agentes passam pela legalidade e pela indispensável atenção a todas as regras positivadas e o quanto, por vezes, a tarefa hermenêutica se revela complexa e controversa - uma vez que o Direito não é ciência exata -, faz todo sentido não considerar ilícita a conduta funcional situada no campo da incerteza jurídica gerada pelo próprio ordenamento.

Mas exagerou no afã protetivo o legislador ordinário quando excedeu a consideração de licitude no atuar funcional associando-a à existência de uma mera divergência jurisprudencial. Em outras palavras, o citado dispositivo legal criou uma espécie de presunção legal absoluta de regularidade da conduta funcional se o servidor tiver a seu amparo qualquer posicionamento jurisprudencial afinado com sua forma de agir, mesmo que transparecendo uma interpretação ainda não pacificada. E a blindagem a favor do agente foi tamanha que a redação prossegue, mantendo a presunção legal absoluta de licitude no modo de agir funcional mesmo que posteriormente aquela linha jurisprudencial adotada se revele minoritária. É razoável defender a não incidência desse regramento tão gravemente punitivo contra um determinado agente quando é sabido por todos os operadores do Direito que o tema de que se trata é objeto de complexa controvérsia; mas soa até ingênuo - para eufemicamente pouco se dizer aqui - que a Lei conceda este beneplácito mesmo diante da adoção, de parte do servidor, de uma linha jurisprudencial minoritária ou isolada.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 1º*
> *§ 8º Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

Diante desta redação acintosamente permissiva de parte do legislador ordinário, no extremo oposto, uma legítima reação ao alcance dos órgãos de controle, que efetivamente se interessam pela tutela da probidade administrativa, é trazer ao tema o comando do inciso VI do art. 50 da Lei nº 9.784, de 1999, que exige com especificidade, como parâmetro de validade do ato administrativo, a expressa motivação de parte do agente quando este contrarie jurisprudência firmada. Se, de um lado, o mesmo legislador ordinário foi permissivo no § 8º

do art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992, a visão sistemática do ordenamento impõe que ao menos se exija o cumprimento da formalidade exigida no inciso VII do art. 50 da Lei nº 9.784, de 1994.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:*
> *VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;*

4.7.4.4.2.b - As Diferentes Incidências sobre Particulares nas Instâncias Civil e Disciplinar

Como a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada de Lei de Improbidade Administrativa - LIA), precipuamente se volta a elencar tipos de improbidade administrativa suscitadores de ação civil pública em instância judicial, seu alcance subjetivo é bastante elástico, muito mais extenso que o alcance da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, estatutariamente voltada unicamente a servidores, conforme seu art. 2º, e também um pouco mais abrangente (além de atualizado e melhor redigido) que o conceito de funcionário público adotado no *caput* e no § 1º do art. 327 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), para fim de tipificação de crimes especiais contra a Administração Pública. Na sua incidência judicial, o foco subjetivo da Lei nº 8.429, de 1992, no *caput* do seu art. 2º, difere, em síntese, da Lei nº 8.112, de 1990, por abarcar agentes que mantenham vínculos até mesmo sem remuneração ou transitórios ou mediante contrato com a Administração, e difere, em síntese, do CP por abarcar agentes políticos. A Lei nº 8.429, de 1992, alcança tutelas mais extensas, indo além da natureza punitiva do infrator, incidindo também com repercussões patrimoniais (de ressarcimento do dano, por exemplo) e até mesmo políticas (de suspensão de direitos políticos e de perda da função pública).

É importante destacar que a Lei nº 8.429, de 1992, com seu rito judicial de ação civil pública, atinge não só os agentes acima elencados, conforme o *caput* do art. 2º, mas, nos termos do *caput* do art. 3º, também se faz aplicável a qualquer pessoa que induza ou concorra, dolosamente, para a conduta ímproba funcional. Mas, lamentavelmente, para a instância civil, por força da Lei nº 14.230, de 2021, o legislador ordinário excluiu a incidência, que era prevista na redação original, sobre quem apenas se beneficiasse, de forma direta ou indireta, do ato ímprobo.

Este tema da incidência sobre particulares é especialmente caro para trazer ao foco da Lei nº 8.429, de 1992, pessoas próximas ao agente público, como familiares, sócios ou conhecidos em geral ou até mesmo pessoas jurídicas relacionadas ao servidor. Sob ótica disciplinar, é certo que o núcleo familiar e demais pessoas físicas ou jurídicas não são atingidos pelos regramentos de deveres e proibições que a Lei nº 8.112, de 1990, impõe somente aos servidores. Mas, sem dúvida, o comando extensivo do *caput* do art. 3º da Lei nº 8.429, de 1992, ainda que meramente referencial para a instância disciplinar, ilumina para a Administração, que se deve ter uma percepção conglobante do servidor em conjunto com seu núcleo familiar ou com outras pessoas, para formar convicção acerca de suposto ato ímprobo praticado pelo agente público. A apuração disciplinar de ato de improbidade administrativa imputado ao servidor pode ter o condão de trazer à luz as dissimulações por ele cometidas a fim de ocultar ou diluir suas infrações e evitar a decorrente punição.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 25 de junho de outubro de 2021)*
> *Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que,*

mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Diante da não rara possibilidade de o agente público tentar mascarar sua conduta de grave imoralidade administrativa empregando terceiros e particulares, sobretudo familiares, e até mesmo pessoas jurídicas, o tema acima, referente ao alerta lançado pelo comando estabelecido no *caput* do art. 3º da Lei nº 8.429, de 1992, merece destacada atenção tanto aqui, nesta abordagem ainda introdutória, acerca das alterações gerais impostas pela Lei nº 14.230, de 2021, quanto em **4.7.4.4.3**, em que se abordará com detalhe especificamente o ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de descompasso patrimonial, previsto no inciso VII do art. 9º da primeira Lei citada.

O comando do *caput* do art. 3º da Lei nº 8.429, de 1992, como é a regra de toda a sua aplicação, volta-se à esfera de sua precípua tutela, que é a instância judicial civil, ordenando que o Ministério Público Federal (MPF) condicione a extensão de suas investigações sobre terceiro apenas para a hipótese em que este, de forma dolosa, tenha participado da conduta infracional do servidor ímprobo, induzindo ou concorrendo em concurso de pessoas. Sob esta condição, pode o *Parquet* diligenciar para que este particular seja incluído na ação civil pública de improbidade administrativa que originalmente se dirigiria apenas ao agente público ímprobo. Uma vez que toda redação da Lei nº 8.429, de 1992, se volta à conduta do servidor infrator, esta permissão de alcance alargado obviamente se delimita ao que for viável e possível estender a aplicação da Lei, daí porque o dispositivo possui a expressão “no que couber”, como uma condicionante antes de o MPF diligenciar para que o terceiro também arque com as repercussões jurídicas da condenação por ato de improbidade administrativa.

Toda esta construção não impõe a mesma forma de emprego do *caput* do art. 3º da Lei nº 8.429, de 1992, pela instância disciplinar. Aqui, diferentemente da possibilidade de o MPF incluir o terceiro no polo passivo da ação civil pública de improbidade administrativa, não há a mínima plausibilidade de a unidade correcional do órgão administrativo também submetê-lo ao processo disciplinar e às decorrentes sanções estatutárias. Não obstante, à luz da consagrada independência das instâncias (reconhecida, inclusive, no *caput* do art. 12 e no art. 14, ambos da Lei nº 8.429, de 1992), pode a autoridade administrativa estender seus trabalhos investigativos ou apuratórios sobre o terceiro não em razão de este dolosamente ter induzido ou concorrido para o ato de improbidade administrativa do servidor, mas sim porque o agente público pode ter utilizado aquele particular como elemento diluidor ou dissimulador de seus atos infracionais.

Em outras palavras, não se estende a persecução administrativa com o fim de imputar a prática ímproba ao terceiro; o que se faz, quando necessário, é tão somente melhor perquirir a conduta infracional do agente público, buscando uma visão conglobante em que se incluam determinadas relações interpessoais que possam chamar especial atenção. Jamais se perca de vista que o eventual alcance adjacente e acessório da processualística disciplinar sobre terceiro não se confunde com submissão deste particular estranho aos quadros públicos ao regime sancionador estatutário, decorrendo apenas da circunstância, em determinado caso concreto, de o servidor tê-lo envolvido em sua conduta funcional a ser devidamente esclarecida.

A possibilidade de a Administração estender suas diligências, com todos os meios de prova admissíveis em Direito, na luz abrangente do art. 155 da Lei nº 8.112, de 1990, não se condiciona à existência de concurso de pessoas no sentido estrito da participação dolosa do terceiro na conduta infracional do servidor, mas sim se perfaz à vista tão somente da existência de certo tipo de relação contaminada entre o agente público objeto do processo disciplinar para apurar ato de improbidade administrativa e aquele particular. Além do amparo e do dever diligenciador previsto no citado dispositivo estatutário, também o art. 39 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, de aplicação subsidiária, impõe a ação instrumental

administrativa em face não só do interessado (o servidor, no caso) mas também em face de terceiro. Sem se confundir com intenção de estender as tutelas disciplinares sobre não servidor, autoriza-se - ou melhor, justifica-se e se impõe - que se ramifiquem os caminhos investigativos ou apuratórios a fim de elucidar a conduta funcional, inclusive quando esta se vale de lançar mão de familiares, sócios ou quaisquer espécies de pessoas (inclusive pessoas jurídicas) que se prestem a figurar como "laranjas" do agente público.

Detectando-se a existência de vínculo direto ou indireto entre o servidor e o terceiro a partir do qual se possa cogitar de qualquer forma de apropriação de parte do agente público desta relação pessoal como forma de tentar ocultar sua atuação ímproba, ainda que à revelia de conhecimento e de autorização do particular, os trabalhos administrativos, vinculados a buscar o máximo esclarecimento fático possível, devem abarcar também este não servidor. Obviamente, com mais razão se afirma esta extensão quando o terceiro atua de fato em concurso doloso com o servidor. Reitera-se que o reflexo adaptado do comando do *caput* do art. 3º da Lei nº 8.429, de 1992, à processualística disciplinar, atrela-se - conforme a literalidade, "no que couber" - tão somente à existência de algum tipo de relação próxima entre o terceiro e o servidor, exigindo-se menos que a condicionante do concurso doloso de pessoas indutor ou concorrente para que a ação civil pública de improbidade administrativa também processe e puna judicialmente o particular.

Diante do poder-dever que recai sobre a Administração no sentido de buscar a verdade processual factível necessária e suficiente para o deslinde dos fatos supostamente ilícitos de que tem conhecimento e para a dicção do Direito material, não se trata de liberalidade, discricionariedade ou de escolha ou menos ainda de arbítrio de parte dos agentes condutores da apuração disciplinar quando estes estendem as investigações ou as apurações sobre terceiro, visto que, ao contrário, o liame que o envolve com a suposta ilicitude decorreu de voluntariedade, sim, de parte do próprio agente público (que é familiar, sócio ou de qualquer forma conhecido daquele particular por ele mesmo envolvido). Em situações como esta, é comum o servidor alegar que a Administração constrange o terceiro conhecido seu; mas é de se lembrar que, havendo a tal relação que associa este particular ao ato infracional, quem constrange o não servidor é o próprio agente público, fazendo dele cúmplice de sua conduta infracional, sendo, portanto, totalmente descabido que, *a posteriori*, venha querer se beneficiar de sua própria torpeza, em aplicação extensiva do comando do art. 565 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP).

Portanto, o *caput* do art. 3º da Lei nº 8.429, de 1992, com a redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021, embora, como é de se esperar, seja mais defensivista que a redação original, não se dirige à instância disciplinar. A interpretação que de fato por ora interessa é a visão sistemática entre as Leis nº 8.112, de 1990, e nº 9.784, de 1999, por meio da qual aquele dispositivo de índole civil não obtém o efeito delimitador da atuação correcional (que, talvez, até tenho sido a intenção do legislador ordinário, ou seja, a *mens legislatoris*). Para que a processualística disciplinar, à vista do interesse principal de elucidar a conduta supostamente ímproba do servidor, abarque terceiro não servidor (desde pessoa física até pessoa jurídica), basta que se traga aos autos qualquer relação, ostensiva ou oculta, deste com o servidor e com os meios de agir ou com os resultados de sua prática funcional ilícita, não se exigindo a condicionante de participação indutora ou concorrente dolosa, imposta pelo comando legal acima apenas para que este particular seja processado e sancionado também como agente

Também se faz pertinente creditar a relevante e paradigmática construção adotada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) na sua primeira manifestação, após a sanção da Lei nº 14.230, de 2021, em processo disciplinar com proposta de demissão de servidor da RFB por incursão no ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em decorrência de desproporção patrimonial. O ineditismo e a irretocável qualidade técnica do arrazoado jurídico dão ao Parecer PGFN/Coged nº 3.589/2022/ME um

emblemático valor até histórico - tanto que o próprio o órgão de assessoramento passou a repetir o trecho abaixo como uma espécie de modelo nos casos posteriores que envolvem a extensão investigativa sobre terceiros. Na mesma toada de figurar como uma manifestação didática é o Parecer PGFN/Coged nº 11.565/2022/ME, também emitido após a sanção da Lei 14.230, de 2021. E mesmo ambos tendo sido emitidos para uma hipótese específica, cabe aqui serem reproduzidos neste arrazoado voltado para toda a generalidade de atos ímprobos.

> *PGFN/Coged nº 3.589/2022/ME: "58. Diante de indícios de infração administrativa, devidamente justificado por motivos fáticos e jurídicos, ainda que não tenha havido a espontânea disponibilização de dados pelo servidor, determinação legal de persecução disciplinar autoriza o acesso aos dados guardados pelo órgão, ao tempo em que preserva a intimidade do servidor, vez que seus dados não serão acessados externamente. A espontaneidade da apresentação da declaração de patrimônio pelo servidor, na conformação do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, é, portanto, dispensável para o procedimento administrativo disciplinar investigativo.*
> *59. Mais do que isso, à vista da gravidade e dos meandros dos atos sob investigação, autoriza-se ao órgão investigador que também acesse, diretamente ou por meio de requisição, dados sigilosos de terceiros que mantenham relação de proximidade com o servidor investigado, como ocônjuge ou companheiro, e parentes, mantenham ou não relação de dependência econômica, sejam servidores públicos ou não. Embora sejam dados de terceiros, autoriza-se sejam acessados quando cuidam de informações essenciais para descortinar as condutas perpetradas pela pessoa sob investigação.*
> *60. Especialmente em se tratando de atos de improbidade administrativa na modalidade enriquecimento ilícito, cujos percursos infracionais voltam-se a medidas dissimulatórias, seja por meio deinterpostas pessoas (figuradamente: "laranjas"), seja pela lavagem de dinheiro por meio da utilização de pessoas jurídicas, seja pela simulação de negócios jurídicos, a investigação pode avançar sobre terceiros que tenham auxiliado ou se beneficiado da prática dos atos, sejam ou não dependentes econômicos do servidor: (...)*
> *61. Corrobora esse raciocínio o próprio art. 3º da Lei nº 8.429, de 1992, mesmo com a redação da Lei nº 14.230, de 2021, que faz incidir a lei sobre terceiros que induzam ou concorram para a prática do ato (litteris: art. 3° As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade). Reconhece a norma que atos de improbidade administrativa, não raro, revestem-se de uma concatenação de fatos complexos com aparticipação ou a beneficiação de terceiros.*
> *62. Se mesmo a lei apena terceiros, a apuração dos fatos infracionais traçados na lei também pode/deve alcançá-los, independentemente de serem ou não dependentes econômicos do agente público. Daí, em que pese na seara administrativa não haja falar em punição de terceiro, a apuração do contexto dos fatos pode revelar necessário o avanço das investigações sobre terceiros para correto delineamento do ato ímprobo, in casu, enriquecimento ilícito.*
> *63. Portanto, a autorização à autoridade correcional de acesso a dados de terceiros no bojo de Sindicância Patrimonial para apuração de enriquecimento ilícito encontra respaldo no art. 198, § 1º, II, do Código Tributário Nacional, c/c art. 3º da Lei nº 8.429, de 1992, sendo despicienda, para este fim, a espontânea entrega de declaração de bens pelo servidor ou a relação de dependência econômica de familiar (prevista no art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992), desde que haja indícios do auxílio ou proveito de terceiros no acúmulo de patrimônio ilícito."*

> *Parecer PGFN/Coged nº 11.565/2022/ME: "56. No que se refere à inclusão das receitas e despesas do núcleo familiar do acusadono cálculo da VPD, é*

> *importante ressaltar que ainda que o agente público não declare asituação patrimonial do seu núcleo familiar, de se reconhecer que a análise da evolução patrimonial conjunta, desde que amparada em fundados indícios de enriquecimento ilícito,algumas vezes se mostra necessária, independentemente da capacidade financeira dos seusmembros. Nesse sentido, a independência econômica não fornece ao seu núcleo familiaruma blindagem contra o acompanhamento patrimonial, por, potencialmente, poder vir aassumir em seu nome a titularidade de bens ou disponibilidades do servidor.*
> *57. A comunicabilidade patrimonial de bens, rendas e gastos do cônjuge, permite aavaliação patrimonial em conjunto. É possível, pois, realizar a averiguação da eventualexistência de desproporção do patrimônio do servidor e seu cônjuge, desde que haja fortesindícios de ocultação de bens e ativos, a depender do benefício usufruído e de suarelevância, cabendo ao servidor comprovar seu distanciamento dos fatos e que não sebeneficiou daquela desproporção.*
> *58. Cabe ressaltar também que, por vezes, o próprio contorno fático da investigaçãodemanda o conhecimento de dados fiscais e bancários de terceiro na busca da verdade real,desde que preenchidos os requisitos legais para seu acesso. Sendo o fenômeno dacorrupção e atos afins clandestino por sua natureza, é presumível que os agentes públicosenvolvidos tentem escamotear os seus atos, se utilizando de terceiros como intermediáriospara não evidenciar os benefícios recebidos em troca, justificando, por conseguinte, oacesso aos dados de terceiros, inclusive familiares, para fins de comprovação do ilícito queo servidor público por ventura tenha incorrido.*
> *59. Acaso se firmasse o entendimento de que apenas dados fiscais e bancários dopróprio servidor investigado poderiam ser conhecidos pela investigação, mas não os dadosdos terceiros em conluio com aquele, ou de outra forma beneficiados, nenhum agenteímprobo deixaria rastros em seu nome, e isso bastaria para a impunidade."*

Por ser muito importante e usual, deve-se guardar toda esta construção sobre a inaplicabilidade do comando do *caput* do art. 3º da Lei nº 8.429, de 1992, na processualística disciplinar para a repercussão de especial interesse que se apresentará em **4.7.4.4.3**. A possibilidade de extensão dos trabalhos administrativos investigativos ou apuratórios sobre terceiro que guarda relação com o servidor assume grande relevância ao se abordar especificamente o ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de descompasso patrimonial, previsto no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992. Naquele tópico, a abordagem da frequência com que o servidor busca diluir ou dissimular entre terceiros (familiares, sobretudo) o patrimônio ilicitamente obtido com o emprego ímprobo do seu cargo já partirá da interpretação acima elaborada para o caso geral de qualquer das três espécies de ato de improbidade administrativa e de seus desdobramentos.

4.7.4.4.2.c - As Três Espécies de Atos de Improbidade Administrativa e o Engessamento da Configuração dos Atos que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública na Instância Civil

No arcabouço jurídico criado pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada de Lei de Improbidade Administrativa - LIA), e a ele circunscrito, a lista de situações enumeradas nos seus arts. 9º, 10 e 11 esgota as possibilidades materiais para fins civis, não podendo determinada situação ser considerada como ato de improbidade administrativa em decorrência apenas de seu amoldamento ao mais genérico e abstrato § 5º do art. 1º da mesma Lei, caso não se tipifique em algum daqueles três arts. sob pena de severa afronta aos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Importante pontuar que os §§ 1º e 5º do art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992, exercem

interessante função normativa de delimitarem o alcance da expressão "improbidade administrativa" para fim de repercussão civil no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Enquanto o § 1º do art. 1º ratifica e reitera que a lista material das hipóteses legais caracterizadoras de atos de improbidade administrativa se resume aos conteúdos abarcados nas espécies desdobradas nos arts. 9º, 10 e 11, o § 5º do mesmo art. 1º figura como dispositivo legal introdutório, de natureza genérica e abstrata, e serve de balizamento posterior para ponderar se a gravidade da conduta *a priori* tipificada em algum desdobramento daqueles três arts. sequenciados é tal que mereça a imputação de ato ímprobo. Em outras palavras, o § 5º do art. 1º também pode ser visto como um limitador do bem jurídico a ser tutelado pela citada Lei. Pode-se interpretar que este dispositivo, por um lado, define, para fim de delimitação conceitual, que ato de improbidade administrativa é aquele que viola a probidade na organização do Estado ou no exercício de seus múnus públicos ou a integridade do patrimônio público e social, mas, por outro lado, não tipifica infrações. Os tipos, aos quais devem efetivamente se subsumir as condutas concretas de agentes públicos para que mereçam o processamento e as sanções civis, por sua vez, residem nas hipóteses desdobradas nos arts. 9º, 10 e 11, conforme ratifica o § 1º do art. 1º. Neste parágrafo, todas as citações normativas referem-se à Lei nº 8.429, de 1992, de expressão poupada apenas para dispensar a redação repetitiva.

A assertiva acima conduz a duas consequências binariamente alternativas em termos de delimitação de incidência da gravosa Lei em comento. A primeira consequência é que não cabe interpretação distorcidamente extensiva de que se poderia tipificar como improbidade administrativa ato funcional que, mesmo não se amoldando a algum dos desdobramentos dos arts. 9º, 10 ou 11 e sintetizados no § 1º do art. 1º, se pudesse considerar abarcado na definição abrangente do § 5º do art. 1º, todos da Lei nº 8.429, de 1992, para ser tido como ímprobo, em razão de ausência de tipicidade. A segunda consequência é que se um ato funcional, abstrata e formalmente, satisfizer o requisito de se subsumir a alguma hipótese legal elencada nos arts. 9º, 10 ou 11 e, consequentemente também no § 1º do art. 1º, mas não puder ser considerado amoldado à definição de ato ímprobo contida no § 5º do art. 1º, em razão sobretudo de ausência de gravidade na afronta a algum dos bens jurídicos tutelados, não haverá infração, pois a conduta terá atingido apenas o aspecto formal da ilicitude, restando-lhe a ausência de ilicitude material. Em outras palavras, o § 5º do art. 1º não expande o rol, mas sim limita a interpretação das infrações tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 e sintetizadas no § 1º do art. 1º. Também neste parágrafo, todas as citações normativas referem-se à Lei nº 8.429, de 1992, de expressão poupada apenas para dispensar a redação repetitiva.

À vista do exposto acima, a construção cognitiva a fim de se avaliar se determinada conduta concreta se subsome a alguma hipótese legal definidora de ato de improbidade administrativa é de ser considerada fragmentada em dois momentos consecutivos. Primeiramente se avalia se a conduta formalmente se tipifica em alguma das hipóteses desdobradas nos arts. 9º, 10 e 11 e sintetizadas no § 1º do art. 1º e, caso positivo, em seguida, se pondera se materialmente o ato tem a gravidade de afrontar algum dos bens jurídicos tutelados no § 5º do art. 1º, todos da Lei nº 8.429, de 1992. A ideia a preponderar é de subsunção em consecução, primeiramente ao art. 9º, 10 ou 11 e na sequência ao § 1º do art. 1º; e, em segundo momento, ao § 5º do art. 1º. Não havendo desde o início subsunção a alguma das hipóteses desdobradas dos arts. 9º, 10 e 11, sequer cabe avançar na análise, pois já se descarta desde então a tipificação da conduta como ato de improbidade administrativa. Tão somente a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses desdobradas dos arts. 9º, 10 ou 11 não tem, por si só, o condão de qualificar o ato como ímprobo se não puder ser considerado amoldado na definição conceitual do § 5º do art. 1º. De mesma forma, tão somente a consideração de que o caso concreto se amolda na definição conceitual do § 5º do art. 1º não tem, por si só, o condão de qualificar o ato como ímprobo se não se subsumir a uma das hipóteses desdobradas dos arts. 9º, 10 ou 11. Igualmente, neste parágrafo, todas as citações

normativas referem-se à Lei nº 8.429, de 1992, de expressão poupada apenas para dispensar a redação repetitiva.

Por um lado, um ato de improbidade administrativa pode se materializar apenas com a caracterização do enriquecimento ilícito, sem a necessidade de prejuízo ao erário e vice-versa, bem como também pode se configurar tão somente com a afronta aos princípios reitores da Administração Pública, sem a necessidade de enriquecimento ilícito e de prejuízo ao erário, conforme expressa o § 5º do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992. Dito de outra forma, a tipificação de um único ato como improbidade administrativa por causar prejuízo ao erário não requer a comprovação de o agente ter auferido qualquer vantagem patrimonial, visto tal elemento ser indispensável para a comprovação de ato ímprobo de outra espécie, qual seja, acarretadora de enriquecimento ilícito, cuja existência, quando é o caso, atrai tal tipo mais gravoso. E a tipificação de um único ato como improbidade administrativa por atentar contra os princípios reitores da Administração Pública não requer a comprovação de o agente ter auferido qualquer vantagem patrimonial ou de ter causado prejuízo ao erário, conforme também entende a jurisprudência, visto tais elementos serem indispensáveis para a comprovação de atos ímprobos de outras espécies, quais sejam, acarretadora de enriquecimento ilícito ou causadora de prejuízo ao erário, cujas existências, quando é o caso, atraem tais tipificações mais gravosas.

> *STJ, Segunda Turma, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, Recurso Especial nº 1.245.765/MG, DJe 03/08/2011, Ementa: "5. Em primeiro lugar, é (...) pacífico no Superior Tribunal de Justiça entendimento segundo o qual, para o enquadramento de condutas no art. 11 da Lei n. 8.429/92, é despicienda a caracterização do dano ao erário e do enriquecimento ilícito."*

Por outro lado, uma única conduta pode tipificar-se em duas ou até nas três daquelas espécies de improbidade administrativa, uma vez que um ato ímprobo ensejador de enriquecimento ilícito pode também causar prejuízo ao erário e/ou atentar contra algum princípio reitor da Administração Pública. Em qualquer destas combinações decorrentes de um ato único, a boa técnica jurídica recomenda a não superposição de tipos, sintetizando-se a imputação com aquele que melhor se amolda aos contornos fáticos, mediante critérios de resolução do conflito aparente de infrações, nos termos já expostos em **4.5.3**. Assim, um único ato a ser tipificado como acarretador de enriquecimento ilícito até pode também ter causado prejuízo ao erário ou afrontado os princípios reitores, mas basta imputar a conduta no art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992. Da mesma forma, um único ato a ser tipificado como causador de prejuízo ao erário até pode também ter afrontado os princípios reitores, mas basta imputar a conduta no art. 10 da Lei nº 8.429, de 1992.

As linhas de excludência material acima expostas decorrem do fato de que, de certa forma, a Lei nº 8.429, de 1992, estabelece um gradiente decrescente de gravidade nas três espécies de atos ímprobos nela previstos. Os atos de improbidade administrativa de maior gravidade e lesividade e, consequentemente, de maior grau de repulsa social e de mais forte sancionamento são aqueles acarretadores de enriquecimento ilícito ao agente, previstos em seu art. 9º; em sequência, vêm os atos de improbidade administrativa que, mesmo não tendo propiciado enriquecimento ilícito ao agente, tenham causado prejuízo ao erário; por fim, a Lei abarca também como ímprobos poucos atos que, mesmo não tendo propiciado enriquecimento ilícito ao agente e causado prejuízo ao erário, configuram afrontas aos princípios reitores da Administração Pública.

Esta construção de gradiente de gravidade é perceptível com a leitura do art. 12, em que as penas decorrentes de ação civil pública em instância judicial são decrescentes do art. 9º para o art. 10 e sobretudo deste para o art. 11, todos da Lei nº 8.429, de 1992. Note-se, inclusive, na malsinada desidratação do sério combate à improbidade administrativa operada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que, para o legislador ordinário, o ato ímprobo

que desrespeita os princípios reitores da Administração Pública deixou de prever a possibilidade de a sentença judicial sancionar o servidor com perda de bens (corrigindo a atecnia do § 4º do art. 37 da CF, que menciona a medida cautelar preparatória de indisponibilidade de bens), perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, penas estas que restaram exclusivas para as duas primeiras espécies de improbidade administrativa em ação civil pública (e, não por acaso, as duas últimas são justamente as penas mais próximas da tutela política da Lei nº 8.429, de 1992). Os atos ímprobos atentatórios contra os princípios da Administração Pública passaram a poder ser punidos judicialmente apenas com ressarcimento do dano patrimonial efetivo, caso existente, multa civil e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, que são as únicas penas possíveis de serem aplicadas em sentença às três espécies de improbidade administrativa. Não obstante, deve-se reconhecer que as penas impostas em razão de atos de improbidade administrativa definidos nos arts. 9º e 10 sofreram agravamento com a Lei nº 14.230, de 2021.

Em razão da tibieza das penas previstas para os atos de improbidade administrativa atentatórios contra os princípios da Administração Pública, no inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429, de 1992, e também pelo drástico enxugamento operado nas possibilidades de tipificação de uma conduta funcional como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública na lista de incisos agora exaustivos do art. 11 da mesma Lei (como se discorrerá adiante), pode-se afirmar que raras vezes se vê de forma tão cristalina no ordenamento pátrio o pouco apreço que o legislador ordinário demonstra ter justamente pelo que deveria ser a principal fonte irrigadora de sua atividade legislativa, que são os princípios. Do que se depreende, para o agente político incumbido da responsabilidade de elaborar as leis que regem a vida em sociedade, atos concretos que afrontam a base principiológica merecem menor relevância, o que, em síntese, permite inferir o seu incurável desapego pelos anseios sociais e, consequentemente, pelo interesse público, conforme já ponderado em **3.3**.

Como já foi afirmado em **4.7.4.4.1.b**, as redações originais dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429, de 1992, de forma absolutamente similar, construíam nos respectivos *caputs* definições abrangentes dos atos de improbidade administrativa importadores de enriquecimento ilícito, causadores de prejuízo ao erário e atentatórios contra os princípios da Administração Pública e, em seguida, apresentavam, em seus incisos, listas não exaustivas de exemplos de cada uma daquelas três espécies de atos ímprobos. Desta forma, enquanto os incisos figuravam como listas exemplificativas de hipóteses legais que descreviam atos ímprobos com contornos específicos e bem delineados, os *caputs* restavam como tipos residuais para condutas concretas de forte imoralidade que não se subsumissem a nenhum dos incisos.

Portanto, com esta forma de construção, se as três espécies de atos de improbidade administrativa comportavam sempre uma possibilidade residual de tipificação nos respectivos *caputs* dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429, de 1992, e se, como afirmado acima, a espécie de atos ímprobos atentatórios contra os princípios da Administração Pública era a espécie de configuração residual dentre todas, é certo que a tipificação no *caput* do citado art. 11 se revelava fortemente abrangente e não determinística. Esta inegável abertura objetiva que o mencionado *caput* do art. 11 contemplava, somada à previsão no *caput* do art. 10, de imputação de ato de improbidade administrativa culposamente causador de prejuízo ao erário, serviram de mote para a falaciosa argumentação política e legislativa de que era necessário adequar a redação da Lei nº 8.429, de 1992, aduzindo que esta causaria insegurança jurídica. Com isto, a classe política, sobretudo a sua vertente dos ocupantes de cargos eletivos federais, aproveitou-se de seus próprios inconformismo e desconforto com o possível alcance de Lei nº 8.429, de 1992, e operou forte corte na incidência da citada Lei, por meio das alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021. Além de acertadamente eliminar a possibilidade de

ato culposo ser tipificado como ato ímprobo causador de prejuízo ao erário, o legislador ordinário alterou radicalmente o art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992. Se originalmente seu *caput* era a mais residual (no sentido de comportar um amplíssimo espectro de condutas humanas) dentre todas as hipóteses de tipificação como ato ímprobo previstas nos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429, de 1992, após o advento da Lei nº 14230, de 2021, todo o art. 11 ficou praticamente inaplicável, tamanha a defensivista restritividade de incidência que lhe sobrou. Por um lado, apenas os *caputs* dos arts. 9º e 10 da Lei nº 8.429, de 1992, mantêm a qualidade de se comportarem como tipos residuais, para além das respectivas listas exemplificativas dos seus incisos. Por outro lado, o *caput* do art. 11 da citada Lei perdeu a sua característica original de também ser um ato ímprobo residual e a lista dos incisos se tornou não apenas exaustiva como também de limitada aplicabilidade. De certa forma, ao menos para o viés disciplinar, o art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, se tornou quase letra morta na norma.

Quanto aos arts. 9º, 10, 11 e 12 da Lei nº 8.429, de 1992, os três primeiros são definidores de atos ímprobos e o último é cominador de penas, sendo todos, portanto, dispositivos de natureza material e não processual. Como tal, as alterações mais gravosas introduzidas pela Lei nº 14.230, de 2021, não se aplicam, na instância civil, a atos concretos ocorridos antes da sua entrada em vigor, que se deu 26/10/21. De forma geral, como as hipóteses materiais desdobradas nos arts. 9º e 10 reportam a penas previstas nos incisos I e II do art. 12, todos da Lei nº 8.429, de 1992, e como estas sanções sofreram agravamento com as alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 2021, pode-se generalizar que as novas redações materiais dos citados arts. 9º e 10 somente se aplicam a atos praticados após 26/10/21.

Em especial para os arts. 9º e 10 da Lei nº 8.429, de 1992, cabe afirmar que não há nem antinomia ou confronto ou oposição e nem tampouco mera reiteração ou superposição entre os respectivos *caputs* e incisos. Os *caputs* destes dois arts. estabelecem definições genéricas das duas espécies de atos de improbidade de que tratam, como tipos residuais, seguidos de listas exemplificativas e não exaustivas de condutas que possuem campos de aplicação concreta próprios. Dentre as diretrizes de elaboração de lei, incisos figuram, *a priori*, como dispositivos que enumeram ou especificam a ideia contida no comando do *caput* de qualquer artigo, não cabendo estanqueidade entre estas duas categorias. Não obstante, no caso em tela, os incisos dos arts. 9º e 10 da Lei nº 8.429, de 1992, descrevem condutas com maior minudência e que são autonomamente capituláveis apenas neles mesmos. A subsunção de um ato que importe em enriquecimento ilícito em qualquer inciso do mencionado art. 9º ou a subsunção de um ato que cause prejuízo ao erário em qualquer inciso do mencionado art. 10 logicamente também atende todas as elementares mais genéricas dos respectivos *caputs* mas não impõe a capitulação combinada e também não prejudica a tipicação autônoma e residual de alguma conduta concreta mais peculiar apenas naqueles enunciados gerais. Já o *caput* do art. 11, de forma diferente, não define um tipo próprio e não possui a relação de residualidade em face de seus incisos exaustivos e, consequentemente, sequer cabe cogitar da hipótese de figurar como capitulação, sozinho ou combinado, para ato que atente contra os princípios da Administração. Estes detalhes serão melhor descritos a diante.

O art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, que teve sua construção mantida na radical alteração promovida pela Lei nº 14.230, de 2021 (não obstante alguns ajustes pontuais de redação), lista em doze incisos exemplos de atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito. E, além dos incisos, o seu *caput* define, como tipo residual (em razão do seu desfecho com a expressão "*e notadamente*"), que esta espécie de atos ímprobos se materializa diante de qualquer situação em que o agente público, mediante ânimo subjetivo doloso, aufira todo tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, função ou emprego. Em síntese, dentro dos contornos descritos nos treze dispositivos, esta espécie de tipificação se configura com exigência, solicitação ou recebimento de vantagem de qualquer natureza, por parte do servidor, para si mesmo ou para terceiro ou interposta pessoa, mediante ação ou omissão, lícita ou ilícita e sempre dolosa. Destaque-se que, conforme já se

aduziu em **4.7.4.4.2.a**, o dolo a que aqui se refere, como regra é do elemento subjetivo geral, sendo poucos incisos em que a redação exige elemento subjetivo especial.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;*
> *II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;*
> *III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;*
> *IV - utilizar, em obra ou serviço particular, qualquer bem móvel, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores, de empregados ou de terceiros contratados por essas entidades; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;*
> *VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre qualquer dado técnico que envolva obras públicas ou qualquer outro serviço ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;*
> *IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;*
> *X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;*
> *XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;*
> *XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei.*

Por requerer especial atenção, o ato ímprobo que importa em enriquecimento ilícito

em razão de descompasso patrimonial, previsto no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, será objeto de aprofundada descrição em **4.7.4.4.3**.

O art. 10 da Lei nº 8.429, de 1992, que também teve sua construção mantida na radical alteração promovida pela Lei nº 14.230, de 2021 (não obstante alguns ajustes pontuais de redação, destacadamente com a exclusão da hipótese culposa no *caput* e nos incisos X e XIX), lista em 22 incisos exemplos de atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário. E, além dos incisos, o seu *caput* define, como tipo residual (em razão do seu desfecho com a expressão "*e notadamente*"), que esta espécie de atos ímprobos se materializa diante de qualquer ação ou omissão dolosa que enseje efetiva e comprovada perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens das entidades públicas. Em síntese, dentro dos contornos descritos nos 23 dispositivos, esta espécie de tipificação abarca hipóteses em que o particular (ou, eventualmente, até mesmo o próprio servidor) é indevidamente beneficiado em razão de conduta funcional sempre dolosa, às custas de prejuízo do erário, mesmo que o agente público não tenha tido vantagem patrimonial ilícita ou, caso tenha tido, não tenha restado comprovada no processo. Destaque-se que, conforme já se aduziu em **4.7.4.4.2.a**, o dolo a que aqui se refere é do elemento subjetivo geral, não havendo nenhum inciso em que a redação exija elemento subjetivo especial.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *I - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a indevida incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, de rendas, de verbas ou de valores integrantes do acervo patrimonial das entidades referidas no art. 1º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;*
> *III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistenciais, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem a observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;*
> *IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;*
> *V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;*
> *VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;*
> *VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;*
> *VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;*
> *X - agir ilicitamente na arrecadação de tributo ou de renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;*

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;
XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.
XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005)
XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)
XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, 31 de julho de 2014)
XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)
XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)
XIX - agir para a configuração de ilícito na celebração, na fiscalização e na análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)
XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015)
XXI - (Revogado pela Lei nº 14.230, de 2021)
XXII - conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)
§ 1º Nos casos em que a inobservância de formalidades legais ou regulamentares não implicar perda patrimonial efetiva, não ocorrerá imposição de ressarcimento, vedado o enriquecimento sem causa das entidades referidas no art. 1º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)
§ 2º A mera perda patrimonial decorrente da atividade econômica não acarretará improbidade administrativa, salvo se comprovado ato doloso praticado com essa finalidade. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Relembre-se a conceituação já apresentada em **3.2.3.5.2** para erário, que, como sinônimo de cofres públicos, reflete a ideia de dinheiros ou recursos públicos e abarca todos os valores monetários e mobiliários ou bens e mercadorias em poder da Administração e destinados à venda ou de qualquer forma conversíveis em moeda. Erário significa, em síntese, delimitadamente, o conjunto de bens e de interesses de natureza econômico-financeira de cada um dos entes federados, quais sejam, União, estados, Distrito Federal e municípios (na contrapartida da definição mais abrangente de patrimônio público ou patrimônio nacional, que alcança não só os bens e direitos de valor econômico, mas também aqueles de natureza artística, histórica, turística ou estética pertencentes a cada ente federado), relevando para o

presente o que concerne à União.

Aqui, de fato, talvez residisse a única justificativa plausível de se ajustar as descrições materiais contidas na redação original da Lei nº 8.429, de 1992, visto que o *caput* do art. 10 tratava indistintamente os ânimos subjetivos doloso e culposo na configuração de ato de improbidade administrativa se houvesse a configuração de prejuízo ao erário; dentro do foco de interesse da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), o inciso X deste mesmo art. tipificava a conduta negligente na arrecadação de tributos; e o inciso XIX ainda do mesmo art. também tipificava a conduta negligente na celebração, fiscalização e análise de prestação de contas de parcerias firmadas pela Administração Pública com entidades privadas. Não obstante o fato de que, na prática, estes tipos não eram empregados, conforme já reiteradamente se registrou linhas acima, a partir desta justificativa plausível, a Lei nº 8.429, de 1992, sofreu revisão, *lato sensu*, em dois terços dos seus dispositivos, restando bastante desfigurada a inteligência original em algumas de suas passagens.

Embora a tipificação no art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, ao coibir o enriquecimento ilícito, também possa, indiretamente, proteger os cofres públicos, não visa a este objetivo. Conforme já afirmado acima, a eventual superposição de efeitos (de enriquecimento ilícito e de prejuízo ao erário) atrai a tipificação no mencionado art. 9º, de maior gravosidade. A tutela exclusiva de coibir o prejuízo ao erário reside especificamente no art. 10 da Lei nº 8.429, de 1992.

Acrescente-se que, à luz da definição abrangente estabelecida no *caput* do art. 10 da Lei nº 8.429, de 1992, e também nos termos defendidos pela doutrina, para se cogitar de tipificação nesta espécie de ato de improbidade administrativa, não basta ponderar que, por vezes, em determinados casos, pode a tutela do patrimônio moral merecer maior significância que a tutela do prejuízo patrimonial. Esta pertinente interpretação, que até era cabível nos termos da redação original do dispositivo, deixou de sê-lo com a alteração defensivista imposta pela Lei nº 14.230, de 2021. Para que determinada conduta seja tida como ato ímprobo causador de prejuízo ao erário é necessário que esta repercussão danosa seja efetiva e comprovada - e, claro, também relevante, visto não se justificar tal imputação grave e expulsiva à vista de prejuízo insignificante. Somente cabe aqui tipificar quando o ato funcional de fato tenha acarretado prejuízo relevante e quantificável ao erário, cabendo inclusive à comissão tal quantificação (ainda que preliminar, pois o esgotamento desta tutela transcende a instância disciplinar) - até porque, na inteligência sistemática da própria Lei nº 8.429, de 1992, o prejuízo ao erário deve ser quantificável pois prevê-se a sanção do ressarcimento deste valor. Em consequência desta incidência excludente, as condutas dolosas de natureza ímproba suscitadoras de inferência de terem causado algum prejuízo ao erário mas em que este reste completamente inquantificável, devem ser objeto de tipificação no art. 9º, caso esteja comprovado também o enriquecimento ilícito, ou, residualmente, no art. 11, ambos da Lei nº 8.429, de 1992, caso porventura se amolde a um de seus poucos desdobramentos exaustivos.

> *"Ato lesivo é todo aquele portador de dano efetivo e concreto ao patrimônio de alguém. É preciso examinar o ato tal como ocorrido, tratando em seguida de saber se dele decorreu dano. Para se ter um ato lesivo, e portanto indenizável, é necessário que ele já tenha causado dano. Logo, há que se deixar de lado exercício de futurologia. Aliás, em toda disciplina da nulidade dos atos jurídicos em geral o prejuízo concreto é que justifica a anulação. Daí o motivo para só caber a invalidação do ato ou o pedido de ressarcimento quando algum efetivo prejuízo existir. Se o ato se realizou e não causou prejuízo algum, ou se prejuízo algum foi provado (...) a proclamação de eventual nulidade ou a procedência do pleito ressarcitório não tem lugar.", Pedro da Silva Dinamarco, "Ação Civil Pública", pg. 291, Editora Saraiva, 1ª edição, 2001*
>
> *"Perda patrimonial é desfalque, privação, extravio de bens e valores do erário*

> *(...). Apropriação é apoderamento, usurpação, inversão de posse (...).” Waldo Fazzio Júnior, “Atos de Improbidade Administrativa”, pg. 122, Editora Atlas, 1ª edição, 2007*
>
> *“Indo ao texto, o art. 10 não se refere ao mero prejuízo, mas aquele causado por ato ilegal que pode ou não agasalhar imoralidade, conforme o caso. A ilegalidade extrínseca e a má-fé fazem do prejuízo gerado pela conduta administrativa um dano... Em geral, o que se reprova no art. 10 não é a conduta legal, ainda que prejudicial aos cofres públicos. Não se pretende punir a partir do resultado, mas dos meios que o produziram ... Para a Lei nº 8.429/92, interessa o efeito da ilegalidade sobre o patrimônio público: perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento e dilapidação. Se o erário perder patrimônio, for dilapidado, tiver seus bens e haveres desviados, ou dele for indevidamente desapropriado, por ação imputável ao agente público, este poderá ser destinatário da persecução por lesão à Fazenda Pública.” Waldo Fazzio Júnior, “Improbidade Administrativa - Doutrina, Legislação e Jurisprudência”, pgs. 201 a 212, Editora Atlas, 1ª edição, 2016*

Encerrando a lista material das três espécies de atos de improbidade administrativa, o art. 11 da Lei nº 8.420, de 1992, ao contrário dos dois demais antecedentes, teve sua construção e sua incidência fortemente desfiguradas na radical alteração promovida pela Lei nº 14.230, de 2021. Na verdade, a dilaceração do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, praticamente se confunde com desidratação da Lei como um todo, promovida pelo Poder Legislativo com a Lei nº 14.230, de 2021. Muito do inconformismo que aqui se manifesta com o desprezo e com a até mesmo autodefesa com que o legislador ordinário demonstra tratar as efetivas ferramentas de combate ao grave desvio de conduta marcado por mácula de caráter reside na crítica ao desmantelamento operado neste art. 11, que reduziu um dos mais poderosos dispositivos que havia na redação original da Lei nº 8.429, de 1992, em um dos mais inócuos e inaplicáveis dispositivos na redação resultante da “atualização e da harmonização” operada pela Lei nº 14.230, de 2021.

A exemplo dos arts. 9º e 10, o art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, em sua redação original, listava em nove incisos exemplos de atos de improbidade administrativa atentatórios contra os princípios da Administração Pública e tinha em seu *caput* a definição abrangente, também como tipo residual, de que esta espécie de atos ímprobos se materializava diante de qualquer ação ou omissão que violasse os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. No entanto, a Lei nº 14.230, de 2021, excluiu o controle da lealdade institucional e eliminou o caráter exemplificativo da lista desdobrada de tipos nos incisos, passando a tratá-la como uma lista exaustiva e eliminando do *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, o condão de ser um tipo por si só e residual. Este dispositivo passou a figurar apenas como um comando legal explicativo, antecipador da lista fechada de atos ímprobos que atentam contra os princípios da Administração Pública. Ademais, como já afirmado acima, em clara demonstração de desprezo do legislador ordinário a estes primados - no descompasso de que tal fonte deveria nortear toda a ação estatal, inclusive legislativa, em qualquer esfera de Poder e em todos os entes federados -, relembre-se, a se somar à lista exaustiva e pouquíssimo aplicável de tipos do art. 11, que a Lei nº 14.230, de 2021, também reduziu intensamente o rol de penas judiciais aplicáveis, ao fim da ação civil pública de improbidade administrativa, a atos ímprobos atentatórios contra os princípios da Administração Pública, no inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429, de 1992.

Esta mudança, ao contrário do que indica uma leitura apressada, não foi pequena e nem sutil, mas sim teve um grande efeito devastador e nefasto no sério combate ao desvio grave de conduta no que tange à sua repercussão civil e, em muito, justifica todos os esforços para prosperar a interpretação defendida em **4.7.4.4.1.a** e em **4.7.4.4.1.b**, a fim de que a Administração abandone a tradicional e desnecessária vinculação do enquadramento disciplinar no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, à subsunção da conduta concreta

a tipo da Lei nº 8.429, de 1992. Um agente público com mácula de caráter pode cometer uma grande gama de ilicitudes demarcadas por grave imoralidade sob ótica administrativa (ou seja, caracterizadas por relevante ausência de probidade administrativa) e, ainda assim, não necessariamente se tipificar em nenhum dos exaustivos incisos restantes do art. 11 e em nenhum dos incisos e nem sequer nos abrangentes *caputs* dos arts. 9º e 10 da Lei nº 8.429, de 1992. Ao tempo da redação original desta Lei, condutas ilícitas deste jaez encontravam a devida e necessária tipificação expulsiva no *caput* do seu art. 11. Afinal, como já se afirmou linhas acima, se este art. já é considerado residual em comparação aos arts. 9º e 10 da mesma Lei, em especial o seu *caput* era considerado o mais residual de todos os seus dispositivos materiais.

Esta abrangência residual do *caput* do art. 11, em sua redação original, decorrente de indicar que a lista de incisos era exemplificativa (pois se encerrava com a expressão "*e notadamente*"), e a previsão de tipificação no art. 10, ambos da Lei nº 8.429, de 1992, de ato de improbidade administrativa culposo foram as duas justificativas empregadas pelo legislador ordinário para atacar o arcabouço legal de proteção contra atos ímprobos. Tendo a Lei nº 14.230, de 2021, tornado taxativa a lista de materialidades encartada nos incisos do art. 11, todas aquelas condutas residuais de grave imoralidade administrativa não cabíveis nos tipos restantes estão à margem da incidência da Lei nº 8.429, de 1992, e, não fosse a interpretação defendida em **4.7.4.4.1.a** e em **4.7.4.4.1.b**, não teriam enquadramento no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, e se porventura não se subsumissem a algum enquadramento, premiariam o infrator ímprobo com forte possibilidade de impunidade. Nesta linha, podem ser mencionados como exemplos de condutas que se amoldam às definições de assédio moral e de assédio sexual ou condutas de apresentação de falsos atestados médicos ou de quaisquer outros documentos eivados de falsidade a fim de pleitear indevidos direitos ou vantagens funcionais, outrora facilmente tipificáveis no *caput* do art. 11 e agora sem previsão na Lei nº 8.429, de 1992, para fim de responsabilização civil.

A partir da Lei nº 14.230, de 2021, além da supressão do caráter de tipo residual do *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, alguns incisos tiveram acréscimo de elementares em suas redações, tornando suas incidências mais restritivas, outros foram revogados e merece especial menção a inclusão do inciso XI, que passa a prever a prática de nepotismo, já abordada em **4.7.3.8**, como ato de improbidade administrativa atentatório contra princípios da Administração Pública.

O *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, não tipifica um ato de improbidade administrativa específico - nem sequer com residualidade. Ainda que se deplore, com ênfase, a opção adotada pelo legislador ordinário, a literalidade do dispositivo acima (desde a *mens legislatoris*) é por demais inequívoca e não permite interpretação extensiva à margem da ilegalidade. A definição material dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios reitores da Administração Pública advém da lista dos oito incisos, figurando o referido *caput*, acrescido de leitura condicionante de gravidade extraída dos §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo, como um balizamento posterior para ponderar se a lesividade da conduta *a priori* tipificada em algum dos incisos merece a imputação nesta espécie de ato ímprobo.

Do que se percebe, analogamente ao que se aduziu linhas acima, quando se abordou a relação delineadora dos §§ 1º e 5º do art. 1º em face da lista de hipóteses legais elencadas nos arts. 9º, 10 e 11, todos da Lei nº 8.429, de 1992, cabe, no escopo específico apenas deste art. 11, a mesma espécie de construção. Enquanto os tipos, aos quais devem efetivamente se subsumir as condutas concretas para que se tenha configurado ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, se encontram na lista exaustiva dos oito incisos do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, o *caput* em conjunto com os §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo servem apenas como delimitadores conceituais do alcance em que se pondera se a lesividade da ação ou da omissão é tal que viole, de forma

comprovadamente dolosa e grave, os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade.

Não cabe interpretação de que se poderia tipificar no *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, ato funcional que, mesmo não se amoldando a algum dos desdobramentos nos oito incisos do mesmo dispositivo, se pudesse considerar abarcado na definição abrangente de ação ou omissão, comprovadamente dolosa e grave, violadora dos deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade. Ademais, se um ato funcional, abstrata e formalmente, satisfizer o requisito de se subsumir a alguma hipótese legal elencada nos incisos do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, mas não puder ser considerado amoldado à definição condicionada contida no *caput* e nos §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo, em razão sobretudo de ausência de lesividade na afronta a algum dos princípios tutelados, não haverá infração, pois a conduta terá atingido apenas o aspecto formal da ilicitude, restando-lhe a ausência de ilicitude material. Em outras palavras, o *caput*, condicionado pelos §§ 3º e 4º, não expande o rol, mas sim limita a interpretação das infrações tipificadas no art. 11 da lei nº 8.429, de 1992.

A avaliação cognitiva se determinada conduta concreta se subsome a alguma hipótese legal definidora de ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública se fragmenta em dois momentos consecutivos. Primeiramente se avalia se a conduta formalmente se tipifica em alguma das hipóteses desdobradas nos oito incisos do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, e, caso positivo, em seguida, se pondera se materialmente o ato tem a lesividade de violar, de forma comprovadamente dolosa e grave, os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade (na alteração imposta pela Lei nº 14.230, de 2021, o dever de lealdade foi, inexplicavelmente, extirpado do *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992). Destaque-se que, conforme já se aduziu em **4.7.4.4.2.a**, o dolo a que aqui se refere, como regra é do elemento subjetivo geral, sendo poucos incisos em que a redação exige elemento subjetivo especial. Não havendo desde o início subsunção a alguma daquelas oito hipóteses, sequer cabe avançar na análise, pois já se descarta desde então a tipificação da conduta no art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992. Tão somente a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses desdobradas nos incisos do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, não tem, por si só, o condão de qualificar o ato como ímprobo na espécie se não puder ser considerado abarcado na definição conceitual do *caput* e dos §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo. De mesma forma, tão somente a consideração de que o caso concreto se abarca na definição conceitual do *caput* e dos §§ 3º e 4º não tem, por si só, o condão de qualificar o ato como ímprobo se não se subsumir a uma das hipóteses desdobradas nos incisos do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *IV - negar publicidade aos atos oficiais, exceto em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado ou de outras hipóteses instituídas em lei; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da*

> *respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço;*
> *VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)*
> *XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *XII - praticar, no âmbito da administração pública e com recursos do erário, ato de publicidade que contrarie o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, de forma a promover inequívoco enaltecimento do agente público e personalização de atos, de programas, de obras, de serviços ou de campanhas dos órgãos públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *§ 3º O enquadramento de conduta funcional na categoria de que trata este artigo pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *§ 4º Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

Em razão da sua residualidade, o art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, é de ser aplicado, ainda que o servidor não tenha auferido enriquecimento ilícito e que o erário não tenha sofrido prejuízo (ou quando estes elementos mais específicos não forem comprovados no processo), mediante conduta comissiva ou omissiva que, dolosamente, atente contra qualquer princípio reitor da Administração Pública, em ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade e de legalidade. Na esteira do que se afirmou acima para os demais tipos, a rigor, mesmo que algum ato de improbidade administrativa ensejador de enriquecimento ilícito e/ou de prejuízo ao erário também se amolde a um dos incisos do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, a melhor prática jurídica não recomenda a adoção de múltiplas tipificações, podendo o aplicador do Direito sintetizar a imputação nos mais graves (no art. 9º, se presente a vantagem patrimonial do agente, ou secundariamente no art. 10, se presente o prejuízo patrimonial, ambos da mesma Lei).

4.7.4.4.2.d - A Afronta ao Princípio da Proibição do Retrocesso Operada pela Lei nº 14.230, de 25 de Outubro de 2021

No encadeamento didático ora proposto para a explanação do tema da improbidade administrativa, após ter se discorrido sobre a mitigação do respeito à base principiológica, é pertinente, neste ponto da análise sobre toda a desconstrução operada pelo legislador ordinário sobre a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada de Lei de Improbidade Administrativa - LIA), por meio da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, trazer à tona o princípio da proibição (ou da vedação) do retrocesso (ou da proteção insuficiente do bem jurídico tutelado).

Já se afirmou em **4.7.4.4.1.b**, na percepção histórico-conceitual que, com indisfarçável desencanto, se obriga a fazer sobre a improbidade administrativa e sobre o diploma legal que disciplina o controle da probidade administrativa na conduta dos agentes públicos, que, como

em raras vezes na decepcionante atividade legislativa, o legislador ordinário se fez tão transparente no seu desapego ao interesse social. E esta afirmação em muito se calca pela clara demonstração que as Casas legislativas deram ao deplorável e injustificável desprezo justamente pela fonte que mais deveria permear e inundar sua atividade, que são os princípios, visto estes serem primados axiomáticos que refletem, de forma pura e direta, os valores espontaneamente adotados pelo corpo social, conforme já exposto em **3.3**. Esta percepção crítica se reforça, agora de forma mais conglobante, indo além da dilapidação específica operada sobre a aplicabilidade do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, ao se identificar, na iniciativa do Congresso Nacional de, suposta e falaciosamente, atualizar e harmonizar todo o texto desta Lei à jurisprudência e à doutrina, uma clara e inescrupulosa afronta a um dos princípios mais relevantes de toda atuação estatal punitiva, que é o princípio da proporcionalidade, já abordado em **3.3.2.7**.

Na percepção integral dos direitos e das garantias fundamentais individuais e sociais de molde constitucional, irrigada pela visão abrangente da base principiológica, vem à tona a dupla dimensão equilibrada e adequada com que deve ser compreendido o princípio da proporcionalidade. Este primado deve ter seu emprego conformado pelas simultâneas proibições tanto do excesso quanto da ineficiência estatais. Conforme a seguir melhor se descreve, em atenção à sua vertente mais notória, o Estado não pode exercer sua atividade persecutória e punitiva de forma exacerbada, mas tampouco pode ser leniente na proteção dos direitos de todos os demais administrados.

É certo que, em sua forma mais cotidiana de ser aplicado, o princípio da proporcionalidade visa a estabelecer, no aplicador do Direito, sobretudo em seu ramo público punitivo, a sensibilidade de não submeter o agente infrator a sacrifícios além daqueles necessários e ao mesmo tempo suficientes para reestabelecer o equilíbrio do ambiente jurídico que restou afetado pelo cometimento do ato ilícito. E esta vertente mais comum do princípio da proporcionalidade se concretiza com a inafastável atenção do Estado, por meio do agente que, em seu nome, opera como aplicador do Direito, em sancionar o infrator, quando cabível, na medida exata e proporcional à gravidade de sua conduta infracional, vedando o excesso punitivo.

Mas é de enxergar o multifacetado princípio da proporcionalidade também em sua outra vertente, que, da mesma forma e com a mesma intensidade, igualmente veda que o Estado atue de forma insuficiente nas suas inúmeras ações de controle e de proteção do interesse público e na miríade de atividades de prestação de serviço público à sociedade. Não é porque aqui se trata de Direito Público punitivo - o que, naturalmente faz lembrar que aquele administrado objeto da ação oficial espera do Estado uma conduta cautelosa e defensivista, beirando a inação - que se vai desprezar a igualmente necessária atenção que o mesmo Estado deve dirigir a todos os demais administrados, que, a seu turno, também merecem e esperam a melhor prestação de serviço público possível.

Como corolário, igualmente afronta o princípio da proporcionalidade o agir estatal que permite qualquer forma de retrocesso na proteção de direitos e de garantias fundamentais individuais e sociais assegurados em molde constitucional e já conquistados e usufruídos pela sociedade. Uma vez atingido um determinado nível de qualidade de prestação de qualquer serviço público no sentido mais lato da expressão (seja em saúde, em educação, em relações trabalhistas, em previdência social, em estabilidade da ordem econômica, em segurança, em defesa do meio ambiente, em estímulo à cultura e em tantas outras demandas públicas, em que obviamente se incluem o controle da probidade administrativa e a proteção do erário), que passa a figurar como uma espécie de patrimônio do corpo social, não se permite que o Estado suprima ou reduza tal patamar de atendimento, salvo se oferecer alguma espécie de política governamental compensatória ou ressalvando-se também incidentes, fenômenos ou ocorrências imprevisíveis. Dentre tais direitos a não aceitarem retrocesso mitigador há o

direito que todo o corpo social possui de ser servido por um quadro funcional estatal íntegro e probo. Esta construção é iluminada e irrigada pelo princípio da proibição (ou da vedação) do retrocesso (ou da proteção insuficiente do bem jurídico tutelado), como uma vertente do princípio da proporcionalidade, de adoção e atenção jurisprudenciais.

> *STF, Segunda Turma, Ministro Relator Celso de Mello, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745/MG, DJe 19/12/2014, Voto do Ministro Relator: "Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, 'Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais', 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. Gomes Canotilho, 'Direito Constitucional e Teoria da Constituição', p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; Andreas Joachim Krell, 'Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha', p. 40, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor; Ingo W. Sarlet, 'Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988', in Interesse Público, p. 91/107, n. 12, 2001, Notadez; Thais Maria Riedel de Resende Zuba, 'O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso', p. 107/139, itens ns. 3.1 a 3.4, 2013, LTr, v.g.).*
>
> *Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese - de todo inocorrente na espécie - em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.*
>
> *Lapidar, sob todos os aspectos, o magistério de J. J. Gomes Canotilho, cuja lição, a propósito do tema, estimula as seguintes reflexões ('Direito Constitucional e Teoria da Constituição', p. 320/321, item n. 3, 1998, Almedina):*
>
> *'O princípio da democracia económica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de 'contra-revolução social' ou da 'evolução reaccionária'. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A 'proibição de retrocesso social' nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica), mas o principio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta proteção de direitos prestacionais de propriedade, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (…). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os*

> *princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.'*
>
> *Bem por isso, o Tribunal Constitucional português (Acórdão nº 39/84), ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de saúde pública, vindo a proferir decisão assim resumida pelo ilustre Relator da causa, Conselheiro Vital Moreira, em douto voto de que extraio o seguinte fragmento ('Acórdãos do Tribunal Constitucional', vol. 3/95-131, 117-118, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa):*
>
> *'Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção.*
>
> *Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa - a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica -, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. (...) Se o fizesse, incorreria em violação positiva (...) da Constituição.*
>
> *Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.).*
>
> *Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.*
>
> *Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.*
>
> *Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da concepção deles a teoria constitucional, mesmo lá onde é escasso o elenco constitucional de direitos sociais e onde, portanto, eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do Estado social'."*

Por este princípio da proibição (ou da vedação) do retrocesso (ou da proteção insuficiente do bem jurídico tutelado), extraído sistematicamente e não de forma expressa do texto constitucional, não só as políticas públicas governamentais mas também a atividade legislativa devem sempre se harmonizar com um patamar mínimo de conquistas sociais, sem nefastas mitigações ou sequer oscilações, no que tange a um núcleo essencial de direitos e de garantias que, ao seu feixe final, refletem a inafastável tutela da dignidade humana, não por

acaso consagrada como um dos fundamentos republicanos da Constituição Federal (CF). Quaisquer ações governamentais ou iniciativas legislativas que diminuam, revoguem, anulem, excluam ou de qualquer forma ou grau prejudiquem conquistas sociais já sedimentadas inquinam-se de inconstitucionais, não se tolerando, portanto, retrocesso no rol mais sensível de direitos e de garantias fundamentais individuais e sociais. O mandato eletivo obtido, seja majoritariamente para elaborar e aplicar as políticas governamentais, seja proporcionalmente para exercer a representatividade popular, não concede ao alto gestor e nem mesmo ao legislador ordinário (a despeito de todas as prerrogativas que a CF lhe confere em Estado Democrático de Direito) a liberalidade, a autonomia, a autosuficiência e o livre arbítrio para fazer retroagir determinado grau de satisfação social já atingido, posto que este passa a ser constitucionalmente preservado e protegido. Ainda que se deva homenagear todo rol de prerrogativas do mandato parlamentar, como exercício da representação popular e primado essencial do Estado Democrático de Direito, não se afasta a submissão a controles de natureza principiológica que alicerçam direitos e garantias fundamentais individuais e sociais de molde constitucional. Por meio deste princípio, a sociedade se vê protegida da deletéria atuação legislativa que apenas aparenta legalidade mas que, em essência, por fazer drenar proteções já asseguradas (o que a doutrina francesa denomina de *effet cliquet*), faz merecer o uso do remédio da declaração de inconstitucionalidade, como medida de controle a cargo do Poder Judiciário.

A construção deste princípio constitucional não expresso perfaz-se de inatacável pertinência. Nem se trata de criticar a omissão estatal em não diligenciar, em não atuar, em não construir, em não suprir lacunas sociais persistentes; o que o preceito, acertadamente, não tolera, na sua intrínseca característica de harmonizar-se com os mais puros e leigos anseios sociais, é a iniciativa, é a ação deliberada e intencional, seja governamental, seja legislativa, de destruir, de dilapidar, de aniquilar o que já existia, sem nada retribuir ou compensar em seu lugar. O ordenamento, complacente, até tolera o histórico e incorrigível não fazer; mas não se aceita que, uma vez tendo o Estado alterado, de qualquer forma, a ordem jurídica e construído algo em sintonia com o interesse social e sobre o qual recai o manto da proteção constitucional, venha, posteriormente a desfazer, a retroagir. Em outras palavras, pior que a vergonhosa inação em jamais cumprir com determinadas tutelas sociais que seriam de seu encargo é o acinte de, tendo antes cumprido com seu dever estatal, tendo o Estado feito, ao menos em parte aquilo que dele a sociedade esperava em determinada área de interesse público, venha depois a descumprir o dever de tutela que a CF sempre lhe impôs a fim de trair do corpo social e dele subtrair aquilo que já era seu. Doutrinariamente, é perfeita e até didática a sua expressão denominadora, pois este primado rejeita o retrocesso social que se demarca pela proteção deficiente do bem jurídico (ou, melhor dizendo, dos diversos bem jurídicos) que a sociedade exige que mereçam forte tutela estatal, não sendo de se aceitar a sua proteção inexistente ou sequer insuficiente e deficiente.

As obrigações do Estado em face da sociedade, no tema aqui sob apreço, seja em sua vertente executiva, seja até mesmo em sua vertente legislativa (sempre demarcada por generosas autoatribuições de imunidades, privilégios, garantias e prerrogativas em geral não refletidas em recompensas, retornos e entregas sociais), se perfazem em duas linhas consecutivas. Primeiramente, a CF obriga que o Estado faça ou construa algo (seja organicamente em termos de criação de uma nova instituição, seja implementando um novo servido público, seja inovando o ordenamento jurídico) em prol da sociedade, como uma forma de obrigação positiva. Tendo o Estado cumprido esta primeira parcela da expectativa que dele a sociedade alimentava, ato contínuo, a CF passa a exigir do Estado que consequentemente não desfaça e não destrua aquilo que já estava feito ou construído, agora como uma forma de obrigação negativa. A CF, sabiamente, não tolera que o Estado aniquile o que ele próprio já havia fornecido em termos de direito ou de garantia social.

E, no caso em apreço, foi exatamente neste tipo de inconstitucionalidade que incorreu

o legislador ordinário, quando, depois de quase três décadas de vigência sedimentada da Lei nº 8.429, de 1992, com apenas pontuais ajustes, alterou-a de forma absolutamente negativa para o indispensável controle da probidade administrativa na atividade pública. Após a sociedade ter tido, por longo período, um diploma legal até surpreendentemente bom (para o baixo padrão de controle de práticas corruptas com que historicamente o País convive), as Casas legislativas, sob motivações falaciosas, de forma oportunista com vista tão somente à autopreservação de parcela da classe política, subtraiu-lhe esta importante e relevante ferramenta jurídica de combate às condutas ímprobas, sem nada recolocar em seu lugar (a não ser dispositivos legais que obstaculizam a efetiva proteção do interesse público). Despiu-se a sociedade de ter seu direito, desde sempre garantido e bastante realçado a partir de 02/06/1992, de viver e de conviver em um ambiente mais probo, de ser administrada e de ser representada por agentes submetidos a um mínimo controle de probidade administrativa e retidão, como também entende a jurisprudência. Enfim, o legislador ordinário ceifou o corpo social - que deveria representar - do direito e da garantia fundamental individual e social de molde constitucional de estar inserido em um Estado probo, em clara afronta ao princípio da proibição (ou da vedação) do retrocesso (ou da proteção insuficiente do bem jurídico tutelado).

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Alexandre de Moraes, Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR, DJe 12/12/2022, Ementa: "1. A Lei de Improbidade Administrativa, de 2 de junho de 1992, representou uma das maiores conquistas do povo brasileiro no combate à corrupção e à má gestão dos recursos públicos.*
> *2. O aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF).*
> *3. A Constituição de 1988 privilegiou o combate à improbidade administrativa, para evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava Platão, na clássica obra República, a punição e o afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva para que os servidores públicos não se deixem 'induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado'.*
> *4. O combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para implementação de políticas públicas de qualidade, deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados.*
> *5. A corrupção é a negativa do Estado Constitucional, que tem por missão a manutenção da retidão e da honestidade na conduta dos negócios públicos, pois não só desvia os recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação dos serviços públicos, mas também corrói os pilares do Estado de Direito e contamina a necessária legitimidade dos detentores de cargos públicos, vital para a preservação da Democracia representativa."*

Tanto é verdade o acima exposto que a proteção à probidade administrativa é considerada um verdadeiro direito difuso, titularizado de forma transindividualizada e indivisível por toda sociedade, de ter um Estado probo. Mas, mais que tão somente integrar, de forma difusa, o rol de direitos e garantias fundamentais individuais e sociais de molde constitucional, a probidade administrativa faz parte dos fundamentos e dos objetivos republicanos consagrados nos arts. 1º e 3º da CF, asseguradores do Estado Democrático de Direito.

Aprofundando a análise sob ponto de vista do Direito Público punitivo e da tutela da

probidade administrativa, enquanto o investigado ou o acusado têm assegurados no processo contraditório todos os direitos e as garantias fundamentais individuais de molde constitucional, os demais administrados usuários do serviço público possuem o sobredito direito de terem uma Administração proba e honesta e que sanciona seus agentes corruptos. Acrescente-se que este direito - também de natureza fundamental, uma vez que extraído do texto positivado da CF -, de se ter uma boa Administração insere-se no gênero doutrinário dos direitos humanos. O direito a uma boa Administração insere-se no que se de chama direitos humanos porque, a *contrario sensu*, é certo que a corrupção, no sentido lato do termo, viola este rol conceitual de direitos, posto que mina a capacidade estatal de suprir diversos direitos e garantias fundamentais individuais e até sociais.

Ponderam-se e harmonizam-se, portanto, os direitos e garantias tanto individuais de um investigado ou acusado quanto da coletividade de todos os demais administrados. O amparo constitucional para esta construção a favor do direito difuso a uma Administração proba e honesta reside na cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da CF, que diz que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime republicano e democrático ou da base principiológica reitora ou que sejam contemplados em convenções internacionais de que o País seja signatário. Ademais, tal direito assume a mesma força dos demais direitos e garantias fundamentais individuais e sociais positivados na CF e é contemplado pela imediata aplicação, conforme o § 1º do seu art. 5º

> *CF - Art. 5º*
> *§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*
> *§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

É importante que o § 2º do art. 5º da CF tenha mencionado, para além do próprio texto constitucional, a validade dos direitos albergados em convenções internacionais de que o País é signatário. Relembre-se que, em **4.7.4.4.1.b**, se mencionou a relevância da Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, promulgadas no Brasil pelos respectivos Decretos nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, e 5.687, de 31 de janeiro de 2006 - sendo, portanto, admitidas no ordenamento nacional com força supralegal, conforme adiante se detalhará, vez que sua temática, a corrupção, viola direitos humanos.

Estes diplomas normativos internacionais, respectivamente, estabelecem que os países signatários devem "*promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção*" e "*promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção*". A desidratação que o Poder Legislativo impôs ao controle da probidade administrativa, por meio das alterações na Lei nº 8.429, de 1992, impostas pela Lei nº 14.230, de 2021, indubitavelmente entra em colisão com os dispositivos de ambos os tratados e coloca o País em descompasso do rumo tomado, de forma integrada, pela comunidade internacional e sobretudo por países que encaram de forma efetiva e séria o combate à corrupção.

> *Convenção Interamericana contra a Corrupção - Promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 2002 - Art. II. Propósitos Os propósitos desta Convenção são: l. promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção;*
>
> *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - Promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 2006 - Art. 1. Finalidade A finalidade da presente Convenção é: a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção;*

*(**Nota**: O Supremo Tribunal Federal vaticinou, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP, que tratados, acordos ou convenções internacionais que tratem de direitos humanos, após promulgados por decreto presidencial, ingressam "no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna".)*

Aliás, é bom que se registre, para aumento do desencanto com o retrocesso normativo pátrio, que, uma vez que o combate à corrupção associa-se a proteção de direitos humanos e este conceito doutrinário extrapola limites nacionais, o controle da probidade administrativa no mundo globalizado, longe de ser uma exclusividade doméstica, crescentemente se torna uma prioridade transnacional. Esta assertiva é facilmente atestada pelas convenções internacionais celebradas sobre o tema, as quais, ao fim e a cabo, visam exatamente a proteger os direitos humanos.

Na esteira desta discussão, diante da consabida relevância que ostentam as convenções internacionais no tema ora em apreço, convém dedicar algumas linhas para apresentar o *status* jurídico destes diplomas normativos internacionais em geral, a fim de deixar inequívoco o porte da dilapidação que o legislador ordinário promoveu ao mitigar a força da Lei nº 8.429, de 1992. O Supremo Tribunal Federal (STF) possuía entendimento generalizante de que *a priori* estes tratados são incorporados no ordenamento interno com força de lei ordinária. Mas, o § 3º do art. 5º da CF, incluído pela Emenda Constitucional (EC) nº 45, de 30 de dezembro de 2004, passou a prever que convenções internacionais que tratem especificamente de direitos humanos, desde que aprovadas mediante quórum qualificado, equivalem a emendas constitucionais. Com isto, a Corte inovou seu entendimento anterior e passou a especificar que, mesmo em rito ordinário de aprovação, aqueles tratados sobre direitos humanos integram o ordenamento interno como normas infraconstitucionais, ou seja, de *status* abaixo da CF e acima das leis ordinárias e complementares.

CF - Art. 5º
§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (incluído pela EC nº 45, de 2019)

STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Celso de Mello, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF, DJe 18/05/2001, Ementa: "procedimento constitucional de incorporação dos tratados ou convenções internacionais - É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Paridade normativa

> *entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de direito interno - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ('lex posterior derogat priori') ou, quando cabível, do critério da especialidade."*
>
> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Luiz Fux, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP, DJe 01/02/2016, Voto do Ministro Relator: "Esse caráter supralegal do tratado devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira - porém não submetido ao processo legislativo estipulado pelo artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal - foi reafirmado (...). Tal verbete sumular consolidou o entendimento deste tribunal de que o artigo 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos teria ingressado no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna, a qual não mais produziria qualquer efeito naquilo que conflitasse com a sua disposição de vedar a prisão civil do depositário infiel."*

Consequentemente, como a CF alberga, como espécie do gênero dos direitos humanos, o direito fundamental individual de se ter uma Administração proba e honesta, o seu próprio texto, em visão sistemática, eleva o *status* de normas que disciplinam as tutelas da probidade administrativa e do combate à corrupção. Aqui, no foco de interesse, prevalece o entendimento jurisprudencial já exposto acima, de que as convenções internacionais sobre direitos humanos têm hierarquia infraconstitucional e supralegal. Com isto, conclui-se que convenções internacionais que tutelam a probidade administrativa e que visam ao combate à corrupção, de que o Brasil é signatário e que não foram aprovadas com o quórum qualificado para valerem como emendas constitucionais, a sua promoção a um *status* superior indica que integram o ordenamento como norma de hierarquia acima da Lei nº 8.429, de 1992. Estes tratados, até por sua natureza apriorística programática, assumem a qualidade de dar contorno e conformação à interpretação a ser extraída desta Lei e à sua aplicação.

Em outras palavras, em rumo oposto à dilapidação promovida pelo legislador ordinário na Lei nº 8.429, de 1992, ao arrepio do que comandam a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, os dispositivos da citada Lei devem ser interpretados e aplicados à luz daqueles tratados que versam sobre probidade administrativa e combate à corrupção.

Voltando o foco para o direito difuso da sociedade de contar com uma Administração proba e honesta, tal construção, além de fortemente alicerçada na jurisprudência, assume aqui relevância ainda maior ao ser encampada também pela Advocacia-Geral da União (AGU), por meio da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares, da Consultoria-Geral da União (CNPAD/CGU/AGU), estampada no Parecer n° 5/2022/CNPAD/CGU/AGU, que, ao final, foi adotado pelo Advogado-Geral da União no Parecer AGU nº BBL-8 e, uma vez aprovado pelo Presidente da República, ganhou força vinculante. Mencione-se ainda, no mesmo sentido, outra manifestação da CNPAD/CGU/AGU, por meio do Parecer n° 1/2022/CNPAD/CGU/AGU, que obteve aprovação do Advogado-Geral da União, por meio do Despacho AGU nº 160, de 24 de agosto de 2022

> *Parecer AGU nº BBL-8, vinculante: "60. A proteção do patrimônio público e*

uma gestão pública honesta integra o rol de direitos fundamentais, pois é o meio que se alcança o bem comum e a justiça social. (...)
61. A probidade administrativa foi alçada a direito difuso fundamental no sistema de combate à corrupção definido pela CF, o que impede a retroatividade da norma de forma irrestrita, sob pena de violação do princípio da vedação ao retrocesso no enfrentamento de irregularidades.
62. Leciona José Antonio Remedio acerca do direito difuso probidade administrativa:
'Os direitos difusos possuem como uma de suas principais características a indeterminabilidade absoluta dos seus titulares. A probidade administrativa, por sua vez, exige a total observância pelos agentes públicos de zelo, eficiência, cuidado, honestidade, competência, transparência, dentre outros aspectos, em relação à utilização do patrimônio material ou imaterial do Estado, focando, assim, o direito que todos os cidadãos, indistinta e indeterminadamente, ostentam frente aos agentes públicos e ao próprio Estado, objetivando uma administração proba e correta. Assim, a probidade administrativa contempla, de forma concomitante, a presença da indivisibilidade do objeto e de um fator comum para a formação do elo entre todos os titulares, ainda que indetermináveis.
(...)
Com o estabelecimento da natureza difusa da probidade administrativa, afastam-se as dúvidas de que a probidade acarreta efeitos diretos na realização dos objetivos fundamentais do país previstos no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, assim como nos fundamentos da República preconizados no artigo 3º da Carta Magna.
Assim, a probidade administrativa resta caracterizada como um direito difuso intrinsecamente relacionado ao Estado Democrático de Direito, na medida em que não há titularidade individualizada, uma vez que sua efetivação atrela-se à integralidade do povo e da população brasileira, conforme previsto no parágrafo único do art. 1º da Carta Constitucional.
Desse modo, estar-se-ia caracterizada a probidade administrativa como um direito fundamental pertencente a todo o universo da coletividade, denotando, pois, sua transindividualidade, característica da terceira dimensão dos direitos fundamentais, até por força das diretrizes constitucionais sobre o tema.
Num olhar normativo-constitucional, é latente a concepção de que o direito fundamental à probidade administrativa se encontra inserido fora do catálogo inerente aos direitos fundamentais expressamente previstos no Título II da Constituição Federal, denominado "Dos direitos e garantias fundamentais". Isso se conclui, inclusive, em razão do previsto no artigo 5º, § 2º, do Texto Constitucional, diante da fundamentalidade material inerente à própria moldura estabelecida pela Constituição Federal de 1988, pois decorrente do regime e dos princípios adotados no texto constitucional, notadamente o republicano'."

Parecer nº 1/2022/CNPAD/CGU/AGU: "87. Em suma, as convenções contra a corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU) não só condicionam a interpretação do art. 9º, VII, da Lei de Improbidade, acolhendo a presunção de relação da evolução patrimonial não explicada com o exercício do cargo, como impedem o retrocesso nessa matéria.
88. Entendimento contrário violaria o princípio da proporcionalidade, o qual, além de vedar o excesso, não permite a adoção de medidas insuficientes para a proteção dos direitos fundamentais. Uma vez suprido pela Administração o ônus probatório que lhe recai, exigir-lhe, ainda, a prova de que o patrimônio a descoberto decorre da prática de ato funcional no exercício do cargo ou de um fato específico antecedente representa verdadeiro retrocesso aos sistemas de controle e proteção da moralidade administrativa. Com efeito, dada a evolução

> *cotidiana de sofisticadas técnicas de fraudes de difícil constatação, os instrumentos, inclusive legais, de combate à corrupção não podem retroceder.”*

Enfim, violado o princípio da proibição (ou da vedação) do retrocesso (ou da proteção insuficiente do bem jurídico tutelado), que veda a proteção deficiente das conquistas sociais, é de se lamentar que ainda mais deficiente é a representatividade social nas Casas legislativas.

4.7.4.4.2.e - As Diferentes Configurações de Irretroatividade, Retroatividade Benigna e Prescrição nas Instâncias Civil e Disciplinar

Diante de tão profundas alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, à Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada de Lei de Improbidade Administrativa - LIA), faz-se necessário abordar as questões referentes à sua aplicação no tempo. Enquanto o enfoque aqui é específico para a Lei nº 8.429, de 1992, sobretudo em seu reflexo civil, em **4.13.5.2**, o tema voltará a ser abordado em visão ampla e genérica acerca da aplicação intertemporal de qualquer norma incidente no regime disciplinar, de forma que tudo que se exporá naquele outro tópico também se aplica ao presente no que é delimitadamente extensível à instância disciplinar. Em outras palavras, convém elucidar se operam tanto a irretroatividade quanto a retroatividade destes dispositivos inovados (seja por alteração de redação, seja por inclusão, seja por revogação) ou se opera apenas algum destes efeitos ou nenhum dos dois, nas instâncias que tutelam a probidade administrativa, quais sejam, as esferas civil e disciplinar. Antes, é de se lembrar que a Lei nº 8.429, de 1992, tem natureza mista, contendo dispositivos materiais e dispositivos processuais, precipuamente regulamentadores da instância civil, e esta percepção é relevante, uma vez que a análise dos efeitos no tempo apresentam distintas soluções em função da natureza do dispositivo.

Por um lado, não há dúvidas sobre a aplicabilidade no tempo das normas processuais, sendo certo que, em aplicação subsidiária do art. 14 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) e em extensão do comando do *caput* do art. 2º do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) para qualquer instância, as inovações no ordenamento instrumental (seja por criação de nova lei, seja por edição de lei alteradora de lei já existente) se aplicam aos processos em curso imediatamente a partir de sua vigência e não retroagem sobre os atos processuais já praticados nem sequer nos processos ainda em andamento e muito menos naqueles já encerrados, independentemente do momento do cometimento da conduta ilícita e também se a inovação legal é favorável ou prejudicial à defesa. E, para o foco concreto do presente texto, menos relevante ainda se faz a discussão sobre aplicação no tempo das inovações em dispositivos de natureza processual da Lei nº 8.429, de 1992, visto que tais comandos (com exceção dos arts. 14 e 15, que não sofreram alterações relevantes) se voltam exclusivamente para a ação civil pública de improbidade administrativa, em nada interferindo na processualística disciplinar regida pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

> *CPC - Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.*

Por outro lado, as dúvidas e as complexidades se resumem ao efeito no tempo das normas materiais em qualquer instância, visto aqui, sim, ter o aplicador do Direito de analisar com minudência se a inovação no ordenamento material (seja por criação de nova lei, seja por edição de lei alteradora de lei já existente) trouxe-lhe novo teor mais grave ou mais benéfico à defesa, a fim de manejar corretamente a incidência ou não da irretroatividade e da retroatividade. E, no foco concreto, faz-se relevante apreciar as repercussões decorrentes das alterações nos arts. 1º a 3º e destacadamente nos arts. 9º a 11 da Lei nº 8.429, de 1992, na

instância civil, para a qual se volta o diploma legal, e se há alguma possibilidade de reflexo acessório na instância disciplinar.

Por força do comando da parte inicial do *caput* do art. 6º da Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, o que significa dizer que passou a ter incidência sobre todos os ramos do Direito e não mais apenas sobre o Direito Civil), que prevê apenas o efeito imediato, e não pretérito, da lei de forma geral, o princípio da irretroatividade da lei penal, consagrado no comando da parte inicial do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal (CF), incide em qualquer instância da mesma forma como se aplica na esfera penal. Desta forma, os atos de improbidade administrativa cometidos a partir da entrada em vigor da Lei nº 14.230, de 2021, em 26/10/21, regem-se, na instância civil, pelos dispositivos de natureza material alterados ou incluídos na Lei nº 8.429, de 1992, por força daquela Lei revisora. Portanto, para condutas cometidas a partir de 26/10/21, aplicam-se à instância civil os dispositivos gerais dos arts. 1º a 3º e as definições materiais dos arts. 9º a 11, todos da Lei nº 8.429, de 1992, com as alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 2021. O mesmo vale caso, em processo disciplinar, a comissão processante ou a autoridade julgadora queiram, voluntariamente, utilizar, como complemento da imputação genérica e suficiente no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, alguma definição material dos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429, de 1992.

> *CF - Art. 5º*
> *XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;*
>
> *LINDB - Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957)*

Por sua vez, a exceção da regra geral acima, ou seja, o princípio da retroatividade da lei penal benigna, compreendida como a alteração legal que beneficia a defesa, possui positivação expressa apenas para a instância penal, no comando da parte final do já mencionado inciso XL do art. 5º da CF e no art. 2º e no inciso III do art. 107, ambos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP). Em outras palavras, diferentemente da extensível irretroatividade, a retroação da lei benigna não obteve incidência ampliada para outras instâncias no comando da parte inicial do *caput* do art. 6º da LINDB. Ao contrário, o inciso XXXVI do art. 5º da CF e o comando da parte final do *caput* e o § 1º do art. 6º da LINDB, que regem todos os ramos do Direito, penal e cível, impedindo a retroação generalizada, asseguram a proteção do ato jurídico perfeito, definido como o ato jurídico consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

> *CF - Art. 5º*
> *XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;*
>
> *CP - Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*
> *Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *Extinção da punibilidade*
> *Art. 107. Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *III - pela retroatividade da lei que não mais considera o fato como criminoso;*
>
> *LINDB - Art. 6º*
> *§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao*

tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

À luz dos dispositivos acima expostos, pode-se afirmar, desde já, que, a qualquer tempo, os julgamentos condenatórios em ação civil pública de improbidade administrativa e em processo disciplinar, integral e corretamente feitos à luz dos ordenamentos materiais e instrumentais então vigentes, traduzem-se em atos jurídicos perfeitos, merecedores da proteção constitucional e legal. Quisesse o legislador atribuir o efeito da retroatividade da lei benigna a outras instâncias diferentes da penal, deveria tê-lo feito de forma expressa na CF e nas demais leis materiais ou instrumentais. Mas, considerando-se que o tema suscita discussões, convém aprofundar a sua análise, a fim de obter desdobramentos conclusivos.

Para tanto, parte-se do pressuposto de que não se discute a pertinência de se importar para as instâncias cíveis conceitos e institutos do Direito Penal, como forma de integrar lacunas. No entanto, se sabe que o Direito Administrativo Sancionador possui normas em gênero e princípios e regras positivadas em espécie que lhe são próprias e específicas, não sendo cabível a total submissão a valores exclusivos daquela primeira instância. E este raciocínio encontra molde perfeito na refração à integral aplicação extensiva do princípio da retroatividade da lei penal benigna.

Neste sentido, um dos aspectos que merecem menção é a diferença na tutela. Enquanto o Direito Penal se move, precipuamente, em busca da reprovação do crime já cometido, em sentido retroativo, o Direito Administrativo Sancionador e em especial o sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa (já mencionado em **4.7.7.4.2**) têm um leque maior de tutelas (a saber, "*a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social*", conforme o *caput* do art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992), que os obriga a irem além da reativa punição de agentes públicos em razão do cometimento de ato ímprobo, abarcando também como objetivos sistêmicos as ações prospectivas e de eficácia futura de prevenir e de persuadir, a fim de que tais condutas sequer cheguem a se concretizar. Este espectro proativo mais ramificado de atuação exige que a retroatividade seja exercitada de forma muito mais seletiva e restritiva de como é assegurada na instância penal.

Acrescente-se que o princípio da retroatividade da lei benigna se harmoniza com o Direito Penal, cujos tipos são fechados, de sorte que, quando o legislador ordinário altera uma lei material penal deixando de tipificar determinada conduta, ele o faz, de forma restrita, apenas para aquele tipo, que abarca um rol delimitado e bem definido de ações ou omissões humanas a ser contemplado pela nova previsão legal descriminalizadora, sem trazer insegurança jurídica. Por outro lado, diante da diferente natureza dos enquadramentos estatutários em relação aos tipos penais, já exposta em **4.6.3.1**, não cabe importar esta construção para a instância disciplinar, em que as definições materiais de ilicitudes são abertas, abarcando uma extensa gama de ações e omissões humanas, o que claramente não se coaduna com a inteligência que rege a aplicação do princípio na instância penal.

Como se sabe que, sob determinadas condições, aceita-se o princípio da retroatividade da lei penal benigna, as análises devem ser feitas concretamente, caso a caso, não cabendo um posicionamento pré-concebido, seja para que lado for, tanto na instância civil quanto na instância disciplinar.

A primeira hipótese a se tratar é de atos ímprobos cometidos ainda à luz da redação da Lei nº 8.429, de 1992, em momento anterior ao esfacelamento provocado pela Lei nº 14.230, de 2021, e que tenham sido objeto de devidos processos civil e disciplinar que redundaram em condenações, já julgadas e executadas, conforme o texto legal então vigente. Nesta hipótese, não há nenhum amparo para se cogitar de retroação benigna, mesmo que os dispositivos legais que materializaram aquelas ilicitudes ou que cominaram as sanções tenham sido, posteriormente, revogados ou alterados para redação mais favorável à defesa. Ainda que na

instância civil se saibam possíveis as interposições de peças recursais *lato sensu* até o trânsito em julgado e que na instância disciplinar se saibam possíveis a livre ida ao Poder Judiciário capaz de reformar a decisão administrativa (posto este ato não gozar da definitividade de coisa julgada em razão do sistema pátrio de jurisdição única) e a revisão administrativa a qualquer tempo, aqui, quando se trata de julgamento e de aplicação da pena, se reporta ao ato judicial ou administrativo que encerra o rito comum, como decisão terminativa de mérito, e que, como ato jurídico perfeito, já autoriza a imposição de repercussão jurídica sobre o condenado, diante de situação jurídica estabilizada e constituída à luz do regramento então vigente.

Para tais atos ímprobos cometidos, processados civil e disciplinarmente e já tendo se consumado as decisões terminativas de mérito em cada instância, emanadas à luz do ordenamento então vigente e, neste escopo, tendo produzido seus efeitos, gerando as pertinentes repercussões jurídicas condenatórias, com o grau de definitividade que lhes seja cabível, pretéritos à vigência da Lei nº 14.230, de 2021, seria claramente inaceitável - imoral até - que posterior alteração normativa operasse exculpação sob tese de extensão do princípio da retroatividade da lei penal benigna. Diante das tutelas não criminais na hipótese em tela, o ordenamento jamais poderia encampar tamanha insegurança jurídica se não protegesse tais decisões devidamente tomadas diante de determinado contexto fático subsumido à lei então vigente, com o condão de atos jurídicos perfeitos, em caso de posterior inovação legislativa.

Na hipótese de atos cometidos antes da vigência da Lei nº 14.230, de 2021, não tendo o legislador ordinário, nesta Lei revisora, positivado a retroatividade benigna de seus comandos alteradores da Lei nº 8.429, de 1992, e inexistindo no dispositivo geral da LINDB amparo apriorístico para aplicar este princípio em instância cível e tampouco havendo previsão específica na Lei nº 8.112, de 1990, e na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que autorize este efeito intertemporal benéfico, soa como afronta aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da autotutela da Administração e da proibição (ou da vedação) do retrocesso (ou da proteção insuficiente do bem jurídico tutelado) no controle da probidade administrativa o operador do Direito se arvorar a conceder de forma irrestrita tal entendimento benéfico à defesa.

Ademais, especificamente para a instância disciplinar, acrescente-se que, no ponto mais próximo que chegaram acerca do tema em tela, ao tratarem da decisão advinda da revisão processual, a Lei nº 8.112, de 1990, no parágrafo único do art. 182, e a Lei nº 9.784, de 1999, no parágrafo único do art. 65, igualmente apenas vedaram o agravamento da penalidade - ou, em outras palavras, não vedaram a manutenção da sanção. Antecipe-se que a alteração legislativa que extingue o enquadramento ou que torne mais exigentes os seus elementos ou que abrande a pena, *a priori*, não perfaz os critérios elencados no *caput* do art. 174 da Lei nº 8.112, de 1990, a saber, de virem à tona a qualquer tempo "*fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada*", a fim de justificar a autorização de deflagração de processo revisional.

De forma mais clara, para atos ímprobos cometidos, processados, julgados e sancionados com penas expulsivas pela Administração antes de 26/10/21 não cabe nenhuma ilação de defesa a favor da revisão administrativa com base no princípio da retroatividade da lei penal benigna.

No entanto, cabem desdobramentos caso os atos ímprobos tenham sido cometidos à luz da redação original da Lei nº 8.429, de 1992, em momento anterior ao esfacelamento provocado pela Lei nº 14.230, de 2021, e não tenham sido ainda objeto de instauração de devidos processos civil ou disciplinar ou, mesmo que já houvesse procedimentos em curso, não tenham sido objeto de condenações já julgadas e executadas, com a definitividade acima exposta, na data de entrada em vigor da Lei nº 14.230, de 2021, em 26/10/23.

Se as inovações materiais provocadas por esta Lei revisora na Lei nº 8.429, de 1992, são benéficas à defesa, as imputações, os julgamentos e as apenações devem se dar (seja desde o início dos processos, se não haviam sido instaurados, seja já em seus cursos, se já transcorriam) à luz da nova redação benigna. Ao contrário, se as inovações materiais provocadas por aquela Lei revisora na Lei nº 8.429, de 1992, são prejudiciais à defesa, as imputações, os julgamentos e as apenações devem se dar (seja desde o início dos processos, se não haviam sido instaurados, seja já em seus cursos, se já transcorriam) à luz da redação vigente ao tempo do cometimento do fato, seguindo o brocardo *tempus regit actum*. Cabe lembrar que tais repercussões, voltadas precipuamente para a instância civil, somente se estendem para a instância disciplinar caso a comissão processante ou a autoridade julgadora queiram, voluntariamente, utilizar, como complemento da imputação genérica e suficiente no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, alguma definição material dos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429, de 1992.

Os entendimentos ora expostos, indicadores da excepcionalidade com que se dá o efeito intertemporal da retroatividade no Direito Administrativo Sancionador como um todo e na processualística disciplinar em especial, se escoram em manifestações jurídicas advindas de distintas fontes relevantes.

Primeiramente, cite-se paradigmático julgado com repercussão geral.

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Alexandre de Moraes, Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR, DJe 12/12/2022, Ementa: "11. O princípio da retroatividade da lei penal, consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal ("a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu") não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador.*
> *12. Ao revogar a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, entretanto, a Lei 14.230/2021, não trouxe qualquer previsão de "anistia" geral para todos aqueles que, nesses mais de 30 anos de aplicação da LIA, foram condenados pela forma culposa de artigo 10; nem tampouco determinou, expressamente, sua retroatividade ou mesmo estabeleceu uma regra de transição que pudesse auxiliar o intérprete na aplicação dessa norma – revogação do ato de improbidade administrativa culposo – em situações diversas como ações em andamento, condenações não transitadas em julgado e condenações transitadas em julgado.*
> *13. A norma mais benéfica prevista pela Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, portanto, não é retroativa e, consequentemente, não tem incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes. Observância do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal."*
> *Tema nº 1.199: "Definição de eventual (ir)retroatividade das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo - dolo - para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente."*
> *Tese: "2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é irretroativa, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;*
> *3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem*

> *condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;*
> *4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei."*

Em seguida, relembre-se, conforme já mencionado **4.7.4.4.2.a**, que, logo após a sanção da malsinada Lei nº 14.230, de 2021, o Ministério Público Federal (MPF), por meio da Comissão de Assessoramento Permanente em Leniência e Colaboração Premiada, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão - Combate à Corrupção, da Procuradoria-Geral da República (PGR), editou a Nota Técnica nº 1/2021-5ª CCR, com profunda e irresignada análise das alterações impostas pelo legislador ordinário na Lei nº 8.429, de 1992. Embora esta Nota Técnica se dedique à leitura crítica das duas Leis sob a ótica das competências do MPF no tema, ou seja, no que tange à promoção da ação civil pública de improbidade administrativa, por óbvio que a peça jurídica se perfaz em rica e qualificada fonte de referência extensiva na instância disciplinar. Neste contexto, então, cabe mencionar que a Nota Técnica se dedica a analisar cada uma das possibilidades acima sintetizadas, também defendendo enfaticamente a não retroatividade de forma ampla dos novos dispositivos materiais impostos pela Lei nº 14.230, de 2021, à Lei nº 8.429, de 1992.

> *Nota Técnica nº 1/2021-5ª CCR: "4.5. O princípio da irretroatividade (artigo 5º, inciso XL, e artigo 37, § 4º da CF) exige que normas nacionais materiais, ao disciplinar ilícitos e sanções, de forma mais gravosa, somente sejam aplicados para atos de improbidade praticados após o início de sua vigência.*
> *4.6. O princípio da retroatividade de norma mais benéfica (artigo 5º, inciso XL, e artigo 37, § 4º da CF) aplica-se de forma diferenciada no campo do direito administrativo sancionador, que não busca primariamente a reprovabilidade de condutas ilícitas, sob a perspectiva retrospectiva, mas, ao contrário, constitui modelos normativos que tutelam bens jurídicos públicos (interesses públicos), de forma prospectiva, valorando em grau superior a prevenção, dissuasão e repressão de atos ilícitos, exigindo que a retroatividade seja disciplinada expressamente pela lei.*
> *4.7. Demais disso, no campo da tutela da probidade administrativa, o artigo 37, §4º da CF impede a retroatividade de novas normas mais benéficas como instrumento de vedação ao retrocesso no enfrentamento de condutas ímprobas ou práticas corruptivas (em sentido amplo), e, mesmo que lei nacional disponha sobre a retroatividade, é necessário juízo sobre a manutenção da conduta ilícita no ordenamento jurídico como atentado ao princípio da moralidade administrativa.*
> *4.8 Quando a lei nacional nada dispõe sobre a retroatividade - como foi o caso da Lei nº 14.230/2021, a alteração de tipos gerais e especiais exige igualmente este juízo sobre a continuidade típica do ilícito, seja na própria Lei nº 8.429, seja à luz do artigo 37, § 4º da CF.*
> *6. Não se aplicam os novos dispositivos alterados pela Lei nº 14.230/2021, que constam dos artigos 9º, 10 e 11 da LIA, a atos de improbidade ocorridos anteriormente ao início de sua vigência, na medida em que, constituindo parâmetros de garantia e efetividade da probidade, as novas condutas típicas podem retroagir, promovendo retrocesso no sistema de improbidade, que mantém suas bases constitucionais (artigo 37, § 4º), retrocesso que igualmente atenta contra os compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, nas Convenções Internacionais contra a Corrupção (OCDE, OEA e ONU), internalizadas no ordenamento brasileiro como normas supralegais.*
> *7. Não se aplicam as sanções legais mais gravosas, previstas nos incisos I e II [do art. 12] da Lei nº 14.230/202, a atos de improbidade ocorridos anteriormente ao início de sua vigência.*
> *8. Não cabe a aplicação direta de princípios formulados no Direito Penal no campo normativo da improbidade administrativa, por expressa disposição*

constitucional (artigo 37, § 4º) e legal (artigo 1º, § 4º da LIA).

Posteriormente e na mesma linha acima, o tema também foi objeto de apreciação, ainda com maior profundidade, pela Advocacia-Geral da União (AGU), por meio da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares, da Consultoria-Geral da União (CNPAD/CGU/AGU), estampada no Parecer n° 5/2022/CNPAD/CGU/AGU, que, ao final, foi adotado pelo Advogado-Geral da União no Parecer AGU nº BBL-8.

> *Parecer AGU nº BBL-8, vinculante: "Ementa: 1. A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) possui natureza cível, sendo destinada à responsabilização dos agentes públicos e terceiros, integrando o sistema que tutela a probidade, respaldado no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal (CF) e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.*
> *2. A aplicação do direito sancionador à tutela da probidade administrativa, não retira sua natureza cível, por isso não cabe a aplicação de todos os princípios e reservas do direito penal à tutela civil da probidade.*
> *3. Reconhece-se a retroatividade da lei benéfica, instituto atinente ao Direito Penal, no Direito Administrativo Sancionador. Entretanto, a retroatividade deve respeitar os pressupostos do sistema constitucional que tutela a probidade.*
> *4. A tipicidade da improbidade extrai-se do artigo 37, § 4º, da CF e a não retroatividade também é retirada do mesmo dispositivo constitucional que especifica a sua regulamentação por lei.*
> *5. As inovações na LIA merecem interpretação sistemática a ser amparada principalmente no preceito constitucional de tutela da probidade. Considerando essa premissa, a retroatividade das novas disposições não pode levar a uma retroação irrestrita, pois significaria violação ao princípio da vedação do retrocesso e perda de eficácia ao comando constitucional previsto no art. 37, § 4º, da CF, bem como extinguiria o poder de autotutela da Administração, com grave reflexo na autonomia administrativa do Poder Executivo, na proteção ao patrimônio público e no direito da sociedade à gestão pública proba.*
> *6. A probidade administrativa foi alçada a direito difuso fundamental no sistema de combate à corrupção definido pela CF, o que impede a retroatividade da norma de forma irrestrita, sob pena de violação do princípio da vedação ao retrocesso no enfrentamento de irregularidades.*
> *7. A retroatividade das alterações da LIA não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, reconhecendo-se no caso a aplicação da retroatividade temperada ou mitigada, por meio da qual a lei nova alcança e atinge os efeitos "futuros" de situações passadas consolidadas sob a vigência da lei anterior. As situações consolidadas na vigência da norma anterior submetem-se ao regime vigente ao tempo do seu processamento e decisão.*
> *8. As inovações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, na Lei nº 8.429, de 1992, não retroagem em relação às sanções disciplinares aplicadas pela autoridade competente por ato improbidade administrativa na vigência da norma anterior.*
> *9. Aos atos ímprobos anteriores às inovações legislativas trazidas pela Lei nº 14.230, de 2021, e não julgados aplica-se as diretrizes da nova norma, diante a análise do caso em concreto, desde que a nova redação seja mais benéfica ao acusado.*
> *10. No caso de atos praticados em momento anterior ao advento da Lei nº 14.230, de 2021, e não julgados pela autoridade competente até a edição da referida lei, aplica-se a norma incidente ao tempo da prática dos respectivos atos (tempus regit actum), se, diante da análise do caso concreto, extrair-se que a nova redação trazida pela Lei nº 14.230, de 2021, apresenta-se mais maléfica ao acusado, em comparação com a redação anterior, insculpida na Lei nº*

8.429, de 1992.”

Na mesma toada, é interessante mencionar manifestação da PGFN, por meio do seu Parecer PGFN/Coged nº 16.803/2022, exarado já após a sanção da Lei nº 14.230, de 2021, em que o órgão de assessoramento jurídico considerou improcedente pedido de revisão de ex-servidor que havia sido demitido por ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de desproporção patrimonial. No requerimento, o ex-servidor alegara que as alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 2021, deveriam ter aplicação beneficamente retroativa.

> *Parecer PGFN/Coged nº 16.803/2022: “18. Portanto, com fundamento em tudo quanto até aqui exposto, pode-se assentar que as disposições da Lei nº 14.230, de 2021, na Lei nº 8.429, de 1992, ainda quando benéficas ao acusado, não retroagem em relação às sanções disciplinares aplicadas pela autoridade competente por ato improbidade administrativa na vigência da norma anterior. Por isso mesmo, sem razão o recorrente em relação ao fundamento do seu pedido.*
> *19. No entanto, ainda que se admitisse - por hipótese e para fins meramente argumentativos - a retroatividade dos novos dispositivos para atingir casos já julgados na esfera administrativa, tal medida não socorreria o requerente, eis que, da análise do caso concreto, é possível afirmar que as alterações redacionais promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, não são mais benéficas ao caso de enriquecimento ilícito por variação patrimonial a descoberto apurado no PAD nº (...).*
> *20. Com efeito, a principal alteração promovida na redação do ‘caput’ do art. 9º, da LIA diz respeito à explicitação, agora por expressa dicção legal, quanto à necessidade de demonstração do dolo na conduta do agente para a configuração dos atos ímprobos que configurem enriquecimento ilícito, exemplificados nos incisos do art. 9º, da Lei nº 8.429, de 1992.*
> *21. Em relação ao tipo previsto, especificamente, no inciso VII do mesmo artigo (aquisição de patrimônio incompatível com a evolução da renda e patrimônio do agente público durante o exercício das funções), apenas reforçou-se, para este tipo, o quanto já expresso no ‘caput’ do artigo em relação à exigência do dolo da conduta e a correlação com a função pública ocupada (durante o exercício e ‘em razão’ da função pública ocupada), de sorte a se afastar a penalização de agentes por manifestação de riqueza por causas outras justificáveis, ocorridas coincidentemente durante o exercício da função, além de ter sido acrescida a garantia da possibilidade de demonstração, pelo agente, da licitude da origem do enriquecimento. Confira-se, a seguir, os trechos em destaque, que foram exatamente os acrescidos à redação anterior: (...)*
> *22. Ocorre, no entanto, que tanto a exigência de dolo (vontade livre e consciente) para o enriquecimento ilícito, quanto a correlação com o período do exercício do cargo e, ainda, a própria garantia ao agente de poder demonstrar a origem do patrimônio a descoberto, já eram exigidos na esfera disciplinar para a configuração do art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429, de 1992. E, no caso concreto, todos esses requisitos foram verificados, ou assegurados, para se concluir ao fim do processo pela responsabilização do ora requerente.”*

Uma outra pretensão defensiva, calcada nas alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 2021, a ser completamente rechaçada, é a de que a prescrição da punibilidade disciplinar em decorrência de ato de improbidade administrativa teria passado a ser regulada por esta Lei, com comandos distintos do regramento acerca desta espécie de extinção da punibilidade no art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990. Trata-se de tese sem nenhum fundamento. Neste tema, sequer é possível cogitar de que a intenção do legislador ordinário, ou seja, que a *mens legislatoris*, tivesse sido de alterar o cômputo prescricional da pena de demissão ou de cassação de aposentadoria decorrente de ato ímprobo, nem em termos de forma de contagem (a partir do conhecimento do fato pela autoridade correcional e com interrupção após a

instauração do processo disciplinar) e nem em termos de *quantum* do prazo temporal (de cinco anos).

Para a absoluta desconsideração desta tese já seria suficiente tão somente destacar o princípio da independência das instâncias, consagrado nos arts. 121 e 125 da Lei nº 8.112, de 1990, a fim de se defender que a prescrição da punibilidade associada à condenação judicial em ação civil pública de improbidade administrativa tem seu prazo e seu cômputo próprios e que não interferem no *quantum* e na forma de contagem prescricional adotados pela Lei estatutária para o regime disciplinar e para o respectivo processo em que também se apure o ato funcional ímprobo.

Mas, para soterrar qualquer plausibilidade de alegação neste sentido, convém trazer à tona, reiterando parte do que já foi exposto em **4.7.4.4.1.b**, que a própria Lei nº 8.429, de 1992, já desde sua redação original e mesmo com as alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 2021, no *caput* do art. 12 e no art. 14, não estabelece que a forma de contagem e que o prazo prescricional nela previstos para a ação civil pública de improbidade administrativa se reflitam também na instância disciplinar. Ao contrário, estes dispositivos legais não só ratificam o preceito geral da independência das instâncias especificamente no que tange às repercussões do ato de improbidade administrativa como também, de forma expressa, dividem as linhas de ação estatal em duas ramificações: em via administrativa, o processo disciplinar, regido pela regra estatutária; e em via judicial, a ação civil pública, regida pela própria Lei nº 8.429, de 1992. Na mesma toada, a jurisprudência também entende a independência das repercussões punitivas disciplinar e civil por improbidade administrativa. A propósito, o citado art. 14 inicia o Capítulo V da Lei nº 8.429, de 1992, que deixa claro que, sem prejuízo de ação penal, o ato ímprobo pode alcançar duas repercussões, uma disciplinar e outra civil. E, no tema presente, assume especial e definitivo destaque o § 3º do art. 14 da Lei nº 8.429, de 1992, que estabelece que, caso se instaure processo disciplinar em razão do cometimento de ato ímprobo, a procedimentalização deve atender a legislação específica, ou seja, deve seguir todos os ditames da Lei nº 8.112, de 1990, em que se inclui, obviamente, os dispositivos acerca de prescrição da punibilidade. Ademais, não se perca de vista que, no tema prescricional, onde o legislador ordinário quis, por valoração própria, excetuar a regra geral da independência das instâncias, a Lei nº 8.112, de 1990, é cristalina ao importar comandos externos, como no caso do *quantum* do prazo penal na hipótese de a infração também configurar crime, nos termos do § 2º do seu art. 142 - o que faz presumir que, nos demais comandos, não havendo expressa mitigação, prevalece, para a instância disciplinar, a regra estatutária de prescrição da punibilidade, inclusive quando se trata de materialidade ímproba.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.*
> *§ 1º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.*
> *§ 2º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, no termos do art. 22 desta Lei.*
> *§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos, observada a legislação que regula o processo*

> *administrativo disciplinar aplicável ao agente. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
>
> *STF, Primeira Turma, Ministro Relator Roberto Barroso, Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 736.351/SC, DJe 11/12/2013, Ementa: "O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a aplicação de penalidade na instância administrativa é independente das esferas penal, cível e de improbidade administrativa."*

Em acréscimo a esta indispensável interpretação sistemática da Lei nº 8.429, de 1992, a mera leitura literal do seu art. 23 espanca qualquer viabilidade de alegação de extensão de seus comandos também para a processualística disciplinar. Neste ponto, o legislador ordinário não permitiu mínima dúvida ao estabelecer, já desde o *caput* do citado dispositivo, que seus comandos acerca de prescrição da punibilidade se aplicam exclusivamente em face das penas previstas na Lei nº 8.429, de 1992, ou seja, às sanções de natureza judicial fruto da condenação ao fim da ação civil pública de improbidade administrativa.

Não se aplicam, portanto, ao regime disciplinar as oportunistas alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, no *caput* e nos §§ 1º, 4º e 5º do art. 23, por mais tentadoras que pudessem ser para as defesas administrativas (a exemplo do prazo de oito anos contados em regra a partir da ocorrência do fato, com suspensão por no máximo 180 dias após instauração de inquérito civil ou de processo administrativo e com interrupção com o ajuizamento da ação civil pública de improbidade administrativa e retorno da contagem de prazo de quatro anos). Não há mínima relação entre o processo administrativo mencionado no citado § 1º, cuja instauração acarreta suspensão da contagem prescricional na instância civil, com o processo disciplinar de interesse da Administração. Enfim, nada do que estabelece o art. 23 da Lei nº 8.429, de 1992, se aplica à instância disciplinar, em que a forma de contagem e o prazo prescricional permanecem regidos pelos regramentos do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990.

Enfim, nem de forma prospectiva e muito menos de forma retroativa a partir da vigência da Lei nº 14.230, de 2021, aplicam-se ao regime e ao processo disciplinar os dispositivos do art. 23 da Lei nº 8.429, de 1992, que regulam o instituto da prescrição única e exclusivamente para as sanções judiciais decorrentes de ação civil pública de improbidade administrativa, sem nenhuma forma de repercussão e de reflexo na extinção da punibilidade administrativa, por demissão ou por cassação de aposentadoria.

4.7.4.4.3 - Enriquecimento Ilícito Decorrente de Apuração de Desproporção Patrimonial

No presente tópico e em todos seus subtópicos, se dedicará especificamente ao estudo da hipótese de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito decorrente de desproporção patrimonial ostentada pelo servidor diante de suas rendas e de seu patrimônio conhecidos.

Antes, relembre-se que, em **4.7.4.4.1.a** e em **4.7.4.4.1.b**, se expôs que a tutela primordial da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa - LIA) é a instância judicial civil e não a instância disciplinar e, consequentemente, se defendeu, além das desde sempre consagradas independências procedimental, julgadora e sancionadora, a autonomia também do enquadramento estatutário no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em relação às hipóteses materiais que os incisos dos arts. 9º, 10 e 11 daquela primeira Lei definem para a citada esfera judicial. Compreende-se que a conduta concreta, para repercutir disciplinarmente como improbidade administrativa, enquadrada no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, não necessita obrigatoriamente se subsumir às hipóteses legais definidas na Lei nº 8.429, de 1992, bastando se amoldar ao conceito jurisprudencial e doutrinário de ato ímprobo, sopesado pela valoração proporcional do operador do Direito. Em outras palavras, a configuração do

ato ímprobo em gênero, para fim disciplinar, densificado pela alta carga de imoralidade, pelo elevado poder ofensivo e pela forte refração social, pode se dar à luz de trabalho valorativo, irrigado e balizado pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, a exemplo do que também se concedeu em **4.7.4.4.2**, à vista da citada autonomia, deve-se registrar que as referências ao tipo civil previsto no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, ao longo do presente tópico e de todos seus subtópicos no que concerne ao trato administrativo dos atos ímprobos devem ser compreendidas de emprego concreto meramente discricionário. Esta aplicação não vinculada da Lei nº 8.429, de 1992, na processualística disciplinar pode se dar em determinado caso em que o aplicador do Direito entenda, mediante seus próprios critérios, que é pertinente ou até mesmo necessário agregar maior camada de segurança e de conservadorismo, considerando a subsunção da conduta a alguma definição material daquela Lei.

Com esta condicionante, é certo que, desde que sob a luz da devida linha interpretativa que será exposta sobretudo em **4.7.4.4.3.b**, a literalidade da hipótese desdobrada no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, reflete de maneira adequada a conduta concreta em comento, qual seja, de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de desproporção patrimonial. Desta forma, diante da liberalidade concedida ao operador do Direito para empregar definições materiais da Lei nº 8.429, de 1992, eis que para o ato ímprobo caracterizado pelo descompasso patrimonial sempre se operou a praxe administrativa de agregar ao enquadramento disciplinar expulsivo no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, a definição dada pelo tipo infracional de índole civil descrito no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, como um desdobramento da espécie dos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito. Assim, para facilitar a exposição e a compreensão didáticas deste conteúdo técnico, mantendo harmonia com a praxe tradicionalmente adotada no âmbito administrativo - ainda que desnecessária -, a abordagem do tema da desproporção patrimonial ímproba, ao longo do presente tópico e de todos seus subtópicos, se dará sempre à luz da hipótese desdobrada no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, seguindo a sua redação, mesmo após as alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Em outras palavras, com o fim de estudar o enquadramento disciplinar, vai se mencionar o tipo de natureza civil.

4.7.4.4.3.a - Introdução ao Tema da Desproporção Patrimonial

De imediato, cabe reproduzir o inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa - LIA), a fim de se ter o amparo para uma primeira abordagem, meramente de apresentação e de contextualização do tema. Para esta introdução, sequer será necessário aprofundar o estudo hermenêutico das nuances e dos detalhes de cada elementar que compõe o tipo em tela - esta mais completa interpretação de sua literalidade somente será será apresentada mais adiante, em **4.7.4.4.3.b**. De sua imediata leitura se extrai que o dispositivo tipifica como ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, para a instância civil, o fato de o servidor, ao tempo do exercício do cargo, adquirir bens de qualquer natureza (ou, em visão complementar, suportar despesas), ainda que a favor de terceiros, de valores incompatíveis com sua renda ou com a variação de seu patrimônio. Esta é a inteligência extraída da simples leitura do dispositivo, sem nenhum esforço hermenêutico.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, 25 de outubro de 2021)*

> *VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*

Convencione-se que, embora a espécie de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito seja uma construção da Lei nº 8.429, de 1992, voltada para a instância civil, em contrapartida ao enquadramento genérico do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ao longo de todo o tópico **4.7.4.4.3** e de seus subtópicos, por mera liberalidade redacional, pode-se empregar a expressão "enriquecimento ilícito" voltada à instância disciplinar - como se fosse um sinônimo do descompasso patrimonial, quando, a rigor da definição civil, a desproporção patrimonial é uma das hipóteses em que se desdobra a espécie dos atos atos ímprobos que importam em enriquecimento ilícito.

Iniciando, então, a abordagem introdutória de apresentação e de contextualização do tema com base primeiramente na leitura da literalidade do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, é de se destacar, de um lado, a desfavor do servidor, a extensão da aplicação do tipo e, consequentemente, do enquadramento em tela não só para o próprio proveito mas também para o beneficiamento de outras pessoas que não o agente público. E acrescente-se ainda o sentido amplo da expressão "bens de qualquer natureza", que, além de bens imóveis e móveis, também engloba dinheiro em espécie e até mesmo itens de consumo. Ademais, é certo que a preocupação do legislador ordinário não se restringe apenas à aquisição física de um bem, abarcando também a aquisição de um direito abstrato e incluindo ainda o investimento de recursos na realização de despesas. Pode-se não necessariamente estar diante de um bem físico adquirido, mas sim do desfrute de um direito a que o servidor tenha passado a fazer jus ou da contrapartida que um gasto oferece. Mas, de outro lado, a seu favor, ressalve-se, por óbvio, que tal tipo e o consequente enquadramento se aplicam tão somente no cotejo com os bens ou direitos (ou despesas) de monta relevante adquiridos (ou suportados) ao tempo de ocupação do cargo, não importando aqueles de valor diminuto ou ocorridos antes do exercício do cargo.

Prosseguindo nos aspectos mais imediatos extraídos da literalidade do dispositivo legal em tela, necessário esclarecer que sua redação abarca duas possibilidades de aquisição ou de despesa desproporcional. A primeira possibilidade, de leitura cristalina, se configura quando a renda auferida pelo servidor não comporta a tal compra ou o tal dispêndio, já que não se tem como aceitável a aplicação de valores, seja por aquisição de bens, seja por realização de despesas, por um agente público sem que haja rendas de origem comprovada que a suportem. E a segunda possibilidade, embora com certa imprecisão redacional, amplia a incidência para o caso em que a aplicação não se justifica sequer se considerando o resultado obtido com a alienação de outros bens que já integravam o patrimônio, ou seja, quando o servidor não convence ter adquirido os novos bens ou suportado as novas despesas com os valores obtidos com aquela alienação, restando que nem mesmo a variação patrimonial justifica a aplicação (tendo o legislador ordinário optado por uma redação pouco precisa, ao se reportar à "evolução do patrimônio", em lugar de "variação patrimonial" ou, o que seria ainda mais adequado, de "acréscimo ou decréscimo patrimonial", já que a variação pode ser negativa). A doutrina também assim interpreta o comando legal.

> *"Na primeira hipótese (aquisição de bens desproporcionais à evolução do patrimônio), a aquisição de bens não se justifica pela variação patrimonial, ou seja, o agente não consegue demonstrar que a aquisição de bens originou-se com valores obtidos na alienação de outros bens que já integravam o seu patrimônio. Neste caso, se o agente adquiriu bens com sua renda legítima ou*

> *com o resultado da alienação de outros bens já integrantes do seu patrimônio, estará justificada a sua variação patrimonial.*
> *Já a segunda hipótese (aquisição de bens desproporcionais à renda do agente público), diz respeito ao agente público que, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, adquire bens ou direitos de qualquer natureza sem que possua rendimentos de origem comprovada que possam justificar essas aquisições. Como o agente não tem justificativa financeira para a aquisição dos bens pressupõe-se que os seus recursos são de origem ilícita.", Marco Aurélio Oliveira Barbosa, "O Controle da Legitimidade do Enriquecimento dos Agentes Públicos", Escola de Administração Fazendária, 2009, disponível em: http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/CGU/4_concurso_monografia_2009/monografia_2_Lugar_Marco_Aurelio__Oliveira_Barbosa.pdf, acesso em 03/11/10*

Ainda nesta ótica meramente introdutória do tema, não obstante ser suficiente ler o tipo definido no inciso VII do art. 9° da Lei n° 8.429, de 1992, para se compreender, de forma autônoma do tratamento que possa vir a receber sob ótica tributária, a conduta concreta que se amolda àquela hipótese legal (qual seja, de configuração de ato de improbidade administrativa decorrente de enriquecimento ilícito tão somente à vista da aquisição de bem ou de realização de despesa sem renda ou sem patrimônio que a justifique) e as independentes repercussões civil e disciplinar, é de se reconhecer que muito da conceituação e parte da procedimentalização desta matéria inicialmente advieram da subinstância administrativa fiscal - sem que se confunda que sejam de seu emprego exclusivo. Enquanto a seara fiscal já operacionaliza o tema há tempos, a substância administrativa disciplinar somente o faz após o amadurecimento inovado pelo contexto constitucional (desde o § 4º do art. 37 da Constituição Federal - CF) e também, em razão da já aduzida praxe de acrescentar o tipo civil trazido ao ordenamento pela Lei nº 8.429, de 1992, ao enquadramento disciplinar. Assim, apenas por uma abordagem introdutoriamente didática, sem se confundir com atrelamento conceitual ou com vinculação procedimental, convém mencionar, de forma muito superficial, como a subinstância fiscal trata e operacionaliza situações similares.

Antes, ressalve-se que não se deve jamais engessar ou condicionar a autônoma atuação correcional do Estado-Administração diante de meros indícios noticiados ou de elementos informativos investigados ou de provas apuradas de enriquecimento ilícito de agente público à vista da autônoma tutela tributária. A salutar busca de experiências e de aprendizados externos a si mesma não se confunde com dependência da subinstância administrativa disciplinar em relação à fiscal. O aplicador do Direito Disciplinar pode estar atento à fonte do Direito Tributário neste tema em específico, mas jamais deve se afastar de seu próprio norte, qual seja, os bens jurídicos tutelados pela subinstância disciplinar. Esta rápida introdução citando conceitos inerentes aos procedimentos fiscais não deve ser mal interpretada aqui como se houvesse uma interdependência para que se entenda configurada a espécie de ato de improbidade administrativa em tela.

Para o fim delimitado meramente contextualizador a que se propõe neste início da abordagem do tema, releva introduzir que a subinstância fiscal move-se em busca da omissão de rendimentos, ou seja, da não oferta de rendas à tributação por parte do contribuinte, fato concreto que, por vezes, pode levar à configuração da ilicitude de natureza tributária. E, de forma mais específica, na linha do acima introduzido, a não oferta de rendas à tributação pode, em determinadas condições, se refletir, na prática, na aquisição de bens ou na realização de despesas, ambos relevantes, sem a devida origem que os lastreie, configurando o que a subinstância fiscal denomina de variação patrimonial desproporcional (ou variação patrimonial a descoberto - VPD). Não se esquece aqui que, sob ótica fiscal, nem toda omissão de rendimentos redunda obrigatoriamente em VPD, mas decerto, muito provavelmente, a configuração da VPD desta natureza passa, ainda que indiretamente, pela omissão de rendimentos.

Neste rumo acima traçado, a subinstância fiscal pode se deparar com casos de não oferta de rendimentos à tributação e, consequentemente, daí vir a detectar VPD tão somente com seus mecanismos e ferramentas mais simples e suficientes de cruzamento de informações declaradas e constantes dos sistemas informatizados internos da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).

Mas, uma vez que nem sempre é suficiente a aplicação daquele instrumento tão imediato, por óbvio, o Fisco dispõe de diversos mecanismos para identificar a conduta ilícita de omissão de rendimentos, como métodos mais aprofundados, por meio dos quais pode aferir presumidamente a conduta omissiva disfarçada com maior grau de elaboração por parte do contribuinte.

Neste contexto de condutas mais aprimoradas com que o contribuinte busca dissimular a ocorrência do fato gerador e não oferecer rendimentos ao Fisco, a identificação de depósitos bancários de origem não comprovada e a comprovação da aquisição de relevante bem ou da realização de vultosa despesa sem origem que o(a) justifique ou a contraposição do conjunto total de origens (recursos) subtraído do conjunto total de aplicações (investimentos, como aquisições ou despesas) são métodos utilizados, dentro dos quais o Fisco pode ainda empregar os conceitos de movimentação financeira incompatível ou sinais exteriores de riqueza.

Feita esta rápida menção à atuação fiscal, (tema ao qual se retornará, com mais profundidade, em **4.7.4.4.3.c**) volta-se ao presente interesse, ainda no foco apenas introdutório do comando do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992. Neste rumo, afirma-se que os métodos e conceitos mencionados acima para a subinstância fiscal também podem ter emprego, ainda que sob outra ótica, na atuação correcional. Afinal, é fácil compreender que se trata de substâncias administrativas de atuação do mesmo Estado-Administração. De um vértice, é o Estado-Administração atuando sob viés fiscal sobre toda a base de contribuintes; de outro vértice, atuando com sua mão correcional sobre seu próprio quadro funcional.

Prosseguindo no curso da apresentação inicial do tema, então, de certa forma, se pode dizer que, na tutela de distintos bens jurídicos e atuando sob suas próprias peculiaridades, o Estado-Administração utiliza ferramentas de cálculo patrimonial com enfoques diferentes na substância fiscal e na substância disciplinar. Na subinstância fiscal, precipuamente busca-se a omissão de rendimentos, que pode ser detectada pela comprovação da VPD; e na subinstância disciplinar, busca-se a identificação do enriquecimento ilícito, que pode ser detectado por quaisquer dos métodos expostos em **2.5.3.2.5**. A comprovação da VPD interessa ao Fisco como espécie de infração tributária de omissão de receita, mas também pode fazer mover a atuação correcional, como espécie da infração disciplinar de enriquecimento ilícito, caracterizador de improbidade administrativa.

Esta sutil distinção é relevante, pois não é toda VPD apurada na substância fiscal que representa enriquecimento ilícito na substância disciplinar. Obviamente, a detecção de VPD traz em si a suspeita de elementos informativos de enriquecimento ilícito, mas tal fato necessita ser apurado sob ótica disciplinar, na qual assume relevância a origem da renda omitida, enquanto sob ótica fiscal este aspecto não é relevante, sendo tributável a renda, independentemente de ser de origem lícita ou ilícita. Estas diferenciações serão aprofundadas mais adiante neste texto; contudo, é pertinente introduzi-la desde já para demonstrar os distintos objetivos que movem cada uma das subinstâncias de atuação do Estado-Administração.

Na natural evolução do ordenamento e do controle sobre as condutas socialmente reprováveis, refletida no texto constitucional no § 4º do art. 37 da CF e já desde antes da regulamentação infraconstitucional operada pela Lei nº 8.429, de 1992, também a parcela correcional da atuação do Estado-Administração passou a ter interesse, base legal e oficialidade para operacionalizar, juridicamente, na melhor forma do Direito, a reação e o

repúdio oficiais ao enriquecimento ilícito por parte de seus agentes.

Importante relembrar, conforme já destacado em **2.5.3.2.5**, que o conceito material de enriquecimento ilícito em razão de incompatibilidade patrimonial e o consequente e excludente enquadramento (no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, que se pode discricionária e consuetudinariamente combinar com a definição do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992) provocam todas as fases da atuação da subinstância disciplinar. Enquanto para a imensa maioria dos enquadramentos dos arts. 116, 117 e 132, todos da Lei nº 8.112, de 1990, em razão de sua abrangência fática, a subfase investigativa da fase de admissibilidade não busca elementos informativos das suas respectivas literalidades legais em si mas sim da conduta humana e funcional capaz de posteriormente caber em alguma delas, a ser verificada somente no curso do processo disciplinar subsequente, diferentemente, em especial, o conceito em si do enriquecimento ilícito e aquele único enquadramento cabível (por se confundirem) cortam transversalmente a atuação correcional, já se refletindo tanto na fase preparatória quanto na consequente fase contraditória e punitiva.

De um lado, para quase todos os enquadramentos estatutários, a notícia de algum ilícito cometido em qualquer dos processos de trabalho da RFB move a investigação a levantar elementos informativos se, de fato, a atuação humana e funcional aduaneira ou de fiscalização ou de atendimento ou de arrecadação, para citar poucos exemplos, foi ou não irregular, sem se preocupar, naquele primeiro momento preparatório, em investigar se o fato concreto será enquadrado em inobservância dos deveres legais de exercer seu cargo com zelo e dedicação ou de observar normas legais ou regulamentares ou se será enquadrado na infringência à proibição de valer-se de cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, ainda apenas exemplificando. De outro lado, para o enquadramento em improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito decorrente de incompatibilidade patrimonial, a fase preparatória não busca uma conduta humana e funcional mas sim já investiga os elementos informativos do próprio enriquecimento ilícito em si (posto este ser um processamento bastante peculiar que busca e que pune não a conduta humana em si mas sim seu resultado delituoso) e, na hipótese de instauração do processo disciplinar, a consecutiva comissão de inquérito busca convertê-los, sob manto contraditório, em provas.

Então, embora esteja sendo apresentada no tópico **4.7.4.4.3** e em seus subtópicos, incluída na abordagem dos enquadramentos da Lei nº 8.112, de 1990 (por estar expressamente previsto no inciso IV do seu art. 132, que capitula a improbidade administrativa em gênero estatutário), esta materialidade, como uma característica peculiar e quase única dentre tantas definições materiais daquela Lei, recebe um tratamento procedimental individualizado e diferenciado na subfase investigativa da fase de admissibilidade. De forma específica, naquela fase preparatória, a ciência de suposta desproporção patrimonial de servidor em decorrência de notícia individualizada mais incipiente e superficial pode fazer deflagrar a instauração do procedimento investigativo de análise preliminar patrimonial, que pode redundar em proposta de definitivo arquivamento do feito ou de intermediária conversão no outro procedimento investigativo de sindicância patrimonial ou de direta instauração de processo disciplinar; o conhecimento de suposta desproporção patrimonial de servidor em decorrência de notícia individualizada mais aprofundada e detalhada pode fazer deflagrar a instauração de sindicância patrimonial, que pode redundar em proposta de arquivamento do feito ou de instauração de processo disciplinar; e o conhecimento de suposta desproporção patrimonial de servidor em decorrência do procedimento denominado investigação patrimonial, de periódico e sistemático acompanhamento da evolução patrimonial do quadro de servidores, pode fazer deflagrar a instauração primeiramente de análise preliminar patrimonial, que, igualmente à primeira hipótese, pode redundar em proposta de definitivo arquivamento do feito ou de intermediária conversão em sindicância patrimonial ou de direta instauração de processo disciplinar. Na praxe e no grau de aprimoramento do sistema correcional da RFB, antes da conclusão de um procedimento investigativo propondo a instauração de processo disciplinar,

muito provavelmente o investigado foi intimado a se manifestar e a apresentar documentos, como oportunidade de esclarecer os elementos informativos de suposto enriquecimento ilícito, não tendo logrado êxito em convencer da licitude de sua situação. E, em qualquer um destes procedimentos investigativos, se emprega um (ou, sucessivamente, mais de um) dos métodos de detecção do enriquecimento ilícito também descritos detalhadamente em **2.5.3.2.5**, a saber, o método tradicional, o método do rastreio patrimonial completo e o método do rastreio patrimonial restrito.

Em razão da característica peculiar da tipificação e do consequente enquadramento de enriquecimento ilícito por desproporção patrimonial, os mesmos métodos de detecção de irregularidade patrimonial lá descritos, como meras instrumentalidades, são perfeitamente aplicáveis tanto para a investigação de elementos informativos na subfase investigativa da fase de admissibilidade quanto para a comprovação desta espécie de ato de improbidade administrativa, já no curso do processo disciplinar, pela comissão de inquérito. Já que os métodos são totalmente intercambiáveis entre as duas fases, resta desnecessário aqui repetir toda a longa explanação acerca de seu histórico, de suas potencialidades e de suas diferenças evolutivas já apresentada em **2.5.3.2.5**, que se aproveita totalmente para sua aplicação pelo colegiado processante.

Na livre convicção da comissão de inquérito, esta dinâmica pode se dar tanto como aprofundamento do mesmo método empregado na fase preliminar quanto elegendo outro método diferente na fase contraditória; ou ainda, até mesmo não utilizando nenhum método, caso apenas reitere integralmente todo o trabalho anterior. Melhor descrevendo a possibilidade acima que pode causar mais dúvida ou insegurança, a título de exemplo, nada impede que o servidor ou a comissão responsável pelo procedimento investigativo tenha avaliado que, para o rol de informações disponíveis naquela subfase prévia, determinado método lhe parecia mais efetivo, sem prejuízo de, posteriormente, a comissão de inquérito entender pela adoção de outra metodização no curso do processo disciplinar. Figurativamente, pode ocorrer de o servidor ou a comissão responsável pelo procedimento investigativo empregar o método tradicional, se o conjunto de informações imediatamente disponíveis na base de dados dos sistemas internos já são suficientes para demonstrarem descompasso patrimonial e lhe provocarem a convicção da proposta de instauração de processo disciplinar, não obstante, na consecução, no rito contraditório, a comissão de inquérito entender, ou mesmo a defesa provocar, que é mais eficiente migrar daquele método indireto para algum dos dois métodos diretos de detecção do enriquecimento ilícito.

Mas é de se ressaltar as diferenças principiológicas cruciais entre a subfase investigativa da fase de admissibilidade e o processo disciplinar, que ecoam fortemente na forma de conduzir, instruir e até de concluir o rito em que se emprega qualquer daqueles métodos. Estas diferenças residem basicamente no antagonismo da natureza meramente investigativa e da natureza contraditório-punitiva daquelas fases. A primeira e mais destacada diferença é que, na subfase investigativa da fase de admissibilidade, o servidor ou a comissão responsável pela condução do procedimento investigativo atua na busca de elementos informativos, mas não firma convicção acusatória e não imputa acusação com base em provas já consideradas definitivas. Já a comissão de inquérito busca sedimentar aqueles elementos informativos que foram deflagradores do poder-dever da autoridade instaurar o processo disciplinar em provas cabais e submetidas à contestação da defesa, sobre as quais pode vir a imputar a acusação formal contra o acusado. Ademais, no procedimento investigativo, o agente condutor possui a prerrogativa de, no momento em que julgar pertinente e se porventura assim considerar, intimar o servidor a se justificar, a apresentar documentos e até, se for o caso, a renunciar espontaneamente seu sigilo bancário e de terceiras pessoas com quem guarde relação de proximidade - e sem estar obrigado a autuar imediatamente os elementos e a expressar motivação. Já no curso do processo disciplinar, obrigatoriamente deve a comissão de inquérito, o quanto antes, notificar o servidor da sua condição de acusado,

facultando-lhe acesso aos autos - em que os elementos são prontamente autuados -, podendo, a partir daí, motivadamente intimá-lo, no curso de toda instrução probatória, até o interrogatório, a prestar as informações necessárias à completa elucidação dos fatos, antes de firmar a convicção acusatória a ser exposta na indiciação. Novamente mencionando o estágio de elaboração em que se encontra o sistema correcional da RFB, sobretudo na ênfase dedicada aos procedimentos investigativos, é mais provável que o afastamento de sigilo bancário, em regra, já tenha sido diligenciado na subfase investigativa, poupando, sempre que possível, o dispêndio de tempo com tal prova já no curso do processo disciplinar.

A propósito, também se aplica integralmente à presente passagem desta apresentação ainda introdutória e contextualizadora do tema a argumentação apresentada em **2.5.3.2.5**, com qualificado apoio doutrinário e de dispensável repetição, de que se tem certo que a voluntária adesão ao regime estatutário faz o servidor se submeter a um rol especial e diferenciado de controles e monitoramentos. Relembre-se que sobre o servidor, uma vez investido na função pública, na contrapartida das prerrogativas para bem exercer seu múnus, recaem obrigações não só estatutárias mas também público-sociais exclusivas e mais rigorosas que as submissões do agente privado. Dentre tais compromissos específicos do agente público está justamente a inafastável conscientização de sempre poder ter sua regularidade patrimonial inquirida a qualquer tempo, mesmo por fatos ocorridos e/ou já declarados há mais de cinco anos, pois o Estado possui o poder-dever de motivadamente questioná-lo, e de sua obrigação de dispor de comprovantes de sua evolução patrimonial, sob pena de, em não o fazendo, caso reste comprovada a incompatibilidade patrimonial, ser presumido seu enriquecimento ilícito, enquadrado disciplinarmente no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, ao qual, discricionariamente, pode ser agregada a definição prevista no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992.

Reitera-se nesta introdução integralmente tudo o que se expôs para a subfase investigativa da fase de admissibilidade, em **2.5.3.2.5,** até com mais ênfase agora, no processo disciplinar, acerca de ser um poder-dever da Administração intimar seu servidor a esclarecer suposta incompatibilidade patrimonial e de ser para este um dever de fazê-lo, mas um dever anômalo cujo descumprimento parcial ou até mesmo total, ao amparo dos preceitos constitucionais de ampla defesa e de direito de não autoincriminação e do instituto penal da excludente de ilicitude de exercício regular de direito, não gera um imediato, líquido e certo gravame ou sanção ao agente negligente ou omisso. Para evitar repetição desnecessária de toda extensa argumentação já exposta, remete-se à leitura daquele tópico para também se aproveitar aqui a construção de que a resposta insuficiente ou a ausência total de resposta à intimação no curso do processo disciplinar não configura materialidade de nova ilicitude disciplinar, nem conexa, nem independente, a ensejar, de parte da comissão, abarcamento no processo em curso ou representação para nova fase de admissibilidade.

Desde a instauração do processo disciplinar, à vista dos elementos informativos de enriquecimento ilícito decorrente de desproporção patrimonial coletados e ponderados na fase de admissibilidade, a comissão de inquérito recém-designada, após receber os autos da autoridade instauradora e estudá-los, inicia efetivamente seus trabalhos com a notificação inicial da condição de acusado. Estabelecida a lide processual contraditória, eis que a hipótese de enriquecimento ilícito é uma materialidade peculiar, de comprovação essencialmente documental e menos dependente de provas testemunhais. Assim, tanto pode espontaneamente o servidor trazer aos autos elementos documentais que avaliar como pertinentes como pode e deve o colegiado intimá-lo, tantas vezes quantas se demonstrarem necessárias, à luz do poder-dever deste e do dever daquele, para que apresente documentação comprobatória justificadora de sua evolução patrimonial, conforme melhor se detalhará em **4.7.4.4.3.c**.

A prerrogativa de o Estado questionar seu agente acerca da sua regularidade patrimonial advém da material necessidade de cumprimento daquele controle de forte impacto

e interesse públicos, não importando na validade desta postura proativa a mera instrumentalidade que se empregou para se provar o descompasso patrimonial; ou seja, independe do método de detecção de enriquecimento ilícito empregado.

Aliás, o sentido amplo do poder-dever de a Administração intimar o acusado a se manifestar, não necessariamente, se reduz à resposta escrita, também se incluindo neste escopo a intimação para prestar sua prova oral, qual seja o interrogatório. Neste rumo, é de se observar que o processo disciplinar instaurado com o fim de comprovar contraditoriamente eventuais elementos informativos do enriquecimento ilícito especificamente por desproporção patrimonial pode ser um dos exemplos a fortemente indicar a pertinência de se realizar interrogatório prévio, cuja aceitabilidade se defendeu em **4.4.15.1** (tomando o cuidado de registrar na intimação que este ato em nada prejudicará o chamamento posterior para que o acusado se manifeste no fim da instrução, por meio do interrogatório final). Em outras palavras, se já desde o início da instrução tem-se como elemento que pode ser relevante na formação da convicção algum descompasso patrimonial decorrente de recursos sem comprovação de origem, por exemplo, demonstra-se pertinente chamar de imediato o acusado a ser interrogado se possui comprovação da fonte lícita dos recursos - sobretudo se não tiver havido este chamamento na subfase de investigação da fase de admissibilidade. Caso o servidor apresente comprovações, pode ser que o processo se encaminhe para arquivamento; caso contrário, pode enrobustecer a convicção de ato de improbidade administrativa.

É preciso deixar claro que, se por um lado, o servidor dispõe das garantias fundamentais individuais estampadas nos incisos LV e LXIII do art. 5º da CF, de não ser obrigado a fazer prova contra si mesmo e a seus interesses e de se autoincriminar e de que até mesmo o silêncio se amolda como válido na livre amplitude de defesa, por outro lado também é certo que, na regra de distribuição estática do ônus probante, apresentada em **4.4.1.1.6.b**, a hipótese de a defesa se manter inerte, se não lhe gera um ônus, ao menos pode lhe conduzir a uma situação processual desfavorável em termos de formação de convencimento do julgador.

Ademais, relembre-se a intenção deste texto de ser o mais fidedigno possível com a realidade. Na verdade, não apenas diante deste enquadramento em especial, mas sim diante de qualquer imputação decorrente de conduta funcional, não há um momento único e derradeiro em que, enfim, a comissão de inquérito labora uma convicção. Conforme já exposto em **4.4.17.2**, pela própria natureza sempre crítica e analítica inerente a todo ser humano, não é de se ter pudor de reconhecer que, desde o início da instrução processual e a cada novo ato de prova, qualquer colegiado cognitivamente formula rascunhos de convicção. O que se quer assumir com esta exposição bastante transparente sobre a forma de conduzir um inquérito administrativo é que, em casos de apuração de suposto ato de enriquecimento ilícito decorrente de descompasso patrimonial, na verdade, já desde os elementos informativos advindos da fase de admissibilidade com que se inicia a instrução probatória, o trio processante possui alguma parcela incipiente de convicção que faz com que possa e deva mesmo exercer o já referido poder-dever estatal de intimar o servidor a se manifestar.

No curso da instrução probatória, provavelmente desde seu início, em momentos pertinentes a critério da comissão de inquérito e também com certeza em seu(s) interrogatório(s), o acusado pode ser intimado a esclarecer inconsistências, a apresentar documentação comprobatória e a se justificar patrimonialmente, e sem prejuízo ainda da sua faculdade de solicitar juntadas de arrazoados, de petições e de documentos de seu interesse a qualquer tempo, independente de intimação, antes de o trio firmar sua convicção e, se for o caso, de declarar comprovado o descompasso patrimonial. Estas intimações servem como possibilidades ofertadas ao acusado, em forma de direito, e, duplamente, ao mesmo tempo muito se misturam com o ônus e com a responsabilidade inerentes à sua qualidade de ser agente público.

Sem aqui perder de vista que o momento processual em que aquelas rascunhadas

convicções obtidas ou ratificadas ou destruídas ou refeitas a cada ato de instrução amadurecem e se sedimentam na comprovação do enriquecimento ilícito somente ao final da instrução probatória, contudo a dialética processual se exercita desde o início, cabendo à comissão de inquérito intimar o acusado, no curso da instrução processual, tantas vezes quantas se fizerem necessárias, em que se inclui(em) a(s) intimação(ões) para prestar interrogatório(s), a fim de lhe permitir estabelecer o quanto antes o diálogo jurídico e buscar convencer da licitude de sua situação patrimonial.

Dito isto, é certo que aqui se foca a atenção no grave momento processual da indiciação, que é quando a comissão de inquérito, enfim, firma sua convicção e formaliza pela primeira vez a acusação contra o servidor, após ter logrado transformar em provas aqueles elementos informativos iniciais autorizadores apenas da deflagração do processo disciplinar.

Fincadas, então, para o curso do processo disciplinar, a independência em relação à subinstância fiscal e a perfeita aplicabilidade, a cargo da comissão de inquérito, de todos os métodos de detecção do enriquecimento ilícito desenvolvidos no âmbito do sistema correcional da RFB e do poder-dever estatal de intimar o acusado a se manifestar sobre sua evolução patrimonial e a apresentar documentos e, a cargo do servidor, do seu comprometimento e do seu dever estatutário de fazê-lo - valendo a remissão a estes trechos de **2.5.3.2.5** como se estivessem integralmente reescritos nesta introdução meramente contextualizadora do tema -, cabe compreender como estas premissas se amoldam à condução do rito contraditório em que se apura suposto enriquecimento ilícito - e, ao mesmo tempo, afastam possíveis inseguranças do aplicador do Direito e eventuais alegações infundadas de defesa.

E para melhor fazer esta inter-relação validadora dos métodos de detecção do enriquecimento ilícito com a inteligência que reside no enquadramento do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, que pode ter agregada a definição dada pelo inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, convém primeiramente, conforme se exporá em **4.7.4.4.3.b**, partir de uma abordagem ampla e genérica do tema, à margem da especificidade de como se opera no sistema correcional da RFB, à luz tão somente da construção, da interpretação e aplicação do dispositivo legal.

Somente após esta apresentação de como na prática deve ser dinamicamente compreendida a literalidade legal, justifica-se focar a análise na sua aplicação no âmbito do sistema correcional da RFB, conforme se exporá em **4.7.4.4.3.c**, iniciando pelo método do rastreio patrimonial restrito, pois, como se reconheceu em **2.5.3.2.5**, é o mais evoluído, pragmático e arrojado, sobretudo sob a sua forma mais sucinta e concentrada, em que se aplica um filtro maior sobre uma ou duas ou apenas algumas aplicações e/ou origens que de fato interessam. Como uma espécie de argumento *a fortiori*, o que se validar para este método se defende ainda mais facilmente para os dois demais, que empregam o planilhamento exaustivo.

4.7.4.4.3.b - Abordagem Ampla e Genérica do Tema da Desproporção Patrimonial

Superada a longa e necessária introdução meramente contextualizadora do tema, busca-se aprofundar a análise sob ótica hermenêutica a fim de extrair a correta interpretação das nuances e dos detalhes de cada elemento que compõe o tipo objetivo, ou de forma mais simples e clara, de cada elementar que compõe a redação do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa - LIA), para os casos em que se entenda que a definição material nele contida pode ser acrescida ao enquadramento do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Relembre-se que a terminologia de tipo objetivo ou de elemento objetivo do tipo ou de simplesmente elementar, bem como de tipo subjetivo ou de elemento subjetivo do tipo,

tomada em extensão da instância penal, foi apresentada em **4.6.2.1**. Neste escopo, o estudo da melhor exegese do dispositivo legal, no presente tópico, se centrará na sua leitura como hipótese legal, sem se ater às especificidades de como se opera na prática tal materialidade na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), complemento este que se apresentará em **4.7.4.4.3.c**.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:*
> *IV - improbidade administrativa;*
>
> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, 25 de outubro de 2021)*
> *VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*

Ainda preliminarmente, resgate-se que a atenta leitura da literalidade do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, indica, sem muito esforço, que o dispositivo define como ato de improbidade administrativa causador de enriquecimento ilícito a fática ostentação, por parte do servidor, da desproporção patrimonial adquirida em razão do cargo. Esta percepção antecipa e sintetiza todo o debate que se estabelecerá no curso do presente tópico. Por um lado, o inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, exige apenas a comprovação objetiva da desproporção patrimonial, por parte da Administração e já imputa a materialidade e a autoria contra o servidor, praticamente sem mais nada exigir para a configuração do enriquecimento ilícito. Mas, por outro lado, como o tema se insere em Direito público punitivo, faz-se necessário irrigá-lo com as melhores - no sentido de cautelosamente favoráveis à defesa - ferramentas hermenêuticas, que amenizam aquela imputação objetiva, exigindo, obviamente, que se tenha, ao final da instrução probatória, a comprovação do tal descompasso patrimonial sem origem dissociada do cargo, após o emprego de todos os temperamentos de razoabilidade e de proporcionalidade, inclusive em termos de relevância do valor.

No cotejo entre os comandos expostos no *caput* e no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, verifica-se que não há nem incongruência e nem tampouco mera reiteração ou superposição entre estes dois dispositivos. Conforme já exposto em **4.7.4.4.2.c**, o *caput* do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, estabelece uma definição genérica do que seja ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, ao mencionar que configura tal espécie ímproba simplesmente o fato resultante de o agente público ter obtido, mediante conduta dolosa, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo. E esta interpretação de tipo residual se sedimenta na parte final do dispositivo, pois, ao terminar com a expressão "*e notadamente*", faz-se seguir, em seus incisos, de uma lista exemplificativa e não exaustiva de condutas que possuem campos de aplicação concreta próprios.

Sabe-se que, em razão de técnica básica de redação legislativa, incisos não se desassociam, como dispositivos totalmente independentes e estanques, do comando imposto no *caput* de qualquer artigo de lei. Não obstante, no caso em tela, os incisos do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, descrevem condutas com maior minudência e que são autonomamente capituláveis apenas neles mesmos, dispensando combinação com o *caput* do mesmo art. A subsunção de um ato que importe em enriquecimento ilícito em qualquer inciso do mencionado art. 9º logicamente também atende todas as elementares mais genéricas do respectivo *caput* mas não impõe a capitulação combinada e também não prejudica a

tipificação autônoma e residual de alguma conduta concreta mais peculiar apenas naquele enunciado geral, conforme também entende a doutrina.

> *"(...) o art. 9º, 'caput', da Lei 8.429/92 abrange conceito jurídico indeterminado e é cláusula geral que alcança as hipóteses não contempladas nos incisos do mesmo dispositivo legal, tanto que a redação desses últimos guarda autonomia em relação à base. O art. 9º, em seus múltiplos incisos, cria figuras de improbidade administrativa autônomas, podendo ampliar ou restringir os requisitos de responsabilização, dependendo dos suportes descritivos, que são independentes e, por si sós, autoaplicáveis." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pg. 509, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Diferentemente do que se aduziu um **4.7.4.4.1.c** para o art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, o *caput* do art. 9º desta Lei não figura apenas como um balizamento dos seus incisos (como também não o é o *caput* do art. 10 em face de seus incisos), visto este dispositivo em si mesmo já encerrar um tipo próprio e residual. Desta forma, é possível que as definições materiais contidas nos incisos possam ser vistas de forma, se não independente, mas com certeza não coincidente ou repetida em relação à literalidade mais abrangente do *caput* do art. 9º daquela Lei. Ademais, uma outra peculiaridade merecedora de especial menção no arcabouço do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, é que todos os outros seus incisos descrevem alguma conduta funcional comissiva ou omissiva (ou seja, tipificam alguma ação ou alguma abstenção no exercício do cargo), enquanto o inciso VII se concretiza com a simples e resultante aquisição desproporção patrimonial, não requerendo prova de ato funcional infracional antecedente. E este pormenor diferenciador da desnecessidade de comprovação do ato funcional infracional antecedente se revela fundamental para a exata compreensão da hipótese de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em decorrência de desproporção patrimonial, conforme a seguir se discorre.

Para o tema em apreço, tamanha é a relevância do que acima se sintetizou como ato funcional infracional antecedente que reitera-se esta peculiaridade. Quando um servidor ostenta a previamente comprovada desproporção patrimonial em relação aos seus proventos e todas demais origens conhecidas, sabe-se que está-se aqui mencionando o resultado de condutas irregulares cometidas no pleno exercício do seu cargo ou cometidas sob o pálio privilegiador que as atribuições deste cargo lhe propicia. O enriquecimento ilícito demarcado pela desproporcionalidade patrimonial é apenas o resultado visível de condutas concretas de uso irregular do cargo. Por meio destas condutas funcionalmente irregulares, aqui em gênero reportadas como ato funcional infracional antecedente, o agente logra amealhar vantagens, em geral financeiras, indevidas, recebidas como contraprestação da negociata privada que faz com sua função e com seu múnus públicos em favor do particular a quem deseja e com quem se compromete beneficiar.

Neste ponto do arrazoado em que, enfim, se debruça sobre a literalidade do tipo civil, cabe relembrar o já exposto em **4.7.4.4.1**, em que se relatou a nefasta revisão da Lei nº 8.429, de 1992, pela Lei nº 14.230, de 2021. Obviamente, também fizeram parte da iniciativa do legislador ordinário de blindar a imputação de ato de improbidade administrativa, além das alterações no *caput* do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992 (já comentadas em **4.7.4.4.2.c**), os acréscimos redacionais impostos no seu inciso VII. Além da original imputação de ato de improbidade administrativa para a aquisição, de parte do servidor, para si mesmo ou para outrem, de bens de qualquer natureza em desproporção com suas rendas e com sua evolução patrimonial, a redação alterada do citado inciso VII passou a contar com elementares mais restritivas, que associam o aporte patrimonial ao exercício do cargo (segundo a elementar "*em razão deles*") e aos atos descritos no *caput* do mesmo art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, como obrigatoriamente cometidos mediante ânimo subjetivo doloso (segundo a elementar "*decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo*"), e que asseguram os direitos e as

garantias fundamentais individuais estampados no inciso LV art. 5º da Constituição Federal (CF) de poder contraditar a imputação com a total amplitude de meios de prova (segundo a elementar "*assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução*").

O inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, em sua redação original, continha, literalmente, como elementares, "*adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público*", que podem ser sintetizadas como a ideia nuclear do dispositivo, qual seja, de tipificar a aquisição, por meio do uso irregular do cargo, de vantagem patrimonial indevida. A Lei nº 14.230, de 2021, sem nada ter excluído ou sequer alterado destas elementares originais e cruciais, apenas acrescentou as três novas elementares ao tipo acima descritas. Pode-se então afirmar que a análise da literalidade do dispositivo equivale à análise de suas elementares originais somada à análise das elementares incluídas pela Lei nº 14.230, de 2021. E exatamente assim se fará no presente tópico. Primeiramente, se dedicará a uma leitura aprofundada das elementares da redação original, em bloco. Depois, se fará a leitura também aprofundada de cada uma das três novas elementares incluídas.

Com a percepção sistemática de todo o conjunto de mitigações no controle da probidade administrativa objetivado com as alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 2021, é perfeitamente plausível inferir que a intenção do legislador ordinário, ao incluir novas elementares no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, também era fragilizar o monitoramento estatal da conformidade patrimonial dos agentes públicos. Não seria coerente com toda a dilapidação orquestrada ao longo da Lei nº 8.429, de 1992, cogitar da hipótese de que se teria desejado aprimorar a tutela patrimonial. No entanto, ao que parece, para a sorte da sociedade e do interesse público, o legislador ordinário - como é bastante comum, aliás, na atividade legislativa - não foi competente, sob a ótica dos interesses que parece ter movido o Congresso Nacional nesta iniciativa reformadora, ao alterar a redação do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992. A nova redação, enxertada, sem dúvida, por elementares que buscavam dificultar a tipificação, no fundo, nada mais fez que positivar toda a postura cautelosa com que o operador do Direito, em sintonia com a fonte jurisprudencial judicial e administrativa e com a doutrina, desde sempre tratou a aplicação do dispositivo.

Obviamente, não seria sustentável afirmar que três alterações redacionais na literalidade do inciso VII art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, nada objetivaram e nada significaram, esvaziando seu sentido. Isto equivaleria ao absurdo de o aplicador do Direito subtrair a atividade legislativa. Não se trata aqui desta declaração sem lógica e sem respaldo jurídico. Admite-se, sim, de um lado, que o legislador ordinário inovou a redação do dispositivo. Mas, de outro lado, resgata-se que as alterações redacionais, na prática da aplicação do Direito, não causaram mudanças no tratamento administrativo do tema, pois é certo que apenas referendaram a forma como a Administração já vinha aplicando o dispositivo, em total sintonia com o que as fontes emanavam. Enfim, em razão da qualidade jurídica desde sempre praticada pela Administração no controle da probidade administrativa referente à conformidade patrimonial (e não por uma intenção salutar do legislador ordinário em aprimorar o ordenamento), é certo que, na prática, as alterações impostas no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, não repercutiram danosamente na atuação estatal.

E, neste ponto, muito do que se possui de amparo para defender o entendimento de que as alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 2021, no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, não obrigaram alteração na *praxis* administrativa advém da qualidade referencial da manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares, da Consultoria-Geral da União (CNPAD/CGU/AGU), estampada no Parecer n° 1/2022/CNPAD/CGU/AGU, que obteve aprovações do Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos

(Decor), mediante Despacho nº 164/2022/Decor/CGU/AGU, do Subconsultor-Geral da União, mediante Despacho nº 206/2022/Gab/CGU/AGU, e, por fim do Advogado-Geral da União, por meio do Despacho AGU nº 160, de 24 de agosto de 2022. Esta relevante peça jurídica - que mesmo não tendo sido submetida à aprovação do Presidente da República a fim de obter efeito vinculante nos termos dos §§ 1º ou 2º do art. 40 da Lei Complementar (LC) nº 73, de 10 de fevereiro de 1973, assume grande valor como fonte de referência, à vista dos incisos X e XI do art. 4º daquela LC - foi elaborada pelo colegiado exatamente com o fim de esclarecer as repercussões daquelas inovações redacionais na condução administrativa dos processos disciplinares com foco no ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de desproporção patrimonial. Não obstante a ausência de impacto prático em razão da alteração legal, a peça da CNPAD/CGU/AGU também tem o valor de revisar todo o entendimento acerca do tema material em apreço, atualizando manifestações jurisprudenciais administrativas e judiciais que haviam sido exaradas sobretudo nos anos subsequentes à sanção da Lei nº 8.429, de 1992, quando as defesas tentaram impor teses inviabilizadoras do controle patrimonial.

Dito isto, inicia-se a interpretação em bloco das elementares nucleares do tipo objetivo, que, não por acaso, são exatamente as elementares que compunham a sua redação original e que não tiveram suas literalidades alteradas pela Lei nº 14.230, de 2021, permanecendo na composição. A ideia nuclear do tipo sempre foi e continua sendo a aquisição de bens de qualquer natureza de valor desproporcional ao patrimônio e à renda do servidor e, como se discorrerá a seguir, a sua correta interpretação baseia-se fortemente na introdução de uma presunção legal relativa e na aplicação da regra de ônus probante, que foram respectivamente apresentadas em **4.4.1.1.4.b** e em **4.4.1.1.6.b**. Pode-se dizer que a análise da comprovação do ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em decorrência de desproporção patrimonial se revela uma aplicação específica do que se expôs como com conceito abstrato e como regra geral nos dois tópicos acima.

A base principiológica, a interpretação teleológico-sistemática e conceitos advindos da teoria da prova iluminam que o legislador ordinário, ao mesmo tempo atento aos necessários controles da probidade administrativa (exigido pelo legislador constituinte desde o § 4º do art. 37 da CF) como um todo e em especial da evolução patrimonial dos agentes públicos, mas sem jamais suprimir direitos e garantias fundamentais individuais de molde constitucional, de um giro, com o inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, impôs primeiramente à Administração o ônus de comprovar o descompasso patrimonial até o último ato da instrução probatória e, na sequência, autorizou a assunção da presunção legal relativa e afastável de enriquecimento ilícito, devendo então a comissão de inquérito indiciar e citar o acusado a apresentar sua peça escrita de defesa em face daquela imputação que lhe é contrária. Em apertada síntese, esgotada, por parte da comissão, a consideração de todas as possíveis fontes de aporte patrimonial conhecidas do servidor, uma vez identificado o descalabro patrimonial, eis que a Administração supre o ônus probante que lhe incumbe. Satisfeita a regra de ônus probante pela parte autora da pretensão acusatória, ato contínuo, o inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, autoriza, a favor da Administração, a presunção apriorística e ainda passível de prova em contrário de que o agente público obtém vantagens patrimoniais às custas do seu cargo, por meios que não necessariamente se sabem e quem nem mesmo são imprescíndiveis saber. Esta é a presunção não absoluta que o dispositivo legal constroi a favor do Estado, ainda permitindo contraprova pelo acusado: se, comprovadamente, o servidor ostenta patrimônio incompatível com suas rendas conhecidas, é porque pratica atos funcionais infracionais em razão dos quais aufere vantagens patrimoniais, ou seja, é porque usa de seu cargo de forma irregular, configurando então ato de improbidade administrativa.

Mas, de outro giro, na contrapartida do ônus probante estatal, o citado comando legal não exige que a Administração comprove exatamente de que ato funcional infracional antecedente adveio o enriquecimento ilícito, dispensando o colegiado de apurar possível

vinculação da conduta subjetiva do servidor no exercício do seu cargo com o descompasso patrimonial objetivamente comprovado. Ao contrário, o servidor é quem tem de provar a origem do aporte patrimonial dissociada do cargo. Em outras palavras, com a provocação à defesa, aperfeiçoa-se a regra estaticamente distributiva do ônus probante, incumbindo ao servidor a prova de que a desproporção patrimonial detectada decorreu de origem que não guarda nenhuma relação, sequer indireta, com seu múnus público, a fim de afastar a presunção legal relativa que lhe é desfavorável.

Portanto, conforme se anunciou linhas acima, a análise de todo o tipo objetivo definido no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, se inicia pela dedicada interpretação que se extrai da inter-relação entre a regra distributiva de ônus probante e a presunção legal relativa de cometimento de ato ímprobo - e dentro da qual se insere a desnecessidade de comprovação do ato funcional infracional antecedente. Dedicar atenção à compreensão desta importante inter-relação de dois institutos aqui aplicados e advindos da teoria da prova equivale a elaborar a melhor interpretação possível de se extrair da parcela da literalidade do dispositivo que adveio da redação original, ainda antes das alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 2021. Ao se estudar as elementares componentes da redação original do dispositivo, quais sejam, "*adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público*", estuda-se exatamente a ideia nuclear e crucial do tipo objetivo, que reside na inter-relação dinâmica entre a regra de ônus probante e a presunção legal relativa, com dispensa da prova do ato funcional infracional antecedente.

Quanto ao ônus probante, sabe-se que sua regra geral, extraída já desde o *caput* e os seus incisos I e II do art. 373 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), e aqui estendida para a processualística disciplinar, estabelece que a parte autora (no caso, a Administração) assume o ônus de provar o fato constitutivo do seu poder-dever de agir, enquanto a outra parte (no caso, a defesa), assume o ônus de provar fatos impeditivos, modificativos e extintivos daquele poder-dever. Em complemento, na linha positivada pelo art. 36 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, de inequívoca aplicação em processo administrativo *lato sensu* (e disciplinar em especial), se, por um lado, é certo que incumbe à Administração a prova da materialidade, da autoria, do ânimo subjetivo e da culpabilidade da conduta, é igualmente certo que incumbe à defesa a prova de excludentes de ilicitude e de culpabilidade e de álibis porventura alegados. Em síntese, à parte autora, compete provar a ocorrência da conduta infracional no mundo concreto e a sua subsunção à hipótese legal que define a infração; à defesa compete provar alguma daquelas causas de justificação a seu favor, conforme também entende a doutrina.

> *CPC - Art. 373. O ônus da prova incumbe:*
> *I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;*
> *II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*
>
> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.*
>
> *"Por evidente não é dado exigir da Administração Pública o dom da clarividência, nem o da adivinhação, o que não entra em testilhas como o princípio constitucional da presunção de inocência (de que gozam os processados em geral). É dizer: basta a comprovação da conduta e da tipicidade (substancial: objetiva e subjetiva - se for o caso) para que se anteveja (in potentia) o dever de impor a sanção, porque as causas de justificação importam, ordinariamente, em ônus do sindicado, processado ou do acusado." Daniel Ferreira, "Teoria Geral da Infração Administrativa", pgs. 294 a 295, Editora Fórum, 1ª edição, 2009*

> *"A acusação deve comprovar que o agente poderia, com um mínimo de diligência, conhecer a figura típica, além de comprovar os fatos. Eis o ônus probatório do acusador. Não necessita provar que o agente efetivamente conhecia a ilegalidade de sua conduta. Basta o potencial conhecimento. (...) A prova dos fatos incumbe ao acusador, mas o erro de tipo e de proibição incumbe à defesa provar, na medida em que a Administração - e, no caso de improbidade, o autor da ação não tem que provar que o agente atuou sem erro. Diga-se que somente o erro inevitável, invencível, há de ser eficaz no Direito Administrativo Sancionador, sendo que o grau de exigência – para o reconhecimento desta modalidade exculpatória – é tanto maior quanto o sejam as qualidades profissionais do agente, o qual passa a ter um dever de conhecimento de determinadas circunstâncias normativas, dentro do seu nível de responsabilidades, o que não inviabiliza as excludentes cabíveis." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pgs. 392 e 393, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2015*

> *"Nos incisos VII e VIII do art. 9ª estão previstas situações fáticas que, consoante as regras de experiência, se apresentam como consectários lógicos do obrar ilícito do agente público em suas atividades, acarretando uma relação de causa e efeito. (...) Compete ao autor o ônus de provar a aquisição de bens de valor desproporcional à renda do agente, sendo este o fato indicante; o fato indicado, por sua vez, é o enriquecimento ilícito, o qual é desdobramento lógico daquele. (...) Não há que se falar em inversão do ônus da prova, restando ao agente público demandado, unicamente, o ônus de provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos da pretensão do autor." Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, "Improbidade Administrativa". Editora Lumen Juris, pgs. 326 a 327, 4ª edição, 2008*

Portanto, em outras palavras, a regra de ônus probante não é unidirecionada apenas contra a Administração, mas sim é dividida com a defesa, como reflexo da necessária paridade de armas na relação processual. Aliás, em nenhuma relação processual em que se estabelece uma lide, seja de natureza civil, seja de natureza pública punitiva, incumbe à parte autora o ônus probante integral. Assim, a comprovação, por parte da comissão, da desproporção patrimonial assume o valor do fato constitutivo do poder-dever de acusar o servidor por enriquecimento ilícito; e a comprovação da licitude de seu patrimônio assume o valor do fato extintivo daquele poder-dever (cabe relembrar que, embora a regra de ônus probante tenha natureza procedimental, são as definições abstratas do Direito material - para o qual, aliás, sempre se presta como mero instrumento o Direito processual - que estabelecem ou não a repercussão jurídica).

Em harmonia com o já comentado princípio da busca da verdade processual (abstraindo-se do tradicionalismo com que o autor, em qualquer instância, deveria se obrigar a, unilateralmente, exaurir a verdade material absoluta), ambas as leis processuais indicam o caráter distributivo do ônus probante. Incumbe à parte que apresenta uma pretensão baseada em determinada alegação fática comprovar este fato, como é o caso da acusação, no que diz respeito à materialidade, à autoria, à culpabilidade e ao ânimo subjetivo culposo ou doloso do autor, a fim de gerar a maior probabilidade possível de juízo de certeza no julgador; mas, não obstante, o ônus é distribuído à parte oposta no que tange ao aproveitamento de suas próprias alegações, a exemplo de álibis ou excludentes de ilicitude, de culpabilidade e de punibilidade alegados pela defesa, a fim de ao menos gerar dúvida razoável no julgador. Em síntese, à parte autora, compete provar a ocorrência da conduta infracional no mundo concreto e a sua subsunção à hipótese legal que define a infração; à defesa compete provar alguma daquelas causas de justificação a seu favor, conforme também entende a doutrina.

E, quanto à presunção legal relativa aqui operada, em nada se confunde com uma mera suspeita ou desconfiança contra o acusado e também está longe de ser um arroubo, uma

precipitação, uma unilateral ilegalidade, uma quebra da segurança jurídica, um ato de abuso de poder e, destacadamente, menos ainda uma inversão de ônus probante de parte da Administração contra o servidor. A presunção legal relativa de que aqui se trata, como a expressão nomeia, é uma construção operada pelo próprio inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, e expressamente prevista no inciso IV do art. 212 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC) e ratificada no inciso IV do art. 374 do CPC, como meio de prova válido no ordenamento pátrio. O fato de, ao final de toda instrução probatória contraditória (ao longo da qual intimou o acusado, fornecendo-lhe oportunidade de se manifestar antes da formação da convicção), a comissão de inquérito empregar a presunção legal afastável e refutável de enriquecimento ilícito após comprovado o descompasso patrimonial, não é ato de arbítrio, mas sim o acolhimento daquela vontade legal.

> *CC - Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:*
> *IV - presunção;*
>
> *CPC - Art. 374. Não dependem de prova os fatos:*
> *IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.*

Sabe-se que a presunção legal é uma ilação cognitiva feita pelo aplicador do Direito conforme permissão em lei e que, por meio da qual, partindo-se de um fato comprovadamente ocorrido e/ou conhecido, chega-se a um outro fato ainda não provado e/ou ainda desconhecido, que passa a ser admitido como verdadeiro. Através deste meio de prova válido, a ocorrência ou o conhecimento de um fato certo e sabido conduz, conforme lei autoriza, à predição da ocorrência de outro fato ainda incerto. Aqui, o fato comprovadamente ocorrido e/ou conhecido (ou seja, o fato certo e sabido) é a desproporção patrimonial e o fato ainda não provado e/ou ainda desconhecido (ou seja, o fato presumido) é que este descompasso advém do uso irregular do cargo. O ganho probatório a que se chega com esta ilação cognitiva - quer dizer, o que se presume - é o cometimento de improbidade administrativa, por meio de ato funcional infracional antecedente, que não se necessita provar.

Reportando a conceitos do Direito Penal, o ato funcional infracional antecedente, como conduta humana ilícita, perfaz-se de elemento objetivo (no caso, o enquadramento estatutário que aquela ação ou omissão teria na Lei nº 8.112, de 1990) e de elemento subjetivo (no caso, decerto, de ânimo doloso). Dito isto, importante aqui registrar que a presunção legal relativa alcança a integralidade deste ato funcional infracional antecedente; ou seja, faz presumir tanto a subsunção da conduta concreta à literalidade do enquadramento quanto o dolo com que foi cometida (até porque, de fato, a conduta humana é una; a divisão entre elementos objetivo e subjetivo é mera ficção jurídica).

De se destacar que esta construção cognitiva legalmente prevista não leva à presunção objetiva da culpabilidade, mas sim apenas do fato material componente do tipo objetivo como elementar. O meio de prova da presunção legal leva de um fato a outro fato, não à culpabilidade. Mais especificamente em se tratando de presunção legal relativa, como é o caso presente, não obstante se considerar a sua proposição geral aprioristicamente provada com dispensa de sua demonstração cabal (no caso, a configuração de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito sem necessidade de provar ato funcional infracional antecedente e ensejador do recebimento da vantagem patrimonial indevida), a força de convencimento até pode ser refutada pela parte contra quem se opõe, admitindo prova em contrário, mas somente é afastada no caso de surgirem provas contrárias à sua ilação, como fatos que superem a pressuposição legal apriorística (no caso, se a defesa lograr provar que o descompasso patrimonial adveio de fonte dissociada do cargo). Obviamente, a presunção legal relativa admite prova em contrário do fato presumido, mas, até então, a conclusão que a lei lhe atribui (configuração de ato ímprobo), a partir do fato comprovadamente ocorrido e/ou conhecido (a desproporção patrimonial), é verdadeira.

Cabe abrir um parêntese para discorrer sobre o ânimo subjetivo do ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de inconsistência patrimonial. Até este ponto, se assevera que, provado o descompasso patrimonial, firma-se a presunção legal relativa de que o patrimônio incompatível adveio do uso irregular do cargo, dispensando-se a prova do ato funcional infracional antecedente, tanto em seu elemento objetivo quanto em seu elemento subjetivo. A partir daí, ao se dar o salto presumido de que se considera provado o cometimento do ato infracional resultante, qual seja, o ato de improbidade administrativa de adquirir bens de qualquer natureza de valor desproporcional, na verdade, embute-se uma certa parcela de liberalidade simplificadora. Ao se concluir pelo cometimento de qualquer ilicitude, obviamente deve-se ter a comprovação da subsunção da conduta concreta tanto ao elemento objetivo quanto ao elemento subjetivo do tipo que a define, visto o Direito público punitivo pátrio não tolerar a responsabilização objetiva. O elemento objetivo do segundo e resultante ato infracional, do ato ímprobo de que aqui se trata, é exatamente o previamente provado descompasso patrimonial, restando, portanto, sua comprovação atendida. Já a comprovação do indispensável elemento subjetivo, de ânimo doloso, do ato de enriquecer ilicitamente por meio de aporte patrimonial indevido se constrói e flui de forma tão cristalina, natural, inevitável e inexorável, a partir do meio de prova da presunção legal já operada e a partir também do emprego da prova indireta por indício, que nem se costuma mencioná-la.

A presunção legal relativa aqui já estabelecida coopera na demonstração do ânimo subjetivo do ato ímprobo resultante pois, ao permitir predizer que o ganho patrimonial do servidor advém do uso irregular de seu cargo, por meio do ato funcional infracional antecedente o qual, por mera construção lógica, somente pode se dar mediante ânimo subjetivo doloso, também permite estender que não é plausível o agente iniciar todo um *iter* marcado por consciência e vontade e chegar ao ilícito final, da aquisição patrimonial indevida, mediante elemento subjetivo que também não seja doloso. Diante da absoluta ausência de viabilidade da hipótese de que, no curso de toda sua prática delituosa de crescente gravidade, o agente fragmente seu ânimo subjetivo de doloso para culposo, a presunção legal relativa em tela indica o óbvio dolo na consecução do ilícito resultante.

Ademais, também ratifica o elemento subjetivo doloso do ato ímprobo resultante o emprego da prova indireta por indício, por meio de inferência racional e do conhecimento de mundo do aplicador do Direito. Conforme já exposto em **4.4.1.1.3.c**, sendo qualquer ânimo subjetivo um elemento interno e insondável do agente e não afeto à comprovação direta, sua demonstração comumente se obtém por meio das circunstâncias fáticas objetivas. A inferência racional, enriquecida pelo conhecimento de mundo do operador do Direito, ampara a inafastável certeza de que ninguém enriquece sem ter consciência do tal enriquecimento e sem ter vontade de obtê-lo, ainda mais em se tratando de servidor, cuja remuneração é fixa. E acrescente-se que, nesta espécie de conduta, as circunstâncias fáticas objetivas indicam que o servidor se vale dos subterfúgios de omitir, dissimular, fraudar sua declaração de bens, a fim de ocultar sua verdadeira situação patrimonial, afrontando com deslealdade seu dever de transparência diante da Administração, a que se sabe submetido em razão de ter aderido a um regime especial de sujeição.

A rigor, para se dizer provado o ato infracional resultante, que é o ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de desproporção patrimonial, o certo seria, a cada passagem deste texto, esmiuçar que restam provados tanto seu elemento objetivo (que é o patrimônio injustificado em si e que cuja aquisição a presunção legal relativa permite concluir que configura ato ímprobo) quanto seu elemento subjetivo de ânimo doloso. Só que, na prática, os aplicadores do Direito não se expressam sobre o dolo, certamente por ser este ânimo subjetivo tão peculiarmente intrínseco à conduta ímproba em tela. A espécie de ato de improbidade administrativa de que aqui se trata, de forma absolutamente especial, engloba em seu *iter*, já desde seu nascedouro, indissociavelmente, o elemento subjetivo

doloso cuja demonstração é tão cabal e óbvia que nem se demonstra e que até se permite não mencioná-lo (vez que não existe lógica em cogitar da hipótese de se auferir esta espécie de enriquecimento ilícito mediante mera voluntariedade e nem mesmo mediante ânimo subjetivo apenas culposo). Não se trata de impor inaceitável responsabilização objetiva; apenas se constrói por lógica que o elemento subjetivo doloso é inerente à subsunção da conduta ao elemento objetivo.

Tudo o que acima se expôs acerca da desnecessidade de demonstrar o dolo do ato ímprobo em tela era totalmente pacificado e subentendido ao tempo da redação original do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992. Mas, com a inclusão de uma nova elementar no tipo objetivo que remete à menção ao dolo no *caput* do mesmo art. 9º, o tema do ânimo subjetivo voltará ser abordado adiante, com mais cautela - antecipe-se, para ratificar que não importou em nenhuma alteração no entendimento material e na procedimentalização a respeito do dolo -, ao se apresentarem as três inovações impostas pela Lei nº 14.230, de 2021, na redação daquele inciso.

Fechado o parêntese acerca do dolo, volta-se à inter-relaçao entre a presunção legal relativa e a regra distributiva de ônus probante. A presunção legal relativa estabelece a distribuição do ônus probante, passando a incumbir à parte desfavorecida (no caso, ao acusado) o ônus de trazer a prova em contrário suficiente para superar a construção legal (a prova do aporte patrimonial dissociado do cargo). A parte a quem beneficia a presunção legal relativa (a Administração) desincumbe-se do ônus de provar o fato presumido (a prática de ato funcional infracional antecedente, em seus elementos objetivo e subjetivo, que enseja o recebimento de vantagem patrimonial, configurando o enriquecimento ilícito), não obstante a parte oponente (a defesa) poder diligenciar em contrário, sob pena de assumir os efeitos jurídicos negativos se não o fizer (a submissão à pena de demissão) e, caso o faça, o ônus fica devolvido à parte que originariamente era favorecida pela escolha do legislador ordinário (a Administração). Percebe-se nesta construção a perfeita regra de distribuição estática do ônus probante, que em nada se confunde com a inaceitável inversão do ônus da prova (ou distribuição dinâmica do ônus probante) em instância processual punitiva, como é a processualística disciplinar. Como reflexo, a jurisprudência sempre foi pacífica neste mesmo sentido acima defendido, como demonstram julgados não apenas cristalinos mas também ricos em referências de antecedentes.

> *STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Benedito Gonçalves, Mandado de Segurança nº 20.765/DF, DJe 14/02/2017, Ementa: "1. Mandado de segurança contra ato do Ministro de Estado da Fazenda, que aplicou a pena de demissão a Auditora da Receita Federal, nos termos do 132, IV da Lei n. 8.112/90 combinado com o art. 9º, inciso VII, da Lei 8.429/92, por ostentar patrimônio a descoberto, ou seja, na comparação entre a renda líquida e a variação patrimonial do contribuinte, no ano calendário de 2002.*
> *10. A jurisprudência deste Superior Tribunal é no sentido de que em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito. Precedentes.*
> *12. A improbidade administrativa consistente em o servidor público amealhar patrimônio a descoberto independe da prova de relação direta entre aquilo que é ilicitamente feito pelo servidor no desempenho do cargo e seu patrimônio a descoberto. Espécie de improbidade em que basta que o patrimônio a descoberto tenha sido amealhado em época em que o servidor exercia cargo público. Precedente: MS n. 19782-DF, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 06/04/2016. 13. Segurança denegada."*

STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para o Acórdão Ministro Herman Benjamin, Mandado de Segurança nº 21.708/DF, DJe 11/09/2019, Ementa: "4. Segundo a improbidade prevista no art. 9º, VII, da LIA não se exige que o acréscimo patrimonial injustificado tenha como causa desvio funcional do agente público.
5. O mencionado dispositivo considera improbidade administrativa a conduta genericamente dolosa do agente público de aumentar o patrimônio pessoal sem justificativa legal para tanto, independentemente de sua origem ser por desvio funcional ou qualquer outro tipo de atividade.
6. 'A improbidade administrativa consistente em o servidor público amealhar patrimônio a descoberto independe da prova de relação direta entre aquilo que é ilicitamente feito pelo servidor no desempenho do cargo e seu patrimônio a descoberto. Espécie de improbidade em que basta que o patrimônio a descoberto tenha sido amealhado em época em que o servidor exercia cargo público' (MS 20.765/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 14.2.2017). No mesmo sentido: MS 18.460/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 2.4.2014; MS 21.084/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 1º.12.2016; MS 19.782/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 6.4.2016; AgRg no AREsp 768.394/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13.11.2015; AgRg no REsp 1.400.571/PR, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, DJe 13.10.2015; MS 12.660/DF, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Terceira Seção, DJe 22.8.2014; e MS 12.536/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 26/9/2008.
7. Não há, portanto, no fato típico ímprobo a imposição de que a origem do incremento patrimonial esteja relacionada com desvios no exercício do cargo, o que denota que a hipótese legal considera o simples ato genericamente doloso de ostentar patrimônio incompatível com a renda auferida e não justificado legalmente como ato grave violador do princípio da moralidade administrativa.
8. A compreensão sedimentada no STJ, relativa ao ônus da prova da licitude do incremento patrimonial, é de que, demonstrada pelo Estado-acusador riqueza incompatível com a renda do servidor, a incumbência de provar a fonte legítima do aumento do patrimônio é do acusado, e não da Administração.
9. A jurisprudência deste Superior Tribunal é no sentido de que em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito' (MS 20.765/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 14.2.2017). Com a mesma compreensão: MS 18.460/DF, Rel. Ministro Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 2.4.2014; MS 21.084/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 1º.12.2016; MS 19.782/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 6.4.2016; AgRg no AREsp 548.901/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.2.2016; MS 13.142/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 4.8.2015; MS 12.660/DF, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Terceira Seção, DJe 22.8.2014; e AgRg no AREsp 187.235/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 16.10.2012.
10. Uma vez pavimentada a base jurídica para apreciação do caso, constata-se que o impetrante não apresenta fundamentos contrários à constatação de que o patrimônio é incompatível com a sua renda.

> *15. Com efeito, demonstrado pela autoridade impetrada o incremento patrimonial genericamente doloso do impetrante acima de sua renda como servidor público e não havendo comprovação pelo acusado da origem lícita de tais recursos, está correto o enquadramento no ato infracional como improbidade administrativa (art. 132, IV, da Lei 8.112/1990), conforme tipificado no 9º, VII ('adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público'), da Lei 8.429/1992."*
>
> *STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, Mandado de Segurança nº 19.782/DF, DJe 06/04/2016, Ementa: "1. Trazem os autos mandado de segurança atacando ato do Ministro de Estado da Fazenda consistente na demissão do impetrante do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, com fundamento no art. 132, IV, da Lei 8.112/90, eis que apurado em Processo Administrativo Disciplinar o recebimento de rendimentos em valor incompatível com a sua renda licitamente conhecida, caracterizada pela evolução patrimonial a descoberto nos anos-calendário de 2001 e 2006, nos valores de R$ 88.948,50 (= 29% dos rendimentos conhecidos no ano) e de R$ 21.070,28 (= 14% dos rendimentos conhecidos no ano), respectivamente.*
> *2. Sustenta o impetrante que a demissão é nula em razão da atipicidade da conduta que lhe foi atribuída pela Administração, pois: (i) não há desproporcionalidade na variação patrimonial a descoberto; (ii) não houve aquisição de bens; (iii) não houve dolo; (iv) não foi apontada a existência de ato funcional vinculado à variação patrimonial a descoberto.*
> *3. Em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito. Precedentes.*
> *4. No caso, restou comprovado no âmbito do PAD a existência de variação patrimonial a descoberto (e desproporcional à remuneração do cargo público); e que o indiciado não demonstrou que os recursos questionados tinham origem lícita. Por outro lado, não há falar em atipicidade da conduta atribuída pela Administração porque as variações patrimoniais apontadas não podem ser consideradas irrisórias, a exemplos das que decorrem de mera desorganização fiscal do servidor.*
> *5. Ademais, conforme já decidiu a Terceira Seção no MS 12.536/DF (Min. Laurita Vaz, DJe 26/09/2008), 'a conduta do servidor tida por ímproba não precisa estar, necessária e diretamente, vinculada com o exercício do cargo público'. 6. Segurança denegada, ressalvadas as vias ordinárias."*

Mais que isto, o STJ sedimentou o entendimento acima na Tese nº 14 de seu compilado seus sobre processo disciplinar, a saber, "Jurisprudência em Teses nº 147", com julgados extraídos até 17/04/2020 e que é relevante publicação institucional, ao assentar, na Tese nº 14.

> *STJ, Jurisprudência em Teses nº 147, Tese nº 14: "Em matéria de demissão por enriquecimento ilícito (art. 132, IV, da Lei 8. 112/1990 c/c art. 9º, VII, da Lei 8.429/1992), compete à administração pública comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor no PAD e ao servidor acusado o ônus de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa."*
> *Julgados: MS 21708/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 08/05/2019, DJe 11/09/2019; MS 20765/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira*

Seção, julgado em 08/02/2017, DJe 14/02/2017; MS 21084/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 26/10/2016, DJe 01/12/2016; MS 12660/DF, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Terceira Seção, julgado em 13/08/2014, DJe 22/08/2014.

Tudo o que acima se expôs acerca da presunção legal relativa e da regra distributiva de ônus probante também encontra amparo em julgados exarados já após a sanção da Lei nº 14.230, de 2021, ratificando que esta inovação legislativa não teve o condão de alterar a interpretação que se extrai do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, conforma seguir se reproduz.

STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Herman Benjamin, Mandado de Segurança nº 28.214/DF, DJe 20/06/2022, Ementa: "18. Registre-se que o STJ entende que 'demonstrada pelo Estado-acusador riqueza incompatível com a renda do servidor, a incumbência de provar a fonte legítima do aumento do patrimônio é do acusado, e não da Administração.' (MS 21.708/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para o acórdão Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 11/9/2019). No mesmo sentido: MS 21.084/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 1/12/2016."

STJ, Segunda Turma, Ministro Relator Herman Benjamin, Recurso Especial nº 1.923.138/RJ, DJe 19/12/2022, Ementa: "4. Evolução patrimonial a descoberto, manifestada por bens materiais, despesas ou estilo de vida incompatíveis com rendimentos efetivamente recebidos, independe de alegação ou prova pelo Estado de conduta ilícita do servidor público. Ao revés, incumbe a este o ônus de cabalmente justificar a origem e a legitimidade do capital ou meios exibidos. Precedentes do STJ.
5. Vale destacar que a nova redação do art. 9º, VII, da Lei 8.429/1992, conferida pela Lei 14.230/2021 - em que pese inaplicável ao caso presente ante os limites do quanto decidido pelo STF no Tema 1.199 (irretroatividade do novo regime, salvo em relação às ações em andamento atinentes aos tipos culposos extintos) -, reforça o entendimento jurisprudencial supra-apontado, porque o próprio dispositivo ressalva que será 'assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução'."

STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Gurgel de Faria, Agravo Interno no Mandado de Segurança nº 26.385/DF, DJe 31/01/2023, Ementa: "8. Inexiste a necessidade de que a conduta do servidor tida por ímproba esteja necessariamente vinculada com o exercício do cargo público."

Cabe neste ponto abrir um parêntese para buscar o reforço histórico em manifestações de fontes relevantes acerca da construção, da interpretação e da aplicação da definição material do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, sobre a presunção legal relativa e a divisão estática de ônus probante entre a Administração e a defesa. O entendimento aqui exposto remonta já desde a época em que a Administração empregava apenas o método tradicional da detecção indireta de VPD, conforme já havia sido a manifestação da AGU, no Despacho do Advogado-Geral da União, de 09/05/06, aprovando o Despacho do Consultor-Geral da União nº 361/2006, após provocação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), vinculante no âmbito do Ministério da Fazenda (MF).

Despacho do Advogado-Geral da União, de 09/05/06: "6. Em outros termos, a lei não estabelece aí uma presunção de culpa mas uma presunção de fato, supondo verdadeiro que a aquisição de bens de valor incompatível com a evolução do patrimônio ou da renda do servidor é uma aquisição de bens de valor desproporcional, e essa presunção prevalece até que o servidor demonstre que esse fato não é verdadeiro. Por certo, não há aí nem presunção inconstitucional de culpa nem inversão do ônus da prova, já que a administração (se também valem tais princípios no processo administrativo) fez a prova da desproporção pela demonstração do valor dos bens adquiridos e da

> *evolução do patrimônio ou da renda do servidor. A atribuição definitiva da responsabilidade por ato de improbidade ou a aplicação da penalidade disciplinar, mesmo à base dessa presunção de fato, no entanto, não prescinde da oportunidade de defesa em que o servidor poderá desfazer a presunção de fato com as provas de que dispuser. Mas este é um ônus do servidor, não da administração."*

Tendo a PGFN submetido a matéria novamente a exame da AGU, por entender que a primeira manifestação continha discrepâncias, este órgão exarou o Despacho do Advogado-Geral da União, de 14/09/06, aprovando o Despacho do Consultor-Geral da União nº 616/2006, ratificando o entendimento supra.

> *Despacho do Advogado-Geral da União, de 14/09/06: "3. Em outros termos, se há prova da evolução da renda do patrimônio do servidor e a do valor da aquisição do bem e daí resultar desproporção, há presunção de fato da desproporção, cuja prova então não depende mais de iniciativa da Administração. Quer dizer, a desproporção prova o tipo material da improbidade, podendo no entanto o interessado desfazer a presunção desse fato pela justificação da desproporção. Aliás, não se cuida de inversão do ônus da prova até porque cabe ao servidor, logicamente, demonstrar a compatibilidade de sua renda e patrimônio com a aquisição de bem de valor desproporcional, em face do regime disposto no art. 13 e §§ da Lei n° 8.429/92, que disciplina a apresentação ordinária de declaração de bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, seu e da sua família, e que deve ser atualizada anualmente, constituindo infração grave recusar-se a fazê-lo. Assim, nestas circunstâncias, a desproporção constitui presunção natural produzida pelo próprio servidor, a quem cabe a obrigação funcional de, desde logo, declará-la justificadamente ou, quando instado, demonstrá-la."*

Refletindo o posicionamento da AGU, por fim, a PGFN assim passou a se posicionar na mesma linha, no emblemático, histórico e até hoje pertinente Parecer PGFN/CDI nº 1.986/2006 (o primeiro a ser emitido sobre o tema pelo órgão de assessoramento ministerial), em consonância também com a doutrina, inclusive da Controladoria-Geral da União (CGU). Este Parecer, além da qualidade de seu ineditismo, alcançou a perenidade ao servir como paradigma orientador dos critérios diferenciadores desta espécie de ato ímprobo de casos de mera desorganização fiscal ou contábil, a fim de evitar demissões injustas ou temerárias.

> *Parecer PGFN/CDI nº 1.986/2006: "14. Embora a incompatibilidade entre renda auferida e patrimônio deva partir de cálculos aritméticos, a caracterização da infração em questão não pode prescindir de um juízo de proporcionalidade sobre essa discrepância.*
> *15. Com efeito, não se pode admitir incluídos no dispositivo legal condutas que, por sua inexpressividade, estejam a indicar meras desorganizações fiscais, simples questões compreendidas na relação entre fisco e contribuinte.*
> *16. A própria Lei Federal n° 8.429, de 1992, diploma no qual a Administração tem buscado os conceitos que complementam o art. 132, inciso IV, do seu Estatuto Disciplinar, ao tipificar como ato de improbidade a evolução patrimonial incompatível com a renda, agrupa-a entre aqueles atos que 'importam enriquecimento ilícito' (art. 9º).*
> *17. Assim, se esse ato de improbidade importa enriquecimento ilícito do servidor, percebe-se que não é qualquer incompatibilidade que está compreendida no conceito, mas somente aquela que se apresenta significativa, realmente desproporcional.*
> *22. Conclui-se o seguinte:*
> *- tratando-se de uma incompatibilidade significativa entre a renda auferida e o patrimônio do servidor, caso este não comprove a aquisição lícita, fica aperfeiçoada a infração disciplinar de ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 132, inciso IV, da Lei nº 8.112, de 1990, combinado com o art.*

9°, inciso VII, da Lei Federal n° 8.429, de 1992;
- tratando-se, diferentemente, de uma incompatibilidade irrelevante, menor, indicativa de mera desorganização fiscal do servidor, ou de outra circunstância que elida a desonestidade própria dos atos de improbidade, resolve-se a questão, para fins disciplinares da Lei nº 8.112, de 1990, na atipicidade material da conduta."

"A lei presume a inidoneidade do agente público que adquire bens ou valores incompatíveis com a normalidade do seu padrão de vencimentos, bastando provar que exercia função pública e que os bens e valores (mobiliários ou imobiliários) adquiridos são incompatíveis ou desproporcionais à evolução de seu patrimônio ou renda. A lei também censura os sinais exteriores de riqueza e a obtenção de bens ou valores para outrem e pune igualmente artifícios empregados para dissimilar o enriquecimento ilícito, de modo que atinge a aquisição direta ou indireta (simulação, triangulação, utilização de esquema de lavagem de dinheiro, de testas-de-ferro, membros da família etc.). (...)
(...) Se este [enriquecimento ilícito] decorreu de algum ato ou de abstenção do agente público tratar-se-á de outra modalidade do art. 9º que não a do inciso VII, que é residual. Basta apenas a prova de que a variação patrimonial é incompatível com sua disponibilidade financeira e que ele exerce ou exerceu alguma função pública. A lei presume a inidoneidade daquele que percebe seus vencimentos e tem bens ou valores absolutamente incompatíveis e desproporcionais, considerando ilícito esse enriquecimento, porque foi conseguido no exercício de função pública. (...)
A grande vantagem do art. 9º, VII, é que ele é norma residual para a punição do enriquecimento ilícito no exercício de função pública. De fato, se não se prova a prática ou a abstenção de qualquer ato de ofício do agente público que enriqueceu ilicitamente, satisfaz o ideário da repressão à moralidade administrativa provar que seu patrimônio tem origem inidônea, incompatível, desproporcional (...)." Wallace Paiva Martins Júnior "Probidade Administrativa", pgs. 195 e 198, Editora Saraiva, 1ª edição, 2001

"O enriquecimento é ilícito a partir de uma inequívoca presunção do legislador. Quem tem uma fonte de renda pública, exclusivamente esta, não pode ostentar evolução patrimonial incompatível, desproporcional, antagônica à realidade de seus rendimentos. Assim, (...), cabe ao promovente da ação civil pública, com base no art. 9º, VII, da Lei 8.429/92, comprovar, apenas, que o aumento patrimonial do réu é incompatível, de modo desproporcional e gritante, com as receitas que auferiu e que o réu é ou foi agente público ao tempo da evolução patrimonial indevida, após esgotados os meios para que o sujeito esclarecer as discrepâncias no campo investigatório (...)." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pg. 510, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005

"18. Com efeito, o patrimônio desproporcional não pode ser considerado sinal de locupletamento ilícito insuscetível de prova em contrário, embora permita uma presunção legal. Infere-se que os bens desproporcionais à renda ou à normal evolução patrimonial do agente público, adquiridos no exercício do cargo, representam auferimento de vantagem indevida em razão desse exercício (caput do art. 9º) e, portanto, configuram ato de improbidade. Claro que ao servidor sempre será possível comprovar a legitimidade do acréscimo patrimonial, como uma herança, ou um prêmio, ou uma atividade lícita fora dos horários de expediente. 19. Por certo, a lei previu esse caso porque é da experiência comum, da observação do que normalmente acontece, que quem exerce uma função pública e enriquece de forma desproporcional aos seus ganhos (sobretudo se em tempo integral e com dedicação exclusiva), muito provavelmente o faz por meios ilícitos. Além disso, sabe-se que de ordinário é difícil, senão impossível, detectar o 'fato antecedente', gerador do

> *enriquecimento ilícito." Rafael Ramalho Dubeux, "Enriquecimento Ilícito de Servidor e a Lei de Improbidade Administrativa", disponível em: https://pt.scribd.com/document/360476758/Enriquecimento-Ilicito-Rafael*
>
> *"No apuratório disciplinar, caberá à Administração comprovar a aquisição de bens desproporcional aos rendimentos e à evolução patrimonial do agente, no exercício da função pública, para que fique caracterizada presunção relativa de veracidade do quanto constatado. Isto é, sendo atestado pela administração que houve aquisição de bens além do suportado pelos rendimentos legalmente declarados, constitui-se presunção juris tantum (relativa) contra o investigado, que poderá produzir elementos de prova em sentido contrário. Patenteado pela administração o fato previsto na norma, presume-se ocorrido, competindo ao agente demonstrar sua não conformação.*
> *Como já colocado, a prévia constatação de patrimônio desproporcional do agente não pode ser considerada sinal de locupletamento ilícito insuscetível de prova em contrário, apesar de configurada a presunção legal. Isto porque esta presunção a favor da Administração não é absoluta, admitindo contraprova. Cabe ao investigado demonstrar que sua evolução patrimonial foi lícita e dissociada de atividades afetas a suas funções públicas. Acaso devidamente atestada a aquisição dos bens por meios desvinculados às funções públicas, restará afastada a conduta insculpidano art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92, sendo considerada atípica para finsdisciplinares.", Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 317, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Não obstante estas resgatadas manifestações administrativas da AGU e da PGFN terem se dado na época em que ainda amadureciam no Poder Executivo federal a segurança jurídica e a expertise de processar servidor por enriquecimento ilícito, ao contrário do que leitura enviesada e parcial pudesse tentar interpretar, este decurso de tempo, em lugar de enfraquecer a certeza que os Despachos, o Parecer e até mesmo os ensinamentos doutrinários permanecem hígidos, justamente fortalece esta convicção. A uma porque não se tem jamais notícia de que os entendimentos daquelas fontes sequer minimamente mudaram e menos ainda retrocederam no tema, nem mesmo após a sanção da nefasta Lei nº 14.230, de 2021. A duas porque a AGU, a PGFN, a jurisprudência e os doutrinadores refletiram, já desde aquele momento, a repulsa social frente à materialidade do enriquecimento ilícito decorrente de desproporção patrimonial, sem se ater a metodologias - ou seja, mesmo que a Administração, ao longo do tempo, tenha adotado outras instrumentalidades - como de fato adotou, sempre no sentido do aprimoramento procedimental. Sendo crescente na sociedade e no ordenamento jurídico a intolerância com a ostentação patrimonial descabida, aqueles arrazoados se amoldam - e cada vez mais - com perfeição também quando a Administração aprimora, de forma célere e segura, a detecção do enriquecimento ilícito decorrente de desproporção patrimonial.

Tanto é verdade que, a exemplo do que já se fez acima, trazendo julgados posteriores à sanção da Lei nº 14.230, de 2021, também podem ser citadas manifestações da PGFN que igualmente ratificam que a inovação legislativa não teve o condão de alterar a interpretação que se extrai do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, conforme seguir se reproduz passagem do Parecer PGFN/Coged nº 2.468/2023.

> *Parecer PGFN/Coged nº 2.468/2023/MF: "114. Esses dispositivos [art. 13, caput e § 3º da Lei nº 8.429, de 1992 e art. 1º, caput, art. 2°, caput, §§ 5º e 7º e art. 3º da Lei nº 8.730, de 10de novembro de 1993] não deixam dúvida sobre o ônus do servidor de indicar a origem da variação patrimonial a descoberto. Eles reforçam a tese da corrente dominante na doutrina e na jurisprudência, segundo a qual o enriquecimento ilícito tipificado no art. 9º, VII, da Lei de*

Improbidade não implica em inversão do ônus da prova, mas em distribuição equitativa desse ônus com amparo legal. É o que sustentam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:
'Compete ao autor o ônus de provar a aquisição de bens de valor desproporcional à renda do agente, sendo este o fato indicante; o fato indicado, por sua vez, é o enriquecimento ilícito, o qual é desdobramento lógico daquele. A evolução patrimonial dos agentes públicos, consoante o art. 13 da Lei nº 8.429/1992, é objeto de rigoroso controle, o que reforça a assertiva de que rendimentos percebidos e bens adquiridos devem evolver de forma correlata, sendo indício veemente de enriquecimento ilícito e, ipso fato, de improbidade, a dissonância existente entre a evolução patrimonial do agente e a contraprestação que lhe fora paga pelo Poder Público pelos serviços prestados. Em casos tais, será flagrante que o ímprobo auferiu vantagens indevidas em razão de sua condição de agente público, o que, por si só, infringe a moralidade administrativa.
Não há que se falar em inversão do ônus da prova, restando ao agente público demandado, unicamente, o ônus de provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos da pretensão do autor, o que deflui da própria sistemática vigente (art. 333, II, do CPC). Essa conclusão é
robustecida pelo disposto no art. 2º, § 5º, da Lei nº 8.730/1993, segundo o qual, relacionados os bens, direitos e obrigações, o declarante apurará a variação patrimonial ocorrida no período, indicando a origem dos recursos que hajam propiciado o eventual acréscimo. (Garcia, Emerson; Alves, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 327)'
115. O que o tipo infracional traz não é uma presunção sobre a ilicitude das receitas e bens sem origem declarada. A ilicitude, nesse caso, decorre da violação ao dever de transparência, ou seja, variação patrimonial obscura, sem fonte lícita conhecida, é, por si só, ilegal, posto que ofensiva aos deveres previstos no art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992 e no art. 1º da Lei nº 8.730, de 1993.
116. A variação patrimonial a descoberto, por sua vez, deve ser provada pela Administração mediante o cotejo das fontes de renda conhecidas com o patrimônio do servidor, tenham sido eles declarados ou desvelados pela Administração. A presunção, por seu turno, recai apenas sobre o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o exercício do cargo. Descumprido o ônus legal de provar a origem lícita da variação patrimonial a descoberto, presume-se que o enriquecimento tenha se dado em razão do cargo.
117. A atribuição do ônus probatório da licitude da variação patrimonial ao servidor atende ao princípio da justa distribuição dos encargos no processo, corolário do princípio da paridade de armas, haja vista a excessiva dificuldade da Administração de provar a prática de ato ilícito, frente à facilidade do servidor de reunir provas da licitude do acréscimo patrimonial.
134. Entender de modo diverso, no sentido de que seria necessária a comprovação de uma determinada e específica conduta praticada no exercício da função pública que tenha dado ensejo ao enriquecimento seria inconstitucional, pois dificultaria a comprovação da prática do ilícito, o que violaria diversos dispositivos constitucionais e acentuaria a progressiva deterioração do microssistema normativo de proteção à Administração Pública, provocando um retrocesso na realização dos princípios constitucionais previstos no art. 37 da Constituição Federal de 1988.
135. Com efeito, o entendimento esposado pelo Requerente, o que se admite apenas a título de argumentação jurídica, a) viola frontalmente o princípio da proporcionalidade, o qual, ao mesmo tempo que veda o excesso não permite a adoção de medidas insuficientes para a proteção do patrimônio público ou de medidas que caracterizem um retrocesso; bem como b) representa verdadeiro retrocesso aos sistemas de controle e proteção da moralidade administrativa."

Além do amparo resgatado nas manifestações precedentes da lavra da AGU, da PGFN, da jurisprudência e da doutrina, some-se que a desnecessidade da comprovação, por parte da Administração, do ato funcional infracional antecedente e a regra distributiva do ônus probante que impõe ao servidor a prova da origem da vantagem patrimonial dissociada do cargo recebem mais um relevantíssimo reforço, tornando-as definitivamente incontestáveis, ao se trazer à tona a interpretação sistemática do ordenamento, em conjunto com o contexto em que se situa a questão. Tal interpretação reflete tendência internacional, conforme se vê nas definições de enriquecimento ilícito adotadas em dois acordos internacionais, já mencionados em **4.7.4.4.2.d**.

Antes, consigne-se que não se tem dúvida de que a corrupção, no sentido lato do termo, viola a noção do que doutrinariamente se denomina direitos humanos, posto que mina a capacidade estatal de suprir diversos direitos e garantias fundamentais individuais. E uma vez que este conceito doutrinário extrapola limites nacionais, o controle da probidade administrativa (e mais especificamente da conformidade patrimonial) no mundo globalizado, longe de ser uma exclusividade doméstica, crescentemente se torna uma prioridade transnacional, a se ver pelas convenções internacionais celebradas sobre o tema, as quais, ao fim e a cabo, visam a proteger os direitos humanos.

Neste contexto, se destacam a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, promulgadas no Brasil pelos respectivos Decretos nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, e 5.687, de 31 de janeiro de 2006 - sendo, portanto, admitidas no ordenamento nacional com força supralegal, vez que sua temática, a corrupção, viola direitos humanos. Ambas Convenções estabelecem que os países signatários tipificarão em sua legislação, como delito, o acréscimo patrimonial do servidor em relação à sua renda, que não possa ser razoavelmente justificado por ele.

> *Convenção Interamericana contra a Corrupção - Promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 2002 - Art. IX. Enriquecimento ilícito. Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente.*
>
> *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - Promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 2006 - Art. 20. Enriquecimento ilícito. Com sujeição a sua Constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativo aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.*
> *(**Nota**: O Supremo Tribunal Federal vaticinou, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP, que tratados, acordos ou convenções internacionais que tratem de direitos humanos, após promulgados por decreto presidencial, ingressam "no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna".)*

Importante que, em acréscimo à definição insculpida no inciso VII do art. 9° da Lei n° 8.429, de 1992, as Convenções acima mencionadas adotaram conceituação do enriquecimento ilícito balizada pela noção de aumento significativo do patrimônio em relação aos recursos de origens legítimas para os quais o agente não apresente uma justificativa razoável. Há aqui o reflexo do já mencionado Parecer PGFN/CDI n° 1.986/2016, contrapondo, de um lado, o vulto do acréscimo patrimonial, a fim de poder ser chamado de enriquecimento, e, de outro

lado, a ausência de qualquer justificativa minimamente plausível e razoável (como, por exemplo, figuraria a confusão fiscal).

A CNPAD/CGU/AGU também acrescentou em seu Parecer nº 1/2022/CNPAD/CGU/AGU o valor de conformação e de cunho programático que convenções internacionais assumem no ordenamento interno, ao compromissarem o legislador ordinário a atendê-las em lei e ao condicionarem a atuação da Administração e a interpretação de lei pela Administração e pelo Poder Judiciário (ainda que seu texto em si não seja imperativo).

> *Parecer nº 1/2022/CNPAD/CGU/AGU: "93. Por tudo quanto exposto, pode-se*
> *Parecer nº 1/2022/CNPAD/CGU/AGU: "93. Por tudo quanto exposto, pode-se afirmar que afirmar que:*
> *i. Permanece válido o entendimento jurisprudencial consolidado segundo o qual, em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração. Tal entendimento é amparado na presunção legal de ilicitude do patrimônio a descoberto apurado pela Administração (art. 2º, § 5º, da Lei nº 8.730, de 1993) e na distribuição equitativa do ônus probatório (art. 373 e no art. 374, IV, do CPC);*
> *j. Entendimento contrário violaria o princípio da proporcionalidade, o qual, além de vedar o excesso, não permite a adoção de medidas insuficientes para a proteção dos direitos fundamentais. Também configuraria retrocesso em matéria de combate à corrupção e afronta aos tratados internacionais sobre combate à corrupção ratificados pela República Federativa do Brasil;"*

Cabe sintetizar e reforçar todo o entendimento até aqui exposto acerca da inter-relação que envolve a regra de ônus probante e a presunção legal relativa da configuração fática do ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de inconsistência patrimonial fazendo longa e didática reprodução do Parecer nº 1/2022/CNPAD/CGU/AGU, com citação doutrinária, e de parte do Despacho nº 164/2022/Decor/CGU/AGU, a se somar a duas manifestações da PGFN e a uma manifestação da CGU, exaradas já após as alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 2021, respectivamente em seus Parecer PGFN/Coged nº 1.077/2023 e 6.586/2022/ME e em sua Nota Técnica nº 486/2022/CGUNE/CRG.

> *Parecer nº 1/2022/CNPAD/CGU/AGU: "33. Como visto acima, o art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, não é o mesmo ilícito previsto no art. 9º, inciso VII. Todavia, o art. 13, §3º, da Lei nº 8.429, de 1992, e o art. 2º, §5º, da Lei nº 8.730, de 1993, não deixavam margem de dúvida sobre o ônus do servidor de indicar a origem dos recursos que sustentam sua evolução patrimonial, mesmo antes da Lei nº 14.230, de 2021. Eles reforçam a corrente dominante na doutrina e na jurisprudência, segundo a qual o enriquecimento ilícito tipificado no art. 9º, VII, da Lei de Improbidade não implica em inversão do ônus da prova, mas em distribuição equitativa desse ônus, com amparo legal. É o que sustentam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:*
> *'Compete ao autor o ônus de provar a aquisição de bens de valor desproporcional à renda do agente, sendo este o fato indicante; o fato indicado, por sua vez, é o enriquecimento ilícito, o qual é desdobramento lógico daquele. A evolução patrimonial dos agentes públicos, consoante o art. 13 da Lei nº 8.429/1992, é objeto de rigoroso controle, o que reforça a assertiva de que rendimentos percebidos e bens adquiridos devem evolver de forma correlata, sendo indício veemente de enriquecimento ilícito e, ipso fato, de improbidade, a dissonância existente entre a evolução patrimonial do agente e a contraprestação que lhe fora paga pelo Poder Público pelos serviços prestados. Em casos tais, será flagrante que o ímprobo auferiu vantagens indevidas em*

razão de sua condição de agente público, o que, por si só, infringe a moralidade administrativa.
Não há que se falar em inversão do ônus da prova, restando ao agente público demandado, unicamente, o ônus de provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos da pretensão do autor, o que deflui da própria sistemática vigente (art. 333, II, do CPC). Essa conclusão é robustecida pelo disposto no art. 2º, § 5º, da Lei nº 8.730/1993, segundo o qual, "relacionados os bens, direitos e obrigações, o declarante apurará a variação patrimonial ocorrida no período, indicando a origem dos recursos que hajam propiciado o eventual acréscimo". (Garcia, Emerson; Alves, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 327)'
34. O que se extrai da interpretação sistemática das Leis nº 8.429, de 1992, e nº 8.730, de 1993, é a justa distribuição do ônus probatório. Enquanto a primeira parte do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, atribui à Administração o ônus de provar o patrimônio a descoberto durante o exercício do cargo, o art. 2º, §5º, da Lei nº 8.730, de 1993, cumulado com a parte final do inciso VII, do art. 9º, da Lei nº 8.429, de 1992, impõe ao servidor o ônus de provar a origem lícita da variação patrimonial. Outorga-se, assim, ao servidor uma segunda chance de cumprir o dever de transparência imposto pelo art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, e pelo art. 1º da Lei nº 8.730, de 1992, do qual não se desincumbiu a tempo e modo.
35. A ilicitude do enriquecimento, portanto, decorre da violação ao dever de conformidade patrimonial que lhe é imposto pela relação de especial sujeição. Essa violação ocorre com o fim específico de aumentar desproporcionalmente o seu patrimônio (ou ter uma variação substancial) frente às suas fontes conhecidas e legítimas de renda. Assim, o agente realiza de forma consciente e livre conduta também contrária ao dever de legalidade, consubstanciada na falta de transparência da evolução patrimonial e da movimentação financeira, bem como da conformidade de sua renda com aqueles.
36. Os bens desproporcionais à renda ou à normal evolução patrimonial do agente público, adquiridos no exercício do cargo, presumem-se decorrentes de vantagem indevida em razão do cargo e, portanto, configuram ato de improbidade. Mas se trata de presunção relativa, sendo possível ao servidor comprovar a licitude dessa evolução. Vale enfatizar que o legislador disciplinou essa hipótese porque é da experiência comum que quem exerce uma função pública e enriquece de forma desproporcional aos seus ganhos (sobretudo se em tempo integral e com dedicação exclusiva), muito provavelmente o faz por meios ilícitos. Outrossim, sabe-se que é difícil, senão impossível, no âmbito do processo administrativo disciplinar, detectar o "fato antecedente", gerador do enriquecimento ilícito.
37. Esse patrimônio a descoberto, por sua vez, deve ser provado pela Administração mediante o cotejo das fontes de renda conhecidas com o patrimônio do servidor, tenham sido eles declarados ou desvelados pela Administração. Desse ônus probatório jamais se furtou a Administração, tendo, inclusive, regulamentado o procedimento de análise e sindicância patrimonial sobre tal premissa. É o que já se inferia do revogado Decreto nº 5.483, de 30 de junho de 2005, e se infere dos vigentes arts. 11 a 14 do Decreto nº 10.571, de 9 de dezembro de 2020. Também cumpre à Administração provar que o enriquecimento ocorreu ao tempo da ocupação do cargo pelo servidor.
38. Assim, em matéria de enriquecimento ilícito, a questão probatória assume contornos específicos que tornam ainda mais rigorosa a apuração dos fatos, eis que: 1º) Cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor, ao tempo da ocupação do cargo pelo servidor, e verificar se esse acréscimo tem lastro em outros rendimentos lícitos e conhecidos; 2º) Caso não se identifique uma causa válida, presume-se ilícito o acréscimo patrimonial incompatível; 3º) Cabe ao servidor, então, apresentar justificante que exclua a ilicitude do

enriquecimento; 4º) Se o servidor não apresentar excludentes, confirma-se a presunção legal. Contudo, se ele as apresenta, cabe à Administração avaliar a veracidade das explicações, para aceitá-las ou afastá-las, fundamentadamente, de acordo com a prova constante dos autos."

Despacho nº 164/2022/Decor/CGU/AGU: "5. Para fins de caracterização da infração disciplinar de improbidade administrativa de enriquecimento ilícito de que cuida o art. 132, inciso IV, da Lei n. 8.112, de 1990, combinado com o art. 9º, inciso VII, da Lei n. 8.429, de 1992, desnecessário se faz demonstrar eventual ilícito antecedente, ou seja, dispensada está a comprovação de um específico ato comissivo ou omissivo de desvio funcional que porventura tenha ensejado a aquisição, para si ou para outrem, de bens de qualquer natureza, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; uma vez que na espécie, para fins de enquadramento como infração disciplinar de improbidade, é bastante e suficiente a falta de conformidade patrimonial e de transparência do servidor, que corresponde à variação substancial (e não insignificante) dos seus bens e movimentações financeiras no curso do exercício do cargo e sem demonstração de idônea razão."

Parecer PGFN/Coged nº 1.077/2023: "106. No caso do inciso VII do art. 9º, a presunção de relação com o cargo gerada pela evolução patrimonial não justificada constitui o âmago da norma e se ampara na constatação pragmática de que o rastro do dinheiro aponta o ato de corrupção. Essa solução, resumida na expressão inglesa 'follow the money', foi incorporada ao ordenamento internacional, que passou a ordenar a tipificação do enriquecimento ilícito, independente de prova do ato de corrupção. Conforme já mencionado alhures, assim dispõem o art. IX da Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002, e o art. 20 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006:(...)
107. Foi atendendo ao mandamento convencional que a Lei de Improbidade Administrativa tipificou o enriquecimento por variação patrimonial que não possa o servidor justificar razoavelmente. Perceba-se que ambos os textos atribuem ao servidor o dever de justificar o acréscimo patrimonial incompatível com seus rendimentos.
108. Ademais, não se pode olvidar que a probidade administrativa constitui direito fundamental, o que se infere da adoção do Regime Republicano por nossa Constituição (art. 1º, caput, c/c art. 5º, §2º, da CR/88), como aponta a doutrina de Roberto Lima Santos:
'a perspectiva da dogmática constitucional, a existência de um 'direito fundamental à probidade administrativa' pode ser extraída da 'cláusula de abertura' do art. 5º, § 2º, da CF, segundo a qual os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (...)
Noutra quadra, considerando que a tutela internacional da probidade insere-se 'no contemporâneo rol dos direitos humanos internacionalmente protegidos, como o direito a uma administração proba ou o chamado good governance' (RAMOS, 2002, p. 10), toda essa normativa internacional vai impactar o ordenamento jurídico brasileiro de uma maneira peculiar, pois tais convenções de combate à corrupção, na medida em que estão inseridas na seara do Direito Internacional dos Direitos Humanos, devem ser compreendidas como tratados internacionais de direitos humanos. (...) (Ramos, 2002, p. 30)'.
109. Em se tratando de direito fundamental, as normas internacionais que versam sobrecombate à corrupção ganham status supralegal, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Como efeito prático decorrem a submissão do legislador ordinário aos preceitos internacionais e a vedação ao retrocesso.

110. Em suma, as convenções contra a corrupção da OEA e da ONU não só condicionam a interpretação do art. 9º, VII, da Lei de Improbidade, acolhendo a presunção de relação da evolução patrimonial não explicada com o exercício do cargo, como impedem o retrocesso nessa matéria.
111. Entendimento contrário violaria o princípio da proporcionalidade, o qual, além de vedar o excesso, não permite a adoção de medidas insuficientes para a proteção dos direitos fundamentais. Exigir da Administração prova de que o enriquecimento ilícito decorra do exercício do cargo ou de um fato específico antecedente representa verdadeiro retrocesso aos sistemas de controle e proteção da moralidade administrativa. Com efeito, dada a evolução cotidiana de sofisticadas técnicas de fraudes de difícil constatação, os instrumentos, inclusive legais, de combate à corrupção não podem retroceder."

Parecer PGFN/Coged nº 6.586/2022/ME: "153. Com as alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, cabe ao órgão acusador o ônus de demonstrar o aumento desproporcional da renda e do patrimônio do servidor; a omissão do servidor de apresentar justificativas pertinentes; e circunstâncias que denotem o dolo. Em contrapartida, cabe ao servidor fazer prova a afastar a ilicitude de seu incremento de renda ou do aumento desproporcional de seu patrimônio. Cabe à Administração provar a materialidade do fato e sua autoria, não se lhe impondo o ônus de demonstrar, por exemplo, a prática de atividades lícitas irrastreáveis, a inexistência de excludente de ilicitude ou de culpabilidade. O ônus da prova de rendimentos lícitos ou dessas excludentes recai sobre a defesa.
154. O ente público buscará informações sobre todas as atividades e negócios efetuados por ele e, diante de fatos concretos não explicados, dará ao servidor o direito de demonstrar a licitude de suas atividades. Não fosse assim, seria atribuída à Administração a obrigação de produzir provas diabólicas, que não estão ao seu alcance, e seria malferido o princípio da paridade de armas, que rege o processo administrativo disciplinar. O devido processo legal, no tipo infracional 'enriquecimento ilícito', implica que, uma vez levantado um conjunto de provas sobre atos de incremento patrimonial sem as correspondentes receitas e indícios de ocultação, forma-se a presunção infracional, voltando-se ao acusado a obrigação de fazer contraprova, sem que isso resulte malferir o princípio da presunção de inocência.

Nota Técnica nº 486/2022/CGUNE/CRG: "5. Conclusão:
5.1. Diante do exposto, à vista da alteração promovida na redação do inciso VII do artigo 9º da LIA pela Lei nº 14.230/2021, conclui-se, sem a intenção de interpretação jurídica do dispositivo, pela manutenção do entendimento de que, nos casos de atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito pelo agente público, cabe tão somente à Administração o ônus de demonstrar a incompatibilidade da evolução do patrimônio ou renda do agente público, sem a necessidade de evidenciar o nexo causal entre a conduta responsável pelo acréscimo desproporcional e o exercício do cargo público para a configuração do ato de improbidade.
5.2. Logo, o ônus de comprovação da licitude da evolução patrimonial constatada, bem como da ausência de vínculo da conduta com o exercício do cargo público, recai sobre o agente público."

Fechado o parêntese com o reforço dos entendimentos externados pela AGU, CNPAD/CGU/AGU, PGFN, CGU, jurisprudência e doutrina e da visão conglobante do ordenamento enriquecido por convenções internacionais, de forma mais detalhada e concreta, é certo afirmar que, bastando à comissão de inquérito a comprovação da aquisição de bem(ns) ou da realização de despesa(s) sem origem que a(s) justifique ou a comprovação da existência de depósito(s) bancário(s) de origem não comprovada ou ainda, mais residualmente, a comprovação por meio exaustivo e pormenorizado em planilhas temporais da desproporcionalidade patrimonial em determinado período em relação a todas as origens

conhecidas, sempre em valor relevante, exsurge a presunção legal relativa e afastável de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de descalabro patrimonial. A partir deste ponto, passa a caber ao servidor apresentar a contraprova de que o suposto descompasso patrimonial decorreu de sua renda legítima ou da alienação de outros bens que integravam seu patrimônio ou ainda de qualquer outra origem que se demonstre dissociada do exercício do cargo, a fim de afastar a presunção e, por conseguinte, o enquadramento administrativo. Em outras palavras, se, por um lado, não se exige da Administração a comprovação de que a(s) aquisição(ões) ou a(s) despesa(s) sem origem que a(s) justifique ou o(s) depósito(s) bancário(s) de origem não comprovada ou a VPD pormenorizadamente calculada decorreu(ram) de ato funcional infracional antecedente associado ao cargo, por outro lado, não se cogita de presunção absoluta e inafastável (jure et de jure) do ato de improbidade administrativa, aceitando-se justificativa amparada em provas por parte do servidor.

Como o tema em tela, atinente à hipótese de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de desproporção patrimonial, pode se desdobrar e se ramificar em diversas possibilidades de profundas discussões jurídicas, reconhece-se que, ao longo da explanação, por vezes, parece se perder de vista o fato concreto e real, que é de a Administração já ter comprovado objetivamente que seu agente ostenta um padrão patrimonial completamente fora do razoável e do esperado. Como o Direito jamais deve se dissociar do contexto social em que se insere, é útil que se tente trazer o debate jurídico para próximo do mundo real, a fim de que o aplicador do Direito não perca de vista o problema concreto para o qual está buscando ferramentas jurídicas de boa solução. Nesta necessária reaproximação com a demanda advinda do mundo real, cabe relembrar o quadro fático: se a Administração já considerou todas as fontes conhecidas de recursos que o servidor possui (seja apenas a remuneração de seu cargo, seja a soma desta com outras origens comprovadamente dissociadas de seu múnus público) e há objetivamente o fato indicador da inconsistência patrimonial, a ausência de novas fontes conduz à presunção legal relativa, como meio de prova juridicamente válido, de cometimento de ato de improbidade administrativa, como fato indicado.

Veja-se que esta construção jurídica é perfeita, posto que se amolda à mesma visão comum e leiga que qualquer homem médio faria para o caso, ainda mais se resgatando que o tipo de ato funcional infracional antecedente no contexto em tela se caracteriza pela ocultação, pela dissimulação, pelo subterfúgio. Diante do reconhecimento, de parte do Direito, de que a conduta humana *in casu*, concretizada por meio de negociatas escusas, é de comprovação fática praticamente impossível, é de clareza cristalina a razão pela qual o inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, constroi a presunção legal relativa que incide sobre o resultado ostentado daquela prática clandestina, ardilosa e sub-reptícia. Contrariaria todo bom senso e toda base principiológica reitora do agir público que o ordenamento exigisse que, metaforicamente, a Administração trouxesse à luz do Sol atos funcionais que somente se dão na penumbra e na calada inconfessa da noite. À margem de construções jurídicas aprofundadas, é de ser bastante à sociedade, para a ruptura do vínculo estatutário, o descalabro patrimonial para o qual o agente não apresenta justificativa.

Ao contrário do que teses defensivistas alardeiam de forma atécnica ou do que leituras superficiais e precipitadas possam equivocadamente induzir, jamais se cogitou e menos ainda se cogita, no tema em tela, de supostas presunção de culpabilidade e de inversão de ônus de prova em desfavor da defesa, nem na construção da presunção passível de prova em contrário quando da redação original do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, e até mesmo quando da sua alteração pela Lei nº 14.230, de 2021, e nem na sua interpretação e na sua aplicação pelo sistema correcional, a qualquer tempo. Como não haveria de ser diferente na matéria disciplinar, a citada tipificação requer primeiramente a comprovação, a cargo da Administração, ao final da instrução probatória contraditória, de que o servidor adquiriu

bem(ns) ou realizou despesa(s) ou recebeu depósito(s) de origem não comprovada, em qualquer destes casos em relevante, destacada e destoante monta, à vista da sabida remuneração do cargo e das demais origens conhecidas e de todo arcabouço lógico, impessoal, técnico construído pelo agente do sistema correcional, perfazendo o ônus probante suficiente e autorizador para que possa indiciá-lo (ou seja, para que possa, pela primeira vez no processo, formalmente manifestar sua convicção e imputar acusação) e citá-lo para contestar por escrito esta imputação.

O ônus probante acusatório, como naturalmente sempre deve ser, está a cargo da Administração, que primeiramente comprova, de forma objetiva, o descompasso patrimonial, ao fim da instrução probatória. Daí, suprida a parcela de ônus que incumbe à parte autora da pretensão acusatória, se opera a inteligência do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, que autoriza a presunção legal ainda relativa e afastável, de enriquecimento ilícito, presumindo que o descalabro patrimonial adveio do uso irregular do cargo pelo agente, dispensando a prova do ato funcional infracional antecedente, no que tange tanto a seu elemento objetivo quanto a seu elemento subjetivo (decerto doloso), ambos encampados, como componentes da conduta, no escopo presumido. E, no mesmo momento, se distribui para a defesa a parte que lhe incumbe na regra de divisão estática de ônus probante, oferecendo-lhe a oportunidade de comprovação ao contrário, ou seja, da licitude do enriquecimento (ou, ao menos, a sua total dissociação do uso do cargo).

E nada desta construção que reside na justa distribuição do ônus probante soa irrazoável ou desproporcional quando se ressalta que o servidor, ao ingressar voluntariamente no serviço público, adere à relação estatutária, que se demarca fortemente por um regime especial de sujeição em face da Administração, em comparação com o agente privado. Neste regime, insere-se, sem dúvida, o dever de lealdade institucional, com o seu reflexo no compromisso que o agente público tem de manter sob transparência sua situação patrimonial diante do Estado. Ao lado das competências e prerrogativas que irradiam a função pública para o seu desempenho de forma isenta, o servidor tem desde sempre a consciência de que depo, a qualquer momento, ser instado a justificar a evolução de seu patrimônio, sob pena de incursão no tipo em comento.

Já tendo sido até aqui empregadas a regra de ônus probante e a construção de presunção legal relativa, cabe prosseguir na síntese procedimental do processo disciplinar em que se vise a apurar ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito decorrente de incompatibilidade patrimonial. Para tanto, busca-se concluir toda a interpretação do tema em tela buscando mais dois reforços na teoria da prova, com os acréscimos do conceito de *standard* probatório e do princípio da presunção de inocência, da forma interligada como já foram apresentados em **4.4.1.1.6.a**.

A rigor, a sequência redacional aqui apresentada tem fim meramente didático, pois, na prática, o conceito de *standard* probatório e o princípio da presunção de inocência se aplicam antes da regra de ônus probante e da construção de presunção legal relativa. Se a defesa não lograr suprir a parte que lhe cabe na regra de distribuição estática de ônus probante, a convicção precária da indiciação se consubstancia e se concretiza em conclusão de parte da comissão, em seu relatório, apontando o cometimento do ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em decorrência de descompasso patrimonial, podendo, se achar pertinente, agregar ao enquadramento no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, a definição típica civil do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, com proposta vinculada de pena expulsiva.

Na sequência, tendo a autoridade julgadora acatado o relatório e decidido o processo disciplinar com aplicação da pena capital, pode-se inferir que os autos continham, já desde a indiciação, provas que forneciam suficiência explanatória capaz de justificar a acusação formal demissiva sem que restasse ao aplicador do Direito dúvida razoável. Em outras

palavras, significa também afirmar que os autos chegaram ao julgador com qualidade de prova tal que restou satisfeito o *standard* probatório adotado para a condenação em instância processual punitiva, como é a processualística disciplinar. Associado ao conceito doutrinário de *standard* probatório, exsurge o princípio constitucionalmente consagrado da presunção de inocência. Em Estado Democrático de Direito, a parte que se defende em processo de natureza punitiva é aprioristicamente considerada inocente. Isto significa que a defesa não precisa comprovar cabalmente a inocência do acusado, bastando gerar no julgador dúvida razoável acerca de sua responsabilização. No caso do processo disciplinar, esta presunção legal relativa estabelece uma espécie de muralha de proteção apriorística a favor da defesa, que somente resta superada se a parte autora da pretensão acusatória tiver tido a capacidade de atender o *standard* probatório de instruir os autos com provas contrárias ao servidor que não deixam sequer dúvida razoável na convicção condenatória do julgador. Assim, dizer que a Administração atendeu ao *standard* probatório de ter carreado provas que suprem suficiência explanatória a ponto de vencer a dúvida razoável do julgador equivale a afirmar que também se superou a presunção legal relativa da inocência, destacadamente na terceira de suas três vertentes, qual seja, do julgamento, em que, restando dúvida razoável da responsabilização, opera o brocardo do *in dubio pro reo*. A presunção legal relativa de inocência precisa ser superada pela qualidade do trabalho de instrução processual, não havendo, portanto, que se falar em presunção de culpabilidade.

Conclui-se então esta construção albergada em conceitos advindos da teoria da prova, agora sim encaixando a regra de ônus probante e a construção da presunção legal relativa de enriquecimento ilícito. Atingido o *standard* probatório necessário para condenação em processo punitivo (não restando dúvida razoável no julgador acerca da desproporção patrimonial), tendo sido portanto superada a presunção legal relativa de inocência, que era favorável à defesa, permite-se dizer que, ao mesmo momento, a Administração supriu o ônus probante que lhe incumbia (tendo provado objetivamente aquela incompatibilidade patrimonial) e opera-se uma segunda presunção legal relativa, agora favorável à parte autora da pretensão acusatória, de que o descompasso patrimonial decorreu do uso irregular do cargo, ou seja, decorreu da configuração de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, sem necessidade de comprovação deste ato funcional infracional antecedente.

Ao mesmo tempo, aqui também se conclui a análise da literalidade original do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, que continha as elementares nucleares e essenciais, "*adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público*". Estas elementares, que coincidem com a redação original do dispositivo, amparam a inter-relação que envolve a regra de ônus probante e a presunção legal relativa da configuração fática do ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de inconsistência patrimonial. Como não poderia ser diferente, uma vez que a Lei nº 14.230, de 2021, não atingiu esta redação central do dispositivo, concluiu-se que permanece perfeitamente hígida a interpretação que sempre se extraiu, qual seja, em síntese, de que, uma vez que a Administração comprove objetivamente o incremento patrimonial, passa a incumbir ao servidor o ônus de justificar a desproporção, indicando qualquer origem dissociada do cargo.

Não tendo sido afetada pelas nefastas alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 2021, a histórica interpretação que sempre se extraiu do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, agora passa-se, enfim, à análise hermenêutica das três novas elementares incluídas por aquela Lei revisora, para definitivamente se aquilatar se, ao fim e ao cabo da iniciativa legislativa, o comando legal em tela restou de fato enfraquecido na sua aplicabilidade (como parece ter sido a intenção do legislador ordinário) ou se sua incidência, na prática, não sofreu relevante mitigação.

A primeira dentre as três novas elementares incluídas no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, pela Lei nº 14.230, de 2021, a se estudar é a elementar "*e em razão deles*".

A literalidade do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, tipifica a aquisição de bens de qualquer natureza ocorrida no exercício de cargo (ou ainda de mandato, emprego ou função pública) e em razão deste posto ocupado no serviço público. Para facilitar a explanação, vai-se concentrar a redação apenas no cargo, de forma que o comando pode ser lido, sinteticamente, como "adquirir bens de qualquer natureza no exercício do cargo e em razão dele". A rigor, a elementar "no exercício do cargo" já foi incluída na análise da elementar nuclear e crucial do tipo, preservada desde a redação original do dispositivo, qual seja, "*adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público*". O foco presente é na análise da elementar "*e em razão deles*", no sentido de em razão do cargo, que aqui é lida, com certa liberalidade extensiva, como expressão de valor morfológico adverbial delimitadora das incidências tanto no tempo quanto no espaço da ação verbal humana ilícita de "adquirir". Melhor explicando, a configuração da hipótese em tela de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito se limita às aquisições de vantagem patrimonial ocorridas tão somente no período de exercício do cargo e, cumulativamente, que também guardem relação com este cargo no que tange ao seu espectro de atribuições, poderes e prerrogativas que propiciem ou que ao menos facilitem a ação humana de adquirir.

Quanto ao aspecto temporal embutido na elementar "*e em razão deles*", não se justifica nenhuma discussão, pois é bem pacífico que a aquisição de desproporção patrimonial em face das rendas e do patrimônio conhecidos do servidor somente pode repercutir como ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito caso ocorra ao tempo do exercício do cargo. Não é plausível cogitar de tal imputação para aportes patrimoniais quando o autor sequer era agente público, antes do provimento e da investidura no cargo, e, como regra, também depois de ter deixado de sê-lo (neste segundo momento, até pode haver excepcional interesse disciplinar para descalabro patrimonial desvelado logo em seguida a hipóteses de vacância que cessem a relação estatutária, tais como exoneração e aposentadoria, por exemplo, conforme se aduzirá em **4.7.4.4.3.d**. É no período em que o servidor se encontra em exercício no cargo que impera o seu dever de lealdade administrativa no que tange à postura transparente de seu patrimônio diante do Estado, em razão do seu regime especial de sujeição espontaneamente adotado ao ter ingressado no serviço público.

A questão exige maior esforço hermenêutico para se compreender o aspecto espacial da elementar "*e em razão deles*". Ora, provar que a aquisição indevida de vantagem patrimonial guarda relação com o cargo seria o mesmo que provar que a desproporção patrimonial guarda relação com atribuições, poderes e prerrogativas do cargo, o que, em última análise, conduziria a provar relação com atos funcionais praticados no exercício do cargo. Ou seja, buscar esta prova seria o mesmo que buscar o fato que o próprio inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, trata como fato presumido pela presunção legal relativa operada após a comprovação objetiva do descalabro patrimonial. É inafastável compreender que a prova de que a aquisição da vantagem patrimonial guarda relação com o cargo insere-se, integralmente, no escopo da presunção legal relativa já abordada sobre as elementares advindas desde a redação original do dispositivo, sem novidade trazida pela Lei nº 14.230, de 2021, assim como também já se asseverou para a expressão "*no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública*". Quando a Administração comprova a inconsistência patrimonial, resta também aprioristicamente comprovado o uso irregular do cargo para amealhar vantagem patrimonial indevida, mediante ato funcional infracional antecedente de prova dispensada, o que equivale a dizer que resta também presumivelmente comprovado que a hipótese em tela de enriquecimento ilícito se deu em razão do cargo.

Enfim, queira o aplicador do Direito resgatar a ênfase já atribuída à expressão “no exercício do cargo”, queira este intérprete atribuir nova relevância à expressão incluída pela Lei nº 14.230, de 2021, “e em razão dele, do cargo”, o resultado hermenêutico é exatamente o mesmo, de não alteração da construção calcada na inter-relação traçada entre o atendimento do ônus probante que recai sobre a Administração e a consequente presunção legal relativa de que o disparate patrimonial advém do emprego irregular do cargo

Ato contínuo, nesta hipótese, desdobram-se duas consequências. A primeira é de que resta quebrado o supracitado compromisso de lealdade administrativa que deve ligar o servidor ao Estado, sobretudo em termos de transparência patrimonial, movido pelo regime especial de sujeição que caracteriza a relação estatutária. A segunda é que recai sobre o acusado a regra distributiva estática do ônus probante, incumbindo-lhe provar que o seu patrimônio de relevante monta tem origem lícita ou até mesmo ilícita de outra instância material, ou seja, de toda forma, que tem origem dissociada do cargo, o que equivale a exigir que prove que sua origem não seja em razão dele, do cargo. A elementar “*e em razão deles*” já faz parte do alcance probatório atingido com a correta presunção legal relativa de caracterização do ato ímprobo de que aqui se trata, devendo ser compreendida não como um trecho que acrescenta mais algum novo requisito na definição da conduta típica mas sim que apenas reitera uma de suas condicionantes exigida desde a redação original do dispositivo e que já deve restar configurada desde o primeiro momento em que o aplicador do Direito se debruça sobre a avaliação se determinada conduta concreta se amolda a este tipo ou não.

Dito de outra forma, na mesma linha já exaustivamente explanada acima, cogitar de que a elementar “*e em razão deles*” significaria a exigência de prova do ato funcional infracional antecedente tornaria o tipo definido no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, inaplicável, pois a conduta concreta se amoldaria a qualquer outro ato de improbidade administrativa que também importa em enriquecimento ilícito, a exemplo dos incisos III, V, IX ou X do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, ou ainda aos enquadramentos previstos nos incisos IX ou XII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, que abarcam o recebimento de vantagem indevida no exercício do cargo (diferindo que o primeiro - valer-se do cargo em detrimento da dignidade - se aplica à remuneração auferida para executar ato irregular, enquanto o segundo - receber presente, propina, comissão ou vantagem em razão das atribuições legais - se aplica à remuneração pela prática de ato regular). É certo que, ao aplicador do Direito não se concede a prerrogativa de manejar as ferramentas hermenêuticas no sentido de esvaziar completamente o conteúdo de uma norma ou de um dispositivo legal, que resultaria em sua inutilidade, operando uma espécie de revogação sem competência para tal.

Aliás, ao assim esclarecer a interpretação cabível para a elementar “*e em razão deles*” contida no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, se verifica que o legislador ordinário aqui também não primou pela boa técnica redacional. Além de inserir na redação do dispositivo uma expressão que já se perfaz na leitura original e integral do comando, ainda reiterou na desnecessidade de sua inserção, posto que esta elementar já fazia parte e continua fazendo da literalidade do *caput* do art. 9º, que, como definição ao mesmo tempo estruturante e residual de todas as hipóteses de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, se irradia para todos os incisos, inclusive, claro, para o inciso VII. Enfim, a inovação meramente redacional com a inclusão da elementar “*e em razão deles*” não tem o condão de inovar as sedimentadas interpretação e aplicação do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, uma vez que, desde a redação original do *caput* do mesmo art., a ideia de “em razão do cargo” já era positivada e jamais sustentou a ilação de necessidade de vincular a imputação do ato ímprobo em tela a ato funcional infracional antecedente e assim permanece.

Novamente, reproduz-se passagem cristalina e didática do já mencionado Parecer nº

1/2022/CNPAD/CGU/AGU, que, ao abordar a elementar "*e em razão deles*", trilhou a mesma construção hermenêutica aqui apresentada.

> *Parecer nº 1/2022/CNPAD/CGU/AGU: "93. Por tudo quanto exposto, pode-se afirmar que:*
> *f. Acerca da inserção da expressão 'em razão deles [cargo, mandato, emprego ou função]' no inciso VII do art. 9º da Lei de Improbidade, pode-se inferir que esse reforço legislativo foi necessário por, pelo menos, dois motivos: i) explicitar a necessidade de a Administração comprovar que o enriquecimento indevido tenha sido fruto do período em que o servidor exerce ou exerceu o cargo; e ii) evidenciar a natureza relativa da presunção de ilicitude da variação patrimonial a descoberto, permitindo ao servidor provar a licitude dos acréscimos;*
> *g. A expressão 'em razão deles [cargo, mandato, emprego ou função]', que já constava do caput do art. 9º da Lei de Improbidade, não exige da Administração prova de que o enriquecimento decorreu de um ato omissivo ou comissivo praticado pelo servidor no exercício da função pública (fato antecedente). Assim fosse, a conduta não seria enquadrada no art. 9º, inciso VII, mas sim em algum outro tipo infracional, sob pena de tornar o dispositivo letra morta e afastar a norma da construção do sistema de defesa da probidade;"*

No mesmo sentido também é a manifestação da PGFN, por meio do Parecer PGFN/Coged nº 1.077/2023, com a relevância de ter sido exarado já após a sanção da Lei nº 14.230, de 2021.

> *PGFN/Coged nº 1.077/2023: "92. A Lei nº 14.230, de 2021, inseriu a expressão "em razão deles" no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, referindo-se ao exercício do cargo, mandato, emprego ou função.*
> *93. A introdução da expressão 'em razão do cargo' não é ociosa. O legislador foi intencionalmente repetitivo, pois a expressão já constava do caput do dispositivo. Pode-se inferir que esse reforço legislativo foi necessário por dois motivos.*
> *94. O primeiro motivo consiste em explicitar a necessidade de a Administração comprovar que o enriquecimento indevido tenha ocorrido durante o exercício do cargo. Com efeito, o acréscimo patrimonial a descoberto tem que ocorrer durante o exercício do cargo, não antes do ingresso do agente público no cargo/função, nem após o encerramento do vínculo efetivo. Assim, caso o servidor, por exemplo, se aposente, e posteriormente apresente variação patrimonial significativa, a referida variação não estará albergada na base hipotética do ilícito.*
> *95. O segundo motivo consiste na necessidade de deixar claro que alguns acréscimos e/ou variações patrimoniais em que o servidor consegue demonstrar a licitude de sua origem e que não está vinculado ao exercício do cargo, a exemplo de outra fonte de renda lícita, recebimento de herança, evidentemente, não se enquadram no dispositivo.*
> *96. Dessa forma, o legislador conseguiu afastar qualquer dúvida que poderia pairar sobre eventual presunção absoluta na configuração do tipo previsto no art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429, de 1992. Ou seja, mesmo quando comprovado pela Administração o incremento patrimonial significativo incompatível com as fontes de renda do servidor e sem causa válida - outros rendimentos lícitos e conhecidos -, durante o exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, tal fato não gera a presunção absoluta de enriquecimento ilícito, mas sim presunção relativa, pois o servidor deve apresentar sua justificativa para o aumento patrimonial, buscando demonstrar a sua licitude.*
> *97. Cabe esclarecer que a introdução da referida expressão 'em razão deles' no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, demonstra que a presunção*

> *recai apenas sobre o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o exercício do cargo. Descumprido o ônus legal de provar a origem lícita da variação patrimonial a descoberto, presume-se que o enriquecimento seja ilícito e tenha se dado em razão de um ato omissivo ou comissivo praticado pelo servidor no exercício da função pública. Assim, a interpretação adequada ao art. 9º, inciso VII, da LIA é a de conferir-lhe uma presunção relativa de enriquecimento ilícito, dispensando-se a prova do fato antecedente.*
> *98. A consequente presunção do nexo causal entre o enriquecimento ilícito e o exercício do cargo não viola os princípios do Direito Administrativo Sancionador, como o devido processo legal. Ao contrário, ampara-se nas regras processuais de distribuição do ônus da prova, em especial no art. 373, § 1º, e no art. 374, inciso IV, do Código de Processo Civil, aplicáveis subsidiariamente ao processo administrativo disciplinar, por força do art. 15 desse mesmo Código.*
> *99. Enfim, tendo o art. 2º, § 5º, da Lei nº 8.730, de 199, atribuído ao servidor o ônus de provar a origem lícita do patrimônio não declarado e não tendo ele justificado a fonte dos recursos, recairá sobre sua conduta a presunção de que a variação patrimonial a descoberto se deu em razão do exercício do cargo. Tal entendimento acabou esposado no Enunciado CGU nº 8, de 9 de dezembro de 2014, in verbis:*
> *(...)*
> *100. As regras e princípios justificadores da presunção de relação dos rendimentos não declarados com o exercício do cargo não se modificaram com a superveniência da Lei nº 14.230, de 2021. Pelo contrário, a alteração inserida ao final do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, reforça o ônus do servidor de aclarar a origem lícita da variação patrimonial não declarada indicada pela Administração.*
> *101. Ao garantir ao agente público a demonstração da origem lícita da variação patrimonial apontada pela Administração, a lei indica o ônus probatório, reforçando a tese da distribuição justa desse encargo. E nem poderia ser diferente, posto que conferir à Administração tal ônus equivaleria e exigir prova do 'fato antecedente' o qual, por si só, se enquadraria na descrição típica do caput do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, tornando desnecessária a prova da variação patrimonial a descoberto.*
> *102. Essa interpretação, por certo, não se coaduna com a mens legis da norma, pois implica em sua completa inutilidade. Fosse essa a intenção do legislador, teria simplesmente suprimido o inciso VII do art. 9º da Lei de Improbidade. Não o tendo feito, resta ao operador do direito conferir exegese que jus□fique sua existência, relacionada, mas não exaurida no caput do artigo. Ora, não se pode acolher uma solução hermenêu□ca que esvazie o sentido da norma, sob pena de conferir ao intérprete o poder de revogar um dispositivo. Uma interpretação deve extrair utilidade da norma e preservar sua vigência.*
> *103. Em outras palavras, caso a Administração tivesse que comprovar que o enriquecimento decorreu de um ato omissivo ou comissivo praticado pelo servidor no exercício da função pública, a conduta não seria enquadrada no art. 9º, inciso VII, mas sim em algum outro inciso do art. 9º, e aquele dispositivo se tornaria letra morta, ou seja, deixaria de ser uma norma de construção do sistema de defesa da probidade."*

A segunda dentre as três novas elementares incluídas no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, pela Lei nº 14.230, de 2021, a se estudar é a elementar "*decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo*".

A inclusão desta nova elementar certamente buscou refletir, especificamente no tipo objetivo do ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de desproporção patrimonial, a intenção do legislador ordinário de dificultar a configuração material de qualquer ato ímprobo. Ao fazer referência, na redação deste inciso,

aos atos descritos no *caput* do mesmo art. 9º, que foi inovado unicamente com a elementar "*mediante a prática de ato doloso*", inequivocamente o legislador ordinário quis reiterar e repetir a necessidade de se comprovar o dolo da conduta, conforme obsessivamente buscou deixar registrado na Lei reformadora. Portanto, abordar esta elementar é abordar a exigência legal que esta hipótese de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de desproporção patrimonial requeira estado anímico doloso para sua tipificação.

Como já foi afirmado linhas acima, na passagem deste tópico em que se analisava em bloco toda a redação original do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, ao tempo daquela literalidade, antes das alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 2021, satisfeita a presunção legal relativa que, a partir do fato objetivamente provado da desproporção patrimonial, permite predizer a configuração do ato de improbidade administrativa de que aqui se trata, os aplicadores do Direito se autoconcediam a liberalidade simplificadora de sequer se preocupar em se manifestar sobre a comprovação do óbvio, inerente e indissociável dolo com que o servidor amealha o ganho de patrimônio. Ainda que a nova elementar agora sob análise não tenha o condão de alterar em nada o entendimento material e a instrumentalidade para a aplicação da hipótese legal em tela, como o legislador ordinário, por seu intermédio, inseriu menção indireta ao dolo na atual redação do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, faz-se necessário novamente aqui abordar o tema do ânimo subjetivo.

Antes de abordar o elemento subjetivo desta hipótese de ato ímprobo que importa em enriquecimento ilícito em razão de desproporção patrimonial, é necessário reiterar peculiaridades já apresentadas deste tipo. Esta hipótese material é um ilícito resultante de natureza patrimonial que tem um (ou mais de um) ato funcional infracional antecedente, com o qual não se confunde. É preciso deixar claro este aspecto fundamental: o ato de improbidade administrativa de que aqui se cuida, não obstante decorrer de ato funcional infracional que o antecede, possui seus próprios contornos. São duas condutas que não se superpõem, uma cometida e outra configurada em momentos distintos (uma é antecedente e outra é resultante) e que possuem diferentes naturezas (uma é funcional e outra é patrimonial). Sendo condutas ilícitas distintas, cada uma tem seu próprio elemento objetivo e seu próprio elemento subjetivo. O ato funcional infracional antecedente tem como elemento objetivo algum enquadramento estatutário da Lei nº 8.112, de 1990, que abarca o uso irregular do cargo, e tem como elemento subjetivo o dolo com que é cometido. O ato de improbidade administrativa resultante tem como elemento objetivo o inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429. de 1992, na instância civil, e o inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, na instância disciplinar, e tem como elemento subjetivo o dolo com que o agente angaria patrimônio indevido.

Portanto, não há que se confundir o dolo com que é cometido o ato funcional infracional antecedente com o dolo com que se atinge o ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de desproporção patrimonial. Caso se quisesse apurar o cometimento do ato funcional infracional antecedente, seria indispensável a prova do seu elemento subjetivo doloso. Mas não é este o caso porque a já mencionada presunção legal relativa dispensa a Administração da prova do cometimento do ato funcional infracional antecedente, o que equivale a afirmar que dispensa a prova de que o agente público cometeu ato funcional que se enquadra objetivamente em redação de algum enquadramento da Lei nº 8.112, de 1990 (seu elemento objetivo), e dispensa também a prova de que tal ato foi cometido com dolo.

Não obstante, diante da impossibilidade da responsabilização objetiva no Direito público punitivo pátrio e também porque, conforme já registrado, o legislador ordinário inseriu menção indireta ao dolo na nova redação do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429. de 1992, a rigor, de fato, é necessário lançar algumas palavras em dedicação a este elemento

subjetivo com que se perfaz o ilícito resultante - mesmo que seja, para ao final da análise, se concluir, com o devido aprofundamento, que a inovação imposta pela Lei nº 14.230, de 2021, de fato, nada alterou no tema, nem material nem procedimentalmente, e que pode-se manter a mesma liberalidade desde sempre autoconcedida pelos aplicadores do Direito de nem sequer se preocuparem em demonstrar a prova deste ânimo subjetivo, podendo manifestá-lo de forma automática.

Não se tem dúvida que a instância pública punitiva somente se move diante de conduta infracional caracterizada por ânimo subjetivo do autor. Como é cediço já neste ponto avançado do debate, o ordenamento pátrio somente contempla possibilidade de ação estatal punitiva diante do que se chama responsabilidade subjetiva, ou seja, quando a conduta infracional é cometida com dolo ou no mínimo com culpa. E, de forma mais restritiva, é igualmente sabido pelo aplicador desta seara de Direito que as penas expulsivas, como regra, requerem a convicção da existência do dolo na conduta infracional e, em especial, para o tipo de ilícito que aqui interessa, a materialidade de qualquer ato de improbidade administrativa, em razão da sua natureza própria de ser uma espécie qualificada de ato imoral, sempre exige o ânimo subjetivo doloso de parte do agente.

Conforme já exposto em **4.7.4.4.2.a**, historicamente, a Administração jamais deixou de pautar a imputação de improbidade administrativa com a presença de dolo na conduta do servidor, até porque desde sempre assim se manifestou a AGU, por meio do Parecer AGU nº GQ-200. Aproveita-se aqui tudo o que se aduziu naquele tópico, acerca da desnecessidade de o legislador ordinário ter demonstrado tanta preocupação, reiteradamente, com a necessidade de dolo na conduta para ser tida como ímproba, pois, ao menos na instância disciplinar, jamais se cogitou de improbidade administrativa culposa. Com isto, desde já, na prática, esvazia-se a repercussão inovadora que a elementar em tela inserida no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, poderia trazer ao aplicador do Direito, posto que esta regra de requisito anímico doloso, como não poderia ser diferente, nunca foi e continua não sendo excetuada para a consideração material em especial do ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em decorrência de desproporção patrimonial. Não obstante esta antecipada conclusão, não se furta a aprofundar a análise do tema de forma mais pormenorizada.

> *Parecer AGU nº GQ-200: "Ementa: I - Improbidade administrativa é ato necessariamente doloso e requer do agente conhecimento real ou presumido da ilegalidade de sua conduta."*

Não se duvida que toda a construção por trás do conceito jurídico de improbidade administrativa permeia-se, desde sempre, pela noção de ato funcional contaminado por consciência, vontade, intenção e até má-fé e mácula grave de caráter por parte do agente em assim agir. E, na linha aqui aventada de a Administração desejar discricionariamente agregar as definições materiais da Lei nº 8.429, de 1992, ao enquadramento do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, esta percepção concreta da conduta humana está refletida nos *caputs* dos três artigos definidores das três espécies de improbidade administrativa (a saber, dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429, de 1992) e na quase totalidade dos incisos que lhes seguem como exemplificações não vinculadas, visto definirem condutas funcionais comissivas ou omissivas. Apenas o inciso VII do mencionado art. 9º foi concebido pelo legislador ordinário e, consequentemente, recebe do aplicador do Direito um tratamento diferenciado, fortemente marcado pela residualidade como reflexo da sua relação de efeito, de resultado, de consequência do ato funcional infracional antecedente. Com a liberalidade sintetizadora acima mencionada, pode-se dizer que, na prática, basta que a Administração comprove que a situação patrimonial do servidor objetivamente se amolda à fatispécie do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, para que o tipo civil se perfaça, dispensando-se apurações acerca de ânimo subjetivo doloso, pelas razões que a seguir se descrevem.

Isto porque, em termos instrumentais, esta hipótese de ato ímprobo que importa em enriquecimento ilícito em razão de incompatibilidade patrimonial, em particular, possui forte peculiaridade acerca da comprovação do ânimo subjetivo doloso, conforme indica o manejo de duas ferramentas procedimentais.

Primeiramente, mencione-se que a já citada presunção legal relativa - que, a partir da prova objetiva da desproporção patrimonial permite conjecturar o uso irregular do cargo e, consequentemente, indica o fato presumido da configuração do ato ímprobo em tela -, também faz operar um outro efeito. Aquela ilação também joga luz na predição do ânimo subjetivo do ilícito resultante. A presunção afastável permite predizer que o servidor usa seu cargo de forma irregular, por meio do ato funcional infracional antecedente, o qual, diante da inequívoca gravidade do contexto, somente pode se dar por ânimo subjetivo doloso. Ainda à luz do mesmo conjunto de condutas ilícitas - antecedente e resultante - de crescente gravidade, não faz o menor sentido lógico cogitar de o agente iniciar este *iter* complexo com dolo e vir a concretizá-lo, na aquisição de patrimônio desproporcional, mediante ânimo subjetivo reduzido para simples culpa.

Em segundo lugar, conforme exposto em **4.4.1.1.3.c**, sabe-se que qualquer espécie de ânimo subjetivo, seja doloso, seja culposo, por residir em uma parcela interna, íntima e insondável do autor, não se faz exteriorizada concreta e faticamente na conduta, o que a torna pouco afeta à comprovação por encadeamento probatório direto. A necessária comprovação do ânimo subjetivo, na imensa maioria das vezes, somente se viabiliza com o emprego da prova indireta por indício, por meio da qual o aplicador do Direito, à luz do seu próprio conhecimento de mundo e a partir das condições externas e das circunstâncias objetivas do caso concreto, se utiliza da inferência racional para obter o ganho indutivo de ter o ânimo subjetivo configurado. Não sendo factível que aquele operador do Direito adentre na mente do agente para avaliar os aspectos subjetivos de sua conduta, é absolutamente indispensável que ao fim da instrução processual, avalie objetivamente todas as circunstâncias fáticas objetivas do caso concreto a fim de inferir o elemento subjetivo.

Ao assim fazer, a experiência pessoal de qualquer aplicador do Direito - como também de qualquer homem mediano - indica que, indubitavelmente, não se harmoniza com o bom senso e com a percepção razoável do mundo se cogitar de alguém “enriquecer”, sobretudo de forma irregular, sem ter consciência e vontade do que está acontecendo com o seu patrimônio. Em especial, ao se tratar de agente público, à vista da mesma base inferencial, não se sustenta que, na contrapartida de sua remuneração oficial conhecida e fixa, venha a “enriquecer” culposamente, por mero descumprimento do dever objetivo de cuidado, sem ter consciência não só desta evolução de suas condições materiais mas também de que tal desproporção patrimonial, uma vez injustificável, é disciplinarmente enquadrável e sem que tenha tido vontade de amealhar, ainda que de forma indevida, uma melhor e mais favorável situação econômica e financeira. Aliás, este componente inferencial retroalimenta a convicção externada acima a partir da presunção legal relativa de que não é plausível que o agente module seu ânimo subjetivo inicialmente doloso para finalizá-lo com culpa.

Até porque some-se a este componente inferencial do dolo a inequívoca constatação de que, neste cenário acima proposto, o servidor ainda tem de agir com deliberada intenção de ocultar, dissimular, falsear, fraudar a sua situação patrimonial diante da Administração. Acrescentando o dever de transparência patrimonial que o art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, e o art. 1º da Lei 8.730, de 10 de novembro de 1993, exigem de todo agente público - dever este com que se compromete ao aderir espontaneamente à relação laboral estatutária e que lhe impõe uma especial relação de sujeição -, infere-se ainda mais forte e inequivocamente o indispensável dolo para assim se conduzir.

Pode-se afirmar que o ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito por desproporção patrimonial caracteriza-se por um *iter* que, já desde

seu nascedouro, engloba de forma implícita e subentendida a prática eivada de dolo por parte do autor. Para além do entendimento prévio da doutrina penal adepta da corrente finalista, a que se filia o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), de que o ânimo subjetivo integra a tipicidade e consequentemente integra a conduta, tem-se que, para esta hipótese material específica, o ânimo doloso já é absolutamente intrínseco e inerente à própria conduta, que não comporta mera voluntariedade e nem mesmo a modalidade apenas culposa. Na específica hipótese material em tela, a prova do elemento objetivo já insere, em indissociável conjunto, a prova também do elemento subjetivo, posto que não é factível e lógico que o agente perfaça a descrição objetiva da conduta sem que o tenha feito, inexoravelmente, eivado de ânimo doloso. A liberalidade que acima se mencionou reside no fato de que o dolo é tão inquestionavelmente associado ao fato objetivo que o aplicador do Direito nem sequer se dedica a demonstrá-lo, podendo manifestá-lo de forma automática, reproduzindo as construções acima.

Afinal, não se dispensa e não se despreza a necessidade da existência e da consequente comprovação do ânimo subjetivo doloso na espécie em tela de ato ímprobo (já que não se opera com nefasta responsabilização objetiva). Apenas se tem certo que, neste tipo específico, o dolo é tão umbilicalmente entremeado e entrelaçado ao elemento objetivo que nem sequer no campo da ficção jurídica se consegue separá-los para exercitar didatismos. Em se tratando desta hipótese de ato ímprobo, ao se afirmar configurado o seu elemento objetivo com a subsunção da conduta concreta, também se tem o indispensável dolo automaticamente satisfeito. No mundo real dos fatos concretos, do qual jamais se deve se dissociar o Direito, ninguém jamais enriquece por desatender o dever de cuidado objetivo; ninguém jamais enriquece sendo imprudente, negligente ou imperito. Ou seja, no mesmo mundo em que os agentes dos órgãos de controle também angariam suas experiências de vida, se alguém enriquece, sob a ótica jurídica civil e disciplinar de que aqui se trata, jamais decorre de ânimo culposo. Ao contrário, no atual cenário concreto e real, marcado pela escassez de todo tipo de recursos e pela verdadeira luta cotidiana para se ter mínimo patrimônio de qualquer natureza, o enriquecimento, sobretudo com a mácula da ilicitude ora em tela, é resultado de uma busca esclarecidamente consciente e movida por incessante vontade.

Tendo se demonstrado integralmente válidas todas as razões já expostas linhas acima quando, de forma mais superficial, se analisou a questão da satisfação do ânimo subjetivo doloso ao tempo da redação original do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, resta apenas agora analisar o único efeito que se poderia ter como novo em razão da elementar em tela incluída no dispositivo pela Lei nº 14.230, de 2021. A única inovação argumentativa que defesas poderiam alegar após a imposição desta elementar que remete ao ânimo subjetivo doloso seria de que, em conjunto com os §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, se teria passado a exigir não mais o elemento subjetivo geral mas sim o elemento subjetivo especial para a concretização desta hipótese de ato ímprobo.

Antes, relembre-se de **4.6.2.1** que, atualizando as antigas expressões “dolo genérico” e “dolo específico”, o elemento subjetivo geral opera quando o agente, a partir da consciência de todos os elementos objetivos do tipo, tem a vontade do resultado decorrente da conduta proibida mas sem agir em razão de algum fim específico; e o elemento subjetivo especial opera quando o autor, a partir da consciência de todos os elementos objetivos do tipo, tem a vontade do resultado decorrente da conduta proibida orientada por especial fim de agir, não bastando-lhe apenas a realização do resultado, mas sim desejando esta realização com o intuito de suprir uma finalidade específica. Na prática, ambos elementos subjetivos são anímicos, ou seja, são internos e íntimos ao agente, e portanto insondáveis e invioláveis pelo aplicador do Direito, mas com a diferença de que o elemento subjetivo especial vem expresso no elemento objetivo do tipo. Para que se cogite de que determinada ilicitude se perfaça somente com elemento subjetivo do tipo, é necessário que seu tipo expresse uma finalidade, um objetivo, um propósito da ação ou omissão. Do contrário, seguindo a regra, os tipos se

perfazem apenas com o elemento subjetivo geral.

Dito isto, para afastar também aquela possível alegação, reporta-se ao já aduzido em **4.7.4.4.2.a**, onde se asseverou que não é verdade que as alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 1992, tenham exigido que todas as hipóteses materiais de atos ímprobos definidos na Lei nº 8.429, de 1992, passaram a ter configuração somente mediante elemento subjetivo especial. Primeiramente, se interpretou que, mesmo que a intenção do legislador ordinário, em sua *mens legislatoris*, tenha sido engessar as apurações com exigência de especial fim de agir, os §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, na *mens legis*, longe de terem imposto este comando restritivo para todo o escopo material da Lei, apenas e tão somente estabeleceram um balizamento, determinando especificamente para os atos de improbidade administrativa, que o resultado desejado pelo agente ímprobo sempre tem a natureza de um proveito ou de benefício, viabilizado para si mesmo ou para terceiros mediante o uso irregular do cargo. E tanto é verdade que, na leitura exaustiva das 49 hipóteses materiais de atos de improbidade administrativa desdobradas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429, de 1992, a imensa maioria (exatamente 78% do total) não apresenta elemento objetivo requeredor de elemento subjetivo especial, satisfazendo-se tão somente com o elemento subjetivo geral, e dentre os quais se insere, com destaque, o inciso VII do art. 9º.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 11.*
> *§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

De fato, a leitura da atual redação do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, não autoriza sequer a mínima ilação de que ali o legislador ordinário teria incluído um especial fim de agir para sua configuração. O dispositivo em tela se perfaz tão somente com o binômio geral do dolo, qual seja, de consciência de parte do agente de que a conduta de adquirir bens de valor desproporcional à sua renda e a seu patrimônio perfaz a proibição legal e conduz ao resultado delituoso do enriquecimento ilícito e de vontade de obter este resultado. Abstraindo de leituras distorcidas e enviesadas, não há nenhum espaço hermenêutico para que se interprete que o dispositivo exige que, para além da consciência e da vontade genéricas, o autor aja em busca de um fim determinado, como também entende a jurisprudência.

> *STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, Mandado de Segurança nº 21.084/DF, DJe 01/12/2016, Ementa: "5. A prática do ato de Improbidade Administrativa previsto no art. 9°, VII e 11, da Lei 8.429/1992, dispensa a prova do dolo específico, bastando o dolo genérico, que, nos casos de variação patrimonial a descoberto resta evidenciado pela manifesta vontade do agente em realizar conduta contrária ao dever de legalidade, consubstanciada na falta de transparência da evolução patrimonial e da movimentação financeira, bem como que a conduta do servidor tida por ímproba não precisa estar, necessária e diretamente, vinculada com o exercício do cargo público. Precedentes: MS 12.660/DF, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Terceira Seção do STJ, julgado em 13/08/2014, DJe 22/08/2014; AgRg no AREsp 768.394/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma do STJ, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015; AgRg no REsp 1400571/PR, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma do STJ,*

julgado em 06/10/2015, DJe 13/10/2015."

STJ, Terceira Seção, Ministra Relatora Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Mandado de Segurança nº 12.660/DF, DJe 22/08/2014, Ementa: "No caso dos autos, o dolo se configura pela manifesta vontade do agente em realizar conduta contrária ao dever de legalidade, consubstanciada na falta de transparência da evolução patrimonial e da movimentação financeira, principalmente se considerado que foram apresentadas declarações de bens falsas, referentes aos anos calendários sob exame."

STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para o Acórdão Ministro Herman Benjamim, Mandado de Segurança nº 21.708/DF, DJe 11/09/2019, Ementa: "5. O mencionado dispositivo considera improbidade administrativa a conduta genericamente dolosa do agente público de aumentar o patrimônio pessoal sem justificativa legal para tanto, independentemente de sua origem ser por desvio funcional ou qualquer outro tipo de atividade.
7. Não há, portanto, no fato típico ímprobo a imposição de que a origem do incremento patrimonial esteja relacionada com desvios no exercício do cargo, o que denota que a hipótese legal considera o simples ato genericamente doloso de ostentar patrimônio incompatível com a renda auferida e não justificado legalmente como ato grave violador do princípio da moralidade administrativa.
15. Com efeito, demonstrado pela autoridade impetrada o incremento patrimonial genericamente doloso do impetrante acima de sua renda como servidor público e não havendo comprovação pelo acusado da origem lícita de tais recursos, está correto o enquadramento no ato infracional como improbidade administrativa (art. 132, IV, da Lei 8.112/1990), conforme tipificado no 9º, VII ('adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público'), da Lei 8.429/1992."
Voto da Ministra Assusete Magalhães: "A prática do Ato de Improbidade Administrativa previsto nos arts. 9°, VII, e 11, da Lei 8.429/1992, dispensa a prova do dolo específico, bastando o dolo genérico, que, nos casos de variação patrimonial a descoberto resta evidenciado pela manifesta vontade do agente em realizar conduta contrária ao dever de legalidade, consubstanciada na falta de transparência da evolução patrimonial e da movimentação financeira, bem como que a conduta do servidor tida por ímproba não precisa estar, necessária e diretamente, vinculada com o exercício do cargo público. Precedentes: MS 12.660/DF, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Terceira Seção do STJ, julgado em 13/08/2014, DJe 22/08/2014; AgRg no AREsp 768.394/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma do STJ, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015; AgRg no REsp 1400571/PR, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma do STJ, julgado em 06/10/2015, DJe 13/10/2015" (STJ, MS 21.084/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 1º/12/2016)."

Assume especial relevância manifestação jurisprudencial nesta mesma linha acima externada já após a sanção da Lei nº 14.230, de 2021.

STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Gurgel de Faria, Agravo Interno no Mandado de Segurança nº 26.385/DF, DJe 31/01/2023, Voto do Ministro Relator: "No que concerne à alegação de inexistência de ato ímprobo, por carência do elemento subjetivo necessário à configuração daquele, o STJ compreende que, 'nos casos de variação patrimonial a descoberto, resta caracterizado o dolo genérico na conduta do servidor que não demonstre a licitude da evolução patrimonial constatada pela Administração, caracterizado

> *pela falta de transparência do servidor.' (AgInt no MS n. 19.524/DF, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 19/10/2021, DJe de 26/10/2021).”*

A exemplificação facilita o que se expõe. Não há nenhuma relação entre a tipificação de uma conduta concreta no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, e a eventual existência ou não de um objetivo que move o agente a se conduzir daquela forma ímproba. O servidor que usa de forma irregular seu cargo e adquire patrimônio desproporcional pode, por exemplo, fazê-lo de forma dissociada de qualquer objetivo, mantendo estes bens em acomodado e inerte acúmulo, sem que jamais tenha havido uma motivação e uma finalidade para amealhá-los; pode também sempre ter tido sua conduta de uso irregular do cargo pré-orientada pelo objetivo hedonista e egocêntrico de destinar todo fruto de sua conduta para seu proveito unicamente pessoal, com aquisição de imóveis de alto padrão, de veículos de luxo e de bens de consumo em geral de elevado valor; e pode ainda, apenas por hipótese *ad argumentandum*, sempre ter tido sua conduta de uso irregular do cargo pré-orientada pelo objetivo do mais absoluto altruísmo de doar a integralidade de seus ganhos indevidos para entidades assistenciais, sem reter absolutamente nada para si mesmo. Em todos estes exemplos didaticamente exagerados, independentemente de ter havido ou não um especial fim de agir e, nos casos positivos, independentemente de qual teria sido a finalidade buscada com a conduta, a tipificação já se aperfeiçoa apenas com a consciência e com a vontade de auferir enriquecimento ilícito patrimonialmente injustificado.

Assim, se reitera que, também à luz da elementar “*decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo*”, incluída no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, por força da Lei nº 14.230, de 2021, não há nenhuma repercussão concreta que, de forma geral, torne mais exigentes os critérios de configuração do elemento subjetivo doloso e, de forma mais específica, que condicione a tipificação à comprovação de atuação movida por especial fim de agir, ou seja, movida por elemento subjetivo especial. Conforme já antecipado desde o início da abordagem deste tema, a elementar em tela não incluiu nenhuma exigência material ou procedimental nova e o seu comando sempre foi e continua sendo atendido pela praxe administrativa na condução dos apuratórios.

Na mesma linha de entendimento também trilhou a AGU, mais uma vez por intermédio da CNPAD/CGU/AGU, novamente nos já mencionados Parecer nº 1/2022/CNPAD/CGU/AGU e no Despacho nº 164/2021/Decor/CGU/AGU. Segundo estas peças, a sensata e equilibrada leitura de cada tipo nos diversos incisos dos arts. 9º, 10 e 11 deixa inequívoco que em muitos deles é logicamente impossível se cogitar de configuração mediante especial fim de agir por parte do servidor, como é exatamente o caso do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, cuja literalidade em nada se coaduna com a ideia de elemento subjetivo especial. A CNPAD/CGU/AGU ratificou ainda o entendimento de que o elemento subjetivo geral exsurge pela estratégia de parte do servidor de omitir e de disfarçar sua real situação patrimonial em face do Estado e que é inferido por diversas circunstâncias fáticas objetivas exteriorizadas na conduta concreta.

> *Parecer nº 1/2022/CNPAD/CGU/AGU: “54. Como se pode observar da literalidade do art. 9º, inciso VII, da LIA, este não exige em sua base hipotética um especial fim de agir, o que afastaria, segundo a corrente acima transcrita, a necessidade de prova do dolo específico.*
> *57. Portanto, para a infração do art. 9°, inciso VII, da Lei n° 8.429, de 1992, o dolo sempre fora evidenciado pela manifesta vontade do agente que, de forma livre e consciente, viola o dever de conformidade patrimonial que lhe é imposto pela relação de especial sujeição.*
> *59. Com efeito, o dolo é um elemento anímico, aferível pelas circunstâncias externadas pela conduta, como a omissão de rendas, a falsidade da declaração de bens, a sonegação de informações, sua prestação incompleta, a aquisição de*

bens ou direitos, a realização de depósitos ou aplicações financeiras em evidente desconformidade com as rendas lícitas e conhecidas do servidor, entre outras, tudo isso a denotar o interesse do agente em dissimular a origem ilícita do patrimônio e enriquecer indevidamente. A prova do elemento subjetivo não se infere de outro modo, haja vista a insindicabilidade do pensamento. Nesse sentido é esclarecedora a posição dos tribunais pátrios:
'Administrativo. Improbidade. Inserção indevida de números de títulos eleitor no Cadastro Receita Federal. Dolo configurado. Artigo 11 da LIA. Sentença reformada. (...) 4. A partir de regras de experiência comum, é possível reconhecer a presença de atuar doloso, mesmo nos casos em que testemunhas ou o próprio agente que realizou o ato digam o contrário. (...) O Homem enquanto ser racional, é dotado de uma característica de difícil apreensão e que o distingue de todos os outros seres vivos: o pensamento. No mundo interior da mente só podemos conhecer o que é transmitido para o mundo exterior, seja de uma forma expressa e directa 1 (comunicação) seja de uma maneira tácita (conduta). Conforme exposto, o dolo enquanto elemento constituído por uma representação e intenção de perpetuar o facto, pertence aos chamados factos internos ou psíquicos. Daí poder nunca vir a ser conhecido ou apreendido por outro que não o próprio sujeito. (...) (TRF-2. Apel. Cível 01400614820144025101/RJ, Relator: Flavio Oliveira Lucas, Data de Julgamento: 13/09/2019, Vice-Presidência)'.
91. Por fim, cumpre asseverar que a inserção da expressão 'decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo' no inc. VII do art. 9º não afasta as conclusões até aqui apresentadas. Os aludidos atos do caput nada mais são do que o dolo de enriquecer ilicitamente durante o exercício do cargo.
93. Por tudo quanto exposto, pode-se afirmar que:
c. A introdução do dolo na base hipotética do ilícito não altera a interpretação da infração, posto que doutrina e jurisprudência há muito vinham exigindo o referido elemento subjetivo para sua configuração;
d. Conforme se pode observar da literalidade do art. 9º, inciso VII, da LIA, este não exige em sua base hipotética um especial fim de agir, o que afastaria, segundo uma parte da corrente doutrinária, a necessidade de se falar em dolo específico.
e. Contudo, ainda que se adote a corrente que exige o dolo específico para a configuração do enriquecimento ilícito previsto no art. 9º, inciso VII, a atual redação conferida pela Lei nº 14.230, de 2021, requer o fim de obter proveito ou benefício indevido próprio ou alheio. A despeito de ser uma importante inovação legislativa, na prática, não altera a práxis administrativa. Isso porque, o dolo específico se extrai da própria comprovação da configuração do ilícito, já que quem apresenta um patrimônio a descoberto em face de suas rendas conhecidas, devidamente comprovado pela Administração, evidentemente o faz com o intuito de obter proveito ou benefício próprio ou alheio. O não cumprimento do dever funcional de transparência, imposto pelo art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, e pelo art. 1º da Lei nº 8.730, de 1992, recai e reflete-se, de forma inexorável, sobre a própria conduta funcional do servidor vinculado àqueles ditames legais, restando, portanto, atendida até mesmo a elementar inovada com o § 2º do art. 11 da Nova Lei de Improbidade;"

Despacho nº 164/2021/Decor/CGU/AGU: "7. O dolo, exigido para fins da caracterização da infração disciplinar de que cuida art. 132, inciso IV, da Lei n. 8.112, de 1990, combinado com o art. 9º, inciso VII, da Lei n. 8.429, de 1992, constitui-se pela ausência [de] justificativa idônea e de lastro legítimo para a titularidade de patrimônio significativamente incompatível com os rendimentos lícitos que foram declarados à Administração, violando-se a essência do dever de transparência relacionado à lisura da evolução patrimonial e da movimentação financeira pessoal."

Também se faz pertinente creditar a relevante e paradigmática construção adotada pela

PGFN na sua primeira manifestação, após a sanção da Lei nº 14.230, de 2021, em processo disciplinar com proposta de demissão de servidor da RFB por incursão no ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em decorrência de desproporção patrimonial. O ineditismo e a irretocável qualidade técnica do arrazoado jurídico dão a este Parecer PGFN/Coged um emblemático valor até histórico - tanto que o próprio o órgão de assessoramento passou a repetir o trecho abaixo como uma espécie de modelo nos casos posteriores. Trata-se do Parecer PGFN/Coged nº 3.589/2022/ME, que decompõe a subsunção da conduta concreta ao tipo em tela em dois componentes, um comissivo e outro omissivo. No componente comissivo essencial para a configuração desta hipótese de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, é necessário, obviamente, que o servidor adquira a desproporção patrimonial; e a esta ação deve se somar a postura omissiva do agente de omitir da Administração as fidedignas informações acerca de seu patrimônio, em afronta ao dever de transparência assumido quando voluntariamente aderiu ao regime estatutário de submissão especial.

> *Parecer PGFN/Coged nº 3.589/2022/ME: "41. Os acréscimos ao texto original mantiveram a tessitura das conduta indesejada de outrora, que corresponde à combinação de um comportamento comissivo com um comportamento omissivo pelo servidor: angariar patrimônio além da capacidade ordinária de agente público, somado à não informação ou à não informação correta à Administração da origem dos acréscimos. Ao lado da ação, aomissão do servidor também é parte do núcleo do tipo infracional.*
> *47. O dolo, por evidente, não é extraído da leitura da mente do agente, senão das circunstâncias do caso concreto, em que o modus operandi do servidor denota a ciência de que está adquirindo patrimônio furtivamente da Administração, ou seja, demonstra a consciência e a vontade do servidor de adquirir patrimônio além de sua capacidade conhecida e de omitir a fonte de acréscimo patrimonial da Administração. São exemplos de indícios do dolo do agente: a omissão de rendas, a falsidade constante em declarações de bens, o uso de interpostas pessoas, a movimentação de altas somas em dinheiro sem o trânsito em contas bancárias, entre outros. Também se considera indício do dolo a significativa variação patrimonial, tendo em vista que a variação inexpressiva pode indicar a desorganização contábil do servidor, em proceder meramente culposo ou de enriquecimento apenas aparente.*
> *49. Os deveres de transparência e boa-fé subsomem o servidor ao constante ônus de demonstrar à Administração Pública sua evolução patrimonial e justificar eventual incremento que não se coadune com as fontes de renda conhecidas, conforme inteligência dos arts. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, e 3º da Lei nº 8.730, de 1993, e do próprio núcleo objetivo omissivo do tipo, que pune a ação de amealhar patrimônio combinada com a omissão de não explicar o incremento à Administração.*
> *50. O incremento patrimonial superior às rendas conhecidas e legitimamente auferidas pelo servidor, contemporâneo ao exercício do cargo público e que não é informado à Administração relaciona-se diretamente com o exercício do cargo público, que impõe, demais das atribuições específicas, o dever de informação das atuações paralelas tendentes a ampliar patrimônio. Se provadas as atuações paralelas, lícitas, não haverá relação entre o incremento patrimonial e o cargo público. O incremento patrimonial encoberto e não esclarecido, porém, estará sempre arrazoado no exercício do cargo público, porque não fosse pelo cargo, não haveria restrições à cumulação de vínculos laborais nem obrigações de justificação de atos relacionados a finanças pessoais. O cargo público gera o dever de atuação transparente pelo servidor, que compõe o próprio núcleo objetivo do tipo: (amealhar patrimônio e) omitir da Administração informações corretas sobre sua origem. O comportamento omissivo relaciona-se diretamente com o cargo público, como informa o elemento do tipo 'em razão do cargo'."*

Cabe mais uma menção à manifestação da PGFN, agora por meio do seu Parecer PGFN/Coged nº 16.803/2022, também exarado após a sanção da Lei nº 14.230, de 2021, e que refutou pedido de revisão de ex-servidor demitido com base no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, defendendo que o ânimo subjetivo do tipo em questão se perfaz com elemento subjetivo geral.

> *PGFN/Coged nº 16.803/2022: "32. Em verdade, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça utilizava a expressão 'dolo genérico' em contraposição ao chamado 'dolo específico', ambas extraídas do direito penal, como forma de estabelecer uma distinção entre a natureza do dolo exigido para a configuração de algumas das condutas ímprobas descritas nos incisos do art. 9º, a exigirem um especial fim de agir por parte do agente ímprobo, diretamente ligadas à vantagem indevida recebida por ele e caracterizadora do enriquecimento (fim de agir este normalmente caracterizado pela expressão 'para omitir' ou 'para tolerar' ou 'para facilitar', conforme, vg, os tipos descritos no incisos II, II, V, VI e X) e a natureza do dolo exigido para configuração da conduta do inciso VII, que não exige esse fim de agir ou propósito.*
> *33. A doutrina e a jurisprudência construídas sobre o tema se filiaram à irrefutável conclusão de que o dolo da conduta em questão se manifestava mediante a demonstração da vontade consciente e direcionada de omitir a origem do acréscimo patrimonial e/ou bens ou de créditos, em cristalina violação às normas de transparência que regem a matéria, (art. 13, § 3º, da Lei nº 8.429, de 1992, e do art. 1º da Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993), e/ou, ainda, com o fato de comprovar que o agente ostenta patrimônio incompatível com a renda auferida e não justificado, legalmente como ato grave violador do princípio da moralidade administrativa.*
> *36. Por isso mesmo, para se caracterizar a conduta tipificada no art. 9º, inciso VII, da LIA, não se exigia (e continua não sendo exigido, mesmo após alteração legislativa), a comprovação de um ato específico do servidor que justifique (ou que dê causa ao) o enriquecimento ilícito, mas apenas a comprovação, de forma robusta, de um incremento patrimonial significativo e desproporcional experimentado no período do exercício da função pública, a ser demonstrado pela Administração, seguido pela incapacidade de o agente comprovar as origens lícitas e plausíveis do seu enriquecimento demonstrado. Este é, pois, o dolo a ser demonstrado pela Administração. É o que lhe cabe provar. Não cabe falar em dolo específico para este tipo (especial fim de agir), seja antes ou depois das alterações legislativas."*

Ademais, diante da absoluta convicção de que não cabe sequer mínima plausibilidade de o tipo em tela requerer elemento subjetivo especial, sequer se reflete aqui a possibilidade aventada pela AGU/CGU/CNPAD, em linha mais flexível, de cogitar de que, mesmo que fosse possível o ânimo subjetivo movido por especial fim de agir, nada acrescentaria em termos de dificuldade de comprovação, posto que tal instrumentalidade permaneceria igualmente sendo manejada mediante inferência racional à luz das circunstâncias fáticas objetivas de cada caso concreto.

A terceira e última dentre as três novas elementares incluídas no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, pela Lei nº 14.230, de 2021, a se estudar é a elementar "*assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução*".

Suprido o *standard* probatório exigido e superada a presunção legal relativa da presunção de inocência, ainda é de se compreender que, além do equilíbrio processual obtido com a regra distributiva estática do ônus probante, a presunção legal relativa da configuração da materialidade do ato de improbidade administrativa de que aqui se trata, como um salutar freio e contrapeso em face do que já seria a imputação de infração (e demissível, destaque-se), atua como um elemento ratificador das garantias de ampla defesa e de contraditório, como direitos fundamentais individuais estampados no inciso LV do art. 5º da CF. Tanto é assim

que a presunção legal em tela é *juris tantum*, ou seja, não é absoluta, comportando prova em contrário que a supere e que a afaste. Neste aspecto, pode-se afirmar que a elementar "*assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução*", incluída pela Lei nº 14.230, de 2021, nada acrescentou de novo na prática administrativa na apuração da hipótese de ato ímprobo em tela; ao contrário, tão somente apenas fez refletir o respeito que sempre houve e há (e nem poderia mesmo ser diferente) aos citados direitos fundamentais individuais de molde constitucional e ratificou a natureza relativa da presunção legal, ao assegurar o servidor a possibilidade de contestar o fato objetivamente presumido, trazendo aos autos prova convincente da origem lícita (ou, ao menos, dissociada do cargo) de seu incremento patrimonial.

Assim, diante dos elementos informativos de natureza em geral pré-constituída provenientes da subfase investigativa e ao longo da produção do conjunto probatório no curso do inquérito administrativo, a comissão assegura ao servidor a participação contraditória na dialética processual, desde a sua notificação inicial da condição de acusado, não só por sua livre e espontânea iniciativa mas também o intimando a se manifestar acerca de elementos autuados, e lhe confere ainda a prerrogativa de ter a última palavra por meio de seu interrogatório. A ausência de justificativa convincente da licitude da desproporção patrimonial, por parte da defesa, até o fim da instrução probatória, autoriza o colegiado a formalizar a acusação de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, nos moldes definidos pelo inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, caso queira empregá-lo de forma integradora ao enquadramento disciplinar do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990. Esta primeira manifestação juridicamente aceita - embora ainda precária e não definitiva - de convicção acusatória nos autos, por parte da comissão, se dá na indiciação.

Com a citação, provoca-se a contestação de parte do indiciado, a ser obrigatoriamente exercida, de forma indisponível, por meio da defesa escrita, seja pelo próprio, seja por seu procurador constituído ou seja até por defensor dativo. Oportuniza-se ao servidor que, nesta peça, comprove a origem do enriquecimento dissociada do cargo (a exemplo de prática de outras atividades compatíveis, participação nos lucros de pessoas jurídicas, contratação de empréstimos, recebimento de aluguéis ou de doações ou de pensões, aportes familiares, acumulação legal de cargos, investimentos financeiros, ganho de herança, premiações em sorteios ou loterias, dentre outros). Acrescente-se que é tão ampla a prerrogativa de defesa que, para afastar a repercussão disciplinar, o indiciado pode até trazer a prova de que a desproporção patrimonial decorre de atos ilícitos de outra instância de Direito material, como fruto do cometimento de crime comum sem relação com o cargo, por exemplo, conforme também compreende a CGU, de acordo com sua Nota Técnica nº 486/CGUNE/CRG. Isto porque, à vista da máxima de que atos da vida privada, em regra, não repercutem em instância disciplinar, conforme já abordado em **3.2.3.1** e **3.3.1.7**, se o descompasso patrimonial comprovadamente advém da prática de crime comum (ou seja, por ato, que, embora antijurídico, é totalmente dissociado do cargo), em tal hipótese extravagante, o ordenamento pátrio sanciona o servidor apenas com a repercussão criminal, afastando-se a presunção de improbidade administrativa como ilícito disciplinar e até civil. Dependendo da gravidade do crime confessado, que repercute na fixação da pena a ser imposta ao réu, esta estratégia pode se revelar interessante para a defesa (manter o cargo mediante uma pena restritiva de direito, por exemplo, ou até mesmo obter acordo de não persecução penal - ANPP).

> *Nota Técnica nº 486/2022/CGUNE/CRG: "4.5. Por óbvio, esta incompatibilidade presumida de evolução patrimonial deve ser submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa, permitindo ao agente envolvido comprovar se o incremento patrimonial verificado pela Administração tem procedência de origem lícita ou mesmo ilícita; que, na última situação, pode levar, inclusive, à fuga do campo de abrangência disciplinar, como nos casos de repercussão penal."*

Independentemente da linha de argumentação que escolher, incumbe ao servidor, até o fim do prazo de defesa escrita (caso, como aqui se presume, não o tenha feito no curso da instrução probatória, até seu interrogatório), trazer a prova de outras origens lícitas de recursos ou mesmo da existência de alguma fonte ilícita para a desproporção patrimonial. Para tanto, de um lado, reforça-se que é necessário que o indiciado comprove, não bastando meramente alegar licitude de origens de forma vazia e dissociada de provas, como se repassasse à comissão o ônus, que lhe incumbe, de ter de provar alegações feitas pela defesa. Neste ponto, cabe, mais um vez, reproduzir a manifestação da PGFN, por meio do já mencionado Parecer PGFN/Coged nº 3.589/2022/ME, o primeiro a enfrentar a tentativa legislativa de desidratar o controle da probidade administrativa no que tange ao dever de transparência patrimonial.

> *Parecer PGFN/Coged nº 3.589/2022/ME: "51. Identificada a desproporcionalidade patrimonial em determinado período em comparação à renda e à movimentação do patrimônio já existente, exsurge a presunção legal e probatório-indiciária - embora relativa - de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, sendo desnecessária prova de ato funcional irregular antecedente. O acréscimo empreendido pela Lei nº 14.230, de 2021, à redação original do art. 9º, VII, da Lei nº 8.429, de 1992, deixa claro que cabe ao agente público demonstrar a licitude da origem do patrimônio acrescido: 'assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução', o que afastará a combinação entre o acréscimo patrimonial (comportamento comissivo) e a omissão de explicações ao Poder Público (comportamento omissivo). Ausente um dos dois comportamentos, não se configurará a infração enriquecimento ilícito por variação patrimonial a descoberto.*
> *52. Cumpre, então, ao servidor comprovar que a aquisição patrimonial sem origem identificada decorreu de sua renda legítima ou da alienação de outros bens que integravam seu patrimônio. O servidor pode, ainda, comprovar outra origem dissociada do cargo, para afastar a presunção de improbidade administrativa. É de se destacar que não bastam meras alegações da licitude das origens. Alegações vazias e dissociadas de provas não afastam a presunção desfavorável ao servidor."*

Não logrando aquela comprovação ou sequer o benefício da dúvida razoável, sedimenta-se em prova aquela presunção legal relativa em desfavor do servidor, de que a incompatibilidade patrimonial ostentada tem no exercício irregular do cargo a sua única origem, e o enquadramento se assenta com perfeição aos fatos. Somente então, ao fim de toda esta procedimentalização ora sintetizada e à luz dos conceitos do Direito material aqui cabíveis e pertinentes (até porque a instrumentalidade, enfim, se volta como mero meio legal para o Estado chegar à esperada dicção daquele Direito), se configura de forma definitiva a infração de ato de improbidade administrativa nos moldes definidos pelo inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, cabendo a consequência apenadora expulsiva, conforme vincula o inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990. Portanto, em conclusão, com toda técnica acima exposta, é de se rechaçar prontamente e com ênfase qualquer ilação de que a presente construção calcada em regra distributiva de ônus probante e em presunção legal relativa significaria inversão de ônus da prova ou presunção de culpabilidade.

Mais uma vez se mostra pertinente buscar amparo no entendimento externado pela CNPAD/CGU/AGU, em seu Parecer CNPAD/CGU/AGU nº 1/2022/CGU/AGU, acerca da elementar

> *Parecer nº 1/2022/CNAPD/CGU/AGU: "78. Com o acréscimo da previsão, ao final da redação do art. 9º, inciso VII, de que é "assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução", o legislador não deixou qualquer margem de dúvida acerca da natureza relativa da presunção legal em*

> *comento. Ao garantir ao agente público a demonstração da origem lícita da variação patrimonial apontada pela Administração, a lei indica o ônus probatório, reforçando a tese da distribuição justa desse encargo e da presunção legal relativa de que o enriquecimento é ilícito. E nem poderia ser diferente, posto que conferir à Administração tal ônus equivaleria a exigir prova da relação espúria que originou o incremento patrimonial indevido (fato antecedente), o que tornaria dispensável o tipo do inciso VII, pois a conduta se amoldaria a qualquer outro dos incisos do art. 9º de Lei de Improbidade Administrativa ou mesmo a outros tipos disciplinares previstos no art. 117 da Lei n º 8.112, de 1990.*
> *93. Por tudo quanto exposto, pode-se afirmar que:*
> *k. A questão se resume, então, ao ônus probatório, o qual incumbe à Administração o dever de comprovar: 1) a efetiva ocorrência do incremento patrimonial, 2) que ele é significativo/efetivamente desproporcional; 3) que este incremento é incompatível com as fontes de renda lícitas e conhecidas do servidor; 4) que ele não tem causa válida - outros rendimentos lícitos e conhecidos; e 5) que o incremento ou variação é fruto do período em que exerce ou exerceu mandato, cargo, emprego ou função pública. Após todas essas provas pela Administração, opera a presunção legal relativa de que o enriquecimento é ilícito e cabe ao servidor apresentar sua justificativa para o aumento patrimonial, no sentido de demonstrar a sua licitude, podendo, a título exemplificativo, desvincular o respectivo acréscimo patrimonial do exercício do cargo, de modo a, por exemplo, comprovar outra fonte de renda lícita. Se o servidor as apresenta, cabe à Administração avaliar a veracidade das explicações, para aceitá-las ou afastá-las, fundamentadamente, de acordo com a prova constante dos autos."*

Neste ponto, esgota-se a análise de todas as elementares do tipo definido no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992. Esta assertiva, primeiramente, significa ter analisado as elementares estabelecidas desde a redação original do dispositivo e que foram todas, integralmente, mantidas na sua redação atual, associadas à inter-relação que envolve a regra de ônus probante e a presunção legal relativa da configuração fática do ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de inconsistência patrimonial, ("*adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, bens de qualquer natureza, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público*"). E igualmente também significa ter analisado as elementares impostas pela Lei nº 14.230, de 2021 ("*e em razão deles*", "*decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo*" e "*assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução*").

É certo, por um lado, que as inovações redacionais impostas pelo legislador ordinário, obrigam maior esforço argumentativo de parte do aplicador do Direito, conforme feito ao longo deste tópico, para a imputação do ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento em razão de desproporção patrimonial. Mas, por outro lado, também é certo que as alterações operadas por meio da Lei nº 14.230, de 2021, independentemente do que se possa presumir de ter sido a nefasta *mens legislatoris*, não resultou, na *mens legis*, em redação final que tenha obrigado mudanças na praxe administrativa no trato da apuração deste espécie de ato ímprobo e tampouco nos entendimentos desde sempre consolidados nas fontes jurisprudenciais judicial e administrativa e na doutrina. Portanto, permance válido, em síntese, que, em tais casos, incumbe à Administração a comprovação objetiva do descalabro patrimonial em face das rendas e do patrimônio conhecidos do servidor, operando a presunção legal relativa de de que as vantagens ilícitas advêm do uso do cargo, com dispensa de prova dos atos funcionais infracionais antecedentes, recaindo sobre o acusado, à luz da regra da distribuição estática do ônus probante, a contrapartida de demosntrar a origem lícita de seus incrementos patrimoniais, sob pena da concretização, em prova, do cometimento da hipótese

em tela de ato de improbidade administrativa.

Ademais, é de se aplicar ao rito contraditório do processo disciplinar que apura a hipótese em tela de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, de forma análoga, a mesma construção que se apresentou em **2.5.3.2.5**, para a subfase investigativa da fase de admissibilidade, diante de desatendimento, parcial ou total, à intimação para que o acusado justifique o descompasso patrimonial sob apuração. Nesta passagem do texto, permite-se a liberalidade redacional para se dar amplitude ao termo "intimação", figurando aqui válido tanto no sentido inicial e estrito das intimações da comissão ao acusado para justificar suas inconsistências patrimoniais no curso da instrução processual quanto também no sentido derradeiro da citação para apresentar defesa, caso não tenha havido a convincente explicação e tenha se chegado ao momento processual mais adiante de indiciar o servidor.

Tendo intimado o servidor a se manifestar a fim de esclarecer as inconsistências patrimoniais detectadas, a comissão não pode se satisfazer tão somente com este seu questionamento e com a forma de a defesa reagir, devendo ir além da justificativa ofertada e, sobretudo, transcendendo o comodismo diante de eventual incompletude ou ausência de resposta. Afinal, a instrução, para merecer a rica adjetivação de probatória, precisa esgotar, contrapor e concatenar as diversas provas que podem demonstrar o descompasso patrimonial e por consequência amparar eventual indiciação (ou, obviamente, ao contrário, comprovar a regularidade patrimonial).

De um lado, não deve a comissão, de forma graciosa, acatar qualquer informação ou alegação desprovida de comprovação que porventura o servidor apresente, incumbindo ao trio questionar, ratificar ou retificar, por outros caminhos, a informação unilateralmente prestada pela defesa. E, de outro lado, que é o que mais se quer enfatizar aqui, também não cabe o colegiado, diante omissão parcial ou total de parte do acusado, admitir, apenas em razão desta lacuna instrucional, que sua obrigação de esclarecer o suposto enriquecimento ilícito, determinada pela autoridade instauradora desde a portaria de pessoal inaugural, já está cumprida.

O fato de o servidor, após ser intimado pela comissão, tentar se esquivar do ônus de apresentar justificativas patrimoniais plausíveis e convincentes e retornar com alegações insuficientes ou optar por nada atender do que lhe foi requisitado, no regular exercício de seu direito constitucional de manejar a amplitude de defesa com as ferramentas que bem entender (inclusive o silêncio) e de não se autoincriminar, não autoriza que o colegiado elabore a presunção legal relativa indicadora do enriquecimento ilícito por desproporção patrimonial. É de se relembrar que, no processo disciplinar, ausência de alegação ou de contestação de parte do acusado não autoriza que a Administração assuma como verdadeira ou como comprovada qualquer acusação, pois não prevalece que fato não contraditado seja considerado como admitido pela defesa. Tão somente a incapacidade ou até mesmo o desinteresse de o acusado apresentar suas argumentações a favor da licitude patrimonial não permite que o trio queime etapas, se desonere de suas incumbências de ofício, nada mais faça ou busque esclarecer e já passe a tratar como se presumida estivesse a hipótese de que aqui se trata de enriquecimento ilícito a ponto de poder indiciar o acusado.

Por um lado, não obstante não significar automática condenação, é inegável que o silêncio total ou parcial do servidor sempre repercute desfavoravelmente a seus próprios interesses no cotejo dinâmico de todo conjunto de provas ao fim da instrução processual, seja não atuando para a cabal comprovação da sua inocência quando a comissão não logrou comprovar a desproporção patrimonial, seja não se contrapondo à acusação quando o colegiado obteve a prova do descompasso patrimonial. Afinal, trata-se de procedimento contraditório no qual o acusado, como responsável e melhor conhecedor de suas próprias evolução e situação patrimonial, ao negligenciar ou se omitir e deixar de instruir os autos com

esclarecimentos e documentos que poderiam elucidar de imediato a questão, por deliberação e estratégia unicamente suas, abre mão de toda oportunidade concedida para prestar suas justificativas, permitindo que sua condição processual fique submetida, condicionada e sujeita aos elementos carreados unicamente pela comissão.

Mas, por outro lado, a insuficiência ou a total ausência de esclarecimentos por parte do servidor não poderá ser o único elemento informador, e sim apenas mais um, dentre tantos a serem sopesados na formação de convicção ao fim da instrução. A ausência ou a incompletude de resposta de parte da defesa somente atua em seu desfavor a ponto de influenciar na decisão de mérito condenatório se antes a comissão tiver logrado a parte que lhe incumbe, qual seja, de provar a desproporção patrimonial. A despeito do silêncio do acusado, ainda assim, compete ao colegiado trazer aos autos a prova material da desproporção patrimonial.

De acordo com a regra de ônus probante, se a defesa não diligencia nas provas que amparam suas alegações, o servidor corre o risco de ficar em situação desfavorável no momento do julgamento do processo. O desatendimento da parte que lhe incumbe em termos de ônus probante não lhe acarreta, de per si, um gravame ou uma sanção processual. É preciso deixar claro que atender a parcela que lhe cabe na distribuição estática de ônus probante é uma espécie de faculdade ou prerrogativa que as regras processuais ofertam às duas partes que litigam, a fim de buscar uma situação processual favorável diante do julgador, e não se confunde com uma obrigação. Mesmo na absoluta falta de resposta de parte do acusado, se mantém a obrigação de a Administração, por parte da comissão, indicar a desproporcionalidade patrimonial, uma vez que a repercussão jurídica desfavorável à defesa, na forma de condenação no processo, somente advém se, antes da omissão defensiva, a parte autora tiver suprido aquele seu ônus probante acusatório. Em outros termos, a ausência de respostas ou respostas insuficientes de parte do acusado às intimações da comissão podem conduzir à condenação se a comissão tiver logrado materializar nos autos a desproporção patrimonial ensejadora do enriquecimento ilícito, ou seja, se tiver cumprido com seu ônus probante. Caso a comissão não tenha logrado trazer tal prova aos autos, ou seja, não tenha cumprido com seu ônus probante, ainda que a defesa se mantenha inerte, em razão da ausência ou da insuficiência de prova condenatória, a decisão não será desfavorável ao servidor. De forma mais direta e antecipando a consequência final do inquérito administrativo, não é concebível que uma proposta de demissão seja ancorada exclusivamente na falta de justificativa de parte do servidor.

A inércia ou o descaso ou até mesmo o estratagema silencioso da defesa não significa, direta e inequivocamente, que a Administração atingiu o *standard* probatório, superou a presunção de inocência e cumpriu com a parte que lhe incumbe na distribuição estática do ônus probante. O trabalho da comissão deve se pautar, dinamicamente, pela conglobante atenção aos princípios da oficialidade e da busca da verdade processual, por um lado, mas, de outro, sem desprezar o princípio da presunção de inocência, que se irradia quando o *standard* probatório necessário não foi atingido (ou seja, quando resta no julgador dúvida razoável da imputação). Continua, inafastavelmente incumbindo, *ex officio*, à comissão, esgotar e exaurir todas as possibilidades de instrução para, por fim, na avaliação ponderada do conjunto probatório que integra os autos, demonstrar a existência de incompatibilidade patrimonial ante a falta de esclarecimentos por parte do servidor. Não se dispensa a Administração de cumprir a necessidade de carrear aos autos provas com suficiência explanatória que supere a dúvida razoável e de atender o seu inafastável ônus probante de demonstrar a desproporção patrimonial.

Aqui, mais uma vez, se trata de conceitos extraídos da teoria da prova, que se desdobram em duas possibilidades. Na primeira hipótese, se a comissão consegue suprir os autos com provas condenatórias capazes de fornecer - em primeiro momento a si mesma, para

indiciar - a suficiência explanatória e a qualidade de convencimento que não deixe restar dúvida razoável de que há desproporção patrimonial, atendendo ao *standard* probatório exigido no processo punitivo, ao mesmo tempo significa que restou vencida a presunção legal relativa de inocência que *a priori* se punha a favor do servidor. Superada esta garantia fundamental individual de molde constitucional, pode-se então compreender que o colegiado atendeu a parte que lhe cabia em termos de regra estática distributiva de ônus probante e restou autorizado a, sem inversão, operar a presunção legal relativa de que o acusado usou de cargo de forma irregular para enriquecer ilicitamente. Diante da provocação do trio, com a indiciação e com a citação, compete à defesa responder com contraprovas que afastem esta presunção legal relativa que lhe é desfavorável. Se a defesa se mantiver inerte e nada responder ou responder de forma nada convincente, a presunção legal relativa se concretiza em prova condenatória. Já na segunda hipótese, ao contrário, não tendo a comissão suprido o *standard* probatório exigido e não tendo superado a apriorística presunção de inocência, significa que não supriu a parte que lhe incumbia da regra distributiva de ônus probante e, mesmo que a defesa também tenha se mantido omissa, é de prosperar o brocardo do *in dubio pro reo* a fim de justificar o arquivamento por ausência de prova condenatória suficiente.

A cada caso concreto sob análise do aplicador do Direito, tendo se seguido o caminho interpretativo até aqui exposto, pode-se dizer que a conduta atende a todas as elementares do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, caso se queira acrescentar sua definição material ao inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, sejam aquelas advindas desde a redação original, sejam aquelas acrescentadas pela Lei nº 14.230, de 2021. Ao provar nos autos a aquisição de bem(ns) ou a realização de despesa(s) sem origem que a(s) justifique ou a existência de depósito(s) bancário(s) de origem não comprovada ou ainda, mais residualmente, a desproporcionalidade patrimonial em determinado período em relação a todas as origens conhecidas por meio exaustivo e pormenorizado em planilhas temporais, sempre em valor relevante, a Administração atende a todos os requisitos da literalidade do tipo. Se nada mais exige o tipo, permite-se atestar que restam comprovadas então todas as suas elementares e, com isto, não cabe ao agente administrativo, mero aplicador, exigir requisitos outros que a norma não previu (tal como a identificação de suposto ato funcional infracional antecedente do qual teria decorrido o enriquecimento ilícito), sob pena de até torná-lo inaplicável ou, no mínimo, de se considerá-lo dispensável, no sentido de que os demais incisos do citado art. 9º descrevem atos funcionais comissivos ou omissivos, sendo o inciso VII de aplicação residual, na instância civil. É sempre de se lembrar que a atividade hermenêutica não pode conduzir ao completo esvaziamento do conteúdo de uma norma ou de um dispositivo.

À luz daquela discricionária e tradicional praxe administrativa, a insistência na necessidade de se ter de comprovar o ato funcional infracional antecedente obrigaria a incabível constatação de que nada se teria inovado no ordenamento jurídico com o advento da Lei nº 8.429, de 1992, quase dois anos mais tarde que a Lei nº 8.112, de 1990, no que tange à tutela da conduta funcional. Isto porque esta Lei anterior já previa a hipótese de se comprovar o recebimento de vantagem indevida no exercício do cargo, em outro enquadramento (nos já mencionados incisos IX ou XII do seu art. 117, de valer-se do cargo em detrimento da dignidade ou de receber presente, propina, comissão ou vantagem em razão das atribuições legais), conforme doutrina da CGU.

> *"Assinala-se que se mostra desnecessária a comprovação do nexo causal do enriquecimento ilícito com o exercício da função pública. Caso fosse imprescindível tal prova para a caracterização do ilícito comentado, a comissão apuradora teria uma tarefa hercúlea, quase impossível de ser cumprida. Ademais, o inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429/92 é um tipo disciplinar autônomo e específico, independente do caput do mesmo dispositivo. Com isso, não é necessária a comprovação do recebimento de efetiva vantagem*

> *patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, prevista no caput do art. 9º, para a capitulação da conduta no inciso VII, posto ser independente.*
> *Além disso, exigir a comprovação do liame do enriquecimento ilícito com o cumprimento das funções públicas tornaria sem efeito a própria previsão do inciso VII, esvaziaria seu conteúdo, já que a conduta deixaria de ser nele inserta para configurar os ilícitos previstos no art. 117, IX ou XII, da Lei nº 8.112/90.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 318, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Se é assim e até para não contradizer a convicção extremamente robusta e fortalecida por diversas fontes (pela AGU, CNPAD/CGU/AGU, PGFN, CGU, jurisprudência e doutrina e pela visão conglobante do ordenamento enriquecido por convenções internacionais), se a configuração de prática de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de desproporção patrimonial independe da comprovação de qualquer outra infração cometida pelo servidor no exercício do cargo, por conseguinte, conforme já aduzido em **2.5.3.4** e em **4.2.2.1.2** (a cujas leituras se remete), eventual identificação de conduta que possa se caracterizar como ato funcional infracional antecedente deve gerar representação à autoridade instauradora, com o fim de inaugurar uma fase de admissibilidade específica, independentemente do processo disciplinar que já segue em curso para apuração daquele ato de ímprobo resultante. Aqui, se trata da hipótese pouco comum de, em determinado caso concreto, já no curso do inquérito administrativo para apuração do enriquecimento ilícito decorrente da incompatibilidade patrimonial, a comissão dispor não só da prova objetiva desta desproporção mas também detectar o ato funcional infracional de que decorreu o enriquecimento ilícito. Trata-se de outra infração, a merecer tratamento processual exclusivo e distinto, uma vez que não se deve misturar apuração de ato funcional com apuração de consequente enriquecimento ilícito.

Diante da ênfase com que se defende que o ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de desproporção patrimonial não é uma irregularidade associada ao exercício do cargo em si mas sim o resultado do ato funcional infracional antecedente e que sua comprovação independe da identificação deste ato de que decorreu a vantagem patrimonial indevida, soaria até incoerente manter as apurações destas duas materialidades independentes no curso de um mesmo procedimento. Se, no curso da apuração da hipótese em tela de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito vier à tona elemento informativo de cometimento de ato funcional infracional antecedente que propiciou o recebimento de vantagem indevida, esta conduta até pode configurar outro ato de improbidade administrativa que também importa em enriquecimento ilícito, a exemplo dos incisos III, V, IX ou X do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, ou configurar infração estatutária acima mencionada, de valer-se do cargo em detrimento da dignidade ou de receber presente, propina, comissão ou vantagem em razão das atribuições legais, sempre sem prejuízo da apuração original.

Não obstante, de outro giro, nada impede de, em determinado caso concreto, já no curso de processo disciplinar, a comissão dispor não só da prova objetiva da desproporção patrimonial mas também detectar condutas concretas perpetradas pelo servidor para tentar fazer parecer lícitos seus aportes patrimoniais. Destaque-se que aqui não se trata da hipótese anterior, de a comissão identificar o ato funcional infracional antecedente do enriquecimento ilícito (situação para a qual já se recomendou acima a elaboração de representação à autoridade instauradora, a fim de submissão deste novo conjunto fático a uma exclusiva fase de admissibilidade). Aqui se trata de outra hipótese, em que a comissão detecta, no inquérito administrativo, condutas posteriores ao ato ímprobo em si e à sua resultante desproporção patrimonial, em concurso material, com os quais guardam relação de conexão material

consequencial, conforma define o inciso II do art. 76 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP). Um exemplo desta situação, a ser abordado com detalhes em **4.7.4.4.4**, é quando o servidor se recusa a apresentar sua declaração de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (DIRPF) ou a apresenta com falsificação ou autoriza o acesso a esta declaração fiscal fraudada, conduta enquadrável no art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992.

Nesta hipótese peculiar e pouco comum, pode o colegiado enrobustecer ainda mais a sua convicção acerca da postura funcional de forte imoralidade do acusado e acrescentar estas condutas consequentes no termo de indiciação. Mas é necessário reiterar a desnecessidade apriorística deste aprofundamento e também advertir para o risco que o colegiado pode agregar ao processo se trouxer aos autos elementos não tão incontroversos e que permitam espaço para que a defesa tente fragilizar a convicção até então robusta apenas com os elementos objetivos do tipo civil e do decorrente enquadramento demarcados pelo descalabro patrimonial. É aceitável que o trio, uma vez convencido de possuir provas destas condutas concretas posteriores e conexas, as autue no processo, desde que esteja absolutamente seguro de que estes novos elementos apenas servirão como reforço e fortalecimento da convicção pré-existente acerca do ato ímprobo. Em outras palavras, no processo em que se apura a improbidade administrativa por enriquecimento ilícito em razão de desproporção patrimonial, pode-se autuar este tipo de prova que demonstra de forma ainda mais cabal a consciência do servidor acerca da natureza infracional de sua conduta ímproba, tão somente como ratificação inquestionável desta sua postura imoral de agir e não para a busca da imputação desta segunda materialidade.

Ainda na linha de valer-se da interpretação sistemática e histórica de todo o contexto jurídico que cerca o tema em análise, traz-se à tona o fato de que tramitam no Congresso Nacional (infelizmente com a lerdeza e com o descaso que marcam o Poder Legislativo sobretudo no que tange a controle da probidade administrativa) dois projetos de lei praticamente simultâneos, visando a tipificar o enriquecimento ilícito decorrente de desproporção patrimonial. As literalidades de ambos os tipos propostos ratificam a robustez do entendimento favorável à presunção legal relativa e à desnecessidade de comprovar o vínculo entre o descompasso patrimonial e o ato funcional infracional, pois projetam como elementar apenas a ostentação do patrimônio incompatível, sem referência a ato antecedente. O Projeto de Lei n° 5.586/2005, de iniciativa do Presidente da República, propõe a inserção do art. 317-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), definindo como crime de enriquecimento ilícito "*possuir, manter ou adquirir, para si ou para outrem, bens ou valores de qualquer natureza incompatíveis com sua renda ou com a evolução de seu patrimônio*". E o Projeto de Lei nº 5.363/2005, de iniciativa do próprio Poder Legislativo, propõe a inserção do art. 312-A ao CP, definindo como crime de enriquecimento ilícito "*possuir ou adquirir bens ou valores, o funcionário público, incompatível com a renda declarada anual, ou que não possam ser razoavelmente justificados por ele*".

De forma análoga como se contrapôs o tipo do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, com os enquadramentos nos incisos IX e XII da Lei nº 8.112, de 1990, cabe aplicar o mesmo questionamento, agora para a instância penal. É de se questionar o que se teria buscado inovar no ordenamento com as duas tipificações criminais propostas, se fosse necessário comprovar sua associação com atos do exercício do cargo, à vista de crimes contra a Administração Pública já existentes, tais como peculato, corrupção passiva, concussão, advocacia administrativa, dentre outros.

Concluindo esta linha de argumentação acerca da construção por trás do tipo civil definido no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, e da sua interpretação e da sua aplicação, eis outra manifestação da CGU, por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 8, de 9 de dezembro de 2014,

que também veio asseverar a desnecessidade de vinculação do enriquecimento ilícito com ato funcional.

> *Enunciado CGU/CCC nº 8, de 2014: "Art. 132, IV, Lei nº 8.112/90 c\c art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92. Ônus da Administração. Demonstração da desproporcionalidade. Nos casos de ato de improbidade que importem em enriquecimento ilícito pelo agente público, cujo valor seja desproporcional à evolução do seu patrimônio ou à sua renda, compete à Administração Pública apenas demonstrá-lo, não sendo necessário provar que os bens foram adquiridos com numerário obtido através de atividade ilícita."*

É óbvio que, ao longo de décadas, desde a sanção da Lei nº 8.112, de 1990, o ordenamento evoluiu, migrando da busca da conduta funcional antijurídica em si, de ação ou de omissão, perpetrada na condição de servidor no exercício do cargo - e que nem sempre é operacionalmente viável de se comprovar, sobretudo nas práticas de natureza omissiva -, para o foco sobre o resultado ilícito obtido com esta conduta. Assim, reforça-se a compreensão de que o tipo civil do inciso VII em tela possui natureza residual, pois incide exatamente quando não se tem a comprovação do ato funcional ímprobo (ou irregular de qualquer outra espécie) antecedente, que encontraria definição específica em algum outro inciso do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, (ou que mereceria enquadramento específico na Lei nº 8.112, de 1990) e do qual decorreu o enriquecimento ilícito. Trata-se de tipificação que não alcança o ato funcional infracional antecedente em si, mas sim apenas o resultado final da conduta, que é o descompasso patrimonial detectado em decorrência de aquisição de bem(ns) ou de realização de despesa(s) sem lastro em origens conhecidas ou de depósito(s) bancário(s) sem origem comprovada ou ainda, mais residualmente, de desproporcionalidade patrimonial em determinado período em relação a todas as origens conhecidas por meio exaustivo e pormenorizado em planilhas temporais, sempre em valor relevante. Em síntese, não sendo possível comprovar a infração funcional - posto este tipo de conduta sempre ser realizada às ocultas, de forma dissimulada e não raro em conluio de interesses escusos com o contribuinte -, resta passível, no atual ordenamento, a sanção do fato a ele consequente, que é o descalabro patrimonial ostentado pelo infrator.

Por fim, é importante registrar que o fato de este tipo civil ter natureza residual em face das demais definições materiais de atos de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em nada minora sua relevância jurídico-social. Ao contrário, a hipótese em tela de ato ímprobo, configurada diante do disparate patrimonial ostentado pelo agente público de remuneração fixa, conhecida e custeada pelo conjunto de contribuintes, tem imenso impacto na credibilidade do setor público diante da sociedade e é alvo de elevado grau de repulsa e de intolerância. A correta interpretação, conforme exposta detalhadamente ao longo de todo o tópico **4.7.4.4.3** e em seus subtópicos não só assegura ampla gama de aplicabibilidade ao inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, sem engessamentos defensivistas, como também equilibra o salutar jogo de freios e contrapesos entre o poder-dever de o Estado agir e os direitos e garantias fundamentais individuais estampados no art. 5º da CF. O esforço de parte de todos os operadores do Direito para sedimentar a melhor exegese do dispositivo compensa e frutifica ao disponibilizar uma efetiva ferramenta de combate ao grave desvio de conduta e à corrupção em sentido amplo, demarcado por quebra de integridade e por mácula de caráter. No paralelismo entre a gravidade da atuação funcional eivada de intolerável grau de imoralidade e a reação que a sociedade espera do Estado, é imprescindível que a atuação correcional se ampare na aprofundada interpretação histórico-teleológica do dispositivo, não se limitando à superficial e apressada leitura meramente literal de sua redação.

4.7.4.4.3.c - Aplicação do Tema da Desproporção Patrimonial Especificamente no Ambito do

Sistema Correcional da RFB

Tendo sido apresentada em **4.7.4.4.3.b** a abordagem ampla e genérica acerca da construção, da interpretação e da aplicação discricionária, se assim achar pertinente a comissão de inquérito, do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa - LIA), em acréscimo ao inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no presente tópico foca-se mais de perto na realidade do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) e na sua linha evolutiva no tema de apuração de enriquecimento ilícito em decorrência de desproporção patrimonial.

Neste rumo, atesta-se que a inteligência que ampara a construção teórica e o emprego concreto do método de rastreio patrimonial restrito, descrito detalhadamente em **2.5.3.2.5**, em nada subverte ou prejudica a interpretação tanto literal quanto teleológica e sistemática do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, bem como a base principiológica que o ilumina. O simples fato de a comissão de inquérito eleger como necessária e suficiente a identificação de determinada(s) aquisição(ões) de bem(ns) ou realização(ões) de despesa(s) não respaldada(s) por origens conhecidas ou de determinado(s) depósito(s) sem origem que o(s) justifique, todos de relevante monta, para considerar comprovado o enriquecimento ilícito, não desmente o pilar sobre o qual se construiu e se mantém a aplicação daquele dispositivo legal, de que primeiramente cabe à Administração o ônus de comprovar o descompasso patrimonial do acusado. Suprida esta parcela da regra distributiva de ônus probante a cargo da comissão inquérito, o dispositivo autoriza a construção da presunção legal não absoluta, mas sim ainda relativa e afastável à vista da prerrogativa do contraditório, de que o acusado incorre na hipótese em tela de enriquecimento ilícito.

É certo que o caminho para chegar a este ponto independe do método escolhido para detecção do descompasso patrimonial. Não se confunda a definição material em si da hipótese de enriquecimento ilícito contida no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, com um dos métodos procedimentais utilizado para sua comprovação. O conceito desta hipótese de ato de improbidade administrativa é estanque em si mesmo, materialmente falando - até porque, ao menos em gênero, a rigor, advém, de forma autônoma, desde sempre, do § 4º do art. 37 da Constituição Federal (CF) e do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990. A escolha do método, seja tradicional indireto, sejam completo ou restrito diretos, é mera instrumentalidade para ao conceito se chegar. Como é sabido de toda instância ou subinstância processual, a procedimentalização, a ritualística, enfim, a instrumentalidade não sobrevivem por si só; a metodologia somente existe como fim de se atingir a dicção do Direito material. Se a aplicação do método do rastreio patrimonial restrito, inclusive em sua forma mais concentrada, é validada pela presunção legal relativa que a definição do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, constroi e permite utilizar, também restam validadas as aplicações do método do rastreio patrimonial completo (ou qualquer outra procedimentalização aqui não prevista que não siga a tradicional metodologia exaustiva e ao final indireta e meramente subtrativa de origens e aplicações) e, ainda com mais certeza, do método tradicional.

Com foco naquela assunção bastante pragmática da condução processual, sobretudo do método do rastreio patrimonial restrito, construindo a comissão de inquérito suas primeiras cognições válidas acerca do conjunto de elementos informativos autuados na fase de admissibilidade, cabe-lhe então, desde o início da instrução probatória, com a notificação inicial da condição de acusado, em esperada - e até mesmo socialmente cobrada - postura proativa e comissiva, exercitar seu regular poder-dever de intimar o servidor a cumprir o dever inerente à sua condição de agente público, de explicar sua surpreendente ostentação patrimonial. Em outras palavras, o colegiado oferta ao acusado a possibilidade de se justificar, diante dos elementos informativos de irregularidade patrimonial existentes no processo. Caso, até o interrogatório que encerra a busca de provas, o servidor não tenha apresentado os

esclarecimentos necessários para aclarar sua situação patrimonial e os elementos de prova encartados aos autos forem suficientes para configurar o descompasso patrimonial, eis que, ao final da instrução probatória, qualquer que seja a instrumentalidade empregada, enfim, após a concatenação destes elementos, deve o trio processante lavrar sua convicção preliminar na indiciação. Independentemente se se chegou a este ponto concentradamente por determinada(s) aplicação(ões) ou origem(ns) destoante(s) diretamente do senso comum e mediano como comportável(is) na realidade patrimonial do servidor ou indiretamente por detalhado planilhamento patrimonial, de forma absolutamente igual, aí está o necessário e suficiente pré-requisito que o inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, exige de parte da Administração, como a parcela que lhe incumbe na regra distributiva do ônus probante, para que esta possa assumir a presunção legal relativa e afastável da configuração do ato de improbidade administrativa causador de enriquecimento ilícito em razão de descompasso patrimonial, passando à defesa a parte que lhe incumbe na mesma regra.

O que aqui se destaca é o ônus da primeira comprovação, a cargo da Administração de que, a desfavor do servidor, há provas de aquisição de bem(ns) ou de realização de despesa(s) ou de existência de depósito(s) sem origem comprovada (ou de variação patrimonial desproporcional - VPD indiretamente detectada), sempre de relevante valor. Conforme exposto em **4.7.4.4.3.b**, se mantém a máxima de que cabe inicialmente à Administração a prova do descompasso patrimonial, para somente então, sem qualquer supressão de direitos e garantias fundamentais individuais de molde constitucional ou inversão de ônus probante, à vista da presunção legal relativa (de natureza fática apenas acerca de elementar do tipo e que em nada se confunde com presunção de culpabilidade) e afastável, indiciar o acusado, enquadrando a infração no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, e, se assim quiser, com a definição dada pelo inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, e, ato contínuo, citá-lo para apresentar sua peça escrita de defesa, em respeito à regra da distribuição estática do ônus probante.

A defesa escrita é a última e mais solene oportunidade (tanto que é indisponível), na amplitude de defesa e na inafastabilidade do contraditório, no curso do inquérito administrativo, para que o servidor, no exercício da sua parcela de ônus probante, se manifeste acerca do descompasso patrimonial comprovado e busque afastar aquela presunção legal relativa que lhe é desfavorável. Nesta fase, resta ao agente público, como última oportunidade, trazer elementos sólidos e hábeis para atestarem o contrário, comprovando a licitude de sua situação ou, ao menos, que o descompasso patrimonial não adveio do uso do cargo. Para convencer da regularidade da evolução de seu patrimônio, o indiciado terá de comprovar como licitamente adquiriu o(s) bem(ns) ou como realizou a(s) despesa(s) ou qual a origem do(s) depósito(s), que *a priori* destoava(m) como desproporcional(is). Meras alegações vazias, desamparadas de provas, e ilações sem nenhuma plausibilidade, desprovidas de senso de realidade e de razoabilidade, não devem ser graciosamente acatadas pela comissão de inquérito.

É importante esta ressalva, para que uma leitura apressada não confunda a evolução procedimental experimentada desde o método indireto tradicional até o método direto do rastreio patrimonial restrito com uma suposta supressão da inafastável segurança jurídica em que o tema em apreço se funda.

Em suma, não cabe insegurança, de parte do agente do sistema correcional, em aplicar qualquer método de detecção do enriquecimento ilícito descrito em **2.5.3.2.5**; e tampouco é de se dar azo a eventuais críticas de parte do servidor instado a justificar sua regularidade patrimonial, sobretudo e mesmo quando se adota o método do rastreio patrimonial restrito. O detalhado planilhamento de exaustivo cálculo de VPD, na forma de demonstrativos item a item de aplicações e de recursos em todo um período de aferição, nem é necessário e nem é a única metodologia válida e suficiente para detecção do enriquecimento ilícito.

À vista do aprimoramento por que passou o ordenamento jurídico desde a sanção da Lei nº 8.112, de 1990, cabe realçar a mudança - ou, no mínimo, a bipartição - do foco da atuação correcional, passando a buscar o sancionamento não apenas do ato funcional infracional em si mas também do resultado material delituoso obtido pelo infrator com sua conduta. Diante da natureza residual do ato de improbidade administrativa decorrente de desproporção patrimonial, o resultado material a que aqui se refere é justamente o enriquecimento ilícito. Pode-se mesmo afirmar e reconhecer que aí reside uma verdadeira mudança de paradigma da atuação correcional na RFB. Cada vez mais aprimoram-se os modelos, as técnicas e os métodos de tratamento investigativo de notícias individualizadas de enriquecimento ilícito e de acompanhamento patrimonial do quadro funcional e de detecção de desproporção patrimonial, o que significa uma migração dos esforços da tradicional busca do ato ilícito nos mais diversos macroprocessos de trabalho internos (por vezes de difícil comprovação, sobretudo quando a conduta funcional é omissiva) para a busca do resultado patrimonial obtido com a ilicitude.

Já que foram mencionados acima e na linha em que se introduziu em **4.7.4.4.3.a**, em função de o presente tema guardar forte correlação com a matéria fiscal, torna-se relevante destacar que, como é comum na Administração Pública federal, o Regimento Interno da RFB divide as competências de acordo com as diversas áreas de atuação administrativa interna - a que a nomenclatura atual se refere como macroprocessos de trabalhos, em atualização do termo historicamente empregado, de divisão em "sistemas" especializados (citam-se, como exemplos, além da atuação correcional, as áreas de controle aduaneiro, de fiscalização, de atendimento, de arrecadação, de gestão do crédito tributário, de pesquisa e investigação, de gestão de pessoas, de materiais e logística, de tecnologia da informação, etc). Com isto, enquanto a subinstância fiscal é tratada por algumas unidades centrais e por suas projeções, a subinstância disciplinar é de competência exclusiva da Corregedoria (Coger) e dos Escor. Ou seja, mesmo nos limites internos da via administrativa, reflete-se a máxima da independência das subinstâncias, preservando-se a autonomia das competências e das áreas de atuação.

Não obstante, a princípio, até pareceria mais razoável que também restasse afastada a subinstância disciplinar se o processo de trabalho especializado, mais experiente e capacitado em matéria fiscal, usando as ferramentas legais de que dispõe, não lançasse crédito tributário em decorrência de procedimento fiscal instaurado com o fim de apurar omissão de rendimento, contra o servidor, quando este se investe na condição de contribuinte perante o Fisco, ou até nem mesmo instaurasse em virtude de decadência. Todavia, à vista da máxima da independência das subinstâncias ora defendida, na hipótese acima, o fato de o servidor não ter contra si o lançamento do crédito tributário não necessariamente afasta instauração do apuratório disciplinar, se for o caso, uma vez que tal fato não pode ser interpretado como se a Administração tivesse referendado o possível ato infracional de enriquecimento ilícito. Tanto é que aqui se defende que o reflexo disciplinar da hipótese de enriquecimento ilícito em tela não se dá sob os mesmos critérios e métodos apuratórios advindos da subinstância fiscal, sobretudo como é o caso do desenvolvimento e da aplicação do método do rastreio patrimonial restrito, que, em síntese, dispensa o planilhamento detalhado de avaliação da evolução patrimonial ao longo de determinado período.

Analogamente, o fato de a instância fiscal ter procedido ao devido lançamento para determinado contorno fático não supre a suposta ilicitude disciplinar e não interfere em nada no ato de a autoridade competente, após o devido processo legal, punir o servidor também com pena estatutária, independentemente de ter havido ou não o pagamento do tributo lançado, não se configurando *bis in idem*. Não obstante, neste caso, para instruir a instância disciplinar, pode-se aproveitar elementos informativos ou provas já coletadas no rito fiscal, como elementos compartilhados ou provas emprestadas e válidas (com exceção de dados bancários, cujo uso depende de autorização expressa do próprio ou de autorização judicial, conforme já se expôs em **4.4.12.5**), desde que se notifique o acusado da juntada aos autos, a

fim de que ele possa contraditá-las, pela primeira vez ou novamente. Da mesma forma, o lançamento fiscal não necessariamente impõe repercussão disciplinar se esta não é cabível à luz da legislação correcional. Nesta linha de independência das substâncias, também já se manifestou a PGFN.

> *Parecer PGFN/CDI n° 813/2005: "15. Outra questão que vem sendo objeto de muita discussão diz respeito ao conceito de infração funcional, tal como se extrai do art. 148 da Lei 8.112, de 1990. Pela simples leitura, parece mais fácil interpretar literalmente o referido dispositivo legal. De qualquer sorte, é razoável inferir que o tipo funcional deva, necessariamente, possuir alguma relação fática com o exercício do cargo publico, o que não se confunde com a responsabilidade do acusado em razão da mera titularidade ou nomenclatura do cargo público. Logo, quanto às obrigações fiscais, estão em pé de igualdade o Auditor Fiscal da Receita Federal, o Técnico em Educação ou o trabalhador da iniciativa privada. O que deve ser comprovado é que a norma tida como violada pelo servidor (arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112, de 1990) refere-se ao cometimento de atos irregulares praticados no estrito cumprimento da função pública, ou seja, aqueles exigidos pela Administração Fazendária para serem regularmente desempenhados, em princípio, no âmbito do respectivo órgão de exercício (IRF/SP). É nesse contexto que afirmamos ser necessária a existência do nexo causal mínimo. Aliás, outros dispositivos da mencionada Lei de regência corroboram esse entendimento. A título de exemplo, podemos citar o art. 121 (o servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições) e o art. 122 (a responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omisso ou comissivo."*

Por outro lado, a aplicação da punição disciplinar vinculada ao ato infracional de enriquecimento ilícito não supre o devido lançamento em instância fiscal, de crédito tributário decorrente de procedimento em que se apurou omissão de rendimento. Da mesma forma, a repercussão disciplinar não necessariamente impõe lançamento fiscal se este não é cabível à luz da legislação tributária. Também, como última manifestação da máxima da independência das subinstâncias, tem-se que eventual comprovação de que o descompasso patrimonial tem origem dissociada do uso indevido do cargo afasta apenas a responsabilização disciplinar, não tendo o condão de afastar eventual repercussão fiscal.

Tanto é verdadeira a independência do resultado da apuração em subinstância fiscal da apuração disciplinar por ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, independentemente do método empregado, que o ordenamento a estabelece de forma expressa. O Decreto nº 10.571, de 9 de dezembro de 2020, que disciplina a apresentação da declaração de bens de que trata o art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, prevê, para todos os órgãos do Poder Executivo federal, que os indícios daquela espécie de ilícito sejam inicialmente apurados por meio de sindicância patrimonial e, se for o caso, posteriormente, por meio do processo disciplinar. Na sequência do ordenamento, a Portaria Normativa (PN) CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022, em seu art. 56, determina que, ao final do rito investigativo, a apuração seja informada não só à RFB, para que esta exerça sua exclusiva competência na matéria fiscal, como também a outros órgãos, para que estes exerçam as respectivas competências de suas esferas de atuação (como é o caso do MPF, do Tribunal de Contas da União (TCU), do Conselho de Controle das Atividades Financeiras (Coaf, a unidade de inteligência financeira - UIF brasileira) e da própria CGU, caso a sindicância patrimonial não tenha sido processada em seu âmbito). Ou seja, verifica-se que o Decreto, voltado à regulamentação da situação genérica de servidor de qualquer órgão, determina que a RFB somente venha a ser provocada acerca do resultado final da investigação para que, em acréscimo às possíveis e independentes repercussões disciplinares, verifique, à luz de sua específica e exclusiva competência fiscal, a existência ou não de crédito tributário a ser lançado, em decorrência de omissão de rendimento.

> *Decreto nº 10.571, de 2020 - Art. 13. A análise das declarações poderá ensejar, após o procedimento disposto no art. 11 e no inciso I do caput do art. 12, a instauração de sindicância patrimonial ou, conforme o caso, de processo administrativo disciplinar, caso haja fundado indício de evolução patrimonial incompatível com os rendimentos auferidos de modo legítimo e comprovado.*
> *Art. 14. A sindicância patrimonial consiste em procedimento administrativo, sigiloso e não punitivo, destinado a investigar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agentes públicos federais, inclusive evolução patrimonial incompatível com os seus recursos e disponibilidades por eles informados na sua declaração patrimonial.*
> *§ 1º O prazo para conclusão da sindicância patrimonial é de trinta dias, contado da data de sua instauração.*
> *§ 2º O prazo de que trata o § 1º poderá ser prorrogado pela autoridade instauradora.*
> *§ 3º Após a conclusão da apuração no âmbito da sindicância patrimonial, será elaborado relatório conclusivo sobre os fatos apurados, que deverá conter recomendação à autoridade instauradora:*
> *I - pelo arquivamento dos autos; ou*
> *II - pela instauração de processo administrativo disciplinar, caso tenham sido identificados indícios de autoria e de materialidade de enriquecimento ilícito por parte do agente público federal investigado.*
>
> *PN CGU nº 27, de 2022 - Art. 56. Confirmados os indícios de enriquecimento ilícito, a autoridade julgadora dará imediato conhecimento do fato ao Ministério Público Federal, ao Tribunal de Contas da União, à CGU, à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras e à Advocacia-Geral da União.*

Em síntese, as duas subinstâncias administrativas em tela, disciplinar e fiscal, cuidam de diferentes tutelas: enquanto a subinstância fiscal se satisfaz precipuamente com a submissão, à tributação, da renda, a instância disciplinar avança, requerendo ainda a comprovação de que a variação patrimonial é compatível com os rendimentos auferidos e declarados pelo servidor e com suas demais origens conhecidas. Reitera-se que não há que se confundir as distintas - embora simultâneas - linhas de atuação estatal, a fiscal e a correcional. O mesmo Estado, por meio da Administração, tanto cumpre seus múnus públicos associados à arrecadação tributária, exercidos em âmbito federal pela RFB, quanto deve controlar a regularidade interna de seus servidores, por meio dos órgãos integrantes do SisCor. Embora, no âmbito da RFB, as duas competências institucionais se exercitem e se manifestem simultaneamente, pelas respectivas atuações dos processos de trabalho de fiscalização e de correição, não se confundem. Quando a Administração investiga ou apura a situação patrimonial de seu servidor, torna-se irrelevante a simultânea condição mais genérica de este agente também ser contribuinte. A jurisprudência ratifica este entendimento.

> *STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Bendito Gonçalves, Mandado de Segurança nº 20.556/DF, DJe 01/12/2016, Ementa: "3. As instâncias penal e administrativa são independentes, sendo que a única vinculação admitida ocorre quando, na seara criminal, restar provada a inexistência do fato ou a negativa de autoria. Hipótese em que o impetrante foi absolvido por falta de dolo de lesar o Sistema Financeiro Nacional (art. 22, parágrafo único, da Lei 7492/86) ao remeter divisas ao exterior, o que não é incompatível com sua condenação pela infração disciplinar consistente em amealhar patrimônio a descoberto quando do exercício das funções de Auditor da Receita Federal (art. 132, IV da Lei n. 8.112/90, combinado com art. art. 9º, VII da Lei 8429/92). Precedentes. 4. Decisão administrativa acerca da inexigibilidade de tributo em virtude de remessa de divisas para o exterior que não vincula a decisão administrativo-disciplinar acerca da falta funcional. Instâncias independentes."*

O entendimento acima se sedimenta ao se trazer à tona, figurativamente, três situações exemplificativas em que se pode cogitar do que mais especificamente se cuida no presente tópico, ou seja, de enriquecimento ilícito configurado na instância disciplinar como espécie de ato de improbidade administrativa, que não se vincula a lançamento de créditos tributários em procedimento fiscal em que se apurou omissão de rendimento.

Em uma primeira hipótese, o servidor-contribuinte aufere e declara determinada renda, ofertando-a à tributação (aqui pouco importando a origem desta renda, segundo o brocardo tributário do *pecunia non olet* - dinheiro não tem cheiro -, consagrado no art. 118 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN), segundo o qual a definição legal do fato gerador independe da validade jurídica e dos efeitos do ato praticado pelo contribuinte e até mesmo de ser ou não lícita ou moral a fonte de rendimentos), e paga o devido imposto. Nas duas demais hipóteses, o servidor-contribuinte omite da tributação a renda auferida e, uma vez sujeito à ação fiscal, consegue ou não demonstrar a origem desta renda não declarada.

Reflete-se a consagrada independência das subinstâncias ao se perceber que, embora nas três hipóteses acima haja diferentes repercussões fiscais, sob ótica correcional, em princípio, as três situações pouco diferem caso acarretem apuração disciplinar, uma vez que, em todas, indistintamente, deverá o servidor afastar a presunção legal relativa, demonstrando que a variação patrimonial não decorreu do uso indevido do cargo.

Melhor descrevendo e reforçando o que se expôs, resta inquestionável a independência das subinstâncias fiscal e disciplinar. De um lado, na seara tributária, enquanto na primeira hipótese sequer se configura ilícito fiscal, nas duas outras hipóteses em que a renda não é declarada não só haverá repercussões fiscais como elas poderão até ser diferentes entre si, uma vez que são possíveis diferentes entendimentos, por parte da autoridade fiscal (uma, de que a existência de dolo, fraude ou simulação pode ensejar a aplicação de multa qualificada de 150% sobre o imposto e de representação fiscal para fins penais, por crime em tese contra a ordem tributária, previsto na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990; na outra.de que eventual omissão de rendimentos de origem não comprovada pode ensejar apenas aplicação da multa de ofício de 75% sobre o imposto, nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. De outro lado, na seara disciplinar, a ausência de comprovação de origem da variação patrimonial acarreta, nas três hipóteses, a mesma repercussão expulsiva.

Reforça-se a tese da independência das subinstâncias com a argumentação de que, enquanto, de um lado, o § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996 (com os valores alterados pelo art. 4º da Lei nº 9.841, de 31 de agosto de 1997), permite que não se considerem, para fim de omissão de rendimentos, os créditos inferiores a R$ 12.000,00 cujo somatório dentro de um ano-calendário não ultrapasse o montante de R$ 80.000,00, de outro lado, para a subinstância disciplinar, a ocorrência de depósitos daquela monta em conta bancária de um servidor e sem origem declarada deve ser objeto de atuação correcional. Não cabe aplicar à subinstância disciplinar - aqui interessada justamente na origem de rendimentos - aquele preceito estritamente voltado às tutelas fiscais e que apenas pondera a relevância da renda a ser submetida à tributação, permitindo uma postura de seletividade antes de fazer mover a subinstância fiscal por créditos tributários que poderiam ser de pequena monta para os interesses do Fisco mas que poderiam ser valores relevantes para a subinstância disciplinar em virtude de não terem origem definida. É certo que, em subinstância disciplinar, pode-se dispensar a comprovação de origem de determinados depósitos em conta bancária do servidor que possam ser tomados como irrelevantes. Mas isto em nada se confunde com aplicação irrestrita dos preceitos fiscais contidos no § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, ao se fazer uma análise patrimonial sob ótica disciplinar do servidor. A jurisprudência sinaliza na mesma linha.

STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Humberto Martins, Mandado de

Segurança nº 18.090/DF, DJe 21/05/2013, Ementa: "7. Na esfera administrativa, o proveito econômico auferido pelo servidor é irrelevante para a aplicação da penalidade, pois o ato de demissão é vinculado, nos termos do art. 117, c/c o art. 132 da Lei nº 8.112/90, razão por que é despiciendo falar em razoabilidade ou proporcionalidade da pena."

Uma vez que a Lei nº 9.430, de 1996, "*Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta*" e a topografia do seu art. 42 insere-se no Título "*Depósito Bancário*", inserido na Seção IV "*Omissões de Receita*" do Capítulo IV "*Procedimentos de Fiscalização*", tem-se inequívoco que o dispositivo legal em comento destina-se a orientar a fiscalização tributária, não cabendo extrapolar seu comando vinculante para a subinstância correcional.

Em outras palavras, os parâmetros que a Lei nº 9.430, de 1996, estabeleceu para que a instância fiscal não considere depósito bancário de origem não comprovada como omissão de rendimento relevante a ponto de justificar a atuação fiscal não necessariamente também vinculam a subinstância correcional. Os critérios da administração tributária, balizadores do interesse de ação do Fisco, não se impõem em outras linhas de atuação estatal. Até porque é de se reiterar o que já se aduziu acima, quando se discorreu sobre o fato de o inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, ao positivar o enriquecimento ilícito decorrente de desproporção patrimonial, embutir um conceito jurídico indeterminado: diante da tutela da subinstância disciplinar (qual seja, a licitude da origem dos rendimentos), não é viável se adotar um limite quantitativo genérico, inflexível e impessoal, já que os agentes públicos que poderiam - apenas *ad argumentandum* - ser atingidos pela Lei nº 9.430, de 1996, desdobram-se em inúmeros cargos, com os mais diversos padrões de remuneração, e devendo-se ainda serem sopesados de acordo com as peculiaridades e individualidades de cada caso em concreto.

Ainda nesta senda, tampouco cabe interpretar que o Parecer PGFN/CDI nº 1.986/2006, já mencionado em **4.7.4.4.3.b** em razão da sua qualidade de ter estabelecido critérios indicadores da hipótese de enriquecimento ilícito em tela, autorizaria se tomar individualmente cada um dos depósitos em conta bancária do servidor inferiores a R$ 12.000,00 para considerá-los de pequena monta em confronto com o conceito de enriquecimento ilícito. De um lado, é certo que o Parecer aduziu a necessidade de se ter um valor relevante de enriquecimento ilícito, independentemente do método de aferição. Mas, de outro lado, a conclusão da significância do valor em face do conceito de enriquecimento ilícito somente deve ser feita em visão conglobante da situação patrimonial.

Assim, na linha de raciocínio aqui iniciada, com base em depósitos em conta bancária, somente se deve concluir pela relevância ou não do enriquecimento após se totalizar o montante relativo ao somatório dos depósitos sem origem identificada. Ou seja, não é o valor isolado de determinado(s) depósito(s) - como, por exemplo, depósito(s) inferior(es) a R$ 12.000,00 - que deve ser confrontado com o conceito jurídico indeterminado de enriquecimento ilícito, mas sim o valor correspondente ao total de depósitos sem origem comprovada, bem como sua representatividade e sua frequência ou ainda outros fatores que se possam demonstrar relevantes.

E o mesmo tipo de entendimento, a favor da espera para se ter a visão final e conglobante da situação patrimonial, também indica que não se pode desconsiderar determinada origem ou aplicação de recursos com base no Parecer PGFN/CDI nº 1.986/2006.

A diferenciação entre as subinstâncias fiscal e disciplinar ainda mais se evidencia ao se lembrar que, para a primeira, é indiferente a origem da renda a ser tributada, enquanto, na segunda, é justamente a origem da renda que importa para configurar ou não ato de improbidade administrativa. Omitir rendimento à fiscalização tem efeito diferente de ter um rendimento decorrente de atitude ímproba no exercício do cargo. Se o servidor-contribuinte consegue comprovar uma origem dissociada do cargo para a renda intencionalmente omitida,

por um lado, não haverá imputação disciplinar, mas, por outro lado, esta justificativa da origem será inócua para fim fiscal, uma vez que, para esta instância, a origem é indiferente, pelo já aduzido brocardo do *pecunia non olet*, estampado no art. 118 do CTN.

Na esteira da inequívoca conclusão a favor da independência das subinstâncias fiscal e disciplinar, o fato de o servidor, na condição de contribuinte, já ter entregue sua declaração de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (DIRPF) há mais de cinco anos em nada se confunde com prescrição da punibilidade disciplinar decorrente de enriquecimento ilícito configurado ou comprovável por meio daquela declaração. Em outras palavras, a simples entrega da DIRPF, como cumprimento de obrigação tributária, em nada autoriza a se cogitar de que a Administração tenha tomado conhecimento de irregularidade configurada naquela declaração. As jurisprudências judicial e administrativa asseguram tal assertiva.

> *STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Mandado de Segurança nº 19.533/DF, DJe 05/06/2013, Ementa: "4. A entrega da declaração de rendimentos tem natureza jurídica de obrigação tributária acessória, com finalidade eminentemente fiscal, não gerando presunção de conhecimento, pela Administração, de irregularidade perpetrada pelo servidor que a presta."*
>
> *Parecer PGFN Coged nº 406/2013: "17. (...) Verifica-se que a autoridade competente somente teve ciência dos fatos em 04 de julho de 2006, após a conclusão do trabalho rotineiro de auditoria, ocasião em que foi averiguada a existência de indícios de irregularidades em relação ao acusado. Assim, o termo inicial da prescrição é a data do relatório de auditoria patrimonial (...), momento em que foram concretizados perante a Administração indícios de irregularidades.*
> *18. Quanto à tese de que a pretensão da Administração estaria prescrita porque já se passaram mais de 5 anos da entrega das declarações de imposto de renda, confunde a defesa o prazo prescricional aplicável à homologação de lançamento de crédito tributário (art. 150, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional) com aquele definido no art. 142, parágrafo 1º, da Lei nº 8.112, de 1990, referente à apuração disciplinar. Como já dito, a autoridade competente somente teve ciência dos fatos com a conclusão da auditoria patrimonial, a qual foi comunicada em 04 de julho de 2006, momento em que se verificou indícios de evolução patrimonial a descoberto."*

E de outra forma não poderia mesmo ser. Além de novamente se realçar a independência das subinstâncias, aqui especificamente acerca do instituto da prescrição (são fortemente distintos os respectivos regramentos prescricionais) e do exclusivo instituto da decadência tributária, busca-se também amparo na leitura sistemático-teleológica das Leis nº 8.429, de 1992, e nº 8.730, de 10 de novembro de 1993. Ambas Leis, mais especificamente em seus respectivos art. 13 e arts. 1º a 3º e 6º, que será exposto em **4.7.4.4.4**, comungam da inteligência de controle especial sobre a situação patrimonial dos agentes públicos em geral, conforme menciona a jurisprudência. O Fisco pode até não mais ter poder para impor qualquer exigência ao servidor-contribuinte, em razão da prescrição ou da decadência, mas os critérios prescricionais disciplinares são outros e são fortalecidos pelo forte interesse público residente no controle patrimonial dos quadros funcionais.

> *STJ, Quinta Turma, Ministro Relator Jorge Mussi, Recurso Especial nº 1.389.214/DF, DJe 15/06/2016, Ementa: "3. Todos os agentes públicos têm obrigação legal de manter a administração pública atualizada acerca dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, sujeitando-o à pena de demissão caso se recuse a prestar a respectiva declaração ou a fizer falsa, conforme preceitua o artigo 13, § 3º, da Lei n. 8.429/92, exsurgindo daí a possibilidade da falsificação atribuída ao recorrido ter potencialidade lesiva que extrapola a esfera tributária."*

Com efeito, sobre o agente público, aliado ao instituto da prescrição disciplinar (que pode se refletir em um prazo bem mais extenso que o fiscal, pois somente se deflagra em um momento sobre o qual não se tem controle ou previsibilidade, que é o conhecimento do fato pela autoridade com competência correcional), recai um compromisso e uma obrigação naturais de ter de preservar comprovantes de sua vida patrimonial por um período que extrapola suas obrigações de mero contribuinte diante do Fisco e da legislação tributária.

E, independentemente da improcedente alegação de suposta prescrição da punibilidade disciplinar em razão de informações fiscais já declaradas há mais de cinco anos, é de se reiterar integralmente à presente passagem a argumentação apresentada em **2.5.3.2.5**, com qualificado apoio doutrinário e de dispensável repetição, de que se tem certo que a voluntária adesão ao regime estatutário faz o servidor se submeter a um rol especial e diferenciado de controles e monitoramentos. Relembre-se que sobre o servidor, uma vez investido na função pública, na contrapartida das prerrogativas para bem exercer seu múnus, recaem obrigações não só estatutárias mas também público-sociais exclusivas e mais rigorosas que as submissões do agente privado. Dentre tais compromissos específicos do agente público está justamente a inafastável conscientização de sempre poder ter sua regularidade patrimonial inquirida a qualquer tempo, mesmo por fatos ocorridos e/ou já declarados há mais de cinco anos, pois o Estado possui o poder-dever de motivadamente questioná-lo, e de sua obrigação de dispor de comprovantes de sua situação patrimonial, devendo, na hipótese regular, ter prontamente respostas probatórias da licitude de seu patrimônio.

Ainda no mesmo rumo, tampouco o fato de a DIRPF do servidor-contribuinte ser retida em controles de malha fiscal de pessoa física não é de ser confundido com início de qualquer investigação de natureza correcional que pudesse fomentar a alegação de configuração de termo inicial de prazo prescricional de eventual punibilidade estatutária. Enquanto a retenção em malha fiscal trata-se de mera medida de controle processada de forma precipuamente automatizada pela RFB, na sua atuação exclusiva como órgão fiscal, passível de atingir toda a gama de contribuintes em geral, mediante parâmetros previamente definidos sob estrita ótica de interesse tributário, as investigações e apurações patrimoniais de índole disciplinar, de foco muito mais específico, reduzem-se a procedimentos operados pelo sistema correcional para o único fim de avaliar eventuais indícios de enriquecimento ilícito por parte do restrito corpo funcional.

A retenção em malha fiscal objetiva separar, dentre todo o universo de contribuintes, para análise mais detalhada e revisão, declarações de ajuste anual que porventura apresentem incongruências de natureza fiscal, à vista de determinados parâmetros de interesse tributário previamente programados (que, em geral, como meros indicadores de qualquer tipo de não submissão de rendimentos à tributação, podem ter origens completamente dissociadas do uso irregular do cargo) e pode, por seu turno, redundar em lançamento de crédito tributário, sob limites temporais para homologação e de decadência, estabelecidos no CTN. Por sua vez, para o tipo de caso em análise, a prescrição da punibilidade estatutária se vincula à notícia ofertada à Administração de existência de indícios de enriquecimento ilícito, veiculada, por exemplo - dentre diversas outras formas possíveis - ao final dos trabalhos de análise patrimonial de índole disciplinar sobre uma determinada DIRPF do servidor-contribuinte, sendo tais trabalhos específicos inconfundíveis com aquela mera retenção de uma declaração em malha fiscal para análises prévias à sua homologação pelo Fisco.

4.7.4.4.3.d - Outras Questões Atinentes ao Tema da Desproporção Patrimonial

Tendo sido respectivamente apresentadas em **4.7.4.4.3.b** e em **4.7.4.4.3.c** a abordagem ampla e genérica do tipo civil definido no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa - LIA) e da discricionariedade de seu

emprego em acréscimo ao inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e a abordagem específica do tema no âmbito do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), o presente tópico complementa o estudo, com questões referentes à natureza jurídica do ato ímprobo que importa em enriquecimento ilícito em decorrência de desproporção patrimonial, ao *quantum* do descompasso, à declaração de valor de operação imobiliária, aos efeitos das relações familiares com comunhão plena de vida e de patrimônio e à configuração material já após a aposentadoria.

Não obstante toda a construção jurídica de presunção legal relativa (ou afastável ou *juris tantum*) exposta em **4.7.4.4.3.b**, a hipótese de ato de improbidade administrativa em comento, como regra geral, não deixa de ter um ato funcional infracional de que decorre. Embora, juridicamente, tenha sido elevado, na definição do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, à condição de infração de configuração autônoma da comprovação da concretização daquela irregularidade antecedente, no mundo concreto, o enriquecimento ilícito por descompasso patrimonial não é um ato funcional e não se confunde com a conduta antijurídica em si, de ação ou de omissão, perpetrada na condição de servidor no exercício do cargo, mas sim é o resultado que decorre do ato funcional infracional antecedente. Esta hipótese de enriquecimento ilícito, concretamente falando, é a contraprestação que o agente público recebe em função de sua conduta antijurídica e, juridicamente, como uma ficção construída sobre os alicerces de uma presunção legal relativa, se vê configurada, com todas as gravosas repercussões de um ato ímprobo, independentemente de comprovação da ocorrência daquele ato funcional infracional antecedente de que decorre.

Na esteira, pode-se aduzir, conforme já exposto em **2.5.3.4**, que, sendo um resultado tido pelo ordenamento como antijurídico e enquadrável em consequência de um ato funcional propriamente dito, como um fato de circunstâncias secundárias ou de consequências acessórias em relação ao fato primário de que sucede, a sua natureza jurídica depende das circunstâncias materiais de cada caso concreto, uma vez que acompanha a natureza jurídica do ato funcional infracional que lhe precede. Em outras palavras, se um ato ilícito único e instantâneo (de consumação completada e de conduta antijurídica exaurida em um só momento) acarretar enriquecimento ilícito por desproporção patrimonial recebido de uma só vez, esta infração subsequente também pode ser tida como instantânea (não obstante seus efeitos, da incorporação patrimonial, subsistirem no tempo). Por outro lado, se uma prática ilícita continuada acarretar reiterados episódios de enriquecimento ilícito por descompasso patrimonial, estas infrações subsequentes poderão assumir a natureza de continuadas.

Ressalve-se que a consideração supra, de que a natureza jurídica do enriquecimento ilícito por incompatibilidade patrimonial acompanha a natureza jurídica do ato funcional infracional que o precede, ampara-se tão somente em uma análise de viés prático, decorrente da percepção que se tem dos fatos ocorridos no mundo concreto, fatos estes que guardam uma relação de sucessividade, mas em nada se confunde que haja, como repercussão processual, uma condição ou dependência ou subordinação jurídica para que somente se reconheça configurado aquele após a comprovação da ocorrência deste. A análise da natureza jurídica da hipótese em tela de enriquecimento ilícito em nada afasta a construção já pacificada de que, processualmente, a definição material do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, confere àquela hipótese material ali tipificada uma autonomia jurídica em relação ao fato de que decorre, independendo tal responsabilização da comprovação da ocorrência do ato funcional infracional antecedente e não comprometendo, portanto, a independência das respectivas apurações. Tanto é verdade que, conforme aduzido em **4.7.4.4.3.b**, caso, no curso do processo disciplinar, se identifique o ato funcional infracional antecedente, esta nova materialidade deve ser objeto de representação à parte pela comissão, a fim de a autoridade instauradora proceder à específica fase de admissibilidade.

Sendo assim, o enriquecimento ilícito em razão de desproporção patrimonial

porventura verificado em consecutivos exercícios ou anos-calendário (ou quaisquer que sejam os períodos de aferição - mensal, por exemplo) não deve ser confundido com natureza jurídica de ato ilícito permanente: a uma porque, neste caso, em que são vários atos de enriquecimento ilícito, não se amolda à definição de ilícito permanente, que é um ato infracional único com a peculiaridade de a conduta antijurídica se prolongar no tempo; e a duas porque, se a natureza jurídica desta infração consequente acompanha a natureza jurídica do ato funcional infracional de que decorre e se se vislumbram como raros exemplos de ilícitos disciplinares de natureza permanente a omissão em representar, a manutenção de cônjuge ou companheiro ou parente sob subordinação em confiança, a recusa em atualizar seus dados cadastrais quando solicitado e a acumulação ilícita, é fácil perceber ser pouco provável que tais condutas acarretem enriquecimento ilícito. Portanto, em função da natureza jurídica do ato funcional de que decorre, o enriquecimento ilícito por descompasso patrimonial pode ser uma infração instantânea ou continuada.

Mas, por outro lado, não menos importante é a ressalva acerca da necessária relevância da desproporção patrimonial. A configuração da presente infração, de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito decorrente de incompatibilidade patrimonial, é de ser densificada pela aplicação do conhecimento de mundo do operador do Direito, irrigada pelos princípios caros à subinstância disciplinar, como razoabilidade e proporcionalidade. Percebe-se que, à falta de uma delimitação legal para a desproporção, a análise deve ser individualizada, caso a caso, à vista das respectivas peculiaridades. Mas, já desde a leitura atenta da literalidade do tipo civil, ilumina-se que a ação de enriquecer clama por vulto, por relevância, não se confundindo, *a priori*, com valores ordinários. Não devem ser confundidas como atos de enriquecimento ilícito desta hipótese pequenas incoerências entre renda e bens, oriundas de meras incorreções em declarações de natureza fiscal, limitadas à relação Fisco-contribuinte, conforme asseverou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), como órgão de assessoramento jurídico no âmbito do Ministério da Fazenda (MF), no Parecer PGFN/CDI nº 1.986/2006, já mencionado em **4.7.4.4.3.b**. Aos descompassos menores (sejam em termos tanto de aquisição de bem(ns) ou de realização de despesa(s) sem origem que ampare quanto de depósito(s) bancário(s) de origem não comprovada, sejam em termos ainda, mais residualmente, de desproporção patrimonial detectada indiretamente pelo método tradicional), ainda que formalmente enquadráveis mas que não possuem lesividade suficiente para afrontar o bem jurídico tutelado (que é da preservação da probidade administrativa), pode ser aplicado o conceito de ausência de ilicitude material, já exposto em **4.6.3.5**.

Enfatiza-se que, nem em normas e tampouco no mencionado Parecer PGFN/CDI, não há o estabelecimento de um limite, de um valor de corte, de um *quantum* acima do qual se configuraria o enriquecimento ilícito em razão da incompatibilidade patrimonial ou abaixo do qual não se teria a materialidade. É preciso destacar que a hipótese em tela de enriquecimento ilícito é, como diversos outros exemplos encontráveis no ordenamento, um conceito jurídico indeterminado, no que diz respeito ao montante do descompasso, independentemente do método empregado para sua detecção. É natural que o Direito público sancionador empregue conceitos jurídicos indeterminados. Neste caso em concreto, apesar da proximidade que conceitos jurídicos indeterminados guardam com normas incriminadoras em branco (conforme já se expôs em **3.2.1** e em **4.6.3.1**), uma vez que o *quantum* a assumir relevância ímproba pode se alterar caso a caso, sobretudo em razão da remuneração regular de cada cargo, aqui melhor se amolda aquele conceito que este. Apesar de se reconhecer que, diante das inúmeras individualidades no universo de agentes públicos, não seria possível se determinar parâmetros e critérios absolutos e inflexíveis e à margem das peculiaridades de cada caso concreto, tendo se de considerar a materialidade em tela sujeita ao emprego de conceito ujrídico indeterminado, tal construção hermenêutica válida em nada se confunde com a adoção de conceitos jurídicos indetermináveis, conforme asseveram a jurisprudência e a doutrina.

> *TRF da 4ª Região, Terceita Turma, Desembargadora Federal Relatora Vânia Hack de Almeida, Apelação Cível nº 2002.70.02.005184-0/PR, DJe 26/07/2006, Ementa: "Com efeito, a denominada Lei da Improbidade Administrativa não cuida de delitos. As descrições dos artigos 9º, 10º e 11º não se configuram em tipos penais, tratando de emitir conceitos jurídicos indeterminados. (...)"*
>
> *TRF da 5ª Região, Terceira Turma, Desembargador Federal Relator convocado Élio Wanderley de Siqueira Filho, Apelação/Reexame Necessário nº 26.084/SE, DJe 18/04/2013, Ementa: "1. O artigo 11, da Lei nº 8.429/92, é constitucional. A adoção de conceitos jurídicos indeterminados não impede a aplicação da regra, devendo o intérprete atentar para os parâmetros nela estabelecidos, visando ao enquadramento das ações como atos de improbidade."*
>
> *"Nesse passo, a legalidade das infrações e das sanções é composta, no mais das vezes, por conceitos ou termos jurídicos altamente indeterminados, cláusulas gerais, princípios e descrição de valores superiores que outorgam amplos espaços à autoridade julgadora, seja ela administrativa ou judicial. (...)*
> *Não há dúvidas de que conceitos ou termos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e elementos normativos semanticamente vagos ou ambíguos podem ser utilizados na tipificação de condutas proibidas, seja no Direito Penal, seja no Direito Administrativo Sancionador, neste com maior frequência. Trata-se, inclusive, de um problema de linguagem, de inevitável abertura da linguagem normativa, com todas suas potencialidades. (...)*
> *A vagueza semântica, traço comum a inúmeras normas jurídicas, e especialmente pertinente às cláusulas gerais, traduz a existência de 'zonas de penumbra', indicando um preciso fenômeno semântico e pragmático, qual seja, a imprecisão do significado. Um termo ou enunciado é vago quando o seu uso apresenta, além de hipóteses centrais e não controversas, alguns casos-limite. A ordem jurídica, em certa medida, necessita da vagueza semântica, pois esta é que possibilita o 'amoldamento da fattispecie normativa às situações novas, sequer possíveis de serem previstas, quando posto o texto pelo legislador'." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pgs. 260, 269 e 271, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Assim sendo, cabe ao aplicador da Lei, a cada caso *in concreto*, determinar seus próprios parâmetros e critérios de existência daquele conceito (qual, seja do enriquecimento ilícito decorrente da desproporção patrimonial). Por exemplo, para a análise em tela, em primeiro lugar, a própria literalidade do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, com suas elementares, impede o arbítrio por parte do aplicador, estabelecendo mínimos condicionantes para o enquadramento sob análise; ademais, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade impõem balizamentos concretizadores do conceito jurídico indeterminado de enriquecimento ilícito e, por fim, a aplicação desta conceituação sempre se submete ao controle da legalidade exercido pelo Poder Judiciário.

Ainda acerca de valor, há um aspecto específico que merece dedicada atenção. Não raro, ao se avaliar a situação patrimonial de determinado servidor, verifica-se a aquisição de determinado imóvel com valor declarado significativamente abaixo do valor de mercado tanto em escritura de compra e venda quanto em declarações fiscais da pessoa física. E, prosseguindo na análise, verifica-se ainda que o emprego daquele valor a menor ajusta-se aos rendimentos declarados pelo servidor, não acarretando insuficiência de recursos declarados necessários à aquisição do bem ou à realização da despesa ou desproporção patrimonial calculável tradicionalmente, mas a aplicação do valor de mercado configuraria alguma ou mais de uma daquelas inconsistências. É de se destacar que, em tais situações, a Administração tão somente deve apreciar um fato (qual seja, se a aquisição daquele imóvel, substancialmente considerada, consiste ou não na hipótese de enriquecimento ilícito por desproporção patrimonial) e, para tal, perfeitamente dentro de seus limites de competência de

agir, basta-lhe trazer aos autos a mera valoração fática do imóvel.

A existência daquela escritura não deve ser entendida como uma questão prejudicial externa que configuraria óbice ao prosseguimento do rito administrativo e que mereceria prévia apreciação do Poder Judiciário, para que somente após pronunciamento judicial, a Administração pudesse retomar a questão de mérito da apreciação da situação patrimonial do servidor. Havendo provas indiretas por indiciios suficientes de que o imóvel possui valor de mercado significativamente superior àquele declarado, não é de se compreender que se deva provocar o Poder Judiciário para, em ação anulatória, se ter decretada a nulidade da escritura de compra e venda (já que não há o interesse da União no desfazimento do negócio, uma vez que a compra e venda do imóvel em si em nada afetou seu interesse jurídico) e muito menos para, em ação declaratória, se terem declarados insuficientes os recursos do servidor (uma vez que esta declaração pode e deve ser feita motivadamente no bojo do rito administrativo e é justamente o múnus da comissão processante, de forma que tal declaração significaria uma superposição de competências e uma mitigação da independência das instâncias).

Cumpre ressaltar que a eventual discrepância entre o valor declarado e o conhecimento de mundo de parte da comissão para o valor de mercado do imóvel são indícios convergentes a apontar pela necessidade de aprofundamento das apurações no sentido de identificar o real valor da transação imobiliária em análise, longe de se confundir como um elemento definitivo de prova para apontar existência de suposto enriquecimento ilícito. Deste modo, diante de tal discrepância, compete à comissão trazer aos autos mais elementos para corroborar as suspeitas de que o valor declarado para a transação não condiz com a realidade. O colegiado pode, por exemplo, diligenciar em busca de valores de operações realizadas na mesma época para imóveis similares no mesmo empreendimento (supondo a venda de diversas unidades de apartamentos ou de salas em um mesmo prédio ou condomínio residencial ou comercial) ou trazer à tona o resultado de pesquisa de valor de transações envolvendo imóveis similares nas proximidades (como, por exemplo, por meio do Índice FipeZap de Preços de Imóveis Anunciados, calculado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - Fipe, com base nos anúncios de imóveis, e publicado pelo portal ZAP Imóveis) ou ainda pode empregar o indicador do Custo Unitário Básico de Construção (CUB/m2), desenvolvido pela Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC). Cabe também trazer à análise os valores de bases de cálculo do imóvel em tela adotadas por Fiscos municipal ou estadual. Uma outra possibilidade interessante e lógica é a comissão comparar os valores declarados de compra e de posterior venda do mesmo imóvel pelo servidor e o valor pelo qual o imóvel havia sido comprado pelo proprietário anterior. Há ainda o recurso de se pesquisar as melhorias visíveis realizadas no imóvel por meio da ferramenta do Google Earth. Também é pertinente avaliar a movimentação financeira a crédito na conta do alienante, como forma de tentar identificar a entrada de recursos em valor muito superior ao que seria o *quantum* declarado pelo adquirente do imóvel, bem como avaliar o valor declarado pelo alienante, como forma de se verificar se destoa do montante informado em escritura ou mesmo se há alguma estranheza em relação ao valor histórico de aquisição.

E por fim, como última sugestão, há ainda a possibilidade de contestar o valor declarado em escritura pública do imóvel, por meio de uma perícia imobiliária (também chamada de avaliação imobiliária) a ser realizada por empresas ou por profissionais inscritos no respectivo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (Crea) e contratados especializados e licenciados pela Caixa Econômica Federal (CEF) no município que se situa o bem, a fim de que se emitam laudos periciais com base em ferramentas empregadas para financiamentos bancários. Trata-se de prova excessivamente formalizada, que envolve contratação de agente privado, a cargo da Divisão de Programação e Logística da respectiva Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil (SRRF/Dipol), a ser submetida aos ditames da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que regulamenta as licitações administrativas, e também deve atender aos padrões da Associação Brasileira de Normas

Técnicas (ABNT), mais especificamente de sua Norma Brasileira (NBR) nº 14.653. E cabe ainda ressaltar que tal avaliação, além de demorada, onerosa e, por sua natureza contraditável, suscitar posteriores alegações de nulidade se não for oportunizada quesitação à defesa (diferentemente dos métodos inquisitoriais acima listados), nem sempre chega a um valor satisfatoriamente conclusivo, apresentando muitas vezes resultados de baixa confiabilidade e de alta margem de erro. Como é um ato de instrução cuja realização ultrapassa os esforços da comissão, deve ser entendido apenas como mais uma ferramenta ao dispor da Administração, residual e dispensável, que pode ou não vir a se utilizada, mediante sopesamento com as peculiaridades de cada caso concreto, mas, decerto, de uso desestimulado.

Havendo elementos fáticos de convencimento de que o valor declarado para o negócio na escritura de compra e venda não condiz com a realidade do mercado imobiliário, compete à comissão processante demonstrar a inadequação do documento como formador de convicção nos autos administrativos e, à vista do princípio do convencimento motivado, valorar aqueles outros elementos que informam diferente valor, sendo desnecessário qualquer provimento judicial. Mais do que competência, é dever da comissão, em atenção aos princípios da finalidade, da oficialidade e da indisponibilidade do interesse público, instruir exaustivamente o procedimento administrativo como meio de viabilizar o melhor cumprimento dos fins da Administração e exaurir as investigações e apurações. E resta claro que isto não se confunde com a comissão se arvorar a declarar a validade ou não do negócio jurídico ou a nulidade da certidão de compra e venda; tão somente não utilizar aquele documento como elemento formador de sua própria e livre convicção não significa que a comissão o tenha tido como falso ou como inexistente o negócio.

O entendimento acima segue amparado em manifestação jurisprudencial em caso em que se cogitou da incompetência da comissão em prosseguir na análise de mérito e chegou-se a arquivar o rito administrativo, para que a Advocacia-Geral da União (AGU) promovesse ação anulatória da escritura de compra e venda. Após a discordância desta tese por parte da AGU e também do Ministério Público Federal (MPF), a Corte Regional se manifestou pela competência da Administração em reabrir o apuratório e de a comissão adentrar no mérito da valoração fática do imóvel.

> *TRF da 2ª Região, Sexta Turma Especializada, Desembargador Federal Relator Guilherme Couto de Castro, Apelação Cível nº 2009.51.01.024588-2/RJ, DJe 27/08/2010, Ementa: "1. É perfeitamente possível a reabertura de processo administrativo disciplinar anteriormente arquivado sem conclusão das investigações. A comissão de inquérito disciplinar, na ocasião, considerou-se incompetente para discutir a validade do negócio jurídico de compra e venda de imóvel, supostamente incompatível com patrimônio do servidor. O ponto é que a comissão não fora chamada a apreciar se o negócio era ou não válido, mas se havia aquisição, pelo servidor, de patrimônio incompatível (art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92), declarando-se valor depreciado.*
> *2. Ademais, o parecer pelo arquivamento, baseado na absurda tese de incompetência para decidir questão tida por prejudicial, não importou reconhecer a inocência do servidor, nem lhe imputou qualquer sanção. Não se aplica à hipótese o disposto no art. 65 da Lei nº 9.784/99. Nada impede a retomada das investigações."*

Sabe-se que a imputação de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de desproporção patrimonial dispensa a comprovação, de parte da Administração, de ação ou omissão por parte do servidor, ou seja, não necessita que se comprove o ato funcional infracional antecedente. Uma vez que a ocorrência deste ilícito antecedente se tem por provada através de presunção legal relativa, a materialidade ímproba em tela requer tão somente a demonstração do descompasso patrimonial. Por este motivo, importa discutir os possíveis efeitos da relação matrimonial e das relações de vínculos

familiares *lato sensu* na apuração de enriquecimento ilícito presumido, pois a individualização da conduta se torna mais difícil quando presente a comunhão de patrimônio e de rendas entre pessoas que convivem.

Já de imediato se destaca, como ponto de partida para a análise, a questão do estado civil, uma vez que a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC), em seus arts. 1.511 e 1.568, dispõe que o casamento estabelece a comunhão plena de vida e que os cônjuges devem concorrer, na proporção de seus bens e rendimentos, para o sustento familiar, independentemente do regime matrimonial. E a mesma lei civil, em seu art. 1.723, reconhece a união estável como unidade familiar.

> *CC - Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.*
> *Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.(...)*
> *Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*

À vista do contexto social do qual não se dissocia o Direito, a análise concreta em tela deve igualmente contemplar não só todas as formas de relação conjugal, afetiva e familiar mas deve também refletir as hipóteses de o casal, no sentido lato, ser composto por dois servidores ou ser composto por um servidor e por um agente da iniciativa privada. Isto porque pode ocorrer de ambos agentes públicos serem responsáveis pelos atos ímprobos presumidos ou de apenas um o ser ou ainda de o agente privado ser o único responsável (visto que, na esfera privada, também é possível auferir acréscimo patrimonial ou de rendas sem causa justa, tornando plenamente aceitável que cônjuge ou companheiro servidor possa coabitar com o incremento decorrente das atividades de seu respectivo cônjuge ou companheiro, eventualmente caracterizadoras de infração à legislação tributária ou até mesmo definidas como crime). Mais que isto, cabe estender a discussão ainda além do conceito de casal (cônjuges ou companheiros), a fim de também abarcar outras relações com terceiro familiar cujos patrimônio e rendas justifiquem a análise conjunta, tais como pais e filhos, por exemplo.

Por um lado, é justificável ampliar a análise no espectro subjetivo das espécies de agentes que possam ter uma convivência familiar, agregada a ponto de comungarem plenamente de suas vidas e de seus patrimônios e de suas rendas. Neste ambiente, diante da concreta comunhão plena de vida, é impossível segregar e individualizar a conduta de cada um na gestão de patrimônio e de rendas. Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

> *Orientação Coger nº 56*
> *Na aferição de desproporção patrimonial em desfavor de servidor, pode ser levada em conta a comunhão plena de vida, em termos patrimoniais, não só de seu cônjuge mas também de seu companheiro ou até mesmo de terceiro familiar cujos patrimônio e rendas justifiquem a análise conjunta, podendo ainda estes serem ou não servidores.*

Também se faz pertinente creditar a relevante e paradigmática construção adotada pela PGFN na sua primeira manifestação, após a sanção da Lei nº 14.230, de 2021, em processo disciplinar com proposta de demissão de servidor da RFB por incursão no ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em decorrência de desproporção patrimonial, já mencionada em **4.7.4.4.2.b**. O ineditismo e a irretocável qualidade técnica do arrazoado jurídico dão ao Parecer PGFN/Coged nº 3.589/2022/ME um emblemático valor até histórico - tanto que o próprio o órgão de assessoramento passou a repetir o trecho abaixo como uma espécie de modelo nos casos posteriores que envolvem a extensão investigativa sobre terceiros. Na mesma toada de figurar como manifestaões didáticas são os Pareceres

PGFN/Coged nº 11.565/2022/ME e 16.803/2022/ME, também emitidos após a sanção da Lei 14.230, de 2021.

> *PGFN/Coged nº 3.589/2022/ME: "58. Diante de indícios de infração administrativa, devidamente justificado por motivos fáticos e jurídicos, ainda que não tenha havido a espontânea disponibilização de dados pelo servidor, determinação legal de persecução disciplinar autoriza o acesso aos dados guardados pelo órgão, ao tempo em que preserva a intimidade do servidor, vez que seus dados não serão acessados externamente. A espontaneidade da apresentação da declaração de patrimônio pelo servidor, na conformação do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, é, portanto, dispensável para o procedimento administrativo disciplinar investigativo.*
> *59. Mais do que isso, à vista da gravidade e dos meandros dos atos sob investigação, autoriza-se ao órgão investigador que também acesse, diretamente ou por meio de requisição, dados sigilosos de terceiros que mantenham relação de proximidade com o servidor investigado, como ocônjuge ou companheiro, e parentes, mantenham ou não relação de dependência econômica, sejam servidores públicos ou não. Embora sejam dados de terceiros, autoriza-se sejam acessados quando cuidam de informações essenciais para descortinar as condutas perpetradas pela pessoa sob investigação.*
> *60. Especialmente em se tratando de atos de improbidade administrativa na modalidade enriquecimento ilícito, cujos percursos infracionais voltam-se a medidas dissimulatórias, seja por meio deinterpostas pessoas (figuradamente: "laranjas"), seja pela lavagem de dinheiro por meio da utilização de pessoas jurídicas, seja pela simulação de negócios jurídicos, a investigação pode avançar sobre terceiros que tenham auxiliado ou se beneficiado da prática dos atos, sejam ou não dependentes econômicos do servidor: (...)*
> *61. Corrobora esse raciocínio o próprio art. 3º da Lei nº 8.429, de 1992, mesmo com a redação da Lei nº 14.230, de 2021, que faz incidir a lei sobre terceiros que induzam ou concorram para a prática do ato (litteris: art. 3° As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade). Reconhece a norma que atos de improbidade administrativa, não raro, revestem-se de uma concatenação de fatos complexos com aparticipação ou a beneficiação de terceiros.*
> *62. Se mesmo a lei apena terceiros, a apuração dos fatos infracionais traçados na lei também pode/deve alcançá-los, independentemente de serem ou não dependentes econômicos do agente público. Daí, em que pese na seara administrativa não haja falar em punição de terceiro, a apuração do contexto dos fatos pode revelar necessário o avanço das investigações sobre terceiros para correto delineamento do ato ímprobo, in casu, enriquecimento ilícito.*
> *63. Portanto, a autorização à autoridade correcional de acesso a dados de terceiros no bojo de Sindicância Patrimonial para apuração de enriquecimento ilícito encontra respaldo no art. 198, § 1º, II, do Código Tributário Nacional, c/c art. 3º da Lei nº 8.429, de 1992, sendo despicienda, para este fim, a espontânea entrega de declaração de bens pelo servidor ou a relação de dependência econômica de familiar (prevista no art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992), desde que haja indícios do auxílio ou proveito de terceiros no acúmulo de patrimônio ilícito."*

> *Parecer PGFN/Coged nº 11.565/2022/ME: "56. No que se refere à inclusão das receitas e despesas do núcleo familiar do acusado no cálculo da VPD, é importante ressaltar que ainda que o agente público não declare asituação patrimonial do seu núcleo familiar, de se reconhecer que a análise da evolução patrimonial conjunta, desde que amparada em fundados indícios de enriquecimento ilícito,algumas vezes se mostra necessária, independentemente da capacidade financeira dos seusmembros. Nesse sentido, a independência*

> *econômica não fornece ao seu núcleo familiaruma blindagem contra o acompanhamento patrimonial, por, potencialmente, poder vir aassumir em seu nome a titularidade de bens ou disponibilidades do servidor.*
> *57. A comunicabilidade patrimonial de bens, rendas e gastos do cônjuge, permite aavaliação patrimonial em conjunto. É possível, pois, realizar a averiguação da eventualexistência de desproporção do patrimônio do servidor e seu cônjuge, desde que haja fortesindícios de ocultação de bens e ativos, a depender do benefício usufruído e de suarelevância, cabendo ao servidor comprovar seu distanciamento dos fatos e que não sebeneficiou daquela desproporção.*
> *58. Cabe ressaltar também que, por vezes, o próprio contorno fático da investigaçãodemanda o conhecimento de dados fiscais e bancários de terceiro na busca da verdade real,desde que preenchidos os requisitos legais para seu acesso. Sendo o fenômeno dacorrupção e atos afins clandestino por sua natureza, é presumível que os agentes públicosenvolvidos tentem escamotear os seus atos, se utilizando de terceiros como intermediáriospara não evidenciar os benefícios recebidos em troca, justificando, por conseguinte, oacesso aos dados de terceiros, inclusive familiares, para fins de comprovação do ilícito queo servidor público por ventura tenha incorrido.*
> *59. Acaso se firmasse o entendimento de que apenas dados fiscais e bancários dopróprio servidor investigado poderiam ser conhecidos pela investigação, mas não os dadosdos terceiros em conluio com aquele, ou de outra forma beneficiados, nenhum agenteímprobo deixaria rastros em seu nome, e isso bastaria para a impunidade."*
>
> *Parecer PGFN/Coged nº 16.803/2022: "51. (...)*
> *D) da alteração do art. 13, da Lei nº 8.429, de 1992, não se deduz que o patrimônio do cônjuge/companheiro ou dependente não pode ser considerado para configuração do enriquecimento ilícito (art. 9º, VII, da Lei nº 8.429, de 1992) em caso de apuração da infração em tela, mormente em casos de confusão patrimonial, havendo previsão de acesso, pela Administração, aos dados de tais pessoas em outros diplomas normativos, tais como, v.g., a Lei nº 8.112, de 1990, a Lei nº 8.429, de 1992, Lei nº 8.730, de 1993 e Lei nº 9.784, de 1999, além da Lei nº 8.730, de 1993."*

A propósito, o arrazoado acerca da prerrogativa de a Administração trazer para seu foco de atenção dados protegidos por sigilo fiscal (e até dados protegidos por sigilo bancário, desde que sob autorização judicial) de um terceiro, servidor ou não (cônjuge, companheiro, filho, demais parentes consanguíneos, parentes colaterais e quaisquer outras pessoas, independentemente de existência ou não de relação de dependência econômica), seja por pesquisas próprias, seja intimando-o a fornecer, foi exposta em **4.4.12.3**.

Aliás, conforme se mencionou em **4.7.4.4.2.b**, a cuja leitura se remete, onde se abordou a incidência dos dispositivos da Lei nº 8.429, de 1992, no que couber, a particulares para qualquer espécie de ato de improbidade administrativa em geral, o presente tópico, voltado especificamente apenas para o ato ímprobo que importa em enriquecimento ilícito em razão de descalabro patrimonial, tem toda sua construção baseada naquele prévio arrazoado. É certo que, nas alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, na Lei nº 8.429, de 1992, na instância judicial civil, o *caput* do art. 3º perdeu a incidência sobre particulares que se beneficiassem de qualquer ato de improbidade administrativa do agente público. Mas isto, no fundo, não afeta a forma de a Administração diligenciar em busca da prova do ato ímprobo cometido por seu agente. Como se sabe, a Lei nº 8.429, de 1992, regulamenta a ação civil pública de improbidade administrativa, rito punitivo precipuamente voltado ao agente público ímprobo mas que também, nos limites do *caput* do art. 3º, pode incidir sobre o particular que tenha participado da conduta infracional, induzindo ou concorrendo dolosamente em concurso de pessoas. Este específico dispositivo, assim como

toda a Lei nº 8.429, de 1992, não se dirige à Administração em sua atuação interna de controle da probidade.

Neste múnus, a Administração dispõe do ferramental instrumental da Lei nº 8.112, de 1990, e, segundo a base principiológica calcada na atuação por oficialidade e na busca da verdade processual factível, deve diligenciar para melhor esclarecer os fatos. Dentro de tal contexto de instrução probatória, na aplicação específica desta inteligência para o ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de incompatibilidade patrimonial, pode se fazer imprescindível trazer ao foco dos trabalhos pessoas do núcleo familiar com as quais o agente público conviva e guarde concreta comunhão plena de vida, inclusive nos aspectos de patrimônio e de renda. Não se quer dizer com isto que este particular poderá ser alvo da tutela do Direito Disciplinar, mas sim significa que abarcá-lo no escopo apuratório pode propiciar à Administração meios probatórios de melhor exercer sua tutela, com visão conglobante dos fatos, inclusive de eventuais tentativas de dissimulação. Haja ou não indução ou concorrência dolosa para o enriquecimento ilícito ou benefício auferido por parte deste particular, sua inclusão do foco apuratório depende apenas da percepção da comissão de inquérito de que existe convivência familiar, agregada a ponto de comunhão de vida, de patrimônio e de renda com o servidor.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*

Mas, de outro lado, é plenamente possível que um servidor apresente acréscimo patrimonial *a priori* indevido em decorrência de condutas ilícitas exclusivas de seu cônjuge ou companheiro ou familiar, seja este outro agente público ou não.

A dificuldade reside em que, visto o patrimônio e a renda dos coabitantes, servidores ou não, se confundirem, pela comunhão plena de vida, a caracterização de situação patrimonial irregular para um, significaria, *a priori*, igual irregularidade para o outro, devendo ser presumida, por consequência, a realização da atividade ilícita, intencional, por parte de ambos os cônjuges ou companheiros ou familiares.

Diante desta percepção, é de se flexibilizar o entendimento apriorístico de que a comprovação do enriquecimento ilícito do casal ou do núcleo familiar deve obrigatoriamente ensejar a imputação e a pena expulsiva naquele ou naqueles que é ou que são servidor ou servidores. Não se pode desprezar a possibilidade de a instrução processual comprovar a inocência do servidor ou de um dos servidores na situação patrimonial desproporcional e este vir a ser absolvido, sobretudo na hipótese de se ter demonstrado o seu inconteste distanciamento dos fatos ensejadores do ilícito acréscimo patrimonial. Em outras palavras, a imputação a servidor condiciona-se não só à comprovação de ausência de origem lícita das rendas e do patrimônio familiar mas também à demonstração da existência de algum grau mínimo de proximidade ou de aproveitamento do descompasso patrimonial decorrente.

Enfim, mesmo sem jamais se afastar da presunção legal *a priori* abrangente quanto à imputação por mera desproporção patrimonial, é de se assumir postura conservadora e tratar como possível não atribuir ato de improbidade administrativa a um dos cônjuges ou companheiros ou familiar que é servidor, independente de o outro também ser agente público ou ser agente privado, se aquele, agora sob seu ônus probante, faz convencer de sua não participação nos fatos ilícitos. É importante destacar que esta sua não participação não necessariamente passa pelo desconhecimento das atividades irregulares do cônjuge, companheiro ou familiar e menos ainda que tenha tomado iniciativa de representar ou denunciar esta pessoa com quem compartilha e comunga a vida, pois eventual consciência das atividades da responsabilidade do outro ou omissão em provocar a autoridade competente para a persecução não teriam o condão, por si sós, de torná-lo coautor das ilicitudes ímprobas.

Cabe esta postura cautelosa porque o que importa sob viés correcional para imputação do servidor ou dos servidores é a presunção legal, não satisfatoriamente afastada pela respectiva defesa, de que participa de forma relevante (diferente de pequenos benefícios, da mesma forma como não se tomam em conta pequenos desajustes fiscais) da desproporção patrimonial, independentemente do regime civil do casamento ou união ou relação (havendo ou não separação total ou parcial de bens) ou ainda da convivência familiar e da individualização da origem da prática ilícita. Tal análise deve perquirir se há ou não participação na conduta ou usufruto inescusável de benefício relevante, de forma que soe indiscutível o conhecimento por parte do servidor, ainda que decorrente de atividade ilícita do outro. Há posicionamento institucional neste sentido.

> *Orientação Coger nº 57*
> *A depender do benefício usufruído e de sua relevância, o servidor poderá ou não ser objeto da presunção legal de enriquecimento ilícito em razão do descompasso patrimonial do seu cônjuge, companheiro ou até mesmo de terceiro familiar cujo patrimônio e rendas justifiquem a análise conjunta e o consequente enquadramento somente é afastado se o agente comprovar seu distanciamento dos fatos e que não se beneficiou daquela desproporção.*

Estas situações devem merecer depurada e cautelosa apreciação caso a caso, com forte atenção às peculiaridades e individualidades de cada situação, sendo certo que a possibilidade ora aventada de ambos servidores ou de um servidor não ter imputação por enriquecimento ilícito por desproporção patrimonial não significa abrir mão da presunção legal do uso irregular do cargo, condicionando-se à contestação da parte e à apresentação de elementos formadores de convicção a seu favor, sob seu ônus probante.

Ademais, neste tema, no caso de haver dois servidores sendo ambos da RFB, a solução de competência e de processamento segue a normatização interna, que determina competência do Escritório de Corregedoria (Escor) da Região Fiscal de lotação. Sendo um servidor da RFB e outro servidor de outro órgão ou entidade do MF, a competência migra para a Corregedoria do MF (Coger-MF), conforme o inciso I do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013. Por fim, sendo um servidor da RFB e outro servidor de outra Pasta, a competência migra para a CGU, conforme a alínea "d" do inciso VIII do art. 4º do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, ressalvando-se, obviamente, nestes dois casos mais atípicos, a cautela necessária com o repasse de dados protegidos por sigilo fiscal. Há posicionamento institucional neste sentido.

> *Orientação Coger nº 58*
> *No caso de imputação a dois servidores cônjuges ou companheiros ou com terceiro familiar cujo patrimônio e rendas justifiquem a análise conjunta, sendo um lotado na RFB e o outro em distinto órgão fazendário, a competência é da Coger-MF; se o outro for lotado em outra Pasta, a competência é da CGU.*

Há ainda um relevante tema a ser abordado na hipótese de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito em razão de desproporção patrimonial. Sabe-se que, por princípio, o regime disciplinar reporta-se à época do fato ilícito. Com isto, não obstante se reconheça que o mais comum de ocorrer em termos de aplicação do regime disciplinar é de servidores da ativa, no pleno exercício de seus cargos, cometerem ilicitudes previstas na Lei nº 8.112, de 1990, e, ainda na ativa, serem processados (nesta hipótese, em caso de infração grave, *a priori*, a pena expulsiva cabível é a demissão), não se discute também o alcance do regime disciplinar se o servidor cometer a ilicitude na ativa e o processo somente vier a ocorrer quando ele já se encontra na inatividade (aposentado, por exemplo), hipótese em que, se for o caso de ilícito grave, a Lei prevê a pena expulsiva a aposentado de cassação de aposentadoria. É certo que tal hipótese, como regra quase absoluta, não atinge atos cometidos por inativo após a aposentadoria, quando, se for o caso, este indivíduo, em sua vida civil, já sem vinculação aos ditames estatutários, apenas responde em instâncias penal ou

civil por seus atos infracionais.

Não obstante, embora se reconheça ainda menos comum, em grau residual e excepcional mesmo, pode-se defender a aplicação do processo disciplinar e, se for o caso, da pena de cassação de aposentadoria a inativo por atos que se prolonguem mesmo após o início da inatividade. Sem se confundir com arbítrio ou ilegalidade, destaque-se que não se defende a aplicação do regime disciplinar a inativo por ato cometido na inatividade e totalmente dissociado do cargo público que ocupava. Em outras palavras, não se contradiz aqui o que se expôs em **4.7.4.4.4.b**, quando se analisou a nova elementar "*e em razão deles*" (ou seja, em razão do cargo) imposta pela Lei nº 14.230, de 2021, ao inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992. Não se nega que a regra geral da aplicação do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, sempre foi, mesmo antes das alterações impostas pela Lei nº 14.230, de 2021, e continua sendo, de se limitar às aquisições de vantagem patrimonial ocorridas tão somente ao período de exercício do cargo, e, cumulativamente, que também guardem relação com este cargo no que tange ao seu espectro de atribuições, mas sem se confundir com necessidade de provar ato funcional infracional antecedente.

Não por acaso se empregou o verbo "prolongar", que indubitavelmente deixa claro que aqui não se trata de um fato novo e iniciado após a inatividade, mas sim de um fato que já se estendia desde os tempos finais da atividade e que ainda estendeu seus efeitos pós-inatividade. O que aqui se defende é a possibilidade de serem agregados ao apuratório contra um aposentado elementos fáticos e probatórios ocorridos nos primeiros momentos após a inatividade porque mantêm um liame com os atos infracionais cometidos ainda na atividade.

Este tema aqui se justifica porque, mesmo sem aprofundar demais a modelação, de imediato, se vislumbra como um dos poucos exemplos viáveis desta construção hipotética a situação do servidor que, nos últimos anos de sua atividade, amealha, irregularmente, vantagens patrimoniais e persevera na demonstração de tal conduta ilícita nos anos imediatamente subsequentes à aposentadoria em suas declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (DIRPF), por exemplo.

Ora, sem se confundir com defender a ilegal aplicação do regime disciplinar a aposentado por ato pós-aposentadoria, nesta situação hipotética, não se poderia quedar inocentemente inerte a Administração, como se houvesse uma intransponível barreira temporal a dividir, legitimar ou mesmo imacular o indivíduo e também sua conduta, de um dia para o outro, de forma estanque. O que aqui se defende é a possibilidade sim de a Administração investigar ou apurar enriquecimento ilícito por desproporção patrimonial de aposentado coletando aos autos tanto as provas referentes a seus últimos anos de atividade quanto as provas referentes aos anos imediatamente posteriores à inatividade, não para afirmar que nestes anos posteriores o inativo infringiu a Lei nº 8.112, de 1990 (até porque, nestes anos, ele nem mais se vincula ao Estatuto), mas tão somente para ter estas provas como outros elementos formadores de convicção acerca dos anos em que o servidor se sujeitava ao regime disciplinar, de forma que, tendo uma visão e uma convicção mais qualificada e robusta daquilo que poderia se aproximar de uma conduta infracional continuada, poder afirmar com maior grau de certeza a infração cometida ao tempo de submissão ao Estatuto.

Nos dias atuais, com o pleno conhecimento de um homem mediano das possibilidades viáveis de qualquer um meliante, seja agente público ou não, "lavar" ou "esquentar" (embora bastante simplórios, estes jargões soam elucidativos e simbólicos) recursos obtidos ilegalmente, seria uma postura de afronta a princípios da oficialidade e da indisponibilidade do interesse público se a Administração se mantivesse inerte à vista de um caso hipotético em que um servidor ostentasse variações patrimoniais de certa monta até se aposentar e de valores muito superiores imediatamente após a inatividade e sem comprovar em suas DIRPF nenhuma atividade laboral, comercial ou empresarial lucrativa nestes anos subsequentes à aposentadoria.

Não seria nada absurdo cogitar da possibilidade de um agente público de previsível capacitação e conhecimento - em que soa como pertinente exemplo um integrante da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), bom conhecedor, por ofício, das técnicas contábeis e das estratégias de planejamento fiscal - amealhar irregularmente vultoso acréscimo patrimonial nos últimos anos de sua atividade, em atos relacionados ao seu múnus público, e omiti-lo em suas últimas DIRPF para apenas apresentá-lo "a conta-gotas" nos anos posteriores à inatividade, inclusive ofertando à tributação, com a intenção de se considerar imune ao regime disciplinar.

Diante das sabidas artimanhas de que dispõe a parcela tortuosa da sociedade, seria quase angelical - para não dizer imoral - que a Administração impusesse a si própria uma muralha intransponível em seu poder-dever de persecução em busca da verdade processual apenas em função de um evento temporal imediato. Assim, nas condições extremamente peculiares acima descritas, não é ilegal e nem sequer despropositado que o sistema correcional intime o aposentado a apresentar documentação comprobatória da origem de rendimentos declarados como recebidos após a inatividade, inclusive como forma de comprovação de suas informações prestadas ao Fisco já como aposentado ou ainda, até mesmo, de acordo com as peculiaridades do caso, operando uma "retroação benigna", como forma de sustentar alegações porventura apresentadas de forma vaga para justificar rendimentos declarados ainda à época da atividade.

Por óbvio, nada desta modelação conceitual aqui apresentada se sustentaria em casos em que o aporte patrimonial ocorre alguns anos após a aposentadoria, em que se configura um relevante hiato temporal entre a atividade pública e a atividade privada pós-aposentadoria.

4.7.4.4.4 - Apresentação de Declaração de Bens e Demissão por Omissão ou Fraude no Cumprimento Deste Dever

De imediato, cabe em parte do presente tópico a ressalva com que se iniciaram **4.7.4.4.2** e **4.7.4.4.3**. À vista da autonomia material do enquadramento disciplinar no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em relação às definições materiais da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa - LIA), as referências ao tipo civil previsto no inciso VII do art. 9º desta Lei devem ser compreendidas de emprego concreto meramente discricionário. Mas esta ressalva não se faz necessária no que tange ao art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, visto este dispositivo conter um comando de alcance material extraestautário, conforme adiante se exporá.

Não se tem dúvida de que, no atual contexto constitucional, o ordenamento jurídico atribui relevância à transparência patrimonial dos servidores e disponibiliza à Administração ferramentas de controle da evolução do patrimônio de seus agentes. Neste sentido, relembre-se que a Lei nº 8.112, de 1990, no § 5º do art. 13, estabelece, como pré-requisito para a posse no cargo para o qual foi nomeado, que o servidor apresente declaração de bens que integram seu patrimônio. Avançando na mesma linha, tem-se que a atual redação do *caput* do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, também impõe que, para tomar posse em cargo, deve o agente público (sentido *lato* da expressão) apresentar especificamente a declaração de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (DIRPF) entregue à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB); e, uma vez em exercício, o § 2º do mesmo dispositivo impõe que o agente público deve atualizá-la anualmente e na data em que deixar o cargo.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 13.*
> *§ 5º No ato da posse, o servidor apresentará declaração de bens e valores que constituem seu patrimônio e declaração quanto ao exercício ou não de outro cargo, emprego ou função pública.*
>
> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam*

> *condicionados à apresentação de declaração de imposto de renda e proventos de qualquer natureza, que tenha sido apresentada à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *§ 2º A declaração de bens a que se refere o caput deste artigo será atualizada anualmente e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, do cargo, do emprego ou da função. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
> *§ 3º Será apenado com a pena de demissão, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar a declaração dos bens a que se refere o caput deste artigo dentro do prazo determinado ou que prestar declaração falsa. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*

Em síntese, estes dispositivos legais (que já foram objeto de apreciação, sob outra ótica e à vista de outros interesses didáticos, em **4.4.12.3**) impõem dever funcional a todo servidor de prestar transparência de sua evolução patrimonial. Cabe resgatar que o art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, em sintonia com o § 5º do art. 13 da Lei nº 8.112, de 1990, originalmente, em seu *caput*, impunha a apresentação de declaração de bens em sentido genérico e, em seu § 4º, permitia, alternativamente, que o servidor atendesse este dever funcional fornecendo a sua DIRPF. Com as inovações impostas pela Lei nº 14.230 de 25 de outubro de 2021, na Lei nº 8.429, de 1992, a exigência se concentrou apenas na DIRPF. Como há diversas normas infralegais anteriores à Lei nº 14.320, de 2021, em plena vigência e que ainda mencionavam a alternatividade de apresentação de declaração de bens, em respeito ao comando legal mais recente, ao longo deste tópico, a explanação, *a priori*, mencionará apenas a DIRPF como meio de atendimento do dever funcional.

Sistematicamente, acrescente-se que, além de o art. 2º da própria Lei nº 8.429, de 1992, deixar claro que todos seus comandos também se aplicam a detentores de cargos em comissão e de funções de confiança, desde a nomeação ou a designação até a exoneração ou a dispensa, qualquer dúvida neste sentido que pudesse restar é superada pela leitura conjunta do *caput* e do seu inciso VII do art. 1º e da alínea "b" do parágrafo único do art. 3º, ambos da subsequente Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993, de tutela similar.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021).*

> *Lei nº 8.730, de 1993 - Art. 1º É obrigatória a apresentação de declaração de bens, com indicação das fontes de renda, no momento da posse ou, inexistindo esta, na entrada em exercício de cargo, emprego ou função, bem como no final de cada exercício financeiro, no término da gestão ou mandato e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, por parte das autoridades e servidores públicos adiante indicados:*
> *VII - todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União.*
> *Art. 3º A não apresentação da declaração a que se refere o art. 1º, por ocasião da posse, implicará a não realização daquele ato, ou sua nulidade, se celebrado sem esse requisito essencial.*
> *Parágrafo único. Nas demais hipóteses, a não apresentação da declaração, a falta e atraso de remessa de sua cópia ao Tribunal de Contas da União ou a declaração dolosamente inexata implicarão, conforme o caso:*
> *b) infração político-administrativa, crime funcional ou falta grave disciplinar, passível de perda do mandato, demissão do cargo, exoneração do emprego ou*

> *destituição da função, além da inabilitação, até cinco anos, para o exercício de novo mandato e de qualquer cargo, emprego ou função pública, observada a legislação específica.*

E, de mais relevante, eis que o § 3º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, estabelece que a recusa em apresentar a DIRPF ou a sua apresentação eivada de falsidade pode implicar pena de demissão. De um lado, a mera literalidade do dispositivo legal não deixa dúvida quanto à sua incidência na hipótese comissiva de apresentação de DIRPF intencionalmente falsa. Mas, de outro lado, se faz necessário que se interprete com mais cautela este dispositivo, diante da grave repercussão expulsiva, para a hipótese de ausência de apresentação da DIRPF. Não condiz com a gravidade da sanção a sua aplicação à simples conduta omissiva culposa, devendo-se interpretar cabível a demissão na reincidência dolosa, quando, instado a apresentar a DIRPF, o agente público se recusa a fazê-lo, conforme assevera a doutrina.

> *"Caso o agente se omita em apresentar sua declaração, ou não a atualize, após regular notificação e resposta (devido processo legal), o ato poderá ensejar sua demissão, salvo no caso da primeira investidura, hipótese de regra específica já analisada (impedimento de posse e exercício).*
> *Podemos ainda cogitar de hipótese onde o agente apresenta declaração incompleta. Poderá, antes do ato de demissão, complementá-la ou atualizá-la.*
> *O dispositivo anotado pune com demissão o agente que se recusa a prestar declaração de bens injustificadamente ou presta informações falsas. É certo que o regime jurídico estatutário a que está submetido garante-lhe o procedimento adequado. No caso dos servidores federais, vide a Lei nº 8.112/90." Marcelo Figueiredo, "Probidade Administrativa - Comentários à Lei nº 8.429/92 e Legislação Complementar", pg. 81, Malheiros Editores, 3ª edição, 1998*

Ainda ao tempo da redação original do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, quando havia duas opções alternativas para o servidor se submeter ao controle patrimonial, a apresentação da DIRPF obteve uma importante simplificação infralegal. Desde então, diante desta facilitação procedimental, o seu inadimplemento passou a chamar ainda mais a atenção crítica. Trata-se da inovação primeiramente trazida pelos incisos I e II do *caput* e pelos §§ 2º e 3º do art. 1º da Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 298, de 6 de setembro de 2007, que passaram a prever a autorização, por parte do servidor, para que o órgão acesse automaticamente sua DIRPF ano a ano, poupando a apresentação física e pessoal por parte do agente (em iniciativa que só precisa ser feita uma vez, dispensando-se renovação anual, sem prejuízo de o servidor cancelá-la).

Posteriormente e em um *status* normativo mais alto, o Decreto nº 10.571, de 9 de dezembro de 2020, que dispõe sobre a apresentação e a análise da declaração de bens de que tratam o § 5º do art. 13 da Lei nº 8.112, de 1990, e o art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992 (a rigor, o Decreto também trata da declaração de conflito de interesses, já mencionada em **4.7.3.18.2** e que não é objeto deste tópico), atualizou o tema. Este Decreto já é o segundo diploma normativo desta linha, tendo revogado a norma original, que era o Decreto nº 5.483, de 30 de junho de 2006, e inovou, ao prever, no *caput* e no § 1º do art. 3º e no *caput* e no parágrafo único do art. 4º, que a declaração de bens deve ser apresentada exclusivamente por meio de sistema eletrônico administrado pela Controladoria-Geral da União (CGU), na especial condição de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), na posse ou designação e, a partir daí, anualmente e na data da exoneração, dispensa ou aposentadoria; ou alternativamente, já desde a posse, por meio de autorização eletrônica para que aquele órgão acesse, anual e diretamente, as DIRPF na base de dados da RFB. Por ora, basta esta menção a este Decreto; a instrumentalização de seus comandos será abordada mais adiante neste tópico.

> *Decreto nº 10.571, de 2020 - Art. 3º As declarações de que trata este Decreto*

serão apresentadas, exclusivamente, por meio de sistema eletrônico administrado pela Controladoria-Geral da União.
§ 1º As declarações sobre bens e atividades econômicas ou profissionais de que trata este Decreto poderão ser substituídas por autorização, em meio eletrônico, de acesso às declarações anuais de Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza das pessoas físicas apresentadas pelo agente público à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia.
§ 2º A autorização de que trata o § 1º:
I - terá validade por tempo indeterminado;
II - poderá ser tornada sem efeito, por meio eletrônico, a qualquer momento, pelo agente público;
III - será assinada em meio eletrônico pelo agente público, com utilização dos tipos de assinatura eletrônica reconhecidos como válidos para o caso, nos termos do disposto no Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020;
IV - não exime o agente público de informar, na forma prevista no caput, seus bens e atividades econômicas ou profissionais que não constem da declaração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza das pessoas físicas;
V - implica autorização para acesso e armazenamento de todos os dados da declaração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza das pessoas físicas pela Controladoria-Geral da União e, quando aplicável, para acesso pela Comissão de Ética Pública, de que trata a Lei nº 12.813, de 2013; e
VI - poderá ser apresentada por meio do Sistema de Gestão de Pessoas - Sigepe, na hipótese de o agente público estar cadastrado no referido sistema.
Art. 4º As declarações de que trata este Decreto serão apresentadas, conforme o caso:
I - no ato da posse ou da contratação em cargo, função ou emprego nos órgãos ou nas entidades do Poder Executivo federal;
II - no prazo de dez dias úteis, contado da data da designação, quando se tratar de função de confiança equivalente ou superior à Função Comissionada do Poder Executivo de nível 5;
III - no prazo de dez dias úteis, contado da data do efetivo retorno ao serviço, no caso de agente público federal que se encontrava, a qualquer título, afastado ou licenciado, sem remuneração, do serviço, por período igual ou superior a um ano;
IV - na data da exoneração, da rescisão contratual, da dispensa, da devolução à origem ou da aposentadoria, no caso de o agente público federal deixar o cargo, o emprego ou a função que estiver ocupando ou exercendo; e
V - anualmente.
Parágrafo único. O disposto nos incisos II ao V do caput não se aplica nas hipóteses de que tratam os § 1º e § 2º do art. 3º.

Então, à vista destas mais recentes inovações infralegais, além das duas hipóteses infracionais originalmente previstas no § 3º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992 (quais sejam, de recusa em apresentar a DIRPF ou a sua apresentação eivada de falsidade), é necessário acrescentar a toda presente análise neste tópico também a hipótese de haver nos cadastros funcionais do servidor - seja em seu órgão de origem, seja na base de dados disponibilizada à CGU por meio do sistema eletrônico acima mencionado - tal autorização de acesso institucional automatizado à sua DIRPF e esta declaração fiscal conter forja fraudulenta e dolosa da informação disponibilizada, com fins de omissão de patrimônio. E justamente esta terceira hipótese material é de peculiar interesse disciplinar pois, não raro, os servidores que se sabem envolvidos em enriquecimento ilícito, independentemente do controle administrativo de viés correcional, não se prestam a declarar, já desde sua relação de mero contribuinte perante o Fisco, o resultado patrimonial de sua conduta corrupta. Desta forma, caso haja em seu cadastro funcional a autorização de emprego automático da DIRPF, a

simples constatação de omissão patrimonial relevante para fim disciplinar, que se presume feita com a intenção de burlar o controle correcional, já configura o ilícito expulsivo em tela.

Resgatando-se o histórico da aplicação do Direito Disciplinar na Administração Pública federal, até se pode cogitar de já ter havido casos esparsos de cominação do § 3º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, em situações em que, uma vez instado, o servidor se recusou, no prazo determinado, a apresentar a DIRPF (ou a declaração de bens, no tempo pretérito). E houve ainda menos uso desta ferramenta repressiva para os casos em que o servidor, seja em episódios demarcados da vida funcional, seja na atualização anual, apresentou ou disponibilizou a peça com falsidade.

E, de fato, há a dificuldade de configuração do ilícito em tela, pois é de se reconhecer que o controle administrativo deste dever legal é falho, mesmo com a automatização de sua forma de adimplemento exigida pelo Decreto nº 10.571, de 2020. Os órgãos e entidades não se dedicam a verificar o seu cumprimento anual pelo corpo funcional, sobretudo por parte dos agentes públicos apenas ocupantes de cargo efetivo, sem provimento comissionado. Esta lacuna do controle estatal favorece a postura dolosamente omissiva dos servidores e torna menos provável a detecção de casos de recusa de apresentação ou de apresentação ou de disponibilização com fraude de parte daqueles que sabem que não podem expor de forma transparente seu patrimônio ilegalmente amealhado. O máximo que se verifica é a exigência na posse e na vacância do cargo efetivo (por exoneração ou aposentadoria, por exemplo) e sobretudo na nomeação e na exoneração de cargo em comissão e na designação e na dispensa de função de confiança.

A atividade da investigação e da apuração de natureza patrimonial tem revelado que, mesmo diante do rigor das hipotéticas construções legais, diante da falha de controle na prática, quando muito, os servidores cuidam apenas de se precaver para, caso eventualmente sejam instados a cumprir o dever legal, poderem fazê-lo tão somente em seu componente meramente formal. O que se verifica é que já deixam antecipadamente registrada em sua DIRPF, de forma simulada, uma falsa situação patrimonial, com o intuito de dar ares de legalidade a triangulações e ocultações patrimoniais, cuidadosamente arquitetadas com o fito de esconder a materialização da corrupção.

O levantamento da jurisprudência e da doutrina o tema ratifica o quanto é inabitual o uso do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992. Percebem-se facilmente a escassez de decisões judiciais mais específicas e a exiguidade de discussões doutrinárias mais aprofundadas sobre este dispositivo legal, no que se refere às sanções pela recusa de apresentar a DIRPF e ainda mais sobre a sua apresentação dolosamente inexata ou ainda sobre a autorização de acesso automático àquela declaração fiscal eivada de fraude.

Não obstante, felizmente, sempre com posicionamento a favor do interesse público e do controle estatal, ao lado de decisões que enfrentam as alegações apenas sobre suposto desrespeito aos direitos fundamentais diante da exigência da prestação de contas patrimoniais, além de manifestação expressa da jurisprudência administrativa da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), como órgão de assessoramento jurídico no âmbito do Ministério da Fazenda (MF), também há manifestação jurisprudencial de Corte Regional que ratifica a punição expulsiva em face de simples recusa na apresentação da declaração de bens e há, destacadamente, decisão de Corte Superior que também ratifica a punição capital para agente público que apresenta DIRPF fraudada.

> *Parecer PGFN/Coged nº 1.583/2023: "106. Vê-se, pois, que o contexto fático-probatório demonstrou que o ex-servidor apresentava as suas declarações de imposto de renda, mas omitia informações sobre as transações imobiliárias realizadas no período objeto do presente processo disciplinar, qual seja os anos-calendário 2011, 2012, 2013. Ressalte-se que tais omissões não consistiram em mero descuido, erro, esquecimento, inconsistência ou até*

mesmo em algum ilícito circunscrito à seara tributária. Tanto assim que sequer há notícias de que o ex-servidor tenha promovido a entrega de retificadoras. Ao contrário, as provas colacionadas aos autos são suficientes e robustas para demonstrar que as condutas do ex-servidor repercutiram para além da esfera tributária, ajustando-se à hipótese prevista no art. 13, § 3º, da Lei nº 8.429, de 1992. De fato, os elementos constantes dos autos comprovaram que o ex-servidor adotava de forma dolosa e sistemática um específico modus operandi que tinha o objetivo de ocultar da Administração e do fisco sua evolução patrimonial, frustrando o controle da sua evolução patrimonial pelos órgãos de controle interno e externo, necessário em razão da sua condição de servidor da Receita Federal do Brasil.
107. Nesse sentido, a orientação do Superior Tribunal de Justiça, conforme excerto da ementa do Recurso Especial nº 1.389.214/DF: "Todos os agentes públicos têm obrigação legal de manter a administração pública atualizada acerca dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, sujeitando-o à pena de demissão caso se recuse a prestar a respec ▪ va declaração ou a fizer falsa, conforme preceitua o artigo 13, § 3º, da Lei n. 8.429/92, exsurgindo daí a possibilidade da falsificação atribuída ao recorrido ter potencialidade lesiva que extrapola a esfera tributária." (Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, data de julgamento 02/06/2016).
108. Como explicitado pelo relatório final, o modus operandi adotado pelo ex-servidor tinha por finalidade acobertar sua participação nas transações com os imóveis, de modo que seu nome não aparecia nos registros públicos. Para tanto, o ex-servidor se valia de procurações para resguardar seus direitos em relação ao bem por ele adquirido e também para negociar em nome dos alienantes, ou seja, tudo ocorria como se as transações fossem feitas diretamente entre os alienantes e os adquirentes, sem a participação do ex-servidor. Inequivocamente, a aquisição de diversos imóveis pelo ex-servidor, não declarados à Administração e de valor desproporcional ao seu patrimônio ou à sua renda lícita e conhecida, utilizando-se de um modus operandi que tinha por finalidade encobrir sua participação nas transações revela, no caso concreto, a prática das condutas previstas no art. 9º, inciso VII, e art. 13, § 3º, ambos da Lei de Improbidade Administrativa, sendo certo que esta última regra reforça o dever do agente público em tratar com transparência sua evolução patrimonial.
123. Destarte, resta demonstrada a necessidade de aplicação da pena de cassação de aposentadoria por violação ao art. 132, inciso IV, da Lei n º 8.112, de 1990, com a definição dada pelo art. 9º, "caput" e inciso VII, da Lei nº 8.429, de 1992, e por prestar declarações de bens falsas, conforme previsão contida no § 3º do art. 13 da citada Lei nº 8.429, de 1992, com restrição de retorno ao serviço público federal, pelo prazo de 8 (oito) anos, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea "o", da Lei Complementar nº 64, de 1990, c/c art. 2º, inciso III, do Decreto nº 9.727, de 2019."

TRF da 2ª Região, Sétima Turma Especializada, Desembargador Federal Relator Reis Friede, Apelação/Reexame Necessário nº 2008.51.01.007339-2/RJ, DJe 19/05/2009, Ementa: "I - Pretendeu a Parte Impetrante impedir qualquer ato de sanção administrativa, pelo não cumprimento dos ditames da Portaria MP/CGU n.º 298/2007, que determina que os servidores encaminhem ao respectivo Serviço de Pessoal Declaração de Bens e Valores e/ou cópia da declaração de renda anual entregue à Receita Federal, porquanto tal exigência burlaria o sigilo fiscal que lhes é de direito.
II - Compulsando os autos, verifica-se que existe, na presente hipótese, conflito entre dois interesses protegidos constitucionalmente, quais sejam, a garantia à inviolabilidade da vida privada de um lado e, de outro, à necessidade de persecução da moralidade, publicidade e impessoalidade, pela Administração Pública.

III - Ponderando-se os interesses em questão e sabendo-se que o servidor público representa a Administração Pública, a qual recebeu, através da Carta Magna, o influxo de inúmeros princípios informadores de sua atuação, entende-se que inexiste qualquer arbitrariedade na exigência dos documentos em liça.
IV - E isto porque a análise da evolução patrimonial do servidor é medida útil e eficaz para evitar eventuais ocultações de ilicitudes, com aplicação clara e direta dos já mencionados princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade.
V - Outrossim, há objetivos distintos na exigência de entrega das declarações de bens fornecidas à Receita Federal e aquelas fornecidas à Administração Pública: o cidadão comum obriga-se a entregar, anualmente, a declaração do imposto de renda unicamente a fim de fornecer ao Fisco informações atinentes àquela exação; já os servidores públicos, que obviamente, têm posição distinta da dos cidadãos comuns, devem ter a privacidade mitigada, atualizando, também anualmente, seu patrimônio perante o Estado, ante a necessidade de transparência junto à Administração, possibilitando à mesma a fiscalização, em nome do interesse social, da conduta de seus servidores.
VI - Registre-se, por fim, que a exigência vergastada possui previsão em nosso ordenamento jurídico, especificamente no Decreto nº 5.483/05."

STJ, Segunda Turma, Ministro Relator Herman Benjamin, Recurso Ordinário nº 38.010/RJ, DJe 16/05/2013, Ementa: "3. A Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), não deixa dúvida a respeito: 'Art. 13. (...)'.
4. As providências solicitadas pelo Parquet, na hipótese dos autos, não ferem direitos fundamentais dos recorrentes, os quais, na condição de agentes políticos, sujeitam-se a uma diminuição na esfera de privacidade e intimidade, de modo que não se mostra legítima a pretensão por não revelar fatos relacionados à evolução patrimonial. Sobre o tema, oportuno observar recente diretriz adotada pelo STF na SS 3902, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe-189, de 3.10.2011."

STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Ayres Britto, Segundo Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3.902/SP, DJe 03/10/2011, Ementa: "1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade.
2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo "nessa qualidade" (§ 6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano.
3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O 'como' se administra a coisa pública a preponderar sobre o 'quem' administra - falaria

> *Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana.*
> *4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública."*
>
> *TRF da 2ª Região, Sexta Turma Especializada, Juíza Federal convocada Relatora Maria Alice Paim Lyard, Apelação Cível nº 2011.51.01.005297-1/RJ, DJ 27.02.2013: Voto da Juíza Relatora: "(...) se realmente houve a negativa do embargante em prestar declaração de bens, nada obsta a administração apurar o caso e adotar as medidas cabíveis. O fato é que tanto o acórdão como as considerações feitas na sessão de julgamento apontam que a lei é clara ao prever a pena de demissão para o agente público que se recusa a prestar declaração dos bens, ou que a prestar falsa."*
>
> *STJ, Quinta Turma, Ministro Relator Jorge Mussi, Recurso Especial nº 1.389.214/DF, DJe 15.06.2016, Ementa: "1. Havendo expressa menção na exordial acerca da intenção acusatória de demonstrar que a falsidade ideológica atribuída ao recorrido teve potencialidade de causar outros danos que não exclusivamente ao erário, é temerária a rejeição da denúncia sob o fundamento de que a conduta somente poderia ter por finalidade a sonegação de tributos.*
> *3. Todos os agentes públicos têm obrigação legal de manter a administração pública atualizada acerca dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, sujeitando-o à pena de demissão caso se recuse a prestar a respectiva declaração ou a fizer falsa, conforme preceitua o artigo 13, § 3º, da Lei n. 8.429/92, exsurgindo daí a possibilidade da falsificação atribuída ao recorrido ter potencialidade lesiva que extrapola a esfera tributária."*

A mera leitura das fontes legal e jurisprudencial permite compreender que a exigência de apresentação e a consequente análise de dados de natureza patrimonial não ferem os direitos e as garantias fundamentais individuais estampados no art. 5º da Constituição Federal (CF), notadamente o da privacidade, uma vez que do servidor é exigido um maior grau de transparência e a ele se confere uma maior submissão à fiscalização e ao controle estatal, em razão de seu especial regime de sujeição, conforme já exposto em **2.5.3.2.5**. Ademais, se pacifica que o art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, é claro, em seu § 2º, ao estipular a obrigação de apresentação da DIRPF com dados que expressem a realidade, em determinados momentos e anualmente, além de preciso ao cominar, no seu § 3º, a pena de demissão a que se sujeita o servidor que, uma vez instado, se recusa a fazê-lo ou que o faz com falsidade.

Assim, sobretudo com o forte amparo na jurisprudência sempre restritiva e cautelosa da Corte Superior, mais recente e sobre caso concreto de apresentação de DIRPF fraudulenta, se tem inequívoca não só a mera leitura mas sobretudo a aplicação do texto legal de que é igualmente passível de demissão tanto o servidor que se recusa a apresentar a DIRPF quanto aquele que a fornece com fraude ou ainda aquele que tenha autorizado o acesso automático àquela declaração fiscal fraudada, em situações que podem ocorrer pontualmente, quando instado na nomeação, na designação, na exoneração, na dispensa ou na aposentadoria, ou que podem ocorrer diluidamente na obrigação de atualizar ano a ano.

O próprio Decreto nº 10.571, de 2020, em seu art. 6º, menciona a possibilidade de persecução disciplinar em face do descumprimento do dever funcional em tela. E há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

> *Decreto nº 10.571, de 2020 - Art. 6º Poderá ser instaurado processo administrativo disciplinar e, quando cabível, processo ético contra o agente público que se recusar a apresentar ou apresentar falsamente a declaração de que trata este Decreto, observado o disposto nos § 1º e § 2º do art. 3º.*

Orientação Coger nº 59
O comando legal do § 3º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, encontra-se em pleno vigor e pode ter imediata aplicabilidade.

Por óbvio, não se busca aplicar punições aos servidores que apenas descumprirem o dever por omissão ou que cometerem erros formais ou mesmo ocultações de pequena monta no preenchimento de sua DIRPF e nem mesmo àqueles que forjarem esta declaração fiscal com o fim exclusivo de se esvair ou diminuir sua obrigação tributária, em termos de rendas e despesas. A estes não poderá ser impingido o rigor do dispositivo em comento, pois a aplicação da pena de demissão *in casu* pressupõe recusa (ser intimado a suprir a omissão e não fazê-lo) ou dissimulação (ter apresentado espontaneamente ou sob intimação a DIRPF com fraude ou ter autorizado o acesso a esta declaração fiscal fraudada), sempre em conduta dolosa e quantitativamente significativa em termos patrimoniais. Reforce-se: em outras palavras, não se confunde aqui o gravoso enquadramento de repercussão disciplinar expulsiva com condutas que tão somente ferem a legislação tributária, ainda que o contribuinte seja servidor. Há posicionamento institucional neste sentido.

Orientação Coger nº 61
A infração estabelecida no § 3º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, requer, para sua configuração, a comprovação do dolo em omitir ou em prestar falsa declaração acerca de bens relevantes no balanço patrimonial e em nada se confunde com irregularidades meramente fiscais.

É de se reiterar e sublinhar que somente cabe cogitar do ilícito expulsivo em tela se o servidor, uma vez instado a apresentar a DIRPF, tiver se recusado; ou a tiver apresentado com falsa informação; ou ainda se constar dos seus cadastros funcionais - seja em seu órgão de origem, seja na base de dados disponibilizada para a CGU - a autorização de acesso à sua DIRPF fraudada para o controle patrimonial anual. A recusa de apresentação da DIRPF ou a sua apresentação mediante fraude materializam de imediato o ilícito, não só objetivamente mas também em termos subjetivo do ânimo doloso; e a existência de autorização para acesso à sua DIRPF elaborada com falsidade equivale à consciência de querer usá-la, além da instância fiscal, para fraudar o controle patrimonial anual de fim correcional.

O mero preenchimento e o envio da DIRPF para o Fisco com falsas informações patrimoniais, por si só, podem até ser empregados como indícios em persecução de elementos informativos de enriquecimento ilícito nos termos do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, ou de ilicitude de natureza tributária, mas não têm o condão de revelar a intenção de burlar o controle administrativo patrimonial estabelecido no art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992. Sem a comprovação desta intenção de burla na recusa de apresentação ou na apresentação da DIRPF ou na autorização de acesso a esta declaração fiscal elaborada com falsidade, não se cogita de incursão na ilicitude em tela.

Ultrapassadas as questões concernentes à eficácia jurídica e ao alcance do dispositivo que se discute, cabe identificar a natureza jurídica do descumprimento desta obrigação funcional.

A análise da Lei nº 8.429, de 1992, demonstra que o normativo compõe-se de oito Capítulos. Destes, destaquem-se os Capítulos II e IV. O Capítulo II, com os arts. 9º a 11, cuida especificamente do que o legislador denomina de “atos de improbidade administrativa”, especificando-os como: os que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); os que causam prejuízo ao erário (art. 10); e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). O Capítulo IV, por sua vez, apenas com o art. 13 em comento, dedica-se à obrigação de o agente público manter a instituição pública à qual se vincula ciente de sua evolução patrimonial, tratando da DIRPF e da pena em caso de descumprimento.

Com isto, de imediato, identifica-se que a obrigação de apresentar a DIRPF e as disposições sobre seu descumprimento encontram-se em Capítulo apartado daquele que trata

dos atos classicamente conceituados pelo legislador como de improbidade administrativa. Só em razão desta topografia já se pode concluir que o descumprimento ao art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, não se constitui propriamente em ato de improbidade administrativa, embora esteja inserido na Lei especifica. Neste ponto, até se encontra um raro respaldo da doutrina que se aprofundou no tema:

> *"O dispositivo acima não tem estreita vinculação com a prática de ato de improbidade administrativa nem mesmo é expresso no sentido de que sua violação acarretaria o enquadramento da omissão como tal.", José Antônio Lisboa Neiva, "Improbidade Administrativa - Legislação Comentada Artigo por Artigo", pg. 215, Editora Ímpetus, 5ª edição, 2013*

Reforça este entendimento o fato de a doutrina e jurisprudência serem vastas ao disporem sobre os atos de improbidade administrativa e as discussões envolverem notadamente os desdobramentos dos art. 9º a 11, não tratando neste rol do disposto no art. 13. Além disto, verifica-se que, no Capítulo III, que versa sobre as sanções penais e civis a que se sujeita o servidor ímprobo, os incisos I a III do art. 12 da Lei nº 8.429, de 1992, possuem relação própria com cada espécie do ato de improbidade administrativa, reforçando a ideia de que eles estão dispostos tão somente nos arts. 9º a 11.

Decerto não teria sido por mera desatenção a localização topográfica do dever disposto no art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, fora do Capítulo específico dos atos de improbidade administrativa, e tampouco teria sido a intenção do legislador dificultar o cumprimento de uma disposição legal ao alocar um dispositivo supostamente similar apartado dos demais.

Não se pode olvidar que os atos de improbidade administrativa têm natureza de ilícito civil e até político, sendo-lhes cominadas, na instância judicial (sem prejuízo do processo disciplinar), pelo juiz, penas muito mais severas, tais como: o ressarcimento integral do dano causado à Administração Pública, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a multa civil, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e a proibição de contratar com o Poder Público, e ainda sem prejuízo da ação penal, conforme o § 4º do art. 37 da CF. Isto porque, conforme já exposto em **4.7.4.4.1.a**, o conceito de improbidade administrativa está relacionado a atos funcionais eivados de desonestidade, má-fé, fraude, má intenção e deslealdade, intimamente ligados ao múnus público do agente. O vocábulo veio a ser adotado exatamente para qualificar a conduta do agente público desonesto.

Lato sensu, improbidade administrativa é o exercício nocivo dos cargos, funções e empregos públicos que leva ao favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade mediante a concessão de favores e privilégios ilícitos, à conduta promotora do desvirtuamento e da submissão do interesse público e à dilapidação do patrimônio comum. E tais condutas materializam-se, em algum momento, na forma de acúmulo de patrimônio incompatível, de prejuízo ao erário ou de afronta severa aos princípios da Administração Pública, exemplificados nos diversos incisos dos respectivos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429, de 1992.

Disto, voltando o foco para o tema de interesse, qual seja, a repercussão patrimonial da atuação funcional ilícita, pode-se entender que o ato de improbidade administrativa propriamente dito tipificado no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, é a mera conduta da obtenção do patrimônio incompatível com a renda e não especificamente a ocultação ou dissimulação dos bens auferidos.

Buscando os ensinamentos da Hermenêutica, eis que é cabível defender, com uma interpretação teleológica, que nesta sutil diferenciação residiram a intenção do legislador e a razão para apartar dos demais ilícitos ímprobos a recusa na apresentação ou a falsificação da DIRPF apresentada ou a autorização de acesso automático a esta declaração fiscal fraudada. A

recusa de fazer ou o fazer de forma falsa, quando intencionais, embora ilegais, não passam de um meio de dissimulação do enriquecimento ilícito, este sim capaz de configurar ato de improbidade administrativa. É como estar diante de uma hipótese bastante figurativa do que o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) elenca, no inciso II do art. 76, quando uma ilicitude é cometida para ocultar uma outra infração, doutrinariamente chamada de conexão material consequencial. São dois ilícitos em concurso material e há posicionamento institucional neste sentido.

> *Orientação Coger nº 60*
> *A infração de omitir ou de prestar falsa declaração de bens, estabelecida no § 3º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, configura concurso material com o ato de improbidade administrativa gerador de enriquecimento ilícito decorrente de desproporção patrimonial, não havendo que se falar em absorção daquele por este.*

É de se destacar as diferentes naturezas desta materialidade em comento, do § 3º do art. 13, em comparação com a materialidade do inciso VII do art. 9º, ambos da Lei nº 8.429, de 1992, por enriquecimento ilícito decorrente da aquisição de bens ou da realização de despesas de valor desproporcional à evolução do patrimônio ou da renda do servidor. Aquele primeiro ato, por si só, tão somente configura um grave descumprimento de mandamento legal objetivo para o qual a própria Lei nº 8.429, de 1992, prevê unicamente a pena de demissão aplicada pelo Ministro de Estado. Já o segundo enquadramento mencionado configura ato de improbidade administrativa, para o qual, além da mesma pena de demissão aplicada por aquela autoridade administrativa, a Lei nº 8.429, de 1992, prevê ainda as já citadas gravosas sanções de natureza judicial civil.

Neste sentido, além do posicionamento institucional, também é a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares, da Consultoria-Geral da União (CNPAD/CGU/AGU), estampada no Parecer n° 1/2022/CNPAD/CGU/AGU, com citação doutrinária, e também no Despacho nº 164/2022/Decor/Decor/CGU/AGU, que aprovou o Parecer, o qual, ao final, obteve aprovação do Advogado-Geral da União.

> *Orientação Coger nº 60*
> *A infração de omitir ou de prestar falsa declaração de bens, estabelecida no § 3º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, configura concurso material com o ato de improbidade administrativa gerador de enriquecimento ilícito decorrente de desproporção patrimonial, não havendo que se falar em absorção daquele por este*
>
> *Parecer nº 1/2022/CNPAD/CGU/AGU: "Note-se, porém, que, mesmo se amparando no dever de transparência e de conformidade patrimonial, os tipos do art. 9º e 13 da Lei de Improbidade são diversos, como aponta o Advogado da União Rafael Dubeux:*
> *'7. De início, porém, esclareça-se certa mixórdia jurídica quando alguns órgãos da Administração cuidam do assunto. Freqüentemente, são versadas simultaneamente duas questões distintas, ainda que conexas. Refiro-me ao art. 9º, inciso VII, e ao art. 13, § 3º, ambos da Lei de Improbidade. Trata-se de duas hipóteses legais diferentes. Embora seja possível praticar tais condutas conjuntamente, os fatos - e as conseqüências - são diversos. (...)*
> *6. O primeiro dispositivo (art. 9º, inciso VII) constitui tipificação de ato de improbidade administrativa, consistente na aquisição, durante o exercício do cargo, de bens desproporcionais à renda. O segundo preceito (art. 13, § 3º), por seu turno, representa um descumprimento de dever funcional, consistente na recusa da apresentação de declaração de bens ou na sua apresentação falsa. Embora a demissão seja uma penalidade aplicável a ambos os casos, as demais sanções são distintas.*

> *7. Na primeira situação, estará configurado um ato de improbidade administrativa, sujeito, no âmbito de incidência da Lei nº 8.429, de 1992, às sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público, etc. (art. 12, inciso I), todas elas aplicáveis pelo Poder Judiciário. À Administração caberá aplicar, com fundamento no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, a penalidade de demissão (art. 132, inciso IV).*
> *8. No segundo caso, haverá essencialmente um grave descumprimento de dever funcional, o que tornará o agente público passível tão-somente de demissão, salvo se constatado outro ilícito.' (Dubeux, Rafael Ramalho. Enriquecimento ilícito de servidor e a Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: https://pt.scribd.com/document/360476758/EnriquecimentoIlicito-Rafael).”*
>
> *Despacho nº 164/Decor/CGU/AGU: “2. Consolide-se, por conseguinte, o entendimento no sentido de que para fins de posse e exercício de cargo público é dever funcional do servidor ser transparente quanto à sua evolução patrimonial, cabendo-lhe, sob pena de demissão, anualmente e ao término do exercício do cargo, disponibilizar a "declaração de imposto de renda e proventos de qualquer natureza, que tenha sido apresentada à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente", consoante preconiza o art. 13 da Lei n. 8.429, de 1992 (com a redação conferida pela Lei n. 14.230, de 2021), o art. 1º da Lei n. 8.730, de 1993; e o § 5º do art. 13 da Lei n. 8.112, de 1990.*
> *4. A infração disciplinar de improbidade administrativa correspondente à variação patrimonial significativa e sem lastro do servidor, apesar de intrinsecamente relacionada, não se confunde com a infração per si do dever funcional de transparência a que se refere o art. 13 da Lei n. 8.429, de 1992, e o art. 1º. da Lei n. 8.730, de 1993, pois a improbidade administrativa caracteriza-se pela efetiva demonstração da evolução patrimonial desproporcional aos rendimentos lícitos do servidor, contemporânea ao exercício do cargo, emprego, função ou mandato, e a infração do dever do art. 13 da Lei n. 8.429, de 1992, configura-se com a recusa da disponibilização à repartição da declaração de imposto de renda e proventos apresentada à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, ou com a prestação de declaração falsa (§ 3º do art. 13 da Lei n. 8.429, de 1992), sendo irrelevante para sua caracterização a ocorrência ou não de uma efetiva e significativa evolução patrimonial sem lícito lastro.”*

Conclui-se, com isto, que a Lei nº 8.429, de 1992, inovou o ordenamento jurídico disciplinar, ao estabelecer, em normativo apartado da Lei nº 8.112, de 1990, outra espécie de ilícito funcional, punível com demissão. Não se trata de um ilícito estatutário, porque não previsto na Lei nº 8.112, de 1990, e tampouco se trata uma espécie de ato improbidade administrativa, porque não alcançado nem pelo art. 12 e nem pelo art. 14, ambos da Lei nº 8.429, de 1992. É sim uma espécie própria de dever funcional, fortemente objetiva e de especial relevância, já que seu descumprimento enseja pena expulsiva.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.*
> *§ 1º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.*
> *§ 2º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei.*
> *§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos, observada a legislação que regula o processo*

administrativo disciplinar aplicável ao agente. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Esclarecida a natureza jurídica anômala do ilícito disposto no § 3º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, é de se abordar como proceder ao processamento desta espécie de descumprimento de dever legal e ao seu enquadramento.

Antes, abre-se um parêntese para relembrar que o art. 14 da Lei nº 8.429, de 1992, dispõe sobre o tratamento instrumental, na instância disciplinar, para os atos de improbidade administrativa. Mais especificamente, o § 3º do art. 14 da Lei nº 8.429, de 1992, estabelece de forma expressa que o rito procedimental a ser aplicado na apuração dos atos ímprobos se dá na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 1990.

Ainda que o ilícito em tela não figure no rol dos atos típicos de improbidade administrativa (e, portanto, não seja expressamente abarcado pelo art. 14 da Lei nº 8.429, de 1992, que determina a investigação, a apuração e a sanção nos moldes da Lei nº 8.112, de 1990), não se pode ignorar que toda a tutela imposta pelo art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, também se relaciona intimamente ao controle administrativo do patrimônio do quadro funcional e, consequentemente, também se insere no escopo da relação especial de sujeição que liga qualquer servidor à Administração. Cabe como exemplo ilustrativo de que este controle patrimonial está contido na relação estatutária o fato de que, já desde a investidura no cargo, se tem que a posse e a entrada em exercício ficam condicionadas à apresentação da DIRPF ou a autorização para seu acesso e tal dever de transparência patrimonial se estende ao longo de toda a vida funcional, até a vacância do cargo.

Ademais, em caso de dolosa recusa de cumprimento de apresentar a DIRPF (reitere-se que não basta a mera omissão) ou de sua apresentação ou de sua disponibilização eivada de fraude, o § 3º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, comina claramente a pena de "demissão", verbete especificamente usado para se referir a uma das penas expulsivas resultantes de decisões proferidas em âmbito administrativo em face de servidor na atividade ao fim do processo disciplinar, não se tratando, portanto, de sanção de natureza civil e da alçada do Poder Judiciário, uma vez que não empregou a expressão "perda da função pública". Dito de outra forma, o citado dispositivo legal criou um enquadramento expulsivo extraestatutário, à margem da lista de definições materiais expulsivas nos incisos IX a XVI do art. 117 e nos treze incisos do art. 132, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, estabecendo, então, uma hipótese específica de pena expulsiva administrativa, assumindo a qualidade de lei extravagante.

À vista do que foi exposto acima, o descumprimento do dever legal objetivo de apresentar ou de disponibilizar anualmente a fidedigna DIRPF estabelece hipótese de demissão, a ser processada no rito da Lei nº 8.112, de 1990, com enquadramento que contém apenas o § 3º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992. Em outras palavras, não há necessidade de a conduta concreta se subsumir e, consequentemente, não há que se fazer referência, na indiciação e no relatório, a qualquer enquadramento expulsivo da Lei nº 8.112, de 1990. Não obstante esta dispensa da Lei nº 8.112, de 1990, na definição material da ilicitude, no julgamento, a apenação expulsiva de demissão deve se capitular direta e unicamente no inciso III do art. 127 desta Lei (para o caso de o servidor ainda estar em atividade), sendo desnecessário se fazer referência sequer ao *caput* do seu art. 132.

De outro giro, todos os atos de improbidade administrativa, de um lado, também são processados mediante o mesmo rito da Lei nº 8.112, de 1990, mas, de outro lado, são enquadrados no inciso IV do seu art. 132 e com a possível combinação de algum dispositivo do art. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429, de 1992.

Ou seja, o enquadramento definido no § 3º do seu art. 13 é o único para o qual a Lei nº 8.429, de 1992, em lugar de prever perda função pública, prevê pena de demissão e com a conduta concreta não configurando ato de improbidade administrativa enquadrado no inciso

IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990. Trata-se do único caso em que a autoridade administrativa é competente para demitir servidor com infração enquadrada apenas na Lei nº 8.429, de 1992, sem se socorrer no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, embora siga o rito estabelecido entre os arts. 148 a 182 desta Lei e sancione com base no inciso III do seu art. 127 (para o caso de o servidor ainda estar em atividade).

Em harmonia com a própria natureza especial do ilícito, para o qual o legislador previu toda uma cognição apartada dos atos de improbidade administrativa, soa decerto coerente se concluir que aqui se está diante de uma espécie diferenciada de demissão, a se satisfazer tão somente com o enquadramento na Lei nº 8.429, de 1992, sem risco de sobrestamento para aguardar manifestação judicial (conforme poderia ocorrer caso se enquadrasse disciplinarmente qualquer ato ímprobo apenas em alguma definição material dos arts. 9º, 10 ou 11 daquela Lei sem combinar com o inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990). De forma especial, a rigor, esta hipótese demissiva.

Posto isto, a materialidade em tela, com a qual se debruçou no presente tema, qual seja, de DIRPF de apresentação recusada ou falsamente apresentada ou disponibilizada com o fim de ocultar a desproporção patrimonial, se completa e se aperfeiçoa tão somente com o enquadramento no § 3º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, e enseja, ao final da persecução administrativa, a aplicação direta deste enquadramento, desassociado de qualquer outra definição material desta mesma Lei e da Lei nº 8.112, de 1990.

Para esgotar o tema, há de se cogitar da hipótese de a materialidade se constituir em face de inativo, para quem não se aplica a pena de demissão. Sendo certo que o § 3º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, expressou demissão, neste caso peculiar e específico, faz-se sim indispensável combinar com regramento estatutário. Para não infringir a máxima principiológica de que não cabe leitura extensiva diante de dispositivo punitivo, mas ao mesmo tempo buscando coerência teleológico-sistemática do ordenamento como um todo, em que soaria incoerente o servidor, ao tempo da atividade, ter usado do estratagema de falsear sua DIRPF a fim de ocultar a desproporção patrimonial e restar impune na inatividade, é de se resgatar a leitura conjunta do art. 134 da Lei nº 8.112, de 1990, que impõe a aplicação de pena de cassação de aposentadoria a todo fato configurado em face de inativo que, se ativo fosse, seria apenado com demissão. E é exatamente esta a fatispécie ora tratada.

A hipótese de recusa de apresentação ou de apresentação de falsa DIRPF ou de autorização de emprego desta declaração fiscal elaborada falsamente enquadra-se indistintamente no § 3º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, independentemente se o processamento se dá ainda ao tempo da atividade ou já ao tempo da inatividade do servidor. Ou seja, o enquadramento é o mesmo. A diferença reside apenas na capitulação do julgamento e da apenação: enquanto para o servidor ativo estes atos incluem o inciso III do art. 127, para o servidor inativo, têm este dispositivo substituído pelo inciso IV do mesmo art. 127, combinado com o art. 134, ambos da Lei nº 8.112, de 1990.

E, novamente valendo-se dos ensinamentos da Hermenêutica, ao se analisar sistematicamente o ordenamento pátrio, a pena de demissão a ativo e a pena de cassação de aposentadoria a inativo clamam pela instrumentalidade prevista nos arts 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 1990, sob todo arcabouço legal e principiológico de garantias de defesa. Em ambos os casos, a respectiva apenação decorre da aplicação do devido processo legal estatuído na citada Lei e deságua na competência julgadora exclusiva a cargo do Ministro de Estado da Fazenda, a quem devem ser remetidos os autos com proposta de aplicação de pena expulsiva. Há posicionamento institucional neste sentido.

> *Orientação Coger nº 62*
> *A infração de omitir ou de prestar falsa declaração de bens, estabelecida no § 3º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, é apurada no rito previsto a partir do art. 148 da Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990, até o*

julgamento, a cargo do Ministro de Estado da Fazenda.

Alerte-se que a construção de hipótese específica de demissão à margem do rol de enquadramentos da Lei nº 8.112, de 1990 - o que, em outras palavras, faz subentender que a lista de enquadramentos expulsivos do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, não é exaustiva -, não é estranha e tampouco foi inaugurada pelo § 3º do art. 3º da Lei 8.429, de 1992, visto que a Lei nº 12.813, de 2013, possui um comando desta natureza, no parágrafo único do seu art. 12, que define como causa de demissão de ativo (e, extensivamente, de cassação de aposentadoria, se inativo) a prática de conduta configuradora de conflito de interesses, que foi detalhadamente abordada em **4.7.4.4.1.b**.

Apresentado todo o arcabouço jurídico teórico-conceitual do tema, resta manifestar a sua efetiva instrumentalização prática no âmbito do sistema correcional da RFB.

A implementação do efetivo e sistemático uso deste dispositivo legal - em plena vigência - significa, sem nenhuma mitigação da segurança jurídica, chegar de forma mais célere ao resultado final, qual seja, à expulsão do servidor que, uma vez intimado, intencionalmente não apresentou a DIRPF ou que, também com ânimo doloso, de forma significativa, tenta se valer de falsa informação patrimonial na DIRPF apresentada ou nesta declaração fiscal com acesso autorizado - sem aqui se confundir com ilícitos meramente fiscais. Isto porque a materialidade em tela, de caráter fortemente objetivo, pode ser mais fácil e rapidamente configurada em comparação à longa e complexa caracterização cabal do enriquecimento ilícito definido no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, viabilizando se concluir com menor esforço probatório o procedimento investigativo e o consequente processo disciplinar. Com certeza, com lastro no § 3º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, se agiliza a aplicação da pena expulsiva, já que se depende tão somente de se comprovar de maneira inequívoca a fraude patrimonial, eivada de má-fé, na DIRPF.

Uma primeira hipótese a se mencionar é da recusa intencional do servidor em fornecer, dentro do prazo imposto, à Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep) ou à respectiva Divisão de Gestão de Pessoas da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil (SRRF/Digep) ou ao sistema informatizado acima mencionado a cargo da CGU a DIRPF, em eventos de nomeação ou de exoneração de cargo em comissão ou de designação ou de dispensa de função de confiança ou de exoneração do cargo efetivo ou de aposentadoria, bem como de retorno após mais de um ano licenciado ou afastado sem remuneração ou ainda na devida apresentação anual, nos termos já expostos do art. 4º do Decreto nº 10.571, de 2020. Nestes casos, a atuação correcional é deflagrada por meio de representação da unidade central ou regional de gestão de pessoas. Sendo esta representação encaminhada à Coordenação do Grupo Nacional de Investigação (GNI), deve ser instaurada análise preliminar funcional para investigar objetivamente a recusa intencional de prestar a informação patrimonial, de simples e objetiva comprovação.

Já no caso de detecção de DIRPF fraudada, é pouco provável que se tenha a notícia isolada da fraude documental por representação ou denúncia e muito menos por trabalho investigativo instaurado para este fim. De se esperar que a detecção desta fraude advenha no curso de procedimento investigativo instaurado para análise da situação patrimonial do servidor, ou seja, no bojo de análise preliminar de cunho patrimonial ou, mais comumente, no bojo de sindicância patrimonial. Daí, aquele procedimento investigativo instaurado originalmente para investigação de elementos informativos de enriquecimento ilícito deve representar à Coordenação do GNI, a fim de se instaurar uma nova ocorrência independente, com a sua própria fase de admissibilidade, sem se abortar, obviamente, o prosseguimento da análise preliminar patrimonial ou da sindicância patrimonial já em curso. Da mesma forma como no caso de recusa, a Coordenação do GNI deve instaurar uma análise preliminar funcional para investigar objetivamente a fraude na declaração. Como, na prática, sabe-se que, infelizmente, é raro a Cogep e as SRRF/Digep exigirem a apresentação anual da DIRPF

ou controlarem a existência de autorização para acesso a esta declaração fiscal, deve-se de imediato perquirir se há nos cadastros do servidor esta autorização (feita apenas uma única vez, se não cancelada). Caso a SRRF/Digep identifique esta autorização nas bases cadastrais do servidor - realizada seja no âmbito da própria RFB, seja no âmbito do controle exercido pela CGU -, obtém-se a materialidade da falsa declaração e o relatório da análise preliminar funcional deve propor a instauração de processo disciplinar, a ser instaurado e a transcorrer de forma independente do rito em curso (ainda aquela análise preliminar patrimonial ou aquela sindicância patrimonial ou já o processo disciplinar decorrente, para investigação ou para apuração do enriquecimento ilícito).

Ainda menos provável é a hipótese de a fraude somente ser detectada já no curso de processo disciplinar instaurado para comprovar os elementos informativos de enriquecimento ilícito. Mas, caso isto ocorra, cabe apenas à comissão de inquérito representar imediatamente à autoridade instauradora, a fim de se deflagrar a fase de admissibilidade específica para esta segunda materialidade, da mesma forma como se aduziu acima, sem nenhuma interferência no prosseguimento do processo disciplinar.

Em suma, qualquer que seja o momento e o procedimento em curso em que surja a notícia da DIRPF fraudada, a comissão responsável pela condução deve representar para que o tema seja submetido à fase própria de admissibilidade, não sendo de se recomendar abarcar esta ilicitude de natureza objetiva ao escopo de investigação ou de apuração de indícios de enriquecimento ilícito por desprorção patrimonial já em andamento e nem tampouco abortar esta frente original de trabalho para se dedicar à nova empreitada. Havendo as duas materialidades, seus respectivos processamentos devem transcorrer de forma independente, em autos exclusivos e sem que um trabalho interrompa, suspenda, aborte ou de qualquer forma prejudique o outro.

Por fim, neste tema, é de se concluir que, mesmo com a aplicação dos comandos do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, exigindo indispensáveis condicionantes (recusa intencional de apresentação da DIRPF; ou apresentação desta declaração fiscal com falsa informação patrimonial; ou existência de autorização do servidor para que sua DIRPF elaborada com fraude supra a obrigação de apresentação anual), não é de se perder de vista a possibilidade de, uma vez configurados todos os elementos necessários à conduta enquadrável, se poder procedimentalizar céleres procedimento investigativo e processo disciplinar com vista à expulsão objetiva do servidor.

Fechado este parêntese sobre a natureza do ilícito capitulado no § 3º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, retorna-se à questão da DIRPF em si. Em seguida a este dispositivo do § 3º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, relembre-se que a Lei nº 8.730, de 1993, no *caput* e no seu inciso IV do art. 1º e na alínea “b” do parágrafo único do art. 3º, já reproduzidos acima, ratificou para agentes políticos detentores de cargos eletivos, membros da magistratura e do Ministério Público Federal (MPF) e, no que aqui mais interessa, para os titulares de cargos efetivos em geral, empregos públicos ou funções de confiança a obrigação de apresentar declaração de bens, na investidura, anualmente e na saída, não só a seu próprio órgão, mas também ao Tribunal de Contas da União (TCU), nos termos também do *caput* e do § 1º do seu art. 4º.

> *Lei nº 8.730, de 1993 - Art. 4º Os administradores ou responsáveis por bens e valores públicos da administração direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, assim como toda a pessoa que por força da lei, estiver sujeita à prestação de contas do Tribunal de Contas da União, são obrigados a juntar, à documentação correspondente, cópia da declaração de rendimentos e de bens, relativa ao período-base da gestão, entregue à repartição competente, de conformidade com a legislação do Imposto sobre a Renda.*
> *§ 1º O Tribunal de Contas da União considerará como não recebida a documentação que lhe for entregue em desacordo com o previsto neste artigo.*

Na prática interna da RFB, a apresentação anual da declaração de bens tem sido exigida apenas para os detentores de Cargo Comissionado Executivo (CCE) ou Função Comissionada Executiva (FCE), não se exigindo tal formalidade por parte dos detentores apenas de cargos efetivos, embora assim também determinasse o art. 1º da Lei nº 8.730, de 1993.

Não obstante, conforme já introduzido linhas acima, visando a regulamentar a obrigação disposta no citado art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, associada a controle patrimonial, atualmente vige o Decreto nº 10.571, de 2020, que prevê a apresentação eletrônica, por parte de servidor (efetivo ou comissionado) ou empregado público, da DIRPF apresentada à RFB por meio de sistema da CGU ou a autorização eletrônica, sem prazo de validade, para que este órgão a acesse, anual e diretamente. Nos termos já reproduzidos de seus arts. 3º e 4º, caso o agente público opte pela autorização eletrônica, basta apresentar a DIRPF no ato de posse ou de contratação; caso contrário, incumbe-lhe apresentar esta declaração fiscal anualmente e na nomeação e exoneração de cargo em comissão, na designação e dispensa de função de confiança, no retorno de licença ou afastamento não remunerado depois de mais de um ano, na exoneração do cargo efetivo e na aposentadoria.

Para este fim, os arts. 5º e 7º e o *caput*, o § 1º e o inciso I do § 2º do art. 8º, todos do Decreto nº 10.571, de 2020, atribuem à CGU competência para fiscalizar a apresentação da DIRPF ou da autorização de acesso e para gerenciar o banco de dados formado com as informações fiscais apresentadas pelos próprios servidores ou empregados públicos ou disponibilizadas pela RFB (mediante informação daquele órgão de que agentes públicos autorizaram acesso).

> *Decreto nº 10.571, de 2020 - Art. 5º Compete à Controladoria-Geral da União e à Comissão de Ética Pública, no âmbito de suas competências, fiscalizar o cumprimento da exigência de apresentação das declarações de que trata este Decreto ou de autorização de acesso nos termos do disposto nos § 1º e § 2º do art. 3º pelos agentes públicos.*
> *Art. 7º A Controladoria-Geral da União manterá e gerenciará banco de dados com o histórico e o inteiro teor de todas as declarações de que trata este Decreto, observado o disposto nos § 2º e § 3º do art. 8º.*
> *Parágrafo único. A Controladoria-Geral da União e a Comissão de Ética Pública acessarão as informações contidas no banco de dados de que trata o caput, no limite de suas competências.*
> *Art. 8º A Controladoria-Geral da União informará à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia as declarações cujo acesso tenha sido autorizado nos termos do disposto nos § 1º e § 2º do art. 3º.*
> *§ 1º A Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia disponibilizará à Controladoria-Geral da União e à Comissão de Ética Pública, por meio eletrônico, as declarações de que tratam os § 1º e § 2º do art. 3º.*
> *§ 2º Compete à Controladoria-Geral da União:*
> *I - informar à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas dos titulares das declarações de Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza das pessoas físicas cujo acesso tenha sido autorizado;*

Ainda ao tempo do revogado Decreto nº 5.483, de 2005, foi editada a já mencionada Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 298, de 2007, regulando, conforme antecipado linhas acima, as formas pelas quais qualquer servidor (efetivo ou comissionado) ou empregado público, anualmente, deve suprir à Administração a informação acerca de seus bens, seja permitindo acesso à sua DIRPF, seja apresentando-a anualmente para este fim.

> *Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 298, de 2007 - Art. 1º Todo agente público, no âmbito do Poder Executivo Federal, como forma de atender aos*

> *requisitos constantes no art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e no art. 1º da Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993, deverá:*
> *I - autorizar o acesso, por meio eletrônico, às cópias de suas Declarações de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física, com as respectivas retificações, apresentadas à Secretaria da Receita Federal do Brasil, do Ministério da Fazenda; ou*
> *II - apresentar anualmente, em papel, Declaração de Bens e Valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no Serviço de Pessoal competente.*
> *§ 1º Consideram-se agentes públicos, para os efeitos desta Portaria, os servidores públicos ocupantes de cargos de provimento efetivo ou em comissão, de qualquer nível ou natureza, os empregados públicos, os diretores e empregados de empresas estatais, os agentes que exercem mandato em órgãos e conselhos de caráter deliberativo e aqueles contratados por tempo determinado, nos termos da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993.*
> *§ 2º O agente público deverá autorizar o acesso ou entregar a Declaração de Bens e Valores no prazo de até quinze dias após a data limite fixada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil para a apresentação da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de renda da Pessoa Física.*
> *§ 3º Uma vez autorizado o acesso à Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física, na forma de inciso I deste artigo, não haverá necessidade de renovação anual da autorização.*
> *§ 4º O agente público poderá cancelar a autorização prevista no inciso I deste artigo, passando a entregar a Declaração de Bens e Valores anualmente em papel, na forma do inciso II.*
> *§ 5º A atualização anual da Declaração de Bens e Valores deverá conter as informações relativas ao ano anterior.*

O comando do § 1º do art. 3º do Decreto nº 10.571, de 2020, foi regulamentado pela Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal, da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (ME/SEDGG/SGP), na então condição de órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipec), por meio da Portaria ME/SEDGG/SGP nº 12.421, de 20 de outubro de 2021, já em seu art. 1º, prevendo o emprego exclusivo da meio eletrônico para que o servidor registre autorização de acesso à sua DIRPF.

> *Portaria ME/SEDGG/SGP nº 12.421, de 2021 - Art. 1º A autorização de acesso às Declarações de Ajuste Anual do Imposto de Renda de Pessoa Física (DIRPF) prestada por agente público federal ocupante de emprego, cargo eletivo, efetivo e cargos e funções de livre nomeação e exoneração, em exercício nos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - SIPEC, que venha a ser conferida ao Tribunal de Contas da União e à Controladoria-Geral da União, será consignada em termo de autorização individual e específico a ser subscrito pelo próprio agente público autorizante.*
> *Parágrafo único. O termo de autorização individual e específico de que trata o caput será disponibilizado aos agentes públicos federais pela Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal, órgão central do SIPEC, para assinatura, por meio de solução estruturante de tecnologia da informação em gestão de pessoas do Governo federal.*

Informe-se que a exigência de disponibilização de dados fiscais ao TCU, por parte de autoridades e de detentores de cargos eletivos e de titulares de cargos efetivos, empregos públicos ou funções de confiança, mencionados no art. 1º da Lei nº 8.730, de 1993, também restou possível de ser satisfeita por meio de permissão de acesso à DIRPF, conforme estabeleceu a Instrução Normativa (IN) TCU nº 67, de 6 de julho de 2011.

> *IN TCU nº 67, de 2011 - Art. 1º A apresentação das Declarações de Bens e*

> *Rendas pelas autoridades e por todos quantos exerçam cargo eletivo e cargo, emprego ou função de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União, a que se refere o art. 1º da Lei 8.730, de 1993, obedecerá ao disposto nesta Instrução Normativa.*
> *Art. 2º As referidas autoridades, servidores e empregados entregarão anualmente, à unidade de pessoal do órgão ou entidade a que se vinculem, Declaração de Bens e Rendas detalhadamente descritos na forma exigida no art. 13, caput e § 1º, da Lei 8429/1992, e 2º, caput e §§ 1º a 6º, da Lei 8.730/1993 e das respectivas retificações apresentadas à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).*
> *§ 1º A entrega da declaração se dará, também, por ocasião da posse ou, inexistindo esta, na enrada em exercício, no momento em que deixarem de ser ocupados os cargos, empregos ou funções, ou ainda quando solicitada, a critério da unidade de pessoal do órgão de controle interno respectivo ou do Tribunal de Contas da União.*
> *§ 2º A declaração a que alude o caput deste artigo deverá ser preenchida em formulário em papel, reproduzido a partir do modelo que constitui o anexo I desta instrução, devidamente assinada e entregue na unidade de pessoal do órgão a que se vincule o servidor.*
> *Art. 3º Em alternativa ao formulário a que se refere o artigo anterior, as autoridades, os empregados e os servidores mencionados no art. 1º desta Instrução Normativa poderão apresentar, à unidade de pessoal do órgão ou entidade a que se vinculem, autorização de acesso exclusivamente aos dados de Bens e Rendas exigidos nos arts. 13, caput e § 1º, da Lei 8.429/1992, e 2º, caput e §§ 1º a 6º, da Lei 8.730/1993, das suas Declarações de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física e das respectivas retificações apresentadas à RFB, nos termos do anexo II a esta Instrução Normativa.*

Atualizando a normatização do tema, em cumprimento aos dispositivos acima mencionados e reproduzidos do Decreto nº 10.571, de 2020, a CGU editou a Portaria Normativa (PN) CGU nº 10, de 13 de maio de 2022, por meio da qual estabeleceu o Sistema Eletrônico de Informações Patrimoniais e de Conflito de Interesses (e-Patri), a fim de atender tanto o comando do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, quanto o comando do inciso I do art. 9º da Lei nº 12.813, de 2013 (aqui não abordado). Esta PN CGU, além de reiterar os dispositivos do Decreto nº 10.571, de 2020 (destacadamente no que tange aos momentos de obrigatória apresentação), em seu art. 1º, especificou que a manutenção e o gerenciamento da base de dados obtida pela CGU com as declarações de bens se dá por meio do sistema e-Patri. Na linha de todo o relato histórico acima apresentado, a PN CGU, na leitura conjunta do § 1º e do inciso I do *caput* do art. 6º e dos arts. 4º e 5º, os agentes públicos alcançados pela norma podem autorizar acesso automático às suas DIRPFs ou, alternativamente, devem preencher e apresentar a Declaração e-Patri, por meio do sistema e-Patri, contendo dados de bens, direitos, rendimentos, pagamentos, dívidas, doações, heranças, conforme exigem os incisos do *caput* do art. 7º. E os §§ 2º e 4º do mesmo art. 6º esclarecem que a autorização para acesso automático é revogável a qualquer tempo e pode ser feita, em meio eletrônico, tanto no próprio sistema e-Patri quanto em sistema específico de gestão de pessoas, posto que aquele importa os registros feitos neste, conforme exige o art. 19.

> *Portaria Normativa CGU nº 10, de 2022 - Art. 4º As declarações de bens e de situações que possam gerar conflito de interesses a que se refere o art. 1º do Decreto nº 10.571, de 2020, serão entregues por meio da Declaração e-Patri.*
> *Art. 5º A Declaração e-Patri deverá ser apresentada por meio do Sistema Eletrônico de Informações Patrimoniais e de Conflito de Interesses - e-Patri e será submetida à análise da Controladoria-Geral da União e, conforme o caso, da Comissão de Ética Pública.*
> *Art. 6º A Declaração e-Patri conterá os seguintes dados do agente público:*
> *I - informações sobre bens e atividades econômicas ou profissionais; e*

> *§ 1º As informações a que se refere o inciso I do caput serão apresentadas diretamente no Sistema e-Patri pelos agentes públicos referenciados no art. 3º desta Portaria Normativa, podendo estes, alternativamente, concederem autorização, em meio eletrônico, de acesso às Declarações Anuais de Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza - DIRPF, conforme previsto no art. 3º, § 1º, do Decreto nº 10.571, de 2020.*
> *§ 2º A autorização a que se refere o § 1º poderá ser realizada no próprio Sistema e-Patri ou no Sistema de Gestão de Pessoas do Executivo federal, na hipótese de o agente público estar cadastrado neste último sistema. (Redação dada pela Instrução Normativa CGU nº 80, de 18 de maio de 2023)*
> *§ 4º A autorização de que trata o § 1º poderá ser revogada pelo próprio agente público a qualquer momento. (Redação dada pela Instrução Normativa CGU nº 80, de 2023)*
> *Art. 7º As informações sobre bens e atividades econômicas ou profissionais da Declaração e-Patri devem conter os mesmos dados prestados na DIRPF, em especial sobre:*
> *I - bens e direitos de qualquer natureza;*
> *II - receitas de qualquer natureza;*
> *III - pagamentos realizados;*
> *IV - dívidas; e*
> *V - doações ou herança.*

Novamente em reforço ao que foi descrito no relato histórico do tema quando se reportou ao tempo em que inexistia a PN CGU nº 10, de 2022, eis que, posteriormente, os seus arts. 12 e 13 vieram a reiterar que a CGU, caso detecte inconsistências patrimoniais nas declarações de bens fornecidas ou importadas, pode intimar o agente público a prestar informações complementares e deve representar para a unidade de correição competente, no órgão ou entidade, em casos de recusa de apresentação ou de falsa prestação da declaração de bens.

> *Portaria Normativa CGU nº 10, de 2022 - Art. 12. A Controladoria-Geral da União poderá, a qualquer momento, notificar agentes públicos para prestarem informações complementares àquelas constantes das declarações apresentadas, nos termos dos artigos 11 e 12 do Decreto nº 10.571, de 2020.*
> *Art. 13. A unidade correcional do órgão ou entidade deverá ser informada em caso de constatação de:*
> *I - recusa na entrega da Declaração e-Patri pelo agente público; ou*
> *II - prestação de Declaração e-Patri falsa pelo agente público.*

Ressalve-se que os dispositivos legal e regulamentares acima tão somente disciplinam um dever funcional a cargo dos servidores, em nada vedando, condicionando ou limitando a atuação de ofício do sistema correcional da RFB e suas competências regimentais para acessar diretamente ou para solicitar ao titular de unidade fiscal ou intimar que o próprio forneça os dados de natureza fiscal de quem quer que seja (inclusive de terceiros quaisquer que guardem relação de proximidade com o agente público e independentemente de haver ou não relação de parentesco e/ou dependência econômica), conforme já aduzido em **4.4.12.3** e em **4.7.4.4.2.b**. Até porque o próprio Decreto nº 10.571, de 2020, cuidou, no inciso IV do § 2º do art. 3º, de expressar que a autorização de acesso à DIRPF não exime o agente público de ser intimado a complementar informações necessárias.

> *Decreto nº 10.571 - Art. 3º*
> *§ 2º A autorização de que trata o § 1º*
> *IV - não exime o agente público de informar, na forma prevista no caput, seus bens e atividades econômicas ou profissionais que não constem da declaração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza das pessoas físicas;*

É de se atentar ainda para o detalhe de que as obrigações funcionais acima descritas

não se confundem com o dever funcional estabelecido de forma mais específica pela Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, que também é tratado pelo Decreto nº 10.571, de 2020, mas que não é objeto deste tópico. Conforme já se abordou em **3.2.5** e em **4.7.3.18.6.b**, esta Lei, que visa a tutelar um outro bem jurídico - qual seja, da prevenção e da sanção para a prática de atividade privada configuradora de conflito de interesses -, em seu art. 9º, determina que os agentes públicos sob sua incidência, em que se incluem todos os servidores em exercício na RFB (independentemente do cargo ocupado), mesmo em gozo de licença ou em afastamento de qualquer espécie, forneçam à CGU, anualmente, declaração sobre sua situação patrimonial, participações societárias, atividades econômicas ou profissionais e indicação de possível atividade em conflito de interesses por parte de cônjuge, companheiro ou parentes até o terceiro grau e informem à projeção de gestão de pessoas desde o mero recebimento de propostas de trabalho, de contrato ou de negócio com possibilidade de aceitação até o efetivo exercício de atividade privada. Ademais, o mesmo comando legal determina que a projeção de gestão de pessoas informe ao servidor e à CGU a possibilidade de aquela atividade praticada ou objeto de proposta configurar conflito de interesses.

Feito este registro informativo, retorna-se ao tema em questão, afirmando-se que, com isto, a Administração (que, aqui, pode ser representada tanto, inicialmente, pela CGU, como órgão central do SisCor, quanto pelos órgãos e unidades setoriais de correição deste Sistema, como é o caso da Coger) passou a dispor de instrumentos para analisar a compatibilidade patrimonial do servidor com sua remuneração. Além desta via automática de controle, o suposto ato de improbidade administrativa pode chegar ao conhecimento da Administração por diversas outras formas, tais como: por denúncia ou representação noticiando indício de existência de enriquecimento ilícito, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992; por exame das declarações de bens, conforme art. 13 da citada Lei; por comunicações de operações financeiras suspeitas, a cargo do Conselho de Controle das Atividades Financeiras (Coaf, a unidade de inteligência financeira - UIF brasileira), conforme determina o art. 15 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 - Lei da Lavagem de Dinheiro; por periódico e sistemático acompanhamento patrimonial dos servidores da RFB, a fim de verificar indícios de enriquecimento ilícito, previsto no art. 8º da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, na Portaria Coger-MF nº 26, de 30 de outubro de 2013, na Portaria Coger nº 32, de 26 de abril de 2016, e no § 2º do art. 1º da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020; e até por notícia divulgada na mídia. Nesta análise prévia de compatibilidade, além de se checar o teor da denúncia, representação, notícia ou comunicado, pode a Administração apreciar as DIRPF, em conjunto com a situação patrimonial (imóveis, veículos, etc) e com a movimentação financeira do servidor.

Ainda de acordo com o já mencionado Decreto nº 10.571, de 2020, em seus arts. 13 e 14, se esta análise prévia detectar incompatibilidade, deve a CGU, ou outra autoridade competente no órgão de origem - que, no caso da RFB, é o Coordenador do GNI -, instaurar sindicância patrimonial, com o objetivo de aprofundar as investigações, conforme já descrito em **2.5.3.2.3**, cujo relatório pode propor o arquivamento ou a instauração de processo disciplinar, caso se confirmem os indícios de ato de improbidade administrativa propiciador de enriquecimento ilícito. Não obstante, no ordenamento interno prevê-se também a possibilidade de instauração de análise preliminar patrimonial, conforme já descrito em **2.5.3.2.4**, cujo relatório pode propor, além das duas possibilidades acima, a conversão em sindicância patrimonial.

Enfim, aqui se quer enfatizar o feixe de normas que, de forma convergente, concede competência para o sistema correcional a fim de que este possa, de ofício, à margem de provocação externa - mas, claro, desde que dentre os limites impostos pelo art. 27 da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, para não incorrer em ato de abuso de autoridade -, proceder a investigações de natureza patrimonial em face de servidor contra quem se levantem indícios de suposto ato de improbidade administrativa que importe em enriquecimento ilícito em

decorrência de desproporção patrimonial.

4.7.4.4.5 - Atividades de Consultoria ou de Assessoria Privadas

No presente tópico, se dedicará especificamente ao estudo da prática das atividades de consultoria ou de assessoria privadas, realizada em razão das específicas atribuições legais do cargo ou da mera condição de servidor.

Para tanto, é necessário demarcar materialmente as atividades de que aqui se trata. E, obviamente, antes, apresentam-se os significados dos termos “consultoria” e “assessoria”. De forma genéria, ambos ramos de atuação profissional visam a auxiliar o contratante, na identificação e na solução de problemas na sua atividade. A consultoria realiza um diagnóstico completo sobre toda a atividade do contratante e indica-lhe as soluções necessárias para os problemas detectados e as opções para otimizar seus resultados, porém não atua na execução, sendo, portanto, uma prestação mais pontual. Já a assessoria pode ter um foco mais estrito com o fim de solucionar determinado problema na atividade do contratante e, identificada a solução, atua na sua execução, sendo, portanto, uma prestação mais prolongada no tempo. A consultoria ou a assessoria em si não são ilícitas; ao contrário, são atividades econômicas regulares, quando desempenhadas nos limites da livre iniciativa privada e em geral se dão no ambiente empresarial.

Destacadamente no âmbito da Secretraria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), a atuação de servidor na prestação de auxílio a contribuinte é atividade inserida no múnus público tanto institucional quanto funcional, desde que se resuma a esclarecer dúvidas para que o particular regularmente cumpra suas obrigações fiscais. De forma abrangente, se pode cogitar de que qualquer servidor lotado na RFB, sobretudo se integrante da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), dispõe de atribuição legal e de conhecimento técnico para se manifestar, em caráter orientativo, sobre qualquer área da competência institucional. E o ordenamento reflete, de maneira positivada, esta linha de construção. Como competência institucional, o Decreto nº 11.907, de 30 de janeiro de 2024, atribui ao órgão, no inciso XII do seu art. 27, a promoção da cooperação e da integração entre o Fisco e o contribuinte e da educação fiscal, literalmente refletida no inciso XII do art. 1º do Anexo I do Regimento Interno da Secretaria da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 284, de 27 de julho de 2020. Como atribuição funcional, a Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, na alínea “e” do inciso I do *caput* e nos incisos I e III do § 2º do seu art. 6º, estabelece como atribuição dos ocupantes dos cargos de Auditor-Fiscal e de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil (AFRFB e ATRFB) orientar o sujeito passivo acerca da interpretação da legislação tributária. Na sequência, o Decreto nº 6.641, de 10 de novembro de 2008, reiterou tal atribuição, na alínea “e” do inciso I do *caput* do seu art. 2º e nos incisos I e III do § 2º do seu art. 3º. Portanto, depreende-se que o regramento interno prevê esta atribuição orientativa a qualquer servidor do órgão, independentemente de estar ou não dedicado ao processo de trabalho de atendimento Assim, mais que não ter como aprioristicamente ilícito que um servidor oriente o contribuinte e mais até do que ser lícito, é verdadeiramente um dever funcional este auxílio pontual.

> *Decreto n° 11.907, de 2024 - Art. 27. À Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil compete:*
> *XII - promover atividades de cooperação e integração entre as administrações tributárias do País e entre o fisco e o contribuinte, e de educação fiscal, além de preparar e divulgar informações tributárias e aduaneiras;*
>
> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 1º A Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), órgão específico singular, diretamente subordinado ao Ministro de Estado da Economia, tem por finalidade:*

> *XII - promover atividades de cooperação e integração entre as administrações tributárias do País, entre o fisco e o contribuinte, e de educação fiscal, além de preparar e divulgar informações tributárias e aduaneiras;*
>
> *Lei nº 10.593, de 2002 - Art. 6º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Lei nº 11.457, 16 de março de 2007)*
> *I - no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo: (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)*
> *e) proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à interpretação da legislação tributária; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)*
> *§ 2º Incumbe ao Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil, resguardadas as atribuições privativas referidas no inciso I do caput e no § 1º deste artigo: (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)*
> *I - exercer atividades de natureza técnica, acessórias ou preparatórias ao exercício das atribuições privativas dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)*
> *III - exercer, em caráter geral e concorrente, as demais atividades inerentes às competências da Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007)*
>
> *Decreto nº 6.641, de 2008 - Art. 2º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil:*
> *I - no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo:*
> *e) proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à interpretação da legislação tributária; e*
> *Art. 3º Incumbe aos ocupantes dos cargos de Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil, resguardadas as atribuições privativas referidas no inciso I do art. 2º:*
> *I - exercer atividades de natureza técnica, acessórias ou preparatórias ao exercício das atribuições privativas dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil;*
> *III - exercer, em caráter geral e concorrente, as demais atividades inerentes às competências da Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

Não obstante, este tipo de atuação funcional pode assumir contornos infracionais quando o servidor não se limita a orientar o contribuinte a regularmente cumprir suas obrigações tributárias mas sim se permite subsidiar o particular com informações ou até mesmo com prestação de serviços que visam a beneficiá-lo de forma indevida. Na fronteira que se reconhece nem sempre cristalina, por ser demarcada por uma área cinzenta, se a conduta do servidor passa a submeter a tutela pública a risco de ser comprometida por um tratamento subalterno em face da priorização concedida à empreitada privada, então, a ação configura a materialidade em tela e, consequentemente, transpassa para o campo da ilicitude. E será apenas esta sua específica configuração ilícita que aqui se abordará. Como se verá adiante, este quadro nefasto de contaminação do desempenho das atribuições funcionais se dá, basicamente, por dois caminhos, ambos de extrema gravidade: pela forma qualificadamente imoral como o servidor arrebanha vantagens financeiras para si em decorrência de sua atividade ou pelo simples confronto de interesses público e privado a que se expõe com a sua prática.

No escopo delimitado deste texto, para a ótica da repercussão funcional, não se dará importância aos pormenores diferenciadores da consultoria e da assessoria privadas, e se adotará a liberalidade simplificadora de tratá-las de forma indistinta e una. Estas atividades se sintetizam como toda e qualquer conduta por meio da qual o servidor, de forma absolutamente distinta da regular orientação normativa para o bom cumprimento das obrigações fiscais, presta serviços ao particular, com qualquer grau de associação (ainda que indireta) com as

tutelas e com os controles de ordem pública exercidos pelo órgão a que serve ou por qualquer outro órgão da Administração.

Na busca de uma descrição material abrangente do que sejam consultoria ou assessoria privadas, de forma genérica para qualquer cargo de qualquer órgão, para além dos limites da RFB, é certo que, em todo caso, a arregimentação do servidor se dá seja por intermédio da capacitação e dos conhecimentos técnicos que se presumem ou que efetivamente se detectam auferidos à custa do cargo que ocupa ou da mera condição de agente público (por vezes ainda aprimorados com suas pessoais formações acadêmicas), seja pela sua simples habitualidade com as rotinas administrativas em geral e pelo acesso potencialmente qualificado que pode ter a informações privilegiadas. E o serviço pode ser prestado de forma ostensiva, o que não é comum, ou, de forma dissimulada, como é mais frequente, o que dificulta a iniciativa de conceituar as atividades em tela e de descrever seus objetos, meios empregados e resultados pretendidos.

Na consultoria ou na assessoria privadas, à vista de um acerto compactuado entre as partes (de maneira formal ou informal e de comprovação desnecessária para a configuração do ilícito funcional), o servidor labora em favor do particular, com seus supostos ou efetivos saberes profissionais e acadêmicos, a fim de que este contratante tenha suprida (ou possa mais fácil ou beneficamente vir a tê-lo) uma demanda qualquer diante da Administração ou até mesmo em face da iniciativa privada. O caráter infracional das atividades em comento reside na adoção, pelo servidor, de postura fortemente desleal em relação ao Estado, já que, em sentido oposto, a conduta funcional pautada em não afrontar o interesse público e o múnus do órgão a que serve e ao qual é vinculado harmoniza-se com a boa-fé que se espera reger toda espécie de relação jurídica. Estas condutas infracionais configuram sim, em termos coloquiais, uma espécie de traição, de parte do servidor, da confiança que a Administração lhe deposita, fazendo romper esta indispensável relação de fidúcia que sustenta qualquer vinculação de natureza laboral, como é a estatutária.

Cabe diferenciar que, embora aqui se cogite de que a consultoria ou a assessoria privadas mitigam a dedicação laboral e a capacidade produtiva do servidor - que se presumiria focada apenas no interesse público -, não se vincula o aperfeiçoamento de tais infrações apenas à hipótese de as atividades chegarem ao ponto de prejudicar a produtividade ou a jornada de trabalho (sobretudo no que tange a este segundo parâmetro, que perdeu relevância com a maciça adesão ao programa de gestão e desempenho - PGD). As ilicitudes em tela não requerem tamanhas repercussões, podendo se perfazer mesmo que o servidor jamais descuide de suas obrigações de desempenho e de presença ao trabalho; apenas, estes efeitos, caso presentes, reforçam e agravam a crítica à conduta infracional. Acrescente-se ainda, sob amparo do que já se aduziu em **3.2.5**, que a repercussão disciplinar de que aqui se cogita não seria afastada na hipótese de o servidor se encontrar em licença para tratar de interesses particulares, visto que, não se tratando de enquadramento no inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, não caberia a aplicação do inciso II do parágrafo único do citado art.

A consultoria ou a assessoria privadas caracterizam-se de forma inequívoca pelo desvio, em termos de destinação e de finalidade, da capacitação e da construção abstrata intelectual do servidor, para servir não ao órgão e ao interesse público de sua função aos quais deve lealdade, mas sim, de forma antagonicamente desleal, ao particular que o contrata para uma demanda pessoal, seja ela lícita ou ilícita. A grave antijuridicidade embutida em tais condutas funcionais se revela tão somente pelo aduzido desvio para quem e para quê se destina a lealdade do servidor, aqui compreendida irrigada e exemplificada por sua capacidade produtiva e por sua inteligência laborativa, ainda que este empregue seus supostos ou efetivos conhecimentos e saberes para fornecer ao seu contratante informações acerca de lícitas postulações. Em outras palavras, a gravidade das condutas funcionais se configura mesmo que o servidor não forneça, em sua prestação, instrumentos ilícitos de maior

favorecimento ao particular - sendo óbvio que tal peculiaridade, quando existente, configura uma outra espécie de agravante das condutas.

Quanto ao objeto, a consultoria ou a assessoria privadas podem atingir diferentes graus de aprofundamento em variados instrumentos de manifestação, assumindo formas não só definitivas mas também incipientes do trabalho contratado, tais como a elaboração propriamente dita e acabada ou o simples auxílio na redação de petições, requerimentos, defesas, impugnações, recursos e quaisquer outras provocações à Administração ou ainda de estudos, análises, previsões, prognósticos ou planejamentos, bem como de recomendação, estímulo ou de encorajamento de condutas ou práticas de atuação que conflituem com os entendimentos jurídicos adotados pelo órgão ou ainda qualquer forma de prestação de informações ou conhecimentos técnicos por parte do servidor. Quanto aos meios empregados, o atendimento dos serviços contratados pode se consubstanciar de forma escrita, em meios concretos ou digitais, como documentos em papel ou formatos e mídias eletrônicos, ou ainda meramente de forma oral, valendo-se tanto de contatos presenciais, como reuniões ou outros agendamentos de trabalho, quanto telefônicos ou virtuais, a exemplos de aplicativos de mensagens instantâneas. E o resultado destas atividades pode se voltar para diversos fins e destinações, tais como ser empregado no próprio órgão em que o servidor é lotado ou em outro órgão da Administração ou visar a qualquer outra forma de emprego ainda que fora da seara pública, em qualquer mercado competitivo da livre iniciativa.

As condutas anfíbias em comento podem ser engendradas de forma afastada do local e do horário em que o servidor convencionalmente exerce seu cargo, como em estabelecimento privado, comercial ou residencial (destacadamente com a maciça adesão ao PGD), seu próprio ou do contratante, até mesmo sem qualquer prejuízo à produtividade e à dedicação enfim ao serviço; ou, em grau mais elevado de ofensividade à lealdade institucional, pode ser cometida até mesmo dentro do próprio ambiente da repartição, quando o servidor utiliza-se, para produzir para outrem, de todos os meios, instrumentos e ferramentas que a Administração lhe disponibiliza sob ótica do interesse público e da presunção do regular desempenho de suas atribuições legais.

Neste rumo, convém ratificar que, embora possam estar sob a guarda do servidor e mesmo que tenham sido por este, em decisão unilateral, transformados em objeto de uso ilícito, todos os bens públicos localizados na repartição são da Administração, e sua apreensão para investigações, apurações e perícias se revestem de absoluta e plena legalidade, dispensando qualquer forma de antecipada notificação à parte (nos termos do art. 45 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) e não se delimitando por nenhum direito protetor de garantias fundamentais do indivíduo. Desta forma, os documentos em papel e as mídias ou os arquivos eletrônicos encontrados em aparatos do trabalho na repartição, tais como o armário, a mesa, o computador e quaisquer outros bens públicos, ainda que sob uso privado desvirtuado, não se inserem em contornos constitucionalmente protegidos de privacidade e intimidade do servidor, conforme já exposto em **4.4.6** e também entende a doutrina. O mesmo já não se pode dizer, por óbvio respeito a cláusulas garantidoras constitucionais, das provas de cuja existência se cogite na residência do servidor ou em domicílio de particulares, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, que têm acessos e apreensões condicionados à devida autorização judicial.

> *"No mesmo sentido, em se tratando de documentos ou equipamentos públicos do mesmo órgão encarregado da apuração, não há que se falar em necessidade de realização de busca e apreensão formal, mas tão somente em desenvolvimento de diligência e sua formalização, podendo o colegiado disciplinar após a arrecadação, determinar a perícia, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao esclarecer que a análise em computador que compõe o patrimônio público determinada por servidor público responsável, não configura apreensão ilícita. Proteção, in casu do interesse público e zelo*

pela moralidade administrativa (MS15.825/DF, Ministro Herman Benjamin).", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pg. 96, Editora Juruá, 1ª edição, 2013

Fechada a tentativa de descrever materialmente a consultoria ou a assessoria privadas, cabe agora, ainda explorando o ambiente genérico para além das peculiaridades da RFB, adentrar na sua definição jurídica. Em outras palavras, apresentam-se as diferentes construções hipotéticas no ordenamento que abarquem seus contornos concretos, na busca do que pode ser tido como o melhor enquadramento para a conduta.

Primeiramente, convém relembrar que até é certo, por um lado, que a Lei nº 8.112, de 1990, em sua leitura sistemática, não tem intenção, *a priori* e como regra, de se imiscuir na vida privada dos servidores e de lhe inibir direitos fundamentais de livre iniciativa e de propriedade. Mas, também, por outro lado, se tem como inequívoco que, no limite, é possível se estar diante de situações jurídicas em que direitos fundamentais individuais e tutelas públicas se delimitam e até mesmo se põem em contraposição, devendo se eleger, em tais contextos, como prioritárias e prevalentes estas últimas, à vista de que nenhuma daquelas garantias - ainda que de molde constitucional - é insuperável ou inafastável diante do maior interesse público. Neste rumo, conforme já exposto em **4.7.3.18.7**, há condutas que, tão somente por serem praticadas, ainda que com absoluta boa-fé por parte do servidor, se demonstram desde sempre incompatíveis com o múnus público, a ponto de, além de serem estatutariamente vedadas, de imediato, configurarem infração no mínimo de mediana gravidade.

Inicia-se então a análise dos possíveis enquadramentos por esta trilha, a partir da hipótese menos severa. Diante da relevante gravidade das condutas que se logrou materialmente definir, delimitar e identificar acima, tais práticas, por parte do servidor, de burla dolosa às tutelas e aos controles exercidos pela Administração, propiciadas justamente pela relação de vínculo estatutário que os une, ultrapassam a simples incompatibilidade de matérias ou de dedicação e se consubstanciam, de forma bastante destacada e cristalina, em atos de qualificada afronta à lealdade institucional. Decerto, o cerne da crítica à consultoria ou à assessoria privadas reside na intolerância que o ordenamento expõe à prática demarcada com elevado grau de deslealdade ao órgão a que o mesmo agente serve, em quebra da relação de confiança entre o Estado-empregador e o seu agente, que transcende a mera incompatibilidade. Com isto, é de se dizer que as atividades em tela não se resumem a uma simples atividade particular incompatível com o cargo, nos termos vedados pelo inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, que redundaria em pena de suspensão para o servidor.

Descartado o enquadramento de gravidade apenas média, prossegue-se a busca, agora concentrada nas hipóteses legais expulsivas, com a dificuldade de se reconhecer que, neste rol que guarda o ponto comum da alta refração interna e social, as fronteiras materiais de condutas subsumíveis a um ou a outro enquadramento podem ser tênues e pouco precisas. Tanto é verdade que, neste contexto em que se cogita de servidor que se predispõe a ter atuação funcional eivada de intolerável deslealdade institucional, não raro, este agente vai além da consultoria ou da assessoria privadas, sendo comum que encadeie seu *iter* infracional com outras ilicitudes, de diversas naturezas, em concurso material de infrações.

Não por acaso, abre-se a análise das hipóteses legais expulsivas justamente por aquela de abrangência mais ampla e genérica e que, por este motivo, exige maior grau de argumentação e de exemplificações diferenciadoras, que é, *lato sensu*, o uso indevido do cargo. A consultoria ou a assessoria privadas se perfazem com o simples atuar do servidor a favor do contratante, de qualquer forma e por qualquer meio, nos termos acima elencados, com mácula de deslealdade que desfoca seu comprometimento que deveria se concentrar unicamente ao lado do interesse público. Dito isto, as ilicitudes sob exame não se confundem com condutas que se amoldem à hipótese legal de valer-se do cargo para lograr proveito

pessoal ou de outrem, punida expulsivamente e prevista no inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, e também não necessariamente a estas se agregam e a estas antecedem ou sucedem. Não obstante, se reconhece que, na realidade, muitas vezes, é isto que ocorre, na dinâmica e na complexidade do ânimo infracional do agente, fazendo com que o uso indevido de seu cargo venha antes ou na sequência do acerto da transação ilícita. Neste rumo, o valimento de cargo se agrega, em uma conduta de multiplicidade infracional, como um concurso material de infrações, se, por exemplo, em lista aqui não exaustiva de ilustrações, o agente propagandear sua condição de servidor ou utilizar como elemento de negociação o fato de, sendo servidor, possuir conhecimentos e acessos diferenciados e propiciadores de melhor qualidade em sua empreitada privada ou ainda se se comprovar que logrou acesso ao contratante utilizando-se da atividade funcional por ele desenvolvida em face daquele contribuinte, como qualquer espécie de procedimento administrativo em curso, por exemplo. Em tais situações hipotéticas, se poderia construir uma consecução de duas ilicitudes em concurso material: o valimento de cargo e por fim a consultoria ou a assessoria privadas ou vice-versa, cabendo, em exceção, o duplo enquadramento. Fora esta hipótese, o simples fato de o agente praticar as condutas de consultoria ou de assessoria privadas não configura o ilícito de valimento do cargo, a merecer enquadramento único.

Em linha similar ao aduzido acima para o valimento de cargo, embora também se possa ter a consultoria ou a assessoria privadas em conjunto com a disponibilização externa de informações e conhecimentos auferidos com a função pública, aquelas atividades não se confundem com o ilegal repasse de informações sigilosas a que o servidor tem acesso em função de seu cargo, ilicitude esta que conta com enquadramento expulsivo específico, no inciso IX do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990. As atividades de que aqui se trata, de imensa e difusa abrangência concreta de atos, vão além da específica violação de segredo a favor do contratante, não obstante poder tê-la em concurso material.

Da mesma forma, a consultoria ou a assessoria privadas igualmente não se confundem com a também específica intermediação de interesses particulares na repartição, a exemplo de quando o servidor encaminha ou acompanha petições e processos de um terceiro dentro do órgão, que possui enquadramento específico no inciso XI do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, e que pune com demissão a atuação do servidor como intermediário ou procurador. As atividades que ora se busca enquadrar não são a simples diligência concreta, instrumental e operacional, a favor do interesse privado dentro da Administração, fazendo com que este se encaminhe de forma mais ágil ou que se processe de forma favorável ao pleito. Até porque, em geral, mesmo antes da prevalência do PDG, este tipo de ilicitude se concretiza fora dos contornos espaciais da repartição e do momento de dedicação ao desempenho regular das atribuições cargo.

Melhor figurando o que acima se expôs, apresentam-se três hipóteses contrapostas de infração única e de concurso material. Se um servidor apenas se propõe a laborar uma peça jurídica a favor do interesse de um particular a ser utilizada como elemento de instrução de procedimento administrativo em curso em seu órgão, quebrando desde aí a ligação que se presumia de lealdade institucional, já restam caracterizadas a consultoria ou a assessoria privadas; se, além disto, para a confecção de tal peça, o agente acessa sistemas informatizados internos a que tem acesso em razão do cargo que ocupa, agrega-se o abrangente valimento do cargo; ou se, de outro giro, o autor disponibiliza para o contratante informações sigilosas a que tem acesso, agrega-se a específica quebra de sigilo; e ainda se o servidor não apenas faz a proposta inicial mas também se compromete a atuar internamente, acompanhando a tramitação daquele procedimento, agrega-se a específica atuação como intermediário.

Afastadas então estas primeiras hipóteses legais, previstas nos incisos IX e XI do art. 117 e no inciso IX do art. 132, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, como definições materiais que abarcariam condutas concretas inseridas na materialidade de consultoria ou de assessoria

privadas, resta apenas um último enquadramento daquela Lei a ser avaliado como de cabível emprego, qual seja, de improbidade administrativa, também de repercussão expulsiva.

A partir do contexto estatutário inaugurado pela Lei nº 8.112, de 1990, a descrição material que se apresentou no início deste tópico para a consultoria e a assessoria privadas se amolda perfeitamente à noção genérica que se tem de improbidade administrativa, nos termos previstos no inciso IV do art. 132 da citada Lei. O rol concreto de condutas listadas acima se subsome ao conceito jurisprudencial e doutrinário de ato ímprobo, sopesado pela valoração proporcional do operador do Direito, conforme se expôs em **4.7.4.4.1.a**. Em outras palavras, o que aqui se descreveu como consultoria ou assessoria privadas demonstra com exatidão a configuração do ato ímprobo em gênero para fim disciplinar, densificado pela alta carga de imoralidade administrativa, pelo elevado poder ofensivo e pela forte refração social, à luz de trabalho valorativo, irrigado e balizado pelo princípio da proporcionalidade. As atividades em tela, no sentido mais genérico e abrangente de sua definição, que engloba toda a miríade de possibilidades de atuação do servidor em favor do contratante, são passíveis de serem enquadradas tão somente no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, sem necessidade de nenhuma outra definição legal integrativa para redundar no efeito expulsivo. Nunca houve e continua não havendo dúvida da pertinência jurídica desta interpretação.

Não obstante, com a sanção da Lei nº 8.429, de 1992, tendo trazido ao ordenamento definições materiais de atos de improbidade administrativa voltadas para a instância civil, adotou-se a praxe, reconhecida em **4.7.4.4.1.b**, de se agregar ao enquadramento estatutário expulsivo algum tipo previsto nos incisos dos arts. 9º, 10 ou 11 daquela Lei, a fim de fornecer melhor definição do ato ímprobo imputado ao servidor. Neste contexto, passou a ser empregada, em conjunto com o inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, destacadamente, a definição material encontrada no inciso VIII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, que tipifica, em sua parte final, como ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, o exercício das atividades de consultoria ou de assessoria privadas para pessoa física ou jurídica que tenha interesse passível de ser afetado pela atuação funcional do agente público. Esta atuação, como elementar do presente tipo, não requer necessariamente poder decisório sobre pleito do contribuinte, ou seja, não requer que o servidor seja autoridade ocupante de cargo em comissão de função de confiança. O tipo em tela se perfaz com qualquer grau de ingerência que o agente público possa ter sobre o interesse do particular, não obstante, claro, a presença da relação de confiança depositada pela Administração no servidor poder figurar como um agravante da conduta.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021):*
> *VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;*

A construção acima exposta, por um lado, traz consigo a força punitiva da imputação de ato de improbidade administrativa nos termos positivados pela Lei nº 8.429, de 1992; mas, por outro lado, importa no condicionamento de se ater à praxe até então adotada, de se agregar ao enquadramento expulsivo do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, a necessidade de a conduta concreta se subsumir à definição material estabelecida pelo inciso VIII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992. Abrindo-se mão do enquadramento gerérico unicamente no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, uma conduta funcional que *lato sensu* se pudesse imputar de forte afronta à moralidade administrativa, mas que não

mantivesse nenhuma relação de dependência com poder de ingerência que o servidor pudesse exercer sobre o interesse privado, não poderia ser aqui tipificada. Como mera ilustração da lacuna material do tipo em tela, cite-se, como exemplo de contorno fático que ficaria à margem da incidência, a situação de um servidor detentor de uma posição pública de relevante confiança e, como tal, possuidor de um grau de acesso a informações estratégicas de governo, reguladoras de determinado setor econômico, e que viesse a disponibilizar a uma pessoa física ou jurídica informações não necessariamente para favorecer pleitos seus junto à Administração, mas tão somente para lhe propiciar posição de vantagem no mercado competitivo em que se insere, em detrimento da livre iniciativa. Uma conduta inegavelmente deletéria da lealdade institucional mas que ficaria sem incidência do tipo em tela, o que serve, por si só, de argumento para se detectar que este não é melhor modelo jurídico a ser empregado.

Esta incompletude na abrangência material para a consultoria ou a assessoria privadas à época em que se adotou a praxe de acrescentar ao enquadramento de ato de improbidade administrativa no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, algum inciso dos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429, de 1992, restou sanada com o advento da Lei nº 12.813, de 2013. Ademais, ao mesmo tempo, também se tornou possível dispensar a discussão acerca da independência ou da vinculação da imputação disciplinar de ato ímprobo naquele dispositivo da Lei nº 8.112, de 1990, em face das definições materiais da Lei nº 8.429, de 1992.

Neste rumo, convém reproduzir conceituações doutrinárias e normativas já expostas em **4.7.3.18.6**. Qualitativamente, se pode dizer que uma atividade é potencialmente configuradora de conflito de interesses no exercício do cargo sempre que a atuação do servidor, ao tangenciar interesse privado (seu próprio ou de terceiros), compromete, influencia, vincula ou prejudica o livre desempenho de suas atribuições (ou simplesmente tem o potencial de fazê-lo), beneficiando (ou podendo beneficiar) o interesse particular, em detrimento da causa pública. E, em termos positivados, a definição legal de conflito de interesses, estabelecida no inciso I do art. 3º da Lei nº 12.813, de 2013, funda-se na ideia central de confronto, colisão, superposição, excludência, imiscibilidade e impossibilidade de coexistência, integridade, objetivos, motivações, dedicações, relevâncias e priorizações e associa esta noção a uma partição em duas linhas, ainda que meramente potenciais, de indesejadas repercussões, quais sejam, no possível comprometimento do interesse público e na possível contaminação do desempenho da atividade pública. Assim, de acordo com este dispositivo legal, conflito de interesses é a situação de confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse público ou influenciar, de forma indevida, o desempenho das atribuições legais do cargo pelo agente público.

> *Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 3º Para os fins desta Lei, considera-se:*
> *I - conflito de interesses: a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública; e*

O inciso I do art. 3º da Lei nº 12.813, de 2013, figura apenas como uma definição balizadora de critérios mínimos para que uma conduta concreta atinja o grave patamar de ser imputada como conflito de interesses. Este dispositivo não contém a definição material de hipótese legal à qual deva uma atividade concreta se subsumir para ser enquadrada como potencialmente configuradora de conflito de interesses no exercício do cargo. A lista destas definições se encontra, de forma exaustiva e extraestatutária, nos sete incisos do art. 5º da Lei nº 12.813, de 2013. E, para o tema em apreço, se destaca, em especial, o inciso IV do citado art. 5º, que define como uma das hipóteses daquelas atividades a atuação, ainda que informal, como consultor ou como assessor de interesses privados nos órgãos ou nas entidades de qualquer esfera de Poder de qualquer ente federado.

> *Lei nº 12.813, de 2013 - Art. 5º Configura conflito de interesses no exercício de*

> *cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:*
> *IV - atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;*

Esta definição legal, trazida ao ordenamento onze anos após a Lei nº 8.429, de 1992, justifica e esclarece os dois aprimoramentos que foram introdutoriamente mencionados linhas acima.

Primeiramente, a abrangência material do inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.813, de 2013, é irrestrita para quem atua como consultor ou assessor privados. Não há aqui a condicionante estabelecida no inciso VIII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, pois a definição material em tela de atividade conflituosa não inclui como elementar o fato de o contratante ter interesse suscetível de ser afetado pela atuação funcional do agente público; ou seja, para configurar conflito de interesses, basta a prática em si, não sendo necessário que o servidor tenha ingerência, *lato sensu*, com ou sem poder decisório, sobre qualquer interesse do contratante.

Em acréscimo, o art. 12 da Lei nº 12.813, de 2013, traz importante construção. Enquanto o *caput* do art. 12 da Lei nº 12.813, de 2013, determinou que, uma vez praticada uma atividade potencialmente configuradora de conflito de interesses no exercício do cargo, o agente público deve se submeter à ação civil pública de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 1992, o parágrafo único do mesmo dispositivo criou uma hipótese específica de pena expulsiva administrativa como decorrência da prática de atividade conflituosa nos termos inovados pelo art. 5º daquela primeira Lei. Dito de outra forma, a Lei nº 12.813, de 2013, criou sete novos enquadramentos disciplinares à margem da lista das definições materiais da Lei nº 8.112, de 1990, de forma que, em rumo mais específico, qualquer conduta concreta que se subsuma à descrição de consultoria ou de assessoria privadas recebe enquadramento no inciso IV do art. 5º e o parágrafo único do art. 12 e o art. 13, todos da Lei nº 12.813, de 2013, determinam que o servidor se submeta ao processo disciplinar definido na Lei nº 8.112, de 1990.

> *Lei nº 12.813, de 2013 - Art. 12. O agente público que praticar os atos previstos nos arts. 5º e 6º desta Lei incorre em improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando não caracterizada qualquer das condutas descritas nos arts. 9º e 10 daquela Lei.*
> *Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput e da aplicação das demais sanções cabíveis, fica o agente público que se encontrar em situação de conflito de interesses sujeito à aplicação da penalidade disciplinar de demissão, prevista no inciso III do art. 127 e no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou medida equivalente.*
> *Art. 13. O disposto nesta Lei não afasta a aplicabilidade da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, especialmente no que se refere à apuração das responsabilidades e possível aplicação de sanção em razão de prática de ato que configure conflito de interesses ou ato de improbidade nela previstos.*

Em razão da construção acima exposta, não há necessidade de a consultoria ou a assessoria privadas se subsumirem e, consequentemente, não há que se fazer referência, na indiciação e no relatório do processo disciplinar, a qualquer enquadramento expulsivo da Lei nº 8.112, de 1990, e muito menos a qualquer hipótese de definição material da Lei nº 8.429, de 1992 Apenas no julgamento, a apenação expulsiva de demissão deve ser capitulada unicamente no inciso III do art. 127 e a apenação expulsiva de cassação de aposentadoria deve ser capitulada apenas no inciso IV do mesmo art. 127, em conjunto com o art. 134, sem referência, em ambos os casos, sequer ao *caput* do art. 132, todos da Lei nº 8.112, de 1990.

Obviamente, em decorrência de uma mesma conduta conflituosa, pode também

transcorrer, em rito independente ao processo disciplinar, a ação civil pública de improbidade administrativa, na instância civil, conforme o *caput* do art. 12 da Lei nº 12.813, de 2013.

Assim, como antecipado no início do tópico, a consultoria ou a assessoria privadas podem ter repercussão disciplinar mediante três possibilidades de definições jurídicas que, como construções hipotéticas no ordenamento, abarquem seus contornos concretos. As duas primeiras possibilidades se fundam na forte afronta à moralidade administrativa, como ato de improbidade administrativa, seja enquadrando-o unicamente no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, caso se adote a linha ora defendida de independência da imputação disciplinar em face das definições materiais da Lei nº 8.429, de 1992, seja enquadrando-o com a discricionária referência também ao inciso VIII do art. 9º desta Lei, caso a conduta, por importar em enriquecimento ilícito, se subsuma à sua literalidade (de haver potencial ingerência do servidor sobre o interesse do contratante) e o aplicador do Direito entenda, mediante seus próprios critérios, que é pertinente ou até mesmo necessário agregar maior camada de segurança e de conservadorismo à imputação. Já a terceira possibilidade se funda tão somente no confronto de interesses público e privado que caracteriza aquelas atividades.

Obviamente, estas três possibilidades de enquadramento para a repercussão jurídica expulsiva na instância disciplinar em face de consultoria ou de assessoria privadas se apresentam como alternativas para o aplicador do Direito, que pode sopesá-las, a cada caso, a fim de identificar aquela que me melhor subsome o contorno fático da situação concreta. Sendo possibilidades previstas no ordenamento vigente, não se mostram excludentes ou antagônicas; ao contrário, mantêm pontos de contato. Tanto é verdade que, para a mesma conduta, os arts. 12 e 13 da Lei nº 12.813, de 2013, aceitam e ofertam as duas alternativas de tratamento, como ato de improbidade administrativa ou como atividade configuradora de conflito de interesse. Não obstante, em razão da maior abrangência e por se presumir uma legislação mais moderna, por ter sido introduzida no ordenamento onze anos mais tarde, se revela muito mais defensável a terceira e última possibilidade, de se tratar juridicamente a consultoria ou a assessoria privadas como atividades potencialmente configuradoras de conflito de interesses, a ser enquadrada no inciso IV do art. 5º, combinado com o parágrafo único do art. 12 e com o art. 13, todos da Lei nº 12.813, de 2013, com pena expulsiva decorrente capitulada em regra no inciso III do art. 127 da Lei nº 8.112, de 1990.

Apresentada esta modelação teórico-conceitual do ilícito de consultoria ou de assessoria privadas de forma geral, é de enfocar que, no caso específico de servidores da RFB, nela podem se amoldar desde condutas de aparente menor grau de lesividade - e, por isto mesmo, mais frequentes e corriqueiras mas não menos infracionais - tais como, por exemplo, a elaboração de declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (DIRPF) de contribuintes ou de outros termos ou declarações cotidianas de unidades ou de projeções de atendimento, até condutas de maior grau de sofisticação e qualificação técnica, podendo-se citar a formulação de estudos de natureza tributária e o repasse de técnicas de planejamento, de elisão fiscal ou até mesmo de evasão fiscal (entendidas como, respectivamente, condutas lícitas ou ilícitas com o fim de evitar, retardar ou modificar a ocorrência de fato gerador de obrigação tributária ou os efeitos dela decorrentes), abarcando todo o espectro objetivo inserido na competência institucional (tributos internos, tanto sobre a renda quanto sobre a produção ou ainda previdenciários, e tributos sobre o comércio exterior, todos de interesse não só de pessoas físicas mas também de pessoas jurídicas).

Em qualquer possibilidade de conduta que se amolde à noção empírica de consultoria ou assessoria sobre matéria fiscal, em razão do cargo que ocupa e do órgão onde exerce suas atribuições legais, tais atividades propiciam ao servidor da RFB uma inegável vantagem na arregimentação de clientela, ainda que se saiba que o domínio da legislação tributária, submetida à publicidade, não é exclusivo dos integrantes deste quadro funcional e também ainda que este servidor paute na boa-fé sua prática de aplicar seus conhecimentos e

informações. A vantagem, inerente à sua condição funcional, de ter seus serviços privados mais facilmente contratados pelos clientes em potencial do que qualquer outro concorrente, advém do senso comum de que, em princípio, um agente do Fisco seria bom conhecedor não só da complexa e esparsa normatização de regência mas também dos posicionamentos institucionais diante de questões tributárias polêmicas, das rotinas e das praxes empregadas nos diversos tipos de procedimentos fiscais e dos sistemas informatizados internos. Resta inegável que a condição funcional agrega a este servidor a qualidade de um candidato preferencial a ser contratado pelo contribuinte por este antever uma possibilidade diferenciada de sucesso, não só em termos lícitos no uso das disponíveis ferramentas jurídicas, como até mesmo em termos de manejo de instrumentos ilícitos em sua postulação.

Sob a ótica do contribuinte, as atividades privadas da consultoria ou da assessoria fiscais não são, por si só, ilícitas, vez que ele tem o direito de buscar o menor recolhimento de tributos dentro da margem exata que lhe exige a complexa legislação tributária e que seu entendimento do que é devido nem sempre converge com o montante que lhe é exigido pelo Estado. No entanto, quando o servidor integrante dos quadros do Fisco se permite contratar e agregar seus conhecimentos, técnicas, experiências e intelectualidades para defender o ponto de vista e as intenções do contribuinte em relação às suas obrigações tributárias ou ainda para estimular-lhe a adotar entendimentos conflitantes com aqueles institucionais, tem-se a inequívoca afronta ao interesse público pela acintosa quebra da relação esperada de confiança e, consequentemente, configura-se a situação de conflito de interesses. Neste cenário infracional, entre o particular, que contrata o serviço intencionando recolher o menor valor possível de tributos, e o Estado, que, vinculadamente e de ofício, intenciona suprir a maior arrecadação tributária nos limites legais para fazer frente a todas as demandas sociais, insere-se o agente público que, auxiliando o seu contratante em tal intenção, divorcia-se de forma intencional e consciente da tutela pública do órgão ao qual é vinculado e do cargo que ocupa.

Em tal situação, valores e princípios basilares do regime disciplinar restam afrontados, como a lealdade à instituição e a moralidade administrativa, pois, ao mesmo tempo em que o servidor, de forma anfíbia, deixa de ser leal quando atua em desfavor do órgão com o qual mantém relação estatutária, também se conduz de forma imoral quando privilegia o zelo por interesses privados em relações que envolvam a Administração e que, no mínimo indiretamente, se relacionem com as atribuições legais do cargo que ocupa. Em síntese, tal atuação por parte do servidor caracteriza atividade que potencialmente configura conflito de interesses, nos termos do inciso IV do art. 5º, combinado com o parágrafo único do art. 12 e com o art. 13, todos da Lei nº 12.813, de 2013.

Ainda na peculiaridade da RFB e atentando-se para o conceito mais abrangente de consultoria ou de assessoria privadas, não é porque, por exemplo, um servidor se encontra lotado e em exercício em uma projeção aduaneira ao tempo em que realiza uma atividade daquela natureza acerca de tributo interno, ou vice-versa, que se tem afastada a ilicitude. Tampouco se afasta a antijuridicidade da prática se desempenhada acerca de matéria fiscal ao tempo de lotação em unidade responsável por atividade-meio no órgão, ou vice-versa, ou se entremeada por remoção do servidor para outra unidade. Também é irrelevante para fim de configurar conflito de interesses se o servidor consegue conciliar as ativades irregulares com a preservação de sua produtividade e de dedicação ao trabalho, independentemente de adesão ou não ao PGD.

A RFB, não obstante sua organização de atuação por projeções sistêmicas e suas divisões geográficas regionais, deve ser compreendida, assim como a própria Administração e o serviço público, de forma una, a que deve intransitiva lealdade seu servidor. Ademais, dentro da dinâmica do órgão, da vida funcional do servidor e das imediatas necessidades de serviço, pode ocorrer de o agente, ao tempo do ilícito, estar em exercício em uma projeção que a princípio em nada se relaciona com a matéria de interesse do particular, mas já ter

estado em exercício justamente naquela área de atuação ou de vir a sê-lo em breve (sabidamente ou não), de forma a já ter empregado ou a poder vir a empregar seus conhecimentos e ingerências na demanda particular. Como todo tema infracional atinente conflito de interesses, a tutela garantista do interesse público se aplica já desde o mero risco potencial e já desde a simples possibilidade ou facilitação de cometimento de ato ilícito.

Assim, em absoluta consonância com a conceituação teórica exposta de início sobre consultoria ou assessoria privadas, é de se compreender a possibilidade de caracterização de atividades potencialmente configuradoras de conflito de interesses por parte de servidor ocupante de qualquer cargo em exercício na RFB já desde a sua concretização menos específica, em que tão somente o agente, independentemente de onde se encontre lotado, utiliza suas informações, aptidões e conhecimentos sobre a matéria técnica que interessa ao particular, ainda que sem possuir poder de ingerência ou de decisão sobre o pleito, até aquela em que ele próprio possua, em virtude de sua lotação, algum poder de ingerência sobre a demanda, ou ainda, em hipótese mais gravosa, em virtude de relação de confiança depositada pela Administração, possua poder para decidir.

Por fim, a consultoria ou a assessoria privadas tanto podem se dar de forma pessoal, em que o servidor, individualmente, elabora petições, requerimentos, defesas, impugnações, recursos, estudos, análises, projeções, planejamentos ou recomendações em favor do particular, como podem se dissimular por meio de participação no quadro societário de sociedade cujo objeto social seja aquelas atividades, nas condicionantes já aduzidas em **4.7.3.10.1**, a cuja leitura se remete. Se é certo que a Lei nº 8.112, de 1990, no inciso X do seu art. 117, permite ao servidor o direito à propriedade, em que se insere o direito à participação em quadro societário, também é certo que a leitura sistemática daquele Estatuto não permite que se empregue o instituto da sociedade para dissimular a prestação de consultoria ou de assessoria na área de atuação conflitante com o cargo, como seria o caso de atuação em sociedades cujos objetos sociais sejam a prestação de consultoria ou de assessoria jurídica, contábil ou de comércio exterior (aqui, em lista exemplificativa, não exaustiva). Uma vez comprovada tal atuação, ainda que sob a figura de sócio, pode-se ter a configuração de conflito de interesses, conforme também entende a jurisprudência.

> *STJ, Segunda Turma, Ministro Relator Humberto Martins, Recurso Especial nº 1.352.448/DF, DJe 21/11/2014, Ementa: "1. Recurso especial no qual se discute a caracterização de ato ímprobo em razão de Auditor-Fiscal da Secretaria da Receita Federal, licenciado, por meio de sociedade empresária constituída, prestar serviços de consultoria e assessoramento na área tributária, bem como a possibilidade de condenação de seu sócio, Auditor-Fiscal aposentado, nos termos do art. 3º da Lei n. 8.429/1992.*
> *5. O Auditor-Fiscal da Secretaria da Receita Federal, mesmo que licenciado para tratar de interesses particulares, e presta serviços de consultoria e assessoramento na área tributária, por meio de sociedade empresária constituída, pratica o ato ímprobo descrito no art. 9º, inciso VIII, da Lei n. 8.429/1992. Isto porque há verdadeiro conflito de interesses.*
> *6. Como bem ponderado pelo eminente Ministro Herman Benjamin em seu voto-vogal: ´4. O servidor que, a pretexto de tratar de assuntos particulares propõe-se, na verdade, a simplesmente trocar de lado do balcão, oferecendo seus serviços aos regulados ou fiscalizados pelo mesmo órgão público a que pertence, leva consigo o que não deve (informações privilegiadas, dados estratégicos, conhecimento de pessoas e rotinas, das entranhas da instituição) e, quando retorna, traz também o que não deve (especialmente uma rede de clientes, favores e intimidades). 5. Incorre em inequívoco conflito de interesse o servidor afastado para tratar de assuntos particulares que exerce função, atividade ou atos perante o órgão ou instituição a que pertence, seja quando atua na representação ou em benefício daqueles que pelo Estado são regulados ou fiscalizados, seja quando aconselha (presta consultoria, para utilizar o*

> *jargão da profissão) ou patrocina demandas, administrativas ou judiciais, que, direta ou indiretamente, possam atingir os interesse do seu empregador estatal.'*
> *7. Nos termos do art. 3º da Lei n. 8.429/1992, o sócio que aufere lucro com a conduta ilícita do outro sócio não deve ser excluído da condenação tão somente porque é auditor-fiscal aposentado ou porque a sociedade foi licitamente formada.*
> *8. É que não há como entender que não tenha se beneficiado da conduta ilícita, uma vez que contribuiu para o exercício da atividade econômica e partilhou dos resultados obtidos. Além disso, o contexto fático-probatório consignado no acórdão recorrido não dá margem para entender que, mesmo na qualidade de particular, o sócio não tinha conhecimento da ilicitude da conduta. Mutatis mutandis, vide: REsp 896.044/PA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/04/2011."*

A possibilidade acima aventada de configuração de conflito de interesses se refere à participação societária destacada em termos percentuais no capital social ou em que se demonstre relevante o grau de vinculação pessoal existente entre o servidor e demais sócios, administrador e gerente, com relações de parentesco, de afinidade, de amizade ou de qualquer outro tipo de vinculação de *intuito persona* ou ainda em em sociedade alicerçada em forte *affectio societatis*, em que o servidor, como sócio, ostenta uma participação importante sobretudo por sua intelectualidade afinada com a natureza da atividade social e busca dissimular a sua atuação no objeto social conflitante com o múnus público. Mas é de se ressalvar que nem toda participação societária em sociedade de objeto conflitante pode ter o condão de merecer repercussão disciplinar, como, por exemplo, quando se dá a título de mero investimento financeiro, em que o servidor figura como simples acionista minoritário de sociedade anônima de capital aberto, sem nenhuma interferência técnica nos rumos da sociedade.

4.7.4.5 - Inciso V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição

Este inciso penaliza com expulsão duas condutas infracionais que agregam um aspecto comum, que é a postura comportamental do servidor marcada por um viés de falta de comedimento, compostura, decoro e decência com gravidade e intensidade capazes de prejudicar, afrontar ou atingir de forma intolerável outro servidor ou contribuinte ou particular qualquer ou a boa ordem do ambiente de trabalho ou ainda, residualmente, até mesmo a imagem do órgão, da Administração ou serviço público como um todo diante da sociedade. Obviamente, a antijuridicidade da conduta - que pode ser única e isolada, não necessariamente reiterada - deve ser tal que se justifique a apenação capital. Para tanto, desde já, agregue-se também às condicionantes de subsunção a este enquadramento que a conduta concreta seja demarcada pelo ânimo subjetivo doloso, não se contemplando a espécie em tela mediante culpa. Em razão desta extrema repercussão, a apreciação de parte do aplicador de Direito se uma conduta concreta se subsome a esta hipótese legal deve ser feita de forma cautelosa e conservadora, devendo-se bem compreender os significados de sua literalidade e sua incidência.

Neste rumo, é necessário reconhecer que trata-se de enquadramento expulsivo em razão de postura comportamental (ou seja, que, em geral, não se confunde com conduta funcional marcada por mácula de caráter caracterizadora dos atos de corrupção *lato sensu*). Ademais, a sua literalidade se aperfeiçoa como forte exemplo de norma aberta, uma vez que a integral compreensão de cada um de seus elementos (ou seja, a identificação do significado jurídico dos vocábulos "incontinência", "público", "escândalo" e "repartição") requer complementação valorativa, baseada em jurisprudência ou doutrina ou até mesmo em vida concreta. Assim, as dificuldades para o aplicador do Direito se iniciam já desde quando, com

a cautela necessária diante de um enquadramento expulsivo, se busca interpretar literalmente sua redação.

Primeiramente, há, de forma clara, dois núcleos infracionais: um associado à conduta incontinente e outro associado à conduta escandalosa. Incontinente ou incontida é a conduta de quem age descontroladamente e sem comedimento e moderação, não se portando e não se contendo dentro de limites comportamentais adequados, esperados e convencionados para determinado ambiente e permite expor suas opiniões, suas reações e até mesmo suas idiossincrasias de forma marcadamente ostensiva, forte, desproporcional, assustadora e exagerada. E escandalosa é a conduta de quem se coloca ou coloca terceiros em situações de constrangimento, vexame, ridicularização, fortemente contrária à moral e aos costumes, de forma marcadamente despudorada, indecente, chocante e repugnante. Pode-se ensaiar - com reconhecida dificuldade - diferenciar que, enquanto a incontinência se marca pela intensidade da conduta, o escândalo se marca pelo aspecto vergonhoso do fato.

Não bastasse o esforço retórico para diferenciar os dois núcleos infracionais que guardam uma inegável relação de proximidade e de quase sinomínia, eis que o legislador ordinário ainda os separou, por uma vírgula, da elementar espacial “na repartição”. Esta construção obriga o enfrentamento da questão a elucidar se este limite espacial se aplica a ambos os núcleos do enquadramento (ou seja, à conduta incontinente e também à conduta escandalosa) ou se sua aplicação, em razão da atração por proximidade, se restringe apenas à conduta escandalosa.

Uma primeira interpretação literal aplicada a uma construção redacional mais simplista, enxuta e inequívoca - ou seja, se o enquadramento fosse “conduta incontinente ou escandalosa, na repartição” -, indica ser gramaticalmente mais plausível compreender que a vírgula posta pelo legislador ordinário tem o forte efeito de enfatizar que ambos os tipos comportamentais indesejados (incontinente e escandaloso) somente se afiguram como infração disciplinar caso se deem dentro do ambiente abarcado pela expressão espacial “na repartição”, com todas as extensões desde sempre cabíveis e doutrinariamente aceitas para o desempenho de atribuições em atividades externas e com as recentes mitigações que o antigo contexto delimitado sofreu a partir da adoção de programa de gestão e desempenho (PDG), sobretudo na modalidade de teletrabalho (com que se pode dizer que o conceito de repartição passou a se confundir com a noção de residência, trazendo a reboque também a mitigação quase completa dos parâmetros formais e convencionais de horários limites de jornada de trabalho). Esta linha soa harmônica com a visão macro que se tem da incidência do regime disciplinar, regida pelo art. 148 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, definidor do processo disciplinar, e apresentada em **3.1**, qual seja, de que somente se cogita de infração estatutária e de consequente persecução disciplinar se a conduta concreta tiver sido cometida no pleno exercício do cargo ou que guarde relação ao menos indireta com o cargo, com o que se freia o ímpeto punitivo de adentrar na vida privada do servidor. O entendimento de que a condicionante espacial “na repartição” se aplica a ambos os núcleos infracionais do enquadramento em tela impede que se cogite de punir o servidor por postura incontinente ou escandalosa cometida em condições totalmente dissociadas de seu cargo, ainda que socialmente deploráveis.

> *“Por repartição se deve entender não somente o ambiente fechado, no interior dos prédios ou salas, onde os serviços são prestados, mas também o local público ou aberto ao público, ou mesmo o recinto particular, em que o agente exerce suas atividades. Há de haver essa conotação com o exercício da atividade pública. O conceito do termo ‘repartição’ engloba a noção de local de exercício das atividades e, assim, abarca as condutas de servidores que, por exemplo, executam suas funções em vias públicas, tais como fiscais, policiais, agentes de trânsitos, ou destacados para atuação em recintos privados, a exemplo de servidores fiscais ou de vigilância sanitária, em atividades de visita*

> *a estabelecimentos comerciais ou residências. Disso, denota-se a amplitude do termo 'repartição', que abarca todo e qualquer local onde legalmente se desenvolva o exercício de funções públicas.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pg. 310, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Todavia, diante da real atecnia posta na literalidade do enquadramento, também seria cabível uma segunda interpretação, diferenciadora das elementares dos dois núcleos infracionais: afinal, o legislador ordinário qualificou a incontinência - e apenas ela - como pública. Nesta linha linha de leitura, para que a construção legislativa sobrevivesse com mínima lógica, se imporia ao intérprete compreender que apenas a conduta incontinente deveria ser pública para se subsumir ao enquadramento. Em consequência, a conduta escandalosa não requeria publicidade para assumir o valor de infração disciplinar. Prosseguindo neste entendimento, até se conseguiria construir uma argumentação lógica com a qual se tentaria defender um sentido racional para a literalidade. Enquanto a qualificadora "pública" para a incontinência significaria o que é aberto a todos, comum a todos, indistintamente e sem segregação, sem partição, sem fatiamentos, sem ser repartido, ou seja, sem estar fragmentado em repartições, o contraponto que agregaria lógica ao enquadramento não deixaria outro caminho diferente de interpretar que a condicionante espacial "na repartição" somente se aplicaria à conduta escandalosa.

Ainda por este caminho, à vista da literalidade empregada pelo legislador ordinário, para que o enquadramento tivesse sentido lógico, se obrigaria a abandonar a melhor interpretação lítero-gramatical - de que a vírgula anteposta à expressão "na repartição" enfatiza este condicionante espacial para ambos os núcleos comportamentais - a fim de se ter de aceitar que aquele sinal de pontuação qualificaria que apenas a conduta escandalosa, para ser infracional, se limitaria a ser cometida no ambiente que se convenciona denominar nos dias atuais como repartição. Por este entendimento, se obteria até uma razoável lógica em defender que o enquadramento abarcaria as condutas incontinentes ainda que cometidas fora do que se convenciona chamar de repartição e as condutas escandalosas desde que cometidas no ambiente restrito da repartição.

Verifica-se que a leitura atenta do enquadramento expõe a infelicidade de sua literalidade. O legislador não só criou dois núcleos infracionais quase sinônimos, para cuja compreensão, à vista da máxima de que não existe letra morta na norma, se requer do intérprete grande esforço retórico para diferenciar, dentre um gênero indistinto de condutas deploravelmente indecorosas, o que seja incontinente do que seja escandaloso para o fim jurídico de caracterizar uma conduta funcional como fortemente intolerável. Além disto, qualificou apenas um destes núcleos infracionais com o aspecto da pública e indiscreta ostensividade e deixou com forte nódoa de indefinição a qual ou a quais deles se aplica a condicionante de cometimente na repartição. Teria sido muito mais simples e inequívoco se o legislador tivesse enquadrado, em gênero, as condutas deploravelmente indecorosas, fossem elas cometidas sob olhares públicos, fossem elas cometidas no ambiente reservado da repartição, cabendo sempre ao aplicador do direito a inescusável leitura sistemática de que todo e qualquer enquadramento se aplica delimitadamente sob o pálio do art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, ou seja, mediante conduta praticada no pleno exercício do cargo ou que guarde alguma espécie de relação com o cargo.

E melhor resultado não se encontra ao se buscar apoio nas escassas fontes disponíveis acerca do enquadramento, pois se percebe que cabe todo tipo de entendimento acerca de sua redação e de sua consequente incidência.

Primeiramente, nas fontes legais elaboradas a partir da reconquista do Estado Democrático de Direito, percebe-se que o enquadramento estabelecido no inciso V do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, se reflete também em diversos estatutos estaduais, só que sem

nenhuma coerência redacional. Enquanto o Estatuto federal redigiu o enquadramento apondo a já comentada vírgula entre os dois núcleos infracionais e a elementar “na repartição”, há estatutos estaduais que repetem exatamente esta construção, há estatutos estaduais outros que não empregam a tal vírgula e há ainda estatutos diversos que nem sequer expressam a condicionante espacial.

Também na doutrina voltada à Lei nº 8.112, de 1990, encontram-se autores que defendem que a vírgula entre os dois núcleos infracionais e a expressão “na repartição” obriga que a condicionante espacial se aplique a ambas espécies de condutas (impertinente e escandalosa) e autores que defendem exatemente o oposto, de que apenas a conduta escandalosa se limita ao espaço da repartição.

A aludida ausência de uniformidade redacional nos estatutos dos diferentes entes federados acarreta ainda o problema de contaminar a rica fonte jurisprudencial. Os poucos julgados que enfrentaram o enquadramento em tela não cuidaram de expor sua interpretação atentando para o alcance da elementar “na repartição”, em função de o caso ser regido por estatuto estadual em que o enquadramento não tem a vírgula ou pela Lei nº 8.112, de 1990, ou por estatuto estadual que apõe o tal sinal de pontuação. Ademais, na linha já defendida linhas acima de que o legislador listou duas condutas com proximidade de quase sinonímia, a jurisprudência pouco se dedicou a diferenciar o que seja conduta incontinente do que seja conduta escandalosa, posto que muitas vezes empregou expressões abrangentes como “conduta de incontinência pública e escandalosa”, fundindo os dois núcleos infracionais. E para tornar a construção hermenêutica deste enquadramento ainda mais controversa e imprecisa, há julgado que, contrariando a segunda linha interpretativa acima já exposta, em que se contrapuseram as elementares “pública” e “na repartição”, manifestou que apenas a conduta incontinente requer obrigatoriamente publicidade para ser enquadrada e que a conduta escandalosa pode ou não se dar de forma oculta, sendo também passível de configuração sob publicidade. E estas construções generalistas acabam por se repetir e se perpetuar, visto que, como de hábito na fonte jurisprudencial, um acórdão se baseia fortemente nos precedentes, como é o caso deste último julgado mencionado, o mais aprofundado da coletânea, que se calca fortemente em duas decisões que lhe antecederam, sendo seu voto relator praticamente uma reprodução destas duas construções anteriores, mais superficiais, e de uma citação doutrinária, tendo ido além do que o doutrinador havia exposto em termos de diferenciação das condicionantes das condutas impertinente e escandalosa.

> *Superior Tribunal de Justiça (STJ), Primeira Turma, Ministro Relator Sérgio Kukina, Recurso Especial nº 2.006.738/PE, DJe 27/02/2023, Ementa: “9. A ‘incontinência pública’ não se confunde com ‘conduta escandalosa, na repartição’. A primeira hipótese se refere ao comportamento de natureza grave, tido como indecente, que ocorre de forma habitual, ostensiva e em público. Nesse sentido: RMS n. 39.486/RO, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 2/5/2014; AgRg no RMS n. 27.998/AP, relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe de 15/10/2012. Já a segunda modalidade pressupõe aquela conduta que, embora também ofenda a moral administrativa, pode ocorrer de forma pública ou às ocultas, reservadamente, mas que em momento posterior chega ao conhecimento da Administração.”*
>
> *Voto do Ministro Relator: “A incontinência pública é o comportamento de natureza grave, tido como indecente, que ocorre de forma habitual, ostensiva e em público. Nesse sentido:*
>
> *‘Administrativo. Processual civil. Servidor público. Policial civil. Demissão. Incontinência pública. Amparo legal para pena. Apuração de conduta praticada devidamente enquadrada. Ofensa da proporcionalidade e da razoabilidade. Inexistência. Ausência de direito líquido e certo.*
>
> *1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão no qual foi denegada a segurança ao pleito de anulação de decreto de demissão aplicada*

após processo administrativo que apurou infração de incontinência pública.
2. As provas dos autos demonstram que o demitido era policial civil, tendo se envolvido em acidente de trânsito, no qual negou socorro a vítima, assim como sacou sua arma em situação de incontinên cia pública. As violações estão devidamente previstas no diploma legal pertinente (Estatuto da Polícia Civil do Estado de Rondônia), o qual também prescreve a penalidade de demissão.
3. Há plena adequação da penalidade aplicada com a conduta devidamente apurada, não havendo falar em violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedente: AgRg no RMS 42.555/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 26.3.2014. Recurso Ordinário improvido. (RMS n. 39.486/RO, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 2/5/2014)'
'Processual civil. Administrativo. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança. Servidor público estadual. Processo administrativo disciplinar. Infração administrativa capitulada como crime. Prescrição. Prazos previstos na lei penal. Pena em concreto. Ciência dos fatos. Fluência.
1. Em caso de infração administrativa decorrente da prática de crime, aplica-se o prazo prescricional previsto na legislação penal, contado da data em que o fato se tornou conhecido, conforme os §§ 1º e 2º do art. 158 da Lei Estadual n.º 66/1993, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos do Estado do Amapá.
2. Tendo havido sentença penal condenatória passada em julgado, o prazo prescricional na esfera administrativa disciplinar deve ser computado com base na pena em concreto aplicada pelo juízo criminal.
3. A conduta criminosa fora do âmbito do trabalho, que, revestida de publicidade, escândalo e gravidade, ofende valores sociais e morais, pode sujeitar o servidor à demissão por incontinência pública e escandalosa (art. 148, V, da Lei Estadual n.º 66/1993), desde que observado o devido processo legal.
4. O enquadramento indiciário em tal espécie delitual administrativa decorre da prática de homicídio triplamente qualificado (art. 121, I, II e III, do Código Penal), tendo por vítima a esposa do servidor, que foi condenado a 18 (dezoito) anos de reclusão, devendo ser aplicado, na esfera disciplinar, o prazo prescricional estabelecido no art. 109, I, do CP, ou seja, 20 (vinte) anos.
5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RMS n. 27.998/AP, relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe de 15/10/2012)'
Sobre o tema, calha ressaltar o seguinte trecho do voto condutor do acórdão do referido AgRg no RMS n. 27.998/AP, da lavra do em. Ministro Og Fernandes, em que se destacou que:
'[...] A grave afronta aos princípios inerentes ao desempenho do cargo público, tais como a moralidade e a proibição de conduta de incontinência pública e escandalosa, mesmo na via privada, pode sujeitar o servidor à demissão, pois, no entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:
(...) é verdade que a vida privada do funcionário, na medida em que afete o serviço, pode interessar à Administração, levando-a a punir disciplinarmente a má conduta fora do cargo. Daí alguns estatutos incluírem, entre os deveres funcionais, o de proceder na vida pública e privada na forma que dignifique a função pública, e punirem com demissão o funcionário que for convencido de incontinência pública e escandalosa. Pela mesma razão, alguns consideram que o procedimento irregular, punível com demissão, pode abranger o mau procedimento na vida privada ou na vida funcional." (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 526) - grifos acrescidos.
A incontinência pública, ensina José Armando da Costa, pode ser praticada fora do âmbito do trabalho, tornando-se apta a causar a demissão do servidor quando revestida de publicidade, escândalo e gravidade. A propósito:
(...)'

> *Conquanto se apresente correta a assertiva de que, para justificar a aplicação da pena de demissão, a incontinência praticada pelo servidor deva ser, além de pública, também escandalosa e grave, há que se ressaltar que a 'conduta escandalosa', como referida no dispositivo legal em tela, possui natureza autônoma, ostentando, via de consequência, requisitos próprios.*
> *De fato, a conduta escandalosa refere-se àquela que, embora também ofenda a moral administrativa, pode ocorrer de forma pública ou às ocultas, reservadamente, mas que em momento posterior chega ao conhecimento da Administração.*
> *Nesse contexto, não há como se afastar da conclusão, firmada tanto pela Comissão Processante quanto pelo Tribunal de origem, de que a conduta praticada pelo ora recorrente – que 'filmava, por meio de câmera escondida, alunas, servidoras e funcionárias terceirizadas' (fl. 1.012), fato, aliás, admitido pelo servidor no âmbito do PAD, conforme consignado no acórdão recorrido (fl. 1.014) -, realmente caracteriza a infração prevista no art. 132, V, parte final, da Lei 8.112/1990."*

O trecho doutrinário originalmente contido na manifestação jurisprudencial segue integralmente reproduzido.

> *"A prática de incontinência pública e conduta escandalosa nas dependências da repartição constituem, nos termos do art. 132, inciso V, da Lei nº 8.112/1990, justo título de demissão do serviço público.*
> *Age com incontinência pública o servidor que, em sua vida de relação com os demais membros da coletividade, comporta-se de forma indecente e com espetaculosidade. A ostentação espalhafatosa em público, permeada por cenas ridículas e indecorosas, mesmo fora do âmbito de trabalho, acarreta profundos reflexos em detrimento da credibilidade da função pública exercida pelo servidor incontinente. Aludindo a essa espécie delitual disciplinar, assinala o pranteado jurista Alberto Bonfim:*
> *'Incontinência é a conduta da pessoa que não se contém dentro dos limites da decência. Todo ser humano que vive em sociedade há que se comportar de forma a não merecer censura dos seus semelhantes. Mas tal procedimento, para ser punido, exige os requisitos de publicidade e de escândalo, conforme o texto estatutário. Um ato praticado às ocultas, sem repercussão pública, não constitui esse "ictus" administrativo. (O Processo Administrativo. 9. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1967, p. 62)'*
> *O comportamento público ostentoso e aparatoso requer, para a configuração de legítima causa demissória, não apenas os requisitos da publicidade e da escandalização, como também uma certa dimensão de gravidade. Se, por exemplo, determinado servidor que não tem costume de ingerir bebidas alcoólicas chegar, em circunstância fortuita, a embriagar-se em público (evento social bem concorrido) e fazer alguns galanteios inoportunos, certamente que não se houve de modo cauteloso e contido. Porém, tal ocorrência, em razão de sua pouca gravidade, não poderá jamais constituir motivo de demissão.*
> *Já a conduta escandalosa no interior da repartição não requer o requisito da publicidade, bastando que a conduta do servidor, revelando falta de moralidade, respingue efeitos negativos na boa marcha do serviço. O assédio sexual do superior hierárquico sobre as suas subordinadas, ou mesmo a prática de atos libidinosos no recinto da repartição, repercutem muito negativamente em desfavor da regularidade das tarefas funcionais, constituindo, por conseguinte, falta disciplinar dotada de elevado índice de imoralidade indignação.", José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pgs. 524 e 525, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

Aprofundando a pesquisa das fontes disponíveis, até se identifica uma suposta razão para que jurisprudência e doutrina empreguem uma única expressão agregando os dois

núcleos infracionais, a exemplo de "incontinência pública e escandalosa". Em um resgate histórico, levanta-se que a Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, o antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (EF), revogada pela Lei nº 8.112, de 1990, tinha o enquadramento do inciso III do art. 207 na forma de "*III - incontinência pública e escandalosa, vício de jogos proibidos e embriaguez habitual*". De interessante desta leitura, mais que perceber a síntese da materialidade em apenas uma ação humana, a incontinência, com duas possibilidades de adjetivações (publica ou escandalosa), é de se lembrar que aquele antigo Estatuto (que, embora editado em regime de normalidade democrática, vigorou por longo contexto jurídico de regime de exceção) não possuía comando delimitador de incidência similar ao art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, daí porque o enquadramento acima podia atingir atos de vida privada, como vício de jogos proibidos e embriaguez habitual. A partir desta percepção, é possível construir uma aceitável interpretação histórica de que o legislador ordinário da atual Lei nº 8.112, de 1990, talvez para deixar claro que o novo regime disciplinar inserido no reconquistado Estado Democrático de Direito não se coaduna com a invasão do poder punitivo estatal sobre atos exclusivamente de vida privada, ressalvou que tanto a conduta incontinente quanto a conduta escandalosa somente configuram ilicitude se cometidas dentro do âmbito do que atualmente se considera repartição. É elucidativo que o Estatuto mais moderno tenha trocado elementares de vida privada do antigo enquadramento por elementar que restringe a ação disciplinar à vida funcional. A atual elementar "na repartição" é uma clara contraposição à possibilidade outrora permitida no revogado Estatuto de incidência do regime disciplinar em razão de atos de vida privada referentes a vícios em jogos e a embriaguez.

Diante da inconclusividade extraída das fontes disponíveis para a compreensão deste enquadramento - ou, enxergando-se de outra forma: diante da liberdade de compreensão com que as fontes permitem que se interprete este enquadramento -, opta-se por adotar interpretação que, ao mesmo tempo, não contradiz a visão macro encampada ao longo de todo este texto acerca da incidência do regime disciplinar (afastando do interesse correcional os atos cometidos em contexto exclusivo de vida privada, sem relação com o cargo, à luz do art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990) e , *a priori*, como regra geral, também atende a leitura lógica das diferentes elementares dos dois núcleos infracionais.

Assim, primeiramente, todo o feixe de ação humana cabível nos esforços definidores apresentados logo no início deste tópico para diferenciar as quase sinônimas condutas incontinentes e condutas escandalosas pode se subsumir ao enquadramento em tela se cometido no pleno exercício do cargo ou se cometido de forma a guardar relação ao menos indireta com o cargo. Esta primeira condição de enquadrar recai sobre a conduta deploravelmente indecorosa em gênero, pouco importando se melhor amoldada aos esforços definidores como incontinente ou como escandalosa. Obviamente, desde as primeiras linhas deste tópico, não mais é preciso despender esforços para assegurar que a conduta aqui enquadrada deve ter grave e intensa antijuridicidade, demarcada pelo ânimo subjetivo doloso, uma vez que implica em pena expulsiva.

Com isto, exclui-se da incidência deste enquadramento as condutas escandalosas ou incontinentes, mesmo que praticadas sob a luz da publicidade, mas em contexto totalmente inserido em vida privada. Sob pena de negar o relevante comando limitador da incidência do regime disciplinar imposto pelo art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, interpreta-se que não é qualquer conduta escandalosa ou qualquer conduta incontinente, seja pública ou não, ainda que antijurídica, grave e intensa, que se enquadra nesta ilicitude disciplinar.

Tendo sido superada a primeira condicionante para a subsunção das condutas em gênero deploravelmente indecorosas ao enquadramento em tela, passa-se ao segundo patamar de construção hermenêutica, agora buscando diferenciar como tratar as condutas escandalosas das condutas incontinentes. *A priori*, aqui se enquadram as condutas que se amoldam à

definição de escandalosas e que possam ser cometidas sem o requisito da publicidade, bastando que sejam praticadas de forma silenciosa, oculta, reservada e dissimulada e, que obviamente, depois venham ao conhecimento da Administração, bem como aqui também se enquadram as condutas que se amoldam à definição de incontinentes e que tenham sido cometidas sob publicidade, seja à vista de outros servidores, de contribuintes ou de terceiros quaisquer.

Estas são as regras das condutas que se subsomem ao enquadramento em tela: condutas cometidas no pleno exercício do cargo ou que com ele guardem relação no mínimo indireta, graves, dolosas e que sejam tidas como escandalosas ainda que tenham sido praticadas à margem da presença e do conhecimento de outras pessoas ou que sejam tidas como incontinentes e que tenham sido praticadas sob a presença ou o conhecimento de outras pessoas.

Mas, diante da forma abrangente como as fontes entendem este enquadramento, as condições acima elencadas podem ser vistas como a regra geral da subsunção, sem afastar, todavia, outras possibilidades. Neste aspecto, é útil resgatar a proximidade quase com sinonímia entre o que seja escandaloso e o que seja incontinente e os requisitos efetivamente essenciais de serem praticadas no exercício do cargo ou de com ele serem relacionadas e de comportarem gravidade e ânimo subjetivo doloso.

Por um lado, como regra, enquadra-se a conduta velada que escandaliza, envergonha e ruboriza e que não é pública; não obstante, não se veda que o seja. Em outras palavras, nada impede que se pratique em público, diante de servidores, contribuintes ou terceiros quaisquer, uma conduta que escandaliza, envergonha e ruboriza. Uma vez que o que caracteriza a conduta escandalosa é o aspecto vergonhoso do fato, a conduta específica de que aqui se trata não terá sua qualificação migrada para incontinente só porque se concretizou em público (pois o que caracteriza a incontinência é a intensidade da conduta). Diante da liberdade e da ausência de rigor com que se manejam os conceitos de escândalo e de incontinência, a conduta aqui exemplificada também pode ser enquadrada. Não soa razoável deixar de enquadrar conduta escandalosa só porque tenha tido publicidade. Afinal, o agente pode cometer algo que escandaliza estando sozinho e que venha a conhecimento posterior e também pode cometer algo que escandalize já de imediato diante de outras pessoas.

De outro lado, como regra, enquadra-se a conduta exagerada exposta a público e aqui não cabe a inversão da regra geral como feito acima. Por uma questão de lógica elementar, não há como a conduta ser incontinente se não for dirigida a alguém. Ainda que o agente aja de forma descontrolada e desmedida, se o faz sozinho e apenas para si próprio, não há o efeito de incomodar, assustar, intimidar alguém e, portanto, não cabe o enquadramento.

Enquanto se pode ter a flexibilidade de a segunda parte do enquadramento (conduta escandalosa) abarcar atos cometidos sob testemunho alheio, não há mobilidade conceitual e lógica que que contemple que a primeira parte do enquadramento alcance atos cometidos às ocultas.

> *“Por repartição se deve entender não somente o ambiente fechado, no interior dos prédios ou salas, onde os serviços são prestados, mas também o local público ou aberto ao público, ou mesmo o recinto particular, em que o agente exerce suas atividades. Há de haver essa conotação com o exercício da atividade pública. O conceito do termo ‘repartição’ engloba a noção de local de exercício das atividades e, assim, abarca as condutas de servidores que, por exemplo, executam suas funções em vias públicas, tais como fiscais, policiais, agentes de trânsitos, ou destacados para atuação em recintos privados, a exemplo de servidores fiscais ou de vigilância sanitária, em atividades de visita a estabelecimentos comerciais ou residências. Disso, denota-se a amplitude do termo ‘repartição’, que abarca todo e qualquer local onde legalmente se*

desenvolva o exercício de funções públicas.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pg. 310, Editora Juruá, 1ª edição, 2013

Essas duas espécies de condutas, para serem aqui enquadradas, devem ser vistas com reserva e cautela, não se recomendando cogitar da configuração de uma ou de outra por atos insignificantes ou de ínfimo poder de ofensa. Deve-se atentar para a gradação permitida na Lei nº 8.112, de 1990, em que o inciso IX do art. 116 prevê penas não expulsivas para a afronta ao dever de manter conduta compatível com a moralidade administrativa.

Por fim, vale fazer um último comentário acerca deste enquadramento, sobre a hipótese de futuramente a sociedade, a Administração e os operadores do Direito avançarem, de forma harmônica e segura, no sentido de mitigar o limite de incidência do regime disciplinar imposto pelo art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, elaborando e pacificando o entendimento de que determinados atos exclusivos de vida privada causadores de forte repulsa social, mesmo sem nenhuma relação sequer indireta com o cargo, devem ser objeto de processo e de apenação disciplinar. Se um dia for superado o entendimento de que a incidência disciplinar somente se aplica para atos cometidos no pleno exercício do cargo ou com ele relacionados, com o corpo social, o Estado e aplicadores do Direito Disciplinar, respaldados pelas fontes informadoras, avançando neste e sentido, o enquadramento em tela, que pune com pena expulsiva a incontinência pública, passará a ter importância paradigmática.

Sendo, na hipótese, o enquadramento dissociado da relação funcional, pode-se ter que qualquer conduta socialmente considerada como incontinente cometida diante de qualquer público, mesmo que estranho à relação funcional, acarrete repercussão disciplinar. Se futuramente o entendimento doutrinário e jurisprudencial caminhar neste sentido, pode-se até antever a posição de destaque que este enquadramento assumirá, fazendo, em parte, as vezes do revogado art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que se tonou praticamente inaplicável depois das nefastas alterações feitas por meio da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021.

4.7.4.6 - Inciso VI - insubordinação grave em serviço

A exata compreensão do presente enquadramento equilibra-se na dificuldade de ao mesmo tempo encontrar a ponderada definição jurídica para os termos "insubordinação" e "grave" e harmonizá-la com a razoabilidade e com a proporcionalidade que requer o emprego de um enquadramento expulsivo. Há aqui o claro exemplo de a Lei nº 8.112, de 11/12/90, transformar um enquadramento de drástica repercussão na vida funcional em norma em aberto, submetendo a aplicação de pena expulsiva à valoração subjetiva, a cargo do aplicador, de elementos da própria literalidade legal. Em outras palavras, além do desafio de encontrar o adequado significado do termo "insubordinação" dentro do amplo espectro de comportamentos infracionais do ser humano, há ainda que se aquilatar o *quantum* de repulsividade social ou de incompatibilidade pública a conduta encerra, a fim de merecer aplicação de pena capital.

Para este fim, de imediato, com auxílio doutrinário, cumpre apresentar gradações das condutas humanas insubmissas, rebeldes e, em essência, independentes. Em um primeiro patamar, pode-se aquilatar como ato de desobediência a conduta, em geral de natureza omissiva, de simplesmente não agir para deixar de cumprir uma ordem ou uma tarefa específica, emanada por um superior hierárquico e pessoalmente dirigida ao agente infrator. No outro extremo, situa-se a conduta de indisciplina, de ânimo inespecífico de descumprir disposições de caráter geral, a todos impostas, sejam ordens e determinações gerais, sejam deveres funcionais, sejam regras regulamentares e normas, consubstanciando-se em um

proceder que prejudica a regularidade e o equilíbrio internos.

Neste espectro, mesclando características que, de um lado, tornam mais próxima de uma gradação da definição de desobediência (por ser uma afronta específica), mas, de outro lado, a fazem ser considerada uma espécie do gênero indisciplina (por atingir não apenas ordens e tarefas), situa-se de forma dúbia o conceito de insubordinação como a ação delituosa e de natureza comissiva de, de forma explícita, acintosa e ofensiva, descumprir ou desacatar ou desrespeitar dever funcional ou tarefa ou ordem emanadas por superior hierárquico. Mais que o simples não obedecer, a insubordinação qualifica-se como um ato de rebeldia, de revolta e de enfrentamento acintoso, em uma declaração verbal ou em uma manifestação simbólica de independência e de não sujeição à hierarquia e aos deveres, mas não uma espécie salutar de autonomia e de autoconcessão de livre agir, mas sim uma conduta antijurídica e não tolerada pelo ordenamento.

> *"A insubordinação já se mostra um delito em ação: é o desacato à ordem ou ao dever, objetivado justamente em um procedimento contrário ao dever ou à autoridade, a que se deve obediência.*
> *A desobediência é a falta de obediência ou a falta de cumprimento à ordem individualizada, dada diretamente à pessoa.*
> *A indisciplina, embora tenha consigo o sentido de desobediência, mostra-se a falta de cumprimento de ordens gerais, a regras regulamentares, instituídas na base de organização e para funcionamento regular das instituições.", De Plácido e Silva, "Dicionário Jurídico", pg. 458, vol. II, Editora Forense, 7ª edição, 1982*
>
> *Comete ato de indisciplina quem não cumpre disposição de caráter geral, imposta a todos os servidores. Se, no entanto, há recusa no sentido de satisfazer ou executar essa ou aquela tarefa determinada por superior hierárquico, configura-se insubordinação (...). Assim, a indisciplina tem caráter genérico e a insubordinação caráter específico, resultantes da vontade do servidor, em contrariar ordem", Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pgs. 11 e 12, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Posicionada a insubordinação dentro do amplo espectro delimitado pelos extremos da desobediência e da indisciplina, basta agora identificar o significado com que o legislador empregou a adjetivação "grave". De imediato, afastam-se condutas, ainda que intencionais, mas caracterizadas por grau ínfimo de repulsividade social e também as condutas marcadas pelas espécies de culpa. A insubordinação aqui qualificada e enquadrada como grave restringe-se ao desacato à ordem ou ao dever praticado de forma acintosa, ofensiva, desurbana, explícita, ostensiva e, sobretudo, inequivocamente, com consciência e vontade por parte do agente de agir com insubmissão e tem inafastável consequência danosa de prejudicar (ou ao menos possuir potencialidade abstrata para tanto), em grau relevante, o símbolo da autoridade (não a pessoa em si, mas a concretização do necessário respeito à hierarquia) ou o prestígio pessoal e profissional da chefia ou a imagem da Administração como um todo (diante de seus próprios servidores ou dos administrados e da opinião pública em geral) ou até terceiros, de subverter e de desestabilizar a ordem hierárquica interna, comprometendo a regularidade e a continuidade do serviço, ou fragilizando a normalidade do ambiente da repartição ou ainda deixando demonstrada a irrecuperável incompatibilidade da permanência do infrator no quadro funcional. Além da doutrina, os balizamentos ora expostos para a parcela de valoração subjetiva do enquadramento em tela se escoram no entendimento já externado pelo Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), por meio de sua Formulação nº 296.

> *Formulação Dasp nº 296. Insubordinação grave*
> *A insubordinação grave em serviço pressupõe acintoso desrespeito à ordem diretamente recebida de superior hierárquico.*

> *"A insubordinação grave, portanto, afeta negativamente ou subverte a ordem hierárquica, ferindo o princípio de respeito e prestígio da autoridade", Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 76, Editora Forense, 2ª edição, 2006*
>
> *"Quando, porém, deixa o agente público, pacífica e sorrateiramente, de cumprir as determinações legais do chefe, terá cometido tão somente o delito disciplinar de natureza leve previsto no art. 116, inciso IV, da Lei nº 8.112/90, sujeitando-se, por via de conseqüência, à pena de advertência, nos termos do art. 129 dessa mesma lei.*
> *Já o desacato, direto ou difuso, à ordem hierárquica concreta ou proveniente de norma ou regulamento (ordem normativa) - chegando a vulnerar e prejudicar de modo intenso a desenvoltura das atividades funcionais da repartição - constitui insubordinação grave em serviço, nos termos do art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90, punível com a pena capital de demissão.*
> *Tal insubordinação, pelo que orienta o princípio da razoabilidade, somente restará configurada como causa de demissão quando - perpetrada em escala de acentuada gravidade - cause sério prejuízo ao serviço da repartição e denote sério e substancioso grau de incompatibilidade do agente insubordinado com o serviço público", José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pg. 525, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*
> *(**Nota**: Subentende-se que o autor quis se referir ao inciso VI e não ao IV do art. 132.)*

Enfim, a gravidade que se requer para a configuração do ilícito em tela é aquela que estabelece grau de incompatibilidade entre o infrator e não só o ofendido mas também o serviço público como um todo, acarretando a inviabilidade da manutenção da relação laboral-estatutária que os ligava.

Ademais, por óbvio, da mesma forma que no inciso anterior, a expressão "em serviço" contempla atos associados ao menos indiretamente ao exercício do cargo, que podem ser cometidos dentro ou até fora da repartição (dependendo da natureza da atividade pública), afastando da incidência eventuais desavenças pessoais manifestadas à margem do serviço e dos cargos.

Figurando como um degrau acima do dever funcional estabelecido no art. 116, IV do Estatuto (cumprir ordens superiores, exceto as manifestamente ilegais), mencionado em **4.7.2.4**, é pertinente reiterar e reforçar o necessário contraponto àquele outro enquadramento, cuja afronta aqui se ajusta à definição acima apresentada para a simples, silenciosa e omissiva desobediência. A quebra do dever de obediência às ordens superiores, como um *minus* ao enquadramento em tela, pode ser considerada caracterizada quando se tem conduta insubmissa demarcada por qualquer das três espécies culposas ou, ainda que cometida com dolo, não tenha o condão de atingir as nefastas consequências acima exemplificadas.

Para a incomum e não vulgar ou quotidiana aplicação deste enquadramento expulsivo, de um lado, necessário se faz materializar nos autos não só a convicção do agir doloso do infrator mas também de que tal conduta traz consigo a intolerância estatal justificada pelas qualificantes da conduta (afronta e desrespeito à hierarquia ou à ordem conscientes, voluntários, exagerados e desproporcionalmente rebeldes, revoltados, acintosos, ofensivos, desurbanos, explícitos, ostensivos e causadores de irrecuperável quebra da indispensável relação mútua de respeito e confiabilidade entre Administração e servidor).

Mas, de outro lado, em contraponto àquelas rigidez e restritividade objetivas, é possível interpretar que o legislador empregou aqui o termo "insubordinação" com uma abrangência além do sentido estrito de afronta grave a uma ordem ou a uma tarefa direta e pessoalmente dada ao destinatário infrator, mas também tangenciando o conceito jurídico de indisciplina, podendo então abarcar o desrespeito em mesmo grau de gravidade por parte de

um específico servidor a uma determinação geral dada por uma autoridade hierarquicamente superior ou a um dever funcional dirigidos a um conjunto impessoal de destinatários. E, se assim se constrói para uma conduta específica de grave afronta a uma ordem ou a um dever destinado de forma impessoal a uma coletividade de servidores, com ainda maior segurança se propugna pela possibilidade do enquadramento expulsivo em tela diante de reiteradas condutas de indisciplinas graves de um servidor em face de ordens superiores ou de deveres funcionais.

4.7.4.7 - Inciso VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem

Inciso de imediata compreensão, figurando como um *plus* da falta de urbanidade (art. 116, XI do Estatuto). A literalidade é clara, ao abarcar a ofensa tanto a outro servidor quanto a particular, indicando que a tutela objetivada pelo inciso em questão é da regularidade do serviço, da moralidade e da respeitabilidade, não se atendo a liames de hierarquia.

A ofensa física pode tomar a definição que o CP, em seu art. 129, deu a lesão corporal: "*ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem*".

Como não poderia ser diferente, conforme **4.6.2.2**, o legislador previu a excludente da ilicitude no caso de o servidor agressor agir em legítima defesa. Uma situação intermediária que pode se configurar é quando o servidor agressor é inicialmente provocado e ofendido pelo agredido e reage em defesa, mas o faz de forma desproporcional à ofensa recebida. Neste caso, a reação desproporcional atua em seu desfavor, impedindo que se considere a excludente de ilicitude por legítima defesa; mas o fato de ter sido originalmente provocado e ofendido e agido em defesa pode fazer com que se pondere e não se enquadre neste inciso punível com pena expulsiva, mas talvez (de acordo com as peculiaridades caso a caso) em outro de menor repercussão.

> *"O fato de o servidor ter sido previamente provocado ou ofendido verbalmente não autoriza o uso da força física. Se o fizer, o servidor não estará agindo em legítima defesa e, desse modo, estará incorrendo em falta funcional. Recomenda-se, nesses casos, dependendo da gravidade da ofensa verbal ou da provocação previamente lançadas contra o servidor, que este seja enquadrado em inciso de menor gravidade.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 329, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/ GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Em interpretação sistemática do ordenamento, trazendo à tona conceitos do art. 23, I e III do CP, embora o dispositivo em tela expresse apenas a legítima defesa, também devem ser consideradas como excludentes da ilicitude o estado de necessidade, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito. Ainda nesta linha, também se aceita como excludente de ilicitude, na espécie do cumprimento de dever legal (no caso, o dever legal estabelecido no inciso VII do art. 116 da lei nº 8.112, de 11/12/90, de conservar o patrimônio público), a ação do servidor, embora ofensiva à integridade alheia, quando necessária e indispensável para conter ameaça ou efetiva agressão de particular ao patrimônio público.

> *"Do mesmo modo, as ofensas devem ser físicas, não perfazendo a tipificação as ofensas psicológicas, ou à intimidade, vida privada, honra ou à imagem das pessoas. Estas podem, assim como as decorrentes de condutas culposas, caracterizar infrações administrativas disciplinares previstas na Lei 4.898/65, Lei de Abuso de Autoridade ... A legítima defesa própria ou de outrem exclui a tipicidade, em razão de estar expressa no tipo infracional. O estado de necessidade, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular do direito excluem, no entanto, a ilicitude da conduta. Aferem-se os conceitos de*

tais excludentes da análise do Código Penal, que se presta a fornecer, em caráter subsidiário, os contornos jurídicos de tais institutos, consoante os arts. 23, 24 e 25. Fora dos conceitos de excludentes de tipicidade e de ilicitude visto acima, o comportamento da vítima não influencia na capitulação normativa ou na sanção a ser cominada". Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pgs. 314 e 315, Editora Juruá, 1ª edição, 2013

4.7.4.8 - Inciso VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos

O presente inciso tutela a aplicação dos recursos públicos, configurando-se o ilícito com a destinação intencionalmente contrária às normas (sobretudo àquelas que regem a esfera contábil, financeira e orçamentária pública). Proíbe-se aqui tanto o descaso consciente na administração dos recursos quanto o seu emprego de forma perdulária.

Inclui-se no presente enquadramento a vedação a que recurso que já possui determinada destinação legal seja desviado para outro fim, ainda que também público (isto é, ainda que o novo destino não seja particular ou ilícito de qualquer forma). Em outras palavras, os recursos até podem ser aplicados a favor da Administração, sem haver desvio a favor do servidor infrator ou de terceiros; mas não são aplicados da melhor forma.

Por um lado, similarmente a uma das condutas descritas no inciso X (lesão aos cofres públicos), o presente ilícito, em geral, é cometido por servidor que tem poder e competência para gerir ou acessar recursos públicos, tais como os ordenadores de despesas, que emitem empenho, autorizam pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou que por eles respondem, conforme define o art. 80, § 1º do Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67. Por outro lado, diferentemente daquela conduta descrita no inciso X, o presente enquadramento não se configura com apropriação indébita, furto ou desvio de dinheiro público ou com qualquer hipótese de o servidor dolosamente obter para si a vantagem ou admitir que outros a obtenham.

Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67 - Art. 80.
§ 1° Ordenador de despesas é tôda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.

Formulação Dasp nº 56. Aplicação irregular de dinheiros
A aplicação irregular de dinheiro público não se configura, se houver furto, desvio ou apropriação indébita.

"Quanto ao resultado naturalístico, infração administrativa formal, atraindo a incidência normativa independente do dano material. Todavia, vindo a ocorrer o dano com a aplicação irregular de dinheiros públicos, não se falará em mero exaurimento da conduta, mas sim em nova tipificação que consome a anterior, caracterizando-a como espécie de ante factum impunível, e importando a incidência do ilícito previsto no art. 132, X, qual seja, provocar " lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional. Com efeito, com a ocorrência de dano, só incidirá esta última tipificação, descartando-se eventual entendimento de concurso material.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pg. 317, Editora Juruá, 1ª edição, 2013

Acrescente-se ainda que este enquadramento disciplinar também pode configurar simultaneamente ato de improbidade administrativa, à vista de diversos incisos do art. 10 da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

4.7.4.8.1 - Responsabilidade Fiscal e Infrações Administrativas de Natureza Financeira

Objetivando que os recursos públicos sejam efetivamente aplicados pelos respectivos gestores de acordo com as leis orçamentárias, a Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar nº 101, de 04/05/00, prevê punições para os responsáveis por desvios e, por conseguinte, pelo desequilíbrio nas contas públicas.

> *Lei Complementar nº 101, de 04/05/00 - Art. 73. As infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950; o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente.*

Na esteira, a Lei nº 10.028, de 19/10/00, trouxe ao ordenamento jurídico novos tipos penais que repercutem a preocupação com a regular aplicação de recursos públicos. No CP, os arts. 359-A, 359-B e 359-C passaram a compor o novo "Capítulo IV - Dos Crimes Contra as Finanças Públicas", inserido no "Título IX - Dos Crimes Contra a Administração Pública"; e na Lei nº 1.079, de 10/04/50, que define crimes de responsabilidade, o Capítulo VI, que trata "Dos Crimes Contra a Lei Orçamentária", o art. 10 recebeu oito novos tipos político-disciplinares associados à responsabilidade fiscal.

> *"A inobservância das normas financeiras relacionadas com a responsabilidade na gestão fiscal dos agentes públicos e políticos das várias esferas da federação brasileira, compreendendo os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário - a par de acarretar consequências de ordem penal e político-disciplinar, nos termos do Código Penal (Crimes contra as finanças públicas), da Lei nº 1.079/1950 (Crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária) e do Decreto-Lei nº 210/1967 (Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores) - sujeita o seu infrator às sanções disciplinares catalogadas na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992) e às reprimendas administrativas catalogadas no art. 5º da Lei nº 10.028/2000." José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pgs. 505 e 506, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

A mencionada Lei nº 10.028, de 19/10/00, define as seguintes infrações administrativas de natureza financeira e a elas associa a pena de multa, correspondente a trinta por cento dos vencimentos anuais do agente público, aplicada pelo respectivo Tribunal de Contas.

> *Lei nº 10.028, de 19/10/00 - Art. 5º Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas:*
> *I - deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei;*
> *II - propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei;*
> *III - deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei;*
> *IV - deixar de ordenar ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para a redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo.*
> *§ 1º A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal.*
> *§ 2º A infração a que se refere este artigo será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida.*
>
> *"Advirta-se, contudo, que à vista da cláusula constitucional do devido processo*

legal (‘due process of law’), tal reprimenda administrativa somente poderá ser imposta depois de haver sido processada e julgada pela Corte de Contas respectiva.
Na área federal, o processo apuratório de tais infrações administrativas deverá adotar o rito dos processos de tomada de contas especial, conforme Instrução Normativa de nº 001/93 do Tribunal de Contas da União.” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pgs. 506 e 507, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004

4.7.4.9 - Inciso IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo

Aqui se trata de revelação de informação, acessível tão somente em função das prerrogativas que a Administração garante ao detentor do cargo, que não se lhe admite revelar, como uma espécie de valer-se do cargo do art. 117, IX do Estatuto, já abordado em **4.7.3.9**. Decerto, a conduta em questão decorre sempre de atitudes dolosas, tais como revelar um dado sabidamente protegido por cláusula de sigilo fiscal ou bancário ou vazar informação de alguma ação estratégica que dependia do sigilo e do fator surpresa.

“Como exemplo dentre muitos outros, referimo-nos aos fatos de “servidor fiscal informar a particular empresário a data de início de fiscalização tributária em seu estabelecimento”; “divulgação de dados fiscais ou bancários de particular submetido à fiscalização ou a investigação”;divulgação de estratégia para a condução de assuntos de segurança pública ou de segurança de estabelecimentos prisionais”; “divulgação extemporânea de existência de investigação secreta (submetida a segredo de justiça) administrativa ou criminal em face de particular (conhecidas como 'vazamento' de operações”). Não há a necessidade de “classificação”, e.g., descrição da expressão “secreto”, “ sigiloso”, ou” reservado”, na face do documento, para que o assunto tratado seja considerado “segredo”, podendo a disciplina do sigilo ser imposta por atos administrativos diversos, regentes de matérias específicas, a exemplo do dever de segredo pelos membros de bancas de concursos públicos ou de outras comissões de avaliação ou de fiscalização. O art. 23 da lei 12.527/11 apresenta rol não taxativo de temas considerados imprescindíveis à segurança da Sociedade ou do Estado, passíveis de classificações sigilosas, quais sejam: as informações que possam “pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional”, “prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais”, “ pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população”, “oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País”, “prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas”, “prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional”, “pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares”, e “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações”. Esses assuntos submetem-se à disciplina do sigilo em sentido estrito - dever de segredo.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pg. 211, Editora Juruá, 1ª edição, 2013

Doutrinariamente, tem-se que a ação compreendida no enquadramento em tela, de “revelar”, já se satisfaz apenas com o vazamento de informação para uma única pessoa, daí decorrendo que o vazamento da informação para mais de uma pessoa (pela mídia, por exemplo), referido como “divulgar”, com ainda maior certeza, também está contemplado na

infração em tela.

Conforme já abordado em **4.7.2.8**, há duas formas de abordar a diferenciação entre este enquadramento e o art. 116, VIII do Estatuto (guardar sigilo sobre assunto da repartição).

A primeira delas radica no elemento subjetivo da revelação. Enquanto aqui se trata de conduta intencional e consciente, o outro dispositivo pode enquadrar precipuamente revelações culposas, cometidas por negligência ou imprudência. Assim, aqui podem se enquadrar revelações intencionais de informações que possam comprometer estratégias, ações ou diretrizes oficiais; que possam beneficiar contratante ou licitante junto à Administração; ou que possam ser confundidas como posicionamento institucional, comprometendo a imagem do órgão, devendo, em tais casos, para justificar o enquadramento, que o comprometimento ou o beneficiamento ou a confusão acima exemplificados tenham sido intencionalmente propiciadas pelo servidor; enquanto lá podem ser enquadradas revelações similares eivadas de culpa.

E a segunda forma de diferenciação entre os enquadramentos associa-se ao aspecto material do objeto em si da revelação. De acordo com o que já foi aduzido em **4.4.12.1**, a Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11, e o Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11, diferenciaram o que são dados especificamente protegidos por sigilo fiscal e o que são dados sujeitos ao dever funcional de sigilo. Enquanto os primeiros são aqueles obtidos em razão do ofício e que revelem a riqueza de forma mais geral de sujeito passivo e de terceiros ou que revelem suas atividades negociais, os segundos englobam os meros dados cadastrais de identificação de contribuintes, incluindo a participação societária, e da regularidade de sua situação fiscal, e as informações econômico-fiscais agregadas.

> *Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11 - Art. 2º São protegidas por sigilo fiscal as informações sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades, obtidas em razão do ofício para fins de arrecadação e fiscalização de tributos, inclusive aduaneiros, tais como:*
> *I - as relativas a rendas, rendimentos, patrimônio, débitos, créditos, dívidas e movimentação financeira ou patrimonial;*
> *II - as que revelem negócios, contratos, relacionamentos comerciais, fornecedores, clientes e volumes ou valores de compra e venda;*
> *III - as relativas a projetos, processos industriais, fórmulas, composição e fatores de produção.*
> *§ 1º Não estão protegidas pelo sigilo fiscal as informações:*
> *I - cadastrais do sujeito passivo, assim entendidas as que permitam sua identificação e individualização, tais como nome, data de nascimento, endereço, filiação, qualificação e composição societária;*
> *II - cadastrais relativas à regularidade fiscal do sujeito passivo, desde que não revelem valores de débitos ou créditos;*
> *III - agregadas, que não identifiquem o sujeito passivo; e*
> *IV - previstas no § 3º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 1966.*
> *§ 2º A divulgação das informações referidas no § 1º caracteriza descumprimento do dever de sigilo funcional previsto no art. 116, inciso VIII, da Lei nº 8.112, de 1990.*
> *Art. 3º No âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, o acesso a informações de que trata esta Portaria restringir-se-á aos usuários que possuam senha, chave de acesso, certificação digital ou qualquer outro mecanismo de segurança que lhe tenha sido regularmente concedido, nos termos de portaria específica de sistemas e perfis, que autorize o seu acesso às bases de dados informatizadas.*

Assim, materialmente, tem-se que, enquanto o presente enquadramento pune a

revelação e a divulgação, dolosa, de fortes lesividade e ofensa, de dados que refletem garantias fundamentais da pessoa, albergados em cláusulas de sigilo (fiscal, bancário, telefônico, etc) e acessados tão somente em função do cargo, o outro enquadramento abarca a revelação ou divulgação, culposa ou dolosa, de meros dados cadastrais e de dados econômico-sociais agregados e sem individualização ou abarca ainda a revelação de atos meramente rotineiros da repartição e dos assuntos nela abordados no enquadramento em que não se cogita de má-fé. A revelação ou divulgação de dados cadastrais ou agregados, com dolo, a ponto de merecer enquadramento no art. 132, IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90, deve conter a maior gravosidade de acarretar prejuízo à instituição ou benefício a terceiro.

Percebe-se que o maior grau de ofensividade e lesividade da conduta em tela é extraído do teor mais relevante e sigiloso do que foi revelado ou divulgado. Interessante pontuar que eventual revelação ou até mesmo divulgação culposa de dados protegidos por sigilo, a par de não se enquadrarem no art. 132, IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90, também não se enquadra no art. 116, VIII, pois não se trata de dados sobre a rotina interna da repartição, podendo encontrar melhor previsão legal no art. 116, I, que pune a falta de zolo no desempenho das atribuições do cargo.

Uma outra diferenciação, voltada ao destinatário da revelação, pode ser extraída de definição que constava da revogada Portaria SRF nº 782, de 20/06/97, conforme abordado no art. 116, III, em **4.7.2.3**, a cuja leitura se remete. Em que pese a revogação, permanece faticamente aceitável a diferenciação de ilícitos em função de a revelação restringir-se ao ambiente interno do órgão ou de extrapolar para o ambiente externo. Assim, o mero acesso sem motivação aceitável a banco de dados informatizados, pode configurar inobservância de norma (art. 116, III do Estatuto); já a revelação, para outro servidor da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, dos dados sigilosos acessados, pode, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, configurar inobservância de norma e quebra do dever de guardar sigilo sobre assunto interno (no presente art. 116, VIII do Estatuto); já a revelação, para estranhos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, dos dados acessados, pode configurar a grave irregularidade de revelação de segredo obtido em razão do cargo (presente art. 132, IX do Estatuto).

Similar encadeamento, desde o acesso, passando pela utilização, até a revelação de dados protegidos por sigilo bancário, pode ser visto nos arts. 8º a 12 do Decreto nº 3.724, de 10/01/01, já reproduzidos em **4.4.12.4**.

Neste rumo, em imediato reflexo do texto legal, mencione-se que a Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11, estabeleceu a pena de demissão, em decorrência do presente enquadramento para o servidor que divulgar ou revelar informação protegida por sigilo fiscal constante de sistemas informatizados da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

> *Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11 - Art. 6º O servidor que divulgar ou revelar informação protegida por sigilo fiscal, constante de sistemas informatizados, com infração ao disposto no art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), fica sujeito à penalidade de demissão prevista no art. 132, inciso IX, da Lei nº 8.112, de 1990.*

Mencione-se que a Lei nº 12.527, de 18/11/11, que regulamenta o direito de petição previsto no art. 5°, XXXIII da CF, estabelece dispositivos materiais, definindo como ilicitudes puníveis, no mínimo, com pena de suspensão, as condutas de o servidor utilizar indevidamente informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em virtude do cargo e de divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir o acesso indevido à informação sigilosa ou pessoal.

> *Lei nº 12.527, de 18/11/11 - Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar:*
> *II - utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar,*

> *alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública;*
> *IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal;*
> *§ 1º Atendido o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, as condutas descritas no caput serão consideradas:*
> *II - para fins do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e suas alterações, infrações administrativas, que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos.*
> *§ 2º Pelas condutas descritas no caput, poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis nºs 1.079, de 10 de abril de 1950, e 8.429, de 2 de junho de 1992.*

Por fim, este enquadramento disciplinar também pode configurar simultaneamente ato de improbidade administrativa definido no inciso III do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

E, mais especificamente, pode ocorrer situações concretas *a priori* enquadráveis no enquadramento em tela mas que também se amoldem aos comandos mais específicos do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, voltados de forma mais direcionada, reservada e extrema a condutas suscitadoras de conflito de interesses. Estes casos, de grande gravidade, conforme já aduzido em **4.7.3.18.6**, podem atrair a aplicação do enquadramento de improbidade administrativa (por ofensa a princípios reitores da Administração, conforme define o *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92), sendo a pena expulsiva capitulada no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

4.7.4.10 - Inciso X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional

Este enquadramento alberga duas condutas, sendo ambas dolosas marcadas pela gravidade. Como consequência, a nenhuma das duas se aplica a Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, que prevê o emprego do termo de ajustamento de conduta (TAC), como forma de simplificação de resolução, sem rito disciplinar, condutas consideráveis de menor potencial ofensvo (quais sejam, puníveis com pena de advertência ou, no máximo, com pena de suspensãode de até trinta dias) e sob mais algumas determinadas condições, conforme já abordado em **3.2.3.5.2**.

Para tentar esclarecer a literalidade do presente enquadramento, de antemão, faz-se necessário refletir aqui a diferenciação, já expressa no tópico mencionado acima, para as expressões “cofres públicos” e “patrimônio nacional”. A expressão “cofres públicos” reflete a ideia de dinheiros ou recursos públicos, mais comumente referidos como erário, e abarca todos os valores monetários e mobiliários ou bens e mercadorias em poder da Administração e destinados à venda ou de qualquer forma conversíveis em moeda. Daí, erário ou cofres públicos significam, em síntese, delimitadamente, o conjunto de bens e de interesses de natureza econômico-financeira de cada um dos entes federados, quais sejam, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, relevando para o presente o que concerne à União. Diferentemente, de forma mais abrangente, a expressão “patrimônio nacional”, ou patrimônio público, alcança não só os bens e direitos de valor econômico, mas também aqueles de natureza artística, histórica, turística ou estética pertencentes a cada ente federado, conforme define o art. 1º, § 1º da Lei nº 4.717, de 29/06/65, a chamada Lei da Ação Popular. Daí, patrimônio público ou nacional significa, em síntese, todos os bens públicos permanentes ou de consumo, materiais ou imateriais, ainda que não destinados à venda e não conversíveis em dinheiro.

> *“Por 'cofres públicos' entendam-se recursos públicos em geral, dinheiro, títulos de créditos, etc. Por “patrimônio nacional” entendam-se os bens corpóreos ou*

incorpóreos, materiais ou imateriais, de propriedade da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. Mister reparar a tutela do estatuto geral federal e bens atinentes a outras esferas de governo: Estados, Distrito Federal e Municípios. Isso se denota na expressão patrimônio "nacional", e não somente " federal". A objetividade jurídica corresponde à inviolabilidade dos bens, recursos financeiros e valores públicos, ou seja, o patrimônio público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, à moralidade administrativa, à continuidade e eficiência dos serviços públicos.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pg. 323, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.

Dito isto, a lesão aos cofres públicos é compreendida como a má administração ou a perda do dinheiro público, como o conjunto de bens e de interesses de natureza econômico-financeira da União. Daí, igualmente no inciso VIII (aplicação irregular de dinheiros públicos), seu cometimento recai, em geral, sobre servidores que têm poder e competência para gerir ou acessar recursos públicos, tais como os ordenadores de despesas, que emitem empenho, autorizam pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou que por eles respondem, conforme define o art. 80, § 1º do Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67. Também se enquadram neste dispositivo a apropriação indébita, o furto ou o desvio do dinheiro público.

Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67 - Art. 80.
§ 1° Ordenador de despesas é tôda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.

A dilapidação, por sua vez, é a má conservação, a destruição, o desperdício dos bens públicos permanentes ou de consumo, materiais ou imateriais, englobando todos os bens e direitos de valor econômico, artístico, histórico, turístico ou estético. A dilapidação do patrimônio significa um agravamento em relação ao inciso VII do art. 116, da Lei nº 8.112, de 1/12/90, abordado em **4.7.2.7**, pois aqui a conduta é dolosa enquanto aquele, em geral abarca condutas culposas. Não obstante, pode não se justificar provocar a instância disciplinar em razão de perda ou dano de valor insignificante.

Parecer Dasp. Dilapidação do patrimônio nacional e lesão aos cofres públicos - Distinção
A lesão aos cofres públicos não se confunde com a dilapidação do patrimônio nacional. Aquela se refere a dinheiro ou valores transacionáveis; esta se relaciona com bens ou utilidades permanentes.

Formulação Dasp nº 54. Lesão aos cofres públicos
A lesão aos cofres públicos pode configurar-se ainda que não se verifique a prática de peculato.

Formulação Dasp nº 55. Lesão aos cofres públicos
A lesão aos cofres públicos pressupõe efetivo dano ao Erário.
Formulação Dasp nº 64. Lesão aos cofres públicos
A lesão culposa aos cofres públicos não é punível com demissão.

Parecer Dasp. Dilapidação do patrimônio nacional - Limite de valor do dano - Descabimento
O item VIII do art. 207, combinado com o art. 209 do Estatuto, ao prever demissão a bem do serviço público dos funcionários que dilapidem o patrimônio nacional, não estabeleceu qualquer limite de valor ao dano causado.
*(**Nota**: O inciso VIII do art. 207 do antigo Estatuto previa a pena de demissão para caso de lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional.)*

Formulação Dasp nº 205. Dilapidação do patrimônio nacional

O funcionário que empresta bens do Estado a particular dilapida o Patrimônio Nacional.

Formulação Dasp nº 28. Demissão
O funcionário que dissipa bens públicos, não representados por dinheiro, comete dilapidação do patrimônio nacional.

Ademais, conforme aduzido em **3.2.3.5.2**, destaque-se que, em princípio, o extravio ou o dano de um bem público não necessariamente acarreta instauração de processo administrativo disciplinar contra o servidor cujo nome consta do respectivo termo de responsabilidade ou que o tinha em uso ou guarda. A responsabilização administrativa requer se comprove que, de alguma forma, o servidor atuou ou contribuiu para o evento.

Acrescente-se ainda que este enquadramento disciplinar também pode configurar simultaneamente ato de improbidade administrativa, à vista de diversos incisos do art. 10 da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

4.7.4.11 - Inciso XI - corrupção

Embora a corrupção passiva esteja tipificada como um dos crimes funcionais contra a Administração Pública, no art. 317 do CP (solicitar ou receber, para si ou para outrem, vantagem indevida ou aceitar promessa de tal vantagem), a Lei nº 8.112, de 11/12/90, a destacou no inciso XI do art. 132. Com isto, uma vez que não se admite letra morta na norma, tem-se que, conceitualmente, a corrupção, administrativamente, é ilícito autônomo, de forma que o enquadramento no art. 132, XI da Lei nº 8.112, de 11/12/90, dispensa ação penal pública, podendo ser processado de forma independente na via administrativa, sem as ressalvas do enquadramento no art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

A rigor, como a Lei nº 8.112, de 11/12/90, considerou como ilícito disciplinar a corrupção de forma genérica, sem adjetivar as espécies passiva ou ativa, impõe interpretar que, à luz do Estatuto, também aqui se enquadra a conduta do servidor que, no exercício do seu cargo, corrompe ou tenta corromper outro servidor.

Esta independência do enquadramento no art. 132, XI da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em relação à tipificação no art. 317 do CP (e ao enquadramento no art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90) também se reflete no fato de que o ilícito disciplinar em tela tem maior campo de incidência que o crime, de forma que pode ocorrer de um ato não preencher a tipicidade acima descrita do crime de corrupção passiva mas restar enquadrável no ilícito disciplinar de corrupção.

Formulação Dasp nº 71. Corrupção passiva
A administração pode demitir funcionário por corrupção passiva com base, apenas, no inquérito administrativo

"Advirta-se, contudo, que em relação ao delito disciplinar previsto no inciso X (sic) do art. 132 do mesmo diploma legal supramencionado, embora possa a hipótese de incidência ali definida enquadrar-se no art. 317 do Código Penal (corrupção passiva), não sobrevive essa dependência da instância penal, podendo a Administração Pública demitir o servidor acusado com respaldo tão somente no processo administrativo disciplinar." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 182, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005
*(**Nota**: Subentende-se que o autor quis se referir ao inciso XI e não ao X do art. 132.)*

O certo é que, em ambos os casos, somente se cogita de corrupção quando a conduta do servidor é ilegal ou indevida, ao contrário do enquadramento no inciso XII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer

espécie, em razão de suas atribuições legais), em que a conduta do servidor é regular.

> *"(...) para caracterização do ilícito funcional em tela é necessário que o servidor atue de forma ilegal ou indevida, vale dizer, acaso o servidor tenha recebido vantagem indevida para a prática de ato regular, o ilícito funcional será outro - [artigo 117, XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições]*
> *Ante a generalidade da norma, considera-se que o dispositivo abarca não só o comportamento do servidor corrompido, mas também o daquele servidor que no exercício de suas atribuições tenta corromper outros servidores.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 334, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Ainda assim, para se evitar questionamento da defesa de que a definição deste ilícito é a mesma do crime da corrupção e daí ter de provocar manifestação definitiva judicial, a exemplo do que se recomendou acerca do enquadramento do art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, também convém que a comissão não enquadre em corrupção, mas sim, por exemplo, em valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem e/ou em improbidade administrativa, do art. 117, IX ou do art. 132, IV, ambos daquela Lei.

4.7.4.12 - Inciso XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas

Em princípio, na Administração Pública, vigora a regra geral da vedação à acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, salvo exceções para duas áreas muito específicas e de relevante interesse social e que, por este motivo, receberam do legislador constituinte um tratamento excepcional e diferenciado, que são a educação e a saúde, com permissões condicionadas para mais de um provimento público por um mesmo agente. A tutela constitucional por trás deste comando reside no interesse público de impedir que uma mesma pessoa concentre consigo mais de uma matrícula, com todas as contaminações que este privilégio poderia acarretar à moralidade e à impessoalidade, e também de zelar pela devida dedicação ao trabalho, o que certamente se prejudicaria com o servidor se desdobrando em mais de um vínculo, por vezes de diveros múnus públicos.

Por ser matéria constitucional, a vedação à acumulação se projeta em qualquer esfera da Administração Pública federal, distrital, estadual e municipal. Também por este motivo, obviamente, se iniciará a abordagem do tema à luz dos comandos constitucionais, para somente depois concentrar sua análise nos termos refletidos na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Antes, porém, importante desde logo estabelecer que a tutela de que aqui se trata, no inciso XII do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, de reflexo do Direito Constitucional material, é unicamente pública, envolvendo provimentos mutuamente públicos, referindo-se à vedação do exercício de mais de um cargo, emprego ou função pública, de acordo com as condições definidas nos arts. 118 a 120 da mesma Lei, não se confundindo com a possível incompatibilidade do desempenho de um múnus público com a prática de atividades privadas. A tutela do controle da compatibilidade ou da incompatibilidade entre um provimento público e uma atividade privada reside em outros enquadramentos daquela Lei, a exemplo do inciso XVIII do seu art. 117.

Conforme se verifica nas alíneas "a", "b" e "c" do inciso XVI e no inciso XVII do art. 37 da Constituição Federal (CF), somente são permitidas acumulações de cargos, empregos ou funções de dois provimentos de professor público ou de um provimento técnico ou científico público com um provimento de professor público ou de dois provimentos privativos e regulamentados de área de saúde pública e, em todos os casos, limitada a dois vínculos e

ainda sujeitas à compatibilidade de horários. Isto porque as imediatas literalidades das três alíneas citadas permitem a inequívoca leitura de que a CF não admite tripla acumulação remunerada e, como as condicionantes materiais de áreas de atuação (educação e saúde) são interligadas à simultânea ressalva de compatibilidade de horários de jornadas na excepcional dupla acumulação, se tem certo que os incisos XVI e XVII do art. 37 da CF se reportam, *a priori*, apenas a dois provimentos ativos. Mas, antecipe-se desde já que a regra geral da ilicitude da acumulação remunerada se projeta para também alcançar o recebimento simultâneo de proventos de uma aposentadoria com remuneração de um cargo, emprego ou função pública ativa, restringindo-se a licitude apenas aos provimentos acumuláveis se ativos fossem (e também, embora sem importância no presente texto, a provimentos comissionados ou eletivos), conforme o § 10 do art. 37 da CF.

> *CF - Art. 37.*
> *XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14/06/98)*
> *a) a de dois cargos de professor;*
> *b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14/06/98)*
> *c) a de dois cargos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 34, de 13/12/01)*
> *XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14/06/98)*
> *§ 10 É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração do cargo, emprego ou função pública, ressalvados os casos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)*

Importante assegurar que, diante da já mencionada tutela constitucional de evitar, na regra geral, que um mesmo agente ocupe dois postos de trabalho remunerados na Administração, o ilícito em tela se configura mesmo em caso de licença sem remuneração de um dos provimentos, pois o que importa é a natureza remunerada do vínculo laboral ocupado e não o fato em si de temporariamente estar recebendo-a ou não, conforme entendimentos jurisprudenciais e doutrinário.

> *TCU, Súmula nº 246: "O fato de o servidor licenciar-se, sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerça em órgão ou entidade da administração direta ou indireta não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público, sem incidir no exercício cumulativo vedado pelo artigo 37 da Constituição Federal, pois que o instituto da acumulação de cargos se dirige à titularidade de cargos, empregos e funções públicas, e não apenas à percepção de vantagens pecuniárias."*
>
> *STF, Recurso Extraordinário nº 399.475: "Ementa: (...) a vedação constitucional da acumulação de cargos é direcionada à titularidade de cargos, funções ou empregos públicos e não ao simples fato de o servidor não perceber remuneração ou vantagem do aludido cargo. O fato de os autores estarem em gozo de licença sem vencimentos não descaracteriza a acumulação ilegal de cargos (...). Esta Corte firmou entendimento no sentido de que 'É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como, também, gera as restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos'. (...) a renúncia à remuneração por uma das fontes, mesmo se possível, não teria o condão de afastar a proibição."*

> *"Se estiver o servidor em gozo de licença, quando do advento da acumulação ilegal, tal circunstância não impede o reconhecimento da ilegalidade (RT 803/149)." Regis Fernandes de Oliveira, "Servidores Públicos", pg. 84, Malheiros Editores, 1ª edição, 2004*

Pode-se então sintetizar que o Direito Constitucional material delimita as regras gerais da restritiva licitude das acumulações de provimentos públicos, reportando para leitura a *contrario sensu* toda a extensa gama da regra geral da ilicitude: tudo o mais que não se encaixar no inciso XVI e em suas três alíneas, complementadas pela leitura em conjunto do inciso XVII e do § 10 do art. 37 da CF, resta inacumulável e, se porventura configurado em caso concreto, se tem a infringência de uma proibição constitucional.

A exceção da licitude da acumulação de dois provimentos públicos requer dois requisitos cumulativos: compatibilidades de natureza dos cargos, empregos ou funções e de horário. Assim, somente há licitude nas acumulações de dois provimentos da área de saúde, ou de um provimento técnico ou científico com um provimento de professor, ou dois provimentos de professor (não podendo em nenhum destes casos o professor ter aderido a regime de dedicação exclusiva) e, em todos os casos, com compatibilidade de horário. Sob uma ótica, ainda que materialmente determinada acumulação seja lícita, restará ilícita se houver incompatibilidade de horário. E sob outra ótica complementar, com sintéticas palavras, qualquer acumulação que não envolva provimentos de magistério, técnicos, científicos ou de área de saúde, é constitucionalmente vedada e prontamente se revela ilícita, independente de jornadas.

O primeiro critério, material, acerca dos dois provimentos envolvidos, é solucionado simplesmente com a teórica e fria detecção de suas naturezas (se são, ou não, de saúde, técnico, científico ou de magistério), bastando se verificar as qualificações de formação acadêmico-profissional necessárias exigidas quando do certame público seletivo e as atribuições do cargo, emprego ou função. Já o segundo critério, acerca da compatibilidade de horários, requer análise não só concreta e individualizada, caso a caso, como também contextualizada, ou seja, ao longo do período em que perdurar a acumulação. Nesta linha também é a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº AC-54.

> *Parecer AGU nº AC-54, vinculante: "15. A razão de ser desse entendimento é clara: enquanto a acumulabilidade genérica entre os diversos cargos, para os servidores em geral, é definida em tese nas alíneas do inciso XVI do artigo 37 da Constituição, o requisito adicional da compatibilidade de horários, por outro lado, não pode jamais ser aferido em tese, devendo-se analisar a situação concreta de cada servidor que pleiteia acumular cargos, e não somente no momento da posse no segundo cargo, mas enquanto perdurar o exercício cumulado de ambos, pois o seu objetivo é garantir, em prol do interesse da Administração quanto à consecução dos fins públicos relacionados aos serviços prestados pelo Estado e seus agentes, que os mesmos consigam conciliar, durante a sua jornada de trabalho, a carga horária prevista para cada uma das duas funções, sem prejuízo, ainda que parcial, de nenhuma delas."*

Sobre o critério material, as alíneas "a" e "c" do inciso XVI do art. 37 da CF são de menor interesse para o presente texto, voltado precipuamente para o sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), cabendo poucas palavras.

No que tange a cargos, empregos ou funções públicas de professor, na alínea "a" do inciso XVI do art. 37 da CF, ao contrário do que se aduziu em **4.7.3.18.5.a**, quando se mencionou o magistério sob ótica de atividade privada com leitura extensiva e com apriorística compatibilidade, aqui, ao se tratar de regra de exceção (a permissão de acumulação de provimentos públicos), é de se aplicar leitura restritiva para o termo. A menção constitucional a "professor" alberga exclusivamente os agentes que, após certames

públicos seletivos específicos para tal múnus público, voltados exclusivamente para candidatos com a qualificação profissional necessária, são investidos em cargos, empregos ou funções que integram corpos docentes de instituições públicas de ensino, nos níveis formais de escolaridade previstos na Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, quais sejam, a educação básica (formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio) e educação superior. A teleologia por trás da excepcional permissão constitucional é de fomentar a atividade de forte interesse social; portanto, um agente público com formação acadêmica em magistério mas investido em qualquer outro cargo, emprego ou função, de múnus público diverso, não perfaz o critério para ter lícita a acumulação com um segundo provimento.

Muito do se escreveu acima acerca da teleologia constitucional permissiva para professores também se reflete na construção a favor de ocupantes de cargos, empregos e funções públicas privativas de profissionais de saúde, prevista na alínea "c" do inciso XVI do art. 37 da CF. A exceção de acumulação somente contempla agentes com formação acadêmico-profissional requerida a fim de serem investidos em provimentos específicos para aquele múnus público, não beneficiando quem apenas tem a formação na área mas se encontra investido em outra área de atução pública, Quanto às formações acadêmicas cabíveis na expressão "profissionais de saúde, com profissões regulamentadas", a interpretação constitucional é elástica, não albergando unicamente os agentes públicos investidos como médicos, mas também como psicólogos, dentistas, enfermeiros, farmacêuticos, fisioterapeutas, veterinários, com nível superior, mas também com nível médio, como técnicos em enfermagem, técnicos em radiologia, dentre outros, na linha como também entende a doutrina.

> *"Observadas essas precondições (profissão regulamentada e compatibilidade de horários), são cumuláveis entre si todos os cargos e empregos privativos de profissionais do setor de saúde. Incluem-se, entre si, na exceção constitucional, médicos, psicólogos, dentistas, enfermeiros, farmacêuticos e outros. Podem, igualmente, ser acumulados dois cargos de médico-veterinário, o que não era permitido antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 34/2001." José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pg. 468, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*
>
> *"Quanto a dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, quais são eles? Técnico em enfermagem; Enfermagem; Técnico em radiologia; Medicina. Tais cargos podem ser acumulados mesmo que um deles seja de nível médio, caso do técnico em enfermagem e radiologia." Judivan Juvenal Vieira, "Processo Administrativo Disciplinar", pg. 99, IOB Thomson, 1ª edição, 2005*

O interesse maior no presente recai na previsão excepcionalmente permissiva prevista na alínea "b" do inciso XVI do art. 37 da CF, envolvendo um cargo, emprego ou função de professor com outro técnico ou científico, que é a única possibilidade viável de acumulação lícita no âmbito da RFB.

Faz-se necessário definir estas duas espécies de provimento, técnico e científico, em diferenciação das atividades meramente administrativas. Diz-se "técnico" o cargo, o emprego ou a função cuja investidura requeira do candidato conhecimentos e habilitação legal específica, não necessariamente de nível superior, para o exercício de determinada atividade profissional, a fim de assegurar o satisfatório desempenho de suas atribuições. E diz-se "científico" o cargo, o emprego ou a função cuja investidura requeira do candidato a qualificação em nível superior que legalmente o habilite a atuar na pesquisa em áreas específicas do conhecimento humano. A atribuição de natureza técnica ou científica a um cargo, emprego ou função depende fortemente das atividades concretas e cotidianas que necessariamente o agente tem de executar no desempenho daquele múnus público e, por

consequência, também do rol de conhecimentos que dele se exige, pois indispensavelmente são aplicados no exercício das atribuições legais, diferentemente dos provimentos meramente administrativos para desempenho de atribuições generalistas, que não requerem do executor uma formação técnica ou acadêmica.

Diferencie-se, de outro lado, que a acepção de técnico ou de científico de um cargo não se atrela às condições ou capacitações pessoais de cada servidor; em outras palavras, não é o currículo escolar e acadêmico ou profissional do servidor que, por si só, lhe atribui individualmente alguma daquelas adjetivações. Ainda que o servidor possua amplo e sólido rol de saberes e de conhecimentos em sua formação profissional ou acadêmica, a consideração de que um cargo é técnico ou científico vincula-se a suas atribuições legais, que requerem para seu desempenho a aplicação daquela técnica ou daquele conhecimento. A qualificação individual do agente pode ser pré-requisito para a investidura no provimento constitucionalmente favorecido com acumulação com outro provimento de professor, mas não é suficiente, uma vez que se o agente devidamente qualificado venha a ocupar um cargo de atribuições generalistas meramente administrativas não estará contemplado na licitude de acumulação.

Atente-se que não necessariamente apenas pelo fato de o cargo exigir grau de escolaridade superior significa que seja técnico ou científico. O grau de escolaridade superior, como requisito de investidura, não é condição necessária e muito menos suficiente para que o cargo seja qualificado como técnico ou como científico. De um lado, pode-se ter cargo de nível intermediário que exija capacitação prévia em curso técnico específico e que, como tal, será qualificado na acepção constitucional em comento; de outro lado, um cargo cujas atribuições legais se revelam meramente burocráticas (rotineiras, repetitivas e de baixo grau de complexidade) não será assim considerado, independentemente de eventual exigência de determinado grau de escolaridade para investidura e da habilitação pessoal do servidor. Por fim, a mera denominação do cargo em nada importa para, juridicamente, lhe emprestar natureza técnica ou científica nos termos exigidos pelo ordenamento, como ocorre, por exemplo, em cargo cujo nome compõe-se do termo “Técnico”.

O extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG), por meio de sua Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações no Trabalho no Serviço Público (MPDG/SEGRT), já se manifestara conforme acima defendido, na Nota Informativa nº 443/2016-MP, e em consonância com a doutrina.

> *Nota Informativa nº 443/2016-MP: “23. (...) Destarte, o conceito de cargo técnico ou científico depende da qualificação específica exigida para a investidura no cargo, a natureza das atividades desenvolvidas e a aplicação, no exercício das atribuições inerentes ao cargo, dos conhecimentos adquiridos de acordo com a qualificação específica.”*
>
> *“(...) o intuito da restrição é contrapor essas atividades técnicas ou científicas àquelas meramente administrativas, para as quais não se exige formação profissional específica de nível técnico ou científico, entre nós, no mínimo superior, de nível universitário. (...)*
> *Atividades científicas, em conclusão, serão consideradas aquelas desempenhadas especialmente no campo da pesquisa, e técnicas aquelas para as quais se exige formação profissional de nível universitário.” Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, pg. 80, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

No caso específico da RFB, os cargos de Auditor-Fiscal e de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil (AFRFB e ATRFB) são, na definição legal, cargos técnicos e, portanto, podem, à vista de compatibilidade de horário, acumular licitamente com outro provimento público de professor. Por outro lado, os cargos integrantes do Pecfaz não perfazem os requisitos legais e jurídicos para serem considerados técnicos ou científicos, já

que desempenham atividades generalistas de apoio administrativo.

Quanto ao critério transversal da compatibilidade de horários, trata-se de mera verificação fática, sem maiores dificuldades, acerca das jornadas dos dois provimentos, não sendo cabível que haja superposições temporais.

Tem-se que, em regra, os cargos federais, por força do art. 19 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, sujeitam-se à jornada de quarenta horas semanais, equivalente a oito horas diárias. A redução de jornada de cargos efetivos (para trinta ou vinte horas semanais, equivalentes a seis ou quatro horas diárias), prevista no *caput* e no § 1º do art. 5º e no art. 6º, ambos da Medida Provisória (MP) nº 2.174-28, de 24 de agosto de 2001, possibilita o exercício de gerência e de administração de sociedades privadas e a prática de atos de comércio, exceto se o servidor já acumula licitamente o seu cargo de natureza técnica com um cargo de professor público. Ressalte-se que tal redução de jornada tem limitada aplicação nos quadros da RFB, vez que vedada aos AFRFB, nos termos do inciso VI do seu art. 3º, combinado com o § 1º do seu art. 5º (conforme já se aduziu em **3.2.5**).

> *MP nº 2.174-28, de 24/08/01 - Art. 3º*
> *I - Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União;*
> *II - Procurador Autárquico, Advogado e Assistente Jurídico dos órgãos de execução ou vinculados à Advocacia-Geral da União;*
> *III - Defensor Público da União;*
> *V - Delegado de Polícia Federal, Perito Criminal Federal, Escrivão de Polícia Federal, Agente de Polícia Federal, Papiloscopista, Policial Federal e Policial Rodoviário Federal; e*
> *VI - Auditor-Fiscal da Receita Federal, Auditor-Fiscal da Previdência Social e Auditor-Fiscal do Trabalho.*
> *Art. 5º É facultado ao servidor da administração pública direta, autárquica e fundacional, ocupante exclusivamente de cargo de provimento efetivo, requerer a redução da jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta semanais para seis ou quatro horas diárias e trinta ou vinte horas semanais, respectivamente, com remuneração proporcional, calculada sobre a totalidade da remuneração.*
> *§ 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras ou dos cargos de que tratam os incisos I a III e V e VI do caput do art. 3º.*
> *Art. 6º Além do disposto no § 1º do art. 5º, é vedada a concessão de jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional ao servidor:*
> *I - sujeito à duração de trabalho estabelecida em leis especiais; ou*
> *II - ocupante de cargo efetivo submetido à dedicação exclusiva.*
> *Art. 17. O servidor poderá, durante o período em que estiver submetido à jornada reduzida, exercer o comércio e participar de gerência, administração ou de conselhos fiscal ou de administração de sociedades mercantis ou civis, desde que haja compatibilidade de horário com o exercício do cargo.*
> *§ 1º A prerrogativa de que trata o caput deste artigo não se aplica ao servidor que acumule cargo de Professor com outro técnico relacionado nos incisos I a VI do caput do art. 3º ou no § 2º do mesmo artigo.*
> *§ 2º Aos servidores de que trata o caput deste artigo aplicam-se as disposições contidas no art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, à exceção da proibição contida em seu inciso X.*

Obtém-se coerência na interpretação conjunta destes dispositivos em comento com o *caput* e com o § 1º do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24 de dezembro de 2008, que veda o exercício de atividades públicas ou privadas potencialmente causadoras de conflito de interesses, tendo ressalvado que mesmo a prática de atividades não conflituosas se condiciona à compatibilidade de horários. Reitera-se que, em complemento ao que se aduziu em

4.7.3.18.5, quando se abordou a questão da compatibilidade de exercício do cargo de AFRFB ou ATRFB com a prática de atividade privada, aqui se tutela a licitude de acumulação de duas matrículas públicas, sendo certo que a Lei nº 11.890, de 2008 - como de outra forma não poderia ser -, em nada afrontou ou inovou em relação às disposições constitucionais para acumulação lícita na Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB): excepciona-se a vedação de atividade remunerada para o caso de magistério público, uma vez que a CF permite a acumulação remunerada dos cargos de AFRFB ou de ATRFB com um cargo de professor público.

A propósito, os cargos de professor, de acordo com a manifestação da AGU, por meio do seu Parecer AGU nº GQ-145 e com o *caput* do art. 11 e com o *caput* do art. 12, ambos da Lei n° 4.345, de 26 de junho de 2004, e do Decreto nº 94.664, de 23 de julho de 1987, podem ter jornadas de vinte ou de quarenta horas semanais. Destaque-se a peculiaridade de que os professores do magistério superior somente exercem jornada de quarenta horas semanais em regime de dedicação exclusiva, enquanto o magistério de ensino médio ou fundamental pode ter jornada de quarenta horas com ou sem dedicação exclusiva. Informe-se que determinados cargos, em decorrência da natureza de suas atribuições legais (por exemplo, professores e pesquisadores, por leis específicas, e também os cargos em comissão de forma geral, estes últimos pela literalidade do art. 19, § 1º da própria Lei nº 8.112, de 1990), comportam a condição ou a prerrogativa de o servidor, em jornada de quarenta horas semanais, dedicar-se exclusivamente àquela atividade, eliminando qualquer possibilidade de exercer outra atividade, pública ou até mesmo privada, de acordo com manifestação do também já extinto Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), por meio da Coordenação-Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação de Normas, inserida na Secretaria de Recursos Humanos (MPOG/SRH/Denop/CGNOR), estampada na Nota Técnica CGNOR/Denop/SRH/MPOG nº 899/2010, alinhavada com a doutrina.

> *Lei nº 4.345, de 26/06/64 - Art. 11. Os funcionários do Serviço Civil do Poder Executivo, integrantes de órgãos da administração direta e das autarquias, que exerçam atividades de magistério, técnicas, de pesquisas ou científicas, poderão ficar sujeitos, no interêsse da administração e ressalvado o direito de opção, ao regime de tempo integral e dedicação exclusiva, de acôrdo com a regulamentação a ser expedida, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, ficando revogados os dispositivos constando do Capítulo XI da Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960.*
> *§ 1º Pelo exercício do cargo em regime de tempo integral e dedicação exclusiva, será concedida, ao funcionário, gratificação fixada, no mínimo de 40% (quarenta por cento) do valor do vencimento do cargo efetivo, ficando revogadas as bases percentuais fixadas na Lei nº. 3.780, de 12 de julho de 1960.*
> *Art. 12. Considera-se regime de tempo integral o exercício da atividade funcional sob dedicação exclusiva, ficando o funcionário proibido de exercer cumulativamente outro cargo, função ou atividade particular de caráter empregatício profissional ou pública de qualquer natureza.*
>
> *Nota Técnica CGNOR/Denop/SRH/MPOG nº 899/2010: "2. De fato, em que pese o próprio texto constitucional autorizar a acumulação de dois cargos de professor, desde que haja compatibilidade de horário, tal hipótese não se afigura possível no caso de professores que, espontaneamente, se submetem ao regime de dedicação exclusiva. Frise-se que tal regime dá ensejo à percepção de gratificação especial e obriga o professor a prestar 40 (quarenta) horas semanais em dois turnos diários, sendo também impedido de exercer outra atividade remunerada, pública ou privada. Isto é o que dispõe o art. 14 do Decreto nº 94.664/1987, que regulamenta a Lei nº 7.596/1987. (...)"*
>
> *"O servidor público ocupante de cargo sujeito ao regime de tempo integral e dedicação exclusiva não poderá, em hipótese alguma, exercer outra função*

> *pública ou particular, ainda que em acumulação permitida pela Constituição.*
> *A razão de tal proibição consiste no fato de que, percebendo gratificação para dedicar-se com exclusividade a determinada função, não poderá o servidor que acumula outra atividade encontrar-se disponibilizado para enfrentar, em tempo integral, as tarefas compreendidas naquele mister. (...)*
> *Por sujeitar-se a uma jornada de trabalho de, no mínimo, quarenta horas semanais, o funcionário sob regime de dedicação exclusiva fará jus a uma gratificação para recompensar tal exclusivismo, que inclui o dever de ficar, por tempo integral, à disposição do órgão em que estiver servindo, o qual poderá convocar os seus serviços sempre que as necessidades da repartição o exigirem. (...)*
> *Essa regra deverá ser igualmente estendida aos ocupantes de cargos em comissão (...).*
> *Vale acrescer que, 'cessada a sujeição do funcionário ao regime de tempo integral e dedicação exclusiva, reassumirá ele, automaticamente, o cargo ou cargos dos quais houver sido afastado, observadas as disposições legais sobre a reassunção do exercício'.*
> *Releva salientar que, tratando-se de acumulação legal de um cargo ativo com outro inativo, o servidor que for colocado em regime de tempo integral não ficará, por razões cristalinas, obrigado a deixar de perceber os proventos de sua aposentadoria, uma vez que tal circunstância em nada impede que se dedique com exclusividade a essa função que ainda exerce." José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pgs. 477 a 479, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

Por meio do já mencionado Parecer AGU n° GQ-145, originalmente, a AGU, de um lado, considerava aceitável a acumulação de um cargo técnico com outro de professor que totalizasse até sessenta horas semanais (por exemplo, quarenta horas semanais para o primeiro e vinte para o segundo); e, de outro lado, como também entende a doutrina, à vista da necessidade intransponível de descanso, cuja preservação visa a tutelar o interesse público da qualidade de desempenho das duas atribuições legais, não considerava como lícita a acumulação de um cargo técnico com outro de professor, ambos com jornadas de quarenta horas semanais, totalizando oitenta horas. Na ocasião, destaque-se que, para tal hipótese, o citado Parecer abordava que nem mesmo a consideração de que o professor não executa integralmente sua jornada em sala de aula validava a acumulação com um cargo técnico. Ademais, por óbvio, a possibilidade acima exposta, de acumulação lícita de cargo técnico com professor desde sempre era e é afastada no caso de magistério superior em que o servidor optou pelo regime de dedicação exclusiva.

> *Parecer AGU nº GQ-145, vinculante: "11. Os ocupantes de cargos técnicos ou científicos estão sujeitos, de lege lata, em regra, a quarenta horas (v. a Lei nº 8.112, de 11/12/90, art. 19, e a M.P. nº 1.587-7, de 5/3/98, art. 18, e normas posteriores) e os docentes dos estabelecimentos federais de ensino aos regimes de vinte ou quarenta horas, todos semanais. O professor submetido à carga de quarenta horas, com dedicação exclusiva, é obrigado a trabalhar em dois turnos diários completos e com impedimento para o desempenho de outra atividade remunerada, pública ou privada (cfr. o Decreto nº 94.664, de 23/7/87, arts. 14, 15 e 58, e normas posteriores).*
> *12. Assim, nos casos em exame, os servidores somente poderiam ser submetidos, necessariamente, às cargas de sessenta ou oitenta horas semanais, presente a exigência da compatibilidade horária, cuja acepção, a seguir delineada, indica a inviabilidade da acumulação de que provenha o último quantitativo.*
> *17. Por mais apto e dotado, física e mentalmente, que seja o servidor, não se concebe razoável entenderem-se compatíveis os horários cumpridos cumulativamente de forma a remanescer, diariamente, apenas oito horas para atenderem-se à locomoção, higiene física e mental, alimentação e repouso,*

> *como ocorreria nos casos em que o servidor exercesse dois cargos ou empregos em regime de quarenta horas semanais, em relação a cada um. A esse propósito, torna-se oportuno realçar, no respeitante ao sono:*
> *20. Sob essa ótica, deduz-se irrelevante a conotação de que o regime laboral dos docentes compreende as aulas efetivas e as atividades de "orientação e atendimento a alunos, conferências, correções de trabalhos e provas, elaboração de aulas e trabalho de campo, atividades estas desenvolvidas com ampla flexibilidade de horário e liberdade para exercê-las fora do estabelecimento de ensino", como o afirma a Universidade (v. o item 4 deste expediente), porquanto, ainda que essa elástica distribuição de atividades apresente respaldo legal, não possui o condão de desobrigar o professor de cumprir integralmente a carga horária e em decorrência da qual é retribuído."*
>
> *"Na compatibilidade de horários, não há que se examinar apenas se há conflitos, mas também, o cumprimento de horas mínimas a serem atendidas e a possibilidade desse atendimento. Assim, não são compatíveis os horários de dois cargos, para efeito de acumulação remunerada, quando não permitem ao servidor intervalos normais para refeição e repouso. Assim, também, não poderá ser apenas teórica, como também prática, a compatibilidade, verificando-se a distância entre os estabelecimentos onde o funcionário irá exercê-los." Wolgran Junqueira Ferreira, "Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União", pg. 111, Edições Profissionais, 1ª edição, 1992*

Mas, tendo em vista as jurisprudências do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Supremo Tribunal Federal (STF), a partir de 09/04/19, a AGU alterou seu entendimento, por intermédio do Parecer AGU n° AM-4. A partir de então, abandonou-se a visão intransitiva de que, para respeitar necessidades operacionais de deslocamentos e fisiológicas de alimentação, descanso e lazer (embora não previstas na CF e na Lei n° 8.112, de 1990), a jornada total deveria se limitar a sessenta horas semanais, passando-se a adotar a possibilidade de excepcionalmente a jornada de trabalho superar sessenta horas e até mesmo totalizar oitenta horas semanais, mediante análise pormenorizada e dinâmica caso a caso, considerando que o conceito de compatibilidade de horários se aperfeiçoa tão somente com a confrontação de jornadas, sem superposição.

> *Parecer AGU n° AM-4, vinculante: "Ementa: 1. Segundo entendimento adotado pelo STF e pelo TCU, a aferição da compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve se basear na análise da situação fática a que se submete o servidor público, sendo insuficiente o cotejo do somatório de horas resultante da acumulação de cargos ou empregos públicos com padrão estabelecido em ato infralegal. Revisão do Parecer GQ-145.*
> *2. É admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.*
> *3. Em respeito aos postulados do ato jurídico perfeito e do tempus regit actum, devem ser concedidos efeitos prospectivos à superação do entendimento constante do Parecer GQ-145, passando a Administração Pública Federal a adotar a nova interpretação exclusivamente nas decisões administrativas a serem proferidas, inclusive em grau de recurso administrativo, após a publicação do despacho de aprovação do presente parecer pelo Exmo. Sr. Presidente da República, mantendo-se inalteradas as situações jurídicas consolidadas sob a égide da interpretação anterior, estejam ou não as decisões*

> *respectivas submetidas à reapreciação judicial, e vedada a concessão de quaisquer efeitos financeiros retroativos sem a devida contraprestação pelo servidor."*

Ainda observando o tema da acumulação sob ótica constitucional, interessante mencionar, embora não seja o foco do presente texto, o desdobramento da questão da acumulação em face de militares. Aqui, de forma genérica, se empregará o termo "militares" para se referir tanto especificamente aos membros das três Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) quanto também aos membros das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados e do Distrito Federal, da ativa, da reserva e reformados.

Conforme o inciso II do § 3° do art. 142, combinado com o § 1° do art. 42 e com a alínea "c" do inciso XVI do art. 37, todos da CF, para aquele conjunto de agentes, a única espécie permitida de acumulação enquanto ativos é com um cargo, emprego ou função pública na área de saúde, sendo vedadas as outras duas hipóteses das alíneas "a" e "b" do mencionado inciso XVI do art. 37 (provimentos de professor ou técnico ou científico). Mas ressalve-se que o inciso VIII do § 3° do art. 142 da CF estabelece que, mesmo naquela única hipótese permitida de acumulação, deve ser preservada a prevalência da atividade militar. A posse em qualquer outro provimento público civil permanente acarreta a transferência do militar para a reserva, nos termos acrescentados pela Emenda Constitucional (EC) n° 77, de 11 de fevereiro de 2014. Informe-se que esta EC incluiu esta abertura a favor dos militares, pois, após o texto constitucional original silente, a EC n° 18, de 5 de fevereiro de 1998, ao então inovar sobre o tema, havia determinado que qualquer outra forma de provimento público civil, sem a exceção da área médica, levava o militar à reforma.

Mas, à vista deste comando constitucional que impõe a reserva, é de se acrescentar que, a exemplo do que já se expôs para servidores civis, novamente impera aqui, também para os militares, o comando já abordado do § 10 do art. 37 da CF, que veda a acumulação de proventos de uma aposentadoria de cargos públicos ou de postos militares com a remuneração de um cargo, emprego ou função pública não acumulável.

> *CF - Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)*
> *§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998)*
> *Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.*
> *§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)*
> *II - o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea "c", será transferido para a reserva, nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 77, de 2014)*
> *VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV, e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV, bem como, na forma da lei e com prevalência da atividade militar, no art. 37, inciso XVI, alínea "c"; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 77, de 2014)*

Uma outra peculiaridade do tema a se abordar é que, ao regulamentar o art. 236 da CF, a Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, no *caput* e npo § 2º do seu art. 25, estabeleceu que a titularidade de serviços notariais e de registro, após concurso público e mediante posse por delegação do Poder Público, investe o notário (ou tabelião) e oficial de registro (ou registrador) na condição de servidor público *lato sensu* e, como tal, seu exercício é incompatível com qualquer outro cargo, emprego ou função pública.

> *CF - Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.*
> *§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.*
> *§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.*
> *§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.*
>
> *Lei nº 8.935, de 1994 - Art. 25. O exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão.*
> *§ 2º A diplomação, na hipótese de mandato eletivo, e a posse, nos demais casos, implicará no afastamento da atividade.*

Infraconstitucionalmente, em âmbito estatutário, a Lei nº 8.112, de 1990, no art. 118, além de reiterar o critério transversal (que se aplica a qualquer caso) da necessária compatibilidade de horários dos dois provimentos, de um lado, como de outra forma não poderia ser, remete à regra geral da vedação material de acumulação de cargos e reflete as extensões a empregos e funções públicas e a recebimento de proventos de uma aposentadoria com remuneração de um provimento ativo, literalmente conforme já imposto desde a CF.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 118. Ressalvados os casos previstos na Constituição, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos.*
> *§ 1º A proibição de acumular estende-se a cargos, empregos e funções em autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios.*
> *§ 2º A acumulação de cargos, ainda que lícita, fica condicionada à comprovação da compatibilidade de horários.*
> *§ 3º Considera-se acumulação proibida a percepção de vencimento de cargo ou emprego público efetivo com proventos da inatividade, salvo quando os cargos de que decorram essas remunerações forem acumuláveis na atividade. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

Tanto é verdadeira a regra da não acumulação que o § 5º do art. 13 da Lei nº 8.112, de 1990, estabelece a entrega, por parte do servidor, de declaração de que não exerce outro cargo, emprego ou função pública, como pré-requisito para a posse.

> *Lei nº 8.112, de 12/11/90 - Art. 13.*
> *§ 5º No ato da posse, o servidor apresentará declaração de bens e valores que constituem seu patrimônio e declaração quanto ao exercício ou não de outro cargo, emprego ou função pública.*

O tema de acumulação de cargos públicos apresenta algumas peculiaridades quando se traz à tona cargo em comissão. Por sua própria definição, um cargo em comissão pode ser exercido por quem já possua cargo efetivo (cabendo ao servidor a opção quanto à composição de sua remuneração) e por aposentado, conforme leitura conjunta do inciso V e do § 10 do art. 37 da CF. Infraconstitucionalmente, o art. 120, em conjunto com o § 1º do art. 19, ambos da

Lei nº 8.112, de 1990, estabelecem que, como regra, devido à necessária dedicação exclusiva à relação de confiança depositada (que autoriza a convocação do servidor sempre que houver interesse da Administração), o cargo em comissão não pode ser acumulado quando o servidor licitamente já acumula dois cargos efetivos, devendo então o servidor se afastar destes dois cargos, a menos que haja comprovada compatibilidade de horário e local com um deles. Ainda na Lei nº 8.112, de 1990, novamente em função da exigida dedicação à confiança depositada, extrai-se que os cargos em comissão não são acumuláveis entre si, com exceção da interinidade, conforme leitura conjunta do art. 119 com o parágrafo único do art. 9º daquele Estatuto. Convém ressaltar a delimitada interpretação destes comandos restritivos, de forma a aplica-los apenas no que concerne a provimento em cargo em comissão e não para simples designação para desempenho de função de confiança. As restrições acima impostas não se aplicam a funções de confiança, pois estas sequer configuram uma nova investidura.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 9º*
> *Parágrafo único. O servidor ocupante de cargo em comissão ou de natureza especial poderá ser nomeado para ter exercício, interinamente, em outro cargo de confiança, sem prejuízo das atribuições do que atualmente ocupa, hipótese em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o período da interinidade. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *Art. 19.*
> *§ 1º O ocupante de cargo em comissão ou confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, observado o disposto no art. 120, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 19/97)*
> *Art. 119. O servidor não poderá exercer mais de um cargo em comissão, exceto no caso previsto no parágrafo único do art. 9º, nem ser remunerado pela participação em órgão de deliberação coletiva. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica à remuneração devida pela participação em conselhos de administração e fiscal das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, bem como quaisquer empresas ou entidades em que a União, direta ou indiretamente, detenha participação no capital social, observado o que, a respeito, dispuser legislação específica. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001)*
> *Art. 120. O servidor vinculado ao regime desta Lei, que acumular licitamente dois cargos efetivos, quando investido em cargo de provimento em comissão, ficará afastado de ambos os cargos efetivos, salvo na hipótese em que houver compatibilidade de horário e local com o exercício de um deles, declarada pelas autoridades máximas dos órgãos ou entidades envolvidos. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*

Uma questão que merece dedicada atenção ao se abordar o tema da acumulação remunerada é a sua inter-relação com a inatividade por aposentadoria, cuja remuneração é denominada de proventos (no plural, ainda que se trate de uma única inatividade).

Primeiramente, a vedação da acumulação de proventos de uma aposentadoria com a remuneração de um cargo, emprego ou função em atividade foi uma inovação trazida pela EC nº 20, de 15 de dezembro de 1998. A partir desta data, o inativo aposentado não pode acumular os proventos da aposentadoria com eventual remuneração de cargo, emprego ou função pública em que tenha sido investido e que seja inacumulável com aquele provimento no qual se aposentou. Não existindo tal vedação antes da data da publicação da EC, força dizer que as acumulações de proventos de uma aposentadoria com remuneração de um cargo, emprego ou função pública quando o reingresso no serviço público deu-se antes de 16 de dezembro de 1998 não são alcançadas pela proibição em tela. E assim realmente expressou o art. 11 daquela EC, tendo o legislador constituinte derivado adotado construção favorável e

benéfica de convalidação das situações preteritamente constituídas, impondo um excepcional limite temporal na aplicabilidade do § 10 do art. 37 da CF.

> *Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98 - Art. 11. A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo.*

É inequívoco que os comandos dos incisos XVI e XVII e do § 10 do art. 37 da CF vedam, salvo exceções materiais condicionadas nas alíneas "a" a "c" daquele primeiro inciso, as acumulações remuneradas de cargos, empregos e funções públicas em atividade e estendem estas proibições à acumulação de proventos de uma aposentadoria com remuneração de um provimento ativo. Pode-se construir logicamente que, se dois provimentos são inacumuláveis enquanto ativos e se se preservam inacumuláveis enquanto um ativo e outro já inativo, também não parece lícita a acumulação dos dois proventos de aposentadoria deles decorrentes. Na mesma linha, o art. 118 da Lei nº 8.112, de 1990, também positiva as mesmas vedações dos dois provimentos ativos inacumuláveis e se um ativo e outro inativo e igualmente permite compreender a ilicitude se ambos inativos. Portanto, até aqui, trata-se apenas de imposição de proibições materiais, duas cristalinamente positivadas e a terceira extraída mediante interpretação extensiva. Reitera-se também que é hialino defender que qualquer forma de tripla acumulação remunerada envolvendo proventos de aposentadoria também é ilícita.

Mas é de se perceber que os comandos acima, do art. 37 da CF e do art. 18 da Lei nº 8.112, de 1990, têm natureza apenas material, nada abordando sobre processamento e consequentes apenações em caso de suas infringências. Como a CF não adentra nesta seara correcional, o esclarecimento das incidências do regime e do processo disciplinar sobre as diferentes possibilidades de acumulação ilícita reside na Lei nº 8.112, de 1990. E as previsões legais de processamento e de apenação no Estatuto para acumulação ilícita envolvendo aposentadoria podem não ser totalmente claras e abrangentes em primeira leitura.

Se o art. 118 da Lei nº 8.112, de 1990, cuidou de refletir estatutariamente, para o serviço público federal, as proibições impostas pela CF para toda Administração Pública (não só federal, mas também distrital, estadual e municipal), o *caput* e o inciso XII do art. 132 da mesma Lei definem o enquadramento e a pena cabível, na forma: "Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: (...) XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;".

Assim, em primeiro momento, se poderia cogitar de que, embora previsto um rol maior de proibições, somente haveria processo e pena de demissão na acumulação ilícita de cargos, empregos ou funções públicas em atividade, ficando fora do regime disciplinar a acumulação de proventos de uma aposentadoria com a remuneração de um provimento ativo, apesar de expressamente proibida, na CF e na Lei, em atenção ao princípio básico da anterioridade da lei penal, estabelecido no inciso XXXIX do art. 5º da CF, de que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Mas a interpretação sistemática da Lei nº 8.112, de 1990, permite defender que há sim previsão legal para processamento e apenação também para esta acumulação entre proventos de uma aposentadoria e remuneração de um provimento ativo, independentemente da cronologia das investiduras, da aposentação e da detecção da ilicitude.

Primeiramente, para avançar nesta análise, é de se abrir um parêntese instrumental a fim de antecipar que, a exemplo do abandono de cargo e da inassiduidade habitual, a

acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções tem seu apuratório em rito sumário, conforme o *caput* do art. 133 da Lei nº 8.112, de 1990, e com a materialidade descrita no § 1º subsequente, dando-se ao servidor, antes da instauração do processo disciplinar, a oportunidade de apresentar opção, no prazo de dez dias, conforme se verá em **4.11.2** - mas ressalve-se que não configura nulidade a apuração em rito ordinário, visto que nenhum prejuízo traz à defesa (ao contrário, é um rito mais completo).

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 133. Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário para a sua apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *§ 1º A indicação da autoria de que trata o inciso I dar-se-á pelo nome e matrícula do servidor, e a materialidade pela descrição dos cargos, empregos ou funções públicas em situação de acumulação ilegal, dos órgãos ou entidades de vinculação, das datas de ingresso, do horário de trabalho e do correspondente regime jurídico. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*

Decerto, além do *caput* e do inciso XII do art. 132 se reportarem a "demissão" e a "cargos, empregos ou funções públicas", também o *caput* e o § 1º do art. 133, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, mencionam somente aqueles mesmos provimentos ativos.

Mas o § 6º do mesmo art. 133 da Lei nº 8.112, de 1990, comina, ao fim do rito sumário decorrente de acumulação ilícita eivada de má-fé, não só a pena de demissão, mas também a pena de cassação de aposentadoria. Ora, se é inequívoco na mais basilar lição de Hermenêutica que não existe palavra morta em lei, a inclusão da cassação de aposentadoria no § 6º do art. 133 do Estatuto, que prevê as penas para acumulação ilícita, é inegável que o legislador ordinário aqui previu também a repercussão disciplinar para a infringência da proibição já imposta no § 3º do art. 118 da mesma Lei sobre os proventos da aposentadoria ilicitamente acumulada com um provimento ativo.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 133.*
> *§ 6º Caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal, hipótese em que os órgãos ou entidades de vinculação serão comunicados. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

Desta forma, sendo comprovada a má-fé da acumulação ilícita, o resultado final do supramencionado rito sumário, caso envolva apenas cargos em atividade, é a aplicação de demissão em todos estes provimentos e, caso envolva cargo em atividade e aposentadoria, é a aplicação de demissão e cassação de aposentadoria.

Ademais, cogitar de que, em razão de o *caput* do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, mencionar demissão e de o inciso XII mencionar apenas provimentos ativos para a repercussão disciplinar da acumulação ilícita, o legislador teria delimitado a não incidência do regime disciplinar em caso de acumulação ilícita de proventos de uma aposentadoria com remuneração de um provimento ativo, à luz daquele princípio da anterioridade da lei penal, seria o mesmo que negar toda incidência e aplicação do art. 134 da mesma Lei, a exigir leitura sistemática.

Nenhum dos enquadramentos demissíveis da Lei nº 8.112, de 1990, a saber dos incisos IX a XVI do art. 117 e dos incisos I a XIII do art. 132, menciona de forma direta também a pena de cassação de aposentadoria e nem por isto se deixa de aplicá-la, uma vez que sua previsão legal se dá com a leitura em conjunto do art. 134 da mesma Lei. Este art. 134 do

Estatuto impõe que a pena de cassação de aposentadoria se aplica em todas as mesmas hipóteses em que a Lei expressa a aplicação da pena de demissão se ativo fosse o servidor, para o caso de atingir a condição de o agente ser inativo, sem excepcionar a infração de acumulação ilícita. De fato, não há na Lei nº 8.112, de 1990, a expressa vinculação entre a pena de cassação de aposentadoria e a acumulação ilícita de um provimento de aposentadoria com remuneração de um provimento ativo, assim como não há para nenhum outro enquadramento expulsivo. A mero título de exemplo contra a possibilidade delimitadora que aqui se rebate, o inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, um dos enquadramentos mais usuais para capitular pena expulsiva, incluindo para servidores inativos, proíbe "valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública" e o *caput* e o inciso XIII do art. 132 da mesma Lei cominam demissão e nem por isto, combinando com o art. 134 do Estatuto, se cogita de ausência de previsão legal para apenar com cassação de aposentadoria um caso de valimento a ser apenado já na inatividade, quando o acusado, em seu tempo de atividade, valeu-se indevidamente do seu cargo, que ao tempo do processo já nem mais ocupa. As menções, no *caput* e no inciso XII do art. 132 e no *caput* e no § 1º do art. 133, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, a "cargos, empregos e funções públicas" não atrai uma leitura materialmente restritiva e tampouco a cominação da pena de demissão significa ausência de previsão legal para incidência sobre o aposentado e para a consequente aplicação de cassação de sua aposentadoria, no caso de acumulação ilícita de proventos de uma inatividade com remuneração de um cargo.

Por fim, teria sido incoerente o legislador, tendo inserido os comandos dos arts. 118 a 120 da Lei nº 8.112, de 1990, em meio ao Título IV, que trata do regime disciplinar, e tendo estabelecido no 3º do art. 118 a proibição de acumulação de proventos de uma aposentadoria com a remuneração de um cargo, se permitisse a interpretação de que esta infringência não teria previsão de pena da forma sistemática, como se demonstrou acima aplicável a pena de cassação de aposentadoria. Diante da forte relevância e repugnância social frente à acumulação ilícita remunerada, seja de dois provimentos ativos, seja de uma aposentadoria com um provimento ativo, a ponto de figurar na CF, soaria de forma extremamente desproporcional cogitar de a infringência da proibição no caso de acumulação ilícita de proventos de uma aposentadoria com remuneração de um provimento ativo migraria da pena expulsiva para simples advertência ou no máximo suspensão. Aí sim, em melhor leitura sistemática da Lei, é que se estaria cometendo a imprecisão de impingir pena sem previsão legal, já que nem sequer se conseguiria enquadrar esta infringência de proibição nos incisos I a VII e VII a XIX do art. 117 e tampouco há um inciso genérico.

Diferentemente das positivadas ilicitudes materiais da acumulação remunerada de dois provimentos ativos materialmente inacumuláveis ou da acumulação de proventos de uma aposentadoria com remuneração de um provento ativo inacumuláveis, para as quais se preveem penas de demissão e de cassação de aposentadoria, não há previsão legal de vedação material apenas para a situação pouco comum de o servidor acumular os proventos de duas aposentadorias referentes a provimentos que, se ativos fossem, seriam inacumuláveis. Nem a CF e tampouco a Lei nº 8.112, de 1990, antes de descrever procedimentalização, expressaram a proibição de acumulação de dois proventos de aposentadoria referentes a dois provimentos materialmente inacumuláveis. Esta situação de ilicitude advém de interpretação extensiva - uma vez que, ao tempo em que ao menos um dos dois provimentos ainda era ativo, não era de ser dado o outro provimento inacumulável, de forma que, em vias regulares, jamais seria de se chegar a esta esdrúxula situação de acumulação ilícita -, mas não da expressa previsão constitucional ou legal. Aqui sim, e somente aqui, cabe a aplicação do princípio da anterioridade da lei penal: se não há previsão legal sequer da definição material da ilicitude e muito menos do processamento e da apenação com dupla cassação de aposentadorias, não cabe processar e punir nos termos do inciso XII do art. 132 e do art. 133, ambos da Lei nº 8.112, de 1990 (sem prejuízo de, sob condições, se poder fazê-lo sob outro enquadramento,

conforme adiante se exporá).

Estes entendimentos acima se coadunam com a manifestação da AGU, por meio do Parecer nº 279/2019/Conjur-CGU/CGU/AGU, que vem a ser um parecer da Consultoria Jurídica da Consultoria-Geral da União, órgão da AGU (CGU/AGU), na competência de assessoramento jurídico dos trabalhos no âmbito da Controladoria-Geral da União. Nesta peça, analisando um caso de tripla acumulação ocorrido na RFB, a Conjur-CGU/CGU/AGU asseverou:

> *Parecer nº 279/2019/Conjur-CGU/CGU/AGU: "Ementa: Consulta. Acumulação de proventos de aposentadoria. Enquadramento disciplinar. Em face do exposto na fundamentação deste parecer e em resposta à consulta encaminhada pela CGNOC, opinamos pela: a) Atipicidade disciplinar da conduta de acumulação ilícita de proventos de aposentadoria, por ausência de previsão legal nos arts. 132, XII, c/c art. 133, da Lei 8.112/90; e b) Tipicidade disciplinar da conduta de acumulação ilegal de proventos de aposentadoria(s) com remuneração de cargo(s) efetivo(s) em exercício, cabendo a apuração disciplinar ao órgão no qual o servidor se encontra em atividade, com base nos arts. 133 e 148 da Lei 8.112/90, conforme exposto nos itens 35 a 39 desta fundamentação."*

Na mesma linha é a manifestação da CGU, por meio da Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG), estampada na Nota Técnica nº 529/2019/CGUNE/CRG, em que, com base naquele Parecer do órgão da AGU, ratificou os entendimentos administrativos de legalidade do processamento disciplinar em rito sumário para apurar acumulação ilícita de proventos de uma aposentadoria com remuneração de um cargo e de ausência de previsão legal para persecução de acumulação ilícita de proventos de duas aposentadorias, destacando que, caso não tenha havido má-fé ou fraude por parte do servidor, decai em cinco anos o poder de autotutela de a Administração revisar a concessão indevida de um dos proventos, restando a partir deste prazo consolidadas ambas aposentadorias, nos termos do art. 54 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Mencionando outro parecer exarado no âmbito da AGU, o Parecer nº 15/2016/Decor/CGU/AGU, do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos, da CGU/AGU (Decor/CGU/AGU), a Nota Técnica nº 529/2019/CGUNE/CRG conclui que, tendo havido má-fé ou fraude por parte do servidor, como, por exemplo, por meio de uso de documentos falsos, a concessão da aposentadoria pode ser anulada (o que se subentende pela área de gestão de pessoas), deixando de se tratar de acumulação ilícita e inaugura-se uma fase de admissibilidade para este ato supostamente ímprobo, com prazo prescricional próprio, a se iniciar a contagem desde o conhecimento do fato, a ser processado em rito ordinário, sem nenhuma submissão ao art. 133 da Lei nº 8.112, de 1990 - por exemplo, já não mais cabe cogitar de oferecer opção ao servidor.

> *Nota Técnica nº 529/2019/CGUNE/CRG: "3.13 Cumpre destacar que no caso de cumulação de proventos sem má-fé pelo servidor cumpre à Administração observar o prazo decadencial de cinco anos, previsto pelo artigo 54 da Lei nº.9.784/1999, para proceder à revisão do processo administrativo, em homenagem ao princípio da confiança do administrado. Nesse sentido, as conclusões do Parecer nº. 00015/2016/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho do Consultor-Geral da União n° 004731/2016, foram destacadas pelo Parecer nº. 00279/2019:*
> *'Administrativo. Constitucional. Aposentadorias concedidas ilegalmente. Princípio da proteção à confiança. Incidência do art. 54 da lei nº 9.784, de 1999. Submissão ao prazo decadencial do direito de autotutela da administração pública federal. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da complexidade do ato concessivo de aposentadoria. Aperfeiçoamento com o registro pelos tribunais de contas. Termo a quo do quinquênio decadencial.*

I - As aposentadorias concedidas em contrariedade à lei se submetem ao princípio da proteção à confiança e, por conseguinte, ao prazo decadencial do direito de autotutela da Administração Pública Federal, fixado no art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999.
II - Na análise das aposentadorias e pensões cuja anulação se almeja em razão de eventual vício, é preciso verificar se ela foi ou não objeto de registro perante o Tribunal de Contas da União e quando este ocorreu. Não havendo registro, o ato de concessão da aposentadoria não se aperfeiçoou, por ser um ato complexo, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Assim, remanesce a possibilidade de que seja revisto ex officio pela Corte de Contas, assegurados o contraditório e a ampla defesa, se passados 5 (cinco) anos da data do recebimento pelo Tribunal de Contas da União do ato concessivo de aposentadoria. Se houve registro, é da data de sua publicação que é contado o prazo decadencial de 5(cinco) anos, se posterior à entrada em vigor da Lei nº 9.784, de 1999, ou da data em que este diploma legal entrou em vigor, se anterior.
III - Nos termos estabelecidos no item anterior, se do termo a quo transcorreram menos de 5 (cinco) anos, ainda é possível a revisão da aposentadoria através do exercício de autotutela da Administração Pública. Porém, se se passaram mais de 5 (cinco) anos e não tiver sido constatada má-fé e/ ou a prática, dentro desse lustro, de medida impugnativa, a aposentadoria se consolidou e não pode mais ser reexaminada, vez que operada a decadência do direito de autotutela da Administração Pública Federal, prevista no art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999, em razão da observância do princípio da segurança jurídica como princípio da proteção à confiança legítima dos administrados".(grifos nossos) (Ementário Jurídico do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos. 4.ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2017. Brasília: CGU/AGU, 2018, p. 26)'
3.14 Por fim, o Parecer nº. 00279/2019 concluiu a análise acerca do caso concreto examinado esclarecendo que a acumulação de aposentadorias é atípica à luz da Lei nº. 8.112/1990, porém no caso de cumulação de proventos com rendimentos de cargo público ainda exercido pelo agente, cabível a aplicação do artigo 133 da norma, pois existindo um vínculo ativo com o serviço público, compete ao órgão de exercício notificar o servidor para que este efetue a opção por uma das remunerações no prazo improrrogável de dez dias. Em caso de omissão, procede-se à instauração do processo disciplinar sumário, sendo que o servidor terá até o último dia de prazo para defesa para proceder à escolha, hipótese em que ainda se presume sua boa-fé (artigo 133, §5º). Ou seja, como visto, a persecução disciplinar é deflagrada em razão da existência de um vínculo ativo com a Administração Pública, e não pelo fato de o servidor estar acumulando proventos de duas aposentadorias.
3.15 Assim, verifica-se que (i) o Parecer nº. 00279/2019/CONJUR-CGU/CGU/AGU (...); (ii) suas conclusões foram validadas pela Corregedoria-Geral da União no sentido de que a mera cumulação de proventos por servidor público não possui enquadramento típico à luz da Lei nº. 8.112/1990; (iii) que a cumulação de proventos com vencimentos auferidos de cargo público, quando não se tratar de cargo acumulável nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, atrai a aplicação do artigo 133 da Lei nº. 8.112/1990 a cargo da autoridade competente para instauração disciplinar no âmbito do órgão de exercício do servidor; e (iv) que a acumulação ilícita de aposentadorias, quando não se vislumbrar a ocorrência de má-fé ou fraude que possa ser objeto de persecução disciplinar, deve ser objeto de verificação no exercício de autotutela administrativa, observado o prazo decadencial de cinco anos previsto pelo artigo 54 da Lei nº. 9.784/1999."

Ainda neste tema da acumulação entre provimentos de uma aposentadoria com remuneração de um provimento ativo, em especial quando o servidor já é inativo de seu único

provimento e busca uma segunda investidura, cabem dois desdobramentos.

Se estes dois provimentos, materialmente, são de lícita acumulação se ambos fossem ativos, conforme as alíneas “a”, “b” ou “c” do inciso XVI e o inciso XVII do art. 37 da CF, esta licitude se mantém com aquela primeira inatividade e com o segundo provimento ativo, mesmo se pudesse se cogitar de que teriam incompatibilidade de horários se ambos fossem ativos, pois, em concreto, não há a jornada do provimento inativo, segundo a manifestação da AGU, novamente por meio do seu Parecer AGU nº AC-54.

> *Parecer AGU nº AC-54, vinculante: “Ementa: II - Para os cargos acumuláveis na forma do art. 37, XVI da Constituição, não se exige a comprovação da compatibilidade de horários quando o servidor está aposentado em um deles. Precedentes do STF e do TCU.”*

E este entendimento - de que se dispensa qualquer tipo de confrontação de jornada se o servidor já é inativo em um dos provimentos - prevalece, ainda que o provimento inativo tivesse sido ou que o provimento ativo seja de dedicação exclusiva, conforme a jurisprudência.

> *TCU, Decisão nº 322/2001: “4. Em estando aposentado do primeiro cargo de professor, o interessado pode exercer o segundo cargo de professor sob qualquer regime previsto no Decreto n.º 94.664/87 (20 ou 40 horas semanais ou dedicação exclusiva), sem que com isso tenha incorrido em qualquer incompatibilidade de horários, sendo portanto lícita a opção do interessado pelo regime de dedicação exclusiva.”*

E se estes dois provimentos, materialmente, são de ilícita acumulação se ambos fossem ativos, conforme as alíneas “a”, “b” ou “c” do inciso XVI e o inciso XVII do art. 37 da CF, esta ilicitude se mantém com aquela primeira inatividade e com o segundo provimento ativo e para que este ocorra de forma lícita, é necessário que o servidor renuncie aos proventos daquela primeira investidura inativa, conforme determina a Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 31 de março de 2009, emitida ainda no âmbito do extinto Ministério da Previdência Social (MPS) mas que permanece em vigor no atual ordenamento interno do Ministério da Economia (ME), que absorveu as competências daquela antiga Pasta. Esta norma, da então Secretaria de Políticas de Previdência Social (MPS/SPS), no seu art. 76, além de ratificar nos incisos IV e V a vedação de percepção, por parte de servidor, de proventos de mais de uma aposentadoria decorrentes de dois cargos efetivos ou de proventos de uma aposentadoria decorrente de cargo efetivo e de remuneração de um cargo, emprego ou função pública, ressalvadas as hipóteses constitucionalmente acumuláveis, expressa, no § 3º, que o servidor inativo, para ser investido em novo cargo não acumulável, deve renunciar àqueles proventos (já que se presume que, se o agente se submeteu à nova investidura depois de já ter proventos de uma aposentadoria, logicamente é porque este novo provimento é mais atrativo e melhor remunerado, sendo mais plausível que os proventos sejam inferiores e passíveis de renúncia). E tal entendimento já era manifestado pelo Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), por meio de sua Formulação Dasp nº 275, além de ser acatado pela CGU, visto a Orientação Normativa MPS/SPS ter sido citada e reproduzida na já mencionada Nota Técnica nº 847/2020/CGUNE/CRG, e pela doutrina.

> *Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 2009: Art. 76. São vedados:*
> *IV - a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime próprio a servidor público titular de cargo efetivo, ressalvadas as decorrentes dos cargos acumuláveis previstos na Constituição Federal; e*
> *V - a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrente de regime próprio de servidor titular de cargo efetivo, com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis previstos na Constituição Federal, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.*

> *§ 2º A vedação prevista no inciso V não se aplica aos membros de Poder e aos inativos, servidores e militares que, até 16 de dezembro de 1998, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime próprio, exceto se decorrentes de cargos acumuláveis previstos na Constituição Federal.*
> *§ 3º O servidor inativo para ser investido em cargo público efetivo não acumulável com aquele que gerou a aposentadoria deverá renunciar aos proventos dessa.*
> *§ 4º Aos segurados de que trata o § 2º é resguardado o direito de opção pela aposentadoria mais vantajosa.*
>
> *Formulação Dasp nº 275. Aposentado*
> *O aposentado que se habilite em concurso pode ser nomeado, devendo, todavia, ao tomar posse, renunciar à aposentadoria, se não forem acumuláveis as duas situações.*
>
> *"(...) ressalte-se que o Dasp, por intermédio de sua formulação nº 275, já havia pacificado o entendimento de que 'o aposentado que se habilite em concurso pode ser nomeado, devendo, todavia, ao tomar posse, renunciar à aposentadoria, se não forem acumuláveis as duas situações. (...)*
> *Vê-se, nesses termos, que é admissível a renúncia à aposentadoria, que aliás configura assim um direito público subjetivo, haja vista que a lei não pode impedir de o servidor aposentado procure suas melhorias." José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pgs. 476 e 477, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

Diante então das diversas possibilidades envolvendo acumulação remunerada, convém fazer um resumo envolvendo hipóteses lícitas e hipóteses ilícitas com remuneração de cargo(s), emprego(s) ou função(ões) pública(s) com proventos de aposentadoria(s), para diferentes cronologias de investiduras, aposentação e detecção.

- Se o servidor, ao tempo da atividade em seu cargo, é investido em um segundo provimento (em outro cargo ou emprego ou função pública), passando então a acumular dois provimentos ativos:
  - Se, partindo do pressuposto da compatibilidade de horários, estes dois provimentos, materialmente, são de lícita acumulação, esta licitude observada ao tempo em que o servidor se mantém na atividade em ambos não se altera ao tempo em que o servidor permanece na atividade em um e passa para a inatividade no outro e também ao tempo em que já está na inatividade em ambos, não havendo repercussão disciplinar em nenhuma destas hipóteses, conforme as alíneas "a", "b" ou "c" do inciso XVI, o inciso XVII e o § 10 do art. 37 da CF.
  - Se, materialmente, estes dois provimentos são de ilícita acumulação, fazendo independer da compatibilidade de horários, na leitura a *contrario sensu* das alíneas "a", "b" e "c" do inciso XVI, em conjunto com o inciso XVII do art. 37 da CF:
    - Se esta acumulação ilícita é detectada ao tempo em que o servidor se mantém na atividade em ambos provimentos, pode haver repercussão disciplinar por esta ilicitude, conforme o inciso XII do art. 132 e o *caput* do art. 133, ambos da Lei nº 8.112, de 1990: caso não opte por um deles e se configure sua má-fé, o processo disciplinar em rito sumário redunda na demissão de ambos;
    - Se esta acumulação ilícita é detectada ao tempo em que o servidor permanece na atividade em um provimento e já se encontra na inatividade no outro, ainda pode haver repercussão disciplinar por esta ilicitude, conforme o inciso XII do art. 132

e o *caput* combinado com o § 6º do art. 133, ambos da Lei nº 8.112, de 1990: caso não opte por um deles e se configure sua má-fé, o processo disciplinar em rito sumário (instaurado no órgão em que mantém o provimento ativo) redunda na demissão de um e na cassação de aposentadoria do outro.

- Se esta acumulação ilícita é detectada somente ao tempo em que já está na inatividade em ambos provimentos, *a priori* já não mais pode haver repercussão disciplinar, por ausência de previsão legal para processamento, ao menos nos termos do inciso XII do art. 132 e do art. 133, ambos da Lei nº 8.112, de 1990. Caso não se verifique má-fé do servidor, a concessão de uma das aposentadorias pode ser revista de ofício pela Administração, pelo princípio da autotutela, em até cinco anos, conforme o art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999; após este prazo, não mais cabe reexame da concessão. Não obstante, pode-se investigar se houve algum tipo de fraude na concessão das inatividades, o que poderia configurar alguma outra infração estatutária, a exemplo de improbidade administrativa, nos termos do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, combinado com o art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992. Neste caso, o órgão que tiver ciência do fato ensejador de improbidade administrativa deve instaurar processo disciplinar, em rito ordinário e, ao final, se for o caso, apenas com cassação de aposentadoria e comunicar este feito ao outro órgão, a fim de que este também proceda de mesma forma.

- Se se o servidor, já ao tempo da inatividade de seu único provimento, busca investidura em um segundo cargo:
  - Se estes dois provimentos, materialmente, são de lícita acumulação se ambos fossem ativos, conforme as alíneas “a”, “b” ou “c” do inciso XVI e o inciso XVII do art. 37 da CF, esta licitude se mantém com aquela primeira inatividade e com o segundo provimento ativo, conforme o Parecer AGU nº AC-54.
  - Se estes dois provimentos, materialmente, são de ilícita acumulação se ambos fossem ativos, conforme as alíneas “a”, “b” ou “c” do inciso XVI e o inciso XVII do art. 37 da CF, esta ilicitude se mantém com aquela primeira inatividade e com o segundo provimento ativo e para que este ocorra de forma lícita, é necessário que o servidor renuncie aos proventos daquela primeira investidura inativa, conforme o § 3º da Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 2009.

Fechada a longa explanação acerca da acumulação ilícita envolvento proventos de uma aposentadoria com remuneração de um provimento ativo, volta-se para a abordagem da infração em si, independentemente da natureza dos vínculos em questão.

A infração em tela pode se configurar entre provimentos de diferentes órgãos e entidades e até mesmo de diferentes entes federados. No caso de acumulação de cargos ou empregos federais, não há regra que estabeleça a que órgão ou entidade caberá a apuração no já mencionado rito sumário caberá ao órgão que realizou o último provimento. No caso de acumulação de cargo e emprego federal com outro cargo ou emprego distrital, estadual ou municipal, segundo a manifestação do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), por meio de sua Formulação Dasp nº 190, a instauração compete à União.

> *Formulação Dasp nº 190. Acumulação*
> *Na acumulação de cargo federal com outro estadual ou municipal, a competência para examinar e decidir é da administração federal.*

Em razão das definições já apresentadas em **2.5.3.4**, este ilícito tem natureza permanente, pois, embora a ilicitude já se consuma desde o primeiro momento em que o servidor acumula ilicitamente cargo, emprego ou função pública, a conduta antijurídica de afronta se prolonga no tempo até que o infrator resolva se exonerar ou seja demitido e/ou tenha aposentadoria cassada.

Uma vez configuradas a ilicitude da acumulação e a má-fé, as repercussões duplamente expulsivas ocorrem independentemente dos órgãos federais e dos entes federados envolvidos, e, à luz do já reproduzido § 6º do art. 133 da Lei nº 8.112, de 1990, a autoridade julgadora do processo disciplinar em que se apurou a infração, além de aplicar a pena expulsiva referente ao provimento do órgão de sua alçada, deve comunicar à respectiva autoridade competente do outro órgão, por meio de ofício com cópia dos autos.

A alteração promovida no art. 133 do Estatuto pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, eliminou a previsão de devolução de toda a importância recebida indevidamente, por conta da acumulação ilícita. Segundo a manifestação da AGU, novamente por meio do seu Parecer AGU nº GQ-145, ao apreciar a questão, comentando a inovação trazida pela Lei supra, asseverou, de forma vinculante, a vedação da reposição, na hipótese de terem sido efetivamente prestados os serviços, com o fim de inibir o enriquecimento sem causa do Estado. Em complemento, a doutrina da CGU assevera que a Administração exija a reposição proporcional à remuneração paga por horas efetivamente não trabalhadas em algum (ou alguns) dos órgãos em que o servidor não cumpriu completamente a jornada, em decorrência de superposição de horários, sejam acumuláveis ou não os cargos ou empregos e, neste último caso, tenha ou não feito a opção por um dos dois.

> *Parecer AGU n° GQ-145, vinculante: "23. (...) b) silenciou no respeitante à devolução da importância percebida durante a comprovada acumulação de má-fé, assim tornando-a inexigível, em face da consequência imediata do princípio da legalidade, que restringe a atuação do administrador público de modo a somente fazer o que a lei permite. Houve evolução legislativa no regramento do instituto, elidindo a reposição dos estipêndios pagos, às vezes por longos anos, em virtude da prestação de serviços, com o que o Estado fica impedido de locupletar-se com o trabalho de seus agentes administrativos."*
>
> *"Contudo, poderá a União cobrar a restituição dos valores pagos ao servidor, acaso seja comprovado que ele não cumpriu, integralmente, a carga horária demandada pelo serviço, em razão, por exemplo, da incompatibilidade de horário.*
> *Assim, independentemente da escolha por um dos cargos, empregos ou funções, durante o processo disciplinar, e confirmando-se que o servidor, efetivamente, não trabalhou, deverá a Administração exigir a restituição dos valores pagos indevidamente.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 383, 2013, disponível em http:// www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

4.7.4.13 - Inciso XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117

Estes enquadramentos já foram abordados em **4.7.3**.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 117.*
> *IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;*
> *X - participar de gerência ou administração de empresa privada, sociedade civil, salvo a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação do capital social, sendo-lhe vedado exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*
> *XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;*
> *XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em*

> *razão de suas atribuições;*
> *XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;*
> *XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;*
> *XV - proceder de forma desidiosa;*
> *XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;*

4.8 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - CITAÇÃO E DEFESA ESCRITA

4.8.1 - Citação para Apresentação de Defesa Escrita e Formas de Entrega

Em seguida à indiciação, a comissão, por meio do presidente, deve elaborar a citação para que o indiciado, de lavra própria ou por meio de seu procurador porventura constituído nos autos, apresente defesa escrita.

A citação deve conter: o prazo e o local para apresentar a defesa; o registro do direito à vista do processo na repartição; e o registro de que tem como anexo cópia da indiciação. Convém complementar a cópia integral do processo, deduzindo-se o que já foi entregue desde a notificação inicial como acusado ou desde o interrogatório, caso este tenha sido o último momento em que se entregou cópia dos autos, preferencialmente, digitalizada (escaneada) em mídia eletrônica. Havendo mais de um indiciado, elaboram-se citações individuais (ainda que a indiciação seja única). Na hipótese de o processo ser digital e o indiciado estar na ativa (e não licenciado ou afastado), a citação deve informar ainda a possibilidade de os autos serem consultados a qualquer tempo e que a defesa pode ser encaminhada por intermédio da funcionalidade solicitação de juntada de documento (SJD) do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo).

Quanto à forma de entrega da citação, por força do § 4º do art. 161 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que expressa, em incidente adiante abordado, em **4.8.2.1**, a possibilidade de o indiciado se recusar a receber a citação, interpreta-se que a peça deve, em princípio, ser pessoalmente entregue ao indiciado, uma vez que se pode presumir que a ninguém mais possa interessar o exercício da defesa que ao próprio servidor.

A citação deve ser entregue pessoalmente por ser uma comunicação de caráter individual e personalíssimo dirigida ao indiciado, pois lhe impõe prática ou abstenção de atos a seu exclusivo encargo.

Mesmo que haja nos autos procuração que não excetue tal poder de receber a citação ou até mesmo que expresse a outorga deste poder, o exigido caráter personalíssimo do ato não é suprido com entrega apenas ao representante legal, ainda que este seja advogado.

Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos

> *Orientação Coger n° 54*
> *Os comunicados acerca de atos processuais personalíssimos, que imponham prática ou abstenção ato a cargo do acusado, a exemplos exaustivos da notificação inicial, das intimações para interrogatório e da citação, devem ser-lhe entregues pessoalmente, o que se supre com entrega em mãos ou vias postal ou virtual com confirmação de recebimento, não suprida com entrega apenas ao procurador, independentemente dos poderes expressos na procuração.*

Esta entrega pessoal pode ser suprida por três diferentes meios: com entrega física em mãos; ou com a remessa em via postal para o seu endereço residencial, com aviso de

recebimento (AR); ou por meio dos endereços dos seus correios eletrônicos institucional ou particular ou ainda por meio dos números dos seus telefones móveis particular ou institucional (caso o servidor possua), desde que assegurada a garantia jurídica de recebimento. As hipóteses mais viáveis de emprego de cada um destes três meios serão indicadas adiante.

Não obstante aqui neste texto obviamente se necessite de apresentar consecutivamente os diversos meios de tentativa de entrega da citação, a sequência da redação ora adotada em nada se confunde com ordem cronológica de seu emprego e muito menos com ordem decrescente de sua validade jurídica. Os meios de tentativa de entrega são igualmente válidos e escolhidos pela comissão de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, *a priori* sem nenhuma supremacia de um em relação a outro, pois, para todos, o aspecto crucial de validade se associa ao mesmo critério: fornecer ou não certeza jurídica de recebimento pelo destinatário. Mas desde já se antecipa que a evolução normativa sobre o tema tem crescentemente eleito como prioritário o meio de entrega através de recursos tecnológicos, conforme se aduzirá adiante. O emprego consecutivo dos diversos meios de entrega, quando é o caso, serve para demonstrar o esgotamento dos esforços e diligências de parte da comissão para efetivamente citar o servidor para apresentar sua defesa.

No caso de ser entregue fisicamente em mãos, a citação deve ser extraída em duas vias, ficando uma via com o destinatário e coletando-se recibo datado na outra via, que fará parte do processo. A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, já no início da inteligência contida no § 3º do seu art. 26, com a ressalva de ser uma lei generalista disciplinadora do processo administrativo *lato sensu* e por este motivo não reconhecer atos específicos da processualística disciplinar, mencionando apenas a intimação, cabendo ao aplicador compreender que o comando, quando transladado engloba a citação, reconhece a óbvia ciência do ato de comunicação no próprio processo, ou seja, com a autuação da via recibada e assinada pela destinatário.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 26.*
> *§ 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.*

Quanto ao local da entrega da citação, aborda-se primeiramente a situação funcional de o acusado ser um servidor lotado ou em exercício na mesma localidade em que se sedia a comissão. O servidor incumbido da tarefa de entregar a citação pode, de imediato, buscar um contato, por telefone institucional, com o servidor, a fim de explicar previamente a situação jurídica em que este se encontra e justificar a necessidade e a relevância deste o contato pessoal.

Tendo havido o contato telefônico, pode-se combinar de o servidor comparecer à sala da comissão, até para privilegiar a discrição e a reserva, ou de o portador da citação se dirigir a seu local de trabalho (sobretudo quando o servidor é lotado ou tem exercício em unidade situada no mesmo prédio em que se sedia o colegiado).

Obviamente, esta iniciativa de buscar o prévio contato telefônico com o servidor pode não ser factível quando, desde cedo, já se presuma que este não colaborará com os trabalhos, inclusive e sobretudo na hipótese de existir fundado receio de este se evadir, dificuldade esta que pode ser contornada com um contato prévio com a chefia do servidor ou com o titular da sua unidade de lotação ou de exercício, a fim que solicitar à autoridade que chame o subordinado a seu gabinete, em horário previamente combinado para que o portador da citação também lá compareça.

Optando-se por levar a citação à unidade, a entrega pode ser realizada tanto por apenas um dos membros da comissão (o presidente ou indistintamente qualquer dos dois vogais, não

sendo necessária a formalidade de estarem presentes os três integrantes) quanto por um servidor estranho à comissão, seja integrante do grupo de atividades administrativas dos Escritórios de Corregedoria (Escor) que porventura o possuam, seja ainda por qualquer servidor do Escor ou mesmo de outra unidade (como unidade regional de gestão de pessoas) cedido para esta atividade (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do indiciado em face de terceiros).

Na segunda situação funcional, de o servidor ser lotado ou ter exercício em unidade situada em localidade distinta daquela em que se sedia a comissão, mantém-se a recomendação de inicialmente se tentar fazer o contato com o próprio, por telefone institucional, desde que pertinente. Nesta situação, caso se eleja a entrega fisicamente em mãos, somente resta combinar a única e pouco empregada forma de fazê-lo. Esta possibilidade residual de entrega da citação a servidor lotado ou em exercício em unidade situada em localidade distinta daquela em que se sedia a comissão, contando com concordância doutrinária, é o presidente da comissão encaminhar, por meio de malote, as duas vias do documento e cópia dos autos para o chefe da unidade, na forma de uma carta precatória (cuja definição se encontra no inciso III do art. 237 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), ou simplesmente precatória, conforme lhe dá emprego o art. 353 do CPP), para que aquela autoridade entregue fisicamente em mãos ao servidor e devolva à comissão uma via devidamente assinada e datada (ressalve-se que esta situação em nada se confunde com os dois incidentes narrados a seguir, em **4.8.2**).

> *CPP - Art. 353. Quando o réu estiver fora do território da jurisdição do juiz processante, será citado mediante precatória.*
>
> *CPC - Art. 237. Será expedida carta:*
> *III - precatória, para que órgão jurisdicional brasileiro pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato relativo a pedido de cooperação judiciária formulado por órgão jurisdicional de competência territorial diversa;*
>
> *"Conquanto sejam silentes os regimes disciplinares a respeito da modalidade de citação por precatória, entendemos que inexista qualquer contra-indicação jurídica a que se realize, no processo disciplinar, a citação por essa forma." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 161, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

No terceiro e último grupo de situações funcionais a se mencionar, qual seja, no caso de servidor que se encontra em gozo de licença ou inativo (aposentado ou em disponibilidade) ou de ex-servidor (já punido com pena expulsiva em outro processo administrativo disciplinar - PAD - ou exonerado), são aplicáveis quaisquer tentativas anteriormente expostas de entrega para servidor lotado ou em exercício em unidade situada na mesma localidade em que se sedia a comissão ou em localidade distinta. Qualquer daqueles portadores já indicados acima como aceitáveis deve tentar o contato no último domicílio atualizado dentre todos os constantes das diversas bases de dados ao dispor da RFB. Neste rol, pode-se citar as bases de dados disponíveis no macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas (mais especificamente no Sistema de Apoio às Atividades Administrativas - SA3) ou nos processos de trabalho de arrecadação e de fiscalização (tais como no Sstema Cadastro de Pessoas Físicas - CPF e nas declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - DIRPF).

O segundo meio de entrega pessoal da citação que se apresenta é o emprego de recursos tecnológicos atualmente existentes e ao dispor de toda sociedade. O Direito, como uma ciência humana, não pode se abstrair do contexto social em que se insere, o que inclui a sintonia com os meios mais modernos de trabalho.

O contexto legal e normativo experimentou um processo evolutivo descrito em

4.3.11.3 e que desaguou na Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 9, de 24 de março de 2020, em que a Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG), regulamentou o emprego de recursos tecnológicos para atos de comunicação em procedimentos correcionais *lato sensu*, incluindo, obviamente, o processo disciplinar. Os arts. 1º e 2º da norma esclarecem que os recursos tecnológicos válidos são endereços de correios eletrônicos e números de telefones móveis, sejam particulares ou institucionais ou ainda outros recursos similares, desde que estritamente de uso pessoal e individual apenas do próprio destinatário (endereços e números de uso coletivo, mesmo quando institucionais, não são canais autorizados na norma).

> *IN CGU/CRG nº 9, de 2020 - Art. 1º As comunicações referentes aos processos correcionais que tramitam nos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal podem ser efetuadas por meio de correio eletrônico institucional, aplicativos de mensagens instantâneas ou recursos tecnológicos similares, observadas as diretrizes e as condições estabelecidas nesta Instrução Normativa.*
> *Parágrafo único. Os recursos tecnológicos podem ser utilizados para a realização de qualquer ato de comunicação processual, inclusive:*
> *I - notificação prévia;*
> *II - intimação de testemunha ou declarante;*
> *III - intimação de investigado ou acusado;*
> *IV - intimação para apresentação de alegações escritas e alegações finais; e*
> *IV - citação para apresentação de defesa escrita.*
> *Art. 2º O encaminhamento de comunicações processuais por meio de recursos tecnológicos pode ocorrer mediante mensagem para o endereço de correio eletrônico ou para o número de telefone móvel pessoal, seja funcional ou particular.*

Uma vez que são ferramentas de trabalho disponibilizadas pela própria Administração, o endereço de correio eletrônico (ao amparo do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 2002, ainda que a plataforma tenha mudado) e o número do telefone móvel (caso o servidor possua) institucionais não são dados privados e são oficialmente conhecidos. E, a rigor, mesmo os dois canais particulares também devem ser de conhecimento institucional, pois devem estar informados e atualizados pelo próprio servidor em seus assentamentos funcionais, sob pena de incursão na infração disciplinar de descumprir o dever funcional estabelecido no inciso XIX do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990.

> *Portaria SRF nº 1.397, de 2002 - Art. 1º O Correio Eletrônico, ferramenta de propriedade da Secretaria da Receita Federal - SRF, constitui instrumento de uso institucional, destinado ao intercâmbio de mensagens, para fins de racionalização do trabalho e aumento da produtividade.*

Reitera-se aqui a pertinência e a importância de a comissão ter solicitado os meios de contato particulares do acusado no corpo da notificação inicial. De um lado, caso o servidor os tenha informado, é uma sinalização de que se disponibiliza a receber atos de comunicação do colegiado por aqueles canais ao longo da instrução probatória. De outro lado, na ausência de todos estes canais de contato (institucionais e particulares), o art. 3º da IN CGU/CRG remete ao que chama de meios convencionais de entrega dos atos de comunicação, quais sejam, fisicamente em mãos e em via postal.

> *IN CGU/CRG nº 9, de 2020 - Art. 2º*
> *§ 2º O interessado, o representante legal e o seu procurador constituído devem informar e manter atualizados o endereço de correio eletrônico e o número de telefone móvel para os fins previstos no caput, sob pena de incorrer na conduta prevista no inciso XIX do art. 117 da Lei nº 8.112/1990.*
> *§ 3º Quando não identificado endereço de correio eletrônico ou número de telefone móvel, funcional ou pessoal, devem ser utilizados os meios convencionais de comunicação dos atos processuais que assegurem a certeza*

de ciência da comunicação dos atos processuais.

Feita esta introdução, ainda como tentativa de entrega da citação, em qualquer das situações funcionais já mencionadas acima, é possível encaminhá-la ou por meio dos endereços dos correios eletrônicos institucional ou particular do indiciado ou por meio dos números dos telefones móveis particular ou institucional do acusado (caso o servidor possua), com que se acessem aplicativos de mensagem instantânea conforme autorizam de maneira expressa o inciso V do parágrafo único do art. 1º da IN CGU/CRG nº 9, de 2020 (notadamente, houve um erro na versão publicada da norma, que fez constar dois incisos como IV, sendo certo que a permissão para emprego na citação deveria ser listada como inciso V). Obviamente, no caso de servidor inativo e de ex-servidor, não se aplicam os canais institucionais.

Por ambas as vias, deve-se empregar mensagem escrita acompanhada do arquivo não editável da imagem da notificação (ou da intimação) e caso, porventura, este ato de comunicação possua anexos sobretudo extensos, podem ser disponibilizados com endereço de acesso ou *link* de seu armazenamento, nos termos do *caput* e dos §§ 1º e 3º do art. 3º da IN CGU/CRG nº 9, de 2020. Obviamente, o art. 4º da IN CGU/CRG não contempla a comunicação realizada por mera conversa telefônica oral, sendo imprescindível o emprego de aplicativos que possuam funcionalidades de troca de mensagem escrita de texto e de troca de arquivos de imagem. Após o envio do ato de comunicação, é necessário coletar confirmação de recebimento pelo destinatário, conforme elencam os cinco incisos do *caput* do art. 5º da norma. Os incisos I a III o consideram confirmado, respectivamente, com a manifestação expressa do destinatário ou com o aviso automático de leitura (o correio eletrônico institucional possui, além do recurso de confirmação de entrega, o recurso de aviso de recebimento, que equivale à exigida comprovação de leitura) ou com sinal gráfico do aplicativo que demonstre a leitura. O inciso IV contempla o recebimento ficto, caso a comissão utilize um endereço de correio eletrônico ou um número de telefone móvel informado pelo próprio destinatário e já usado anteriormente. E o inciso V considera confirmado o recebimento se o destinatário atender o objeto da notificação inicial (no caso, inaugurar a relação processual com a comissão).

> *IN CGU/CRG nº 9, de 2020 - Art. 3º A comunicação feita com o interessado, o seu representante legal, o seu procurador ou o terceiro por meio de correio eletrônico ou aplicativo de mensagem instantânea deve ocorrer na forma de mensagem escrita acompanhada de arquivo de imagem do ato administrativo.*
> *§ 1º O arquivo deve estar preferencialmente em formato não editável.*
> *§ 2º Tratando-se de comunicação com mais de uma página e que demande fragmentação em mais de um arquivo, as mídias devem ser devidamente identificadas, de modo a permitir sua leitura com observância da ordem cronológica da produção do documento original.*
> *§ 3º Os anexos dos atos de comunicação poderão ser disponibilizados mediante indicação do endereço de acesso ou link ao documento armazenado em servidor online.*
> *Art. 4º Os aplicativos de mensagem instantânea utilizados para comunicações processuais devem possuir as seguintes funcionalidades:*
> *I - troca de mensagem de texto; e*
> *II - troca de arquivos de imagem.*
> *Art. 5º Enviada a mensagem pelo correio eletrônico ou pelo aplicativo de mensagem instantânea, a confirmação do recebimento da comunicação se dará mediante:*
> *I - a manifestação do destinatário;*
> *II - a notificação de confirmação automática de leitura;*
> *III - o sinal gráfico característico do respectivo aplicativo que demonstre, de maneira inequívoca, a leitura por parte do destinatário;*
> *IV - a ciência ficta, quando encaminhada para o correio eletrônico ou número*

> *de telefone móvel informados ou confirmados pelo interessado; ou*
> *V - o atendimento da finalidade da comunicação.*
> *Parágrafo único. A contagem de prazos terá início no primeiro dia útil que se seguir ao de qualquer das hipóteses constantes do caput deste artigo.*

Inequivocamente, seria mais conveniente para a Administração se o inciso II do art. 5º da IN CGU/CRG indicasse a notificação automática de confirmação da simples entrega da mensagem na caixa de entrada do correio eletrônico ou do aplicativo de mensagem instantânea, em lugar de ter positivado a exigência de notificação de confirmação automática de leitura, que se dá em momento posterior àquele outro marco temporal. No entanto, não seria possível que a norma infralegal assim positivasse, já que o já citado § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999, estabelece que o meio alternativo de entrega de ato de comunicação assegure a certeza da ciência do destinatário. Na mesma linha, o § 8º do art. 33 IN CGU nº 14, de 2018, também exige a comprovação da ciência do destinatário. E mesmo que se busque a fonte supletiva da lei processual civil, eis que CPC, no § 1º-A do seu art. 246, menciona a ausência do recebimento do ato de comunicação. Assim, percebe-se que todas estas fontes referem-se ao momento do efetivo conhecimento ou da efetiva ciência por parte do destinatário e não à simples entrega ou recebimento do ato de comunicação.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 33.*
> *§ 8º A comunicação dos atos processuais poderá ser realizada por qualquer meio escrito, inclusive na forma eletrônica, desde que se assegure a comprovação da ciência do interessado ou de seu procurador com poderes suficientes para receber a comunicação.*
>
> *CPC - Art. 246.*
> *§ 1º-A A ausência de confirmação, em até 3 (três) dias úteis, contados do recebimento da citação eletrônica, implicará a realização da citação: (Incluído pela Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021)*

O art. 7º da IN CGU/CRG em comento estabelece que devem ser autuadas a mensagem eletrônica, a confirmação de leitura e o arquivo de imagem da citação (ou, alternativamente, deve a comissão redigir termo com todos os dados do envio e da confirmação e autuá-lo junto com o arquivo de imagem). Por fim, o art. 6º da norma ressalva que, se em cinco dias (que se presumem corridos) não houver alguma forma acima de confirmação de leitura, o procedimento deve ser cancelado e repetido, por meio convencional ou novamente por meio tecnológico, a critério da comissão.

> *IN CGU/CRG nº 9, de 2020 - Art. 6º Na hipótese de não ocorrer alguma das hipóteses do artigo anterior no prazo de 5 (cinco) dias, o procedimento de comunicação deve ser cancelado e repetido por qualquer meio.*
> *Art. 7º A comunicação processual deve ser incorporada aos autos, mediante a juntada da mensagem de correio eletrônico, de aplicativo de mensagem instantânea ou de termo nos quais constem o dia, o horário e o número de telefone para o qual se enviou a comunicação, bem como o dia e o horário em que ocorreu a confirmação do recebimento da mensagem pelo destinatário, com imagem do ato.*

Acrescente-se também que, a rigor, a Lei nº 8.112, de 1990, não prevê o emprego de via postal para atos de comunicação em instância disciplinar. Entretanto, com base na aplicação subsidiária da Lei nº 9.784, de 1999, no já reproduzido § 3º do seu art. 26, o emprego da via postal é admitido para envio de atos de comunicação, quaisquer que sejam, sobretudo (mas não necessariamente) se o destinatário é lotado, tem exercício ou reside em localidade distinta daquela em que se sedia a comissão ou se é servidor ativo licenciado ou inativo ou se é ex-servidor.

Para a via postal, dependendo das peculiaridades de cada caso concreto, pode a comissão remetar atos de comunicação para o último domicílio atualizado do destinatário,

dentre todos os constantes nas bases de dados da RFB, na base de dados do sistema CPF, em suas DIRPF e junto à gestão de pessoas no sistema SA3, se for servidor, bem como para o endereço institucional do procurador.

Neste caso de se remeter a citação por via postal, deve a comissão emiti-la em duas vias, ficando uma via no processo, enquanto a outra via é remetida para o para o endereço residencial do indiciado utilizando o serviço de AR, conforme exige o mencionado § 3º do art. 26 da Lei Geral do Processo Administrativo Federal. O AR é um serviço adicional disponibilizado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) para objeto registrado (ou seja, que possui número de registro que permite rastreamento), em que o remetente preenche um formulário próprio, que lhe é devolvido, assinado e datado por quem recebeu a postagem, comprovando que a remessa foi entregue e quando o foi, devendo este comprovante posteriormente ser autuado ao processo. Na mesma linha é a aplicação extensiva na processualística disciplinar do comando estabelecido no § 1º do art. 248 do CPC que, mesmo, voltado para a instância mais formal do processo judicial, deixa inequívoco que, na hipótese de se empregar via postal para entrega de atos de comunicação em geral, o único requisito exigido sobre a correspondência é que seja feita por meio de carta registrada com AR.

> *CPC - Art. 248.*
> *§ 1º A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo.*

E é importante destacar que o CPC, no § 4º do mesmo art. 248, ratificou a validade da entrega do ato de comunicação a porteiros ou demais empregados em caso de o indiciado residir em condomínio ou qualquer outra espécie de moradia com controle de acesso, sendo certo que alcança também o empregado doméstico da sua própria unidade residencial. E, se o destinatário estiver ausente, o comando legal permite que o responsável pelo recebimento de correspondência recuse receber, desde que declare a ausência por escrito.

> *CPC - Art. 248.*
> *§ 4º Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente.*

Acrescente-se ainda que, segundo a aplicação extensiva do parágrafo único do art. 274 do CPC à processualística disciplinar, na hipótese de mudança de endereço, temporária ou definitiva, sem a devida comunicação à Administração, por parte do indiciado (conforme também determina o art. 162 da Lei nº 8.112, de 1990) ou por parte de qualquer agente interveniente na instrução probatória, serão considerados válidas as intimações que lhe tenham sido enviados, por via postal, para o endereço original, ainda que não recebidos pessoalmente pelo destinatário.

> *CPC - Art. 274. Não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais, aos advogados e aos demais sujeitos do processo pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria.*
> *Parágrafo único. Presumem-se válidas as intimações dirigidas ao endereço constante dos autos, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, se a modificação temporária ou definitiva não tiver sido devidamente comunicada ao juízo, fluindo os prazos a partir da juntada aos autos do comprovante de entrega da correspondência no primitivo endereço.*

Interessante destacar que a Lei nº 9.784, de 1999, no já mencionado § 3º do art. 26, e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), no § 2º do

art. 370, equiparam a entrega fisicamente em mãos das intimações à entrega por via postal e até mesmo a entrega por outro meio (que pode ser o eletrônico). Mas o que de fato se quer consagrar aqui é o maior arrojo atualizador do CPC, que expressamente prioriza o meio eletrônico para a entrega das intimações e iguala os outros dois meios de entrega no *caput* do art. 270 e no art. 273. E, para além disto, o *caput* do art. 275 do CPC chega mesmo ao ponto de deixar claro que a entrega física em mãos das intimações se resume à última opção, a ser empregada somente em caso de insucesso também na prévia entrega via postal. Indubitavelmente, o CPC atualmente atribui uma qualidade apenas secundária e suplementar às entregas dos atos de comunicação fisicamente em mãos e pela via postal, a serem empregadas apenas quando os recursos tecnológicos não propiciarem certeza jurídica do recebimento em via eletrônica. Assim, pode-se dizer que os comandos já expostos da IN CGU/CRG nº 9, de 2020, se encontram fortemente respaldados pela inteligência da lei processual civil. Esta hierarquização dos meios de entrega da citação para a defesa nada mais faz que refletir, no ordenamento legal, a inquestionável maior facilidade de emprego propiciada pelos recursos tecnológicos e a razoável facilidade agregada à maior segurança jurídica do recebimento de parte do destinatário propiciada pela via postal com AR. Daí, a preferência a ser dada àquele primeiro meio, seguido pelo segundo, restando a entrega física em mãos como hipótese residual a ser usada subsidiária e concorrentemente aos dois primeiros, sobretudo quando aqueles não suprem razoável certeza de recebimento.

> *CPP - Art. 370.*
> *§ 1º A intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996)*
> *§ 2º Caso não haja órgão de publicação dos atos judiciais na comarca, a intimação far-se-á diretamente pelo escrivão, por mandado, ou via postal com comprovante de recebimento, ou por qualquer outro meio idôneo. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 1996)*
>
> *CPC - Art. 270. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei.*
> *Art. 273. Se inviável a intimação por meio eletrônico e não houver na localidade publicação em órgão oficial, incumbirá ao escrivão ou chefe de secretaria intimar de todos os atos do processo os advogados das partes:*
> *I - pessoalmente, se tiverem domicílio na sede do juízo;*
> *II - por carta registrada, com aviso de recebimento, quando forem domiciliados fora do juízo)*
> *Art. 275. A intimação será feita por oficial de justiça quando frustrada a realização por meio eletrônico ou pelo correio.*

Relembrando as terminologias próprias dos processos administrativo e judicial, é razoável interpretar extensivamente que os comandos acima do CPP e do CPC, referentes apenas às intimações, uma vez refletidos para a processualística disciplinar, compreendem não só aquelas intimações mas também, indistintamente, a citação para a defesa.

E para reforço em definitivo do argumento de que o emprego de recursos tecnológicos, mais do que legalmente aceito, é valorizado na entrega da citação pessoal para a defesa, reitere-se o já aduzido em **4.3.4.1**, onde se destacou que o *caput* e o § 1º-A do art. 246 e o *caput* do art. 247, após uma atualização evolutiva em suas redações, além do art. 249, todos do CPC, priorizam este meio, mais especificamente pelos endereços eletrônicos, como preferencial na entrega do ato de maior relevância dirigido à parte, que é a citação, com que se faz o seu chamamento aos autos (similar, no processo civil, à notificação inicial do processo disciplinar).

> *CPC - Art. 246. A citação será feita preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de até 2 (dois) dias úteis, contado da decisão que a determinar, por meio*

dos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, conforme regulamento do Conselho Nacional de Justiça. (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021)
§ 1º-A A ausência de confirmação, em até 3 (três) dias úteis, contados do recebimento da citação eletrônica, implicará a realização da citação: (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
I - pelo correio; (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
II - por oficial de justiça; (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
III - pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório; (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
IV - por edital. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
Art. 247. A citação será feita pelo correio para qualquer comarca do país, exceto:
IV - quando o citando residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência;
Art. 249. A citação será feita por meio de oficial de justiça nas hipóteses previstas neste Código ou em lei, ou quando frustrada a citação pelo correio.

Em **4.3.11.3**, a cuja leitura se remete para evitar desnecessária repetição, apresentam-se as cautelas comprobatórias - e que, portanto, devem ser autuadas - do envio por parte do remetente e do recebimento por parte do destinatário de atos de comunicação por meio de endereços de correios eletrônicos e números de telefones móveis, institucionais ou particulares, e por via postal.

Estando o servidor em local sabido no exterior, poder-se-ia cogitar de adaptar ao processo disciplinar o instrumento da carta rogatória (cuja definição se encontra no inciso II do art. 237 do CPC e conforme lhe dão emprego os arts. 368 e 783 do CPP), com o quê a comissão provocaria a autoridade instauradora a encaminhar ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) o pedido de citação, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes. Todavia, a jurisprudência entende que, como o instituto da carta rogatória é de competência exclusiva do Poder Judiciário, somente se aplica ao processo judicial, mencionando a possibilidade de provocação mediante ofício dirigido à autoridade consular (embora o julgado mencione expressamente oitiva de testemunha, verificando-se que o entendimento se funda na natureza extrajudicial do ato, também se aplica à citação). Destaque-se que, estando o servidor em local sabido, ainda que no estrangeiro, não se pode lançar mão de citação por edital, descrita a seguir, em **4.8.2.2**.

CPP - Art. 368. Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996)
Art. 783. As cartas rogatórias serão, pelo respectivo juiz, remetidas ao Ministro da Justiça, a fim de ser pedido o seu cumprimento, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes.

CPC - Art. 237. Será expedida carta:
II - rogatória, para que órgão jurisdicional estrangeiro pratique ato de cooperação jurídica internacional, relativo a processo em curso perante órgão jurisdicional brasileiro;

TRF da 2ª Região, Apelação Cível nº 381.707: "Ementa: A colheita de prova testemunhal realizada por autoridade consular e requerida mediante ofício não macula o processo administrativo disciplinar a ser por ela instruído, pois, em se tratando de ato extrajudicial (Decretos 1.560/95 e 1.850/96), descabida a expedição de carta rogatória, para a qual seriam exclusivamente competentes as autoridades jurisdicionais."

"A carta rogatória, como mecanismo de cooperação jurídica internacional, desenvolve-se entre autoridades judiciárias , a teor do art. 5º do Protocolo de

Las Leñas, promulgado pelo Decreto 2.067/96. Portanto, esse instrumento de cooperação não cabe em sede de processo administrativo disciplinar. Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pg. 188, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.

Na hipótese complexa de o servidor a ser citado encontrar-se no exterior, deve, obviamente, a comissão emitir a citação e envidar todos os esforços para concretizar o necessário ato de comunicação (ou, ao menos, para carrear ao processo mínima certeza jurídica de o termo ter chegado ao destinatário). Assim, se é sabido seu endereço, pode a comissão lançar mão da tentativa de envio por via postal, usando da espécie de remessa postal mais segura e confiável que for disponível para o serviço necessário (a exemplo do *express mail service* - EMS, que é um serviço postal internacional para documentos e mercadorias, com prioridade de tratamento, encaminhamento e entrega sobre outros serviços postais, oferecido pelos operadores postais de cerca de 175 países membros da União Postal Universal - UPU, como é o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT), bem como de via virtual, através de endereços eletrônicos institucional ou particular, serviços ou aplicativos de mensagens instantâneas e redes sociais de que porventura se tenha conhecimento, na forma preconizada pela já citada IN CGU/CRG nº 9, de 2020. Em acréscimo, na linha da jurisprudência acima reproduzida, pode também a comissão repassar a citação à autoridade instauradora, mediante ofício, com solicitação de que esta encaminhe à Embaixada brasileira no país.

É de se reconhecer que a hipótese de o acusado estar no exterior traz dificuldades para a Administração e que, de um lado, as soluções acima aventadas - de emprego das vias postal, virtual e consular - podem suscitar, a favor da defesa, teses de nulidade com base em suposta afronta à soberania do país estrangeiro. Todavia, de outro lado, além de se crer na baixa possibilidade de sucesso de tal alegação, ainda que assim não fosse, o princípio da oficialidade impõe que a comissão busque, de alguma forma, dar andamento ao processo, com os meios que lhe são disponíveis. Se se pode cogitar de alegação de suposta nulidade por parte da defesa, também se pode crer na capacidade de convencimento da comissão de que, na obrigação de agir, nada mais está fazendo do que tentar cumprir seu mister, à vista das dificuldades impostas, não pela Administração, mas sim pela liberalidade de o acusado se retirar de seu próprio país.

Acrescente-se mais uma possibilidade, no caso específico da RFB, de se o país no exterior contar com Adidância Tributária e Aduaneira da RFB junto à Embaixada do Brasil (caso dos Estados Unidos da América, Argentina e Paraguai), pode a autoridade instauradora remeter a citação, via ofício, à Adidância, para que esta, junto à Embaixada, diligencie para a realização do ato.

Obviamente, o Direito é ciência flexível e rica em harmonias dinâmicas. Ora, se, de um lado, aqui tanto se professa a cautela de se dar trato personalíssimo a determinados atos processuais, como reflexo do extremo zelo com a defesa, de outro lado, também é de se contrapor, equilibradamente, que, se o servidor, por vontade sua, impõe forte dificuldade ao contato pessoal por residir no exterior mas constitua procurador no Brasil com bastantes poderes, o bom senso favorecedor do andamento processual indica que se aceite a entrega da citação a este acessível representante legal.

A síntese final desta longa explanação sobre as formas de entrega da citação é da diversidade de meios válidos. Em qualquer dos casos elencados, para as mais diversas situações ou condições funcionais ou geográficas do servidor, a múltipla possibilidade de formas e de meios de entrega válida da citação foi referendada pela CGU, por meio da CGU/CCC, conforme o seu Enunciado CGU/CCC nº 10, de 30 de outubro de 2015, desde que feita por escrito (não se aceita o comunicado meramente verbal) e com comprovação da ciência, na linha do § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999. Embora se reconheça que a

literalidade do dispositivo mais pareça se reportar apenas às comunicações de atos de instrução processual, não se faz imperativa uma leitura restritiva, podendo se tomar como referência para outros momentos processuais, conforme aqui se faz.

> *Enunciado CGU/CCC nº 10, de 2015: "Validade da notificação de atos processuais. A validade de uma intimação ou notificação real fica condicionada a ter sido realizada por escrito e com a comprovação da ciência pelo interessado ou seu procurador, independentemente da forma ou do meio utilizado para sua entrega".*

Na mesma linha, posteriormente a CGU ratificou este posicionamento concessivo, promovendo-o ao patamar de comando positivado para o processo disciplinar, no já reproduzido § 8º do art. 33 da IN CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, ao ter estabelecido que a entrega de qualquer ato de comunicação, gênero em que se inclui a citação, pode se dar por qualquer meio escrito, inclusive eletrônico, desde que se propicie a certeza jurídica da ciência do acusado (embora a norma estenda alternativamente para a ciência do procurador com poderes constituídos, a explanação linhas acima justifica a adoção de postura mais cautelosa para a citação, de recebimento centrado na pessoa apenas do próprio indiciado). E, também como já asseverado, esta inteligência permissiva restou ainda mais pacificada com a IN CGU/CRG nº 9, de 2020.

Por fim, em caso de dúvida por parte da comissão acerca do necessário atendimento do caráter personalíssimo por qualquer outro meio de entrega da citação, o emprego superposto também da via postal com AR, além de pouco oneroso, fornece um bom grau de segurança de se ter cumprido aquele requisito.

4.8.1.1 - Autos Originais não Saem da Repartição

Nos termos já expostos em **4.3.12.2**, o fornecimento de cópia junto à citação supre a prerrogativa prevista no Estatuto da OAB de que o patrono pode retirar processo administrativo da repartição. Por fim, ainda que assim não fosse, afastando de vez qualquer hipótese de retirada do processo, a própria Lei nº 8.112, de 11/12/90, no § 1º do art. 161, claramente restringe, mesmo no momento de maior gravidade para o servidor (no prazo de apresentação de defesa), a vista dos autos apenas na repartição.

> *"Diante disso, sustenta-se que mesmo o advogado inscrito na OAB não poderá ter carga dos autos, pois a Lei da OAB que o autoriza a isso é menos específica que a Lei 8.112/90 em matéria disciplinar. De qualquer modo, sempre que a defesa do acusado requerer, terá direito à ; assim, não há porque autorizar que o advogado retire os autos da repartição.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 120, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

> *"(...) O prazo de defesa, em sentido estrito, corre sempre na repartição, sendo permitido ao acusado ou seu advogado tirar cópias e obter vistas, mas não retirar os autos da repartição." Judivan Juvenal Vieira, "Processo Administrativo Disciplinar", pg. 244, IOB Thomson, 1ª edição, 2005*

Menos ainda se cogita desta possibilidade com a adoção do processo digital, em que não se trata de autos físicos, impressos e encadernados; ademais, na hipótese de o indiciado estar na ativa (e não licenciado ou afastado), os autos podem ser consultados a qualquer tempo, por meio do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo).

A partir da citação, fica o servidor obrigado a informar à comissão mudança de endereço residencial, embora se tenha opinado pela impropriedade do art. 162 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, conforme se abordou em **4.3.7.1**.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 162. O indiciado que mudar de residência fica obrigado a comunicar à comissão o lugar onde poderá ser encontrado.*

4.8.2 - Citações Fictas

Diferentemente de quando se abordou a notificação inicial da condição de acusado, ao se abordar a citação, não há necessidade de se fazer esforço hermenêutico extensivo e sistemático, pois a Lei nº 8.112, de 11/12/90, no § 4º do art. 161 e no art. 163, apresentou soluções para as situações em que o servidor se recusa a assinar a citação ou não é encontrado para fazê-lo. Há ainda uma terceira situação, não prevista em nenhuma passagem da citada Lei, em que o servidor, estando em local certo e conhecido, se oculta para não receber a citação, para a qual a solução é encontrada em códigos processuais.

4.8.2.1 - Recusa de Recebimento da Citação

No caso de o servidor ser encontrado mas se recusar a assinar a citação, se o portador é um dos integrantes da comissão, este deve consignar o incidente em termo e coletar dois testemunhos, preferencialmente estranhos ao trio processante; se o portador não é membro da comissão (como, por exemplo, um dos membros da comissão (o presidente ou indistintamente qualquer dos dois vogais, não sendo necessária a formalidade de estarem presentes os três integrantes) quanto por um servidor estranho à comissão, seja integrante do grupo de atividades administrativas dos Escor que porventura o possuam, seja ainda por qualquer servidor do Escor ou mesmo de outra unidade (como unidade regional de gestão de pessoas) cedido para esta atividade (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros)), deve reportar o fato, junto com duas testemunhas, para que integrante da comissão consigne o incidente em termo. Destaque-se que, na hipótese de antecipadamente se inferir a possibilidade desta recusa de recebimento, pode o integrante da comissão ou quem quer que seja o portador da citação já se fazer acompanhar das duas testemunhas. E, a rigor da literalidade do § 4º do art. 163 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não se exige que estas testemunhas sejam servidores; mas, por óbvio, podendo sê-lo é melhor, em razão da fé pública que agregam, conforme também converge a doutrina.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 161*
> *§ 4º No caso de recusa do indiciado em apor o ciente na cópia da citação, o prazo para defesa contar-se-á da data declarada, em termo próprio, pelo membro da comissão que fez a citação, com a assinatura de 2 (duas) testemunhas.*
>
> *"Recomenda-se que, neste caso, as duas testemunhas da cientificação não sejam membros da comissão, uma vez que esta, representando a Administração, é parte nesse processo, (...), podendo naquela hipótese ser eventualmente pechada de suspeita." Ivan Barbosa Rigolin, "Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis", pg. 271, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

Interessante acrescentar que, ao tratar do incidente, a Controladoria-Geral da União (CGU), em sua Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, mais especificamente no § 6º do seu art. 33, assevera, que, diante do quadro de recusa de recebimento de qualquer ato de comunicação, como é o caso em tela, deve-se lançar mão do termo de recusa por membro ou secretário da comissão. Verifica-se que o órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) avançou na sua construção concessiva, permitindo que, se o incidente é protagonizado pelo servidor diante de secretário da comissão (que aqui poderia ser formalmente um servidor designado como secretário ad hoc), este já seria competente para lavrar o termo de que trata o comando legal trazido em extensão para o momento processual em apreço. Sendo um servidor estranho à comissão, dentre os portadores já indicados acima, prevalece a cautela acima sugerida, de o termo ser

redigido por integrante da comissão.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 33.*
> *§ 6º Em quaisquer atos de comunicação processual, no caso de recusa de seu recebimento, deverá ser lavrado termo próprio por membro ou secretário da comissão de PAD, com assinatura de duas testemunhas, o que implicará a presunção de ciência do destinatário.*

Ato contínuo ao incidente e lavrado o termo de recusa por integrante da comissão, deve o colegiado deliberar em ata que considera o servidor citado para apresentar defesa a partir da data de lavratura do termo.

4.8.2.2 - Indiciado em Lugar Incerto e Não Sabido e Réu Preso

Na tentativa de suprir a recomendação geral de a citação ser pessoalmente entregue ao servidor, deve-se, preliminarmente, realizar duas tentativas de encontrá-lo, em dias e em horários diferentes, no seu local de trabalho e no(s) endereço(s) residencial(is) declarados nas diversas bases de dados ao dispor da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, bem como, para maior demonstração de exaurimento de tentativas de localização, enviar duas correspondências para o(s) mesmo(s) endereço(s). Neste rol, pode-se citar as bases de dados disponíveis no macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas (mais especificamente no Sistema de Apoio às Atividades Administrativas (SA3) ou nos processos de trabalho de arrecadação e de fiscalização (tais como no Sistema de Cadastro Pessoas Físicas - CPF e nas declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - DIRPF).

A referência à quantidade de duas tentativas de encontrar o servidor, em seu local de trabalho e em seu domicílio (ou em sua residência, conforme definem os arts. 70 a 72 do CC), reside no *caput* do art. 252 do CPC. Tal hipótese, enfrentada com certa frequência por comissões, pode ocorrer, por exemplo, em razão de servidor ativo que, por qualquer motivo, não está comparecendo ao seu local de serviço (ou ainda no caso de se tratar de inativo ou de ex-servidor).

> *CC - Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.*
> *Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.*
> *Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.*
> *Parágrafo único. Se a pessoa exercitar profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem.*
>
> *CPC - Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.*

A exemplo do relatado em **4.8.1**, estas diligências podem ser realizadas por apenas um dos membros da comissão (o presidente ou indistintamente qualquer dos dois vogais, não sendo necessária a formalidade de estarem presentes os três integrantes) quanto por um servidor estranho à comissão, seja integrante do grupo de atividades administrativas dos Escor que porventura o possuam, seja ainda por qualquer servidor do Escor ou mesmo de outra unidade (como unidade regional de gestão de pessoas) cedido para esta atividade (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros).

Por extrema cautela, pode-se ainda enviar, por duas vezes, correspondências por via

postal para aquele(s) endereço(s), com aviso de recebimento (AR), bem como mensagens para os endereços dos correios eletrônicos e para os números de telefones móveis, institucionais e particulares, conforme já exposto em **4.8.1**.

Após ter-se comprovadas as tentativas de localizá-lo e de citá-lo no trabalho e nos locais declarados como de seu domicílio ou de sua residência (por meio de termos de ocorrência, com identificação daqueles que as realizaram, data e hora e coletando, se possível, testemunho assinado de colegas, amigos, parentes ou vizinhos de que não mais é visto naqueles locais ou outras informações porventura prestadas), esta circunstância deve ser registrada por termo assinado pelos membros da comissão, configurando, então, que o servidor está em lugar incerto e não sabido.

Na aplicação extensiva do § 3º do art. 256 do CPC à processualística disciplinar, a condição de estar o indiciado em local incerto e não sabido pode se configurar com a infrutífera solicitação de seu endereço, por parte da comissão, a órgãos públicos ou a concessionárias de serviços públicos, a se somar às vãs tentativas por parte do próprio colegiado em localizar o agente.

> *CPC - Art. 256.*
> *§ 3º O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos.*

Percebe-se, portanto, que a procedimentalização a ser adotada deve ser dividida em dois momentos distintos. Primeiramente, deve a comissão exaurir todas as possibilidades legalmente previstas para citar pessoalmente o indiciado, por meio de idas a seu local de trabalho e a seu endereço residencial.

Somente após o esgotamento em vão destas tentativas de citar pessoalmente o indiciado é que, no segundo momento, deve a comissão seguir a regra disposta para este caso específico no art. 163 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e lançar mão do edital, publicado no DOU e também em um jornal de grande circulação no local do último domicílio conhecido (o último domicílio atualizado nas já mencionadas bases de dados), pelo menos uma vez em cada um destes veículos, conforme também solucionam o art. 361 do CPP e o *caput* e os incisos do art. 256 do CPC e aceita a doutrina.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 163. Achando-se o indiciado em lugar incerto e não sabido, será citado por edital, publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para apresentar defesa.*
>
> *CPP - Art. 361. Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias.*
>
> *CPC - Art. 256. A citação por edital será feita:*
> *I - quando desconhecido ou incerto o citando;*
> *II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando;*
> *III - nos casos expressos em lei.*
>
> *"Não fala a lei em afixação de edital na repartição.*
> *Por não especificar o número de vezes que o edital deva ser publicado (...), entende-se que é uma só, em cada um dos órgãos de comunicação, obrigatória em ambos. (...)." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 162, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*
>
> *"Ao se referir à 'última publicação', o texto parece indicar que haverá mais de uma publicação em cada órgão. Mas a intenção do legislador, parece-nos, foi mesmo referir-se às duas publicações (Diário Oficial e jornal da localidade),*

> *considerando que o edital será veiculado em dias diferentes. Assim, o prazo é contado a partir do dia em que ocorreu a última publicação de um ou de outro desses veículos." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pg. 171, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

Se o servidor tido como estando em local incerto e não sabido tem domicílio em município diferente daquele em que exerce seu cargo, o edital em jornal de grande circulação deve ser publicado em jornal da localidade de exercício do cargo (trata-se do instituto do domicílio necessário do servidor, conforme o art. 76 do CC).

> *CC - Art. 76. Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso.*
> *Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença.*

Destes editais de citação devem constar nome do presidente da comissão, nome do servidor, o comando para que apresente sua defesa escrita no prazo de quinze dias, o endereço da sala de instalação da comissão e o direito de vista dos autos. A comissão deve juntar aos autos uma via destes editais, com o recorte de suas publicações. Na hipótese de o processo ser digital e o indiciado estar na ativa (e não licenciado ou afastado), os editais devem informar ainda a possibilidade de os autos serem consultados a qualquer tempo e que a defesa pode ser encaminhada por intermédio da funcionalidade solicitação de juntada de documento (SJD) do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo).

Havendo mais de um servidor nesta situação, a citação por edital será coletiva.

O servidor será considerado citado para apresentar defesa justamente na data de publicação do último edital (não há que se confundir com o mandamento do parágrafo único do art. 163 da Lei n° 8.112, de 11/12/90, com o qual se traria à tona interpretação equivocada de que a citação somente se configuraria em quinze dias após a última publicação).

Além disto, se as circunstâncias recomendarem, convém o presidente comunicar ao chefe imediato do servidor, à Superintendência (ou Gerência) Regional de Administração da Diretoria de Administração e Logística da Secretaria de Gestão Corporativa da Secretaria-Executiva do ME (ME/SE/SGC/DAL/SRA ou ME/SE/SGC/DAL/GRA) e ao respectivo Chefe do Serviço Médico da jurisdição que o servidor está respondendo a processo disciplinar e encontra-se em lugar incerto e não sabido, solicitando que seja comunicado à comissão seu eventual comparecimento a estas unidades ou órgãos, para fim de imediata citação.

Recomenda-se também solicitar à autoridade instauradora que, se o servidor se apresentar, não lhe sejam concedidas férias ou outros afastamentos que a lei atribua ao administrador poderes discricionários para sua concessão, enquanto for necessário o seu comparecimento perante a comissão.

Decorridos mais de trinta dias de ausência injustificada do servidor ao serviço, a autoridade instauradora providenciará a imediata abertura de novo processo administrativo disciplinar (PAD) para apurar o suposto abandono de cargo.

Por ser este o momento processual para o qual expressamente o Estatuto prevê tal remédio, deve-se novamente lançar mão do emprego do edital para tentar citar o servidor que já fora notificado para acompanhar o processo por edital e que também foi notificado dos atos instrucionais por editais, conforme **4.3.5.2** e **4.4.3**. Em outras palavras, à vista da expressa determinação legal para este momento da citação, não se recomenda eleger princípios como do formalismo moderado ou da economicidade para diretamente declarar este indiciado como

revel e para designar defensor dativo, sem antes atender à necessária formalidade de se tentar trazer aos autos o próprio servidor, citando-o por edital, conforme exige o art. 163 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Por fim, depreende-se do art. 76 do CC, acima reproduzido, que, tendo o réu preso paradeiro certo, ao indiciado nesta condição não se aplica a citação por edital. No mesmo sentido é a clara determinação do art. 360 do CPP, com a qual se harmoniza a doutrina. Em que pese a especificidade da situação, para fins administrativos, deve a comissão, ao máximo possível, tentar empregar o procedimento comum de citação, seja por meio de diligência ao presídio ou unidade carcerária, seja requerendo ao juízo da vara de execuções penais a apresentação do preso ao órgão administrativo, ressalvando-se apenas a recomendação de também entregar uma cópia a seu procurador, caso exista. Extensivamente, também se assevera que não é caso de empregar edital para indiciado que encontra internado em estabelecimento hospitalar em razão de tratamento de sua saúde.

> *CPP - Art. 360. Se o réu estiver preso, será pessoalmente citado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 01/12/03)*
>
> *Formulação Dasp nº 273. Prazo de Defesa*
> *O indiciado que esteja preso não tem direito, só por isso, a prazo em dobro para apresentação de defesa.*
>
> *"O servidor preso será citado pelo membro da comissão, em diligência ao presídio. Ou, então, será requerida ao Juiz titular da Vara de Execuções Penais a apresentação do preso no órgão público, quando será procedido o ato citatório." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pg. 174, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

O edital também não deve ser empregado na hipótese de o servidor estar em local sabido no exterior. Neste caso, conforme já mencionado em **4.8.1.1**, um dos remédios jurídicos aceitos é o emprego de ofício, via autoridade consular.

4.8.2.3 - Indiciado em Local Conhecido e que se Oculta para Não Receber a Citação

Um terceiro incidente pode ainda ocorrer, como uma situação intermediária às duas anteriormente descritas: o indiciado tem paradeiro certo e conhecido, mas oculta-se, para não ser citado, quando um dos membros da comissão (o presidente ou indistintamente qualquer dos dois vogais, não sendo necessária a formalidade de estarem presentes os três integrantes) ou um integrante do grupo de atividades administrativas dos Escor que porventura o possuam ou ainda qualquer servidor do Escor vai a seu encontro (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros).

A rigor, não se trata do primeiro caso, em que o portador efetivamente encontra o indiciado e ele se nega a assinar a citação. Tampouco se trata do segundo caso, em que a comissão sequer sabe onde encontrá-lo. Aqui, a comissão sabe onde o indiciado pode ser encontrado, mas, diante de sua estratégia de se ocultar, não logra ficar diante dele para tentar lhe entregar a citação. A hipótese ora tratada alberga, por exemplo, a situação, enfrentada com certa frequência, em que o portador da citação dirige-se à residência do servidor ativo, que, por qualquer motivo, não está comparecendo ao seu local de serviço (ou também no caso de se tratar de inativo ou de ex-servidor), e quem o atende até confirma que ele ali reside mas informa que não se encontra no momento e que não sabe dizer quando estará presente.

Neste caso, primeiramente, deve a comissão conseguir demonstrar nos autos que são conhecidos os locais de trabalho e de residência onde pode ser encontrado o servidor ativo ou o local de residência onde pode ser encontrado o inativo ou o ex-servidor. Por local de

residência entendam-se o(s) endereço(s) residencial(is) declarados nas diversas bases de dados ao dispor da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, tais como nas bases de dados disponíveis no macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas (mais especificamente no Sistema de Apoio às Atividades Administrativas - SA3) ou nos processos de trabalho de arrecadação e de fiscalização (tais como no Sistema de Cadastro Pessoas Físicas - CPF e nas declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - DIRPF).

Além disto, deve também registrar nos autos algumas tentativas de encontrá-lo neste(s) local(is), em diferentes dias e horários, redigindo atas de deliberação e termos de ocorrência - com identificação daqueles que as realizaram, data e hora e coletando, se possível, testemunho assinado de colegas de trabalho e de superiores hierárquicos ou de familiares, empregados, vizinhos, amigos, porteiros ou quaisquer outros prepostos -, com que se comprovem as sucessivas idas infrutíferas àquele(s) endereço(s), a saber, à unidade de lotação ou de exercício e ao endereço residencial do servidor ativo ou ao endereço residencial do inativo ou do ex-servidor. Como referência, pode-se mencionar a quantidade de duas tentativas, conforme estabelecido no *caput* do art. 252 do CPC - ressalvando-se que pode ocorrer de, na segunda ou na terceira ou até em mais idas sucessivas, de fato, a comissão se deparar com ausências justificáveis do indiciado, não podendo se tomar a referência de duas tentativas como limite fatal. A questão crucial no presente tema não reside no simples esgotamento de três idas ao local em que se presumia poder encontrar o indiciado, mas sim na existência de indícios de que este intencionalmente se oculta.

Por óbvio, caso o servidor tenha procurador constituído nos autos, o problema pode ser resolvido com a simples ida ao procurador.

Configurada então a hipótese em tela, uma última tentativa prática de solucionar o incidente - antes de se buscar apoio jurídico em integração com outras leis -, seria de quaisquer dos possíveis portadores da citação se revezarem no(s) tal(is) local(is) conhecido(s), no máximo de tempo possível de abrangência, para ostensivamente tentarem encontrar o indiciado. Restando também esta estratégia infrutífera ou até mesmo desaconselhável (por exemplo, por questões de segurança pessoal dos portadores), pode-se buscar uma solução no CPP, eleito como primeira fonte de integração na processualística disciplinar em caso de lacuna tanto na Lei n° 8.112, de 11/12/90, quanto na Lei n° 9.784, de 29/01/99. O *caput* do art. 362 do CPP, por sua vez, remete ao procedimento estabelecido nos arts. 252 a 254 do CPC (atualizando a remissão aos arts. 227 a 229 da revogada lei processual civil).

> *CPP - Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008)*
>
> *CPC - Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.*

Segundo os mencionados arts. da lei de processo civil, quando há suspeita de que o réu se oculta, deve ser intimada qualquer pessoa da família ou um vizinho ou um amigo ou ainda porteiros e outros prepostos ou empregados do condomínio ou residência de que o oficial retornará no dia útil imediato, na hora que designar, para proceder ao ato de comunicação (a chamada “citação com hora certa “), aqui aplicados extensivamente como última tentativa de a comissão encontrar pessoalmente o servidor. Assim, na hipótese em que há indícios de que o indiciado, embora de paradeiro certo e conhecido, não é encontrado no local onde seria esperado, em decorrência de intencionalmente se ocultar da comissão, será considerado citado

na data previamente aprazada, mesmo que nesta oportunidade novamente não seja encontrado.

Nesta instrumentalização excepcional, de se destacar que deve o emissário portar consigo a citação já pronta (para a hipótese de lograr o encontro pessoal), registrar em termo de ocorrência mais uma ida infrutífera à residência do indiciado (no mínimo, a segunda vez) e intimar um parente, vizinho, amigo, porteiro, empregado ou preposto a comunicar ao agente que o colegiado retornará em dia imediatamente posterior e em horário previamente determinado, a fim de proceder à citação e levar aos autos aquele termo e uma via recibada desta intimação.

Interessante destacar que, a exemplo do que se pontuou para o caso da citação em processo civil por via postal, o CPC, no parágrafo único do art. 252, ratificou a validade da intimação a porteiros ou demais empregados em caso de o indiciado residir em condomínio ou qualquer outra espécie de moradia com controle de acesso, sendo certo que alcança também o empregado doméstico da sua própria unidade residencial.

> *CPC - Art. 252.*
> *Parágrafo único. Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a intimação a que se refere o caput feita a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.*

Todos estes registros servem de prova das sucessivas idas infrutíferas da comissão àqueles endereços - sobretudo ao residencial - e das recomendações deixadas com quem atendeu o portador para que informasse o indiciado quando se retornaria para tentar novamente encontrá-lo. A cada diligência no endereço residencial, deve-se buscar extrair o máximo de informações de parte de quem atende (seja para lograr um meio seguro de enfim encontrar o indiciado, seja para deixar inequívoco nos autos a sua estratégia de se esquivar da comissão), tais como confirmação de que o agente realmente reside naquele endereço, as razões da sua ausência, a previsão de horário de retorno, o horário em que é mais provável encontrá-lo em casa ou ainda alguma outra forma de contato.

Para este último deslocamento, em que se presume a necessidade de redigir um termo conclusivo quanto aos incidentes de ocultação e qualificador da condição de citado, convém que vá um dos integrantes da comissão. Na data e horário aprazados, novamente não encontrando o servidor, após consignar com quem atender que o agente foi informado do comparecimento anterior do signatário e da data e do horário marcados para esta última tentativa e coletar as informações da razão de sua ausência, conforme o *caput* e o § 1º do art. 253 do CPC, deve o integrante da comissão lavrar novo termo de ocorrência, em duas vias, em que se registram a ausência do indiciado e que não se dispõe de previsão de seu horário de retorno, a consideração de que a citação e o nome da pessoa que lhe atender, deixando uma via do termo com esta pessoa, como a contrafé a que se refere o § 3º do mesmo dispositivo legal, e levando a outra via para os autos.

Acrescente-se que, de acordo com o § 2º do art. 253 do CPC, a ausência do parente ou vizinho que havia sido intimado ou a sua recusa em receber o ato de comunicação não impedem que se efetive o ato com hora certa.

Obviamente, em nenhum dos dois momentos, pode o portador deixar a citação em si (embora convenha que sempre a porte já pronta) e muito menos cópia do processo com um estranho aos autos. Por fim, autuados os termos de ocorrência e com a citação, deve a comissão remetê-los, no prazo de dez dias contados da autuação, juntamente com cópia integral dos autos, na via postal, com aviso de recebimento (AR, em que o remetente preenche um formulário próprio, que lhe é devolvido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, assinado e datado por quem recebeu a postagem, comprovando que a remessa foi entregue e quando o foi), para o endereço residencial do indiciado, conforme o art. 254 do

CPC.

> *CPC - Art. 253. No dia e na hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou à residência do citando a fim de realizar a diligência.*
> *§ 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca, seção ou subseção judiciárias.*
> *§ 2º A citação com hora certa será efetivada mesmo que a pessoa da família ou o vizinho que houver sido intimado esteja ausente, ou se, embora presente, a pessoa da família ou o vizinho se recusar a receber o mandado.*
> *§ 3º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com qualquer pessoa da família ou vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.*
> *Art. 254. Feita a citação com hora certa, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu, executado ou interessado, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência.*

Verifica-se abaixo que a Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GM-3, já se manifestou pelo emprego do remédio previsto na lei civil em caso de ocultação. Assim também é a manifestação da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 11, de 30 de outubro de 2015. O mesmo se aplica à doutrina.

> *Parecer AGU nº GM-3, não vinculante: "Ementa: O Direito Disciplinar rege-se por normas específicas e independentes do Direito Penal, inexistindo viabilidade jurídica de serem aproveitadas normas criminais, por via analógica, a fim de nulificar processo disciplinar por haver-se efetuado a citação por hora certa com vistas à apresentação de defesa.*
> *6. A maneira como se efetua o chamamento para o indiciado apresentar sua defesa encontra-se prescrita na Lei nº 8.112, art. 161, § 1º: "será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão". O sentido literal desse comando, por si só, é suficiente para demonstrar a validade do procedimento consistente em o indiciado receber o mandado expedido pelo presidente do colegiado. É norma desprovida da rigidez que representaria a exigência de que se efetuasse a citação, exclusivamente, por edital, em se esquivando o indiciado de recebê-la.*
> *7. A execução do ato processual de citação por hora certa atende à literalidade e à finalidade do art. 161, tanto que nessa maneira de atuar não se vislumbra qualquer dano para o exercício do direito de ampla defesa."*
>
> *Enunciado CGU/CCC nº 11, de 2015: "Citação por hora certa no procedimento disciplinar. No âmbito do Processo Disciplinar, a citação poderá ser realizada por hora certa, nos termos da legislação processual civil, quando o indiciado encontrar-se em local certo e sabido, e houver suspeita de que se oculta para se esquivar do recebimento do respectivo mandado".*
>
> *"A citação por hora certa aplica-se àqueles casos em que há suspeita de que o servidor indiciado está se ocultando para não receber a citação ou a notificação.*
> *Subsidiariamente, aplica-se o Código de Processo Civil (art. 227 e 228) quando, por três vezes o membro-secretário procurar o servidor indiciado para entregar a citação e não o encontrando em casa ou no trabalho, poderá intimar o chefe imediato de que no dia posterior voltará, durante o expediente normal da repartição, a fim de efetuar a citação, na hora designada.*
> *No dia e hora designados, o membro-secretário comparecerá no setor onde trabalha o servidor indiciado, a fim de realizar a diligência.*
> *Se o servidor indiciado não estiver presente, o membro-secretário procurará se*

informar das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o indiciado tenha se ausentado do setor, com o intuito de se esquivar do ato.
O membro-secretário lavrará certidão da ocorrência e deixará contrafé (cópia) com o chefe imediato do servidor indiciado, mencionando-o na respectiva certidão.
Após, o colegiado registrará tudo em ata e o presidente determinará que seja enviada ao servidor indiciado, para sua residência, por carta registrada com AR de 'mão própria', cópia da certidão e do mandado, dando-lhe ciência." Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pg. 363, Editora Fórum, 1ª edição, 2007

Acerca do posicionamento adotado pela CGU para superar a estratégia de ocultação do servidor a fim de não receber a notificação inicial de sua condição de acusado, eis que deixou de haver qualquer dúvida de que o órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) também contempla o emprego da ferramenta da hora certa para este momento processual. A saber, a Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, no § 9º do seu art. 33, estendeu o emprego da hora certa para suprir a comunicação de qualquer ato processual.

IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 33.
§ 9º Para a realização dos atos de comunicação, admite-se a utilização da citação por hora certa, nos termos da legislação processual civil, quando o acusado ou indiciado encontrar-se em local certo e sabido e houver suspeita de que se oculta para se esquivar do recebimento do respectivo mandado.

4.8.3 - Prazos Originários para Defesa Escrita e Prorrogação

Na regra geral, havendo apenas um indiciado, o prazo de defesa é de dez dias contados da data da citação. Havendo mais de um indiciado, o prazo passa a vinte dias contados da data em que o último servidor foi citado, de forma que o prazo termina para todos no mesmo dia. Estes prazos se estendem para a hipótese de recusa de assinar a citação, contando-se da data do incidente consignado em termo com dois testemunhos.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 161.
§ 1º O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição.
§ 2º Havendo dois ou mais indiciados, o prazo será comum e de 20 (vinte) dias.
§ 3º O prazo de defesa poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis.
§ 4º No caso de recusa do indiciado em apor o ciente na cópia da citação, o prazo para defesa contar-se-á da data declarada, em termo próprio, pelo membro da comissão que fez a citação, com a assinatura de 2 (duas) testemunhas.

Formulação Dasp nº 273. Prazo de defesa
O indiciado que esteja preso não tem direito, só por isso, a prazo em dobro para apresentação de defesa.

"Quando começa a contagem do prazo, quando são dois ou mais indiciados? Da data do recolhimento do último mandado de citação, pois só então os indiciados, todos eles, estarão cientes da informação em sua inteireza, e o prazo, na forma da lei, é comum a todos." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 160, Editora Consulex, 2ª edição, 1999

No caso de citação por edital, o prazo de apresentação de defesa é de quinze dias contados a partir da última publicação. Na instância disciplinar, o edital, quando previsto, não é simplesmente afixado na repartição, mas sim devidamente publicado em DOU e em jornal

de grande circulação, o que lhe confere presunção de imediato conhecimento. Assim, não se cogita da interpretação de que o prazo de quinze dias seria tão somente para supor o conhecimento do edital para então, a partir daí, se somar o prazo de dez (ou vinte) dias para o(s) indiciado(s) apresentar(em) defesa.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 163. Achando-se o indiciado em lugar incerto e não sabido, será citado por edital, publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para apresentar defesa.*
> *Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, o prazo para defesa será de 15 (quinze) dias a partir da última publicação do edital.*
>
> *"Se estas publicações [em cada um dos órgãos de comunicação] não forem simultâneas, o prazo para defesa, que é de 15 (quinze) dias, começa a ser contado da data da última dessas publicações. A expressão 'última publicação' tem sentido em relação a serem estas feitas em datas diferentes, e não com relação ao número de vezes em cada jornal." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 162, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Não obstante, caso o indiciado se apresente em função do edital, deve a comissão consignar o fato em termo, extraído em duas vias e assinado também pelo servidor, dele fazendo constar o prazo de quinze dias para apresentação de defesa e a abertura de vista do processo no local de instalação (nesta hipótese, a favor da defesa, pode a comissão conceder o prazo de quinze dias a partir somente da data do termo e não desde a publicação do último edital). Ademais, empregando-se citação por edital para mais de um indiciado, convém conceder a todos o prazo de vinte dias para a defesa (art. 161, § 2º, Lei nº 8.112, de 11/12/90).

Embora a Lei n° 8.112, de 11/12/90, ao estabelecer a regra geral da contagem de prazos, em seu art. 238, tenha disposto que apenas o termo final deve recair sobre dia de expediente normal, nada impede que, a favor da parte, se estenda o § 3º do art. 224, do CPC, também iniciando a contagem somente a partir do primeiro dia útil após a formalização da citação (qualquer que tenha sido sua forma). Assim, se a citação se deu em uma sexta-feira, ao invés de se contar o prazo de defesa a partir do sábado, pode-se fazê-lo a partir da segunda-feira subsequente.

> *CPC - Art. 224.*
> *§ 3º A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.*

Pode ocorrer de, no prazo para apresentar defesa, o indiciado solicitar a realização de algum ato de instrução probatória, seja a seu próprio encargo, seja a encargo da comissão. No presente tópico, se concentrará apenas na definição do novo prazo para este tipo de incidente; a questão da pertinência material do pedido será apreciada em **4.8.4**. Uma vez que não caberia à comissão conceder prazo para si mesma, a previsão legal para este tipo de incidente (art. 161, § 3º da Lei nº 8.112, de 11/12/90) parece se aplicar de forma mais adequada à hipótese de o ato solicitado ser realizado a encargo do próprio acusado, cabendo tão somente à comissão - se entender pertinente - conceder a prorrogação do prazo de defesa pelo dobro.

A redação do dispositivo legal pode deixar dúvida se esta prorrogação "pelo dobro" significa acrescentar ao prazo originário mais o seu dobro ou se significa conceder prorrogação igual ao prazo originário, de forma que o total fique o dobro. Tomando o exemplo de processo administrativo disciplinar *stricto sensu*, é pouco provável que o legislador tenha, a princípio, considerado que dez dias seriam suficientes para defesa de um único acusado e, mediante provocação da parte, acrescentasse mais vinte dias, atingindo um total tão maior de trinta dias. Também milita a favor desta tese ao se imaginar que o apuratório em si teria um prazo de apenas sessenta dias para ser relatado pela comissão, podendo ser prorrogado por até mais sessenta. Ora, por mais que se cuide de homenagear e

preservar os direitos da parte, parece desproporcional conceder, no caso de dois acusados, um prazo prorrogado de defesa que, alcançando sessenta dias, consumiria toda a prorrogação concedida pelo legislador para a feitura do processo propriamente dito. Opta-se, portanto, pela interpretação de que a prorrogação é pelo mesmo prazo originário, de forma que o prazo total fica duplicado: um acusado, prorroga-se por mais dez dias, totalizando vinte; mais de um acusado, prorroga-se por mais vinte dias, totalizando quarenta.

> *"O § 3º dá a entender que essas averiguações devem ser feitas dentro do prazo para defesa, prazo que poderá ser duplicado. Assim, poderá ser de 20 dias, para um só indiciado, ou de 40 dias, e comum a todos, se forem dois ou mais (...)." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 160, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Já na hipótese de se deferir o pedido de realização de ato de instrução a cargo da comissão (perícia, diligência ou testemunho, o que é mais frequente), melhor se adequa que se suspenda o prazo de defesa, retomando-o, do ponto em que parou, após a feitura do ato. O mesmo se aplica, em hipótese mais excepcional, se a própria comissão toma a iniciativa de realizar ato de instrução após ter indiciado o servidor.

De uma forma ou de outra, havendo mais de um indiciado, a prorrogação ou a suspensão beneficia os demais, que, se já tiverem entregue suas defesas, poderão aditar novas razões.

Ademais, todas as discussões acima acerca de prazo não são de grande relevância, visto que a comissão tem autonomia até para, com boa motivação a favor da ampla defesa, desde que entenda ser realmente necessário e não protelatório, deliberar concedendo prorrogação maior que o prazo legal. Em síntese, como geralmente o pedido de prorrogação de prazo é apresentado pela defesa, recomenda-se que seja deferido pela comissão - pelo menos um primeiro pedido, devendo ser analisado com maior rigor por parte da comissão em caso de sucessivos pedidos de prorrogação -, a fim de que não seja posteriormente alegado cerceamento de defesa.

"Até mesmo quarenta dias poderão eventualmente provar os indiciados serem insuficientes. Restará, nesse caso, à comissão processante o dilema: cumprir a lei ou ver seu procedimento, todo, eventualmente anulado por decisão judicial. Sobre a lei, é evidente, predomina a Constituição." Ivan Barbosa Rigolin, "Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis", pg. 270, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995

Independentemente da forma de citação, conforme já abordado em **4.4.2.1**, na processualística disciplinar, em que não há partes litigantes e em que o princípio da verdade material atua em simultaneidade com o princípio do formalismo moderado, diferentemente dos ritos processuais judiciais, não é de se falar de rigorosa preclusão temporal contra o indiciado, uma vez que concessões e tolerâncias a favor da defesa não geram prejuízo a interesses de parte oponente - visto não existir esta parte antagônica. Daí, como reflexo desta construção, ratificando o acima exposto, aceita-se a mitigação da preclusão temporal de prazo de entrega da peça escrita de defesa, podendo a comissão conceder prorrogações além do previsto na Lei.

Prosseguindo na mesma toada, uma vez que o indiciado pode complementar a defesa até o último dia do prazo legal, formalmente, a comissão somente pode iniciar e, sobretudo, concluir e entregar o relatório após esgotado o prazo de defesa, ainda que o servidor declare expressamente abrir mão da parcela restante. É de se atentar que pode ocorrer de o indiciado entregar sua peça escrita ainda antes do término do prazo de dez, quinze ou vinte dias, ou de suas respectivas prorrogações, que possuía para fazê-lo. Neste caso, novamente relembrando a mitigação que sofre o instituto da preclusão - sobretudo a preclusão consumativa - em instância disciplinar, pode o indiciado, ainda dentro do prazo, aditar aquela primeira peça de

defesa com outra. E, se ocorrer de o servidor entregar sua peça de defesa escrita logo no início do prazo, mesmo que porventura a comissão consiga concluir o relatório ainda antes do se esgotar aquele prazo, não convém entregar o relatório. Pode o indiciado, ao final do prazo, querer aditar sua peça escrita e neste caso, a comissão já terá se desfeito com a entrega do relatório. Para evitar este incidente, mesmo que o servidor tenha manifestado expressamente que abria mão do restante do prazo após a entrega da primeira peça e que a comissão conclua seu relatório ainda dentro do prazo de defesa, convém aguardar o transcurso de todo o prazo.

Além disto, qualquer que seja a forma de citar, recomenda-se dar uma pequena tolerância de alguns dias após o término do prazo, antes de se decretar a revelia (conforme já se aduziu em **4.8.5.1**). Neste rumo, se o indiciado traz sua defesa alguns dias após o vencimento, com alguma justificativa plausível (mesmo que apenas verbal), convém recepcioná-la, sem prejuízo de registrar a intempestividade e que a deliberação decorre de observância dos princípios da ampla defesa e do formalismo moderado. Admite-se que a melhor defesa é a apresentada pelo próprio servidor ou por seu procurador.

4.8.4 - Defesa Escrita

Após a instrução (que vai desde os atos iniciais da comissão, passando pela busca de prova e fechando com a indiciação), a segunda fase do processo, chamada inquérito administrativo, prossegue com a defesa.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:*
> *I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;*
> *II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;*
> *III - julgamento.*

Em função do princípio do formalismo moderado que vigora no processo administrativo disciplinar, o único requisito de forma que se impõe sobre a defesa é que seja escrita. A defesa pode ser feita pelo próprio indiciado ou por seu procurador já devidamente qualificado no curso do processo ou apresentado, com o devido mandato, apenas para efetuar este ato. Tampouco se exige do próprio servidor ou do seu procurador que possua formação jurídica e que seja advogado. Mas, em atenção à tipificação do crime de advocacia administrativa, a defesa não pode ser feita por outro servidor (a menos da exceção da defesa dativa, em que o servidor designado formaliza a defesa de outro com a excludente de ilicitude do cumprimento do dever legal).

Obviamente, a citação e a defesa (além da notificação inicial como acusado, da intimação para interrogar e da indiciação) são peças essenciais no processo em que se cogita de responsabilização funcional. É inadmissível passar direto da instrução probatória para a conclusão contrária ao servidor sem formalizar acusação e sem apreciar defesa.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 161.*
> *§ 1º O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição.*
>
> *Formulação Dasp nº 47. Direito de defesa*
> *Com base em processo disciplinar, não se pode punir por infração, embora leve, de que o acusado não se tenha defendido.*

Pode ocorrer de, no prazo para apresentar defesa, o indiciado solicitar a realização de algum ato de instrução probatória, seja a seu próprio encargo, seja a encargo da comissão - embora a Lei nº 8.112, de 11/12/90, no art. 161, 3º, ter mencionado apenas realização de diligências, pode-se adotar uma interpretação extensiva para o termo, abrangendo outros tipos

de atos de instrução. Tanto no caso de ato a ser realizado pelo próprio acusado, sem participação da comissão e para o quê a defesa entende ser necessário prorrogar o prazo, e sobretudo no caso em que o acusado solicita a realização de ato a ser conduzido pela comissão, antes de apreciar o pedido, pode o colegiado intimar o acusado a justificar a sua pertinência. Com isto, a comissão adquire maior respaldo para, se for o caso, indeferir ou acatar o pedido, à luz do art. 156, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90. A questão dos prazos para este tipo de incidente já foi abordada em **4.8.3**.

É de se afirmar que, a rigor, nos termos sistemáticos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a fase adequada e própria para realização de atos probatórios é a instrução e não durante o prazo de apresentação de defesa escrita. A realização de atos instrucionais na fase de defesa deve ser compreendida, tanto pela comissão quanto sobretudo pelo acusado, como algo excepcional.

Assim, pedidos intempestivos de realização de ato de instrução probatória se, de um lado, à vista da busca da verdade material, não devem ser indeferidos de forma liminar, de outro lado, devem merecer um forte grau de crivo e de depuração de sua pertinência e de sua indispensabilidade. Não se justificando o deferimento, a comissão não deve se posicionar como refém da defesa e não deve hesitar em redigir ata de deliberação ricamente motivada com as razões de denegação.

Neste rumo, destaque-se a possibilidade de o acusado, na prazo de defesa, solicitar para ser reinterrogado. Caso a comissão não vislumbre nenhum motivo para reinterrogar o acusado, convém indeferir o pedido, já que, se não há perguntas a acrescentar, a manifestação que o servidor intenciona prestar oralmente pode ser realizada por escrito, na peça de defesa, sem nenhum prejuízo.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 8.990, Voto: "Nos termos do art. 151, inciso II, do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, o inquérito administrativo compreende instrução, defesa e relatório. Consoante já assentado por esta Corte, 'na fase instrutória do inquérito administrativo, o servidor figura como acusado e, nessa situação, terá o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, produzir contraprovas, reinquirir testemunhas, devendo, logo após, ser interrogado (artigos 156 a 159 da Lei 8.112/90)' (MS 7074/DF, Rel Min. Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJ7/10/2002). Após a instrução, quando, repita-se, é promovida a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, o servidor é citado para apresentar defesa escrita e, na sequência, é apresentado o relatório pela Comissão Processante. Desse modo, o oferecimento de rol de testemunhas deve se dar na fase instrutória, e não na defesa prévia ao relatório final da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar. Saliente-se, outrossim, que ainda que se quisesse aplicar à espécie o disposto no § 3º do artigo 161 da Lei nº 8.112/90 ('o prazo de defesa poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis'), não demonstrou a impetrante se tratar de diligência indispensável, a impossibilitar sua excepcional realização após a instrução"*

> *STF, Mandado de Segurança nº 22.103, Voto: "A outra alegação de cerceamento de defesa - relativa ao indeferimento, sem motivação, das provas requeridas pelo impetrante por ocasião de sua defesa escrita - não procede, porquanto, para motivar o indeferimento basta o fundamento de que a oitiva de testemunhas e a produção de provas suplementares deveriam ter sido requeridas 'em tempo hábil e não no final do prazo de defesa'. De feito, pelo procedimento previsto na Lei nº 8.112/90, 'é assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial' (art. 156), na fase de instrução (para isso, aliás, é que se faz a citação prévia para esse acompanhamento), não*

> *mais havendo oportunidade de fazê-lo na defesa final - a escrita - que é a etapa que, no inquérito, se segue à de instrução, que se encerra com a tipificação das infrações e com a formulação da indiciação do servidor, especificados os fatos a ele imputados e as respectivas provas. Inexiste, pois, a alegada nulidade, porquanto a motivação do indeferimento da pretensão de produção de novas provas pela circunstância de não ter sido feita oportunamente está correta e é suficiente."*

Destaque-se que, independentemente de quem tenha partido a realização ou juntada de provas no prazo de defesa, à vista do princípio do prejuízo, analogamente ao que se abordou em **4.4.15.7**, somente se justificam a coleta de novo interrogatório (acerca apenas do novo elemento) e, se for caso, o refazimento da indiciação se esta nova prova tem o condão de agravar a convicção originalmente esposada pela comissão. Se o fato novo não altera ou abranda a convicção, não se faz necessário reinterrogar e reindiciar o servidor. E, em especial, sobretudo se a prova foi solicitada pela defesa, presumindo-se que venha ser valorada favoravelmente ao indiciado, faz-se ainda menos provável a necessidade de reinaugurar a instrução probatória.

Por fim, no caso de prova solicitada pela parte, sendo indeferido o pedido, convém notificar o requerente da decisão, não postergando a resposta apenas para a redação do relatório, quando não mais poderá ser contestada.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.464: "Ementa: IV - A comunicação do indeferimento da prova requerida deve operar-se ainda na frase probatória, exatamente para oportunizar ao servidor a interposição de eventual recurso contra a decisão do colegiado disciplinar, sendo defeso à comissão indeferi-lo quando da prolação do relatório final."*

A rigor, nos termos exigidos pelos arts. 3º, 4º e 6º da Portaria Coger-ME nº 12.456, de 29 de novembro de 2019, a comissão deve alimentar a base de dados externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, da Controladoria-Geral da União - CGU), informando a coleta da defesa do indiciado. Mas, conforme já aduzido em **2.1.1**, o sistema nem sequer tem este campo específico, agregando o registro de indiciação, defesa e relatório em um único campo. Na prática, enquanto perdurar esta limitação do sistema, a própria CGU recomenda, no manual do sistema, que a comissão registre neste campo a indiciação (quando não houver este ato, o registro deve informar a elaboração do relatório).

4.8.5 - Revelia e Defesa Dativa

4.8.5.1 - A Indisponibilidade do Direito de Defesa

Conforme aduzido em **4.3.6.3**, não há amparo, em instância disciplinar, para a comissão designar defensor *ad hoc* ou solicitar à autoridade instauradora a designação de defensor dativo com o objetivo de acompanhar ato de instrução de que o acusado foi regularmente notificado mas não compareceu e nem se fez representar.

Ressalte-se que aquele incidente se dá no curso da instrução processual, quando a comissão, em homenagem precipuamente ao princípio do contraditório, propicia ao servidor, com a regular notificação, a faculdade de ele, se assim quiser, acompanhar a realização do ato instrutório e contrapor-se, atuando também na realização do ato formador de convicção. Em síntese, a máxima constitucional para este momento processual é de se garantir ao acusado a possibilidade de estabelecer um diálogo, em busca de uma relação processual equilibradamente dialética com a comissão, mas sem lhe obrigar a tal participação.

Não obstante, ainda que o acusado, a seu exclusivo critério, opte por não exercitar a

prerrogativa de participar, não se pode confundir tal estratégia com a admissão de que o direito de defesa no processo administrativo disciplinar é disponível. Isto porque, em momento processual posterior, não se poderá avançar no sentido da responsabilização administrativa sem o requisito essencial da peça escrita de defesa. A Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seu art. 164, no momento de maior relevância para o interesse do acusado, agora muito mais atenta ao princípio da ampla defesa do que ao contraditório assegurado na busca de provas, tratou de prever remédio excepcional para que o processo não siga para julgamento sem a efetiva manifestação por escrito a favor do indiciado (nem que seja feita por outra pessoa), conforme se verá a seguir, quando o servidor se omite de apresentar defesa, e também em **4.8.5.2**, quando até apresenta defesa, mas o faz de forma absolutamente inócua ou ainda quando se declara tecnicamente incompetente para fazer a sua peça de defesa e solicita a designação de um defensor para fazê-lo.

No primeiro caso, pode ocorrer de o servidor não exercer seu direito de apresentar defesa escrita. Chama-se revel o indiciado que, regularmente citado, não apresenta defesa escrita no prazo legal. Devido à indisponibilidade do direito de defesa, mesmo que o indiciado de forma expressa ou tácita renuncie a este direito, a sua manifestação de vontade não terá valor jurídico no sentido de tornar verdadeira e incontroversa a imputação - em razão da busca da verdade material no processo disciplinar, a ausência de defesa não significa acatamento da acusação; por isto, a necessidade de indicação de defensor dativo. Em outras palavras, a declaração de revelia traz aos autos um único efeito: a imposição de a autoridade instauradora nomear defensor dativo, a fim de suprir o direito indisponível de ampla defesa de se ter uma peça contra-argumentativa escrita.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 164. Considerar-se-á revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal.*
> *§ 1º A revelia será declarada, por termo, nos autos do processo e devolverá o prazo para a defesa.*
> *§ 2º Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

Neste caso, após o final do prazo para a apresentação da defesa escrita, deve a comissão declarar, em termo próprio, a revelia e solicitar, por correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), à autoridade instauradora a designação de defensor dativo para proceder à defesa. A designação do defensor dativo é exclusiva da autoridade instauradora, por meio de portaria de pessoal, não cabendo à comissão ou ao acusado.

> *"Se forem vários os indiciados e apenas alguns apresentarem defesa escrita, a falta das restantes deverá ser suprida pela autoridade instauradora, de ofício (...), pois a defesa assim apresentada não poderá ser aproveitada pelo ausente." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 166, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

É de se destacar que não se confunde este instituto da revelia (de ausência de defesa escrita), tão somente para o qual a Lei prevê o remédio necessário do defensor dativo, com o fato de o acusado, apesar de regularmente notificado, abrir mão da prerrogativa legal de acompanhar o inquérito e não comparecer a atos de instrução. Nesta situação, conforme já aduzido em **4.3.6.3** e em **4.4.3**, não há previsão legal para se solicitar à autoridade instauradora a designação de defensor dativo (e nem mesmo para a comissão designar defensor *ad hoc* apenas para o ato).

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/6.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/6: "10. Se o exercício da defesa e a consequente indicação de procurador no PAD são escolhas exclusivas do acusado, nem a CI nem a autoridade instauradora podem nomear defensor dativo ou ad hoc caso esse agente público ou o seu mandatário, embora regularmente notificado um deles, não acompanhem o processo ou não compareçam para a realização de ato instrutório, uma vez que a Lei nº 8.112, de 1990, somente previu a designação de defensor dativo no art. 164, para a hipótese de indiciado revel durante a subfase de defesa - e sequer exigiu que ele seja bacharel em direito:"*

Para o defensor dativo, a Lei, em seu art. 164, § 2º, exige apenas que seja servidor, podendo não ser estável. A expressa literalidade da Lei prevê que o defensor dativo seja obrigatoriamente servidor. Em outras palavras, não pode a autoridade instauradora designar como defensor dativo qualquer procurador e nem mesmo advogado estranho aos quadros do serviço público. Não obstante, embora não exigido no texto legal, convém que a autoridade instauradora designe servidor que tenha formação jurídica ou pelo menos que tenha conhecimentos da processualística disciplinar, além de conhecer a área técnica específica sobre a qual versa o caso específico.

Esta questão traz uma discussão jurídica interessante, com uma interseção com o Direito Penal. *A priori*, o inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, elenca como proibição estatutária servidor atuar como procurador ou intermediário, configurando infração grave punível com pena expulsiva. E aqui, se tem o serviudor atuando como defensar de outro. De imediato, se teria na espécie uma conduta objetivamente prevista na lei estatutária como infração, sendo, portanto enquadrável, mas ainda assim sem alcançar o patamar da intolerância administrativa por não ter o componente da antijuridicidade, vez que cometida sob uma das quatro excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), a saber, o cumprimento de dever legal. A conduta funcional em tela não seria cometida por livre arbítrio doloso do servidor com intenção de afrontar a Lei mas sim por cumprir a determinação superior para que atue como defensor do acusado revel, suprindo os inafastáveis princípios do devido processo legal, do contraditório e da amplitude de defesa. Embora enquadrável, ou seja, perfaça o primeiro requisito da definição infracional, não aperfeiçoa o aspecto material da ilicitude porque lhe falta o segundo componente, que é o caráter antijurídico, de afrontar o Direito.

> *CP - Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*
> *I - em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *II - em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *IIII - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

O ordenamento, em sua visão macro e sistemática, comporta coerência. Trata-se de determinada proibição estatutária cuja infringência, em específica situação, se dá sob o pálio do cumprimento de determinado dever legal também estatutário. Ora, se o ordenamento prosseguisse com a imputação daquele daquela proibição e previsse sanção a sua infringência, cairia em incoerência, uma vez que cumprir o dever de atuar como defensor dativo de acusado revel não se amolda com ser conduta punível.

Além de determinar ser o defensor dativo um servidor, exigem-se, alternativamente, os mesmos requisitos previstos para o presidente da comissão em relação ao acusado: ocupar cargo de nível igual ou superior ao do indiciado ou de grau de escolaridade igual ou superior ao do indiciado, bastando ter atendido um dos dois critérios. Ver interpretações exaradas dos Pareceres AGU nº GQ-12 e nº GQ-35, em **4.2.4.3**.

> *"Observa-se que para a designação de defensor dativo, basta que o servidor seja ocupante de cargo efetivo, não se lhe impondo a exigência da estabilidade." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do*

Servidor Público Civil da União", pg. 161, Editora Forense, 2ª edição, 2006

Quanto ao grau (ou nível) de escolaridade, no País, existem apenas três: ensino fundamental, ensino médio e educação superior, conforme o art. 21 da Lei nº 9.394, de 20/12/96 (a Lei de Diretrizes e Bases da Educação). Neste rumo, aduz-se que títulos acadêmicos (tais como mestrado ou doutorado ou pós-graduação *lato sensu*) não estão acima do grau superior, sendo nele enquadrados sem diferenciação.

> *"No tocante ao nível de escolaridade que a lei, agora, passa a exigir como requisito alternativo para o servidor presidir comissão de processo disciplinar, há de ser entendido o alcançado pela conclusão de cursos regulares (1º, 2º e 3º graus, ou seja, fundamental, médio e superior), não sendo levado em consideração, portanto, os cursos de aperfeiçoamento, os de extensão universitária, como mestrado, doutorado ou os de especialização, que apenas qualificam, aprimoram e enriquecem o conhecimento, sem, todavia, elevar ou interferir no nível de escolaridade." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 108, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

De forma geral, os cargos tão somente classificam-se em três níveis, respectivamente associados aos graus de instrução: auxiliar (que requer ensino fundamental), intermediário (que requer ensino médio) e superior (que requer ensino superior). Assim, o posicionamento do servidor nos padrões e classes de sua carreira não se reflete na comparação do nível do cargo. Pode, por exemplo, um servidor detentor de cargo de nível superior e posicionado no padrão inicial da primeira classe atuar como defensor dativo de acusado detentor também de cargo de nível superior e posicionado no mais alto padrão da última classe. Tampouco a complexidade das atribuições legais do cargo se reflete nesta condição legal.

O servidor a ser designado como defensor dativo não pode ter participado de qualquer fase ou ato anterior no processo (representação, sindicância investigativa, fase de admissibilidade, instauração e atos de instrução, atuando como secretário - membro ou quarta pessoa -, perito, testemunha, etc). Embora não haja expressa previsão legal, não é aceitável que servidor que, de alguma forma, tenha atuado na elaboração de peças pré-processuais ou de atos de instrução, seja designado como defensor dativo, uma vez que esta afronta à imparcialidade pode levá-lo à desconfortável situação de ter de impugnar atos por ele mesmo produzidos ou que foram realizados com seu auxílio ou concurso.

> *"Sem motivo justo, não pode o defensor dativo eximir-se da obrigação, que é dever funcional. Mas pode o defensor dativo alegar a existência de um dos impedimentos elencados na Lei. Em havendo algum impedimento, cabe à autoridade instauradora substituir o defensor por outro servidor igualmente habilitado.*
> *Reabre-se o prazo para defesa a partir dessa nova designação." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 167, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Na RFB, pratica-se - sem previsão expressa em norma - recomendação de se designar como defensor dativo servidor lotado em seu próprio sistema correcional. *A priori*, a indicação do defensor dativo recai sobre os Coordenadores do Grupo Nacional de Pareceristas (GNP), a fim de ser indicado um membro deste Grupo, que possui perfil profissional de parecerista. Caso, por razões estratégicas ou logísticas, em determinado caso concreto, não seja possível designar membro do GNP, a demanda deve ser repassada para os Coordenadores do Grupo Nacional de Comissões (GNC), a fim de ser indicado um membro deste Grupo, que possui perfil profissional processualista. Por fim, caso, ainda por razões estratégicas ou logísticas, em determinado caso concreto, também não seja possível designar membro do GNC, residual e excepcionalmente, os Coordenadores devem indicar servidor da RFB estranho ao sistema correcional, atentando-se para o atendimento cumulativo de todos os

critérios legais e técnicos acima listados

A portaria de pessoal de designação do defensor dativo poderá ser publicada no boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, no caso, é o Boletim de Serviço da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - BS RFB), para fins de registro nos assentamentos do servidor. A cautela se justifica, pois esta pode ser a única forma de se amparar o acesso deste servidor aos autos, em eventual deslocamento da sede ou a dedicação de horas de trabalho ao processo. A procedimentalização para a aposição da assinatura digital e para a publicação da portaria de pessoal no BS RFB e a recomendação para que se juntem aos autos a impressão da versão em extensão "*portable document format*" (pdf) da portaria de pessoal e a(s) página(s) do Boletim que a contempla(m) podem ser revistas em **4.2.1.1**, de repetição desnecessária e a cuja leitura se remete.

Como mera recomendação, ainda que seja objeto de expressa previsão legal, não convém que a autoridade instauradora quantifique o prazo de defesa na portaria de pessoal de designação do defensor dativo, podendo apenas consignar "no prazo legal", visto que pode se fazer necessário prorrogação do prazo da defesa dativa, cuja deliberação compete autônoma e exclusivamente à comissão. Caso o defensor dativo solicite prorrogação do prazo, a petição será dirigida à comissão, cabendo ao colegiado, de forma soberana, deliberar pela concessão ou não (motivadamente, sobretudo nesta última hipótese) da prorrogação solicitada. Qualquer que seja o resultado da deliberação, cabe à comissão notificar o defensor dativo. Daí, na hipótese de a comissão deliberar pelo deferimento da prorrogação do prazo para apresentação de defesa dativa, os princípios do formalismo moderado e da instrumentalidade da forma indicam que não é necessário que a autoridade instauradora faça nova portaria de pessoal, estando suprida a formalidade com a ata motivada e a notificação entregue ao defensor.

Também, na mesma linha em que se harmoniza estratégia com homenagem à reserva e à preservação da imagem do acusado, com que se defendeu que a portaria de pessoal instauradora do processo não exponha seu nome, também se recomenda que portaria de pessoal de designação de defensor dativo não indique o nome do revel, fazendo apenas remissão ao nº do processo.

A portaria de pessoal de designação deve expressar a garantia de o defensor dativo ter direito a vista dos autos na sala de instalação da comissão, ao longo prazo de entrega da peça de defesa. Assegura-se ainda, em favor do defensor dativo, o direito de receber cópia integral dos autos. No caso de processo digital, a portaria de pessoal deve ressaltar que há as possibilidades daquele acesso e de apresentação da defesa empregando a funcionalidade de solicitação de juntada de documento (SJD), ambas por meio do Sistema Processo Digital (e-Processo). Para tanto, o defensor dativo deve ser habilitado no sistema para acessar o processo digital. Como tal habilitação também disponibiliza para o defensor dativo a funcionalidade de gerar cópia impressa integral dos autos, dispensa-se a espontânea entrega deste material em suporte documental em papel, reservando-a apenas para a hipótese de expressamente o defensor a solicitar.

Em termos conceituais, o defensor dativo atua no processo efetivamente como se fosse o acusado ou seu procurador. Em primeiro lugar, isto impõe o requisito formal de a defesa dativa ser redigida em nome do revel, que apenas o faz por meio do defensor dativo. Em outras palavras, a defesa dativa deve ser iniciada em nome do acusado e não do defensor dativo. É como se o próprio acusado apresentasse sua defesa e não dativo. Ademais, aquele posicionamento também significa que a atuação do defensor dativo, naquele momento processual posterior à declaração de revelia, se restringe a, no prazo legal, redigir a defesa escrita com base nos elementos até então autuados. Em outras palavras, como regra geral, tão somente por não ter participado de atos de instrução probatória (pela óbvia razão de ter sido designado nos autos já após a instrução), não é assegurado ao defensor dativo o direito de ter

estes atos refeitos - da mesma forma como, em princípio, a comissão não concederia ao acusado ou a seu procurador o refazimento de um ato instrucional para o qual a parte tenha sido devidamente notificada (tendo ou não participado de sua feitura). Tendo sido o ato regularmente coletado e entendendo a comissão que dele extraiu a completa informação que se poderia esperar e que justificou sua realização, não está obrigado o colegiado a atender ao pedido de refazimento por parte do defensor dativo apenas em função de sua alegação de contraditar concretamente o momento de seu refazimento, sem que isto cerceie direito de defesa e inquine de nulidade o processo.

> *"Sobre a possibilidade de atuação do defensor, cabe ressaltar que deverá assumir o processo no estado em que está, ou seja, não caberá a este requerer comissão o refazimento de atos. Por exemplo, não caberá ao defensor que testemunha seja reinquirida ou novo interrogatório do indiciado.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 347, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

A garantia do contraditório, exatamente da mesma forma como se aplicaria se a defesa fosse redigida pelo próprio acusado ou por procurador por ele mesmo designado, se manifestará na defesa escrita acerca dos elementos autuados, tomando-os, *lato sensu*, nesta fase do processo, como provas documentais já acostadas aos autos e, portanto, afastadas da dinâmica do momento de sua coleta (quer-se dizer, por exemplo: a prova oral, que contemplou dinâmica própria em sua coleta, agora, para a defesa escrita, resta reduzida a um estático termo de depoimento ou de declaração ou de interrogatório). O defensor dativo pode contestar o valor probante ou a capacidade de formar ou não convencimento destes elementos autuados ou, no máximo, alegar sua nulidade. Não obstante, pode a comissão, à luz do art. 156, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, deliberar não só pelo refazimento de ato ou até mesmo pela feitura de prova inédita, solicitados pelo defensor dativo, desde que entenda que o ato original eivou-se de vício ou restou incompleto ou que a nova prova é indispensável - mas, destaque-se: tal deliberação não decorrerá de obrigação de retornar, preteritamente, o direito ao contraditório para um momento em que já esta garantia constitucional foi devidamente oferecida à defesa. No caso de o defensor dativo, no prazo de elaboração de sua defesa, solicitar a feitura de algum ato instrucional e obtiver deferimento da comissão, por óbvia atenção ao princípio do contrário, lhe é assegurado o direito de ser notificado da realização do ato e dele participar de forma integral

> *Orientação Coger nº 39*
> *O defensor dativo tem direito de acompanhar a realização de atos instrucionais por ele solicitados no prazo de elaboração de sua peça de defesa e que porventura a comissão defira.*

Incumbe ao defensor dativo oferecer a efetiva defesa do indiciado, não sendo aceitável que a defesa dativa acate a indiciação, manifestando considerar o servidor responsável pelos fatos contra ele imputados. Não obstante, é aceitável que o defensor dativo reconheça algum grau menor de responsabilidade do indiciado, com o fim de afastar imputação mais grave. Eventual defesa dativa que não se esforce em alegar a inocência ou ao menos a menor responsabilização do indiciado deve ser declarada inepta pela comissão, a fim de ser designado novo defensor, conforme se abordará em **4.8.5.2**.

> *STF, Recurso Extraordinário nº 114.342: "Ementa: Exclusão de cabo da Polícia Militar. Defensor designado. Peça de conteúdo acusatório apresentada perante o Conselho de Disciplina, a título de defesa. Recurso Extraordinário provido, por preterição da ampla defesa, assegurada pelo art. 153, § 15, da Constituição, sem prejuízo da revogação do procedimento administrativo, com garantia do regular exercício do direito de defesa."*
>
> *STF, Recurso Extraordinário nº 205.260: "Ementa: Policial militar: processo*

administrativo disciplinar: validade: ampla defesa assegurada. No caso, o Defensor dativo - malgrado sem contestar a materialidade do ilícito disciplinar -, extrai dos testemunhos acerca das qualidades pessoais do acusado a base de sustentação do pedido de que lhe fosse imposta pena menos severa que a exclusão. Ante a evidência da responsabilidade do acusado, a postulação no vazio da absolvição pode configurar temeridade tática da defesa, da qual será lícito ao defensor furtar-se, de modo a resguardar a credibilidade da pretensão de uma penalidade menos rigorosa. Essa opção tática do defensor não ultrapassa os limites de sua discricionariedade no exercício do mister e não basta à caracterização de ausência de defesa, de modo a viciar de nulidade o processo."

O defensor dativo dispõe do mesmo prazo de que dispunha o indiciado. Ou seja, se o revel está em lugar certo, tendo sido citado sem edital, em regra, a defesa dativa tem prazo de dez dias para apenas um indiciado e de vinte dias para mais de um indiciado; e estando em lugar incerto e não sabido, tendo sido citado por edital, em regra, a defesa dativa tem prazo de quinze dias. Este prazo, a rigor, deve ser contado a partir da publicação da portaria de pessoal de nomeação do defensor dativo (ou, em postura mais conservadora, a partir da data em que se formalize ciência por parte deste servidor de sua nomeação, caso conste do processo).

"(...) o prazo será devolvido ao revel. Será de 10 dias, se acusado sozinho, 15 dias, se citado por edital, 20 dias, se correndo comum aos outros indiciados (...)." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 166, Editora Consulex, 2ª edição, 1999

Embora a Lei n° 8.112, de 11/12/90, ao estabelecer a regra geral da contagem de prazos, em seu art. 238, tenha disposto que apenas o termo final deve recair sobre dia de expediente normal, nada impede que, a favor da parte, se estenda o § 2º do art. 224 do CPC, também iniciando a contagem somente a partir do primeiro dia útil após a ciência do dativo designado. Assim, se a ciência se der em uma sexta-feira, ao invés de se contar o prazo de defesa a partir do sábado, pode-se fazê-lo a partir da segunda-feira subsequente.

CPC - Art. 224.
§ 3º A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.

Não há dispositivo legal que imponha à comissão estender o prazo do defensor dativo para os demais indiciados que entregaram tempestivamente suas defesas, a fim de aditá-las.

Se, em um determinado processo, houver mais de um indiciado declarado revel e caso seus interesses não sejam conflitantes no processo (por exemplo, não havendo teses excludentes de autoria acerca de determinado fato em que, para se alegar que não foi cometido por um indiciado, é porque se teria de alegar que teria sido cometido pelo outro), não há vedação para que se nomeie um mesmo defensor dativo. Em sentido oposto, em qualquer caso de mais de um indiciado declarado revel e que apresentem interesses conflitantes de defesa, deve ser nomeado um defensor dativo distinto para cada um.

Em atenção à busca da verdade material, à ampla defesa e ao princípio do formalismo moderado que vigoram no processo administrativo disciplinar, caso o revel reapareça e queira apresentar sua própria defesa, recomenda-se que a comissão a recepcione e analise as defesas feitas pelo próprio e pelo defensor dativo, extraindo o que de melhor para o indiciado possua cada peça.

"(...) dias depois de declarada a revelia e nomeado o defensor dativo, o indiciado apresenta defesa escrita; (...) a defesa apresentada pelo imputado é juntada aos autos, sendo certo que esta defesa deve merecer o acatamento da comissão de inquérito." Sebastião José Lessa, "Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância", pgs. 212 e 213, Editora Brasília Jurídica, 4ª

> *edição, 2006*
> *"Assim, se acontecer de o indiciado apresentar a defesa escrita alguns dias fora do prazo, ainda não terá dado tempo de a autoridade nomear nenhum defensor dativo, logo, entendo que seria excesso de formalismo nomear dativo se a defesa já foi apresentada, apesar de fora do prazo. Se, contudo, o dativo já estiver nomeado, é conveniente que se receba a defesa do acusado e se aguarde a do dativo, analisando ambas quando da feitura do relatório final.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pgs. 118 e 119, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Em complemento ao que foi afirmado anteriormente, de que a defesa dativa não tem assegurada prerrogativa de se retornar à instrução probatória, também é certo que a atuação do defensor dativo no processo encerra-se com a entrega da defesa, não lhe cabendo, a partir da fase de elaboração de relatório, mais nenhuma postulação a favor do revel, nem solicitar cópia do relatório e muito menos apresentar recursos.

4.8.5.2 - Defesa Inepta ou Insuficiente (Acusado Indefeso)

Pode ocorrer ainda a situação de o acusado apresentar defesa, mas a comissão a considerar insuficiente, deficiente ou pífia (situação conhecida como defesa inepta, defesa não satisfativa ou acusado indefeso), ou seja, sem elementos para contrapor os fatos imputados e para intentar afastar sua responsabilidade. Neste caso, se a defesa apresentada, absolutamente, não contesta a imputação, adotando apenas uma negação genérica, ou se ela tão somente se limita a reconhecer a responsabilidade do acusado e clamar por clemência, em respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da verdade material, deve a comissão solicitar à autoridade instauradora a designação de defensor dativo para apresentar nova peça. O mesmo também se aplica se o indiciado, sem ter constituído procurador nos autos, declara à comissão incapaz tecnicamente de redigir sua peça de defesa e solicita a designação de defensor dativo para elaborar aquilo para que ele mesmo se diz sem condições de fazer.

> *"O segundo exemplo de nomeação de defensor dativo é quando a defesa é considerada inepta pela comissão disciplinar. A defesa é considerada inepta quando não é satisfatória, é a defesa insuficiente, sem argumentação que permita efetivamente rebater os fatos imputados ao servidor no termo de indiciação. Ou seja, a defesa é apresentada pelo indiciado, mas a comissão julga que aquela não foi capaz de, de fato, defendê-lo.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 344, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Mas é preciso ressaltar a excepcionalidade deste incidente. A consideração de uma defesa como inepta ou insuficiente deve ser compreendida como uma possibilidade residual e de forma muito restritiva. Analogamente ao que se aduziu em **4.3.6.1**, quando se abordou o incidente das defesas colidentes, aqui também se deve ter claro que a real constatação mais frequente que se extrai de uma defesa mal sucedida em suas teses reside na hipótese de o trabalho persecutório estar bem realizado, com provas irrefutáveis da responsabilização, e da ausência de possibilidades de o defendente lograr alterar o entendimento. Uma defesa que não consegue convencer e afastar as imputações bem calcadas em provas não deve ser confundida com a rara hipótese do incidente restritivo de se ter uma defesa inepta ou insuficiente, que nada aborda do mérito da questão. Conforme já aventado naquele tópico mencionado, de um lado, é certo que a declaração de uma defesa inepta é corolário da indisponibilidade da amplitude de defesa; mas, de outro lado, trata-se de uma medida de certa forma constrangedora e invasiva e também atua no sentido oposto ao fluxo ordinário de um processo caminhar rumo ao fim desejado.

O entendimento se aplica tanto à defesa apresentada pelo próprio acusado, quanto à defesa da lavra de procurador que não seja advogado. Não se cogita de declarar inepta uma defesa elaborada por advogado, de quem se presume toda técnica jurídica e até mesmo se respeita qualquer estratégia de defesa porventura adotada. Sobretudo, também no caso de defensor dativo anteriormente designado em função de declaração de revelia do interessado, spode-se considerar o resultado de seu trabalho insatisfatório no cumprimento do dever legal de defender o indiciado, podendo-se determinar o refazimento pelo mesmo ou designar outro defensor.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/6.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/6: "17. Na subfase de defesa, além da hipótese de indiciado revel, a CI pode requerer à autoridade instauradora a designação de defensor dativo caso a peça defensória apresentada pelo próprio indiciado ou por procurador não advogado ou por defensor dativo anteriormente nomeado seja considerada inepta.*
> *18. Tal possibilidade, ainda que não prevista legalmente, não contraria o exposto nessa Nota Técnica, pois respeita o limite estabelecido pelo art. 164 da Lei nº 8.112, de 1990, a saber, a subfase de defesa, e, principalmente, reverencia os princípios da ampla defesa, do contraditório e da verdade material. Contudo deve ser adotada de forma excepcional.*
> *19. Se a defesa for considerada inepta, recomenda-se que a CI imediatamente solicite à autoridade instauradora a designação de defensor dativo, sem conceder ao indiciado outra oportunidade para apresentar nova peça"*

Não se discute que, a rigor, na instância disciplinar, não é deste incidente de que trata o art. 164 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao prever a designação de defensor dativo, visto que ali se trata de declaração de revelia para o acusado que se nega a apresentar defesa, conforme já abordado em **4.8.5.1**.

Mas a presente recomendação não soa contraditória com o que se aduziu em **4.3.6.3** (em que, à vista da falta de previsão legal, elegeu-se o princípio da legalidade para justificar que não deve a comissão designar defensor *ad hoc* ou solicitar defensor dativo para acompanhar ato instrucional devidamente notificado à parte), visto que aqui, diferentemente daquela primeira situação, se tem uma extensão muito bem delimitada do dispositivo do art. 164 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de falta de defesa, na única hipótese em que se tem previsão legal para designação de defensor dativo. Assim se manifestou a Advocacia-Geral da União, quando o órgão jurídico apreciou os direitos ao contraditório e à ampla defesa, nos seus Pareceres nº GQ-37, 55 e 177, vinculantes, reproduzindo citação doutrinária:

> *"É por isto que o contraditório não se pode limitar ao oferecimento de oportunidade para produção de provas. É preciso que ele mesmo (o magistrado) avalie se a quantidade de defesa produzida foi satisfatória para a formação do seu convencimento. Portanto, a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo. (...) (Celso Ribeiro Bastos, Comentários à Constituição do Brasil, Editora Saraiva, 1989, 2º vol, pg. 267)."*

Citam-se ainda:

> *Parecer AGU nº GQ-201, não vinculante: "13. Entretanto, é forçoso convir que a tarefa da Comissão não reside, exclusivamente, em analisar as alegações de defesa, pois o processo administrativo visa a apurar, por todos os meios, os fatos e suas circunstâncias, a verdade real, de sorte a orientar a autoridade no seu julgamento, fornecendo-lhe os elementos necessários a uma justa decisão. (...)*
> *Não se paute, portanto, a Comissão, na sua indagação probatória, simplesmente pelas linhas ou sugestões do articulado da defesa, que poderá ser*

> *limitado ou deficiente. Pois a sua incumbência é a de buscar a verdade através de todos os meios ao seu alcance, dado que, no caso, a Administração, que ela representa, se é promotora do inquérito tendente a punir, tem igualmente a função de juiz que deve julgar com imparcialidade e completo conhecimento de causa."*
>
> *Formulação Dasp nº 47. Direito de defesa*
> *Com base em processo administrativo disciplinar, não se pode punir por infração, embora leve, de que o acusado não se tenha defendido.*
>
> *Formulação Dasp nº 215. Inquérito administrativo*
> *O inquérito administrativo não visa apenas a apurar infrações, mas também a oferecer oportunidade de defesa.*

Da instância processual penal, aqui de válida citação subsidiária, visto que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não cuidou da matéria, trazem-se os seguintes reforços à tese:

> *CPP - Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: (Redação dada pela Lei nº 11.de 09/06/08)*
> *V - nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor; (Redação dada pela Lei nº 11.de 09/06/08)*
>
> *STF, Súmula nº 523: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu."*
>
> *"Convém, no passo, a referência à Súmula nº 523, do Supremo Tribunal Federal, que, pelo seu contexto, pode, conforme o caso, ser aplicada ao procedimento administrativo, subsidiariamente:*
> *'No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.'*
> *Trata-se, na hipótese, de defesa deficiente que exige comprovação do prejuízo efetivo para a configuração da nulidade." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 166, Editora Forense, 2ª edição, 2006*
>
> *"Se o poder público é o responsável pela manutenção da ordem e, por isso mesmo, deve tomar as medidas necessárias para punir o autor da infração penal, não é menos certo constituir dever seu assegurar aos acusados ampla defesa, porquanto repugna à consciência jurídica de um povo possa alguém ser processado sem que tenha o direito de se defender. (...) O devido processo legal exige um regular contraditório, com o antagonismo de partes homogêneas. Deve haver uma luta leal entre o acusador e o acusado. Ambos devem ficar no mesmo plano, embora em polos opostos, com os mesmos direitos, as mesmas faculdades, os mesmos encargos, os mesmos ônus. (...)*
> *(...) a defesa é um exercício privado de função pública. Defesa, não simulacro de defesa. A defesa em toda sua plenitude. (...)*
> *(...) porque o Estado exige que a defesa se realize efetiva, regular e eficazmente, 'a fim de não ficar nenhum réu em plano de inferioridade perante o órgão público da acusação'. E tanto isso é exato que, mesmo em sessão plenária do Júri, o Presidente, observando que a defesa não está sendo efetiva ou eficaz, poderá considerar o réu indefeso, nomeando-lhe outro defensor, segundo prescreve o art. 497, V do CPP." Fernando da Costa Tourinho Filho, "Processo Penal", pgs. 403 a 406, vol. 2, Editora Saraiva, 12ª edição, 1990*

Quanto à instrumentalização da designação de defensor dativo no caso de entrega de defesa absolutamente inepta, uma vez que aqui se cogita de extensão do dispositivo previsto

no art. 164 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pelo qual diretamente se solicita à autoridade instauradora a designação de defensor dativo para o indiciado revel, recomenda-se que a comissão o faça logo em seguida, não se vislumbrando apoio na norma para se conceder nova oportunidade ao servidor indiciado para apresentar outra defesa escrita.

4.9 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - RELATÓRIO DA COMISSÃO

Após a instrução probatória sem indiciação de servidor ou após análise da defesa escrita apresentada, deve a comissão apresentar relatório à autoridade instauradora, encerrando a segunda fase do processo, chamada de inquérito administrativo. Não obstante, não há impedimento de a comissão, ao longo da instrução probatória, já ir antecipando trechos iniciais do relatório, tais como resumos dos fatos antecedentes à instauração do processo e dos atos de busca de prova realizados - limitando-se à descrição fática dos atos, sem lhes agregar nenhum juízo de valor ou mérito, como forma de preservar a vedação de prévia formação e sobretudo manifestação de convicção por parte do colegiado.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:*
> *I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;*
> *II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;*
> *III - julgamento.*

Ademais, à vista do compromisso que a comissão sempre deve manter com a celeridade processual e com o prazo razoável para conclusão de seus trabalhos, atentando que o relatório é o desfecho de sua atuação e se perfaz em um texto longo e de demorada elaboração, não convém que um colegiado, que em geral conduz diversos processos administrativos disciplinares simultaneamente, deixe completamente sem movimentações, providências ou iniciativas todos os demais processos e priorizar exclusivamente a redação desta peça final de apenas um processo.

A Lei nº 8.112, de 11/12/90, dispõe ao servidor a instrução e a defesa como momentos do processo para que ele exerça seu direito de intervir a fim de fornecer à comissão e à autoridade julgadora elementos a seu favor na formação da convicção acerca dos fatos. Assim, não há previsão legal para que o indiciado intervenha na fase de elaboração do relatório e tampouco para que a comissão lhe ofereça a oportunidade de apresentar alegações finais, entre a defesa e o relatório e muito menos após estar concluído o relatório.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.985, Voto: "Como se vê, inexiste qualquer determinação legal no sentido de que o indiciado seja intimado para o oferecimento de alegações finais.*
> *Ao contrário, a lei estabelece que tão logo seja apreciada a defesa oferecida pelo servidor, a comissão elaborará relatório minucioso (...).*
> *De tanto, resulta que, nesse particular, não há que falar em cerceamento de defesa."*
> *Idem: STF, Mandado de Segurança nº 23.268 e Recurso em Mandado de Segurança nº 26.226; e STJ, Mandados de Segurança nº 7.051, 8.259 e 11.221*

Muito sucintamente, à luz do art. 165 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o relatório deve (ou pode conter, já que nem todos sempre são cabíveis) conter, no mínimo, os seguintes tópicos, aqui apenas listados, sendo certo que, adiante, aqueles trechos mais complexos e sensíveis merecerão descrição mais detalhada:

- preâmbulo, com a identificação da comissão;
- antecedentes do processo;

- fatos apurados pela comissão na instrução;
- motivos da indiciação, se for o caso;
- apreciação das teses da defesa, se for o caso;
- conclusão, acerca da responsabilização do indiciado ou da sua absolvição, seja por comprovada inocência, seja por ausência de prova responsabilizadora;
- parâmetros de dosimetria;
- proposta de pena, se for o caso;
- informação de indícios de possível crime e de danos a serem ressarcidos ao erário, se for o caso;
- recomendações ou sugestões, se for o caso.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 165. Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.*
> *§ 1º O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor.*
> *§ 2º Reconhecida a responsabilidade do servidor, a comissão indicará o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.*

A Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, positivou, em seu art. 35, com maior grau de detalhes que a Lei nº 8.112, de 1990, os elementos componentes do relatório.

> *Art. 35 Após a regular instrução processual e análise da defesa, a comissão de PAD elaborará relatório final, que deverá ser conclusivo quanto à responsabilidade do servidor e à pena a ser aplicada, bem como conter os seguintes elementos:*
> *I - identificação da comissão;*
> *II - fatos apurados pela comissão;*
> *III - fundamentos da indiciação;*
> *IV - apreciação de todas as questões fáticas e jurídicas suscitadas na defesa;*
> *V - menção às provas em que a comissão se baseou para formar a sua convicção;*
> *VI - conclusão pela inocência ou responsabilidade do servidor, com as razões que a fundamentam;*
> *VII - indicação do dispositivo legal ou regulamentar transgredido, quando for o caso;*
> *VIII - eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes da pena; e*
> *IX - proposta de aplicação de penalidade, quando for o caso.*
> *§ 1º A comissão de PAD deverá informar sobre a existência de indícios de infração penal, dano ao erário, improbidade administrativa, ato lesivo tipificado na Lei nº 12.846, de 2013, bem como outras infrações administrativas, com a recomendação dos encaminhamentos cabíveis.*
> *§ 2º A proposta de penalidade feita pela comissão de PAD fixará a competência para o julgamento do processo.*
> *§ 3º A proposta de aplicação de penalidade de suspensão deverá, motivadamente, incluir a sugestão de quantidade de dias.*

Sendo um texto em geral extenso, podendo atingir algumas dezenas de folhas, convém dedicar atenção às convenções formais de grafia de nomes compostos e de suas siglas e de menção a normas, expostos em **4.3.11.4**

O relatório deve ser minucioso, detalhando todas as provas em que se baseia a

convicção final, e conclusivo quanto à responsabilização do indiciado (inclusive se houve falta capitulada como crime ou dano aos cofres públicos) ou quanto à inocência ou insuficiência de provas para responsabilizá-lo. O relatório não pode ser meramente opinativo e muito menos pode apresentar mais de uma opção de conclusão e deixar a critério da autoridade julgadora escolher a mais justa.

Para externar sua conclusão, é indispensável que a comissão aprecie todas as alegações da defesa, abordando-as ponto a ponto, para acatamento ou refutação. Esta análise deve ser feita com equilíbrio, sem embate pessoal, ainda que a defesa tenha sido ofensiva contra a comissão; no caso de refutar os argumentos apresentados, isto não se confunde com ofender, denegrir, usar termos subjetivos com a defesa. De certa forma, pode-se compreender a sequência de atos finais do processo disciplinar como a indiciação equivalendo a uma tese motivadamente adotada pela comissão, a defesa se equiparando a uma antítese apresentada pelo acusado e o relatório sendo a síntese final elaborada pelo colegiado.

Embora pareça óbvio, é de extrema importância ressaltar que deve a conclusão do relatório (seja de absolvição, seja de responsabilização) se amoldar e se inter-relacionar fortemente com o conjunto de provas coletadas pela própria comissão e, em todos os casos, deve apresentar as razões e fatos que geraram a convicção do colegiado.

Destacadamente na hipótese de o relatório concluir pela responsabilização - o que exige o entendimento por parte da comissão de que a conduta fática apurada transgrediu algum dispositivo legal ou infralegal e, consequentemente, amoldou-se à definição de algum enquadramento estatutário e faz recomendar a proposta de pena - estes elementos relevantes da conclusão externada pelo colegiado devem estar claramente associados ao conjunto probatório, com menções recíprocas de elementos de prova que justificam a convicção da transgressão, a ponderação do enquadramento e a consequente pena proposta.

Relembre-se que, quando se cogita de imputação contrária ao servidor, tanto pode se cogitar de o servidor ter sido efetivamente o executor do fato em si quanto pode se cogitar de ter sido responsável por sua ocorrência, de ter propiciado com sua conduta concorrente que o fato ocorresse ou que terceiro o praticasse.

Por outro lado, não estando convicta da responsabilização do indiciado, à luz das provas coletadas, recomenda-se que a comissão altere a postura inicialmente adotada acerca de benefício da dúvida, passando a adotar a máxima do *in dubio pro reo*, em detrimento do *in dubio pro societate*. Com as cautelas esposadas em **4.6.1.1**, pode, delimitadamente, a comissão atentar para o princípio da insignificância.

> *Parecer AGU nº GM-3, não vinculante: "Ementa: (...) Incumbe à administração apurar as irregularidades verificadas no serviço público e demonstrar a culpabilidade do servidor, proporcionando seguro juízo de valor sobre a verdade dos fatos. Na dúvida sobre a existência de falta disciplinar ou da autoria, não se aplica penalidade, por ser a solução mais benigna. (...)*
> *50. (...) compete à administração, por intermédio da comissão de inquérito, demonstrar a culpabilidade do servidor, com satisfatório teor de certeza."*
>
> *"(...) a regra do 'in dubio pro reo' se aplica, em geral, somente em relação ao fato típico, cuja prova incumbe ao acusador. As causas justificatórias ou circunstâncias eximentes devem ser provadas pela defesa." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pg. 530, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Em qualquer caso, havendo divergência de mérito ou de convicção entre os integrantes da comissão acerca da decisão de absolver o servidor ou de propor sua responsabilização, remete-se ao que já se aduziu em **4.3.10.5**.

4.9.1 - Apresentação dos Parâmetros de Dosimetria (Natureza e Gravidade da Infração, Dano, Atenuantes, Agravantes, Antecedentes, Relação de Causalidade e Culpabilidade)

Como elementos que instruem o julgamento, tanto absolvitório quanto responsabilizador, e a dosimetria da pena a ser aplicada pela autoridade julgadora, quando é o caso, convém que a comissão junte aos autos elementos que permitam sopesar não só os parâmetros dispostos no § 2º do art. 165 mas também os demais do *caput* do art. 128, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, cuidando, sobretudo, de individualizar tais parâmetros na hipótese de haver mais de um indiciado. Importante repisar que, mesmo quando a comissão conclui por não propor responsabilização ao servidor, incumbe-lhe externar em seu relatório os parâmetros de dosimetria, pois não necessariamente o julgador acatará a proposta e aqueles elementos podm vir a melhor instruir sua decisão.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.*

Mais que isto, a comissão pode estender seu espectro de atenção para a lista ainda mais detalhada do art. 16 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamenta os §§ 2º e 3º do art. 22 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB).

> *LINDB - Art. 22.*
> *§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)*
> *§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)*
>
> *Decreto nº 9.830, de 2019 - Art. 16. A decisão que impuser sanção ao agente público considerará:*
> *I - a natureza e a gravidade da infração cometida;*
> *II - os danos que dela provierem para a administração pública;*
> *III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;*
> *IV - os antecedentes do agente;*
> *V - o nexo de causalidade; e*
> *VI - a culpabilidade do agente.*
> *§ 1º A motivação da decisão a que se refere o caput observará o disposto neste Decreto.*
> *§ 2º As sanções aplicadas ao agente público serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções da mesma natureza e relativas ao mesmo fato.*

Além da lista legal de parâmetros, que o Decreto repete literalmente nos incisos I a IV do seu art. 16, a norma infralegal, nos incisos V e VI subsequentes, acrescenta que se ponderem o nexo de causalidade entre a conduta do servidor e a materialidade da infração e a culpabilidade do agente. Ademais, o § 2º do mesmo comando normativo impõe que se tenha uma visão conglobante quando o mesmo conjunto fático se desdobrar em condutas de diferentes ou iguais gradações de gravidade envolvendo mais de um agente.

Para o fim acima, as condições atenuantes ou agravantes com que se configurou o cometimento do fato (condicionantes de ordem prática da conduta fática em si) não se confundem com os antecedentes funcionais, avaliados pelos assentamentos, abonadores ou

não de boa conduta profissional pretérita. Enquanto agravantes sempre atuam negativamente e atenuantes sempre atuam positivamente ao interesse da defesa, os antecedentes são um gênero, que comporta as espécies maus e bons antecedentes, cada uma atuando em um sentido antagônico (contra e a favor).

Assim, por exemplo, em tese, podem atuar como agravantes no momento em que o servidor comete a infração, tornando mais criticável a conduta: os fatos de ele ocupar cargo em comissão ou função de confiança, demonstrando que detém confiança da Administração; de ele ter sido capacitado e treinado na área técnica em que cometeu o ilícito; de ele já ser servidor há muito tempo ou estar há muito tempo desenvolvendo aquela atividade, com experiência no assunto; as satisfatórias condições físico-operacionais e de infraestrutura que a Administração disponibiliza para o bom desempenho das atividades laborais; ter agido em associação com outro servidor; ter agido em conluio com particular na perpetração da conduta ilícita em favor daquele; ter agido com violência ou com grave ameaça, quando não elementares à infração; ter promovido ou organizado a atuação de outro coator ou ter instigado, proposto, solicitado ou determinado que outro servidor concorresse com a infração; ou ainda quaisquer outras condicionantes que, no que cabível, se possam adequar, por analogia, à lista de agravantes enumerada nos arts. 61 e 62 do CP.

Por outro lado, em tese, podem atuar como atenuantes no momento em que o servidor comete a infração: os fatos de ele ser recém-ingresso no serviço público ou de estar há pouco tempo desempenhando aquela atividade e não ter sido capacitado e treinado na área técnica em que cometeu o ilícito, no que se pode incluir o desconhecimento justificado de norma de regência; de ele estar passando por gravíssimo problema na vida pessoal a ponto de prejudicar sua concentração, seu estado físico, mental ou emocional e sua dedicação no trabalho ou qualquer outro motivo de relevante valor social ou moral; as precárias condições físico-operacionais, de pessoal e de infraestrutura que a Administração disponibiliza para o desempenho das atividades laborais; de ter cometido a infração sob coação a que poderia resistir, ou no cumprimento de ordem superior ou sob influência de violente emoção provocada por ato injusto de terceiro ou ainda na defesa (mesmo que sob erro ou com excesso moderado) de suas atribuições legais; e, embora sejam condicionantes que se operam já após o cometimento da infração, também podem ser considerados como atenuantes os fatos de o servidor ter contribuído para as apurações ou ter confessado a conduta, ter procurado, imediata, espontânea e eficientemente, evitar ou minorar as consequências de seu ato ou reparar o dano causado; ou ainda quaisquer outras condicionantes que, no que cabível, se possam adequar, por analogia, à lista de atenuantes enumerada no art. 65 do CP.

Como exemplos de bons antecedentes registram-se elogios, agradecimentos, menções honrosas que constem do assentamento do servidor, noticiando demonstrações de dedicação ao trabalho ou de desenvolvimento de tarefas especiais ou de forte grau de comprometimento com a instituição, dentre outros. Importante não confundir bons antecedentes com ausência de registro disciplinar ainda válido no assentamento. Para merecer ser indicado como um bom antecedente a favor do acusado, o fato de sua vida funcional tem de ser diferenciador, destacável, elogiável em comparação à conduta média e esperada de qualquer servidor. E não ter registro disciplinar no assentamento simplesmente reflete a pretérita conduta correta do acusado, o que nada mais é que o cumprimento dos seus deveres funcionais e não deve ser valorado como um bom antecedente, afinal, cumprir as obrigações estatutárias é apenas o que se espera de um agente público, não merecendo, por este motivo, um destaque elogiável.

Como exemplos de maus antecedentes, registram-se as consignações no assentamento do servidor de que ele sofreu apenação com advertência há menos de três anos ou de suspensão há menos de cinco anos da data em que cometeu o ilícito em comento (que, na verdade, podem ser impositivas da configuração de reincidência), nos termos do art. 131 da Lei nº 8.112, de 1990, ou ainda de anotações de faltas, atrasos ou quaisquer indicadores de

descompromisso com o trabalho, dentre outros. Ao contrário do acima exposto, não se espera que o servidor incorra em infrações e faça merecer apenações que figurem em seu assentamento. Assim, a existência de registros disciplinares ainda válidos no assentamento é sim um mau antecedente, pois destoa da normalidade.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/2.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/2: "21. Concluindo a abordagem do reduzido espaço de discricionariedade na aplicação de penalidades, vale esclarecer que as circunstâncias atenuantes ou agravantes não se confundem com os antecedentes – enquanto aquelas dizem respeito a condicionantes de ordem prática da conduta fática em si, esses se referem aos registros nos assentamentos funcionais, abonadores ou não de boa conduta profissional pretérita."*

Prosseguindo na identificação dos parâmetros de dosimetria elencados no *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, no conceito de natureza e gravidade da infração podem ser compreendidos, por exemplo, o ânimo subjetivo da conduta (é mais grave cometer determinado ato irregular por dolo do que por mera negligência ou imperícia ou imprudência) bem como a identificação se a conduta infracional está associada a alguma mácula de caráter do infrator ou se foi apenas um aspecto procedimental ou comportamental indevido e se a conduta foi isolada ou ocasional ou se é continuada ou habitual, nos termos já dispostos em **2.5.3.4**. Também pode ser inserido na leitura de natureza e gravidade da infração o fato de a conclusão final ter se limitado a apenas um enquadramento ou a mais de um enquadramento, seja em concurso de infrações, seja por infrações independentes, conforme se aduziu em **4.5.3**.

Por fim, mencione-se ainda a relevância de a comissão informar (e, no grau de aprofundamento que lhe for possível e cabível ao caso, também quantificar) se houve dano ou não em decorrência do ato funcional cometido pelo servidor e, em caso positivo, se este dano atingiu à instituição, a categoria funcional ou a terceiros e se é de natureza material ou moral (por exemplo, repercussão negativa e desprestígio para a Administração ou para seus quadros junto à opinião pública) e se já foi ressarcido amigavelmente ou não.

> *"Prescindindo do resultado maléfico que possa produzir contra a administração pública, consuma-se a falta disciplinar com a mera conduta exteriorizada pelo funcionário transgressor, ainda que não seja concretizado o seu resultado danoso. Daí dizer-se que o ilícito disciplinar é formal. Basta apenas que haja o risco de que tal dano possa ser produzido.*
> *São chamados, também, de ilícitos de risco ou de perigo.*
> *Não obstante, pode o regulamento exigir eventualmente que o dano, ou seja, o resultado, deva integrar a infração disciplinar. Nesse caso, perde a natureza de ilícito formal e passa para a categoria de ilícito de dano. (...)*
> *Por outro lado, ressalte-se que a efetiva produção do resultado danoso, desde que não esteja incluído na definição da falta, é sempre considerado circunstância agravante." José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pg. 210, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

Adentrando nos parâmetros acrescentados pelo Decreto nº 9.830, de 2019, a relação de causalidade (ou nexo causal ou nexo de causalidade), prevista no art. 13 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), deve ser aferida por meio da vinculação verificada entre a conduta do servidor e o resultado infracional. Obviamente, este parâmetro somente assume sentido em infrações de natureza material, não havendo que se falar em nexo de causalidade para ilícitos formais (ou de mera conduta) e para os ilícitos de consumação antecipada. Importante relembrar que o ordenamento pátrio não aceita a responsabilização objetiva, de forma que apenas o nexo causal ainda não autoriza se imputar cometimento de ato ilícito ao agente, vez que o fato de ter dado causa ao resultado não se

confunde cm ter agido com culpa ou com dolo para este resultado.

> *CP - Relação de causalidade (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*
> *Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Conforme aduzido em **4.6.2.3**, a culpabilidade, como condição para imposição de pena, requer que o agente seja capaz de saber que a conduta é ilícita e ainda assim agir, sem ter a seu favor a inexigibilidade de conduta diversa, se comprovado que o agente não tinha consciência da ilicitude ou se agiu mediante coação irresistível, física ou moral, ou obediência hierárquica, nos termos dos arts. 22 e 26 do CP. Em outras palavras, a culpabilidade mede a consciência e o livre agir do autor diante da ilicitude e ainda assim prosseguir na conduta.

> *CP - Coação irresistível e obediência hierárquica (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *Inimputáveis (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Acrescente-se ainda que o § 2º do art. 16 do Decreto nº 9.830, de 2019, obriga a percepção conglobante de parte da autoridade julgadora, ao estabelecer que a aplicação de penalidade a um determinado autor de conduta ilícita, além de, em si mesma, levar em conta todos os parâmetros de dosimetria porventura aplicáveis ao caso concreto, também passar a ser, ela própria, um parâmetro mais de dosimetria a influenciar na apenação de outros agentes envolvidos no mesmo caso. Como um reflexo do princípio da impessoalidade, este comando normativo, de um lado, impõe que a apenação aplicada a um autor sirva também de base para coautor com similares graus de conduta, e, de outro lado, veda que aquela apenação se repita para coautor com díspares graus de conduta. Por uma questão de coerência, em um mesmo caso, não cabem apenações distintas para condições fáticas similares e não cabem apenações similares para condições fáticas distintas.

Ademais, o § 2º do mesmo comando normativo impõe que se tenha uma visão conglobante quando o mesmo conjunto fático se desdobrar em condutas de diferentes ou iguais gradações de gravidade envolvendo mais de um agente.

Neste ponto, expõe-se ao justificável risco de se estender além da fria literalidade da Lei. Mais do que simplesmente apontar para o julgador, à vista do caso concreto, todos os parâmetros indicadores de dosimetria de pena elencados no *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e no art. 16 do Decreto nº 9.830, de 2019, para que este apenas os sopese na quantificação da punição, deve mesmo a comissão, de certa forma, antecipar seu emprego, permitindo que eles permeiem a conclusão do seu relatório, antes da fase de julgamento - embora, formalmente, estes parâmetros atuem sobre a aplicação da pena e apenação não seja matéria da comissão.

A rigor, os parâmetros de dosimetria atuariam apenas quantificando e graduando, no pouco que a Lei permite neste sentido, a pena vinculada para um enquadramento já definido - ou seja, não teriam o condão de desconfigurar o fato ilícito apurado ou de elidir a pena vinculada àquele enquadramento. Todavia, como aquela Lei contempla degraus de escalonamento de gravidade para fatos similares (conforme aduzido em **4.7.1.1)** e vincula a pena a ser aplicada ao enquadramento julgado cabível (conforme melhor se abordará em

4.10.2.1, em **4.10.2.2** e em **4.10.2.5.1)** e estes dois fatores causam natural senso de responsabilidade no aplicador, ninguém melhor que a comissão para, após meses de trabalho, em que travou o diálogo juridicamente aceito com o acusado (levando em conta todas as ferramentas jurídicas, princípios garantidores de defesa, fatores humanos, praxes administrativas, etc), em uma construção intelectual informal, adotar estes parâmetros como indicadores de, dentre os enquadramentos possíveis para o fato apurado, qual o mais razoável e qual tem a pena vinculada mais proporcional e neste rumo concluir o seu relatório, nos termos que se descreverão a seguir, em **4.9.2**.

> *"A solução para evitar injustiças é, ou não abrir o processo - se for possível sustentar a inexistência do ilícito - ou não enquadrar o servidor em uma das hipóteses do art. 132, mas em outro dispositivo legal cuja consequência seja uma pena mais branda. Isto é, para que um servidor não seja demitido a solução não é atenuar sua pena, mas sim, se for possível, enquadrar sua conduta num dispositivo da Lei 8.112/90 que não gere demissão, caso contrário não haverá discricionariedade para atenuar a pena.*
> *Assim, o princípio da proporcionalidade só pode ser utilizado para evitar a pena de demissão se ele não for invocado para atenuar a pena, mas para mudar o enquadramento para um tipo legal que não gere demissão.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 137, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

4.9.2 - Descrição Fática, Enquadramento Razoável e Proporcional e Proposta de Pena

Formalmente, extrai-se da leitura sistemática da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao amparo de manifestações da Advocacia-Geral da União (seus Pareceres AGU nº GQ-12, GQ-35, GQ-55 e GQ-121) e da jurisprudência, que existe uma coerente linha evolutiva a se seguir em caso de responsabilização, reproduzida em **4.5.2**, a cuja leitura se remete. Primeiramente, a portaria de pessoal instauradora apenas se reporta ao nº do processo, sem indicar fato irregular, enquadramento e autor. Em seguida, a notificação inicial para acompanhar o processo como acusado é o primeiro momento em que se identifica o possível autor ou responsável nos autos, ainda sem descrever a irregularidade e enquadrá-la. Somente após a instrução contraditória, com toda a riqueza de verdade que lhe é inerente, eis então que a comissão, na indiciação, pela primeira vez ao longo do processo, nos termos do art. 161 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, tem autorização legal para formalizar acusação do fato apurado e enquadrar a conduta (embora a ausência do enquadramento não tenha o condão de anular a indiciação, se defende que a comissão já o faça). Por fim, no relatório, seu último ato, é que a comissão é legalmente obrigada a enquadrar o fato.

Conforme aduzido em **4.5.2**, a indiciação delimita faticamente a acusação, sendo vedado à comissão acrescentar à acusação fatos não incluídos naquela peça, pois sobre eles não terá sido ofertado o contraditório. A indiciação, a defesa e o relatório reportam-se a fatos. Assim, não há nulidade pelo simples fato de a comissão, motivadamente, alterar, no relatório, o enquadramento legal acaso incluído na indiciação. Até porque, a rigor, a ausência do enquadramento não anula o termo de indicação, conforme aduzido no Parecer AGU nº GQ-121. Mas não se pode alterar a descrição fática, acrescentando novos detalhes não incluídos na indiciação.

> *Parecer AGU nº GQ-121, não vinculante: "10. (...) A omissão ou substituição de dispositivo, com vistas ao enquadramento e punição da falta praticada, não implica dano para a defesa, advindo nulidade processual, em consequência. A este aspecto encontrava-se atento o legislador ao determinar que os preceitos transgredidos devem ser especificados no relatório, sem adstringir esse comando à elaboração da peça instrutória. No entanto, o zelo demonstrado*

pela c.i, quando indica, na indiciação, os preceitos desrespeitados não desmerece a execução dos seus trabalhos."

STF, Mandado de Segurança nº 21.321: "Ementa: (...) a defesa do indiciado em processo administrativo, como ocorre no processo penal, se faz com relação aos fatos que lhe são imputados, e não quanto a enquadramento legal."

Quanto à apresentação, por parte da comissão, de proposta de pena no relatório, é de se reconhecer que a matéria já comportou polêmica. De um lado, podia-se interpretar que, no art. 165 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, o legislador cuidou de elencar todos os elementos essenciais ao relatório e não incluiu proposta de pena por parte da comissão. Esta interpretação vinha a favor da visão estanque de que a segunda fase do processo, o inquérito administrativo, funda-se em diálogo entre comissão e acusado acerca tão somente do fato, não devendo o colegiado se reportar à pena. Nesta corrente, se entendia que a comissão, ao abordar a pena, antecipava a terceira fase, do julgamento, invadindo a competência do julgador e criando-lhe maiores dificuldades caso este tenha entendimento diverso.

Mas, por outro lado, sempre prevaleceu o entendimento de que a interpretação extraída do art. 165 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, acima reproduzido, é meramente literal e não pode prosperar sobre a interpretação sistemática da Lei, obtida quando se lê o seu art. 168. Nesta linha, se compreende que, além da descrição do fato e de seu enquadramento, a comissão deve apresentar a proposta de penalidade a ser aplicada. O *caput* do art. 168 do Estatuto estabelece que o julgamento, como regra, acata o relatório. Se não se discute que o ato de julgar inclui a aplicação da pena, é perceptível então que o relatório, que *a priori* é de ser acatado, deve abordar a pena. Além disto, se o parágrafo único do mesmo artigo menciona que a autoridade pode abrandar ou agravar a "pena proposta", é porque a Lei prevê que algum agente proporá pena ao julgador, restando óbvio, nesta linha, que tal agente só pode ser a comissão.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.
Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

Mesmo se se defendesse qua havia duas formas de se interpretar a questão, sempre soou muito mais recomendável a segunda linha. Afinal, ninguém mais habilitado que a comissão para se manifestar sobre o objeto de apuração e sobre a conduta do acusado. Por este fato, sempre se entendeu que pode a comissão destacar, para o julgador distanciado do fato, qual a exata dosimetria da pena que, na visão qualificada de quem apurou, melhor atende às condicionantes de atenuação ou de agravamento. Ademais, a recomendação de proposta de pena no relatório contribui para incutir no integrante da comissão maior senso de responsabilidade ao indiciar e enquadrar, ao fazê-lo ver a repercussão do enquadramento proposto.

"Interpretando-se o Regime Disciplinar, previsto no Título IV da Lei n.° 8.112/90, e o Processo Administrativo Disciplinar, disciplinado no Título V da mesma lei, de forma sistemática, percebe-se, ao serem privilegiadas a coerência do sistema jurídico e o sentido correto do seu conteúdo normativo, que descrição dos fatos, enquadramento e recomendação da penalidade são, quando comprovada a ocorrência de irregularidade, consectários lógicos dos trabalhos da CPAD, que deve ter, dada a proximidade com a realidade fática apurada, conhecimentos suficientes para subsidiar a decisão da autoridade julgadora.
Afasta-se, pois, qualquer dúvida quanto à obrigatoriedade de a CPAD, após constatar o cometimento de certa irregularidade, proceder ao correto enquadramento administrativo e sugerir a penalidade a ser aplicada pela

> *autoridade competente.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 353, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*
>
> *"(...) apresentação, pela Comissão Processante, de um relatório, no qual apreciará, em relação ao indiciado ou indiciados, as irregularidades apontadas, as provas colhidas, as razões de defesa apresentadas, propondo ou indicando absolvição ou punição, inocência ou responsabilidade, mencionando, no caso positivo, a pena cabível e sua fundamentação legal." Edmir Netto de Araújo, "O Ilícito Administrativo e seu Processo", pg. 148, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*
>
> *"Apesar da Lei não ser clara, deverá ser sugerida a penalidade a ser aplicada. Porém, a ausência de indicação de pena não é causa de deficiência no relatório." Simone Baccarini Nogueira, "Manual de Sindicância Investigatória, Sindicância Punitiva e Processo Administrativo Disciplinar do Servidor Público Federal", pg. 46, Universidade Federal de Minas Gerais, 1ª edição, 2004*
>
> *"(...) a indicação da penalidade é procedida pela comissão à autoridade superior. De acordo com o apurado no processo, e a gravidade dos fatos acontecidos segundo ficou demonstrado, irá a comissão indicar uma pena ao indiciado (...)." Ivan Barbosa Rigolin, "Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis", pgs. 276 e 277, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

Mas, a rigor, mesmo quando se teve este tema como minimamente discutível, a discussão era apenas teórica, diante da vinculação reinante na instância disciplinar para a pena legalmente prevista para cada infração. Configurado o ato, a Lei prevê exatamente qual pena é cabível. A única margem de relativa discricionariedade na matéria disciplinar é entre aplicação de advertência ou suspensão. E, nestes casos, sempre teve como acertado que cabe à comissão, como melhor conhecedora do fato, opinar ao julgador qual das duas penas melhor se aplica (registrando-se que, no caso de a comissão propor a pena de suspensão, é recomendável, inclusive, que quantifique os dias - de um a noventa, atentando que, acima de trinta dias, a autoridade julgadora alça-se ao Ministro de Estado da Economia). Já nas hipóteses graves, puníveis com pena capital, tal discricionariedade não se aplica, sendo inafastável a aplicação da pena expulsiva.

E a questão perdeu totalmente a possibilidade de discussão, com a positivação operada pela Controladoria-Geral da União, na Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, cujo art. 35 elenca os elementos obrigatórios do relatório. A partir deste marco normativo, não mais cabe questionar a obrigatoriedade de indicação de pena proposta e inclusive do *quantum* de dias em caso de pena de suspensão, conforme vinculam o inciso IX do *caput* e os §§ 2º e 3º do mencionado art. 35.

> *Art. 35 Após a regular instrução processual e análise da defesa, a comissão de PAD elaborará relatório final, que deverá ser conclusivo quanto à responsabilidade do servidor e à pena a ser aplicada, bem como conter os seguintes elementos:*
> *IX - proposta de aplicação de penalidade, quando for o caso.*
> *§ 2º A proposta de penalidade feita pela comissão de PAD fixará a competência para o julgamento do processo.*
> *§ 3º A proposta de aplicação de penalidade de suspensão deverá, motivadamente, incluir a sugestão de quantidade de dias.*

Por fim, diante da inconclusividade do tema, por um lado, não se configura qualquer nulidade se a comissão acatar a recomendação de apresentar a proposta de pena no relatório (que não vincula o julgador) e tampouco caso se restrinja a descrever o fato e a enquadrá-lo,

deixando a matéria punitiva a cargo apenas da autoridade julgadora.

A propósito, seja de uma forma ou de outra, convém aqui reforçar o que já foi exposto não só para a fase pré-processual de admissibilidade mas também para todo o trabalho apuratório a cargo da comissão: a instância disciplinar deve sempre permear sua atuação pela absoluta atenção a princípios caros e informadores do Direito público punitivo, como os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da presunção de inocência e da intervenção mínima, dentre outros. E tal acepção se sedimenta e se concretiza, destacadamente, no momento final do trabalho do colegiado, na elaboração do relatório. Conforme já aduzido desde **4.5.2**, a comissão jamais deve, por submissão a qualquer dispositivo legal ou normativo, se afastar daqueles primados essenciais quando se lida com instância jurídica punitiva com poder de interferir de forma tão gravosa sobre bens jurídicos relevantes da pessoa como é a instância disciplinar.

Embora a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não contemple de forma expressa este tipo de construção, deve a comissão atentar, destacadamente, para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade desde o momento de, se for o caso, mencionar, na indiciação, o enquadramento da conduta fática apurada e, com muito mais ênfase, neste momento conclusivo de elaborar o relatório, obrigatoriamente enquadrando a conduta e, conforme se recomenda, propondo a pena, na hipótese de propor responsabilização. Não é de se confundir que a instância disciplinar, seja pela Lei de regência, seja pelo restante do ordenamento infralegal, desatende àqueles dois princípios tão somente porque nela prevalece que, uma vez enquadrada a conduta, não cabe sopesar condicionantes com o fim de alterar a pena (atenuando-a ou agravando-a). Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são sim acatados e são desde os trabalhos da comissão, antes mesmo da fase final do julgamento. A razoabilidade e a proporcionalidade, na instância disciplinar, permeiam a definição do melhor enquadramento adequado à conduta apurada mas não atuam no sentido de, uma vez comprovada determinada conduta para a qual melhor se amolda determinado enquadramento, se cogitar de que alguma condicionante ou parâmetro de dosimetria ou de individualização da pena alterem a sanção vinculadamente associada àquele enquadramento. De fato, uma vez definido o enquadramento, a pena é vinculada; mas a definição do enquadramento, que antecede a vinculação da pena, esta sim é plenamente sujeita à percepção dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Então, conforme já aduzido em **4.9.1**, em termos práticos, é sob esta ótica que, quando for o caso, deve a comissão enquadrar a conduta no relatório, tomando para si todos os parâmetros de dosimetria e de individualização da pena que, a rigor, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, no *caput* do seu art. 128, e também no art. 16 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, conferem e atribuem ao julgador (natureza e gravidade da infração, dano dela decorrente, antecedentes, atenuantes, agravantes, relação de causalidade e culpabilidade), antecipando a aplicação daquelas condicionantes (que, a princípio, se empregariam somente em momento posterior, na definição da pena) para que atuem já desde a definição do enquadramento, o qual vinculadamente, traz a pena associada. Assim agindo, quando for o caso, a comissão logrará adotar, dentre todos os enquadramentos possíveis para o fato apurado (já que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, contempla degraus de escalonamento de gravidade para fatos similares), aquele que se demonstra mais razoável e que tem a pena vinculada absolutamente proporcional à gravidade da conduta.

Embota, a rigor, se voltem à autoridade julgadora, mencionem-se entendimentos esposados pela Advocacia-Geral da União, nos seus Pareceres AGU nº GQ-177 e GQ-183 e ratificados pelo Superior Tribunal de Justiça, em sua Súmula nº 650, ratificando a ausência de discricionariedade para alterar a pena associada ao enquadramento e acatando o caráter vinculante da aplicação da pena expulsiva, desde que configurados os elementos do respectivo enquadramento. Não há, obviamente, que se criticar tal posicionamento como violador dos

princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, diante da forte presunção de que o colegiado tenha considerado a atuação daqueles preceitos em seus trabalhos, desde antes da definição do enquadramento.

> *Parecer AGU nº GQ-183, vinculante: "7. Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, de 1990, arts. 129, 130, 132, 134 e 135, comina a aplicação de penalidade, esta medida passa a constituir dever indeclinável, em decorrência do caráter de norma imperativa de que se revestem esses dispositivos. Impõe-se a apenação sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa para omitir-se nesse mister. (...)*
> *8. Esse poder é obrigatoriamente desempenhado pela autoridade julgadora do processo disciplinar (...)."*
>
> *Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: "Ementa: Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato. (...)*
> *10. (...) Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, arts. 132 e 134, cominam a aplicação da pena de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, esta medida se impõe sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa (...) para omitir-se na apenação."*
>
> *STJ, Sumula nº 650: "A autoridade administrativa não dispõe de discricionariedade para aplicar ao servidor pena diversa de demissão quando caraterizadas as hipóteses previstas no art. 132 da Lei n. 8.112/1990."*

A comissão deve mesmo expressar no relatório que a conclusão ali apresentada atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e que a proposta final (seja ela qual for, desde arquivamento até de aplicação de pena expulsiva), além de razoável, guarda estrita proporcionalidade com a menor ou maior gravidade da conduta apurada, atentando, quando é o caso de proposta de responsabilização, para a necessária individualização da pena.

Na mesma linha já defendida na indiciação, a fim de facilitar o julgamento, se possível, sempre convém que, após o texto descritivo de suas conclusões, a comissão sintetize, em forma de tabela, para cada indiciado, os fatos de que se o acusa, as provas que amparam cada acusação fática, as folhas dos autos em que se encontram e os enquadramentos associados. Esta tabela é interessante para os posteriores intervenientes no processo que venham a atuar no julgamento, pois, mesmo que se tenha de enfrentar uma longa leitura, a síntese deixa bem demarcada a conclusão final da comissão, após ter sopesado as teses de defesa.

Não obstante o acima exposto, não cabe à comissão se manifestar subjetivamente acerca da justeza ou não da penalidade cabível; todos os itens que se exige constar do relatório são de natureza objetiva, para subsidiar a decisão da autoridade competente.

Caso a comissão tenha, por dúvida, no momento da indiciação, optado por provocar a defesa - em atitude de *in dubio pro societate* aceitável até aquele momento -, no relatório, após sopesar as teses de defesa, ela deve concentrar sua convicção (se for o caso de responsabilização), em termos de enquadramentos, atentando não só para os critérios já expostos em **4.5.3** mas também para a necessária inversão da postura, agora a favor do *in dubio pro reo*.

4.9.3 - Encaminhamentos Finais do Relatório

Ao final de seu trabalho, se for o caso, deve a comissão informar, após as conclusões de mérito em seu relatório, a existência de indícios de configuração de possível crime e de

eventual prejuízo causado ao erário, como decorrência da conduta funcional. É de se ressalvar que a comissão deve mencionar de forma superficial a sua percepção de existência de indícios de crime, atentando para a incompetência de qualquer agente administrativo em dizer peremptoriamente a configuração de ilícito penal. Também cabe aduzir que, para que a comissão indique indícios de dano ao erário suscitador da competente ação de ressarcimento, incumbe antes ao colegiado ter tido a capacidade de ao menos inferir o quantum deste aventado dano, não sendo cabível apenas aduzir, de maneira genérica, que há um danoao erário a ser ressarcido. Acrescente-se a obrigação de o colegiado também manifestar indícios de ato lesivo praticado por pessoa jurídica contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Pode ainda a comissão, quando cabível, em seu relatório, apresentar recomendações ou sugestões, de acatamento não obrigatório, sobre medidas que podem ser adotadas pela Administração, visando à melhoria da gestão, ao aperfeiçoamento normativo ou ao ajuste de praxes, rotinas procedimentais, condições de trabalho e condutas internas, para evitar a repetição de fatos irregulares.

Nesta linha, a Controladoria-Geral da União (CGU) positivou, no art. 7º e no § 1° do art. 35, ambos da Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, a possibilidade de o processo disciplinar destacar para as demais autoridades, quando cabíveis, sugestões de medidas preventivas à ocorrência de novas irregulatidades e possibilidade de repercussões em outras instâncias.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 7º Na conclusão dos procedimentos correcionais constará, quando couber, recomendação para a adoção de medidas destinadas à prevenção de ocorrência de irregularidades.*
> *Art. 35.*
> *§ 1º A comissão de PAD deverá informar sobre a existência de indícios de infração penal, dano ao erário, improbidade administrativa, ato lesivo tipificado na Lei nº 12.846, de 2013, bem como outras infrações administrativas, com a recomendação dos encaminhamentos cabíveis.*

Ademais, em seu relatório, pode a comissão sugerir remessa de cópia dos autos à Comissão de Ética da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (CE-RFB), caso entenda que, após os trabalhos apuratórios, tenham restado tão somente indícios de transgressão a princípio ou norma ética, ressalvando-se que a interpretação sistemática do art. 2º da Portaria RFB nº 3.286, de 24/08/11, com o art. 4º, III da Portaria RFB nº 3.262, de 19/08/11, indica pela não superposição de instâncias (tendo havido repercussão disciplinar, não há que se cogitar de provocação, pelo mesmo fato, da instância ética no âmbito da RFB). Ressalve-se também que, em qualquer caso de provocação à CE-RFB, o material a ser remetido a este foro deve se restringir apenas aos elementos que noticiam o suposto desvio ético.

> *Portaria RFB nº 3.286, de 24/08/11 - Art. 2º Na hipótese de arquivamento de sindicância ou processo administrativo disciplinar, a autoridade julgadora, por sua iniciativa ou por proposta da Comissão de Inquérito ou Sindicância, enviará cópia dos autos à CEPS-RFB, se entender presentes elementos que configurem possível desvio ético.*
>
> *Portaria RFB nº 3.262, de 2011 - Art. 4º Incumbirá à CEPS-RFB:*
> *III - aplicar a penalidade de censura ética, exclusivamente mediante decisão devidamente motivada, depois de esgotados o contraditório e a ampla defesa, aos agentes públicos em exercício na RFB, desde que a falta ética não configure infração sujeita a sanção mais grave, hipótese em que os autos serão encaminhados à autoridade competente para instauração de procedimento disciplinar; e*

Mas, neste ponto, convém relembrar o já abordado em **2.5.7**, no sentido de que, neste

momento processual, não cabe à comissão ofertar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ao servidor e tampouco, neste estágio processual de apresentação de relatório, ainda que se proponha aplicação de pena de advertência, pode a autoridade instauradora acatar eventual pedido apresentado a destempo (nos termos do § 1° do art. 5° da IN CGU/CRG n° 4, de 21 de fevereiro de 2020, o prazo para se cogitar da celebração do acordo se encerra em dez dias contados do recebimento da notificação inicial que comunica a condição de acusado).

O relatório é o último ato da comissão, que se dissolve com sua entrega, junto com todo o processo, à autoridade instauradora, para julgamento. Convém a comissão redigir termo de entrega de processo, registrando o encaminhamento dos autos à autoridade instauradora e descrevendo o seu total de volumes, anexos e folhas. Concluído o relatório, nada mais a comissão pode apurar ou aditar, pois juridicamente ela não mais existe (a menos que a autoridade a redesigne, seja para refazer, seja para ultimar atos instrucionais, por meio de específica portaria de pessoal).

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 166. O processo disciplinar, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento.*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 8.259: "Ementa: 6. Inexiste qualquer determinação legal no sentido de que o indiciado seja intimado pessoalmente do relatório final elaborado pela comissão processante, não havendo falar, assim, em violação do princípio do devido processo legal"*

Convém que a comissão, juntamente com os autos originais, entregue cópia do processo, preferencialmente, digitalizada (escaneada) em mídia eletrônica, a ser arquivada no Escor responsável pela instauração.

Não há previsão legal para que a comissão forneça cópia do relatório ao servidor. Ao contrário, não convém que o acusado tenha cópia antes de a peça chegar à autoridade instauradora, para evitar que a ela chegue recurso sobre matéria de que ainda nem teve conhecimento. Por se inserir na garantia à ampla defesa e ao contraditório, caso seja solicitada, a cópia deve ser fornecida, mas pela autoridade instauradora (até porque, juridicamente, não mais existe comissão desde a entrega do relatório). Com mais rigor, uma vez que não há previsão legal para atuação ou participação do servidor na fase de julgamento e levando-se em conta que o relatório é uma peça propositiva, da qual poderá discordar a autoridade julgadora, com o fim de se evitar premeditados questionamentos e instabilidades eventualmente desnecessárias, o relatório, salvo comprovada urgência, somente deve ser franqueado à defesa após o julgamento. Mas, reconhecendo-se a dificuldade de manutenção desta postura conservadora, é de se ratificar que, no mínimo, somente deve ser concedido pela autoridade instauradora, já após dissolvida a comissão. Não obstante, o acesso do servidor ao relatório não contamina por nulidade o processo.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 8.249: "Ementa: O procedimento administrativo disciplinar detém norma reguladora específica, qual seja a Lei 8.112/90, que em seu Título V trata exaustivamente da matéria, inexistindo em seu âmbito norma que determine a intimação pessoal do acusado do conteúdo do relatório final da comissão disciplinar."*
>
> *STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.526: "Ementa: 4. Não há preceito legal que imponha a intimação pessoal dos acusados, ou permita a impugnação do relatório da Comissão processante, devendo os autos serem imediatamente remetidos à autoridade competente para julgamento [arts. 165 e 166 da Lei n. 8.112/90]."*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 23.268: "Ementa: Mandado de Segurança. Servidor Público. Processo Administrativo. Pena Disciplinar de Demissão. Alegação de violação à ampla defesa pela ausência de notificação quanto às*

> *conclusões do relatório final rejeitada, porquanto regular o exercício do contraditório ao longo do processo, tendo a servidora constituído advogado e apresentado defesa escrita. Não restou demonstrado, ademais, o prejuízo que teria sido causado pela falta da referida intimação. Mandado de segurança que se indefere."*
>
> *"(...) destacamos que não existe na legislação específica dispositivo que determine a intimação do indiciado do conteúdo do relatório final da comissão disciplinar." Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pg. 366, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

Em processos digitais, o termo de entrega dos autos é formalizado automaticamente no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), quando a comissão movimenta os autos para a equipe Gabin do Escor. Ademais, as duas recomendações acima, acerca de cópia dos autos para o Escor e de cópia do relatório para o acusado, perdem sentido. Obviamente, não há que se falar em gerar cópia integral digitalizada para o Escor, pois o processo já é digital, ou seja, o sistema já comporta automaticamente uma cópia digitalizada dos autos. E, quanto à cópia do relatório para o acusado, se este está na ativa (e não licenciado ou afastado), deverá permanecer habilitado para o acesso a qualquer tempo aos autos, podendo consultar, obter cópia ou imprimir partes ou a íntegra do processo até a fase de julgamento, no que, obviamente, se inclui aquela peça final da comissão.

Por força do *caput* do art. 7º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21/11/13, e também do art. 9º da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, que dispõem sobre apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Economia (ME) como um todo e especificamente da RFB, após a entrega dos autos, com o relatório, à autoridade instauradora, esta deve comunicar ao titular da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do acusado, por meio de ofício de dispensável autuação, a conclusão exarada pela comissão (se houve proposta de arquivamento ou de responsabilização e, se for o caso, qual o enquadramento adotado e qual a pena proposta) bem como também deve informar o rito da fase de julgamento (especificando os diferentes trâmites caso a decisão resida na competência da própria autoridade instauradora e caso se requeira decisão ministerial com assessoramento jurídico por parte da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, devendo-se, desde já, aproveitar a oportunidade para, caso se cogite de pena expulsiva, alertar à autoridade local do seu efeito imediato com a publicação oficial. Tendo em vista que permanece a condição de o servidor estar respondendo a processo disciplinar, este comunicado deve incluir ainda o teor do inciso I do art. 8° da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, qual seja, as repercussões na vida funcional em razão de sua condição de acusado, apresentadas em **4.3.7.1**.

> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 7º A autoridade instauradora comunicará ao titular do órgão ou da unidade de lotação ou de exercício do acusado a conclusão exarada pela comissão de inquérito, cientificando-o, outrossim, da decisão final, para adoção das medidas que se fizerem necessárias.*
>
> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 9º A autoridade instauradora comunicará ao titular da unidade de lotação ou de exercício do acusado, se diferente, a conclusão exarada pela comissão disciplinar, o informará acerca do posterior trâmite do processo até a decisão final a ser proferida pela autoridade julgadora e, após o julgamento, o cientificará da decisão final, para adoção das medidas que se fizerem necessárias.*

A rigor, nos termos exigidos pelos arts. 3º, 4º e 6º da Portaria Coger-ME nº 12.456, de 29 de novembro de 2019, a comissão deve alimentar a base de dados externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, da Controladoria-Geral da União - CGU),

informando a elaboração do relatório e o encaminhamento do processo à autoridade instauradora. Mas, conforme já aduzido em **2.1.1**, o sistema nem sequer tem este campo específico, agregando o registro de indiciação, defesa e relatório em um único campo. Na prática, enquanto perdurar esta limitação do sistema, a própria CGU recomenda, no manual do sistema, que a comissão registre neste campo a indiciação (quando não houver este ato, o registro deve informar a elaboração do relatório).

O relatório deve ser inserido na base de dados do Sistema Normas - Atos Decisórios, no perfil específico da corregedoria, a que somente servidores da Coger e dos Escor têm acesso. Esta ferramenta tecnológica, que conta com recurso de pesquisa, opera no sentido da celeridade processual e da uniformização, ao dispor para o usuário a base de dados de relatórios feitos nas demais subunidades. Para tal recurso de busca se viabilizar, faz-se necessário que os relatórios ganhem numeração, que se padronizou, a exemplo dos pareceres, em contagem anual acumulada por Escor (e não por comissão individualizada).

4.10 - 3ª FASE: JULGAMENTO

4.10.1 - Abordagem Inicial

Após o inquérito administrativo, terminada a participação da comissão, o rito se encerra com a terceira fase do processo, chamada julgamento e, por força do art. 166 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, os autos são devolvidos à autoridade instauradora.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:*
> *I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;*
> *II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;*
> *III - julgamento.*
> *Art. 166. O processo disciplinar, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento.*

É comum o processo administrativo disciplinar chegar a esta fase bastante volumoso, podendo atingir alguns milhares de folhas, em vários volumes e anexos. Nestes casos, como mera recomendação prática para a autoridade iniciar o julgamento, convém que se altere a ordem de leitura, começando do relatório. Presume-se que um relatório bem feito contenha uma síntese do fato concreto objeto da apuração e um resumo do rito processual (quais os atos de instrução realizados, a indiciação e a defesa). Prosseguindo, convém ler a indiciação e a defesa, confrontando um com o outro e cotejando com as conclusões constantes do relatório. Assim, ao se fazer a leitura dos atos de instrução propriamente ditos, na sequência de realização no processo, a autoridade já possui uma relativa noção do todo e um certo senso crítico, tanto em aspectos formais quanto de mérito, que lhe permitirão enfatizar a análise nos atos de instrução mais relevantes. Não obstante se recomendar aqui que a autoridade julgadora faça tal leitura analítica dos autos, sabe-se que, na prática, quem de fato o faz é o parecerista incumbido do assessoramento prestado por meio de pareceres opinativos ou propositivos, conforme se detalhará em **4.10.3.2**.

Antes, porém, de se adentrar sobre as nuances do julgamento, convém informar que esta fase se desdobra em duas análises, consecutivas. Primeiramente, a autoridade instauradora (ou qualquer autoridade hierarquicamente superior) é competente para analisar o processo sob aspectos formais, vícios e nulidades. Superadas as questões formais, aprecia-se o mérito da questão. Nesta análise, grosso modo, pode haver proposta de arquivamento ou de responsabilização e aplicação de apenação (abstraindo-se, por ora, da prescrição).

Neste segundo momento, acerca do mérito da questão, é de se esclarecer que o

julgamento se debruça sobre a análise se estão configuradas ou não no processo a materialidade e a autoria do ato ilícito. No julgamento, a autoridade competente manifesta como o Direito enxerga o fato configurado nos autos, ou seja, aplica ao fato concreto a legislação de regência e, por fim, conclui pela inocência do servidor ou por sua responsabilização. Nesta última hipótese, quando o julgador, após ponderar os fatos autuados e aplicar a legislação de regência, decide pela responsabilização do servidor, o julgamento encerra a aplicação da penalidade prevista em norma, já considerando os parâmetros de dosimetria de pena especificamente válidos para o caso concreto (natureza e gravidade da infração, existência de dano, agravantes, atenuantes e antecedentes).

O que aqui se quer destacar é que, neste caso, o julgamento e a aplicação da pena não são atos dissociáveis e produzidos em momentos distintos e muito menos por autoridades diferentes; ao contrário, o julgamento contém a aplicação da penalidade, sendo ele todo um ato único da autoridade que valorou os fatos autuados à luz do Direito. O que pode sofrer diferimento no tempo e até ser atribuída a outra autoridade é tão somente a execução (a efetividade) da pena - e o melhor exemplo disto é a pena de suspensão, que pode ser executada em momento posterior à sua aplicação (à publicação da portaria de pessoal punitiva) e a cargo da autoridade local, conforme se verá em **4.10.2.4.4**, enquanto a advertência e as penas expulsivas têm a execução no exato momento da aplicação (que é a publicação da portaria de pessoal punitiva). Então, assevera-se que, em um ato único e indissociável, a autoridade julgadora julga pela inocência (ou insuficiência de provas acusatórias) e decide pelo arquivamento; ou julga pela responsabilização e aplica a pena vinculada, exigindo tal ato a publicação como elemento essencial de sua validade. Quando se concretiza o julgamento com sua publicação, a pena já resta aplicada (podendo apenas, no caso de suspensão, ter sua efetividade postergada), com todos os seus efeitos, conforme se verá em **4.10.3.1**.

Antecipe-se desde já uma peculiaridade que irradia sobre toda a fase de julgamento para o caso de processo digital. Em atenção à máxima da amplitude de defesa, o acesso do acusado aos autos, por meio de sua habilitação individualmente realizada sob seu nº de inscrição no CPF, deve ser mantida a qualquer tempo, não só em toda fase de inquérito administrativo, mas também na fase de julgamento. Assim, cabe aos respectivos responsáveis que se intercalam no curso das diversas movimentações e redistribuições do processo atentarem para manter a habilitação do acusado. Esta recomendação é válida no âmbito do Escor, após a equipe da comissão movimentar os autos para a equipe Gabin, até a manifestação do julgamento, se a competência residir na alçada do respectivo Chefe, e também é válida no âmbito da Coger, após o Escor movimentar os autos para aquela unidade central, até a movimentação daí para a PGFN, nos casos de competência de alçada do Ministro de Estado da Economia. Obviamente, embora se permita manifestar que também na PGFN seria recomendável manter a habilitação, não cabe ditar regra ou sequer rotina de trabalho para aquele órgão de assessoramento jurídico. Com tal habilitação, permanece possível ao acusado não apenas consultar, obter cópia ou imprimir partes ou a íntegra do processo, bem como ainda formalizar eventual (e *a priori* extemporânea) solicitação de juntada de documento (SJD) de seu interesse.

4.10.1.1 - Análise Formal de Nulidade e Determinação de Refazimento dos Trabalhos

Preliminarmente, o julgamento deve abordar aspectos formais, vícios insanáveis e nulidades. E, para isto, a autoridade instauradora é competente (sem prejuízo de nova análise por parte de autoridade superior), mesmo nos casos em que a penalidade cabível extrapola sua competência.

Configurada, na condução do processo, irregularidade que implique cerceamento à

defesa, a autoridade instauradora (ou outra de hierarquia superior, como são os casos de o Corregedor julgar mediante proposta de aplicação de pena de suspensão superior a trinta dias, conforme competência delegada pelo Ministro de Estado da Economia, no inciso II do art. 38 da Portaria ME nº 7.081, de 9 de agosto de 2022, ou de este titular da Pasta julgar mediante proposta de aplicação de pena expulsiva, sem terem instaurado o processo disciplinar) declara nulidade total ou parcial do feito. Ato contínuo, a autoridade instauradora deve designar nova comissão (com os mesmos integrantes ou não) e determinar o refazimento do processo a partir dos atos declarados nulos, conforme se verá em **4.12**; caso a detecção da nulidade se dê pela autoridade superior (como o Corregedor ou o Ministro de Estado da Economia, por exemplo), incumbe-lhe apenas determinar à autoridade instauradora a constituição do novo trio e o refazimento.

A declaração de nulidade não obsta o dever de apurar, por meio da designação de nova comissão. E é à luz da proposta a ser emitida por esta nova comissão que se redefine a competência para julgar, conforme se abordará em **4.10.3.1**.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 169. Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração do novo processo. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
>
> *Portaria MF nº 430, de 2017 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 330. Ao Corregedor incumbe:*
> *III - declarar a nulidade parcial ou total de sindicância ou processo administrativo disciplinar ou de processo de responsabilização de pessoa jurídica, nos termos da lei, quando verificada a existência de vícios insanáveis;*
> *Art. 332. Aos Chefes dos Escors incumbe, no âmbito de sua competência:*
> *IV - declarar a nulidade parcial ou total de sindicância ou processo administrativo disciplinar ou de processo de responsabilização de pessoa jurídica, nos termos da lei, quando verificada a existência de vícios insanáveis;*
>
> *"O que me parece questionável neste artigo é o fato [de] (...) em razão de declaração de nulidade parcial, ter que instaurar novo processo. O certo é dar continuidade ao processo a partir do momento processual declarado nulo. Novo processo somente teria cabimento na hipótese da nulidade total do processo." Wolgran Junqueira Ferreira, "Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União", pg. 152, Edições Profissionais, 1ª edição, 1992*
>
> *STJ, Agravo Regimental nº 15.463: "Ementa: 3. Não foi demonstrado interesse direto ou indireto de membro de Comissão Processante no deslinde do PAD. Respeitados os aspectos processuais em relação ao impedimento e suspeição, não há prejuízo na convocação de servidores que tenham integrado anteriormente uma primeira Comissão Processante cujo relatório conclusivo fora anulado por cerceamento de defesa. Precedente do STJ."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 13.986: "Ementa: 3. Respeitados todos os aspectos processuais relativos à suspeição e impedimento dos membros da Comissão Processante previstos pelas Leis 8.112/90 e 9.784/99, não há qualquer impedimento ou prejuízo material na convocação dos mesmos servidores que anteriormente tenham integrado Comissão Processante, cujo relatório conclusivo foi posteriormente anulado (por cerceamento de defesa), para compor a segunda Comissão de Inquérito."*

E ratifique-se que, no caso de decisão determinando refazimento dos atos, por força do *caput* do art. 7º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21/11/13, e do art. 9º da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, que dispõem sobre apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Economia (ME) como um todo e especificamente da

Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), a autoridade instauradora é obrigada a comunicar ao titular da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do acusado, por meio de ofício de dispensável autuação, e sendo de se defender que também dê ciência ao servidor, na forma exposta em **4.10.6.2**.

> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 7º A autoridade instauradora comunicará ao titular do órgão ou da unidade de lotação ou de exercício do acusado a conclusão exarada pela comissão de inquérito, cientificando-o, outrossim, da decisão final, para adoção das medidas que se fizerem necessárias.*
>
> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 9º A autoridade instauradora comunicará ao titular da unidade de lotação ou de exercício do acusado, se diferente, a conclusão exarada pela comissão disciplinar, o informará acerca do posterior trâmite do processo até a decisão final a ser proferida pela autoridade julgadora e, após o julgamento, o cientificará da decisão final, para adoção das medidas que se fizerem necessárias.*

Conforme se expõe com detalhe naquele subitem, esta comunicação pode ser feita por meio de mensagem do correio eletrônico institucional, reproduzindo ou tendo como anexo o texto da decisão. Sendo o acusado servidor ativo e não licenciado ou afastado e sendo o processo dgital, com suporte em meio digital, formalizado no Sistema processo Eletrônico (e-Processo), é certo que acessa a mensagem e a íntegra dos autos. Mas caso seja inativo ou ex-servidor ou ainda ativo licenciado ou afastado, não tendo acesso ao correio eletrônico institucional e ao processo digital, caso resida na mesma localidade onde se situa o Escor ou a Coger, a esta unidade de correição cabe contactar o acusado e ofertar-lhe cópia integral dos autos, em mídia digital, nas próprias dependências da unidade de correição; caso não resida na mesma localidade onde se situa o Escor ou a Coger, aquela mensagem ao titular de sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) deve conter ainda solicitação para que o titular contate o acusado a fim de que compareça, no prazo de trinta dias, e receba a mídia digital criptografada a ser fornecida pelo Escor. Em todos os casos, deve ser coletado termo de recebimento ou de recusa ou de não compaecimento, a ser autuado.

4.10.1.2 - Proposta de Arquivamento e Determinação de Ultimação dos Trabalhos

Ainda que se reconheça que a digressão que se fará no início deste tópico possui cunho meramente teórico, cabe começar a abordagem do enfrentamento do mérito simulando um fictício fracionamento consecutivo de atitudes e análises a cargo da autoridade em fase de julgamento. Na verdade, trata-se de exercício de fim apenas didático, pois sabe-se que, na prática, as análises de diferentes focos se misturam e se superpõem simultaneamente no tempo.

Feita esta ressalva, pode-se imaginar que, ultrapassada a análise preliminar já mencionada em **4.10.1.1**, a autoridade instauradora prossegue numa primeira e superficial avaliação já acerca do mérito, aquilatando se o trabalho da comissão, em conteúdo (e não mais em forma), foi suficiente e capaz de atender à sua determinação, expressa na portaria de pessoal inaugural, para que se esclarecesse determinado conjunto fático. Independentemente de qual autoridade ao final será de fato competente para emitir o julgamento (em razão da pena porventura proposta pela comissão), neste momento (que aqui apenas ficticiamente se separou), o Chefe de Escor (na grande maioria dos casos em geral, ou o Corregedor, em hipóteses excepcionais) atua ainda e tão somente como autoridade instauradora, à luz do art. 166 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, mesmo que ele próprio posteriormente venha a ser o efetivo julgador do caso. Nesta pré-análise de mérito, a autoridade instauradora tão somente verifica se sua determinação para a apuração fática foi exaustiva e satisfatoriamente atendida pela comissão, atendo-se apenas a apreciar o exaurimento das vias de apuração ordenada, não se

confundindo - até porque a antecede - com a dicção em si do Direito. Mal comparando, é como se primeiramente a autoridade avaliasse apenas quantitativamente se a comissão exauriu a busca da verdade material que lhe foi determinada na portaria de pessoal, sem ainda se preocupar em verificar se, qualitativamente, concorda ou não em mérito com a conclusão a que chegou o colegiado. Neste momento aqui simulado como isolável, a autoridade ainda não manifesta como o Direito enxerga o fato comprovado nos autos e muito menos aplica a este fato concreto a legislação hipotética de regência. Ainda não há, portanto, que se cogitar de um julgamento *stricto sensu*, como manifestação decisória, mas sim se trata apenas de um ato intermediário de aferição do cumprimento do escopo apuratório determinado na portaria de pessoal inaugural.

> *Orientação Coger nº 47*
> *O Chefe de Escor ou o Corregedor, ao analisar a instrução probatória com o fim de verificar se sua determinação inaugural, para que a comissão apurasse o fato, restou exaustiva e satisfatoriamente cumprida, atua na condição de autoridade instauradora, independentemente da pena porventura proposta.*

Avançando na inteligência teórica da procedimentalização, a autoridade instauradora depara-se enfim com a necessidade de enfrentar o mérito da conclusão da comissão. Relembre-se que a sucessão fracionada de atos aqui simulada é mera digressão teórico-didática, pois, na verdade, em leitura única, simultaneamente, a autoridade tanto avalia se a busca da verdade material foi esgotada quanto analisa se concorda ou não com a conclusão proposta pela comissão. Mas, seguindo na modelação teórica, no que se refere à análise em si do mérito, neste ponto, a abordagem desdobra-se em algumas possibilidades viáveis.

No caso de a comissão, no mérito, estar convicta da inocência ou não ter obtido prova condenatória, decerto consta do seu relatório proposta de arquivamento do processo. E, concordando com a proposta da comissão (ou seja, tendo verificado que se esgotou a apuração e não sendo a proposta flagrantemente contrária às provas dos autos), a autoridade instauradora é competente para determinar o arquivamento do processo.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 167.*
> *§ 4º Reconhecida pela comissão a inocência do servidor, a autoridade instauradora do processo determinará o seu arquivamento, salvo se flagrantemente contrária à prova dos autos. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

Destaque-se que pode a autoridade competente para o julgamento, seja por iniciativa própria, seja atendendo provocação constante no relatório da comissão, entendendo que os trabalhos apuratórios, embora não tenham coletado provas de infração disciplinar, tenham levantado tão somente indícios de desvio ético, remeter cópia dos autos para a CE-RFB. Mas é de se ressalvar que a interpretação sistemática do art. 2º da Portaria RFB nº 3.286, de 24/08/11, com o art. 4º, III da Portaria RFB nº 3.262, de 19/08/11, indica pela não superposição de instâncias (tendo havido repercussão disciplinar, não há que se cogitar de provocação, pelo mesmo fato, da instância ética no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil), conforme abordado em **2.2.2.2.1**. Ressalve-se também que, em qualquer caso de provocação à CE-RFB, o material a ser remetido a este foro deve se restringir apenas aos elementos que noticiam o suposto desvio ético.

> *Portaria RFB nº 3.286, de 24/08/11 - Art. 2º Na hipótese de arquivamento de sindicância ou processo administrativo disciplinar, a autoridade julgadora, por sua iniciativa ou por proposta da Comissão de Inquérito ou Sindicância, enviará cópia dos autos à CEPS-RFB, se entender presentes elementos que configurem possível desvio ético.*
>
> *Portaria RFB nº 3.262, de 2011 - Art. 4º Incumbirá à CEPS-RFB:*
> *III - aplicar a penalidade de censura ética, exclusivamente mediante decisão*

> *devidamente motivada, depois de esgotados o contraditório e a ampla defesa, aos agentes públicos em exercício na RFB, desde que a falta ética não configure infração sujeita a sanção mais grave, hipótese em que os autos serão encaminhados à autoridade competente para instauração de procedimento disciplinar; e*

Mas podem ocorrer hipóteses mais complexas: seja diante de proposta de arquivamento, seja diante de proposta de responsabilização do servidor, pode a autoridade instauradora (mediante proposta de arquivamento ou de aplicação de pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias) ou a autoridade superior competente para o julgamento (se diferentes, como, por exemplo, face à instauração pelo Chefe de Escor, o Corregedor julgar mediante proposta de aplicação de pena de suspensão superior a trinta dias, conforme competência delegada pelo Ministro de Estado da Economia, no inciso II do art. 38 da Portaria ME nº 7.081, de 9 de agosto de 2022, ou este titular da Pasta julgar mediante proposta de aplicação de pena expulsiva) se sentir insegura e não devidamente instruída para emitir sua decisão em razão de vislumbrar que a instrução por parte da comissão foi insatisfatória ou insuficiente. Caso tenha restado da instrução algum ponto suscitador de dúvida para a autoridade, a autoridade instauradora pode, de ofício, postergar o seu julgamento e determinar a realização de algum ato de instrução em busca de produção de determinada prova; caso esta análise se dê pela autoridade superior (como o Corregedor ou o Ministro de Estado da Economia, por exemplo), incumbe-lhe apenas determinar à autoridade instauradora o refazimento.

Neste rumo, imprescindível ratificar que, se a autoridade instauradora ou autoridade superior tem o poder de anular até todo o processo administrativo disciplinar quando detecta vício insanável, com mais certeza ainda se afirma que esta mesma autoridade instauradora ou julgadora pode requerer a produção de prova e até mesmo a lavratura da indiciação e as consequente coleta de defesa escrita e reelaboração de relatório. Mas, a rigor, esta providência não se confunde com a designação de novo colegiado para o refazimento de trabalhos declarados nulos em razão da verificação de vícios insanáveis e tampouco com esta autoridade estar completamente satisfeita com a instrução por ela mesma determinada, seja para exercer a competência julgadora que lhe cabe, ainda que discordando motivadamente da proposta da comissão, seja para encaminhar para o Ministro de Estado da Economia, em razão de a pena proposta exceder sua alçada, conforme arts. 167 a 169 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Tanto é assim que, se for o caso, a autoridade deve declarar sem efeito ou inválidos determinados atos processuais já realizados, não cabendo anulá-los ou revogá-los. Em outras palavras, o poder que detém a autoridade instauradora ou julgadora para determinar a ultimação dos trabalhos, à margem de não estar previsto expressamente na Lei nº 8.112, de 11/12/90, encontra subsidiário amparo no *caput* art. 29 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, deixando claro que o julgador não se confunde com um mero ratificador do trabalho propositivo da cmissão. Ademais, o posicionamento ora defendido também tem respaldo na base principiológica informadora da processualística disciplinar, destacadamente dos princípios da oficialidade, da indisponibilidade do interesse público que irrigam a busca da verdade.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 2.047: "Ementa: Antes da decisão final a ser proferida em processo administrativo disciplinar, (...) cabe a juntada de documentos que noticiam fatos novos que poderiam influenciar no julgamento, em observância ao princípio da ampla defesa."*
>
> *STJ, Terceira Seção, Ministro Relator Jorge Scartezzini, Mandado de*

> *Segurança nº 6.478/DF, DJe 29/05/2000, Ementa: "3. Sendo o julgamento a última etapa do processo disciplinar, que se compõe de outras duas fases, quais sejam, instauração e inquérito (instrução, defesa e relatório), até a plolação da decisão final pode e deve a Administração ter acesso a qualquer prova licitamente produzida para seu convencimento no momento da aplicação da sanção. Esses fatos podem ser levados ao conhecimento da autoridade competente a qualquer tempo, desde que ainda não tenha sido objeto de apreciação anterior. Inteligência dos arts. 151 e 174, ambos da Lei nº 8.112/90."*
>
> *"(...) é perfeitamente razoável admitir-se que a autoridade julgadora, que não está inteiramente jungida ao relatório da Comissão, conforme preceitua o art. 168 seguinte, possa buscar novos esclarecimentos para decidir, de modo a promover a indispensável Justiça. Tudo isto sem ferir o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 176, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*
>
> *"O órgão julgador não está adstrito às razões ofertadas pela comissão processante e pelo acusado, podendo, se entender conveniente ou necessário, determinar a designação de novo colegiado para ultimar a coleta de novas provas ou para elucidar dúvidas em torno do acervo probatório já constante dos autos, nesse caso convertendo o julgamento em diligência.*
> *Muitas vezes, a realização de diligências preliminares ao julgamento visa a evitar um decreto absolutório precipitado, baseado na dúvida favorável ao réu, quando poderia ser elucidada a controvérsia ou obscuridade, em torno da culpa ou inocência do acusado, por meio de novos atos de coleta de provas, como refere Amini Haddad Campos ao mencionar que o julgador não é um espectador inerte da produção de provas, mas lhe cabe intervir na atividade processual e ordenar, de ofício, antes do julgamento, a realização dos meios probatórios úteis ao esclarecimento da verdade, pois não deve, enquanto houver fonte de prova não exaurida, pronunciar a absolvição por dúvida em favor do acusado." Antônio Carlos Alencar de Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pgs. 684 e 686, Editora Fortium, 1ª edição, 2008*
>
> *"Quando a autoridade não se sentir à vontade para julgar com o que lhe foi apresentado, tem o direito - e o dever - de promover medidas complementares (...) em nome do princípio da precaução, há que se determinar o esclarecimento das obscuridades ou o refazimento da prova." Leo da Silva Alves, "Processo Disciplinar em 50 Questões", pgs. 50 e 135, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2002*

Até se reconhece que a Lei nº 8.112, de 1990, no *caput* do art. 169, prevê a atuação da autoridade instauradora ou julgadora apenas para declarar nulidade e determinar o refazimento, não havendo previsão expressa para a determinação de ultimação dos trabalhos. Não necessariamente deve a autoridade, quando o processo lhe é submetido para a decisão que pode ser final, vislumbrar como cabíveis as possibilidades de responsabilizar o acusado ou de arquivar o feito com as provas existentes, como se devesse sempre operar o primado cautelo do in dubio pro reo caso não sinta a instrução completa e satisfativa para lhe angariar convicção condenatória. A *contrario sensu*, esta interpretação não se sustenta caso se construa hipótese oposta: havendo proposta de apenação e cogitando a autoridade de uma prova não realizada que poderia atuar em favor da inocência do acusado, não deve a autoridade julgar, condenando, apenas pelo aspecto formal de não se considerar autorizada a determinar a ultimação instrutória.

A determinação de realização de ato instrutório pode requerer ou não que se garanta contraditório no momento da coleta da prova. Como exemplo do primeiro tipo, não requerendo contraditório na sua feitura, pode-se simplesmente solicitar algum documento ou

informação a uma outra autoridade, unidade ou órgão, oportunizando-se ao acusado o contraditório acerca do teor do que passou a fazer parte dos autos, após a juntada, se o documento for contrário à defesa. Por outro lado, sendo necessário assegurar contraditório já na própria feitura do ato, como é o caso mais comum (tais como provas orais ou periciais, diligências, dentre outras), deve-se designar, por meio de portaria de pessoal, nova comissão para ultimar ou complementar os trabalhos (preferencialmente com os mesmos integrantes, adequando-se o rito já descrito).

A autoridade instauradora, à luz do art. 166 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pode determinar a realização de provas e a ultimação em geral dos trabalhos mesmo em caso em que a comissão tenha proposto pena que extrapola a sua competência julgadora. A propósito, a conversão do julgamento em simples ato instrutório ou em designação de nova comissão não têm o condão de superar o mandamento de que é a proposta da comissão - no caso, a última proposta - que define a competência para julgar, conforme se abordará em **4.10.3.1**.

Na hipótese mais frequente de ter de designar comissão, dependendo do tipo de prova, do alcance constante da portaria de pessoal de designação do colegiado e da repercussão da realização do ato, pode o trio tão somente produzir a prova e juntá-la aos autos, sem se manifestar. Mas, em regra, convém que a comissão, no mínimo, se manifeste acerca desta nova prova para a autoridade instauradora que a designou (ou para a autoridade superior que determinou sua designação). Pode ocorrer de, em função desta nova prova, a comissão vislumbrar necessidade de realizar outros atos de instrução bem como de alterar a indiciação (reinterrogar e reindiciar são atos indispensáveis no caso de a nova prova atuar em desfavor do acusado, analogamente ao disposto em **4.4.15.7** e em **4.8.4**). Mas, se a portaria de pessoal ampara apenas a realização de um ato, convém que o colegiado primeiramente provoque a autoridade instauradora a aditar o ato de designação.

> *Orientação Coger nº 48*
> *Caso a autoridade instauradora considere a instrução probatória insuficiente para atender à sua determinação deflagradora dos trabalhos, pode requerer a produção de prova e até a elaboração de termo de indiciação, necessariamente com a designação de nova comissão, com os mesmos integrantes ou não, que dispõe de todos os mesmos poderes instrutórios que o colegiado original.*

Inequivocamente, a comissão designada para ultimar os trabalhos possui todos os poderes instrutórios e pode empregar todos os meios válidos de prova para buscar o esclarecimento fático, tais quais os poderes que detinha o colegiado originalmente designado, no que se inclui até a juntada de outros elementos relacionados com o caso, como provas emprestadas, constantes de outros processos administrativos ou judiciais, de que a autoridade tenha conhecimento e que não haviam sido ainda utilizados no processo em curso. Ademais, na mesma linha que já se afirmou para os poderes da autoridade, caso tenha de refazer atos que já haviam sido realizados (tais como interrogatório, indiciação e relatório), a comissão deve deliberar declará-los sem efeito ou inválidos, não cabendo anulá-los ou revogá-los. Acrescente-se que, em processo em que a autoridade designa comissão para ultimar os trabalhos e em que a indiciação é tornada inválida ou sem efeito, o servidor que já havia sido originalmente indiciado readquire a condição de acusado.

> *Orientação Coger nº 49*
> *Na ultimação da instrução, podem ser utilizadas informações derivadas de outros processos administrativos disciplinares ou de ações judiciais que possuam relação com o caso e que não tenham sido apreciadas ou que não eram de conhecimento da comissão.*

> *Orientação Coger nº 50*
> *Na ultimação da instrução, o servidor, ainda que originalmente indiciado, retorna à condição jurídica de acusado, condição esta que deve lhe ser informada ao ser notificado da reabertura dos trabalhos.*

Inclui-se no presente tema a hipótese de a comissão, liminarmente, sem sequer indiciar (e, portanto, sem coletar defesa escrita), propor arquivamento e a autoridade instauradora ou julgadora discordar, cogitando de responsabilizar o servidor ou não se sentindo segura e convencida para julgar. Primeiramente, deve-se dizer que tal hipótese cinge-se ao dispositivo do § 4º do art. 167 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, segundo o qual tal posicionamento por parte da autoridade somente se justifica se a proposta de arquivamento for flagrantemente contrária à prova dos autos (pois, conforme o art. 168 da mesma Lei, em princípio, o relatório é de ser acatado). Na sequência de tal hipótese, em respeito a garantias fundamentais da pessoa (devido processo legal, ampla defesa e contraditório), tem-se que a autoridade não pode julgar pela responsabilização, uma vez que não houve formalização da acusação (indiciação) e, consequentemente, o servidor não se defendeu do fato.

Sabe-se que a indiciação é momento crucial no processo administrativo disciplinar, por se revelar o ato processual em que a comissão - quando é o caso - delimita o raio fático acusatório contra o servidor e obriga que este, pessoalmente ou por seu procurador, labore peça escrita de defesa, com o fim de suprir o necessário e salutar equilíbrio de forças com que deve o julgador sopesar ambas as teses.

Caso a comissão indicie o acusado e colete sua defesa, a autoridade julgadora até pode, em tese, ao final, não acatar o relatório e decidir, motivadamente e com sua livre valoração da prova, de forma discrepante da proposta relatada por aquele colegiado. Todavia, na hipótese em comento, não tendo havido indiciação e tendo a comissão promovido uma absolvição antecipada, restando lacunas na instrução e incoerências na conclusão do seu relatório, é perfeitamente plausível que a autoridade julgadora não se sinta convencida e segura para emitir o julgamento sem a devida ultimação dos trabalhos, de forma que não lhe cabe aplicar de imediato o parágrafo único do art. 168 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e liminarmente decidir, seja pela absolvição, seja pela responsabilização branda ou grave do acusado.

Este tipo de incidente pode mesmo ocorrer em ritos em que se prevejam diferentes agentes a instruir e a julgar. No rito do processo administrativo disciplinar, havendo proposta da comissão de absolvição antecipada, pode a autoridade instauradora (ou julgadora, se diferente), por um lado, concordar e acatar a proposta, encerrando o feito sem contestação; todavia, pode, por outro lado, a autoridade não se sentir convencida a acatar a proposta de absolvição mas também, ao mesmo tempo, perceber que a ausência de indiciação e, por conseguinte, de defesa escrita, lhe impede de emitir seu julgamento. Em tais casos, evidentemente, é de se declarar incompleta a instrução probatória e tornar sem efeito ou inválido o relatório (não é caso de se anular e tampouco de revogar aquelas peças), promovendo-se a ultimação dos trabalhos, com o fim de completar a instrução, redesignando outro colegiado - nas pessoas dos mesmos integrantes ou não - para que sejam coletados novos atos de prova, se necessários, ou para que diretamente seja redigida a indiciação, coletada defesa e formulado novo relatório, propiciando totais condições de se emitir julgamento.

> *“Na hipótese de reconhecer a comissão, com base nas provas dos autos, que os fatos são mesmo da autoria do servidor imputado, mas que foram perpetrados em circunstâncias licitizantes (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito), deverá o processo, na mesma forma do caso anterior [quando conclui que o servidor imputado não é o autor dos fatos], ser submetido ao julgamento antecipado da autoridade instauradora, a qual, concordando com o ponto de vista desse colegiado, absolverá o acusado e determinará o arquivamento do feito.*
> *Discrepando a autoridade julgadora da comissão de processo, em qualquer uma das hipóteses enfocadas, deverá fundamentar a sua discordância, destituir o trio processante referido e nomear, em seu lugar, uma nova comissão para o*

> *processamento do caso. Os autos do processo anterior deverão instruir o novo procedimento.*
> *Como não há, nesse caso, apresentação formal de defesas escritas dos acusados, não poderá a autoridade julgadora, quando divergir das conclusões dessas comissões, condenar, de maneira alguma, os servidores imputados. Como dissemos acima, a única alternativa para essas discrepâncias consiste em a autoridade hierárquica dar por encerradas essas comissões de processo e, em seus lugares, designar novos colegiados, para que os procedimentos sigam todos os seus passos." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 232, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Caso tenha havido indiciação e defesa escrita e esta defesa tenha convencido a comissão a propor absolvição no relatório, até é possível que a autoridade, discordando da proposta, decida pela apenação, se adstrita ao fato constante da indiciação. Neste caso, não se cogita de cerceamento ao direito de defesa, conforme se abordará em **4.10.4.1**, a cuja leitura se remete.

De certo é que a apuração incompleta não afasta nem impede a sua complementação, com vista à elucidação do fato.

> *STF, Mandado de Segurança nº 22.755: "Ementa: (...) Inexiste, em nosso sistema jurídico, dispositivo legal que tenha por inviável a punição de infração disciplinar se a sua apuração somente se tornou possível após o sucessivo fracasso de quatro comissões de inquérito em concluir o seu trabalho no prazo de lei."*

E também ratifique-se que, seja qual for a decisão (arquivando ou determinando ultimação dos trabalhos), por força do *caput* do art. 7º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21/11/13, e do art. 9º da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, que dispõem sobre apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Economia (ME) como um todo e especificamente da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), a autoridade instauradora é obrigada a comunicar ao titular da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do acusado, por meio de ofício de dispensável autuação, e sendo de se defender que também dê ciência ao servidor, na forma exposta em **4.10.6.2**.

> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 7º A autoridade instauradora comunicará ao titular do órgão ou da unidade de lotação ou de exercício do acusado a conclusão exarada pela comissão de inquérito, cientificando-o, outrossim, da decisão final, para adoção das medidas que se fizerem necessárias.*
>
> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 9º A autoridade instauradora comunicará ao titular da unidade de lotação ou de exercício do acusado, se diferente, a conclusão exarada pela comissão disciplinar, o informará acerca do posterior trâmite do processo até a decisão final a ser proferida pela autoridade julgadora e, após o julgamento, o cientificará da decisão final, para adoção das medidas que se fizerem necessárias.*

Conforme se expõe com detalhe naquele subitem, esta comunicação pode ser feita por meio de mensagem do correio eletrônico institucional, reproduzindo ou tendo como anexo o texto da decisão. Sendo o acusado servidor ativo e não licenciado ou afastado e sendo o processo dgital, com suporte em meio digital, formalizado no Sistema processo Eletrônico (e-Processo), é certo que acessa a mensagem e a íntegra dos autos. Mas caso seja inativo ou ex-servidor ou ainda ativo licenciado ou afastado, não tendo acesso ao correio eletrônico institucional e ao processo digital, caso resida na mesma localidade onde se situa o Escor, a este cabe contactar o acusado e ofertar-lhe cópia integral dos autos, em mídia digital, nas próprias dependências da unidade de correição; caso não resida na mesma localidade onde se situa o Escor ou a Coger, aquela mensagem ao titular de sua uidade de lotação (ou de

exercício, se diferente) deve conter ainda solicitação para que o titular contate o acusado a fim de que compareça, no prazo de trinta dias, e receba a mídia digital criptografada a ser fornecida pelo Escor ou pela Coger. Em todos os casos, deve ser coletado termo de recebimento ou de recusa ou de não compaecimento, a ser autuado.

4.10.1.3 - A Contraposição da Competência da Autoridade com a Autonomia da Comissão

Pode ocorrer, na fase de julgamento de determinado processo administrativo disciplinar, de a autoridade legalmente competente entender que os autos não se encontram devidamente instruídos para exarar seguramente sua decisão e, em função disto, considerar necessário primeiramente designar nova comissão (com os mesmos membros ou não da composição original) para fazer ou refazer ato instrucional. Na sequência, há a hipótese de se estabelecer o incidente de esta comissão manifestar discordância quanto à reabertura da instrução, manifestando que sua convicção confere com o teor do relatório já apresentado.

Em tal situação, de imediato, por um lado, não se nega a autonomia de que goza a comissão na condução dos trabalhos investigatórios, até porque está prevista no art. 150 da Lei n° 8.112, de 11/12/90. Mas, por outro lado, não há de se perder de vista a irrenunciável competência da autoridade - sob pena inclusive de responsabilizações pessoais - em proceder da melhor maneira à decisão por que clama o processo ainda em andamento. E, para desempenhar tal mister, deve a autoridade competente prover-se de todos os meios instrucionais que, a seu exclusivo talante, julga necessários, sem os quais prejudica-se o cumprimento de seu dever decisório.

Conforme já aduzido em **4.5.2**, uma vez que aqui se refere a entendimento, por parte da autoridade, de instrução incompleta, no presente tema se inclui, destaque-se, até mesmo o seu entendimento de se fazer necessário notificar um servidor como acusado ou de indiciá-lo, uma vez que, segundo o art. 151, II da Lei n° 8.112, de 11/12/90, a segunda fase do processo, o inquérito administrativo, compreende a instrução, defesa e relatório, sendo então extraível do texto legal que o termo “instrução” engloba a notificação inicial e até mesmo a indiciação do servidor, a fim de se ter nos autos a defesa do acusado, e, por fim, o relatório. De outra forma não poderia ser, vez que a autoridade pode considerar necessária, para poder emitir seu julgamento, a provocação da defesa. A elaboração de indiciação e a coleta de defesa podem ser consideradas inseridas no dever de atender ao mencionado art. 151, II da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e ao próprio comando encartado na portaria de pessoal de designação da comissão, tanto quanto o é o indiscutível dever de lavrar relatório. Todos estes atos, da mesma forma que o conjunto probatório da instrução, se destinam à autoridade competente para julgar, subsidiando-a, como em um trabalho preparatório.

Sem adentrar na competente leitura de mérito que a comissão pode extrair de cada ato instrucional, soa irrazoado que o colegiado regularmente designado para cumprir um dever legal (qual seja, instruir um procedimento que merecerá futura decisão da autoridade legalmente competente), recuse-se a fazê-lo, invocando tão somente sua autonomia. Ora, sabe-se que a matéria jurídica, por sua própria natureza, desde sempre, comporta, em inúmeros exemplos, pesos e contrapesos, poderes e limites, em necessária contraposição e confronto que visam ao equilíbrio de forças entre os mais diversos agentes. Nenhum princípio, brocardo ou instituto deve ser entendido ou aplicado de forma estanque, dissociada e imune a limites por parte dos demais que o amoldam e que com ele façam fronteira. É com base neste entendimento, apoiado na interpretação sistemática e na visão mais ampla do ordenamento e dos princípios que regem a atuação pública, que se posiciona a presente discussão, em que, em determinado processo, pode-se ter a contraposição do dever decisório a ser exercido pela autoridade baseado em autos devidamente instruídos e a mencionada

autonomia da comissão.

Na ausência de indiciação e de peça de defesa, tidas como essenciais para a autoridade julgadora, esta pode determinar suas realizações. Do contrário, se teria de crer na tese absurda de que competiria à comissão impedir que o processo prossiga, de paralisar o feito de impor sua convicção absolutória à autoridade superior.

A resolução do confronto está em que o cumprimento do dever legal por parte do colegiado não é de ser confundido com violação de sua autonomia, aqui lida como a liberdade de expressar sua convicção extraída do ato instrucional requerido. A autonomia da comissão apenas freia, dentro do necessário equilíbrio de poderes e limitações, a imposição nefasta que a autoridade poderia fazer sobre a convicção extraída pelo próprio colegiado acerca do ato em si. Mas não lhe confere o condão de se negar a realizar o ato. A autoridade violaria a autonomia da comissão se lhe impusesse não só a feitura do ato mas também que dele externasse determinada convicção, com a qual o colegiado não concordasse. No entanto, não se confunde com tal hipótese a também inafastável convicção da autoridade em considerar indispensável, para o cumprimento de seu insubstituível dever decisório, a feitura de determinado ato instrucional.

Neste rumo, atendem-se, simultaneamente, aos dois polos em confronto: a comissão tem preservada sua autonomia, podendo, acerca do ato, manifestar sua inatacável convicção no segundo relatório; e a autoridade tem o processo devidamente instruído para exarar seu julgamento. Tanto isto é verdade que a instância administrativa disciplinar funda-se, dentre outras, na máxima de que o julgamento não se vincula ao relatório do colegiado, conforme se abordará em **4.10.4.1**. Desde que motivadamente e sabendo que, em caso de arbítrio, assume o ônus de assim agir, pode a autoridade se divorciar do relatório que lhe é proposto (esse é o justo termo: o relatório lhe é apresentado em caráter propositivo), cabendo a ela decidir.

4.10.2 - Penas Previstas

Por outro lado, estando a comissão convicta da responsabilização do indiciado, obrigatoriamente constam do relatório a descrição e o enquadramento legal da infração apurada e, conforme se recomenda ao longo deste texto, a pena proposta para aquela infração, visto que há uma vinculação entre estes dois institutos na instância disciplinar. Neste caso, a competência para julgar depende da pena proposta (ou da pena mais grave, em caso de diversidade de penas para mais de um indiciado).

Daí porque, neste ponto do texto, após ter abordado a parte inicial do julgamento (referente à análise de forma e de nulidade), convém abrir um parêntese na explanação sobre o ato de julgar para antes expor as penas previstas em Lei e as respectivas autoridades competentes para aplicá-las, a fim de que, em **4.10.3** e **4.10.4**, se retome a descrição do julgamento, já no que diz respeito à análise de mérito.

A lista expressa e enumerada das penas administrativas previstas na Lei nº 8.112, de 11/12/90, é a seguinte:

- advertência;
- suspensão;
- demissão;
- cassação de aposentadoria ou de disponibilidade;
- destituição de cargo em comissão ou de função de função de confiança (ou comissionada).

Considerando apenas as penalidades mais comumente aplicadas na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, pode-se sintetizar, antecipadamente, na tabela abaixo, os enquadramentos associados a cada pena, conforme se descreverá nos tópicos seguintes.

Pena originária	Enquadramento
Aplicação por previsão expressa da Lei nº 8.112, de 11/12/90	
Advertência	Art. 116, todos os 12 incisos Art. 117, incisos I a VIII e XIX
Demissão e cassação de aposentadoria ou de disponibilidade	Art. 117, incisos IX a XVI Art. 132, todos os 13 incisos
Aplicação residual	
Suspensão	Art. 117, incisos XVII e XVIII

Pelo princípio da prévia cominação legal, não se admitem no processo administrativo disciplinar outras penas.

> *CF - Art. 5º*
> *XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;*
>
> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 127. São penalidades disciplinares:*
> *I - advertência;*
> *II - suspensão;*
> *III - demissão;*
> *IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;*
> *V - destituição de cargo em comissão;*
> *VI - destituição de função comissionada.*

Diante desta lista exaustiva de penas expressamente previstas no art. 127 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, é de se questionar os respectivos alcances subjetivos, retomando os conceitos de servidor ativo, inativo (aposentado e em disponibilidade) e ex-servidor (já punido com pena expulsiva em PAD anterior e exonerado), apresentados em **3.2.2.2.2.a**.

As penas de advertência, suspensão e de demissão ofertam o espectro punitivo de sanções leve, mediana e grave ao servidor detentor de cargo efetivo e que, na condição inafastável de ser ativo, comete o ato ilícito e, ainda em plena atividade, é processado e apenado.

Esclareça-se que a menção a servidor da ativa detentor de cargo efetivo e passível dos três graus de apenação estatutária alcança não só o caso comum de o provimento ter se dado por meio da nomeação após prévia habilitação em concurso público, mas, conforme já aduzido em **3.2.2.2.1** e em **3.2.4.2.1**, atinge também as duas espécies eventuais de provimento efetivo, a saber, a reversão (retorno à atividade por parte de servidor aposentado sob determinadas condições) e a reintegração (reinvestidura de ex-servidor demitido após invalidada a demissão por decisão administrativa ou judicial), detalhadas em **4.10.2.5** e em **5.1.3.3** e **5.2**, e até mesmo as três espécies mais incomuns de provimento efetivo (ao menos na RFB), a saber, a readaptação (investidura de servidor ativo em outro cargo com atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação física ou mental por ele sofrida), a recondução (retorno de servidor estável ao cargo anteriormente ocupado em razão de inabilitação em estágio probatório) e o aproveitamento (retorno à atividade de servidor estável que estava em disponibilidade), todas previstas nos incisos I e V a IX do art. 8º e nos *caputs* dos arts. 24, 25, 28 e 29 e no art. 30, e em conjunto ainda com o *caput* do art. 182, todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90. E, já que se estende o espectro, é de se mencionar ainda aqueles servidores que haviam sido objeto de penas expulsivas tidas por arbitrárias e que foram beneficiados por anistia, concedida nos moldes do inciso VIII do art. 48 da CF (atribuição do Congresso

Nacional, com sanção do Presidente da República), a exemplo do que operou a Lei nº 8.878, de 11 de maio de 1994, com a regulamentação dada pela Portaria Normativa SEDGG/SGP nº 21, de 5 de abril de 2022. Após qualquer uma destas seis hipóteses excepcionais, estando o servidor na ativa e, nesta condição, tendo cometido o fato e ainda nesta condição tendo sido processado, é passível de ser advertido, suspenso ou demitido.

Já as penas de advertência e de destituição do cargo em comissão são as únicas sanções aplicáveis a servidor detentor apenas de cargo em comissão que, igualmente na ativa, comete o ato ilícito e é processado e apenado.

De outro giro, as penas de cassação de aposentadoria ou de cassação de disponibilidade são as únicas sanções aplicáveis a inativo (seja aposentado, seja servidor estável posto em disponibilidade) decorrentes de investidura efetiva e que, ainda ao tempo da condição inafastável de ser ativo, cometeu o ato ilícito mas que vem a ser processado e apenado já na inatividade, conforme já se aduziu em **3.2.2.2.2.b**. Antecipe-se que não há pena de cassação de aposentadoria para quem completou os critérios do regime geral de previdência social apenas sob vínculo comissionado, sem cargo efetivo, e também a disponibilidade - com reflexo na sua consequente cassação - é um instituto exclusivo dos servidores detentores de cargo efetivo - e mais que isto, exclusivo de servidores efetivos estáveis, conforme se detalhará em **4.10.2.5**.

Cabe avaliar de forma mais detida a possibilidade de se aplicarem penas de advertência e de suspensão a inativos e a ex-servidores, ambos em gênero, ou seja, a todo rol de agentes alcançáveis pela Lei nº 8.112, de 11/12/90, que não sejam servidores ativos (já que a possibilidade de conclusão pela única pena capital - cassação de aposentadoria ou disponibilidade - para inativos será abordada exclusivamente no tópico acima indicado e a possibilidade de conclusão por qualquer pena capital - seja demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade ou destituição de cargo em comissão - para ex-servidor já foi mencionada em **3.2.2.2.2.c** e será abordada em **4.10.2.5.2** e a possibilidade de conclusão contrária a ex-servidor já exonerado foi aduzida em **3.2.2.2.2.d** e será reiterada em **4.10.2.6**).

Relembre-se que o gênero dos inativos se compõe de duas espécies, a saber, os servidores estáveis postos em disponibilidade e os aposentados; já o gênero dos ex-servidores se compõe dos exonerados de ofício ou a pedido e dos expulsos por demissão ou por cassação de aposentadoria ou disponibilidade ou por destituição de cargo em comissão em PAD anterior. Dito isto e resgatando-se que, de um lado, a base principiológica já rascunhada desde o tópico introdutório **3.2.2.2** informa que estas condições de inativo ou de ex-servidor não vedam, por si sós, a deflagração da persecução disciplinar, reconhece-se que, de outro lado, a leitura do texto da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não esclarece de forma imediata se existe ou não a possibilidade jurídica de estes agentes, uma vez processados, virem a sofrer penas de advertência ou de suspensão.

O esclarecimento da questão requer o aprimoramento da mera leitura pontual para a interpretação sistemática, por meio da qual o aplicador do Direito logra perceber e compreender a Lei como um todo, de forma harmônica e coerente em si mesma. Assim, ao se antecipar a leitura do *caput* do art. 131 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, verifica-se que o cancelamento dos registros de aplicação de advertência e de suspensão se dá após três e cinco anos de "*efetivo exercício*", condição temporal esta que não se harmonizaria com um apenado que estivesse em inatividade ou que já nem mais integrasse o serviço público. Esta percepção sistemática já seria suficiente para indicar a não aplicação de advertência e de suspensão a inativos e a ex-servidores. Mas, ainda que se reconheça que poderia ser discutida e questionada a tese, é de se delimitar a relevância do debate, uma vez que, caso se prosseguisse na aplicação de pena de advertência a inativo ou a ex-servidor e até mesmo na aplicação da pena de suspensão a ex-servidor, o efeito seria totalmente inócuo.

Já esta total ausência de efeito e de interesse argumentativo não se repetiria caso se insistisse na tese da aplicabilidade da pena de suspensão a inativo, que, diferentemente do ex-servidor, ainda preserva uma vinculação estatutária de reflexo pecuniário, pois, na inviabilidade prática de se operar o efeito suspensivo da atividade laboral, se poderia cogitar de se fazer impor a consequência punitiva em pecúnia, sob forma de conversão em multa, por exemplo, destacadamente sobre o provento da aposentadoria do servidor aposentado ou ainda sobre a remuneração do servidor estável em disponibilidade proporcional ao tempo de serviço (conforme estabelece o § 3º do art. 41 da CF, mas que, a rigor, também possui natureza de provento). Desta feita, no resíduo que resta a analisar, a impertinência da aplicação da pena de suspensão a inativo requer e justifica maiores esforços elucidativos, sobretudo para se eliminar a dúvida acerca da aplicabilidade a aposentados (já que aqui mencionam-se os inativos em disponibilidade apenas por preciosismo e esgotamento teóricos do tema, pois na RFB não é prática se colocar servidor estável sob tal espécie de inatividade).

Sendo assim, a se somar à já mencionada leitura do *caput* do art. 131, obtém-se cristalina interpretação sistemática com o auxílio do § 2º do art. 130, também da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Este segundo dispositivo legal condiciona a conversão da pena de suspensão em multa "*quando houver conveniência para o serviço*" em o apenado ser "*obrigado a permanecer em serviço*" na contraprestação de receber apenas "*50 % por dia de vencimento ou remuneração*". Ora, em rasteiro exercício lógico, se descortina que não há pertinência em se cogitar de manter servidor inativo em serviço. Ademais, no foco de interesse prático, no caso de aposentado, acrescente-se que tampouco se confundem os institutos do vencimento e da remuneração, voltados para o servidor na ativa (conforme deixam claro os art. 40 a 42 e 44), com o adequado instituto pecuniário, que se chama provento de aposentadoria (conforme redige o art. 189) e aduzindo ainda, de forma bastante didática, que o *caput* do art. 45, o § 1º do art. 46 e o art. 48, todos aqui da mesma Lei, usam os três conceitos, em inequívoca percepção de que não são sinônimos jurídicos. Decerto, o § 2º do art. 130 da mencionada Lei se volta a servidores ativos e não a inativos, dentre os quais os aposentados ou postos em disponibilidade, e muito menos a ex-servidores.

Por fim, soterrando de vez qualquer pretensão de aplicação de efeitos pecuniários sobre o provento de aposentadoria em decorrência de comprovação de fato punível com pena de suspensão em face de aposentado, tal ilação careceria da indispensável previsão legal. O art. 127, na lista exaustiva de seus seis incisos, e o art. 134, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, foram específicos e restritivos, como devem mesmo ser comandos legais de natureza punitiva, ao mencionarem como única sanção a incidir sobre aposentadoria a grave pena expulsiva de sua cassação. Cogitar de aplicar pena de suspensão sobre aposentado e convertê-la em multa significa o disparate inconstitucional (conforme o acima reproduzido inciso XXXIX do art. 5º da CF) de o aplicador do Direito criar pena não prevista em lei. Similares entendimentos se aplicam para a ausência de previsão legal de incidência de outra pena sobre a disponibilidade (e sobre a remuneração proporcional, que também possui natureza de provento) que não seja a cassação. A idênticas conclusões já se havia chegado em **3.2.2.2.2.b**, em **3.2.2.2.2.c** e em **3.2.2.2.2.d**.

Obviamente, nada do que acima se expôs se confunde com a possibilidade de, em fase de admissibilidade diante de um inativo ou de um ex-servidor (sendo certo que já se assentou a plausibilidade principiológica sim de submetê-los ao processo disciplinar), em que se vislumbram indícios de suposta irregularidade grave, ensejadora, em tese, de pena expulsiva e, neste rumo, então, se decidir pela motivada e muito excepcional instauração de PAD, cujo fim, todavia, se resume em conclusão contraditória por cometimento de ilícito de leve ou mediana gravidade, que seria punível com penas de advertência ou de suspensão. Nesta hipótese, nada obsta - ao contrário, até se obriga - que se conduza o apuratório a seu fim e que se faça o vinculado registro do fato ilícito apurado nos assentamentos funcionais do inativo ou do ex-servidor, à luz do já antecipado e mencionado *caput* do art. 131 da Lei nº 8.112, de

11/12/90. Antecipe-se que o obrigatório registro do fato irregular apurado nos assentamentos funcionais do faltoso não se confunde com apenação, dele se extraindo apenas o efeito de ser visto como desautorizador de um retorno daquele agente infrator, sob poder discricionário da Administração, aos quadros públicos em investidura comissionada, por exemplo. Daí, ratifica-se também a pequena relevância de se gastar esforços acerca da plausibilidade de se aplicar ou não pena de advertência a inativo ou a ex-servidor e a pena de suspensão a ex-servidor, visto que seu efeito, sem aspecto pecuniário, é praticamente o mesmo do mero registro do fato apurado nos assentamentos funcionais.

De outro giro, ao amparo da sedimentada base principiológica informadora da eficiência, da razoabilidade e da intervenção mínima com que se maneja a fase de admissibilidade no atual estágio de amadurecimento e de restritividade do sistema correcional, ratifica-se a pertinência de, uma vez estando-se diante de fato de leve ou no máximo de mediano grau infracional cometido por inativo ou por ex-servidor, que, uma vez comprovado, levaria no extremo à apenação por suspensão, operar-se o motivado arquivamento do feito sem nem sequer instaurar o oneroso processo disciplinar. Aliás, diga-se: estendendo esta construção e trazendo à tona a postura econômica e ao mesmo tempo necessariamente seletiva e célere da atuação correcional, é de se ter como muito excepcional qualquer movimentação desta estrutura em face de inativos e ex-servidores, mesmo diante de expectativa de atos graves, em razão da necessária ponderação do limite da força de trabalho disponível e do menor efeito social que causa ação disciplinar sobre estes agentes não ativos.

Ainda na esteira da análise dos incisos do art. 127 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, é de se mencionar que, embora incluída no seu inciso VI, a pena de destituição de função comissionada (ou função de confiança) restou inaplicável, pois a Lei, nos artigos seguintes, não cuidou de expressar hipóteses de sua aplicação. O devido processo legal exige não só a previsão da pena mas também o estabelecimento de suas hipóteses de aplicação.

> *"O art. 127 da Lei do Regime Jurídico único, no seu inciso VI, trata, ainda, de uma penalidade que não é disciplinada nos artigos específicos da Lei, a saber: VI - destituição de função comissionada." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pgs. 302 e 303, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Em exercício de interpretação sistemática do Estatuto, pode-se inferir que a intenção do legislador talvez fosse de que esta pena se aplicasse a atos praticados exclusivamente associados ao exercício da função de confiança, dissociados de seu cargo efetivo. Assim, ela recairia somente sobre esta função de confiança, fazendo com que o servidor a perdesse em decorrência de decisão administrativa disciplinar, sem repercutir em seu cargo efetivo. Tal pena teria, então, natureza diversa da dispensa *ad nutum* da função, em caráter discricionário, a cargo da autoridade nomeante. Todavia, sem a devida previsão legal das hipóteses em que seria aplicada, a pena resta inaplicável em instância disciplinar. Não obstante, pode servidor detentor de cargo efetivo e também ocupante de função de confiança cometer determinado ato irregular que lhe acarrete pena estatutária sobre o cargo efetivo e simultânea quebra da relação de confiança, de forma que a autoridade nomeante o dispense da função de confiança, mediante mero ato discricionário de gestão, independente da repercussão disciplinar.

4.10.2.1 - Vinculação da Aplicação da Pena

Em princípio, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, vincula uma única pena para cada infração, sem conceder à autoridade julgadora discricionariedade para decidir de forma diferente. Ou seja, em regra, uma vez configurado o ilícito, a pena é vinculada. Assim já se manifestou a Advocacia-Geral da União, no Parecer AGU nº GQ-183, vinculante:

> *Parecer AGU nº GQ-183, vinculante: "7. Apurada a falta a que a Lei nº 8.112,*

> *de 1990, arts. 129, 130, 132, 134 e 135, comina a aplicação de penalidade, esta medida passa a constituir dever indeclinável, em decorrência do caráter de norma imperativa de que se revestem esses dispositivos. Impõe-se a apenação sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa para omitir-se nesse mister. (...)*
> *8. Esse poder é obrigatoriamente desempenhado pela autoridade julgadora do processo disciplinar (...).”*
>
> *Parecer Dasp. Desqualificação de penalidade*
> *As infrações disciplinares são específicas, não comportando desqualificação da respectiva penalidade.*

Os arts. 129, 130, 132, 134 e 135 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelecem, respectivamente, que as penas de advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria e destituição de cargo em comissão serão aplicadas às hipóteses elencadas. Neste aspecto, não é dado à autoridade o poder de perdoar, de compor ou de transigir, aplicando algum tipo de pena alternativa. Neste ponto, convém relembrar o já abordado em **2.5.7**, no sentido de que, em tal fase processual de julgamento, ainda que se decida pela aplicação de pena de advertência, já não mais cabe à autoridade instauradora ou julgadora ofertar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ao servidor e tampouco acatar eventual pedido apresentado a destempo (nos termos do § 1° do art. 5° da Instrução Normativa (IN) CGU/CRG n° 4, de 21 de fevereiro de 2020, o prazo para se cogitar da celebração do acordo se encerra em dez dias contados do recebimento da notificação inicial que comunica a condição de acusado).

> *STF, Mandado de Segurança n° 22.656: “Ementa: A circunstância de encontrar-se o impetrante no gozo de licença para tratamento de saúde e em vias de aposentar-se por invalidez não constituía óbice à demissão, como não constituiria a própria aposentadoria que, para tanto, estaria sujeita à cassação, na forma do art. 134 da Lei nº 8.112/90.”*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 23.310: “Ementa: O fato de encontrar-se o servidor em gozo de licença médica para tratamento de saúde não constitui óbice à demissão.”*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 18.163: Ementa: Cabe destacar que a jurisprudência desta Corte já consolidou a orientação de que o fato de o acusado estar em licenças para tratamento de saúde não impede a instauração de Processo Administrativo Disciplinar, nem mesmo a aplicação de pena de demissão.”*

Esta vinculação é absolutamente inafastável para as penas capitais. Como penas capitais (ou expulsivas), aqui se refere à demissão, à cassação de aposentadoria, à cassação de disponibilidade e à destituição de cargo em comissão. Ou seja, uma vez configurada hipótese de aplicação de pena capital, não há previsão legal para que a autoridade julgadora atenue para suspensão ou advertência, em que pese a todos os atenuantes ou bons antecedentes que o servidor possa ter para o fato. Assim se manifestou a Advocacia-Geral da União, no Parecer AGU nº GQ-177, vinculante:

> *Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: “Ementa: Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato. (...)*
> *10. (...) Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, arts. 132 e 134, cominam a aplicação da pena de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, esta medida se impõe sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa (...) para omitir-se na apenação.”*

> *STJ, Mandado de Segurança nº 12.790: "Ementa: 4. Não obstante os bons antecedentes funcionais, os autos revelam que o impetrante, ciente de que não poderia exercer a gerência ou administração de empresa privada, constituiu em nome de irmãos a empresa privada, os quais lhes outorgaram procuração com amplos poderes. 5. Do cotejo entre antecedentes e ilícitos administrativos praticados, não há como se afastar a sanção imposta para que, observando-se o princípio da proporcionalidade, fosse-lhe aplicada penalidade mais branda."*

Também, uma vez configurada hipótese de aplicação de advertência ou de suspensão, não há previsão legal para que se agrave para pena capital, em que pese a todos os agravantes ou maus antecedentes que o servidor possa ter para o fato. Da mesma forma, não se pode arquivar processo em que se configurou ilícito punível, ainda que com advertência, e não cabe aplicar-se advertência nas hipóteses de aplicação originária de suspensão (art. 117, XVII e XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90).

> *"Importante ressaltar, que pelo princípio da proporcionalidade não se poderá deixar de aplicar penalidade, devendo o mínimo legal (advertência) ser respeitado. Do mesmo modo, um fato enquadrado em advertência ou suspensão ser agravado para demissão, sendo o artigo 132 da Lei n° 8112/90 taxativo nos casos de demissão e cassação de aposentadoria.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 378, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Acerca deste tema, conforme já aduzido em **4.5.2**, em **4.9.1** e em **4.9.2**, já se recomendou que o julgamento (seja no ato de assessoramento de parecer opinativo, seja na decisão em si da autoridade julgadora), em caso de responsabilização do acusado, não mencionasse os Pareceres AGU nº GQ-177 e GQ-183. Não obstante, como de outra forma não se poderia cogitar para qualquer órgão inserido no Poder Executivo federal, esta recomendação em nada se confundia com desrespeitar aquelas manifestações vinculantes da Advocacia-Geral da União e nem mesmo delas discordar. A recomendação de não mencionar aqueles dois Pareceres AGU decorria apenas de prévia proteção ao risco de ver um correto trabalho apuratório ser alvo de declaração judicial de nulidade, posto que o Superior Tribunal de Justiça já adotara entendimento de que seus textos afrontariam o princípio da proporcionalidade, ao defenderem a inafastável apenação diante de conduta enquadrável.

Sabe-se que, em instância disciplinar, já desde os trabalhos da comissão (ou seja, antes mesmo de o rito atingir sua última fase, de julgamento), os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são forte e inequivocamente respeitados e empregados, de forma que o bom trabalho correcional se reflita, já desde a indiciação e posteriormente no relatório, na adoção, por parte do colegiado, de enquadramento razoável (no sentido de contemplar fatores humanos, condicionantes externas, condições de trabalho, grau de complexidade da tarefa, praxes administrativas ou qualquer outro parâmetro) e ao qual, em consequência, se associa pena vinculada que guarda estreita proporcionalidade com a menor ou maior gravidade da conduta apurada (pois tem-se certo que, na inteligência sistemática da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao se adotar o enquadramento permeado por aqueles indicadores da razoabilidade, a pena vinculada não soará desproporcional).

Não se tem a menor dúvida que é perfeitamente possível e compatível que a comissão e que a autoridade julgadora atentem, em seus trabalhos, para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao mesmo tempo em que a Administração não afronta ao mandamento dos Pareceres AGU nº GQ-177 e GQ-183. A leitura aprofundada destes Pareceres AGU não deixa dúvida de que, em nenhum momento, o órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo federal pugna pela desconsideração daqueles dois princípios; apenas o que se tem é que, em instância disciplinar, com a estrita vinculação da pena que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, atribui a cada enquadramento, as pertinentes, relevantes e imprescindíveis

construções razoáveis e proporcionais antecedem a apenação, pois se aplicam já desde a definição do enquadramento, antecipando-se a aplicação dos parâmetros elencados no *caput* do art. 128 da citada Lei e no art. 16 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que nada mais são que o reflexo positivado daqueles dois preceitos em busca da necessária individualização da pena. Aí, sim, uma vez enquadrada a conduta, não cabe abrandar ou agravar a pena vinculada, conforme a Advocacia-Geral da União interpretou e se manifestou de forma vinculante para toda a Administração Pública federal.

> *"Há pareceres vinculantes da AGU (Parecer n. GQ 177/1998; Parecer n. GQ 183/1998) que vedam a aplicação do art. 128 da Lei n. 8.112/90 para atenuar pena de demissão e determinam a inflexível aplicação da pena expulsiva se for tipificada a conduta em uma das hipóteses do art. 132 do RJU.*
> *O STJ, todavia, parece discordar desse entendimento, com abundantes precedentes sinalizadores da possibilidade de o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade servir de amparo para afastar a sanção capital e respaldar pena menos grave. (...)*
> *No âmbito do STF, encontram-se precedentes a favor da aplicação da proporcionalidade em caso de demissão (RMS 24129, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 30-04-2012), como também caso a favor dos pareceres vinculantes da AGU (STF, MS 26.023/DF, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 17/10/2008). Neste último julgado, foi entendido que o fato de o servidor ter usado litros de combustível da repartição pública caracteriza o tipo de utilização de bens públicos em proveito particular (atrativo da demissão), ainda que tenha sido causado prejuízos financeiros baixos ao ente público. Como anotou o Ministro Relator: 'O só fato da utilização dos recursos materiais da repartição em questão para fins particulares, especialmente no que se refere ao automóvel, expõe a Administração Pública a danos'.*
> *- Opção: tendo em vista a necessidade de observância ao entendimento vinculante no âmbito da Administração Pública, a Comissão poderá servir-se da seguinte técnica: a Comissão enquadra a conduta em outro tipo administrativo que não os do art. 132 da Lei n. 8.112/90, de molde a afastar a pena expulsiva. A propósito dessa opção, diga-se que os tipos disciplinares são, de certa maneira, sobrepostos, ante a sua natureza aberta, de maneira que seria possível, por exemplo, deixar de enquadrar uma ofensa física em serviço no tipo do art. 132, VII, da Lei n. 8.112/90 (que enseja demissão) para encaixá-la no tipo do art. 117, V, da Lei n. 8.112/90 (que atrai advertência ou suspensão), desde que a pena expulsiva releve-se excessiva ante o caso concreto. Acresça-se que tal procedimento é de notória aceitação na comunidade jurídico-disciplinar (...).", Carlos Eduardo Elias de Oliveira, "Precedentes Judiciais do STF e do STJ sobre Processos Disciplinares: Descrição e Reflexões", disponível em http://jus.com.br/revista/texto/22453/precedentes-jurisprudenciais-do-stf-e-do-stj-sobre-processos-disciplinares-descricao-e-reflexoes, acesso em 21/01/13*

Posteriormente, o próprio STJ, em julgados mais recentes, evoluiu em seu entendimento voltou a sinalizar a favor da vinculação da pena expulsiva, uma vez configurada a hipótese legal do enquadramento proposto.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 15.517: "Ementa: 9. A Administração Pública, quando se depara com situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por tratar-se de ato vinculado. Configurada a infração do art. 117, XI, da Lei 8.112/90, deverá ser aplicada a pena de demissão, nos termos do art. 132, XIII, da Lei 8.112/90, sob pena de responsabilização criminal e administrativa do superior hierárquico desidioso."*
> *(Idem: STJ, Mandados de Segurança nº 15.437 e 12.200)*

> *STJ, Mandado de Segurança nº 17.515: "Ementa: 3. Não está configurada afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visto que, por força do disposto no art. 132 da Lei 8.112/90 e dos fatos apurados, à autoridade administrativa não cabia optar discricionariamente por aplicar pena diversa da demissão."*

E a Corte Superior amadureceu de tal forma o entendimento a favor da vinculação da pena de demissão quando satisfeitos os requisitos do enquadramento demissível que editou a sua Súmula nº 650, passando a ser perfeitamente mencionável os Pareceres AGU nº GQ-177 e GQ-183, ao lado da própria Súmula.

> *STJ, Sumula nº 650: "A autoridade administrativa não dispõe de discricionariedade para aplicar ao servidor pena diversa de demissão quando caraterizadas as hipóteses previstas no art. 132 da Lei n. 8.112/1990."*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/2.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/2: "10. Até mesmo no caso de irregularidades cujos enquadramentos ensejam penalidades expulsivas (demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão), a vinculação é inafastável, não cabendo o emprego dos elementos balizadores da dosimetria da pena.*
> *11. Em outras palavras, configurada a hipótese de aplicação de uma dessas sanções disciplinares, não há previsão legal para que a autoridade julgadora abrande-a para advertência ou suspensão, em que pesem todos os parâmetros de dosimetria da penalidade favoráveis que o servidor possa ter para o fato.*
> *14. Da mesma maneira que não cabe abrandamento de pena, não existe permissão legal para que se agrave para penalidade expulsiva hipótese de aplicação de advertência ou suspensão, independentemente da existência de elementos balizadores da dosimetria da pena adversos ou de reincidência, se o fato apurado não se enquadrar em algum dos incisos do art. 132 ou no art. 134, ambos da Lei nº 8.112, de 1990.*
> *15. No mesmo rumo, não se pode arquivar processo em que se configurou ilícito punível - ainda que com advertência -, e não cabe aplicar advertência na hipótese de penalização originária com suspensão, ainda que se considerem os critérios de dosimetria da pena favoráveis."*

E, visto que o julgamento guarda autonomia em relação ao caráter propositivo do relatório, ainda que, em seu entendimento, a comissão não tenha atentado da forma devida aos dois princípios, deve a autoridade julgadora atuar. Caso discorde do enquadramento adotado no relatório, e, por conseguinte, da pena proposta pela comissão, deve a autoridade julgadora, motivadamente, alterar o enquadramento e a vinculada pena.

Assim, seja acatando na íntegra as propostas constantes do relatório da comissão, seja motivadamente alterando-as em sua decisão final, para evitar o risco de um trabalho formal e materialmente bem conduzido ser objeto de declaração judicial de nulidade, convém que o ato de julgamento (destacadamente no parecer opinativo) expresse que a decisão (seja ela qual for, de arquivamento ou de responsabilização) ali apresentada, devidamente permeada pelos parâmetros de dosimetria e de individualização da pena estabelecidos pelo *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e pelo art. 16 do Decreto nº 9.830, de 2019, atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista que, dentre todos os enquadramentos possíveis para o fato apurado (já que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, contempla degraus de escalonamento de gravidade para fatos similares, conforme aduzido em **4.7.1**), adotou-se o que se demonstrava mais razoável e que tem a pena vinculada absolutamente proporcional à menor ou maior gravidade da conduta apurada, não sendo recomendável mencionar os citados Pareceres AGU (embora, em nenhum momento, se deixe de acatá-los).

4.10.2.2 - A Aplicação dos Parâmetros de Dosimetria de Pena (Natureza e Gravidade da Infração, Dano, Atenuantes, Agravantes e Antecedentes)

As definições propriamente ditas dos parâmetros elencados no *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (natureza e gravidade da infração, dano decorrente da conduta, agravantes, atenuantes, bons ou maus antecedentes), além dos parâmetros acrescentados nos incisos V e VI do art. 16 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019 (relação de causalidade e culpabibilidade), bem como alguns exemplos diferenciadores de cada um, foram apresentados em **4.9.1**, a cuja leitura se remete, de desnecessária repetição. No presente ponto, busca-se apresentar as formas de aplicação daqueles parâmetros por parte da autoridade julgadora -, em busca das necessárias dosimetria e individualização da pena, refletindo a previsão legal para atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, primeiramente dentro do sentido estrito da literalidade da Lei; e, em segundo momento, com um sentido mais abrangente que o texto legal.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.*
>
> *Decreto nº 9.830, de 2019 - Art. 16. A decisão que impuser sanção ao agente público considerará:*
> *I - a natureza e a gravidade da infração cometida;*
> *II - os danos que dela provierem para a administração pública;*
> *III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;*
> *IV - os antecedentes do agente;*
> *V - o nexo de causalidade; e*
> *VI - a culpabilidade do agente.*
> *§ 1º A motivação da decisão a que se refere o caput observará o disposto neste Decreto.*
> *§ 2º As sanções aplicadas ao agente público serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções da mesma natureza e relativas ao mesmo fato.*

Sem necessidade de se ir além da literalidade da Lei, como exceção à estrita vinculação da pena cabível para cada irregularidade, na primeira forma de aplicação daqueles parâmetros elencados no *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, e no art. 16 do Decreto nº 9.830, de 2019, em combinação com a parte final do art. 129 e com o art. 130, ambos daquela Lei, pode a autoridade julgadora decidir pela imediata aplicação de suspensão (sem se cogitar de reincidência) em todos os ilícitos originalmente puníveis com advertência. Assim, à vista da leitura conjunta daqueles parâmetros, mitigando e ponderando a vinculação da pena ao enquadramento, pode a autoridade julgadora, absolutamente amparada na Lei nº 8.112, de 11/12/90: primeiramente, graduar entre aplicação de advertência ou suspensão (parte final do seu art. 129) para os ilícitos cuja pena base é a advertência; e ainda na sequência, uma vez tendo se decidido pela aplicação da suspensão, graduar a quantidade de dias a suspender o infrator (art. 130 da mesma Lei, conforme se verá em **4.10.2.4.3**).

Relembre-se que aquele conjunto de parâmetros apenas atua na gradação e na dosimetria da pena aplicável à conduta, naquelas duas situações descritas acima em que cabe certa discricionariedade, não sendo capazes de desconfigurar o fato em si e, por conseguinte, de fazer a pena vinculada ao enquadramento cabível migrar de advertência ou suspensão para pena capital ou vice-versa. Ademais, restam tão somente estas duas aplicações previstas expressamente na Lei nº 8.112, de 11/12/90, já que a advertência e as penas expulsivas não comportam nenhum tipo de gradação ou quantificação.

> *"Deste modo, à luz da doutrina dominante, a nosso ver arraigada em razões de política administrativa da disciplina interna do serviço público, é possível a comutação de sanções para os ilícitos de leve ou de média gravidade, estando*

impossibilitada, entretanto, para os ilícitos graves.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pg. 373, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.

A autoridade julgadora deve empregar aqueles parâmetros de forma dinâmica e não estática ou estanque, uma vez que não há uma escala prévia de valores entre eles; cabe ao julgador ponderá-los com as peculiaridades de cada caso em concreto. Por exemplo, um parâmetro negativo pode ser compensado por outro parâmetro positivo de similar relevância, mantendo-se a pena básica de advertência; ou um parâmetro negativo de relevância pode indicar o agravamento da pena básica de advertência para suspensão; e a existência de mais outro parâmetro negativo pode indicar a apenação por uma quantidade razoável de dias. Por outro lado, um parâmetro positivo e um outro negativo podem ponderar pela manutenção da pena básica ou pelo agravamento, dependendo se um é de maior relevância que o outro ou vice-versa. Em outra linha de análise, um determinado parâmetro pode ser mais ou menos relevante em função da localidade de ocorrência do fato ilícito ou de características pessoais e funcionais do infrator.

A Advocacia-Geral da União, novamente no Parecer AGU nº GQ-183, vinculante (de teor repetido nos Pareceres AGU nº GQ-140 e GQ-167), novaemente abordou este emprego previsto na Lei nº 8.112, de 11/12/90, dos parâmetros de dosimetria, por parte da autoridade julgadora.

Parecer AGU nº GQ-183, vinculante: "11. A incidência do art. 128 da Lei nº 8.112 é adstrita aos tipos das condutas delituosas dos servidores indiciados, ligados aos deveres e proibições, os quais não impedem a aplicação de penas mais severas que as previstas em lei, como regra geral (arts. 129 e 130 da Lei nº 8.112), ante a gravidade da infração e as circunstâncias agravantes. A autoridade julgadora possui o poder de agravar a apenação do servidor faltoso, pois na ´aplicação da penalidade serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais´. A Lei prescreve à autoridade que, na oportunidade do julgamento, observe esses aspectos, todavia, só e só, para, num juízo de valor, graduar a penalidade. Extrapolaria o sentido e o alcance do regramento da matéria considerar esses aspectos com o objetivo de amenizar indevidamente a punição. 12. Autoriza pena mais grave que a advertência, com o seguinte jaez, o próprio art. 129 da Lei nº 8.112: (...)
13. Assim Ivan Barbosa Rigolin expressou sua opinião a respeito da inteligência do transcrito art. 129, 'verbis':
´Prescreve ainda o artigo que, caso deixe de observar dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, será o servidor advertido, quando aquela falta não determine imposição de penalidade mais grave. Quem decide se cabe ou não pena mais grave é evidentemente a administração, por suas autoridades competentes a cada caso, e conforme o critério estabelecido no art. 128´ (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Ed. Saraiva, 1992, p. 220)."

"Assim, limita-se - aspecto sintático – o alcance da norma exarada no art. 128, caput, da Lei 8.112/90, pois, se determinada conduta é, por exemplo, passível de demissão, ou seja, se a infringência de determinado prescritor está correlacionada, conectada, ao descritor que impõe a demissão do servidor faltoso, não se pode usar a regra da norma em estudo, dosimetria da penalidade administrativa, para relacioná-la a outro preceito secundário, senão o seu próprio, descrito na lei que assim proceder-se. Tal medida fere o princípio da imputação deôntica, vinculação normativa. (...)
O aqui exposto vale, em seu inteiro teor, para o direito administrativo, quando da aplicação da penalidade, onde concluímos que a dosimetria determinada

> *pelo art. 128, caput, da Lei 8.112/90 (a par de sua válida utilização para a comutação das sanções do art. 117, I a VIII e XIX, de advertência para suspensão), só é aplicável aos casos de suspensão, pois esta sanção pode variar de um a noventa dias, fornecendo à autoridade julgadora amplitude, dentro de um mesmo preceito secundário, para a aplicação desta reprimenda conforme confrontada com as circunstâncias do artigo em estudo. Com efeito, sopesando as circunstâncias do art. 128, pode a autoridade julgadora aplicar a sanção de suspensão de um a noventa dias, mas nunca agravar essa pena para aplicar a demissão ou abrandá-la para aplicar a advertência, sendo a recíproca, também, ilegal, não podendo, como já dito, abrandar a demissão, aplicando suspensão ou advertência. Nisto consiste o princípio da correlação (vinculum juris) dos preceitos penais, ou do modal deôntico. Caso contrário, estar-se-ia diante de uma norma não atenuante, mas sim substitutiva de pena, extra legem.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pgs. 365, 366 e 367, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/2.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/2: "16. Contudo, como exceção à estrita vinculação da pena cabível para cada irregularidade, pode a autoridade julgadora, de acordo com a parte final do art. 129 e com o caput do art. 130, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, decidir pela imediata aplicação de suspensão em todos os ilícitos originalmente puníveis com advertência - sem se cogitar de reincidência, conforme adiante se detalhará.*
> *17. Aí sim, nesse ponto específico, deve essa autoridade valer-se dos já reproduzidos parâmetros de dosimetria da penalidade, os quais são também adotados na gradação da quantidade de dias de suspensão - que pode variar de um a noventa dias -, ponderando-os sempre em conjunto."*

E, analogamente ao que já se antecipou em **4.9.1**, quando se estimulou, extensivamente, a comissão a refletir sobre aqueles parâmetros do *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e do art. 16 do Decreto nº 9.830, de 2019, antes de concluir seu relatório, defende-se também para a autoridade julgadora uma segunda forma de aplicação deste conjunto, agora além da estrita previsão legal. A rigor, pela literalidade do dispositivo legal, os parâmetros ali elencados seriam considerados apenas na aplicação das penalidades, ou, seja, após a definição do enquadramento, visto que a definição da pena requer o pré-requisito de já se saber qual o enquadramento adotado para o fato ilícito. Assim, estes parâmetros atuariam limitadamente, apenas graduando e quantificando a pena, não possuindo o condão de elidir a pena vinculada ao enquadramento cabível para a conduta. Todavia, como aquela Lei contempla degraus de escalonamento de gravidade para fatos similares (conforme aduzido em **4.7.1.1)** e vincula a pena a ser aplicada ao enquadramento julgado cabível (conforme aduzido em **4.10.2.1** e ainda se aduzirá em **4.10.2.5.1)** e estes dois fatores causam natural senso de responsabilidade no aplicador, deve a autoridade julgadora aplicar estes parâmetros como indicadores de, dentre os enquadramentos possíveis para o fato apurado, qual o mais razoável e qual tem a pena vinculada mais proporcional e neste rumo julgar da maneira mais justa e equilibrada.

> *"A solução para evitar injustiças é, ou não abrir o processo - se for possível sustentar a inexistência do ilícito - ou não enquadrar o servidor em uma das hipóteses do art. 132, mas em outro dispositivo legal cuja consequência seja uma pena mais branda. Isto é, para que um servidor não seja demitido a solução não é atenuar sua pena, mas sim, se for possível, enquadrar sua conduta num dispositivo da Lei 8.112/90 que não gere demissão, caso contrário não haverá discricionariedade para atenuar a pena.*
> *Assim, o princípio da proporcionalidade só pode ser utilizado para evitar a pena de demissão se ele não for invocado para atenuar a pena, mas para mudar o enquadramento para um tipo legal que não gere demissão.", Vinícius*

de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 137, Fortium Editora, 1ª edição, 2008

"Como esclarece o Supremo Tribunal Federal, "os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são impassíveis de invocação para banalizar a substituição de pena disciplinar prevista legalmente na norma de regência dos servidores por outra menos grave" (RMS30455/DF). O Acórdão ainda pondera que "o princípio da proporcionalidade não pode ser banalizado a ponto de acarretar o afastamento de regras legais, mormente porque a Lei 8.112 prevê para as condutas praticadas pelos Recorrentes a pena de demissão. Não há outra alternativa. A gravidade das condutas imputadas justifica, ainda que sejam primários, a punição severa. Foi esta a escolha do legislador federal, que não dispensou ao administrador público responsável pela aplicação da sanção um espaço para a escolha discricionária. O artigo 128 da Lei 8.112 apontado pelos Recorrentes como violado, não tem emprego na hipótese vertente. O texto do dispositivo é o seguinte: Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar (Incluído pela Lei 9.527, de 10.12.97). O artigo acima transcrito tem cabimento naquelas situações em que o legislador permitiu uma valoração discricionária da sanção a ser aplicada, circunstâncias em que a natureza e a gravidade da conduta serão avaliados no âmbito administrativo. In casu, o reconhecimento da gravidade da infração já foi feito pelo legislador, o que obsta a redução da sanção legalmente prevista, ainda que se reconheça que os Recorrentes são servidores públicos antigos como uma boa ficha funcional.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pg. 374, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.

Ademais, conforme já aduzido em **4.6.1.1**, **4.6.3.3**, **4.6.3.4 e 4.6.3.5**, quando se alertou à comissão no momento de indiciar, e ainda em **4.9.1**, no momento de concluir seu relatório, claramente que aqui se exige também da autoridade julgadora bom senso e razoabilidade, ao se deparar com conduta caracterizada como um equívoco meramente voluntário ou eventual e escusável, de ínfimo poder ofensivo às normas e aos princípios ou caracterizada como incapaz de afrontar materialmente o bem jurídico tutelado, embora o faça formalmente, bem como se pode, ainda, com as devidas cautelas, atentar para os princípios da intervenção mínima e da insignificância. Conforme aduzido em **3.3.2**, ao se abordar o enfoque mais complexo com que deve ser compreendido o princípio da legalidade, a atuação da Administração tanto deve atender à lei, mas sem se afastar do bom Direito. Mas, por outro lado, mesmo pequeno prejuízo, desde que em atitude comprovadamente dolosa, pode caracterizar infração grave, pois não há autorização na lei para aplicar análise quantitativa (legalmente, não há "parâmetro de corte").

4.10.2.3 - Advertência

Descrita pelo art. 129 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a advertência é pena de menor gravidade e de menor repercussão no trabalho. Em geral, resulta de condutas comportamentais associadas a valores básicos para o funcionamento da Administração, tais como zelo, dedicação, lealdade, hierarquia, discrição, presteza, assiduidade, pontualidade, urbanidade, desde que não sejam reincidentes.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma

interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)

Cabe a aplicação de advertência nas hipóteses de descumprimento de qualquer dos deveres funcionais elencados no art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e de afronta a proibições do art. 117, I a VIII e XIX.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 116. São deveres do servidor:
I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;
II - ser leal às instituições a que servir;
III - observar as normas legais e regulamentares;
IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;
V - atender com presteza:
a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;
b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;
c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública;
VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011)
VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;
VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;
IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;
X - ser assíduo e pontual ao serviço;
XI - tratar com urbanidade as pessoas;
XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.
Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.
***(Nota**: Na forma como oficialmente publicado, o parágrafo único do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, impropriamente assegura a ampla defesa ao "representando"; subentende-se que o correto seria ao "representado".)*
Art. 117. Ao servidor é proibido:
I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;
II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;
III - recusar fé a documentos públicos;
IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;
V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;
VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;
VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;
VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;
XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)

Acrescente-se que a leitura conjunta do art. 129 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, na passagem em que menciona "dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna" com o art. 116, da mesma Lei, dá a clara notícia de que a lista de deveres funcionais não se encerra neste último, pois, além de outras leis que porventura existam impondo deveres a servidor, pode haver, em cada órgão da Administração, deveres funcionais internamente

regulados na normatização infralegal.

> *"Por fim, convém ressaltar que o rol dos deveres dos servidores públicos constante no citado artigo 116 é exemplificativo, e não taxativo, pelo que outros deveres para os servidores podem ser previstos em regulamentação ou norma interna. A inobservância desses deveres também constitui ilícito administrativo sujeito à penalidade de advertência, a teor da segunda parte do art. 128 da Lei nº 8.112/90, ou de suspensão, a teor da segunda e terceira parte do art. 129 da Lei nº 8.112/90, conforme o caso". Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pg. 164, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

Em instância disciplinar, não há advertência verbal. A pena é aplicada por escrito, por meio de portaria de pessoal da autoridade competente, com registro do fato nos assentamentos funcionais do servidor, que toma ciência da punição ao final do processo ou pela publicação no DOU, caso tenha sido ato ministerial. Em síntese, a advertência se concretiza com um registro nos assentamentos e com a publicação para conhecimento por parte do apenado, não comportando gradação.

Na hipótese de processo aberto contra inativo ou ex-servidor concluir pelo cometimento de ilícito que seria punido com advertência, diante da impossibilidade de aplicação, apenas registra-se o fato apurado nos seus assentamentos funcionais, conforme já aduzido com detalhe em **4.10.2**.

4.10.2.4 - Suspensão

4.10.2.4.1 - Aplicação Originária Residual

A suspensão é modalidade punitiva que se dirige à reincidência das faltas puníveis com advertência e às faltas de maior intensidade por desrespeito a deveres e proibições reveladoras de desvio de comportamento grave que, todavia, não implicam demissão.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita à penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.*

Excluindo-se a hipótese de injustificada recusa de submissão à inspeção médica (para a qual o art. 130, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, impõe expressamente pena de suspensão de até quinze dias), a aplicação originária da suspensão na citada Lei é de caráter residual, ou seja, a Lei não estabelece, de forma expressa e enumerada, a que irregularidades ela se impõe. Nas listas de infrações dos arts. 116, 117 e 132, descartando-se as hipóteses expressas de aplicação originária de advertência (qualquer inciso do art. 116 e incisos I a VIII e XIX do art. 117) e de aplicação de pena capital (incisos IX a XVI do art. 117 e art. 132), por exclusão, restam originalmente puníveis com suspensão apenas os incisos XVII e XVIII do art. 117, todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 117. Ao servidor é proibido:*
> *XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;*
> *XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho.*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/2.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/2: "23. A suspensão, por seu turno, foi contemplada pela Lei nº 8.112, de 1990, com poucas hipóteses de aplicação*

> *originária. A princípio, o descumprimento dos deveres estabelecidos nos doze incisos do art. 116 e a infringência das proibições previstas nos incisos I a VIII e XIX do art. 117, ambos da referida Lei, são punidos com advertência. Já a violação das proibições dispostas nos incisos IX a XVI do mesmo art. 117 enseja, de forma obrigatória, penas expulsivas. Então, em leitura residual, e contrariamente à parte final do art. 129 da Lei nº 8.112, de 1990, restaram apenas os incisos XVII e XVIII do art. 117 dessa norma legal como hipóteses originalmente puníveis com suspensão, para as quais nenhum parâmetro de dosimetria da pena, por mais favorável que seja, permite cogitar na aplicação de advertência."*

4.10.2.4.2 - Reincidência e Gradação

Além disto, aplica-se a suspensão na reincidência das faltas puníveis com advertência. A Lei não especificou se considera como reincidência o cometimento de uma segunda falta qualquer punível com advertência (reincidência genérica), ou se considera apenas o segundo cometimento da mesma falta (reincidência específica). Mas, trazendo à tona o conceito penal de reincidência, prevalece a interpretação mais ampla, pois naquela instância, não só para consideração do reincidente em contravenção penal, mas até mesmo para o crime, a lei trata do cometimento de nova infração de forma genérica, não se importando com a natureza da infração antecedente.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/2.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/2: "25. Não obstante as duas linhas interpretativas extraídas acima da Lei nº 8.112, de 1990, para aplicação de suspensão, reconhece-se que a principal e mais cristalina previsão legal para essa pena refere-se à reincidência. E, nesse rumo, com base no caput do art. 130 da Lei nº 8.112, de 1990, não há falar em necessidade de o servidor cometer irregularidade que se enquadre no mesmo inciso que fundamentou a advertência anterior (reincidência específica), bastando tão somente que ele cometa novo ilícito passível de aplicação de advertência (reincidência genérica) dentro do período de três anos a contar da data de aplicação da primeira punição, conforme o caput do art. 131 da Lei nº 8.112, de 1990."*

No mesmo sentido já se manifestou a Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 25, de 23 de janeiro de 2019.

> *Enunciado CGU/CCC n° 25, de 2019: "Infrações disciplinares - Reincidência. A reincidência prevista na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é a genérica".*

Importa ainda destacar que mesmo a instância penal, sabidamente mais conservadora à vista do relevante bem jurídico sobre o qual faz sentir a apenação, reporta-se ao momento do cometimento do segundo crime para a partir daí demarcar a reincidência, não cabendo espaço para interpretar que a presunção de inocência somente permitiria cogitar de reincidência no trânsito em julgado da sentença condenatória desta conduta posterior. Na esteira, extrai-se a interpretação teleológica de que o instituto da reincidência busca agravar a situação do autor que, mesmo após ter sido definitivamente condenado por uma primeira conduta, ou seja, já tendo sofrido o efeito da ação estatal condenatória, ainda assim reitera a prática ilícita. Refletindo esta conceituação para a instância administrativa, tem-se que o servidor pode ser considerado reincidente a partir do momento concreto em que efetiva a prática da segunda infração, não restando justificativa para diferir tal qualificação agravante para o momento em que a Administração tem conhecimento da segunda irregularidade ou que promove a respectiva apuração ou em que julga o feito ou em que aplica a correspondente sanção.

> *CP - Reincidência*
> *Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*
> *Decreto-Lei nº 3.688, de 03/10/41 - Lei das Contravenções Penais - Reincidência*
> *Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.*

Ou seja, configura-se a reincidência quando, do cometimento de uma segunda irregularidade, qualquer que seja, punível com advertência, já tenham sido a primeira infração definitivamente julgada na esfera administrativa e a advertência aplicada, podendo-se valorar contrariamente ao acusado, com maior número de dias de suspensão, especificamente quando a reincidência é da mesma infração pela qual o servidor já foi punido. Sendo requisito essencial que a primeira pena já tenha sido aplicada, a ocorrência de prescrição, por exemplo, impede que se cogite de reincidência.

> *"Reincidência é a prática reiterada da infração, da mesma natureza ou de outra, pela qual o funcionário já tenha sido punido.*
> *A reincidência pode ser específica ou genérica, conforme se verifique a repetição do ato infracional, com a mesma ou com outra modalidade de atuação." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 58, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Na esteira da consideração acima de que a reincidência é genérica, também, se o servidor já foi apenado com suspensão e comete uma segunda irregularidade, punível em princípio com advertência, é cabível a interpretação por parte da autoridade competente de considerá-lo reincidente e, daí, agravar a segunda pena para suspensão, conforme art. 130 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/2.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/2: "28. Ainda no que tange a reincidência, se o cometimento de duas infrações puníveis com advertência acarreta punição com suspensão no segundo fato, ainda com mais certeza lógica defende-se que o cometimento de infração punível com advertência dentro do período de cinco anos contados da data de aplicação de uma primeira punição de suspensão, conforme o caput do art. 131 da Lei nº 8.112, de 1990, também autoriza a segunda apenação agravada para suspensão."*

O efeito da reincidência não perdura por toda vida funcional do servidor. Conforme se aduzirá em **4.10.6.3**, os registros de aplicação de penas de advertência e de suspensão são cancelados nos assentamentos funcionais do servidor, respectivamente, após três e cinco anos de efetivo exercício sem cometimento de nova infração disciplinar (e não julgamento, conforme já aduzido linhas antes). Nesta hipótese, um novo cometimento não é considerado reincidência ensejadora de pena de suspensão.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 131. As penalidades de advertência e de suspensão terão seus registros cancelados, após o decurso de 3 (três) e 5 (cinco) anos de efetivo exercício, respectivamente, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar.*

A suspensão pode ser de até noventa dias (com exceção da hipótese prevista no art. 130, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de suspensão de até quinze dias), sendo a única pena que comporta gradação, de acordo com os parâmetros do *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e também do art. 16 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, em atendimento ao princípio da proporcionalidade. Salvo melhor juízo, à luz da vinculação entre infração e pena e do princípio da legalidade, a redação deste artigo parece inadequada, ao se reportar,

genericamente no plural, à aplicação das penas - como se fosse a todas as penas -, visto que natureza e gravidade da infração, danos, agravantes e atenuantes do fato e antecedentes funcionais não se aplicam às penas capitais.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.*
>
> *Decreto nº 9.830, de 2019 - Art. 16. A decisão que impuser sanção ao agente público considerará:*
> *I - a natureza e a gravidade da infração cometida;*
> *II - os danos que dela provierem para a administração pública;*
> *III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;*
> *IV - os antecedentes do agente;*
> *V - o nexo de causalidade; e*
> *VI - a culpabilidade do agente.*
> *§ 1º A motivação da decisão a que se refere o caput observará o disposto neste Decreto.*
> *§ 2º As sanções aplicadas ao agente público serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções da mesma natureza e relativas ao mesmo fato.*

Conforme já antecipado em **4.10.2.2**, as condições atenuantes ou agravantes de ordem prática da conduta fática atuam na gradação da pena aplicada àquela conduta e não elidem a pena vinculada ao enquadramento cabível para a conduta e também não se confundem com os antecedentes funcionais, avaliados pelos assentamentos, abonadores ou não de boa conduta profissional pretérita.

Relembre-se que, nos termos do art. 131 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, independentemente de haver sido cancelado nos assentamentos ou não, o registro de aplicação de pena de advertência ou de suspensão, decorridos respectivamente três e cinco anos de efetivo exercício sem nova infração disciplinar, não pode ser considerado como antecedente funcional e muito menos como ensejador de reincidência.

4.10.2.4.3 - Aplicação da Pena de Suspensão em Hipóteses Originariamente Puníveis com Advertência

A interpretação conjunta dos arts. 128, 129 (em sua parte final) e 130 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, permite entender que, no único caso em que a Lei confere à autoridade julgadora certa discricionariedade na aplicação da pena, é legalmente cabível a aplicação de pena mais grave que advertência (ou seja, suspensão) em hipótese que, em princípio, seria punida com advertência, conforme parâmetros expostos em **4.9.1**. Assim, em função sobretudo da natureza ou da gravidade da infração e/ou das circunstâncias agravantes e/ou maus antecedentes, pode a autoridade competente, a seu critério, aplicar suspensão em caso de afronta a deveres funcionais do art. 116 e de proibições dos incisos I a VIII e XIX do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ainda que na primeira irregularidade cometida pelo servidor, sem se cogitar de reincidência. Destaque-se que pode ser considerado negativamente na avaliação da natureza ou da gravidade da infração o fato de a conclusão final ter se limitado a apenas um enquadramento ou a mais de um enquadramento, seja em concurso de infrações, seja por infrações independentes, conforme se aduziu em **4.5.3**, de forma que, se ambos enquadramentos teria como pena básica advertência, o concurso pode justificar o agravamento para suspensão; e que, se um dos enquadramentos já teria como pena básica suspensão, o concurso pode justificar um agravamento na quantidade de dias da suspensão.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e*

de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)

Parecer AGU nº GQ-127, não vinculante: "Ementa: Nada obstante a advertência ser a penalidade estatuída para os casos de inobservância de dever funcional, os fatores de graduação de pena, especificados no art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, podem justificar punição mais grave.
8. Assim é que a apenação do servidor faltoso é compulsória e pode ser agravada pela autoridade julgadora, de lege lata, pois o art. 128 da Lei nº 8.112 estabelece que, na "aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais". A Lei impõe à autoridade que, na oportunidade do julgamento, observe esses aspectos, mas, tão-só, para, num juízo de valor, graduar a penalidade. Extrapolaria o sentido e o alcance do regramento da matéria considerar esses aspectos com o fito de descaracterizar o ilícito administrativo ou de amenizar indevidamente a punição, sob o pretexto singelo de que somente teriam sido inobservados deveres ou transgredidas proibições."

STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.635: "Ementa: 1. Desde que se justifique a imposição de pena mais grave, nos casos de inobservância de dever funcional, é cabível a pena de suspensão (art. 129 da Lei 8.112/90). 2. Decisão fundamentada de autoridade administrativa que avaliou a falta cometida."

STJ, Mandado de Segurança nº 5.935: "Ementa: 1. À inobservância de dever funcional (artigo 116, incisos I, III e IX, da Lei 8.112/90), aplica-se a pena disciplinar de advertência, desde que a conduta praticada pelo servidor não justifique a imposição de penalidade mais grave, conforme os critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública. 2. Em se tratando de penalidade disciplinar de suspensão superior a 30 dias, compete ao Ministro de Estado aplicá-la (artigo 141, inciso II, da Lei 8.112/90). 3. Ajustamento do ato administrativo disciplinar à lei."

"Como a lei não tem palavras inúteis, observa-se, porém, em uma análise cuidadosa, que a parte final do art. 129 da Lei n.° 8.112/90 admite, também, aplicação da pena de suspensão nos casos mais graves de violação das proibições constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna. (...)", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 359, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13

"O Direito Administrativo Disciplinar (...) não é casuístico como o Direito substantivo penal, porém, tampouco ele é atípico (...) porque ele envolve os mais heterogêneos, os mais genéricos e os mais objetivos ou subjetivos interesses do Estado. (...)
Na falta de um elenco infracional, que seria atípico para a absoluta identidade com o Direito Penal, o Direito Administrativo Disciplinar repousa a sua parte substantiva em dispositivos estatutários que, ora referindo-se aos deveres, ora reportando-se às proibições, dizem bem alto que o desrespeito a qualquer deles acarreta punições que tenham a variação especificada em lei.
Enquanto o Código Penal estabelece os ilícitos acompanhados das respectivas penas e contém um artigo especial para a dosagem correta das mesmas, tendo em vista os antecedentes e personalidade do agente, intensidade do dolo ou grau da culpa e aos motivos e circunstância do crime, o Direito Administrativo Disciplinar, embora não o fazendo formalmente pelo mesmo princípio de sequência, estabelece a tipicidade dos ilícitos que a administração desejou prever e, também, a variação das penas que entendeu cominar, tais como a

repreensão, a suspensão, a demissão simples ou qualificada (a bem do serviço público), etc, ele especifica os mesmos princípios.
No tocante à dosagem da pena, leva em consideração (...) as comprovadas circunstâncias determinantes do evento e da consequente responsabilidade (...)
Convém salientar que a Administração Pública, ao cominar a pena sugerida na capitulação conclusiva do relatório do processo administrativo, toma uma atitude absolutamente idêntica à do juiz, preceituada no art. 59 do Código Penal, que determina a dosagem da pena, levando em consideração a intensidade do dolo ou o grau da culpa e ainda as circunstâncias do ilícito, bem como da personalidade do agente.
Isto quando sopesadas várias circunstâncias que gravitam em torno do ilícito administrativo e do seu agente, até mesmo quanto à reincidência deste.
As circunstâncias que, criteriosamente, devem ser consideradas na cominação das penas (...) são, especificamente, a natureza, a gravidade e os motivos determinantes da infração, os danos que dela provierem para o serviço público, a personalidade e os antecedentes do agente e, por fim, a intensidade do dolo ou o grau da culpa." Egberto Maia Luz, "Direito Administrativo Disciplinar", pgs. 66, 74, 76, 77 e 85, Edições Profissionais, 4ª edição, 2002

"Enquanto a sanção criminal pressupõe a absoluta correspondência entre o fato e a previsão hipotética da lei (todos os elementos do tipo penal devem ser realizados pelo autor do crime), a sanção disciplinar, em princípio, não reclama senão uma aproximação razoavelmente justificada entre a conduta do agente e a previsão legal do fato punível, deixando uma certa margem de liberdade para que a autoridade administrativa proceda ao enquadramento legal pertinente com substancialmente menor ou quase inexistente liberdade nos casos de faltas funcionais sujeitas a penalidades mais graves, como a demissão e a cassação de aposentadoria.
Por isso, fala-se, como regra geral, em atipicidade das faltas disciplinares, no sentido de que a avaliação dos fatos imputados ao acusado e respectivo enquadramento legal, para escolha da punição própria, confere alguma margem discricionária para a autoridade administrativa, liberdade que não existe nos lindes do direito penal: neste a conduta descrita deve amoldar-se rigorosamente de acordo com todos os elementos do tipo definido na lei penal, sob pena de o fato ser considerado atípico e não configura crime." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual do Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pg. 76, Fortium Editora, 1ª edição, 2008

"É pacífico na doutrina e jurisprudência que a aplicação do artigo 128 da Lei 8.112/90 pode elevar a pena de advertência para uma suspensão ou atenuar uma suspensão para advertência." Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 136, Fortium Editora, 1ª edição, 2008

"Prescreve ainda o artigo [129 da Lei nº 8.112/90] que, caso deixe de observar dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, será o servidor advertido, quando aquela falta não determine imposição de penalidade mais grave. Quem decide se cabe ou não pena mais grave é evidentemente a administração, por suas autoridades competentes a cada caso, e conforme o critério estabelecido no art. 128." Ivan Barbosa Rigolin, "Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis", pg. 220, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995

Ou seja, à luz do princípio da proporcionalidade, cabe ao julgador contrapor a gravidade da falta, o dano dela decorrente, o grau de responsabilidade do servidor e seus antecedentes funcionais, buscando assim maior justeza na aplicação da sanção.

Em contrapartida à leitura estritamente literal do art. 129 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de que o agravamento de advertência para suspensão somente seria cabível em hipóteses de inobservância de deveres, a presente interpretação, de que se pode aplicar suspensão por

afronta tanto aos deveres do art. 116 quanto às proibições do art. 117 da mesma Lei encontra apoio em manifestações da Advocacia-Geral da União, como no Parecer AGU nº GQ-183, vinculante (de teor repetido nos Pareceres AGU nº GQ-140 e GQ-167), reproduzindo ainda idêntico posicionamento doutrinário:

> *Parecer AGU nº GQ-183: "11. A incidência do art. 128 da Lei nº 8.112 é adstrita aos tipos das condutas delituosas dos servidores indiciados, ligados aos deveres e proibições, os quais não impedem a aplicação de penas mais severas que as previstas em lei, como regra geral (arts. 129 e 130 da Lei nº 8.112), ante a gravidade da infração e as circunstâncias agravantes. A autoridade julgadora possui o poder de agravar a apenação do servidor faltoso, pois na aplicação da penalidade serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. A Lei prescreve à autoridade que, na oportunidade do julgamento, observe esses aspectos, todavia, só e só, para, num juízo de valor, graduar a penalidade. Extrapolaria o sentido e o alcance do regramento da matéria considerar esses aspectos com o objetivo de amenizar indevidamente a punição.*
> *12. Autoriza pena mais grave que a advertência, com o seguinte jaez, o próprio art. 129 da Lei nº 8.112: (...)*
> *13. Assim Ivan Barbosa Rigolin expressou sua opinião a respeito da inteligência do transcrito art. 129, 'verbis':*
> *´Prescreve ainda o artigo que, caso deixe de observar dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, será o servidor advertido, quando aquela falta não determine imposição de penalidade mais grave. Quem decide se cabe ou não pena mais grave é evidentemente a administração, por suas autoridades competentes a cada caso, e conforme o critério estabelecido no art. 128´ (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Ed. Saraiva, 1992, p. 220)."*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/2.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/2: "16. Contudo, como exceção à estrita vinculação da pena cabível para cada irregularidade, pode a autoridade julgadora, de acordo com a parte final do art. 129 e com o caput do art. 130, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, decidir pela imediata aplicação de suspensão em todos os ilícitos originalmente puníveis com advertência - sem se cogitar de reincidência, conforme adiante se detalhará.*
> *17. Aí sim, nesse ponto específico, deve essa autoridade valer-se dos já reproduzidos parâmetros de dosimetria da penalidade, os quais são também adotados na gradação da quantidade de dias de suspensão - que pode variar de um a noventa dias -, ponderando-os sempre em conjunto.*
> *18. Em rigor, tais parâmetros são utilizados apenas na aplicação da penalidade, pela autoridade julgadora. Porém é pertinente que, na prática, as comissões de inquérito empreguem-nos de modo cognitivo quando enquadrarem a conduta comprovada na instrução probatória. Melhor dizendo, recomenda-se que, no momento da indiciação, os colegiados compreendam os fatos valendo-se de condicionantes – inclusive os parâmetros de dosimetria da pena - que façam refletir, no enquadramento legal, a razoabilidade, a proporcionalidade e o bom senso, e não apenas a literalidade da Lei nº 8.112, de 1990. Enfatiza-se ainda mais essa recomendação ao lembrar-se que tal Lei adota a técnica de escalonamento de gravidade para condutas de mesma natureza, com esse conflito muitas vezes - mas nem sempre, ressalta-se – solucionado com a alternatividade se o fato sob apuração foi cometido com culpa ou dolo. São exemplos não exaustivos e bem figurativos dessa dificuldade a ponderação entre o descumprimento da obrigação de exercer o cargo com zelo e dedicação e a proibição da desídia ou entre a violação do dever de manter conduta compatível com a moralidade e a incidência em improbidade*

administrativa.
19. Entretanto, enquadrado o desvio funcional, os elementos balizadores da dosimetria da penalidade atuam apenas onde cabe alguma discricionariedade, ou seja, 'nos (...) enquadramentos administrativos que podem, a depender do caso concreto, ensejar advertência ou suspensão' e na gradação da quantidade de dias de suspensão, não sendo capazes de afastar ou alterar o enquadramento e, por conseguinte, justificar arquivamento quando comprovado o cometimento de irregularidade disciplinar ou fazer a pena oportuna migrar de advertência ou suspensão para pena expulsiva e vice-versa, conforme expressou a AGU, no reproduzido Parecer AGU nº GQ-183.
20. Não há, no entanto, falar em arbitrariedade, pois tanto o agravamento da penalidade de advertência para suspensão quanto a decisão acerca do quantum de dias de suspensão devem escorar-se em motivação calcada na apreciação ponderada, racional, razoável e proporcional de todos os parâmetros de dosimetria da pena. A mero título de exemplo, a inexistência de reincidência e de critérios desfavoráveis ao servidor não sugere que se agrave a pena de ilícito leve para suspensão ou que se suspenda o indiciado por noventa dias pela prática de infração de média gravidade. Contudo, se a maioria ou a integralidade dos elementos balizadores de dosimetria da penalidade são contrárias ao agente público, autoriza-se agravar para suspensão e até determinar quantidade elevada de dias.
24. Em acréscimo às hipóteses residuais de aplicação originária, interpreta-se que, em contrapartida a um entendimento estritamente literal do art. 129 da Lei nº 8.112, de 1990 – de que o agravamento de advertência para suspensão somente seria cabível na hipótese de inobservância de deveres –, pode-se aplicar suspensão por afronta tanto às obrigações do art. 116 quanto às proibições dos incisos I a VIII e XIX do art. 117, ambos dessa mesma Lei (...).”

Destaque-se que as extensões acima não alcançam as penas capitais, cuja lista de hipóteses de aplicação é exaustiva. Nos termos literalmente expostos nos arts. 128 a 130 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não há reincidência ou migração de pena que justifique proposta de penas expulsivas se o fato literalmente não se enquadra em algum dos incisos do art. 132 da mesma Lei.

4.10.2.4.4 - Efetivação da Pena ou Sua Conversão em Multa

Por óbvio que a punição com suspensão não significa para o servidor dispensa remunerada de suas atribuições legais. Os dias de apenação (de um a noventa) não são contados como de efetivo exercício para nenhum efeito. O efeito punitivo reside, precipuamente, no aspecto patrimonial, com que o servidor tem sua remuneração descontada na proporção dos dias sem comparecer ao serviço, além de também repercutir em demais direitos associados a tempo de efetivo exercício do cargo.

> *“A modalidade punitiva de suspensão, além do caráter corretivo, tem inegáveis efeitos patrimoniais, pecuniários, na medida em que os dias de afastamento são descontados dos vencimentos do servidor apenado. Reflete, também, negativamente, na aquisição de vantagens e promoções, ante a interrupção na contagem do tempo de serviço.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 59, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Não obstante, a Administração, à vista exclusivamente do interesse público, independentemente da preferência do servidor apenado, pode converter a pena de suspensão em multa de 50% por dia do(s) vencimento(s) ou da remuneração, a critério da autoridade julgadora, em função da imprescindibilidade ou não das atividades que o servidor desempenha à época do julgamento e também da gravidade do ilícito, devendo o servidor

permanecer em serviço. Não há previsão legal de consulta ao servidor acerca de sua preferência, mas nada impede que ele espontaneamente se manifeste. A opção pela efetiva aplicação da pena de suspensão, com o afastamento não remunerado por determinado período, ou pela conversão em multa independe da vontade do servidor e atende tão somente ao interesse público. Formalmente, esta decisão é de competência da autoridade julgadora, sem prejuízo de se recomendar que esta busque, junto à autoridade local, a melhor forma de se atender ao interesse público na unidade onde a pena será cumprida.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 130.*
> *§ 2º Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço.*

A possibilidade da conversão da pena de suspensão em multa é um instrumento inteligente da Lei nº 8.112, de 1990, pois, em determinadas situações de carência de pessoal, a efetivação da pena, afastando o agente do serviço, penaliza também a Administração, a sociedade e o interesse público. Cabe aqui, de parte da autoridade julgadora, uma análise de viés consequencialista, pois a ausência do apenado de seu posto de trabalho (como em uma unidade de atendimento ou em uma unidade de fronteira, por exemplo), ao quebrar a necessidade de continuidade do serviço público, pode ter um efeito mais danoso ao Estado como um todo do que o efeito punitivo em si sobre o infrator.

Percebe-se a atecnia do § 2º do art. 130 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao definir que a multa incide sobre o "vencimento" ou sobre a "remuneração" do servidor, uma vez que, para muitos cargos, à luz dos seus arts. 40 e 41, vencimento é a parcela fixa integrante da remuneração. A prevalecer o caráter alternativo, a Lei teria conferido extrema discricionariedade a esta conversão, permitindo que se aplicasse a sanção a toda a remuneração ou apenas a parte dela, no caso de cargos que possuem vencimento. Uma vez que não faria sentido interpretar aplicação apenas em parte da remuneração, na contrapartida de dias efetivamente não trabalhados, aduz-se que a Lei quis se referir à remuneração, que pode ter como sinônimo o termo "vencimentos", ali mal redigido no singular. Acrescente-se ainda a possibilidade de ali também se compreender o termo "subsídio ", inovado pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, como mais uma espécie remuneratória, mediante parcela única, de servidores de determinados cargos, organizados em carreira, sobretudo para diversas funções típicas de Estado, como já foi o caso da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil .

> *"(...) Essa conversão somente ocorre quando houver 'conveniência para o serviço', hipótese em que o servidor ficará obrigado a permanecer na repartição, exercendo suas tarefas durante todo o expediente, percebendo, nos dias fixados, os vencimentos do cargo pela metade.*
> *A multa, tal como prevista na Lei nº 8.112/90, não constitui modalidade de apenação autônoma, mas forma alternativa, substitutiva, aplicada no exclusivo interesse da administração, e na consideração única de que o afastamento do servidor afetará o serviço." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 59, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

> *"Remuneração (...) significa o vencimento acrescido das vantagens pecuniárias estabelecidas em lei. Vencimento corresponde ao padrão, sem os acréscimos. Vencimentos, no plural, é o mesmo que remuneração, na terminologia adotada pela legislação. Pode haver desencontro no uso das expressões, seja na Constituição, seja na lei. No entanto, o que vale é o conteúdo do conceito." Regis Fernandes de Oliveira, "Servidores Públicos", pg. 57, Malheiros Editores, 1ª edição, 2004*

Na verdade, é de se entender que, exclusivamente para a suspensão, configuram-se dois momentos distintos. A aplicação da pena se dá de imediato, com a publicação da portaria de pessoal, mas a sua efetividade pode ser postergada, conforme já aduzido em **4.10.1**. Isto porque antes da publicação da portaria de pessoal de punição, recomenda-se que a autoridade competente para aplicar pena reporte-se ao titular da unidade de lotação do servidor para que esta segunda autoridade manifeste, quanto à efetivação da pena, se é interessante para a unidade o cumprimento integral da suspensão ou a manutenção do servidor em serviço, bem como indique o período para cumprimento da pena (que pode ser definido de duas formas: já a partir da data da publicação da portaria de pessoal; ou posteriormente, que parece ser a mais adequada, a partir de data especificada na portaria de pessoal, com mínimo prazo hábil para que o servidor seja cientificado).

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/2.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/2: "30. Assim, recomenda-se que, antes da publicação da portaria de pessoal de aplicação de suspensão, o titular da unidade de lotação do servidor seja consultado para que possa manifestar-se acerca da conveniência do cumprimento integral da pena ou da manutenção do agente faltoso em serviço e indicar o período para cumprimento da suspensão - o qual é definido pela autoridade julgadora na portaria de pessoal de aplicação da penalidade."*

De se destacar que, caso a Administração opte em converter a pena de suspensão em multa, este efeito pecuniário não significa uma sanção disciplinar autônoma, mas tão somente uma forma de execução daquela pena, mantendo o servidor em serviço com remuneração diminuída. Menos ainda a conversão da suspensão em multa pode levar ao entendimento equivocado de absolvição do cometimento do ilícito e nem mesmo abrandamento ou nulificação da pena, uma vez que esta subsiste em seus efeitos (exceto o do afastamento do serviço), mantendo-se outras repercussões funcionais que a Lei prevê para um servidor apenado (de ser considerado reincidente, por exemplo).

Da mesma forma como na advertência, na hipótese de processo aberto contra inativo ou ex-servidor concluir pelo cometimento de ilícito que seria punido com suspensão, diante da impossibilidade de aplicação, apenas registra-se o fato apurado nos seus assentamentos funcionais, conforme já aduzido com detalhe em **4.10.2**.

4.10.2.4.5 - Não Submissão à Inspeção Médica

Para encerrar a análise da pena de suspensão, embora seja uma hipótese de rara aplicação, releva abordar o enquadramento e a instrumentalização do ilícito previsto no § 1º do art. 130 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, da recusa de servidor a se submeter à inspeção médica (ou perícia médica ou avaliação médica) de qualquer espécie, fim ou natureza.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 130.*
> *§ 1º Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação.*

Antes, convém esclarecer a origem deste enquadramento, extraída do Título IV - Da Seguridade Social do Servidor, e, mais especificamente no Capítulo IV - Da Licença para Tratamento de Saúde, abrangendo os arts. 202 a 206 da Lei nº 8.112, de 1990. Conforme já aduzido em **4.4.9.1**, diante de problemas de saúde, pode o servidor, a pedido ou de ofício, submeter-se à inspeção médica, a fim de obter licença para se tratar. Embora o mais comum seja o próprio servidor requisitar e provocar o exame pericial, o citado art. 206, na hipótese

que aqui interessa, estabelece o poder de a Administração, por meio de autoridades competentes em linha hierárquica ou de projeção de gestão de pessoas ou ainda de área médico-assistencial, determinar que o servidor, sob indícios de moléstia, submeta-se à inspeção dos profissionais legalmente competentes para afirmar ou negar a doença e decidir pelo seu afastamento ou não. Ao final da licença, o servidor deve novamente se submeter à inspeção médica, que determinará seu retorno ou a prorrogação do afastamento ou, no extremo, após 24 meses, a aposentadoria por invalidez.

Compreende-se, então, que, em função dos comandos estatuídos nos arts. 202 a 206 da Lei nº 8.112, de 1990, pode surgir a obrigação funcional de o servidor se submeter à inspeção médica; e, consequentemente, na inobservância injustificada deste dever funcional, pode-se configurar a hipótese prevista no § 1º do art. 130 da mesma Lei. Obviamente, havendo justificativa para a omissão do servidor (por exemplo, se a inação for decorrência dos efeitos da própria doença), afasta-se a ilicitude da conduta.

Além de atribuir uma espécie de sanção ao descumprimento da tutela imposta pelos arts. 202 a 206, o § 1º do art. 130 da mesma Lei resguarda a Administração também da hipótese de o servidor continuadamente tentar se valer de atestados particulares (no caso de não haver médico oficial) para obter sucessivas licenças, em detrimento do interesse público da continuidade dos serviços.

Embora o legislador tenha indicado de forma implícita qual o caminho hermenêutico a se adotar, uma vez que, a rigor, o texto legal apenas estabeleceu a hipótese fática e a punição, mas não expressou a instrumentalização necessária, e também como originalmente não havia manifestações do extinto Departamento de Administração do Serviço Público (Dasp), da Advocacia-Geral da União (AGU), da extinta Comissão de Coordenação de Correição da Controladoria-Geral da União (CGU/CCC) ou de Tribunais Superiores acerca do tema, até se podia cogitar de alguma dúvida se a aplicação de tal suspensão, por possuir natureza jurídica de pena estatutária, requer o rito processual ordinário, com contraditório e ampla defesa, ou se o legislador teria criado um caso excepcional, em que bastaria a simples configuração notória da materialidade (como verdade sabida) para que a apenação se desse como mera medida coercitiva administrativa. Mesmo já se tendo critalina a correta solução jurídica da questão, demonstra-se interessante manter aqui a discussão histórica que se poderia travar sobre a natureza jurídica desta suspensão e, consequentemente, sobre a procedimentalização necessária para sua aplicação.

Dentre as fontes então disponíveis nos primeiros anos subjacentes à implantação do atual regime disciplinar pela Lei nº 8.112, de 1990, eis que, na doutrina, já desde as obras mais pioneiras, dos poucos autores que abordaram o tema, a maioria se limitou a tão somente reproduzir a literalidade do § 1º do art. 130 da Lei nº 8.112, de 1990. Não obstante, dois doutrinadores destacavam-se por esforço maior na descrição da materialidade.

> *"Trata-se, por conseguinte, de punição disciplinar anômala, uma vez que o seu legítimo escopo não é propriamente punir, e sim coagir o servidor a submeter-se à inspeção médica determinada pela autoridade hierárquica competente, tanto assim que, uma vez atendida a determinação, cessam todos os efeitos da pena de suspensão imposta, o que significa que não deva sequer ser levada para registro nos assentamentos funcionais do servidor respectivo.*
> *Em resumo, pode-se assentar que tal reprimenda, preordenando-se a constranger o servidor a submeter-se a essa providência de caráter médico, tem índole proeminentemente precautória, tal qual ocorre nas hipóteses das prisões do devedor alimentício e do depositário infiel. O mesmo ocorria em relação à prisão administrativa (que vigorou entre nós até o advento da carta Política de 1988), a qual, destinando-se a acautelar o patrimônio público, deveria ser relaxada tão logo fosse recomposto o erário." José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pg. 381, Editora Brasília Jurídica,*

1ª edição, 2004

"Na eventual recusa a submeter-se a essa inspeção médica, a desobediência a esta ordem (que tem como fundamento averiguar o estado doentio do servidor, capaz de causar dano - a ele próprio, ou à comunidade circundante, como no caso de moléstia infecto-contagiosa), cabe pena de suspensão de até 15 dias.
Se durante o período de suspensão o servidor se apresenta à inspeção médica, cessa a aplicação da penalidade, a partir do cumprimento da ordem. Mas, se ultrapassado o prazo de 15 dias, o servidor, mesmo assim, não se apresentar à inspeção médica, terá para ele se encerrado o período punitivo, porém não poderá retornar ao trabalho, pelos mesmos motivos que deram causa ao afastamento. Caberá à autoridade registrar o término da penalidade, descontando-se as faltas ao trabalho que se seguirem, da sua remuneração. A sua ausência caracteriza a inassiduidade. Ademais, persistindo a situação, cabe ao dirigente registrar a repetição da desobediência e refazer a exigência do exame médico." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 282, Editora Consulex, 2ª edição, 1999

Embora se verifique que nenhum dos dois autores enfrentou de forma explícita a questão da instrumentalização da aplicação da pena de suspensão em comento, é mais aceitável que se extraia dos seus textos acima um posicionamento tendente à não instauração do rito contraditório.

De outro lado, também desde sempre já se dispunha de quatro outros autores que teciam rápidos e discrepantes comentários, acerca da forma de aplicação desta peculiar pena de suspensão, com o primeiro opinando a favor da inquisitoriedade e os três outros se manifestando pela necessidade de instauração do devido processo legal.

"Neste caso evidentemente não existirá processo contraditório, visto que de nada está sendo acusado o servidor; ocorre apenas que ele se nega a submeter-se a exame médico, o que a administração exige para deferir-lhe algum direito anteriormente previsto na L. 8.112, como licença ou readaptação, por exemplo. Ocorrendo a hipótese, recusando-se o servidor ao exame médico exigido na lei, ser-lhe-á simplesmente aplicada a penalidade." Ivan Barbosa Rigolin, "Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis", pg. 226, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995

"A pena de suspensão não poderá exceder a 15 (quinze) dias, no caso de o servidor se recusar injustamente a se submeter à inspeção médica, e, nos demais casos, a 90 (noventa) dias. Será apurada em sindicância ou processo administrativo, observando-se o princípio da ampla defesa." Paulo de Matos Ferreira Diniz, "Lei nº 8.112/90 - Regime Jurídico Único", pg. 435, Editora Brasília Jurídica, 9ª edição, 2006

"(...) será aplicada suspensão de 15 dias ao servidor que sem justificativa recusar submeter-se a exame médico determinado por seu órgão, cessando a penalidade tão logo o servidor (...) resolva fazer os exames. Neste caso não há qualquer necessidade de PAD, bastando a sindicância, pois a falta está previamente identificada e o 'quantum' da penalidade definido por lei." Judivan Juvenal Vieira, "Processo Administrativo Disciplinar", pg. 137, IOB Thomson, 1ª edição, 2005

"(...) a suspensão será aplicada (...) também no caso de recusa injustificada do funcionário a se submeter a inspeção médica, punida com até quinze dias, cujos efeitos cessarão tão logo cumprida a ordem da autoridade administrativa superior (art. 130, § 1º, Lei federal nº 8.112/1990 - registre-se que também precedida por sindicância punitiva ou processo administrativo disciplinar." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pgs. 759 e 760, Editora Fortium, 2008, 1ª edição

Portanto, com as ferramentas de pesquisa até então disponíveis já esgotadas, o que se tinha, naquele primeiro momento, era apenas uma indicação da doutrina, não unânime, sugestiva da necessidade da instauração do rito contraditório para aplicação da pena de suspensão por descumprimento do dever de se submeter à inspeção médica. Assim, não se lograva obter uma cristalina e indiscutível definição da questão. Diante da inconclusividade, o tema, até então em aberto, devia ser objeto de debate sem postura apriorística, com o fim de adotar um dos dois entendimentos a princípio defensáveis. E é este enfrentamento - da escolha motivada de um dos dois posicionamentos possíveis - que se faz a seguir.

A análise conceitual e principiológica da questão em tela aponta em favor da natureza jurídica punitiva da pena da suspensão capitulada no § 1º do art. 130 da Lei nº 8.112, de 1990, e, consequentemente, também obriga o emprego da devida procedimentalização, desde a fase de admissibilidade, passando pela instauração do processo disciplinar de índole punitiva, com a designação da comissão processante, até o julgamento. Como mais forte argumento, tem-se que o atual ordenamento constitucional, extraído dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal (CF), não admite a aplicação de pena (e aqui se trata de pena de razoável gravidade), mesmo em via administrativa, sem que se garantam ao acusado os direitos ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. Muito sinteticamente, tais garantias se refletem em ser notificado para acompanhar a apuração e para participar da laboração de provas, ter formalizada uma acusação, dispor de prazo para indisponível juntada de defesa escrita e ter julgamento motivado. E é certo que todos estes direitos e garantias fundamentais individuais de molde constitucional seriam violados caso se tratasse aquela pena de suspensão como mero ato coercitivo administrativo.

No ilícito sob apreciação, é imprescindível a instauração do apuratório em função do fato de o enquadramento requerer a configuração da ausência de justificativa para a conduta omissiva. Ou seja, da forma como foi elaborado o enquadramento, só mesmo a apuração contraditória para avaliar este componente de *animus* do servidor (descumprimento injustificado).

Na esteira, destaca-se que o § 1º do art. 130 encontra-se encartado no Título IV da citada Lei, que trata especificamente de matéria disciplinar, e prevê uma das penas elencadas no art. 127, para as quais, após rito contraditório, o art. 141, todos da Lei nº 8.112, de 1990, estabelece competência de aplicação. Do contrário, se não quisesse efeito disciplinar, o legislador poderia ter previsto qualquer outra forma de repercussão para o descumprimento no Título VI, Capítulo IV da mesma Lei, junto aos seus arts. 202 a 206, fora do regime disciplinar. Ainda neste sentido topográfico da análise, o § 1º integra o art. 130, que trata da pena de suspensão, e este art. 130 insere-se no Capítulo que trata das penalidades estatutárias.

Também aponta no mesmo sentido a leitura atenta do dispositivo legal sob análise, que se amolda à típica construção de lei de natureza punitiva que estabelece uma hipótese e, diante da subsunção de fato concreto, prevê a repercussão jurídica punitiva. É exatamente o que se tem no caso: se o servidor, uma vez motivadamente instado pela Administração a se submeter à perícia médica, injustificadamente se negar a fazê-lo e descumprir seu dever funcional, esta sua conduta concreta se subsome à hipótese legal e faz imperar a aplicação da respectiva penalidade, de suspensão de até quinze dias. E todo esforço argumentativo até aqui elaborado soa desnecessário quando se atesta, de forma hialina, ainda na literalidade do comando legal, que o legislador indicou a natureza jurídica punitiva da repercussão da conduta omissiva, quando empregou o verbo “punir” e o substantivo “penalidade” na construção literal, de forma que as raízes semânticas de ambos os termos convergem para os aspectos atinentes de cláusula de Direito Administrativo Sancionador.

Acrescente-se que a hipótese literalmente albergada no § 1º do art. 130 da Lei nº 8.112, de 1990 (de o servidor, em conduta de resistência injustificada, não se submeter à inspeção médica de caráter oficial, ou seja, de interesse público, determinada por autoridade

competente em linha hierárquica ou de projeção de gestão de pessoas ou ainda de área médico-assistencial), tem em sua base infracional a inobservância do dever funcional de cumprir ordem superior não ilegal. Assim, pode ser considerada como espécie qualificada da infração prevista no art. inciso IV do 116 do mesmo Estatuto. Ora, se para esta hipótese do inciso IV do art. 116, a Lei requer rito contraditório para aplicar a pena básica de advertência, reforça-se a tese a favor da indispensabilidade do rito contraditório também para o art. § 1º do 130, que redunda em pena ainda mais grave (de suspensão de até quinze dias).

Ademais, logo em seguida à edição da Lei nº 8.112, de 1990, em função de inúmeras dúvidas surgidas com as significativas alterações introduzidas em diversos aspectos estatutários, fez-se necessário que o Departamento de Recursos Humanos (DRH) da então Secretaria de Administração Federal da Presidência da República (SAF/PR) se manifestasse, por meio de Orientações Normativas. Neste rumo, a Orientação Normativa SAF/DRH nº 97, de 6 de maio de 1991, assentou, de forma ampla e sem expressar exceção, a indispensabilidade de processo disciplinar.

> *Orientação Normativa SAF/DRH n° 97, de 1991. A aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até trinta dias será sempre precedida de apuração da infração, assegurada ampla defesa do acusado.*

A tese contrária, de que a pena em comento, por requerer para sua aplicação uma situação fática de imediata configuração, dispensaria qualquer apuratório, ressuscitaria o instituto da verdade sabida, já abolido desde a nova ordem constitucional, por mais notório que seja o fato. Por esta não adotada linha de argumentação, a suspensão prevista no § 1º do art. 130 da Lei nº 8.112, de 1990, seria uma penalidade estatutária anômala, pois seria simplesmente um ato de constrição excepcional para servir de meio executivo, de elemento de força e de coerção a fim de compelir, constranger e subjugar o servidor recalcitrante a se submeter ao exame médico oficial. No entanto, ao contrário, é de se acrescentar que há na Lei nº 8.112, de 1990, diversos outros deveres e proibições de similares requisitos de simples concretização, sem que com isto se tenha dispensado o rito contraditório. A tese de que a repercussão jurídica da suspensão de até quinze dias seria um mero ato coercitivo administrativo não serve para diferenciar o dispositivo legal em tela, já que se pode estender que todo dispositivo legal tem sim, inerente em si mesmo, um aspecto naturalmente coercitivo de caráter apenas compulsório e não repressivo-punitivo, uma vez que, do contrário, teria tendência a ser descumprido. E, no caso de este dispositivo legal qualquer ser de índole punitiva, pode-se até mesmo afirmar que nem sempre a sanção em si é seu fim primordial, pois, no mais das vezes, a intenção do legislador, ao prever a punição, é de antemão, preventivamente, inibir e desestimular a conduta infracional e, por fim, estimular o comportamento humano em harmonia com o ordenamento jurídico.

Tentar justificar que a penalidade de suspensão aqui aplicável seria um mero ato coercitivo administrativo em razão de o § 1º do art. 130 da Lei nº 8.112, de 1990, determinar a supressão dos efeitos punitivos no caso de o servidor deixar de lado a recalcitrância e se submeter à exigida inspeção médica equivale a confundir a pena com seus efeitos. Se o agente público adotar a postura de resistência injustificada ao exame médico necessário, deverá ser punido com a pena de suspensão de até quinze dias. Esta pena aqui sob comento, como todas as demais penalidades previstas no regime disciplinar da citada Lei (advertência, suspensão por outros motivos, demissão e cassação de aposentadoria), tem aplicação vinculada e, a partir da data de publicação da portaria punitiva, torna-se ato jurídico perfeito e acabado. Exclusivamente a suspensão *lato sensu* prevista no Estatuto pode ter seus efeitos diferidos no tempo, de acordo com o período de cumprimento da pena que a autoridade julgadora do processo disciplinar fizer constar da portaria punitiva. Mas, uma vez publicado este ato consolidador do julgamento, a pena somente deixa de existir juridicamente se, *a posteriori*, for objeto de revisão administrativa ou de provimento judicial. O que o § 1º do art. 130 da Lei

nº 8.112, de 1990, diz de forma especial é que, na hipótese de, após ter sido punido, o servidor se submeter à perícia médica, o desconto pecuniário porventura ainda não efetivado não mais deve ser realizado e o registro da pena nos seus assentamentos funcionais deve perder o valor jurídico, o que consequentemente impede a posterior configuração de reincidência. Não se trata de deixar de aplicar a pena uma vez configurado o fato concreto que se subsome à hipótese legal e nem tampouco de deixar de existir a pena já aplicada com a qualidade ato jurídico perfeito e acabado. O que o comando legal permite é que, uma vez aplicada a pena, os seus efeitos porventura ainda pendentes ou que se prolongam no tempo sejam afastados se depois o servidor cumpre o dever que dele se esperava. Não se flexibiliza a aplicação da pena quando cabível, mas sim a concretização de seus efeitos quando afastado o fato motivador.

O discernimento da questão, assumindo solução inquestionável a favor da necessidade de instauração de processo disciplinar em face de servidor que descumpre o dever legal de se submeter à exigida inspeção médica antes da aplicação da pena de suspensão de até quinze dias, veio à tona com as sucessivas manifestações da CGU, primeiramente por meio de sua própria doutrina.

> *"Igualmente, a CPAD, ao constatar a recusa do servidor em se submeter à inspeção médica oficial determinada por autoridade competente, deve, conforme ao disposto no art. 130, § 1º, da Lei n.° 8.112/90, sugerir aplicação de suspensão, observando, nessa hipótese, o prazo máximo de 15 (quinze) dias. Para sua configuração, a Administração deve abrir procedimento disciplinar sujeito ao contraditório e ampla defesa, de modo a demonstrar a falta de justificativa do agente faltoso em se submeter à perícia oficial.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 363, 2012, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual_de_PAD .pdf, acesso em 20/11/12*

Posteriormente, o órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) voltou a se manifestar, por meio da Nota Técnica nº 299/2023/CGUNE/Dicor/CGU, concluída nos termos que se seguem abaixo e que não apenas foi aprovada pelo Corregedor-Geral da União mas também foi levada à apreciação do Ministro de Estado da CGU, a fim de gerar a edição de enunciado, nos termos do art. 23 da Portaria CGU nº 1.983, de 31 de agosto de 2021.

> *Nota Técnica nº 299/2023/CGUNE/Dicor/CGU: "116. À vista do exposto, conclui-se esta Análise propondo à Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos a adoção dos seguintes entendimentos:*
> *a) A suspensão prevista no artigo 130, § 1º, da Lei nº 8.112/90 possui natureza de penalidade administrativa, demandando por consequência a instauração de procedimento correcional sancionatório para a sua aplicação.*
> *b) A suspensão prevista no artigo 130, § 1º, da Lei nº 8.112/90 pode ser processada por meio de Sindicância Acusatória (SINAC) ou de Processo Administrativo Disciplinar (PAD) comum."*

Ato contínuo, a CGU se manifestou de forma definitiva e vinculante, por meio do Enunciado CGU nº 13/2023, aprovado pela Portaria Normativa (PN) CGU nº 78, de 19 de abril de 2023 - ao inserir o Enunciado como Anexo da PN, o Ministro de Estado da CGU conferiu-lhe poder de norma, conforme estabelece o parágrafo único do art. 25 da Portaria CGU nº 1.973, de 2021.

> *Enunciado CGU nº 13/2023: "Suspensão por recusa injustificada de inspeção médica. A suspensão prevista no § 1º do art. 130 da Lei nº 8.112 possui natureza de penalidade administrativa, de modo que a sua aplicação deve ser precedida de apuração por meio de Sindicância Acusatória prevista na Lei 8.112/90 ou de Processo Administrativo Disciplinar."*

E antes de adentrar na questão da instrumentalização da aplicação da pena de suspensão capitulada no § 1º do art. 130 da Lei nº 8.112, de 1990, é preciso não perder de vista que, embora o foco do presente texto seja todo voltado ao tema correcional, o incidente em tela - de servidor opor resistência injustificada a cumprir determinação de autoridade superior competente e não se submeter à inspeção médica de caráter oficial e revestida de interesse público - pode se dar no transcurso de procedimento tanto de índole correcional no Escritório de Corregedoria (Escor) ou na Corregedoria (Coger) quanto de qualquer outra natureza na unidade do faltoso ou na projeção de gestão de pessoas ou na área médico-assistencial. Tudo o que acima se aduziu acerca da natureza jurídica punitiva desta suspensão de até quinze dias e acerca da necessidade de instauração de processo disciplinar (ou de celebração de termo de ajustamento de conduta - TAC) se aplica indistintamente tanto para a hipótese de servidor objeto de procedimento correcional se recusar a se submeter à perícia médica de interesse do processo disciplinar quanto para a hipótese de servidor, em sua própria unidade, recusar-se a acatar a ordem de qualquer autoridade competente, seja na linha hierárquica, seja na projeção de gestão de pessoas ou mesmo da área médico-assistencial, para que se submeta à inspeção médica.

Na hipótese de tal incidente ocorrer no transcurso de procedimento de índole correcional, se o servidor já estiver respondendo a processo disciplinar em cujo transcurso tenha se instaurado incidente de sanidade mental em que tenha se recusado a se submeter à perícia médica, deve a comissão processante representar para a autoridade instauradora da instância disciplinar, a fim de que se protocolize um outro processo administrativo a ser analisado sob ótica de fase de admissibilidade. E, mesmo nas hipóteses menos comuns de se determinar a submissão à perícia médica ainda em fase de juízo de admissibilidade ou em fase de julgamento, também deve a autoridade instauradora formalizar um outro processo administrativo incidental, no qual se estabeleça fase de admissibilidade própria e exclusiva.

Ainda com mais razão, na hipótese de tal incidente ocorrer em face de determinação de autoridades competentes em linha hierárquica ou de projeção de gestão de pessoas ou ainda da área médico-assistencial, falecendo-lhes qualquer competência de índole correcional, cabe-lhes tão somente de imediato representar ao respectivo Escor da jurisdição.

Seja a perícia médica a que o servidor injustificadamente se recusa a se submeter de interesse da matéria disciplinar, seja de interesse de qualquer outra área de atuação da Administração sobre seu corpo funcional, indistintamente, cabe ao Chefe de Escor da respectiva jurisdição deflagrar a fase de admimissibilidade e celebrar TAC ou instaurar processo disciplinar. Portanto, de um lado, caso a submissão à inspeção médica tenha sido determinada em virtude de qualquer procedimento de índole correcional, recai sobre a própria autoridade instauradora cuja ordem foi desatendida a competência para decidir a questão. Por outro lado, caso a submissão inspeção médica tenha sido determinada por autoridade administrativa qualquer, na unidade do faltoso ou na projeção de gestão de pessoas ou na área médico-assistencial, recai sobre estas autoridades cuja ordem foi desatendida o dever de representar para o sistema correcional.

Firmada então a natureza jurídica punitiva da pena de suspensão prevista no § 1º do art. 130 da Lei nº 8.112, de 1990, e, consequentemente, concluindo-se pela necessidade de instauração do processo disciplinar para sua aplicação, resta apenas abordar a sua procedimentalização.

Mas, é de se relembrar que, antes da deflagração do processo disciplinar ou até mesmo no seu curso, sendo a conduta de resistência injustificada à inspeção médica punível com pena de suspensão de até quinze dias, o *caput* do art. 61 da PN CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022, a inclui no rol das infrações de menor potencial ofensivo e, como tal, cabível de solução consensual por meio de celebração de TAC. O pedido por parte do servidor ou a oferta por parte da autoridade correcionalmente competente e a consequente celebração do TAC se

mostram pertinentes em situações em que ainda não houve a submissão à inspeção médica e o servidor aquiesce com a imposição, compromentendo-se a não deixar de comparecer na data já aprazada para o ato pericial ou ainda a ser agendada, logrando-se a resolução do conflito pela forma menos onerosa tanto para a Administração quanto para o agente público. E, no que tange à necessidade de instaurar o devido processo legal contraditório, com base no art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990, aquela mesma pena prevista de suspensão de até quinze dias também autoriza a instauração tanto de sindicância disciplinar quanto de processo administrativo disciplinar (PAD) em sentido estrito, a cargo da autoridade competente para instaurar a instância disciplinar.

Portanto, uma vez configurada a materialidade em tela, abrem-se para a autoridade instauradora da instância disciplinar três hipóteses possíveis: celebração de TAC, instauração de sindicância disciplinar (solução menos comum no âmbito do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - RFB) ou instauração de PAD. E cabe resgatar mais um detalhe: conforme o art. 66 da PN CGU nº 27, de 2022, o TAC pode ser solicitado ou ofertado na fase de admissibilidade, ainda antes da instauração do processo disciplinar, ou em até dez dias da entrega da notificação inicial da condição de acusado ao servidor ou ainda pode ser ofertado pela comissão até antes do seu relatório.

De acordo com o art. 4º da Portaria Coger nº 128, de 16 de outubro de 2020, a competência para celebrar TAC ou para instaurar processo disciplinar recai, como regra, sobre o Chefe do Escor que jurisdiciona a região fiscal da unidade de lotação do servidor e apenas residualmente recai no Corregedor (exclusivamente nos casos de servidor que ocupe cargos de Superintendente ou de Superintendente Adjunto da Receita Federal do Brasil, ou, no âmbito das unidades centrais da RFB, que ocupe Cargo Comissionado Executivo ou Função Comissionada Executiva superior ao nível 10 (CCE-10 ou FCE-10).

Se, no curso do período impositivo do TAC ou no curso do processo disciplinar, o servidor se submeter à exigida inspeção médica, o prosseguimento de qualquer destes dois procedimentos perde objeto e deve a autoridade instauradora declarar o encerramento da relação processual (seja consensual, seja punitiva) e decidir pelo consequente arquivamento antecipado e já de imedido do feito, de forma análoga ao que permite a leitura conjunta do *caput* do art. 354 combinado com o inciso IV do art. 485, ambos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), pois pode-se compreender que a perda de objeto - ou seja, a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo - é causa extintiva e que faz a lide ser julgada conforme o estado processual. Esta declaração de perda de objeto equivale a uma antecipação da cessação dos efeitos da pena prevista na parte final do § 1º do art. 130 da Lei nº 8.112, de 1990. Afinal, conforme já afirmado, a verdadeira teleologia deste dispositivo legal é a eficiente resolução pacífica do conflito, com o servidor se submetendo à determinada inspeção médica, e não a punição.

A já mencionada manifestação da CGU, por meio da Nota Técnica nº 299/2023/CGUNE/Dicor/CGU, também abordou estas questões das possibilidades da celebração de TAC e da declaração de perda de objeto para o pronto encerramento do procedimento em curso.

> *Nota Técnica nº 299/2023/CGUNE/Dicor/CGU: "116. À vista do exposto, conclui-se esta Análise propondo à Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos a adoção dos seguintes entendimentos:*
> *c) É possível a celebração de TAC para formalizar eventual acordo para que o servidor público federal se submeta à inspeção médica em oportunidade futura.*
> *d) É possível à autoridade correcional encerrar o procedimento destinado à aplicação da suspensão prevista no artigo 130, § 1º, da Lei nº 8.112/90, por meio de mera declaração de perda do objeto, quando constatar, por documento hábil, que a inspeção médica a que o servidor originariamente se recusava a*

participar já foi efetivamente realizada."

Na sequência, na hipótese de instauração de processo disciplinar e do seu integral transcurso sem celebração de TAC e sem que o servidor tenha se submetido à exigida inspeção médica, o julgamento e, se for o caso, a consequente aplicação da pena de suspensão de um até quinze dias recaem sobre a mesma autoridade instauradora, devendo o *quantum* em dias ser sopesado à luz dos parâmetros de dosimetria do *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, e do art. 16 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.

Por outro lado, caso o servidor responda ao processo disciplinar, ao seu final venha a ser punido com a pena de suspensão de até quinze dias capitulada no § 1º do art. 130 da Lei nº 8.112, de 1990, e, ainda assim, mantenha sua conduta insubmissa de não permitir a realização da inspeção médica, outro caminho não resta se não, após a última intimação infrutífera, instaurar novo processo disciplinar. Neste caso, se o servidor for mais uma vez julgado e punido com a pena de suspensão de mesmo enquadramento, a reincidência deve ser sopesada para a graduação punitiva máxima, qual seja, de quinze dias.

4.10.2.5 - Penas Capitais (Demissão, Cassação de Aposentadoria ou de Disponibilidade e Destituição de Cargo em Comissão)

Em princípio, a expressão "penas capitais" (ou "penas expulsivas") refere-se à demissão, cassação de aposentadoria, cassação de disponibilidade e destituição de cargo em comissão, já se desconsiderando a destituição de função comissionada (ou função de confiança), conforme **4.10.2.1**.

A demissão, a cassação de aposentadoria e a cassação de disponibilidade têm as mesmas hipóteses de aplicação, variando apenas o estágio do vínculo estatutário do servidor detentor de cargo efetivo a figurar no respectivo polo passivo (servidor ativo para a primeira e servidor inativo para as duas demais). Estas penas são aplicadas nas violações das proibições constantes dos incisos IX a XVI do art. 117 e de todos os incisos do art. 132, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, sem comportar gradação.

Pode-se compreender que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelece um gênero de demissões em que cabem a demissão como espécie e as penas de cassação de aposentadoria, de cassação de disponibilidade e de destituição de cargo em comissão. Centrando a análise apenas no foco real de interesse do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), qual seja, nas penas expulsivas aplicáveis, de demissão e de cassação de aposentadoria, é como se o Estatuto estabelecesse uma forma de leitura circular no tema em apreço, pois, ao definir todas as fatispécies puníveis com demissão, no art. 132, em seguida, no art. 134, remete as hipóteses de cassação de aposentadoria às mesmas hipóteses de aplicação da demissão. O termo "demissão" tanto pode comportar uma leitura estrita, da pena expulsiva aplicada ao servidor efetivo e ativo, quanto pode comportar uma leitura em gênero, das penas expulsivas aplicadas aos servidores efetivos, sejam ativos, sejam já inativos.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:
I - crime contra a administração pública;
II - abandono de cargo;
III - inassiduidade habitual;
IV - improbidade administrativa;
V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;
VI - insubordinação grave em serviço;
VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;
VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;

IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;
X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;
XI - corrupção;
XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.
*(**Nota**: Art. 117. Ao servidor é proibido:*
IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;
X - participar de gerência ou administração de empresa privada, sociedade civil, salvo a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação do capital social, sendo-lhe vedado exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)
XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;
XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;
XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;
XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;
XV - proceder de forma desidiosa;
XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;)
Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.
Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.
Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do art. 35 será convertida em destituição de cargo em comissão.
*(**Nota**: Art. 35. A exoneração de cargo em comissão e a dispensa de função de confiança dar-se-á: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
I - a juízo da autoridade competente;
II - a pedido do próprio servidor.)

A demissão é a pena expulsiva aplicável ao servidor detentor de cargo efetivo que comete infração grave no exercício do cargo e que ainda se encontra na ativa quando da apuração e da apenação. É, portanto, o caso geral da aplicação de pena expulsiva. A pena de de demissão é aplicada a servidores detentores de cargo efetivo em atividade. Ao tempo do processo, são servidores ativos; ainda não são ex-servidores e somente passarão a sê-lo uma vez punidos com a pena expulsiva de demissão. O agente punido com demissão é expulso dos quadros públicos, deixando de ser servidor efetivo e ativo e passa à qualidade de ex-servidor.

Alguns fatos ensejadores de demissão estão descritos no próprio artigo 132, junto à previsão da pena, enquanto outros fatos estão descritos nos incisos IX a XVI do art. 117 e nos arts. 133, 138 e 139, todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Independentemente do fato ensejador, tem-se que todas as hipóteses de aplicação de demissão estão exaustivamente listadas no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Com isto, mesmo nos casos de fatos enquadrados nos incisos IX a XVI do art. 117 ou nos arts. 133, 138 e 139 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, deve atentar a autoridade julgadora para a necessidade de embasar o ato de demissão nos incisos XIII, XII, II e III do art. 132 da norma (aqueles primeiros dispositivos apenas descrevem fatos, sendo necessária a capitulação nestes últimos para se aplicar a pena).

A inclusão da cassação de aposentadoria e da cassação de disponibilidade como penas estatutárias decorre do fato de o dever de apuração impor que o agente, já na inatividade remunerada, responda por atos cometidos na ativa, quando legalmente investido no cargo efetivo, em seu pleno exercício, não importando a sua condição à época em que transcorrer o processo. A aposentadoria e a disponibilidade são espécies de inatividade remunerada e, como tal, por óbvio, a incidência do regime disciplinar não se dá por atos praticados nesta condição de inativo mas sim por condutas cometidas ao tempo em que o servidor estava ativo e em pleno exercício do cargo, conforme já se abordou em **3.2.2.2.2.b**.

Compreenda-se que a inatividade, em suas duas espécies (aposentadoria e disponibilidade) é uma condição em que o agente mantém parte das vinculações estatutárias que mantinha com a Administração ao tempo em que estava em plena atividade no exercício do seu cargo efetivo. Se antes o servidor ativo mantinha vinculações laboral, pecuniária e previdenciária com a Lei nº 8.112, de 11/12/90, uma vez aposentado ou posto em disponibilidade já não mais se exige a dedicação laboral, preservando-se, não obstante, as vinculações estatutárias de natureza pecuniária e previdenciária, o que é suficiente para preservar-lhe a condição de servidor, já que ainda se submete àquela Lei (diferentemente do ex-servidor objeto de qualquer pena expulsiva ou exonerado, que não mais mantém nenhuma espécie de vinculação com o Estatuto), conforme já exposto em **3.2.2.2.2.a**.

Esclareça-se que a aposentadoria, como hipótese de vacância do cargo no inciso VII do art. 33 da Lei nº 8.112, de 1990 (por deixar vago o cargo outrora ocupado), é uma espécie de inatividade *a priori* definitiva, mantém a relação estatutária de servidor e é um benefício da securidade social obtido em função de invalidez permanente ou do cumprimento de determinado parâmetro temporal (compulsoriamente ou a pedido), com jus ao recebimento do provento de aposentadoria do regime próprio de previdência social (RPPS), conforme estabelecem os incisos I, II e III do *caput* do art. 186, o art. 187, o *caput* e os §§ 1º e 2º do art. 188 e o *caput* do 189 da mesma Lei.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 33. A vacância do cargo público decorrerá de:*
> *VII - aposentadoria;*
> *Art. 186. O servidor será aposentado:*
> *I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos;*
> *II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;*
> *III - voluntariamente:*
> *Art. 187. A aposentadoria compulsória será automática, e declarada por ato, com vigência a partir do dia imediato àquele em que o servidor atingir a idade-limite de permanência no serviço ativo.*
> *Art. 188. A aposentadoria voluntária ou por invalidez vigorará a partir da data da publicação do respectivo ato.*
> *§ 1º A aposentadoria por invalidez será precedida de licença para tratamento de saúde, por período não excedente a 24 (vinte e quatro) meses.*
> *§ 2º Expirado o período de licença e não estando em condições de reassumir o cargo ou de ser readaptado, o servidor será aposentado.*
> *Art. 189. O provento da aposentadoria será calculado com observância do disposto no § 3º do art. 41, e revisto na mesma data e proporção, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade.*

A Lei nº 8.112, de 11/12/90, não impôs restrição para a natureza, conforme os três incisos acima reproduzidos do art. 186, da aposentadoria a ser cassada, podendo, então, a pena ser aplicada inclusive em aposentado por invalidez. Tampouco importa, para a posterior responsabilização que, à época do fato, o servidor já tenha tempo para se aposentar voluntariamente. A perda da aposentadoria de servidor não impede que o apenado leve o

tempo de contribuição previdenciária para o regime geral de previdência social (RGPS). Da mesma forma, se a aposentadoria se deu por invalidez, não prejudica de se alegar a mesma cláusula no regime geral. Por fim, embora por vezes seja alegada a inconstitucionalidade da pena, o certo é que, até a presente data, o foro competente para declará-la - qual seja, o STF - nunca o fez, sendo então o dispositivo expulsivo autoexecutável.

> *STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.557: "Ementa: (...) III.- O Supremo Tribunal Federal assentou que não é inconstitucional a penalidade de cassação de aposentadoria: Lei 8.112/90, art. 127, IV: MS 21.948/RJ, Relator Ministro Néri da Silveira, Plenário, 29.9.94, "D.J." de 07.12.95."*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 21.948: "Ementa: 4. Não pode prosperar, aqui, contra a demissão, a alegação de possuir o servidor mais de trinta e sete anos de serviço público. A demissão, no caso, decorre da apuração de ilícito disciplinar perpetrado pelo funcionário público, no exercício de suas funções. Não é, em consequência, invocável o fato de já possuir tempo de serviço público suficiente à aposentadoria. A lei prevê, inclusive, a pena de cassação da aposentadoria, aplicável ao servidor já inativo, se resultar apurado que praticou ilícito disciplinar grave, em atividade."*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 23.299: "Ementa: I. Cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão (L. 8.112/90, art. 134): constitucionalidade, sendo irrelevante que não a preveja a Constituição e improcedente a alegação de ofensa do ato jurídico perfeito."*
> *Idem: STF, Mandado de Segurança nº 21.948 e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.557; e STJ, Mandado de Segurança nº 7.795*
>
> *STF, Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 23.219: "Ementa: 2. O fato do servidor público ter atendido aos requisitos para a concessão de aposentadoria não impede a instauração de processo administrativo para apurar a existência de falta eventualmente praticada no exercício do cargo. 4. Não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário, o Tribunal tem confirmado a aplicabilidade da pena de cassação de aposentadoria."*
>
> *STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 418: "Ementa: 1. As Emendas Constitucionais 3/1993, 20/1998 e 41/2003 estabeleceram o caráter contributivo e o princípio da solidariedade para o financiamento do regime próprio de previdência dos servidores públicos. Sistemática que demanda atuação colaborativa entre o respectivo ente público, os servidores ativos, os servidores inativos e os pensionistas. 2. A contribuição previdenciária paga pelo servidor público não é um direito representativo de uma relação sinalagmática entre a contribuição e eventual benefício previdenciário futuro. 3. A aplicação da penalidade de cassação de aposentadoria ou disponibilidade é compatível com o caráter contributivo e solidário do regime próprio de previdência dos servidores públicos. Precedentes. 4. A perda do cargo público foi prevista no texto constitucional como uma sanção que integra o poder disciplinar da Administração. É medida extrema aplicável ao servidor que apresentar conduta contrária aos princípios básicos e deveres funcionais que fundamentam a atuação da Administração Pública. 5. A impossibilidade de aplicação de sanção administrativa a servidor aposentado, a quem a penalidade de cassação de aposentadoria se mostra como única sanção à disposição da Administração, resultaria em tratamento diverso entre servidores ativos e inativos, para o sancionamento dos mesmos ilícitos, em prejuízo do princípio isonômico e da moralidade administrativa, e representaria indevida restrição ao poder disciplinar da Administração em relação a servidores aposentados que cometeram faltas graves enquanto em*

atividade, favorecendo a impunidade.

"(...) Em outras palavras, significa dizer que a inatividade do servidor não é causa de extinção da responsabilidade funcional por atos praticados na atividade." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", Editora Forense, pg. 82, Editora Forense, 2ª edição, 2006

"Devemos anotar que a cassação da aposentadoria pode se dar 'por via reflexa', quando do reconhecimento dos efeitos extrapenais da sentença penal condenatória, como se denota do excerto de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: 'Legítima é a cassação de aposentadoria de servidor, decorrente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória pela prática de crime cometido na atividade, que lhe impôs expressamente, como efeito extrapenal específico da condenação, a perda do cargo público". (RMS 13.934/SP, Ministro Felix Fischer, DJ 12/8/2003). (MS 14893/DF)'", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. II, pg. 123, Editora Juruá, 1ª edição, 2013

Este entendimento da constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria se mantém hígido mesmo após a Emenda Constitucional (EC) nº 103, de 12 de dezembro de 2019, que estabeleceu, no *caput* do art. 40 da CF, o caráter contributivo para o RPPS dos servidores, conforme entendimentos das jurisprudências administrativa e judicial.

CF - Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. (Redação dada pela EC nº 103, de 2019)

Parecer PGFN/Coged nº 1.077/2023: 58. A defesa sustenta que a Emenda Constitucional nº 103/2019 veio reforçar a tese de que a penalidade disciplinar de cassação de aposentadoria é incompatível com o sistema contributivo do RPPS e que a aposentadoria concedida com a utilização de tempo de contribuição de cargo, emprego ou função pública faz romper o vínculo do servidor com o ente ao qual era funcionalmente vinculado.
59. Em que pese os argumentos da defesa, a sanção de cassação de aposentadoria aplicável aos casos em que o servidor, em atividade, seria punido com a pena de demissão, atende ao princípio da proporcionalidade, mesmo considerando o caráter contributivo dos sistemas previdenciários, uma vez que não há direito adquirido do servidor inativo ao benefício da aposentadoria pelo Regime Próprio, se tiver dado ensejo, na atividade, à pena de demissão. Entendimento contrário tornaria a aposentadoria um escudo para o servidor se furtar da responsabilização por infrações graves cometidas anteriormente.
60. O agente público, ao estabelecer vínculo com a administração pública, está sujeito ao regime jurídico-administrativo estatutário, com direitos e obrigações previamente definidos em lei, sendo que essa sujeição confere àquela o direito de exercer sobre o servidor o seu poder disciplinar e, consequentemente, impor sanções administrativas, entre elas a pena de cassação de aposentadoria.
61. O regime previdenciário do servidor público já sofreu inúmeras alterações na atual Constituição Federal de 1988, em razão das Emendas Constitucionais 20/1998, 41/2003, 47/2005, 88/2015 e 103/2019, com o objetivo de equiparar ou, pelo menos, aproximar o RPPS do RGPS, tanto que o § 12 do art. 40 da CF prevê que "serão observados, em regime próprio de previdência social, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o Regime Geral de Previdência Social".
62. A partir da EC 20/1998, o caráter contributivo do RPPS é inequívoco, consolidando dois vínculos do servidor com a Administração Pública: (i) o

vínculo ao cargo público de natureza estatutária; (ii) o vínculo previdenciário, mediante o recolhimento de contribuições previdenciárias pelo titular do cargo público. Essas duas relações jurídicas não se confundem, pelo que a cassação de aposentadoria, como penalidade disciplinar, integra o regime estatutário do servidor público, ou seja, corresponde à demissão. Nesse contexto, a penalidade corresponde à perda da expectativa de retribuição decorrente das contribuições que fez ao longo da vida funcional.
65. O preceito constitucional incluído pela EC 103/2019 prevê, tão somente, que a aposentadoria concedida com a utilização de tempo de contribuição decorrente de cargo, emprego ou função pública, inclusive com tempo de contribuição do RGPS, acarretará o rompimento do vínculo que gerou o referido tempo de contribuição, objetivando assegurar o equilíbrio financeiro do sistema previdenciário, evitando que haja a acumulação de duas remunerações (vencimentos e proventos) derivadas do mesmo cargo, emprego ou função pública.
66. A EC 103/2019 não teve o intuito de invalidar norma atinente ao regime disciplinar do funcionalismo público, ou seja, não teve a intenção de impedir a punição do servidor público aposentado, a quem a penalidade de cassação de aposentadoria se mostra como única sanção à disposição da administração pública, sob o risco de conferir tratamento desigual aos ativos e inativos para repressão de idênticos ilícitos administrativos.
67. Em razão disso, não merece guarida a tese da defesa de que, com o advento da EC 103/2019, a Constituição Federal, em especial o §14 do art. 37, tornou inviável a aplicação da cassação de aposentadoria."

STJ, Segunda Turma, Ministro Relator Francisco Falcão, Agravo de Instrumento no Recurso em Mandado de Segurança nº 59.972/RJ, DJe 01/07/2020, Ementa: VI - A cassação de aposentadoria representa, em última análise, apenas o meio para que o servidor inati5vo seja excluído da condição de servidor público (aposentado ou não), a medida é mera decorrência lógica da perda de cargo público, sanção expressamente prevista no texto legal. Vale dizer, cassa-se a aposentadoria como meio à reversão do servidor e, ato contínuo, a sua demissão.
VII - A aposentadoria não é um produto que o servidor adquire com contribuições. Mesmo o trabalhador comum, vinculado ao RGPS, que venha a ser demitido, às vésperas de cumprir os requisitos, não tem direito a aposentadoria. Da mesma forma, o servidor não tem direito a nada mais, a não ser o tempo de contribuição, no caso de exoneração, a pedido ou por demissão.
VIII - As contribuições vertidas ao sistema previdenciário, seja no regime geral, seja no regime público, não implicam nenhum benefício adicional ou ressarcimento, caso não sejam preenchidos os requisitos para a aposentadoria.
IX - A condição de servidor público (aposentado ou não) é um dos requisitos seja da concessão, seja da manutenção da aposentadoria no serviço público. O servidor apenado com a perda da função pública deixa de ostentar o requisito básico ao gozo da aposentadoria no regime público que a condição de servidor público, conforme preconiza o art. 40, § 1º, CF: 'Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados [..].'
X - Na prática, vê-se apenas a perda da aposentadoria, de forma direta, todavia, o que de fato ocorre, em termos técnicos, é a reversão da aposentadoria, para possibilitar a demissão e a consequente cassação. Da perda da função pública e da condição de servidor público é que decorre a cassação de aposentadoria.
XI - Em atenção ao parecer do Ministério Público Federal, importa ressaltar que o sistema contributivo em nada veda a aplicação da penalidade, pois o servidor, antes aposentado, agora revertido e demitido, poderá buscar a aposentadoria no Regime Geral, obviamente sem os benefícios que tinha jus como servidor público, condição que não mais ostenta justamente por conta da

penalidade aplicada (...).”

STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, Mandado de Segurança nº 20.470/DF, DJe 03/03/2016, Ementa: “1. Pretende o impetrante, ex-Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, a concessão da segurança para anular o ato coator que cassou a sua aposentadoria por invalidez, em razão da prática de infração disciplinar tipificada no art. 132, inc. IV (‘improbidade administrativa’) da Lei 8.112/1990, ao fundamento da inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria.
2. É firme o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal e desse Superior Tribunal de Justiça no sentido da constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria prevista no art. 127, IV e 134 da Lei 8.112/1990, inobstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário.
4. Nos termos do art. 201, § 9°, da Constituição Federal, ‘para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei’.”

Já a disponibilidade, instituto mencionado em **3.2.4.2.1**, é aplicada ao servidor estável nos casos de reorganização ou extinção de seu órgão, de extinção de seu cargo (que depende de lei) ou de declaração de sua desnecessidade (possível por mero ato administrativo, como poderia ser *a priori* um decreto presidencial, motivado por critérios de oportunidade e conveniência), até que ele seja aproveitado em outro cargo de atribuições compatíveis, percebendo, neste período de inatividade, sua remuneração, em valor proporcional ao seu tempo de serviço. Mais do que “aplicada”, pode-se conceber que a disponibilidade é “concedida” ao servidor estável, como proteção de seu vínculo estatutário definitivo, uma vez que, se por um lado, o interesse público pode determinar a extinção ou a declaração de desnecessidade de seu cargo, por outro lado, o instituto da estabilidade não lhe é retirado (tanto que, de outro giro, a extinção de cargo ocupado por servidor não estável ou a declaração de sua desnecessidade acarreta a exoneração de ofício do agente).

A disponibilidade, diferentemente da aposentadoria, não é uma espécie de vacância no art. 33 da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (já que, extinto ou declarado desnecessário o cargo outrora ocupado, não se fala em este ficar vago), mas sim uma inatividade desde sempre temporária, já que o servidor estável inativo deve ser reposto em atividade assim que possível em outro cargo, por meio do instituto do aproveitamento, previsto nos arts. 30 e 31 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a fim de não se perpetuar a situação onerosa aos cofres públicos e ao próprio agente. É de se destacar a inafastável transitoriedade da situação, em que o instituto da disponibilidade figura como a ferramenta a ser utilizada pela Administração para preservar seus servidores estáveis atingidos por remanejamentos da estrutura interna administrativa (de órgãos, de cargos e de servidores). Na disponibilidade, a exemplo do que também ocorre na aposentadoria, o inativo mantém sua condição de servidor, mas diferindo desta segunda espécie de inatividade, continua a contribuir para o regime previdenciário próprio e específico e ainda recebe a remuneração proporcional (embora o ordenamento mencione “remuneração”, esta pecúnia, advinda de uma espécie de inatividade tem sim a natureza de provento), tendo sido todos os atos administrativos de que aqui se trata (declaração de desnecessidade de cargos e colocação de servidores estáveis em disponibilidade) delegados pelo Presidente da República para os respectivos Ministros de Estado, conforme estabelecem o § 1º do art. 28 e os §§ 3º e 4º do art. 37, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e regulamenta o Decreto nº 3.151, de 23 de agosto de 1999, destacadamente em seus arts. 5º, 7º, 9º e 10. Antes e acima de todo este ordenamento legal e infralegal, diga-se que os institutos da disponibilidade e do aproveitamento são previstos no § 3º do art. 41 da CF, que dispõe sobre os servidores efetivos estáveis.

CF - Art. 41

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998)

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 28. A reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens.
§ 1º Na hipótese de o cargo ter sido extinto, o servidor ficará em disponibilidade, observado o disposto nos arts. 30 e 31.
§ 2º Encontrando-se provido o cargo, o seu eventual ocupante será reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização ou aproveitado em outro cargo, ou, ainda, posto em disponibilidade.
Art. 30. O retorno à atividade de servidor em disponibilidade far-se-á mediante aproveitamento obrigatório em cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado.
Art. 31. O órgão Central do Sistema de Pessoal Civil determinará o imediato aproveitamento de servidor em disponibilidade em vaga que vier a ocorrer nos órgãos ou entidades da administração pública federal.
Parágrafo único. Na hipótese prevista no § 3º do art. 37, o servidor posto em disponibilidade poderá ser mantido sob responsabilidade do órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - SIPEC, até o seu adequado aproveitamento em outro órgão ou entidade. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)
Art. 37. Redistribuição é o deslocamento de cargo de provimento efetivo, ocupado ou vago no âmbito do quadro geral de pessoal, para outro órgão ou entidade do mesmo Poder, com prévia apreciação do órgão central do SIPEC, observados os seguintes preceitos: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997).
§ 3º Nos casos de reorganização ou extinção de órgão ou entidade, extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade no órgão ou entidade, o servidor estável que não for redistribuído será colocado em disponibilidade, até seu aproveitamento na forma dos arts. 30 e 31. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)
§ 4º O servidor que não for redistribuído ou colocado em disponibilidade poderá ser mantido sob responsabilidade do órgão central do SIPEC, e ter exercício provisório, em outro órgão ou entidade, até seu adequado aproveitamento. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)

Decreto nº 3.151, de 1999 - Art. 5º Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável nele investido será imediatamente posto em disponibilidade, com remuneração proporcional ao respectivo tempo de serviço.
Art. 7º O servidor em disponibilidade contribuirá para o regime próprio de previdência do servidor público federal, e o tempo de contribuição, correspondente ao período em que permanecer em disponibilidade, será contado para efeito de aposentadoria e nova disponibilidade.
Art. 9º Presente a necessidade da administração e observados os critérios a serem definidos pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o aproveitamento de servidor posto em disponibilidade dar-se-á em cargo de atribuições, vencimentos, nível de escolaridade, especialidade ou habilitação profissional compatíveis com o anteriormente por ele ocupado.
Art. 10. Fica delegada competência aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União para a prática dos atos de declaração de desnecessidade de cargos públicos e de colocação dos respectivos ocupantes em disponibilidade remunerada.

> *Parágrafo único. A delegação prevista neste artigo não admite subdelegação.*

Importante destacar que as penas de cassação de aposentadoria e de cassação de disponibilidade se aplicam exclusivamente a inativos que são ocupantes de cargos efetivos. Na literalidade cristalina do § 13 do art. 40 da CF, e também de acordo com o § 1º do art. 183 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, os servidores em gênero ocupantes apenas de cargo em comissão não fazem jus à aposentadoria estatutária, sendo sua inatividade regida pelo regime geral de previdência social, não estando, portanto, submetidos à pena de cassação de aposentadoria. E, conforme já dito acima, a disponibilidade também é um instituto ao alcance apenas de servidores detentores de cargos efetivos, e mais especificamente estáveis, nos termos dos já reproduzidos art. 28 e §§ 3º e 4º do art. 37, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

> *CF - Art. 40.*
> *§ 13 Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social. (Incluído pela Emenda Constitucional Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998)*

> *Lei nº 8.112, de 11/12/90 - Art. 183.*
> *§ 1º O servidor ocupante de cargo em comissão que não seja, simultaneamente, ocupante de cargo ou emprego efetivo na administração pública direta, autárquica e fundacional, não terá direito aos benefícios do Plano de Seguridade Social, com exceção da assistência à saúde. (Redação dada pela Lei nº 10.667, de 14 de maio de 2003)*

Em caso de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade, o ato punitivo deve combinar o art. 134 com o enquadramento do fato cometido na ativa (incisos IX a XVI do art. 117 ou I a XIII do art. 132, todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90). A pena de cassação de aposentadoria e a pena de cassação de disponibilidade são aplicadas a servidores detentores de cargo efetivo e que, por diferentes motivos, se encontram em inatividade, mas são sim servidores ao tempo do processo; ainda não são ex-servidores ao tempo do processo, somente passarão a sê-lo uma vez punidos com a pena expulsiva respectivamente cabível. O agente que tem a aposentadoria ou a disponibilidade cassada é expulso dos quadros públicos, deixando de ser servidor efetivo e inativo e passa à qualidade de ex-servidor.

O servidor que já foi investido em cargo efetivo e se aposentou pode reverter a sua aposentadoria, por meio do instituto da reversão, como espécie de provimento, já mencionado em **3.2.4.2.1** e em **4.10.2**, conforme o art. 25 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e o Decreto nº 3.644, de 30/10/00 (nas hipóteses de aposentadoria por invalidez em que a junta médica afirma ter cessado o motivo, ou no interesse da Administração, desde que a aposentadoria tenha sido voluntária e ocorrido há menos de cinco anos e o inativo, já estável à época, tenha solicitado a reversão), para aquele mesmo cargo originalmente ocupado ou para o cargo decorrente de sua transformação. Com a reversão, aquele agente até então inativo sai da inatividade, volta a fazer jus a todos direitos, garantias e vantagens do servidor ativo (inclusive passando a fazer jus à remuneração do cargo efetivo e deixando de receber proventos de aposentadoria), sujeita-se a integralmente a todos os encargos e atribuições legais do cargo para o qual reverteu e, deste modo, caso cometa irregularidades, torna-se novamente passível de qualquer pena estatutária, inclusive de demissão sobre este provimento efetivo, restando-lhe apenas o tempo de contribuição para reingressar no regime previdenciário comum. Há ainda uma outra forma de o inativo retornar à atividade, assumindo cargo em comissão. Em razão da diferença da natureza deste novo provimento (comissionado) em comparação ao novo provimento da hipótese acima (também efetivo), caso este agente incorra em ilicitude, o objetivo da matéria disciplinar, que é de apurar atos ilícitos cometidos no exercício do cargo ou a ele associados, se manifesta de forma diferente. Nesta segunda

hipótese de o inativo voltar a ser servidor ativo na acepção dos arts. 2º e 3º do Estatuto apenas por ter sido nomeado para ocupar um cargo em comissão, se, neste novo provimento, vier a cometer irregularidade média ou grave (punível com suspensão ou com demissão se efetivo fosse), cabe-lhe tão somente a pena de destituição daquele cargo comissionado, não sendo-lhe aplicável nem pena de demissão e tampouco de cassação de aposentadoria.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 25. Reversão é o retorno à atividade de servidor aposentado: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)
I - por invalidez, quando junta médica oficial declarar insubsistentes os motivos da aposentadoria; ou (Inciso incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)
II - no interesse da administração, desde que: (Inciso incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)
a) tenha solicitado a reversão; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)
b) a aposentadoria tenha sido voluntária; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)
c) estável quando na atividade; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)
d) a aposentadoria tenha ocorrido nos cinco anos anteriores à solicitação; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)
e) haja cargo vago. (Incluída pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)
§ 1º A reversão far-se-á no mesmo cargo ou no cargo resultante de sua transformação. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)
Art. 27. Não poderá reverter o aposentado que já tiver completado 70 (setenta) anos de idade.

Decreto nº 3.644, de 30/10/00 - Art. 2º A reversão dar-se-á:
I - quando cessada a invalidez, por declaração de junta médica oficial, que torne insubsistentes os motivos da aposentadoria; ou
II - no interesse da administração, desde que seja certificada pelo órgão ou entidade a aptidão física e mental do servidor para o exercício das atribuições inerentes ao cargo.
§ 2º A reversão de que trata o inciso II deste artigo somente poderá ocorrer mediante solicitação do servidor e desde que:
a) a aposentadoria tenha sido voluntária e ocorrida nos cinco anos anteriores à solicitação;
b) estável quando na atividade; e
c) haja cargo vago.
Art. 4º Compete ao Ministro de Estado ou à autoridade por ele delegada:
I - publicar previamente, no Diário Oficial da União, o quantitativo das vagas dos cargos que se destinam à reversão, no interesse da administração;
II - expedir o ato de reversão, que deverá ser publicado no Diário Oficial da União; e
III - baixar instruções complementares relativas à execução da reversão, de acordo com a especificidade de cada órgão ou entidade.
Art. 8º São assegurados ao servidor que reverter à atividade os mesmos direitos, garantias, vantagens e deveres aplicáveis aos servidores em atividade.
Art. 9º O servidor que reverter à atividade, no interesse da administração, somente terá nova aposentadoria com os proventos calculados com base nas regras atuais, se permanecer em atividade por, no mínimo, cinco anos.

"(...) pode o servidor, que está aposentado ou posto em disponibilidade num cargo, sofrer as sanções do art. 134 por evento praticado em função de outro cargo, efetivo ou em comissão?
Seriam as seguintes, algumas das hipóteses:
I - servidor com acumulação constitucionalmente autorizada, aposenta-se de um cargo e, continuando no outro, comete, no exercício deste, um deslize capaz

> *de ser demitido. Não será possível aplicar a sanção do art. 134, pois não há relação entre o antigo vínculo e o fato punível. Seria estender a mesma punição, ou punição equivalente, a outro vínculo, o que contraria o Direito;*
> *II - servidor já aposentado passa a exercer cargo em comissão, de livre nomeação, sem mais ser ocupante de cargo efetivo. Ao proceder irregularmente neste, poderá ter sua penalidade aplicada na forma do art. 135 seguinte, não podendo ser utilizada a disposição contida neste artigo [art. 134].” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 301, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Na RFB, mediante competência regimental atribuída pelo Ministro de Estado da Fazenda, compete ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil reverter servidor à atividade e definir sua nova lotação, nos termos do inciso X do art. 327 do Anexo I do Regimento Interno.

> *Portaria MF nº 430, de 2017 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 327. Ao Secretário da Receita Federal do Brasil incumbe:*
> *X - expedir atos de nomeação para cargo efetivo, promoção, progressão funcional, remoção, movimentação, exercício, vacância, readaptação, reversão e recondução;*

De acordo com a imediata literalidade do art. 135 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a pena de destituição de cargo em comissão somente é aplicada ao servidor que ocupa apenas o cargo comissionado (ou seja, que não detém cargo efetivo). Uma vez que esta espécie de servidor não faz jus ao regime previdenciário estatutário, além de não ser sujeito à pena de cassação de aposentadoria, o fato de sofrer tal pena não o impede de levar o tempo de contribuição previdenciária para o regime geral de aposentadoria. Só que, por expressa vontade do legislador, no art. 135 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a aplicação da pena expulsiva deste servidor sem vínculo efetivo tem um maior alcance que a aplicação da pena expulsiva do servidor efetivo. A pena de destituição de cargo em comissão abarca não só as infrações que submeteriam o ocupante de cargo efetivo à pena de demissão mas também as infrações que o submeteriam à pena de suspensão.

E uma vez que a pena de suspensão contempla diferentes motivações (aplicação originária ou aplicação, seja por reincidência, seja por agravamento, em hipóteses que *a priori* seriam puníveis com advertência), tem-se que a exata compreensão do dispositivo legal requer maior detalhamento da expressão “infração sujeita à pena de suspensão”. De imediato, caso o servidor comissionado tenha cometido fato enquadrável nos incisos XVII ou XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para os quais se prevê originariamente a pena de suspensão, conforme já se expôs em **4.10.2.4.1**, de forma inequívoca, sobre ele recairá o mandamento do art. 135 da mesma Lei, impondo-lhe a pena expulsiva de destituição do cargo em comissão.

Mas não se esgotam aí as hipóteses de aplicação em comento. Some-se que, à luz do que foi exposto em **4.10.2.4.2**, deve a comissão atentar para a possibilidade de o servidor comissionado já ter sido apenado com advertência em prazo inferior a três anos do cometimento de nova infração também merecedora originariamente de advertência, para a qual, obrigatoriamente, se aplicaria a pena de suspensão, conforme determina o art. 130 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. E tem-se ainda, por fim, de acordo com o que se aduziu em **4.10.2.4.3**, que cabe à comissão aquilatar se a infração cometida pelo servidor comissionado, embora originariamente seja punível com advertência, à luz dos parâmetros do *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e art. 16 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, em conjunto com a parte final do art. 129 daquela Lei, justifica a imposição de penalidade mais grave, ou seja, suspensão. Em qualquer das duas hipóteses acima, deve a comissão indicar que, por se tratar de servidor sem vínculo, a pena que efetivamente será sugerida é a de destituição do cargo em comissão, conforme o art. 135 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, determina.

Desta forma, a lista de enquadramentos com que se pode aplicar ao servidor apenas comissionado a destituição de cargo em comissão, além das hipóteses de aplicação de demissão de servidor efetivo (art. 117, IX a XVI, e art. 132, em todos seus incisos, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90), é ainda acrescida por todas as hipóteses legais de aplicação de suspensão, seja originariamente (art. 117, XVII e XVIII, e art. 130, § 1º, ambos da mencionada Lei), seja por agravamento da advertência (art. 116, em todos os seus incisos, e art. 117, I a VIII e XIX, ambos da mesma Lei). Em qualquer destes casos, deve o ato punitivo combinar o mencionado art. 135 do Estatuto com algum dos enquadramentos acima listados.

E apesar de a sindicância disciplinar ser rito hábil para aplicar pena de suspensão de até trinta dias, por força do art. 146 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, somente a suspensão, qualquer que fosse o seu *quantum*, concluída cabível no curso de PAD pode redundar na pena de destituição do cargo em comissão.

> *"Finalmente, outro ponto que merece atenção especial é a hipótese em que a comissão sindicante propõe penalidade de suspensão para servidores públicos ocupantes apenas de cargo em comissão. Nota-se do art. 135 da Lei nº 8.112/90, que o servidor sem vínculo efetivo pode ser destituído do cargo em comissão em razão de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão. Por outro lado, extrai-se da leitura do art. 146 da Lei nº 8112/90, que nos casos de aplicação das penalidades de suspensão superior a 30 dias, de demissão, de cassação de aposentaria ou disponibilidade, ou de destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar. Dessa forma, pode-se concluir que a sindicância não é meio hábil para se propor destituição de cargo em comissão, mesmo se a infração for sujeita, originariamente, à penalidade de suspensão inferior a 30 dias. Isso porque, a própria lei já exige o processo administrativo disciplinar em sentido estrito para a imposição da penalidade de destituição de cargo em comissão, independentemente de a infração ser punível com suspensão ou demissão.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 86 e 87, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Pelo exposto, para o servidor detentor apenas de cargo em comissão e que comete irregularidade grave, a quebra da relação funcional com a Administração se dá simplesmente com a destituição daquele cargo comissionado. Mas no caso de servidor que detém cargo efetivo e também ocupa cargo em comissão (ou ainda função de confiança) e que comete falta grave, não se aplica o art. 135 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para apenação expulsiva, mas sim aplica-se a pena de demissão, nas hipóteses do art. 132 da mesma Lei.

Neste caso, a relação comissionada (ou de confiança) pode ser mantida, a exclusivo critério discricionário da autoridade que nomeou, bem como pode ser por ela mesma rompida a qualquer momento - desde o recebimento da representação ou denúncia, ou durante o inquérito administrativo ou ainda somente após o julgamento demissório -, por mero ato gerencial de gestão de pessoal, em nada se confundindo com a responsabilização disciplinar, que recai exclusivamente sobre o cargo efetivo. Conforme já aduzido em **4.10.2**, a hipótese em que o poder correcional poderia vir a se limitar à relação de confiança para servidor detentor de cargo efetivo talvez estivesse contida se a Lei nº 8.112, de 11/12/90, tivesse regulado a aplicação da pena prevista no art. 127, VI, de destituição de função comissionada (ou de confiança), que, todavia, restou sem hipótese de aplicação definida na Lei. Não há, portanto, hipótese de aplicação do poder correcional expulsivo apenas sobre a relação de confiança no caso de servidor detentor de cargo efetivo sem quebrar a relação funcional efetiva, ou seja, sem se traduzir em demissão do serviço público federal.

E este entendimento não se altera mesmo se o servidor comete a infração grave no exercício de cargo em comissão (ou de função de confiança) em órgão distinto daquele em

que mantém seu cargo efetivo mas inserido em mesmo ente federado (União, Estado, Distrito Federal ou Município). Neste caso, a única diferença em relação à hipótese de as duas vinculações se darem no mesmo órgão é que, conforme já aduzido em **3.2.2.1.2** e **3.2.4.2.2**, o processo disciplinar é instaurado no órgão em que se deu o fato irregular, ou seja, onde o servidor exerce o cargo em comissão (ou a função de confiança), devendo, ao final, o julgamento (que inclui a apenação) migrar para a autoridade competente do órgão em que se situa o cargo efetivo do servidor.

De acordo com o parágrafo único do art. 135, combinado com o art. 35, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se o servidor ocupante apenas do cargo em comissão tiver sido exonerado deste cargo (seja por motivada determinação da autoridade nomeante, seja a pedido) antes de ser processado ou, de forma mais excepcional, já no curso do processo disciplinar e, posteriormente, vier a ser responsabilizado administrativamente com algum dos enquadramentos acima descritos e apenadores com suspensão ou demissão, a exoneração (não punitiva) é convertida na pena de destituição de cargo em comissão. Em outras palavras, nesta hipótese, o único registro nos assentamentos funcionais finalizador do vínculo estatutário é substituído de um ato de mera gestão de pessoas (exoneração) para um ato de natureza punitiva (pena expulsiva). A inteligência do comando legal é para evitar que em situações de mera investidura comissionada nem o servidor nomeado nem a autoridade nomeante usem do instituto da livre exoneração a qualquer momento como tentativas de recíproca autopreservação, a fim de que o agente se evada da responsabilização que lhe é cabível. Assim já se manifestou a Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GQ-35.

> *Parecer AGU nº GQ-35, vinculante:"22. (...) a) é compulsória a apuração das irregularidades atribuídas aos servidores em geral, inclusive as atribuídas aos titulares somente de cargos em comissão, indiciando-os e proporcionando ampla defesa aos ocupantes dos últimos, mesmo que tenham sido exonerados, pois a lei admite a conversão dessa desvinculação em destituição de cargo em comissão (...)."*

Todavia, para o caso de servidor ocupante de cargo efetivo e já estável, não há similar previsão, ao menos de forma expressa, na Lei nº 8.112, de 1990, para converter em demissão a exoneração, operada de ofício ou a pedido antes de vir a ser processado disciplinarmente ou no curso do processo disciplinar. A única ressalva positivada é da previsão legal de conversão, em pena de demissão, da exoneração de ofício, de servidor efetivo ainda não estável, em razão da não satisfação das condições do estágio probatório, quando o agente também responde disciplinarmente, conforme o parágrafo único do art. 172, combinado com o inciso I do parágrafo do art. 34, ambos da Lei nº 8.112, de 1990).

Em primeira leitura, se poderia interpretar que, em atenção à garantia constitucional de que não há pena sem previsão legal (inciso XXXIX do art. 5º da CF), não seria possível estender aquele comando do parágrafo único do art. 135 da Lei nº 8.112, de 1990, para o servidor efetivo estável e que tenha sido exonerado já desde antes da instauração do processo disciplinar ou no seu curso, antes do julgamento. Na contrapartida desta interpretação restritiva, caberia à Administração, com base no *caput* do art. 172 da Lei nº 8.112, de 1990, vedar qualquer pedido de exoneração (bem como de concessão de aposentadoria voluntária) apresentado pela defesa a qualquer tempo durante o transcurso do processo disciplinar, sobrestando a concessão ao menos até o julgamento.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 34. A exoneração de cargo efetivo dar-se-á a pedido do servidor, ou de ofício.*
> *Parágrafo único. A exoneração de ofício dar-se-á:*
> *I - quando não satisfeitas as condições do estágio probatório;*
> *II - quando, tendo tomado posse, o servidor não entrar em exercício no prazo estabelecido.*

> *Art. 35. A exoneração de cargo em comissão e a dispensa de função de confiança dar-se-á: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
> *I - a juízo da autoridade competente;*
> *II - a pedido do próprio servidor.*
> *Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.*
> *Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do art. 35 será convertida em destituição de cargo em comissão.*
> *Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.*
> *Parágrafo único. Ocorrida a exoneração de que trata o parágrafo único, inciso I, do art. 34, o ato será convertido em demissão, se for o caso.*

No entanto, nenhuma destas duas posições extremadas (de um lado, a impunidade do servidor efetivo exonerado e, de outro lado, a vedação, sem previsão legal, de uma faculdade - sobretudo de se aposentar) se sustentam à vista da necessidade da busca do bom Direito. De um lado, nem parece certo vedar o direito de servidor estável acusado se exonerar a pedido (bem como de se aposentar voluntariamente) por todo tempo, indefinidamente enquanto transcorrer o processo disciplinar; de outro lado, também não soa razoável que o agente agora exonerado fique intransitivamente à margem de punição disciplinar, gozando de uma indesejada impunidade.

Conforme já aduzido em **3.2.2.2.2.d** e em **4.3.7.1**, a cuja leitura aqui se remete a fim de evitar desnecessária repetição, as jurisprudências judicial e administrativa convergem para que, após o transcurso de 140 dias no PAD ou de 80 dias em sindicância disciplinar, sem o término do processo, o servidor estável não pode ser prejudicado com a denegação do pedido de exoneração (ou de aposentadoria) se não tiver sido a defesa a causadora da postergação do prazo procesual. Em contrapartida, em postura bastante razoável, é possível defender a extensão da possibilidade de conversão da exoneração de ofício também para a hipótese de exoneração a pedido do servidor estável, em interpretação teleológica que transcende a mera literalidade do *caput* do art. 172 da Lei nº 8.112, de 1990, instaurando, conduzindo e julgando o processo disciplinar, em todo seu rito, inclusive, se for o caso, com a aplicação de pena expulsiva. Ou seja, diante das manifestações jurisprudenciais, a despeito da literalidade legal, a Adminstração pode (ou até mesmo deve) exonerá-lo, mas também pode (e igualmente até mesmo deve), se for o caso, ao fim do processo disciplinar, converter a exoneração em pena expulsiva.

Caso o servidor estável se exonere a pedido antes de intaurado o processo disciplinar ou obtenha deferimento administrativo ou decisão judicial obrigando a Administração a exonerá-lo no curso do processo e este rito venha a redundar em comprovação de ilícito expulsível, pode a autoridade julgadora (o Ministro de Estado da Fazenda, no caso) fazer publicar a portaria de pessoal de demissão ou de cassação de aposentadoria, convertendo a exoneração a pedido em pena expulsiva. Com isto, dá-se o necessário o efeito de apenação, ressalvando, no entanto, que devido à exoneração já ocorrida, não cabe o efeito imediato desta nova causa de vacância (o efeito expulsivo propriamente dito, posto que o agente já não mais integra os quadros públicos), sem prejuízo do registro nos assentamentos e da aplicação dos eventuais gravames de repercussão da pena expulsiva (destacadamente a vedação temporária de retorno a cargo e/ou emprego públicos federais, nos termos dos arts. 136 e 137 da Lei nº 8.112, de 1990, se cabível). E se este ex-servidor, por falha inicial de controle sobre os candidatos do concurso público, obtiver nova investidura em outro cargo público federal que afronta eventual cláusula de não retorno, deve este órgão do novo provimento, assim que

detectar a irregularidade, declarar nula de direito aquela nomeações e as consequentes posse e entrada em exercício, com caráter *ex tunc*, como se juridicamente nunca tivessem existido.

Portanto, em síntese, mesmo que o servidor estável tenha sido exonerado a pedido, tal ocorrência não inibe a instauração de processo disciplinar (se ainda não tiver sido instaurado), a persecução e, ao fim, se for o caso, a publicação formal da portaria de pessoal punitiva, a aplicação da pena expulsiva, o registro do fato nos assentamentos e a aplicação de medidas cautelares ou efeitos acessórios porventura cabíveis.

Na prática, tem-se que, dentre as penas expulsivas, as mais comumente aplicadas são as de demissão e de cassação de aposentadoria (a destituição de cargo em comissão somente é aplicável em órgãos com o hábito de se prover tais cargos com pessoas estranhas ao quadro efetivo e a cassação de disponibilidade somente se aplica ao caso específico de servidor estável colocado em disponibilidade, instituto que não é praxe na RFB, podendo-se dispensar, de forma geral, suas citações no restante deste texto). E como a demissão e a cassação de aposentadoria têm as mesmas hipóteses de aplicação, de forma mais sintética neste texto, pode-se usar o termo “demissão” como representativo de tudo o que se aplica às penas capitais.

4.10.2.5.1 - Para Enquadramentos Graves, Impossibilidade de Atenuação das Penas Expulsivas

Diante da gravidade da pena capital, o enquadramento nas irregularidades acima requer a adequação entre o fato configurado e o texto legal e também exige que a conduta tenha sido dolosa (com exceção da desídia, hipótese de demissão culposa), guardando então certa analogia com os requisitos de tipificação penal. Conforme já abordado em **4.7.4.4.1**, não se aplica para fim punitivo a hipótese de demissão por improbidade administrativa culposa, em razão de ato que cause prejuízo ao erário (embora prevista no *caput* e no inciso X do art. 10 da Lei nº 8.429, de 02/06/92).

> *“Como já noticiado, os ilícitos supracitados [art. 132, I a XII e art. 117, IX a XVI da Lei nº 8.112, de 11/12/90] pressupõem, em regra, a responsabilidade subjetiva dolosa, quer dizer, o agente transgressor deve ter agido com intenção ou, ao menos, ter assumido os riscos do resultado, excepcionando-se o ilícito previsto no inciso XV do art. 117 da Lei n° 8.112/90 (“proceder de forma desidiosa”), que pressupõe responsabilidade subjetiva culposa.”, Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 363, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Uma vez configurado o cometimento de alguma destas hipóteses previstas no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a autoridade julgadora não dispõe de margem de discricionariedade para abrandar a pena. As penas de demissão e de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade não se comunicam com advertência e suspensão, dentre as quais até cabe a aplicação do princípio da proporcionalidade, ponderando-se todas as condicionantes para se julgar qual das duas penas é mais justa. Se por um lado nenhum ilícito ensejador de alguma daquelas duas penas mais brandas pode ser punido com demissão ou cassações de aposentadoria ou de disponibilidade, por outro lado nenhum ilícito ensejador destas punições graves pode ter a pena abrandada, independentemente dos parâmetros do *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e do art. 16 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019 (natureza e gravidade da infração, danos dela decorrentes, circunstâncias agravantes ou atenuantes, antecedentes funcionais, relação de causalidade e culpabilidade). Conforme já mencionado em **4.10.2.1** (a cuja leitura se remete), conta-se com manifestação neste sentido da Advocacia-Geral da União, no Parecer AGU nº GQ-177, vinculante:

> *"Ementa: Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato. (...)*
> *10. (...) Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, arts. 132 e 134, cominam a aplicação da pena de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, esta medida se impõe sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa (...) para omitir-se na apenação."*

Diante de pretérita oscilação da jurisprudência superior sobre o tema - o STJ, por vezes, já havia se manifestado contrário a este entendimento vinculante e, posteriormente, passou a também adotá-lo -, se dizia não recomendável inserir este Parecer AGU na peça de julgamento. No entanto, o STJ amadureceu de tal forma o entendimento a favor da vinculação da pena de demissão quando satisfeitos os requisitos do enquadramento demissível que editou a sua Súmula nº 650, passando a ser perfeitamente mencionável o Parecer AGU, ao lado da própria Súmula.

> *STJ, Sumula nº 650: "A autoridade administrativa não dispõe de discricionariedade para aplicar ao servidor pena diversa de demissão quando caraterizadas as hipóteses previstas no art. 132 da Lei n. 8.112/1990."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 12.790: "Ementa: 4. Não obstante os bons antecedentes funcionais, os autos revelam que o impetrante, ciente de que não poderia exercer a gerência ou administração de empresa privada, constituiu em nome de irmãos a empresa privada, os quais lhes outorgaram procuração com amplos poderes. 5. Do cotejo entre antecedentes e ilícitos administrativos praticados, não há como se afastar a sanção imposta para que, observando-se o princípio da proporcionalidade, fosse-lhe aplicada penalidade mais branda."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 13.340: "Ementa: 7. A sanção punitiva em causa decorreu de atividade administrativa do Poder Público que respeitou, com estrita fidelidade, as prescrições relativas à exigência de regularidade formal do procedimento disciplinar e à observância de todos os postulados constitucionais aplicáveis a espécie, mormente o da proporcionalidade e da razoabilidade, vez que a conduta apurada é grave e possui a demissão como sanção disciplinar a ela cominada (art. 132, II da Lei 8.112/90)."*
> *Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 13.622*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 13.169: "Ementa: 5. Não viola o dever de proporcionalidade o ato disciplinar que, levando em conta a gravidade e repercussão da falta funcional, impõe a penalidade de demissão previamente prevista na norma legal."*
> *Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 12.689*
>
> *"Entretanto, para os casos em que se configurarem as hipóteses previstas no art. 132 da Lei nº 8.112/90, o entendimento majoritário aponta no sentido da inadequação da aplicação do princípio da proporcionalidade para os casos de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, considerando a inexistência de comunicação entre as penas capitais e as penas de advertência e suspensão.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 375, 2013, disponível em http:// www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*
>
> *"A solução para evitar injustiças é, ou não abrir o processo - se for possível sustentar a inexistência do ilícito - ou não enquadrar o servidor em uma das hipóteses do art. 132, mas em outro dispositivo legal cuja consequência seja uma pena mais branda. Isto é, para que um servidor não seja demitido a solução não é atenuar sua pena, mas sim, se for possível, enquadrar sua*

> *conduta num dispositivo da Lei 8.112/90 que não gere demissão, caso contrário não haverá discricionariedade para atenuar a pena.*
> *Assim, o princípio da proporcionalidade só pode ser utilizado para evitar a pena de demissão se ele não for invocado para atenuar a pena, mas para mudar o enquadramento para um tipo legal que não gere demissão.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 137, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*
>
> *"30) Não pode a autoridade julgadora, sob pretexto de incidência dos princípios da proporcionalidade, da individualização da pena ou da insignificância, enquadrar a conduta do acusado em tipo disciplinar passível do ato vinculado de demissão, mas aplicar, paradoxalmente, penalidade branda, devendo, nessas hipóteses, retificar os fatos, de forma que haja harmonia entre a infração efetivamente cometida e a correspondente penalidade instituída ou conforme ao estatuto disciplinar de regência.*
> *31) Ainda que favoráveis os parâmetros do art. 128, da Lei federal nº 8.112/1990, não ofende os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena a imposição de penalidade demissória ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, em face da gravidade da conduta perpetrada pelo servidor, mormente quando existe prejuízo ao erário ou proveito ilícito para o transgressor ou para terceiro em razão da falta." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pg. 1054, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/2.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/2: "10. Até mesmo no caso de irregularidades cujos enquadramentos ensejam penalidades expulsivas (demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão), a vinculação é inafastável, não cabendo o emprego dos elementos balizadores da dosimetria da pena.*
> *11. Em outras palavras, configurada a hipótese de aplicação de uma dessas sanções disciplinares, não há previsão legal para que a autoridade julgadora abrande-a para advertência ou suspensão, em que pesem todos os parâmetros de dosimetria da penalidade favoráveis que o servidor possa ter para o fato.*

14. Da mesma maneira que não cabe abrandamento de pena, não existe permissão legal para que se agrave para penalidade expulsiva hipótese de aplicação de advertência ou suspensão, independentemente da existência de elementos balizadores da dosimetria da pena adversos ou de reincidência, se o fato apurado não se enquadrar em algum dos incisos do art. 132 ou no art. 134, ambos da Lei nº 8.112, de 1990."

4.10.2.5.2 - Aplicação de Segunda Penalidade Expulsiva a Ex-Servidor Já Punido com Expulsão

Conforme já aduzido em **3.2.2.2.2.c** (a cuja leitura se remete, inclusive da transcrição do Parecer AGU nº GM-1, vinculante, do Enunciado CGU/CCC nº 2, de 4 de maio de 2011, e da manifestações doutrinárias e jurisprudenciais administrativa e judicial lá mencionadas), diante do conhecimento de nova ilicitude grave cometida por ex-servidor já punido com pena capital de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade ou de destituição do cargo em comissão em processo disciplinar, tanto pode-se valorar a estrita legalidade e a indisponibilidade do interesse público para justificar esta nova instauração como pode-se valorar a razoabilidade e a eficiência para justificar o arquivamento do feito. Todavia, aqui se trata apenas da primeira hipótese, qual seja, de se instaurar novo PAD em face de ex-servidor já expulso em PAD anterior, por fato diverso.

Nesta linha, homenageiam-se a vinculação à positivação e o interesse público de

apurar o fato e não necessariamente de punir, a fim de novamente se processar um ex-servidor. Para tanto, cabe a mesma argumentação apresentada em **4.10.2**, em que se justificou a instauração da instância disciplinar mesmo que o acusado seja ex-servidor, já apenado em outro processo com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade ou destituição do cargo em comissão.

Defendida a possibilidade material de assim se proceder, resta esclarecer a instrumentalidade aplicada. Ao final deste segundo apuratório, tendo-se novamente concluído por grave responsabilização, sem ser possível aplicar de forma concreta a correspondente pena expulsiva (no caso de o ex-servidor não ter obtido reintegração, administrativa ou judicial), deve-se não só registrar o novo fato apurado nos assentamentos funcionais, mas sobretudo dar publicidade ao segundo ato punitivo, para o que se apresentam duas opções de instrumentalização.

A primeira possibilidade, formalmente mais adequada, é publicar uma segunda portaria de pessoal de punição os novos fatos e enquadramentos, com as devidas repercussões, e registrando que, por já ter o indiciado sofrido anterior penalização expulsiva, a efetiva aplicabilidade da segunda pena se operará em caso de já ter havido ou se vier a ocorrer futura reintegração administrativa ou judicial. Na outra solução, em extensão ao conceito administrativo do apostilamento, pode a autoridade julgadora republicar a portaria de pessoal da primeira punição, renumerando-a, registrando que não se prejudicam seus efeitos jurídicos e acrescentando os novos fatos e enquadramentos, com as devidas repercussões.

Embora se recomende, por aspectos formais, a adoção da primeira dentre as duas soluções, é de se reconhecer que ambas atingem idênticos efeitos práticos e igualmente garantem o interesse maior da Administração. Mais do que a diferença formal entre as soluções, o que importa destacar é que não convém que simplesmente a autoridade julgadora despache para que se registre o segundo fato nos assentamentos funcionais do ex-servidor, sem publicação de portaria de pessoal, pois assim o ato do julgamento não se configurará perfeito e acabado.

À vista da maior segurança jurídica, ao se assegurar a devida publicidade do resultado do julgamento, por alguma das duas opções acima descritas, permite-se presumir a necessária ciência do indiciado. A não materialização do ato punitivo, por não ter sido publicado, não protege a Administração do reingresso do ex-servidor, após a prescrição da segunda pena, seja por aprovação em concurso público, seja por anulação da primeira punição (por revisão administrativa ou reintegração judicial). No caso, por exemplo, de um servidor já demitido ou com aposentadoria ou disponibilidade cassada ou destituído de cargo em comissão sofrer nova responsabilização capital, devidamente publicada, e que venha a ser reintegrado daquela primeira pena, não só terá vedado o retorno como também não fará jus à reparação pecuniária por todo o período em que esteve excluído, restando-lhe apenas o direito da reparação entre a data da publicação das duas penalizações. Além das razões acima, associadas à vedação temporária de retorno, conforme os arts. 136 e 137 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pode ocorrer de a segunda responsabilização expulsiva acarretar repercussão diferente e mais gravosa que a simples expulsão, tais como indisponibilidade de bens, reparação de dano, representação penal, conforme se verá em **4.10.6.6, 4.14.1** e **4.14.2**.

Relembre-se o já exposto em **3.2.2.2.2.d** e em **4.10.2.5**: no caso de servidor detentor de cargo efetivo e que se exonera a pedido ou que sofre exoneração de ofício e que porventura venha a ser objeto de notícia de cometimento de grave irregularidade ao tempo em que ocupava o cargo, pode-se instaurar o PAD e apurar o fato e caso se o comprove, não cabe conversão da exoneração em pena expulsiva, por ausência de previsão legal, mas cabe o registro do fato nos assentamentos funcionais e a aplicação de medidas cautelares e dos efeitos acessórios, destacadamente a vedação temporária de não retorno a cargo e/ou emprego públicos federais, conforme os arts. 136 e 137 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

4.10.2.6 - Diferenças entre Exoneração, Demissão, Demissão a Bem do Serviço Público e Perda do Cargo

Embora tanto demissão quanto exoneração sejam espécies do gênero vacância (conforme o art. 33, I e II da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que deixam vago o cargo outrora ocupado pelo ex-servidor), comportam significativa diferença em suas naturezas. Enquanto a demissão tem fim punitivo e decorre da atuação do sistema correcional, a exoneração é ato administrativo sem natureza de penalidade e circunscreve-se nas competências da instância de gestão de pessoas.

A lei prevê para o servidor estável duas hipóteses de perda punitiva do cargo. A primeira, em decorrência de sentença judicial condenatória, transitada em julgado, com penalidade superior a um ano de detenção por qualquer crime funcional *lato sensu* ou por mais de quatro anos de detenção por crime comum, se assim se manifestar o juiz, conforme já abordado em **4.7.4.1.2**. A segunda, em função de processo administrativo disciplinar, com garantias da ampla defesa e do contraditório.

E o servidor efetivo estável tem três hipóteses de exoneração, todas aplicáveis sem processo disciplinar. A primeira, obviamente, a pedido do próprio servidor, conforme sua garantia constitucional de livre agir, refletida no *caput* do art. 34 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. A segunda, em decorrência do inciso III do § 1º do art. 41, em conjunto com o *caput* e com o parágrafo único do art. 247, ambos da CF e com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, mediante processo administrativo de avaliação periódica de desempenho, em que se assegurem ampla defesa e contraditório, na forma de lei complementar ainda não existente e que assegure critérios especiais para servidores estáveis que desempenham atividades exclusivas de Estado. A terceira forma de exoneração aplica-se *a priori* apenas de servidores não estáveis quando for ultrapassado limite com gastos de pessoal, nos termos da redação dada ao inciso II do § 3º do art. 169 da CF pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, em que a lei complementar exigida no *caput* do comando constitucional é a Lei Complementar nº 101, de 04/05/00 (a Lei de Responsabilidade Fiscal), notadamente em seus arts. 18 a 23, que tratam daquelas despesas. De acordo com os §§ 4º e 5º do art. 169 da CF, caso a exoneração em tela de servidores não estáveis não atinja o patamar legal necessário, pode-se, suplementarmente, cogitar desta mesma espécie de exoneração para servidores estáveis, que obrigatoriamente decorrerá de ato normativo motivado e será indenizada. Em atendimento aos comandos do § 7º do art. 169 e do *caput* do art. 247, ambos da CF, a Lei nº 9.801, de 14/06/99, estabeleceu critérios para esta espécie residual de exoneração de servidores estáveis e, em especial, o seu art. 3º destacou que os servidores estáveis que desenvolvam atividades exclusivas de Estado serão atingidos por último e no limite máximo de 30% o quadro da respectiva carreira.

> *CF - Art. 41.*
> *§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98)*
> *I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;*
> *II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;*
> *III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.*
> *Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.*
> *(Parágrafos incluídos pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98)*
> *§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no "caput", a União, os*

> *Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:*
> *I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;*
> *II - exoneração dos servidores não estáveis.*
> *§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.*
> *§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.*
> *§ 7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º.*
> *Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 14/06/98)*
> *Parágrafo único. Na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 14/06/98)*

E o servidor efetivo não estável, além da possibilidade de exoneração a pedido e de exoneração de ofício nos termos do art. 169 da CF (neste caso, antecedendo os servidores efetivos estáveis), acima mencionadas, tem ainda mais três possibilidades de exoneração de ofício, não punitiva, sem processo disciplinar. A primeira, prevista no art. 34, parágrafo único, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se for reprovado no estágio probatório, também carecedora de motivação por parte da autoridade e de procedimento administrativo assegurador de ampla defesa e de contraditório (embora não se confunda com processo administrativo disciplinar, conforme já aduzido em **3.2.4.2.1**, a cuja leitura se remete); a segunda, se não entrar em exercício no prazo de quinze dias da posse, conforme o art. 34, parágrafo único, II da Lei nº 8.112, de 11/12/90; e a terceira, se seu cargo for extinto ou declarado desnecessário, por ainda não ter direito à disponibilidade, conforme leitura a *contrario sensu* do art. 41, § 3º da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14/06/98, em conjunto com a Súmula nº 22 do Supremo Tribunal Federal ("*O estágio probatório não protege o funcionário contra a extinção do cargo*.").

Já o servidor não efetivo, detentor apenas de cargo em comissão, possui duas hipóteses de exoneração, no art. 35 da Lei nº 8.112, de 11/12/90: a pedido ou de ofício, a critério da autoridade que o nomeou.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 22. O servidor estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar no qual lhe seja assegurada ampla defesa.*
> *Art. 33. A vacância do cargo público decorrerá de:*
> *I - exoneração;*
> *II - demissão;*
> *Art. 34. A exoneração de cargo efetivo dar-se-á a pedido do servidor, ou de ofício.*
> *Parágrafo único. A exoneração de ofício dar-se-á:*
> *I - quando não satisfeitas as condições do estágio probatório;*
> *II - quando, tendo tomado posse, o servidor não entrar em exercício no prazo estabelecido.*
> *Art. 35. A exoneração de cargo em comissão e a dispensa de função de*

> *confiança dar-se-á: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
> *I - a juízo da autoridade competente;*
> *II - a pedido do próprio servidor.*
> *Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.*
> *Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do art. 35 será convertida em destituição de cargo em comissão.*
> *Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.*
> *Parágrafo único. Ocorrida a exoneração de que trata o parágrafo único, inciso I, do art. 34, o ato será convertido em demissão, se for o caso.*

Ainda sobre exoneração, conforme já aduzido em **3.2.2.2.2.d**, em **4.3.7.1** e em **4.10.2.**5, convém reiterar que o fato de o servidor estar no polo passivo do rito disciplinar impede, *a priori*, o exercício do direito de se exonerar a pedido, conforme o *caput* do art. 172 da Lei nº 8.112, de 1990. Esta vedação da exoneração a pedido do acusado é sobretudo mais forte para o caso mais comum, do servidor ocupante de cargo efetivo. Embora o dispositivo acima estabeleça a proibição na forma de um comando generalista, a própria Lei prevê a conversão da exoneração a pedido em pena de demissão em casos específicos. Sendo assim, compreende-se que, em tais situações legalmente previstas, a concessão da exoneração a pedido é contornável, sob ótica da preservação do poder disciplinar, por meio da conversão. Especificamente para os casos de servidor efetivo ainda não estável e que é exonerado de ofício pelo não cumprimento das condições do estágio probatório, conforme o parágrafo único do art. 172, combinado com o inciso I do parágrafo único do art. 34, e do servidor comissionado que, antes do processo disciplinar ou excepcionalmente em seu curso, se exonera a pedido ou que é exonerado de ofício, conforme o parágrafo único do art. 135, combinado com art. 35, todos da Lei nº 8.112, de 1990, é expressamente permitida a conversão da exoneração em pena de demissão. Mas não há previsão legal expressa para esta conversão em face de servidor ocupante de cargo efetivo e que se exonera a pedido.

Nos termos daqueles três tópicos acima mencionados, reitera-se que a eventual exoneração, mesmo a pedido de parte de servidor ocupante de cargo efetivo, não impede a instauração do processo disciplinar, o curso da instrução probatória, a publicação da eventual portaria de pessoal aplicando pena de demissão ou de cassação de aposentadoria, o registro do fato nos assentamentos funcionais e a aplicação de medidas cautelares e dos efeitos acessórios, destacadamente a vedação temporária de não retorno a cargo e/ou emprego públicos federais, conforme os arts. 136 e 137 da Lei nº 8.112, de 1990.

Em toda forma, o exonerado compõe uma espécie do gênero ex-servidor, conforme já aduzido em **3.2.2.2.2.a**, não mantendo mais nenhuma linha de vinculação estatutária, nem laboral, nem pecuniária, nem previdenciária.

Quanto à demissão a bem do serviço público, que existia na Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (o então Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - EF) e na Lei nº 8.027, de 12/04/90 (que apenas atualizava a lista de ilícitos do antigo Estatuto, sem alterar o rito processual), a Lei nº 8.112, de 11/12/90, que revogou as duas normas acima (a primeira, de forma expressa, e, a segunda, de forma tácita), não prevê a pena com aquela cláusula.

Atualmente, a cláusula ainda existe na Lei nº 8.429, de 02/06/92, para a hipótese de demissão em razão de não entrega ou entrega fraudulenta de declaração de bens para posse, já abordada em **4.7.4.4.4**, e na Lei nº 8.026, de 12/04/90. Esta Lei definiu dois ilícitos funcionais contra a Fazenda Nacional e para eles previu a pena de demissão, refletindo o contexto

histórico muito específico em que foi sancionada, com o fim de impor aos agentes bancários e fazendários o cumprimento das medidas econômicas de exceção arbitradas por um plano econômico da época. De acordo com o ordenamento então vigente, a Lei nº 8.026, de 12/04/90, indicava a aplicação do então Estatuto do servidor público civil federal (a Lei nº 1.711, de 1952). Mesmo tendo sido revogada aquela Lei estatutária, sendo a Lei nº 8.026, de 12/04/90, norma genérica, abstrata e sem prazo de vigência, teoricamente, seus dispositivos ainda permanecem em vigor e aceita-se que hoje seria aplicada adequando-se a remissão para o rito processual da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Na prática, todavia, sua aplicabilidade é remota, tendo em vista que os enquadramentos nela definidos foram encampados pela Lei nº 8.112, de 11/12/90, que lhe é posterior.

Mas nenhuma destas duas Leis esclarece o sentido da expressão. A doutrina entendia que significava vedação do retorno ao serviço público, afastada somente por revisão processual ou ato de graça do Presidente da República.

Atualmente, a discussão está superada, pois a Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelece expressamente repercussões para a demissão, nos arts. 136 e 137, conforme se verá em **4.10.6.6**.

Por fim, apenas para esgotar o assunto, uma vez que não guarda correlação nenhuma com os atos administrativos descritos acima, aborda-se ainda a perda de cargo. Conforme já exposto em **3.2.1** e em **4.7.4.1.2**, a perda de cargo, decorrente de provimento penal, de competência exclusiva do Poder Judiciário, ao fim de ação penal, é prevista no CP, em seu art. 92, ou em leis especiais que definem crime e é um efeito acessório da condenação com pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção), para determinados crimes - comuns ou funcionais - em que o agente criminoso seja servidor. Além dos crimes contra a Administração Pública dos arts. 312 a 326 do CP e do art. 3º da Lei nº 8.137, de 27/12/90, citam-se previsões deste instituto nas Leis nº 7.716, de 05/01/89 (que define crimes de discriminação e de preconceito), nº 9.455, de 07/04/97 (que define crime de tortura) e nº 13.869, de 05/09/19 (que trata de abuso de autoridade, como espécie do gênero abuso de poder). Este efeito pode ser automático ou não; ou seja, pode ser consequência direta da grave sentença condenatória ou pode depender de expressa manifestação do juiz na sentença (como ocorre, por exemplo,no caso mais comum, dos crimes contra a Administraçao Pública).

A perda do cargo faz parte da decisão judicial e não se confunde com a pena administrativa de demissão (tampouco com a pena administrativa de cassação de aposentadoria) e muito menos com o ato de exoneração, tanto que se configura como uma exceção de possibilidade de um ato de vida privada (um crime comum praticado por servidor, por exemplo) ter repercussão em sua vida funcional - mas não como resultado de processo administrativo disciplinar, pois a perda de cargo é uma ordem judicial a ser cumprida imediatamente pela Administração com mínima instrumentalidade, uma vez que já se ampara no rito da apuração criminal. Neste tema, o ordenamento pátrio mantém coerência: quando prevê ato expulsivo de servidor ativo a cargo do Ministro de Estado, como resultado do processo administrativo disciplinar regido pela Lei nº 8.112, de 11/12/90, dá a esta pena o nome de demissão (para servidor inativo, o nme é cassação de aposentadoria); quando prevê ato expulsivo dos quadros públicos em decorrência da tutela judicial, exarado por autoridade do Poder Judiciário, dá a esta ordem o nome de perda do cargo.

Analogamente ao acima exposto para a perda do cargo decorrente de provimento penal, menciona-se ainda a perda do cargo decretada exclusivamente pelo Poder Judiciário, em instância civil, mais especificamente em ação civil de improbidade, conforme preveem os incisos I, II e III do art. 12 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, nos termos já expostos em **4.7.4.2.2**, também em nada se confundindo com a pena de demissão (e com a pena de cassação de aposentadoria), aplicáveis pelo Ministro de Estado, para ato de improbidade administrativa enquadrado no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Em razão do princípio da independência das instâncias, a aplicação de pena de demissão ou de pena de cassação de aposentadoria não se vincula à decretação de perda do cargo por parte da autoridade judiciária, conforme já manifestou o STJ, em sua Súmula nº 651.

> *STJ, Súmula nº 651: "Compete à autoridade administrativa aplicar a servidor público a pena de demissão em razão da prática de improbidade administrativa, independentemente de prévia condenação, por autoridade judiciária, à perda da função pública."*

Seja decorrente de ação penal, seja decorrente de ação civil pública de improbidade, a decisão judicial de perda de cargo contra servidor pode ser manifestada já desde a primeira instância, mas somente se opera no trânsito em julgado da ação. E, embora seja uma ordem judicial, com toda força de execução imediata que aquela natureza lhe confere, exige-se um mínimo de procedimentalização interna na Administração. Na hipótese mais comum de condenação judicial por ato funcional, o servidor comete grave irregularidade associada a seu cargo, responde PAD em que, ao final,, se ativo, é demitido (ou se inativo, tem a a opsentadoria cassada) e, em regra, posteriormente é condenado na instância penal (por algum crime contra a Administração Pública, por exemplo) com pena de reclusão por mais de um ano e sofre ainda expressa manifestação sentenciada do efeito acessório da perda do cargo ou é condenado civilmente (por ato de improbidade administrativa) e recebe como uma das penas previstas na Lei nº 8.429, de 02/06/92, a perda do cargo. Publicada esta decisão judicial definitiva e dela tendo ciência a Administração, é preciso operacionalizar esta segunda decisão expulsiva. Por respeito ao princípio da independência das instâncias, não cabe ao Poder Judiciário efetivar o ofeito expulsivo de seu provimento sobre o agente administrativo. Afinal, a autoridade judicial tem poder para decidir, julgar, mas não para executar, operacionalizar sua decisão no ambiente interno da Administração.

Uma vez que os institutos jurídicos por meio dos quais a Administração expulsa punitivamente seus agentes do quadro funcional são, na maioria dos casos, demissão para os ativos e, mais raramente, cassação de aposentadoria para os inativos e como quem aplica ambas sanções é o Ministro de Estado, a forma de instrumentalizar, no âmbito interno, a decisão judicial definitiva de perda do cargo é aquele titular da Pasta aplicar nova pena, de demissão ou de cassação de aposentadoria (dependendo de qual era a situação jurídica do ex-servidor ao tempo do PAD que respondeu em decorrência da grave conduta que originou também a ação judicial), em uma procedimentalização enxutíssima em um processo administrativo genérico, não disciplinar.

Essa segunda demissão ou cassação de aposentadoria não se confunde com uma segunda pena estatutária por uma segunda infração grave cometida pelo mesmo servidor e encartada ao fim de um PAD. Diferentemente disto, esta segunda pena, embora aplicada pelo Ministro de Estado, se resume a um mero ato administrativo executório da decisão judicial.

O Ministro de Estado, neste processo administrativo simples, faz ao final publicar em DOU a nova pena, de demissão ou de cassação de aposentadoria, dando-lhe o efeito de ato jurídico perfeito e acabado. No preâmbulo desta portaria de pessoal, o titular da Pasta faz remissão apenas ao provimento judicial e ao conteúdo do processo administrativo *lato sensu*, não havendo que se falar em enquadramento legal (porque não é um novo ato infracional) e em número de PAD (porque não há um segundo PAD, visto que o agente já exercitou os direitos à ampla defesa, ao contraditório e a todas as demais garantias constitucionais na ação judicial em que foi definitivamente condenado com o manifesto efeito acessório da pena); e no corpo do dispositivo resolutivo em si, aplica pena administrativa expulsiva motivada pela decisão judicial da perda do cargo e ressalva que os efeitos desta segunda sanção somente serão conhecidos em caso de reintegração administrativa ou judicial da pena expulsiva aplicada no PAD. E, uma vez que esta segunda demissão (ou segunda cassação de

aposentadoria) foi aplicada e formalmente publicada, seus efeitos se impõem sobre eventual reintegração do agente a qualquer tempo, pois não mais caberá cogitar de prescrição desta segunda pena, já aplicada, apenas de efeitos postergados.

Este entendimento se harmoniza integralmente com a manifestação do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), por meio de sua Formulação Dasp nº 9, com a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares, da Consultoria-Geral da União (CNPAD/CGU/AGU), estampada no Parecer n° 3/2019/CNPAD/CGU/AGU, e também com a jurisprudência das Cortes Superiores.

> *Formulação-Dasp nº 9. Perda da função pública*
> *Ocorrendo a perda de função pública, em razão de sentença condenatória transitada em julgado, cabe à autoridade competente para demitir declarar a desinvestidura do funcionário.*
>
> *Parecer nº 3/2019/CNPAD/CGU/AGU: "Ementa: I. Para o cumprimento de decisão judicial transitada em julgado que determina a perda da função pública, a autoridade administrativa deve editar Portaria demitindo o servidor de seu cargo, deixando claro que não se trata de demissão decorrente de penalidade disciplinar, mas mero cumprimento à ordem judicial.*
> *II. A determinação judicial de perda da função pública alcança o cargo efetivo, salvo disposição judicial expressa em sentido contrário.*
> *III. Caso o servidor se encontre aposentado é possível realizar a cassação de sua aposentadoria.*
> *IV. A autoridade administrativa tem o dever de proceder ao cumprimento da decisão, independentemente da instauração de processo administrativo disciplinar, visto que o princípio do contraditório e da ampla defesa já foram plenamente observados e exercidos nos rigores da Lei Processual Cível e Penal.*
> *V. Caso o servidor já se encontre demitido em decorrência de Processo Administrativo Disciplinar anterior, entende-se, ainda assim, necessária a edição de nova Portaria em cumprimento à decisão judicial que determinou a perda da função pública.*
>
> *STF, Apelação Cível nº 5033150-84.2014.4.04.7100: "Ementa: 2. Quanto à alegação de que a pena de perda da função pública já foi decretada administrativamente, pelo que incorreria em bis in idem a sentença, não tem razão o apelante. Ainda que o réu já tenha sido demitido administrativamente, é de se considerar a independência entre as instâncias administrativa e judicial. Assim, resguarda-se, aqui, a condenação, em caso de uma remota hipótese de reversão da pena aplicada na instância administrativa."*
>
> *STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 22.750: Ementa: 1. Diante do trânsito em julgado de sentença penal condenatória que decreta a perda do cargo público, a autoridade administrativa tem o dever de proceder à demissào do seridor ou à cassação da aposentadoria, independentemente da instauração de processo administrativo disciplinar, que se mostra desnecessária. Isso porque qualquer resultado a que chegar a apuração realizada no âmbito administrativo não terá o condão de modificar a força do decreto penal condenatório. 2. Em conseqüência, nesses casos, não há falar em contrariedade ao devido processo legal e aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, já plenamente exercidos nos rigores da lei processual penal, tampouco na ocorrência de prescrição da pretensão punitiva do Estado ou de bis in idem, sendo esta última oriunda de eventual apuração, na esfera administrativa, do ilícito praticado.*

A manifestação da CNPAD/CGU/AGU acerca da possibilidade de alcance de decisão judicial de perda do cargo na forma de cassação de aposentadoria quando o servidor já se

encontra na inatividade se baseia em manifestações jurisprudencial e doutrinária. Mas é de ressaltar que o Parecer acima, diante de jurisprudência divergente para esta hipótese, recomenda que se avalie, caso a caso o real alcance da decisão judicial.

> *STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 826.114: "Ementa: 4. A ausência de previsão expressa da pena de cassação de aposentadoria na Lei de Improbidade Administrativa não constitui óbice à sua aplicação na hipótese de servidor aposentado, condenado judicialmente pela prática de atos de improbidade administrativa. 5. Trata-se de consequência lógica da condenação à perda da função pública, pela conduta ímproba, inuigir a cassação da aposentadoria ao servidor aposentado no curso da Ação de Improbidade."*

> *"a superveniência de sentença penal determinante, como efeito acessório, da perda do cargo público ocupado pelo réu, determina o efeito da cassação de aposentadoria, a despeito de não prevista expressamente essa penalidade na legislação criminal, além de a Corte sublinhar que a medida não tinha qualquer caráter de decisão administrativa, mas estrito cumprimento de decisão judicial" Antônio Carlos Alencar de Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pg. 1627, Editora Fortium, 1ª edição, 2008*

Acrescente-se por fim que o exemplo acima relatado se referiu à hipótese mais comum de aplicação do instituto da perda do cargo, em que o servidor comete ato funcional com reprovabilidade tanto interna (infração estatutária) quanto social (crime funcional), é expulso dos quadros públicos pela Administração por meio de PAD e é definitivamente condenado na instância judicial a mais de um ano de pena privativa de liberdade. Mas não se deve esquecer a existência de outra possibilidade, mais remota, de o servidor cometer crime comum em sua vida privada e ser condenado a mais de quatro anos de pena privativa de liberdade e ter na sentença o efeito acessório da perda do cargo. Nesta hipótese, não há que se falar em PAD com demissão ou cassação de aposentadoria pelo fato em si, pois o crime comum não tem repercussão disciplinar. *A priori*, o agente mantinha até então seu liame estatutário (seja de ativo, seja de inativo) com a Administração. Há apenas a condenação penal e a instrumentalização da decisão judicial com portaria de pessoal do Ministro de Estado, encartada em um processo administrativo genérico, remetendo à ação penal e efetivamente o demitindo ou cassando sua aposentadoria, extinguindo de forma imediata e efetiva aquele liame até então mantido, não havendo que se ressalvar que os efeitos práticos deste ato expulsivo somente se operariam sob condição futura, já que não houve PAD a ser revisto em razão da conduta de vida civil causadora da ação penal.

4.10.3 - Competência para Aplicar Penas

O princípio do juiz natural insere-se no rol de direitos e garantias fundamentais individuais estampados no art. 5º da Constituição Federal (CF), mais especificamente em seu inciso LIII, de forma que é nulo o ato punitivo emitido por autoridade incompetente.

> *CF - Art. 5º*
> *LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;*

Refletindo este princípio, o art. 141 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, estabelece, como regra geral válida para toda a Administração Pública federal, as competências originárias para a aplicação das penas disciplinares, quais sejam, penas expulsivas, suspensão (subdividindo para suspensão de até trinta dias e suspensão superior a este limite e até noventa dias) e advertência, tanto para servidores com provimento efetivo quanto para servidores com provimento apenas comissionado. Percebe-se nitidamente que a

Lei elegeu autoridades em linha crescente de hierarquia conforme se sobe na escala de gravidade da pena, refletindo as inteligências não só das maiores gravidade e excepcionalidade das penas expulsivas e da necessária distância que se presume desta autoridade para o fato, conforme a seguir se detalha.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 141. As penalidades disciplinares serão aplicadas:*
> *I - pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão, ou entidade;*
> *II - pelas autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior àquelas mencionadas no inciso anterior, quando se tratar de suspensão superior a 30 (trinta) dias;*
> *III - pelo chefe da repartição e outras autoridades na forma dos respectivos regimentos ou regulamentos, nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias;*
> *IV - pela autoridade que houver feito a nomeação, quando se tratar de destituição de cargo em comissão.*

Originalmente, a competência para aplicação de penas de demissão e de cassação de aposentadoria a servidores detentores de cargos efetivos de órgãos e de entidades no âmbito do Poder Executivo federal recaía sobre sua autoridade máxima, a saber, o Presidente da República, nos termos do inciso I do art. 141 da Lei nº 8.112, de 1990. No entanto, já desde o Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, o Presidente da República delegou, como regra geral, aos respectivos Ministros de Estado (e ao Presidente do Banco Central e também ao Ministro de Estado da Casa Civil no caso de órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República com titulares sem *status* de Ministro de Estado) a competência para julgar processos disciplinares com penas capitais aos servidores efetivos. A validade desta delegação de competência sempre foi ratificada de forma pacífica pela jurisprudência.

> *STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 25.367: "Ementa: Nos termos do parágrafo único do art. 84 da Magna Carta, o Presidente da República pode delegar aos Ministros de Estado a competência para julgar processos administrativos e aplicar pena de demissão aos servidores públicos federais. Para esse fim é que foi editado o Decreto nº 3.035/99."*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 25.518: "Ementa: I. Presidente da República: competência para prover cargos públicos (CF, art. 84, XXV, primeira parte), que abrange a de desprovê-los, a qual, portanto é susceptível de delegação a Ministro de Estado (CF, art. 84, parágrafo único): validade da Portaria do Ministro de Estado que, no uso de competência delegada, aplicou a pena de demissão ao impetrante."*
> *Idem: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.128*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.985: "Ementa: A Lei nº 8.112/90, na letra do seu artigo 141, inciso I, efetivamente declara ser da competência do Presidente da República, entre outras, a aplicação da penalidade de demissão de servidor, competência essa, contudo, delegável, como previsto no artigo 84, incisos IV e VI, e parágrafo único, da Constituição da República e nos artigos 11 e 12 do Decreto-Lei nº 200/67."*
> *Idem: STJ, Mandados de Segurança nº 7.024 e 7.275*

Aquele Decreto nº 3.035, de 1995, foi revogado e, no tema acima abordado, teve seus comandos atualizados pelo Decreto nº 11.123, de 7 de julho de 2022, mais especificamente no *caput* e na alínea "a" do seu inciso I do art. 2º. Nesta nova norma, permanecem, como regra geral, as delegações de competência acima expostas a favor dos respectivos Ministros de Estado, do Presidente do Banco Central do Brasil e do Ministro de Estado da Casa Civil (neste último caso, agregando-se o parágrafo único do comando legal acima) para julgamento

de processos disciplinares e aplicação de penas expulsivas, de demissão ou de cassação de aposentadoria, a servidores detentores de cargos efetivos. Todavia, o Decreto nº 11.123, de 2022, no *caput* do seu art. 4º, excepcionou a regra geral da delegação de competência, delegando de forma específica para o Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar quaisquer penas a servidores efetivos que também ocupem cargos em comissão ou função de confiança equivalente ao Cargo Comissionado Executivo (CCE) de nível 17 ou superior (CCE de nível 18), que, respectivamente, correspondem ao cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores (Grupo-DAS) de nível 6 e aos cargos de Natureza Especial (NE).

> *Decreto nº 11.123, de 2022 - Art. 2º Ressalvadas as hipóteses previstas no art. 4º, fica delegada a competência aos Ministros de Estado e ao Presidente do Banco Central do Brasil para:*
> *I - o julgamento de processos administrativos disciplinares e a aplicação de penalidades, nas hipóteses de:*
> *a) demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidores; e*
> *b) destituição ou conversão de exoneração em destituição de ocupante de Cargo Comissionado Executivo - CCE-15 ou CCE-16 ou equivalente ou de cargo ou função de Chefe de Assessoria Parlamentar; e*
> *Parágrafo único. O Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República exercerá a competência de que trata o caput para os órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República cujos titulares não sejam Ministros de Estado.*
> *Art. 4º Fica delegada a competência ao Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União para julgar os procedimentos disciplinares e aplicar as penalidades cabíveis no caso de atos praticados, no exercício da função, pelos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança de nível equivalente a CCE-17 ou superior.*

Portanto, de um lado, as demissões de servidores ativos e as cassações de aposentadorias de servidores inativos em razão de fatos cometidos ao tempo de exercício tão somente de seus cargos efetivos ou ao tempo de exercício não só de seus cargos efetivos mas também de provimentos comissionados equivalentes, no máximo, ao CCE de nível 16 (que corresponde ao cargo em comissão do Grupo-DAS de nível 5) competem ao respectivo Ministro de Estado ou ao Presidente do Banco Central do Brasil ou ao Ministro de Estado da Casa Civil. Por outro lado, as demissões de servidores ativos e as cassações de aposentadorias de servidores inativos em razão de fatos cometidos ao tempo de exercício não só de seus cargos efetivos mas também de provimentos comissionados equivalentes ao CCE de nível 17 ou superior competem ao Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União.

Já para os servidores ocupantes apenas de cargo em comissão em órgãos e entidades no âmbito do Poder Executivo federal, sem provimento efetivo, a competência para aplicação de pena de destituição do cargo em comissão, originalmente, nos termos do inciso IV do art. 141 da Lei nº 8.112, de 1990, recai, como regra geral, sobre a autoridade que nomeou o apenado. No entanto, novamente já desde o Decreto nº 3.035, de 1999, o Presidente da República delegou, como regra geral, aos respectivos Ministros de Estado (e ao Presidente do Banco Central e também ao Ministro de Estado da Casa Civil no caso de órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República com titulares sem *status* de Ministro de Estado) a competência para julgar processos disciplinares com penas capitais aos servidores comissionados ocupantes de cargos em comissão do Grupo-DAS de níveis 5 e 6.

Aquele Decreto nº 3.035, de 1995, foi revogado e, no tema acima abordado, teve seus comandos atualizados pelo Decreto nº 11.123, de 2022, mais especificamente no *caput* e na alínea “b” do seu inciso I do art. 2º. Nesta nova norma, permanecem, como regra geral, as delegações de competência acima expostas a favor dos respectivos Ministros de Estado, do Presidente do Banco Central do Brasil e do Ministro de Estado da Casa Civil para julgamento

de processos disciplinares e aplicação da pena de destituição do cargo em comissão a ocupantes de CCE de níveis 15 e 16 (que correspondem ao cargo em comissão do Grupo-DAS de nível 5). Todavia, o Decreto nº 11.123, de 2022, novamente no *caput* do seu art. 4º, excepcionou a regra geral da delegação de competência, delegando de forma específica para o Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar quaisquer penas a servidores que apenas ocupem cargos em comissão ou função de confiança equivalente ao CCE de níveis 17 ou 18.

Portanto, as destituições de cargos em comissão de servidores de provimento apenas comissionado equivalentes ao CCE de nível 14 e inferiores competem às autoridades respectivamente nomeantes. Intermediariamente, as destituições de cargos em comissão de provimento apenas comissionado equivalentes ao CCE de níveis 15 e 16 competem ao respectivo Ministro de Estado ou ao Presidente do Banco Central do Brasil ou ao Ministro de Estado da Casa Civil. E, por fim, as destituições de cargos em comissão de provimento apenas comissionado equivalentes ao CCE de níveis 17 e 18 competem ao Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União.

Em ambos os casos, sejam na alçada delegada ao respectivo Ministro de Estado, sejam na alçada do Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, o Decreto prevê a possibilidade de subdelegação a favor de ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança no mínimo igual a CCE de nível 17, conforme o inciso I do art. 3º e o *caput* do art. 4º, ambos do Decreto nº 11.123, de 2022.

> *Decreto nº 11.123, de 2022 - Art. 3º Poderá haver subdelegação das competências de que trata o art. 2º:*
> *I - aos ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança de nível mínimo igual a CCE-17;*
> *Art. 4º*
> *Parágrafo único. O Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União poderá subdelegar a competência de que trata o caput apenas a ocupante de cargo em comissão ou de função de confiança de nível equivalente a CCE-17 ou superior.*

No caso específico da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), nos casos em que o Ministro de Estado da Economia tem a competência delegada para julgar os processos disciplinares que versam sobre aplicação de penas de demissão e de cassação de aposentadoria, esta decisão tem de ser acompanhada de prévia manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), que é o órgão de consultoria jurídica do Ministério da Economia (ME). No âmbito da PGFN, a competência acerca do tema correcional reside na Coordenação-Geral de Disciplina, da Procuradoria-Geral Adjunta de Consultoria de Contratos e Disciplina, conforme estabelece a alínea “b” do inciso I do art. 29 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019, e ratifica o art. 5º do Decreto nº 11.123, de 2022. A Coordenação-Geral de Disciplina possui em sua estrutura a Coordenação de Disciplina que, por sua vez, encampa a Divisão de Disciplina.

> *Decreto nº 9.745, de 2019 - Anexo I - Art. 29. À Procuradoria-Geral Adjunta de Consultoria de Contratos e Disciplina compete: (Redação dada pelo Decreto nº 10.072, de 2019)*
> *I - planejar, coordenar e supervisionar as atividades de consultoria e assessoria jurídicas, incluídas as propostas de atos normativos sobre: (Redação dada pelo Decreto nº 10.072, 18 de outubro de 2019)*
> *a) licitações, contratos e outros ajustes de direito administrativo; e (Incluído pelo Decreto nº 10.072, de 2019)*
> *b) assuntos disciplinares e de probidade administrativa, encaminhados ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional e aos dirigentes de órgãos superiores integrantes da estrutura do Ministério; (Incluído pelo Decreto nº 10.072, de 2019)*

> *II - articular-se com as unidades descentralizadas da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional quanto à consultoria e à assessoria jurídicas de sua competência, com vistas a uniformizar o entendimento no âmbito do órgão; (Redação dada pelo Decreto nº 10.072, de 2019)*
> *III - desenvolver atividades relacionadas à prevenção e à repressão à corrupção, e articular-se com órgãos e entidades da administração pública direta e indireta para possibilitar a efetivação das medidas a serem adotadas; e (Redação dada pelo Decreto nº 10.072, de 2019)*
> *IV - executar as atividades relacionadas ao Sistema de Correição do Poder Executivo federal, conduzindo ou controlando investigações e processos administrativos disciplinares de interesse da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, respeitada a competência da Corregedoria-Geral da Advocacia-Geral da União. (Redação dada pelo Decreto nº 10.072, de 2019)*
>
> *Decreto nº 11.123, de 2022 - Art. 5º As delegações e subdelegações de que trata este Decreto não afastam a necessidade de aplicação de outras normas sobre a matéria ou a necessidade de prévia manifestação do órgão de assessoramento jurídico.*

Os cargos de Secretário Especial e de Secretário Especial Adjunto da Receita Federal do Brasil - por força da leitura a *contrario sensu* do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007, a partir da reestruturação imposta pela Medida Provisária (MP) nº 870, de 1º de janeiro de 2019, e convertida pela Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, quando da criação do ME - podem ser ocupados tanto por servidores detentores de cargos efetivos da Carreira de Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB) quanto por agentes estranhos ao quadro da Casa. Não obstante, independentemente das duas possibilidades acima, sendo o primeiro cargo de natureza especial (o único do órgão) e sendo o segundo cargo em comissão do Grupo-DAS de nível 6, equivalentes a cargos em comissão de CCE de nível 18 e de nível 17, todas as penas cabíveis, de advertência, de suspensão e expulsivas (seja de demissão, no caso de servidor efetivo ativo, seja de cassação de aposentadoria, no caso de servidor efetivo inativo, seja de destituição do cargo em comissão, no caso de servidor apenas comissionado), são indistintamente de competência do Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, nos termos da delegação imposta pelo art. 4º do Decreto nº 11.123, de 2022.

Relembre-se, conforme já detalhado em **3.2.4.1.1**, no âmbito do Poder Executivo federal, as nomeações para cargos de natureza especial (para as quais não se exige provimento efetivo) são exclusivas do Presidente da República, não comportando delegação, conforme a leitura conjunta do *caput* do art. 2º e do inciso III do parágrafo único do art. 7º, ambos do Decreto nº 9.794, de 14 de maio de 2019. Mas a vedação de legação não existe para a aplicação de pena expulsiva. Até é verdade que, no ordenamento anterior, o Decreto nº 3.035, de 1999, trazia no § 2º do seu art. 2º a ressalva de que não havia sido delegada competência apenadora sobre ocupantes de cargo de natureza especial. Mas tal exclusão não mais existente na regra atual, conforme positiva de forma inequívoca o art. 4º do Decreto nº 11.123, de 2022.

> *Decreto nº 9.794, de 2019 - Art. 2º São de competência do Presidente da República as nomeações e as designações para as quais não haja delegação.*
> *Art. 7º*
> *Parágrafo único. O disposto nos art. 4º e art. 6º não se aplica:*
> *III - às nomeações ou às designações para cargos e funções de nível equivalente a Natureza Especial ou superior; e*

Assim, reitera-se que a aplicação de pena expulsiva ao único cargo de natureza especial no âmbito da RFB, que é o cargo de Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, foi delegada ao Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, seja destituição (se o titular do órgão não detiver cargo efetivo), seja demissão ou cassação de aposentadoria (se detiver cargo efetivo).

> *Lei nº 11.457, de 2007 - Art. 7º Fica criado o cargo de Natureza Especial de Secretário da Receita Federal do Brasil, com a remuneração prevista no parágrafo único do art. 39 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003.*
> *Parágrafo único. O Secretário da Receita Federal do Brasil será escolhido entre brasileiros de reputação ilibada e ampla experiência na área tributária, sendo nomeado pelo Presidente da República.*

Em linha similar, os dois cargos de Diretores de Programa também não são privativos de servidores detentores de cargos efetivos da carreira TARFB e sendo cargos em comissão do Grupo-DAS de nível 6, equivalentes a cargos em comissão de CCE de níveis 16 ou 15, todas as penas expulsivas são de competência do Ministro de Estado da Economia, com o pormenor de que as delegações foram impostas, para a demissão e para a cassação de aposentadoria, no caso de servidor efetivo ativo ou inativo, e, para a destituição do cargo em comissão, no caso de servidor comissionado, pelas respetivas alíneas "a" e "b", ambas do inciso I do art. 2º do Decreto nº 11.123, de 2022.

Como os demais cargos em comissão dos Grupo-DAS níveis 6 e 5 são ocupados pelo Subsecretário-Geral e pelos cinco Subsecretários da Receita Federal do Brasil, todos já no âmbito da Subsecretaria da Receita Federal do Brasil, por força da leitura direta do já citado parágrafo único do art. 14 da Lei nº 11.457, de 2007, são obrigatoriamente ocupados por servidores detentores de cargos efetivos da Carreira TARFB, não cabendo-lhes, na hipótese expulsiva, pena de destituição do cargo em comissão, mas sim exclusivamente pena de demissão, se ativo, ou de cassação de aposentadoria, se inativo. A diferença é que, em face do Subsecretário-Geral, ocupante de cargo em comissão equivalente a CCE-17, a competência foi delegada ao Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, por força do art. 4º do Decreto nº 11.123, de 2022, e, em face dos cinco Subsecretários, ocupantes de cargos em comissão equivalentes a CCE de níveis 16 ou 15, a competência foi delegada ao Ministro de Estado da Economia, por força da alínea "a" do inciso I do art. 2º do mesmo Decreto.

Os processos com proposta de aplicação de penas expulsivas, após tramitarem no âmbito do Escritório de Corregedoria (Escor), do Grupo Nacional de Pareceristas (GNP) e da Corregedoria (Coger), devem ser encaminhados pelo Corregedor para a PGFN. Antes, por respeito ao princípio da hierarquia, deveria fazê-los passar pelo titular máximo da RFB, o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, que, como regra, não se dedica a analisar os trabalhos correcionais ou a se manifestar, sequer por suas assessorias, limitando-se apenas a prosseguir no encaminhamento para a PGFN.

Ainda na especificidade da processualística disciplinar no âmbito da RFB, no regra geral quando a comissão disciplinar proponha apenação expulsiva (na regra geral, excluindo aqui a competência do Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União), conforme já exposto em **2.1.2**, além da pormenorizada análise a cargo da PGFN, antes da decisão a cargo do Ministro de Estado da Economia, pode esta autoridade determinar que os autos passem pela Corregedoria do ME (Coger-ME), a fim de que esta unidade setorial de correição se manifeste, conforme permitem (mas não obrigam) o disposto nos inciso IX e X do art. 12 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019. Segundo este dispositivo, pode o Ministro de Estado da Economia, já após o parecer da PGFN, antes de enfim decidir e emitir seu julgamento, determinar a manifestação da Coger-ME. Não há que se confundir o comando do Decreto em tela com superposição de esforços, pois, em regra, o processo com proposta de apenação de alçada ministerial sequer tramita pela Coger-ME e muito menos é instruído por parecer desta unidade de correição, ao passo que, de outro lado, os autos sempre passam pela PGFN onde obrigatoriamente são instruídos por parecer de assessoramento da decisão ministerial. A existência de manifestação da Coger-ME é excepcional e decorre de específica determinação da autoridade julgadora. E, por fim sobre este tema, não tem sido praxe o Ministro de Estado da Economia demandar tal atuação da Coger-ME, ao menos no que diz respeito a processos advindos da RFB.

> *Decreto nº 9.745, de 2019 - Anexo I - Art. 12. À Corregedoria compete:*
> *IX - manifestar-se previamente sobre processo administrativo disciplinar ou sindicância oriundos de outras corregedorias, cuja competência para julgamento seja do Ministro de Estado, por meio de determinação deste, sem prejuízo das competências da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;*
> *X - prestar ao Ministro de Estado informações específicas sobre procedimento disciplinar em curso ou encerrado, investigativo ou punitivo, e requisitar cópia dos autos ou, sempre que necessário, vista dos originais para a mesma finalidade, no âmbito dos órgãos do Ministério;*

A rigor, nos termos exigidos pelos arts. 3º, 4º e 6º da Portaria Coger-ME nº 12.456, de 29 de novembro de 2019, a comissão deve alimentar a base de dados externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, da Controladoria-Geral da União - CGU), informando a coleta da defesa do indiciado. Mas, conforme já aduzido em **2.1.1**, o sistema nem sequer tem este campo específico, agregando informações de indiciação, defesa e relatório com o encaminhamento dos autos para a autoridade instauradora. Na prática, enquanto perdurar esta limitação do sistema, pode a comissão alimentá-lo posteriormente apenas com esta última informação.

Avançando na descrição das competências para aplicar penas na RFB, o inciso II do art. 141 da Lei nº 8.112, de 1990, acima mencionado, reporta a suspensão superior a trinta dias às autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior àquelas mencionadas no inciso I. Ora, se no inciso anterior, a competência legal para aplicação de penas expulsivas recaía sobre o Presidente da República, é certo dizer que a competência originária para aplicação de pena de suspensão de 31 a 90 dias recai sobre os respectivos Ministros de Estado.

No entanto, no caso específico do ME, o Ministro de Estado delegou esta competência, por meio da Portaria ME nº 7.081, de 9 de agosto de 2022, nos incisos I a III do seu art. 38, no âmbito da Administração Pública direta, nas respectivas jurisdições, ao Corregedor do ME, ao Corregedor e ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

> *Portaria ME nº 7.081, de 2022 - Art. 38. Fica delegada a competência, em seus respectivos âmbitos de atuação, para aplicar penalidades disciplinares quando se tratar de suspensão superior a trinta dias, vedada a subdelegação, ao:*
> *I - Corregedor do Ministério da Economia;*
> *II - Corregedor da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil;*
> *III - Procurador-Geral da Fazenda Nacional; e*
> *IV - dirigente máximo das autarquias e fundações públicas vinculadas ao Ministério da Economia.*

Avançando na exposição das competências punitivas, o inciso III do art. 141 da Lei nº 8.112, de 1990, reporta aos respectivos regimentos ou regulamentos a competência para aplicação de penas de suspensão de até trinta dias e de advertência. No caso específico da RFB, esta definição repousa no ordenamento regimental interno. Pode-se dizer que, na regra geral, seguindo o caso comum da competência instauradora, a competência para julgar casos puníveis com penas de advertência e de suspensão até trinta dias recai sobre o Chefe de Escor ou, excepcionalmente, sobre o Corregedor, nas raras hipóteses de este ter instaurado o feito, conforme estabelecem, respectivamente, o inciso III do art. 332 e o inciso II do art. 330, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017. Na sequência, na mesma linha, comanda o *caput* do art. 15 da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017, que dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da RFB.

> *Portaria MF nº 430, de 2017 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 330. Ao Corregedor incumbe:*
> *II - julgar e aplicar a penalidade aos servidores lotados ou em exercício na*

> *RFB, em sindicâncias ou processos administrativos disciplinares, nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias;*
> *Art. 332. Aos Chefes dos Escors incumbe, no âmbito de sua competência:*
> *III - julgar e aplicar a penalidade em sindicâncias ou processos administrativos disciplinares, nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias;*
>
> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 15. Nos termos do inciso II do art. 15 da Portaria MF nº 492, de 2013, e de acordo com as competências estabelecidas nos incisos I a IV do caput do art. 2º, as sindicâncias disciplinares e os PADs serão julgados pela respectiva autoridade instauradora, nas hipóteses de arquivamento ou de aplicação de penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias.*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/5.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/5: "8. O critério mencionado no inciso III do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, veio à tona com a edição da Portaria Coger nº 128, de 16 de outubro de 2020, em que se estabeleceu que a regra geral da competência instauradora e, por conseguinte, da competência para aplicação de penas de advertência e de suspensão de até trinta dias na RFB recai sobre o Chefe do Escor que jurisdiciona a unidade de lotação ou de exercício (se diferente) do servidor no momento da instauração do PAD.*
> *9. Consequentemente, as competências do Corregedor para aplicar estas mesmas penas se limita às hipóteses em que tenha atuado como autoridade instauradora e, para aplicar suspensão superior a trinta dias, decorre do exercício da delegação concedida na Portaria ME nº 406, de 2020."*

Na mesma linha indica o inciso II do art. 15 da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para atuação correcional no âmbito do ME, que atribui a competência julgadora, na hipótese de aplicação de penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias, à autoridade que instaurou o processo disciplinar.

> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 15. No âmbito do Ministério da Fazenda, as sindicâncias disciplinares e os processos administrativos disciplinares serão julgados:*
> *I - pelo Ministro de Estado da Fazenda, nas hipóteses de aplicação das penas de demissão, suspensão superior a trinta dias, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão ou destituição de função comissionada; e*
> *II - pela autoridade instauradora do feito disciplinar, na hipótese de aplicação da pena de advertência ou suspensão de até trinta dias.*

À vista do que foi exposto (e aqui ressalvando as competências bastante específicas e residuais do Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, voltadas exclusivamente para um nicho muito reservado de agentes), especificamente na Pasta em tela, o Ministro de Estado da Economia, por competência delegada nas alíneas "a" e "b" do inciso I do art. 1º do Decreto nº 11.123, de 2022, incumbe-se apenas das penalidades expulsivas. E, para a RFB, as penas não expulsivas, de advertência e de suspensão, independentemente se superiores ou não a trinta dias, são julgadas e aplicadas internamente, sem tramitação processual pela PGFN, Coger-ME e Ministro de Estado da Economia. As competências para aplicação de penas não expulsivas na RFB podem assim ser sintetizadas: pelo Chefe de Escor, para advertência e suspensão de até trinta dias, por competências originárias regimentais, quando figuram como autoridade instauradora; e pelo Corregedor, para advertência e suspensão de até trinta dias, por competência originária regimental, quando figura como autoridade instauradora, e para suspensão superior a trinta dias, sem ter figurado como autoridade instauradora, por competência delegada no inciso II do art. 38 da Portaria ME nº 7.081, de 2022.

Ainda de acordo com o inciso II do art. 15 da Portaria MF nº 492, de 2013, esclarece-

se que, na hipótese de processo disciplinar instaurado por Chefe de Escor ou pelo Corregedor, no âmbito do sistema correcional da RFB, e que seja encaminhado para julgamento ministerial, caso excepcionalmente o Ministro de Estado da Economia determine que a Coger-ME se manifeste, não cabe a este Corregedor do ME, ainda que isto reflita sua convicção, proceder ao arquivamento ou aplicar pena de advertência ou de suspensão de até noventa dias, já que a instauração não terá sido de sua lavra e não subsiste competência avocatória pois não é superior hierárquico às autoridades correcionais da RFB, conforme delimita o art. 15 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, para que se opere a avocação.

Nos casos específicos de irregularidades cometidas pelo infrator fora de sua unidade de lotação ou antes de ser removido ou investido em novo cargo, também prevalece a máxima de que, enquanto a instauração compete à autoridade que as normas internas, ao tempo da decisão de instaurar, apontem como competente, tem-se, por outro lado, que a competência de julgar e de aplicar a pena (quando for o caso) recai sobre a autoridade da jurisdição da lotação do servidor à época do julgamento.

Acrescente-se mais um pormenor ao tema. Conforme já introduzido em **2.2.2.2.2** e reiterado em **2.5.2** e em **4.5.3**, com base no inciso II do § 2º do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, o Corregedor pode, mediante critérios definidos e atualizados em norma de sua própria lavra, transferir atribuições dos respectivos chefes e também para estabelecer jurisdição de Escor de forma concorrente em todo território nacional. Com isto, no aspecto que aqui mais pode interessar, a competência para julgar processo disciplinar pode ser transferida de um Escor para outro, em geral acompanhando a competência antes transferida para a decisão quanto à instauração ou ao arquivamento do feito.

> *Portaria RFB n° 4.505, de 2020 - Art. 2º*
> *§ 2º O Corregedor poderá, a qualquer tempo:*
> *I - avocar a instauração ou a tramitação de sindicância disciplinar ou de PAD, sem que isso implique revogação parcial ou total da competência das autoridades a que se refere o inciso III do caput; e*
> *II - transferir competências entre unidades e subunidades e atribuições entre dirigentes, mediante critérios definidos em ato próprio.*

De imediato, sem nenhum esforço hermenêutico, não se tem dúvida que, caso o Corregedor tenha operado a transferência da competência instauradora de um Chefe de Escor para outro, incumbirá a esta segunda autoridade, após a entrega do relatório, avaliar a qualidade dos trabalhos da comissão por ela própria designada com a determinação de apurar o suposto fato irregular, tanto em termos de ocorrência ou não de nulidades quanto em termos de satisfação da instrução processual. No papel efetivo de autoridade instauradora, a este Chefe de Escor destinatário da transferência caberá toda a apreciação inicial que antecede o julgamento de mérito em si.

Superada esta fase, estando o processo sem nulidades e restando a instrução satisfativa e completa, já que no atine ao julgamento do mérito em si, há de se permear a leitura do comando abrangente do II do § 2º do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, com o supracitado inciso II do art. 15 da Portaria MF nº 492, de 2013. É de se compreender que este último comando informa, de maneira geral e ampla que, à margem de jurisdições geográficas regionais, no âmbito do ME, em que se inclui a RFB, as competências para aplicar penas de advertência e de suspensão de até trinta dias incumbem à autoridade que tenha instaurado o processo.

Daí, se constrói com pequeno esforço hermenêutico que, na hipótese de o Corregedor transferir a competência instauradora de um Chefe de Escor para outro, a este também, além das avaliações preliminares de julgamento formal e de instrução exaustiva, incumbirá decidir pela aplicação de pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias ou pelo arquivamento do feito (embora silente a norma, óbvio que se sua competência incluiu capacidade de apenar,

também inclui de arquivar). Assim, a instrumentalidade desta transferência pode se dar, conforme tem sido a praxe interna, por meio de portaria de pessoal específica do Corregedor, em que se basta registrar a transferência, para o processo ou para o grupo de processos a que se referir, a competência instauradora de um determinado Escor que seria aprioristicamente o competente para outro Escor, no que se faz subentender também as competências inerentes à autoridade instauradora no julgamento e as competências em mérito para arquivar o feito ou para apenar com advertência ou com suspensão de até trinta dias, restando dispensado de qualquer atuação o Chefe do Escor originariamente competente.

Caso a proposta da comissão seja de aplicação de pena expulsiva e tendo a autoridade instauradora destinatária da competência transferida apreciado a inexistência de nulidades e a satisfativa instrução, cabe-lhe apenas remeter o processo para a autoridade competente, qual seja o Ministro de Estado da Economia (ou, excepcionalmente, o Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União), sem necessidade se coletar manifestação do Chefe do Escor que originariamente era competente.

4.10.3.1 - Proposta da Comissão Fixa Competência do Julgamento

Aberto um parêntese (após se ter discorrido sobre a análise preliminar de nulidades e a proposta de arquivamento) para se apresentarem as penas cabíveis e as respectivas autoridades competentes para aplicá-las, retoma-se a sequência do julgamento, a partir da análise do mérito, relembrando-se, conforme já aduzido em **4.10.1**, que o julgamento contém a aplicação da pena, como ato único, indissociáveis.

Partindo-se da premissa de que o processo está formalmente correto e que as apurações a cargo da comissão foram esgotadas (ou seja, não há necessidade de refazimento ou ultimação dos trabalhos, estando o processo pronto para ter seu mérito analisado), têm-se, grosso modo, três hipóteses, a saber.

Na primeira hipótese, se a comissão propõe uma conclusão cabível na competência da autoridade instauradora (arquivamento ou aplicação de pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias), com a qual esta concorda ou, mesmo que não concorde, entende ser cabível outra conclusão que também se insere em sua competência, ela exercita diretamente sua competência, julgando o processo. Melhor detalhando, se a comissão propõe arquivamento, a a autoridade instauradora pode julgar concordando com o arquivamento ou diretamente discordando (desde que tenha havido indiciação) e aplicando advertência ou suspensão de até 30 dias; se a comissão propõe aplicação de pena de advertência, a autoridade instauradora pode julgar concordando com a aplicação de advertência ou discordando e arquivando ou aplicando suspensão de até 30 dias; por fim, se a comissão propõe aplicação de pena de suspensão de até 30 dias, a autoridade julgadora pode concordar com a aplicação de pena de suspensão de até 30 dias ou discordando e arquivando ou aplicando advertência; e aqui todas as referências a suspensão de até 30 dias significam a proposta ou a aplicação da pena com qualquer *quantum* dentro deste limite.

Cabe aqui discorrer que o padrão da atuação correcional na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) é de o Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor) figurar como autoridade instauradora, sem prejuízo de hipóteses residuais, a cargo de titulares de unidades fiscais ou de o Corregedor fazê-lo. Em geral, aqui, ao se empregar o gênero “autoridade instauradora”, na prática significa mencionar o Chefe de Escor (embora, a rigor, caibam na passagem as demais autoridades) e, ao se especificar “Chefe de Escor” já se o faz com o aspecto pragmático de refletir a imensa maioria das possibilidades acerca do que se aborda quanto à competência instauradora.

Excepciona-se a afirmação acima de a autoridade instauradora poder julgar

diretamente quando a comissão, liminarmente, sem sequer indiciar (e, portanto, sem coletar defesa escrita), propõe arquivamento e a autoridade discorda, cogitando de responsabilizar o servidor. Óbvio que tal hipótese, de imediato, escora-se na situação prevista no § 4º do art. 167 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, quando a proposta de arquivamento por parte da comissão é flagrantemente contrária à prova dos autos (pois, conforme art. 168 da mesma Lei, em princípio, o relatório é de ser acatado). Neste caso, conforme já abordado em **4.10.1.1**, por respeito a garantias constitucionais fundamentais da pessoa (devido processo legal, ampla defesa e contraditório), que tornam inadmissível que se cogite de responsabilização do servidor sem formalizar acusação e sem assegurar-lhe a faculdade de dela se defender, a autoridade não pode julgar de forma direta, restando-lhe declarar incompleta a instrução, anular o relatório e designar nova comissão, com os mesmos integrantes ou não, para retomar os trabalhos.

> *"Como não há, nesses casos, apresentação formal de defesas escritas dos acusados, não poderá a autoridade julgadora, quando divergir das conclusões dessas comissões, condenar, de maneira alguma, os servidores imputados. Como dissemos acima, a única alternativa para essas discrepâncias consiste em a autoridade hierárquica dar por encerradas essas comissões de processo e, em seus lugares, designar novos colegiados, para que os procedimentos sigam todos os seus passos." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 232, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Em **4.10.4.1** se abordará a hipótese de a conclusão adotada pela autoridade configurar agravamento em relação ao enquadramento e à apenação proposta pela comissão (diferente da situação acima, pois neste caso terá havido indiciação e defesa escrita).

Tendo figurado o Chefe de Escor como autoridade instauradora, a competência para esta autoridade julgar, arquivando ou aplicando penas brandas, conforme descrito acima, não é afastada mesmo se a representação ou denúncia foi recebida pela Coger, tramitou pelo Grupo Nacional de Investigação (GNI) e pelo Grupo Nacional de Pareceristas (GNP) e daí foi remetida ao Escor. Se a proposta da comissão e a decisão da autoridade são cabíveis na competência do Chefe do Escor, o processo não deve ser retornado à Coger para arquivamento ou aplicação de penas brandas, sendo certo que a unidade central posteriormente tomará conhecimento da conclusão adotada, por meio dos controles administrativos estabelecidos em **4.10.6.3**.

Por outro lado, na segunda hipótese, se a comissão propõe uma conclusão cabível na competência do Chefe de Escor (arquivamento, considerando ter havido indiciação, ou aplicação de pena de advertência ou de suspensão de até 30 dias), com a qual, motivadamente, esta autoridade não concorda (por ser flagrantemente contrária à prova dos autos), entendendo ser cabível pena de suspensão superior a 30 dias ou pena expulsiva, ou, na terceira hipótese, se a comissão propõe uma pena incabível na competência do Chefe de Escor (aplicação de pena de suspensão superior a 30 dias ou de pena expulsiva), independentemente de ele concordar ou não, nestes casos, não sendo competente para julgar, a autoridade instauradora deve remeter o processo, conforme o § 1º do art. 167 da Lei nº 8.112, de 1990, mediante despacho, na via hierárquica, para a autoridade competente para fazê-lo, qual seja, o Corregedor, no caso de pena de suspensão de 31 a 90 dias, e ao Ministro de Estado da Economia, no caso de pena expulsiva, o qual, para isto, contará com o assessoramento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). Nesta última tramitação hierarquizada, o processo disciplinar deve passar pelo Corregedor, que o despacha para Secretário Especial da Receita Federal do Brasil.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 167.*
> *§ 1º Se a penalidade a ser aplicada exceder a alçada da autoridade instauradora do processo, este será encaminhado à autoridade competente, que decidirá em igual prazo.*

A competência para o julgamento do processo disciplinar será, em regra, fixada pela pena proposta (que, em princípio, se presume coerente com o enquadramento adotado) - daí porque se reforça a interpretação de que a Lei nº 8.112, de 1990, permite que a comissão proponha a pena e, mais que isto, se recomenda que assim se faça no relatório, inclusive quantificando os dias em caso de suspensão, conforme já aduzido em **4.9.2**. Afinal, se o parágrafo único do art. 168 menciona "penalidade proposta", esta propositura somente pode ser dar por parte da comissão; ou seja, cabe ao colegiado propor penalidade à autoridade julgadora. Se, a despeito desta recomendação, a comissão concluir por responsabilização mas não propuser pena, a competência julgadora será demarcada pela pena associada ao enquadramento aposto no relatório. Acrescente-se também, obviamente, a lícita possibilidade de a comissão propor arquivamento, hipótese em que a competência julgadora recai sobre a autoridade instauradora.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.*
> *Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.*

Assim, de uma forma ou de outra, o momento em que se fixa a competência da autoridade julgadora é nitidamente distinto do momento em que se realiza o julgamento. Não é por acaso que a regra de competência julgadora está localizada no Título IV, art. 141 da Lei nº 8.112, de 1990, enquanto o dispositivo que permite à autoridade julgadora não acatar o relatório da comissão consta do Título V, art. 168 da mesma Lei.

Como consequência, se houver proposta de pena média ou de pena grave por parte da comissão, não pode a autoridade instauradora, discordando do relatório, usurpar a competência da autoridade hierarquicamente superior, a pretexto de aplicar pena mais branda ou de arquivar o processo.

Esta providência de despacho para autoridade superior é extraída da interpretação do inciso I do art. 141 da Lei nº 8.112, de 1990, cuja inteligência é do afastamento da autoridade julgadora em relação ao acusado passível de pena capital (tanto que, originalmente, a Lei atribuía ao Presidente da República). No caso específico da RFB, assim já se manifestou a PGFN, no Parecer PGFN/CJU nº 2.133/2002 (vinculante, vez que o Parecer foi aprovado pelo então Ministro de Estado da Economia, de acordo com o art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 10/03/93, conforme aduzido em **3.3.5)**:

> *Parecer PGFN/CJU nº 2.133/2002: "19. A competência para o julgamento do processo será, em regra, fixada pela tipificação da infração dada pela comissão, sob pena de se permitir que a autoridade hierarquicamente inferior possa, a seu talante, suprimir a competência da autoridade superior.*
> *21. O momento em que se fixa a competência da autoridade julgadora é nitidamente distinto do momento em que se realiza o julgamento. Não é por acaso que a regra de competência está localizada no Título IV, Capítulo V, art. 141 do Estatuto, enquanto o dispositivo que permite à autoridade julgadora desprezar o relatório da comissão consta do Título V, Capítulo III, Seção II da Lei nº 8.112/90.*
> *22. Somente a autoridade competente para julgar poderá, quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade. Ou seja, julgar de modo diverso daquele tipificado pela comissão.*
> *25. Apontada pela comissão processante a pena de demissão, não pode a autoridade instauradora, discordando do relatório, usurpar a competência da autoridade hierarquicamente superior, a pretexto de aplicar pena mais branda."*

Obviamente, na segunda hipótese anteriormente mencionada, em que a autoridade instauradora atua contrariando a conclusão proposta pela comissão, este ato administrativo requer, como parâmetro de validade, a motivação. Desta forma, a autoridade instauradora precisará manifestar a motivação do despacho para autoridade superior. No caso de entender ser cabível suspensão superior a trinta dias ou pena expulsiva, em função da possível gradação, a autoridade instauradora deve, além de expor sua motivação, informar a natureza, a gravidade da infração, os danos provenientes para o serviço público, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os antecedentes funcionais, a relação de causalidade e a culpabilidade, que lhe levaram a concluir por esta pena, conforme o *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, e o art. 16 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.

Ainda nesta segunda hipótese, em que a comissão propõe arquivamento ou aplicação de pena branda e o Chefe de Escor entende pela aplicação de pena grave, nos termos do citado Parecer PGFN/CJU, como a competência está vinculada à pena proposta da comissão, pode o Corregedor (ou até o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil) comungar com a comissão e legitimamente arquivar ou aplicar a pena branda (pois possui competência para tal), sem necessidade de fazer o processo chegar à PGFN (visto que a comissão não propôs pena grave). O mesmo se aplica nas residuais hipóteses em que o Corregedor figura como autoridade instauradora, em relação ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil. Em um mesmo processo em que se configurou esta situação, assim já se manifestou a PGFN, por duas vezes, de forma vinculante:

> *Parecer PGFN/CJU nº 1.687/2002: "43. (...) o inciso III do art. 141 da Lei 8.112/90 autoriza o julgamento pela Corregedoria-Geral, haja vista a concordância com a conclusão da comissão processante, que entendeu que a penalidade cabível para o caso é a de advertência por escrito."*
>
> *Parecer PGFN/CJU nº 1.920/2003: "31. a) IV - outrossim, ao atribuir ao Presidente da República a competência para decretar a demissão de servidores públicos federais, o legislador, certamente, pretendeu, diante da gravidade da pena, reduzir a ocorrência de injustiças em decisão de tamanha importância para a vida do indiciado, não pretendendo submeter a Sua Excelência, obviamente, todos os processos em que o responsável por um determinado órgão, contrariando a manifestação do chefe de outro de hierarquia superior e da comissão de inquérito, julgasse cabível a aplicação da penalidade.*
> *34. Por tudo que aqui foi exposto, julgamos não ter ficado comprovada a existência de vício insanável que nos deixasse com a convicção de que deveria ser declarada a nulidade do julgamento realizado pelo Sr. Corregedor-Geral Substituto, mesmo porque a decisão daquela autoridade, a nosso ver, além de encontrar amparo no Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, guardou coerência com o que consta dos autos."*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/5.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/5: "10. Uma vez que o parágrafo único do art. 168 menciona "penalidade proposta", comissão de inquérito (CI), em seu relatório, deve, na hipótese de conclusão responsabilizadora, não só indicar o enquadramento da infração apurada como também propor a penalidade cabível (inclusive o quantum, de um a noventa dias, em caso de suspensão), além de expor, em todos os casos, os elementos de dosimetria, elencados no caput do art. 128 e no § 2º do art. 165, todos da Lei nº 8.112, de 1990. Como consequência, a Instrução Normativa CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, à qual se submetem os órgãos que compõem o Sistema de Correição do Poder Executivo federal, prescreveu que a competência para o julgamento é fixada pela penalidade proposta pela CI no relatório.*
> *11. O enquadramento do ilícito e, sobretudo, a sanção disciplinar sugerida no relatório da CI definem a autoridade competente para julgar o PAD. O caput*

> *do art. 168 da Lei nº 8.112, de 1990, demonstra, inclusive, a relevância de tal peça processual para o julgamento.*
> *12. Então, se o relatório estiver de acordo com as provas dos autos, e a CI propuser o arquivamento do PAD ou a aplicação de advertência, o julgamento caberá à autoridade instauradora, isto é, como regra geral, ao Chefe de Escor da região fiscal da unidade de lotação ou de exercício do acusado no momento em que o PAD foi instaurado ou, excepcionalmente, ao Corregedor.*
> *13. Já no caso de suspensão, apesar de o art. 12 da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, ter indicado de maneira genérica a autoridade instauradora como responsável pelo julgamento do procedimento correcional contraditório, a autoridade julgadora será determinada considerando-se a quantidade de dias proposta pela CI em seu relatório, por força do estabelecido no inciso V do art. 354 e no inciso III do art. 356, ambos do Regimento Interno da RFB, e do estabelecido na Portaria ME nº 406, de 2020. Logo suspensão superior a trinta dias deverá ser aplicada apenas pelo Corregedor.*
> *14. Por fim, na hipótese de sugestão de demissão ou cassação de aposentadoria, o PAD será julgado pelo Ministro de Estado da Economia."*

Cabe ainda um outro desdobramento: caso a comissão proponha arquivamento (tendo indiciado o acusado) ou aplicação de pena branda e o Chefe de Escor entenda pela aplicação de pena grave, pode o Corregedor aplicar pena de suspensão de 31 a 90 dias. Obviamente, também pode o Corregedor aplicar esta pena média, em concordância com a proposta de comissão, a despeito de o Chefe de Escor entender pela aplicação de pena grave.

Não obstante, cabe afirmar, em sentido contrário, que, pela literalidade do inciso II do art. 15 da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, e por não ter amparo no princípio da hierarquia (já que não é hierarquicamente superior de Chefe de Escor e do Corregedor), não cabe à Corregedoria do Ministério da Economia (Coger-ME) arquivar ou aplicar penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias em casos de instauração a cargo do sistema correcional da RFB e muito menos na hipótese excepcional de o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil ter figurado como autoridade instauradora, sem prejuízo das competências daquela unidade setorial de correição se manifestar ou prestar informações ao Ministro de Estado da Economia, conforme autorizam os incisos IX e X do Anexo I do art. 12 do Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019.

> *Decreto nº 9.745, de 2019 - Anexo I - Art. 12. À Corregedoria compete:*
> *IX - manifestar-se previamente sobre processo administrativo disciplinar ou sindicância oriundos de outras corregedorias, cuja competência para julgamento seja do Ministro de Estado, por meio de determinação deste, sem prejuízo das competências da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;*
> *X - prestar ao Ministro de Estado informações específicas sobre procedimento disciplinar em curso ou encerrado, investigativo ou punitivo, e requisitar cópia dos autos ou, sempre que necessário, vista dos originais para a mesma finalidade, no âmbito dos órgãos do Ministério;*
>
> *Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 15. No âmbito do Ministério da Fazenda, as sindicâncias disciplinares e os processos administrativos disciplinares serão julgados:*
> *I - pelo Ministro de Estado da Fazenda, nas hipóteses de aplicação das penas de demissão, suspensão superior a trinta dias, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão ou destituição de função comissionada; e*
> *II - pela autoridade instauradora do feito disciplinar, na hipótese de aplicação da pena de advertência ou suspensão de até trinta dias.*

Neste rumo, demonstra-se válido adentrar ainda mais na ramificação da segunda hipótese de início apresentada e enfrentar uma situação complexa que se configuraria caso a comissão proponha uma conclusão cabível na competência do Chefe de Escor (de

arquivamento, por exemplo), ao passo que este, por sua vez, discordando de tal proposta por considerar que afronta a prova dos autos, entende ser aplicável uma pena da alçada ministerial (demissão, por exemplo) mas reconhece já estar prescrita a respectiva punibilidade. A possibilidade merece apreciação pois poderia surgir dúvida se cabe a este Chefe de Escor proceder ao arquivamento, em razão da prescrição por ele detectada, ou se, em virtude da sua própria percepção de mérito, de que caberia apenação da alçada ministerial, deveria remeter o julgamento ao Ministro de Estado da Economia. Nesta situação bastante incomum, é de se ratificar que o julgamento compete ao Ministro de Estado da Economia, não cabendo ao Chefe de Escor, à vista de sua percepção de que a prescrição estaria configurada, exarar o julgamento e arquivar o feito.

E, na terceira hipótese anteriormente mencionada, mesmo que a autoridade instauradora extrapole sua competência e determine o arquivamento ou advirta ou suspenda o servidor, o ato é nulo e passível de retificação pela autoridade efetivamente competente para julgar, eliminando-se os efeitos da primeira decisão e prevalecendo apenas o último ato (não ocorre dupla penalização). Assim se manifestou a Advocacia-Geral da União (AGU), no Parecer AGU nº GQ-177, vinculante:

> *Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: "Ementa: Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato. (...) O julgamento de processo disciplinar de que advém a aplicação de penalidade mais branda que a cominada em lei, efetuado pela autoridade instauradora, não obsta que aquela efetivamente competente julgue e inflija a punição adequada, sem que esse ato caracterize dupla irrogação de pena, em razão de um mesmo fato ilícito."*
>
> *Formulação Dasp nº 29. Retificação de penalidade*
> *A retificação de uma penalidade, para substitui-la por outra mais adequada, não importa em duplicidade de punição, desde que a segunda invalida a primeira.*
>
> *Parecer Dasp. Servidor suspenso - Demissão pelo mesmo fato adequada*
> *Servidor suspenso. Posterior proposta de demissão, em virtude de inquéritos em razão do mesmo fato. Não ocorre duplicidade de punição, mas, sim, ato reparador de inadequação de punição disciplinar.*

Nas hipóteses em que a pena proposta da comissão já ultrapassa a competência da autoridade instauradora, esta até pode, se quiser, se manifestar nos autos, expondo, em caráter propositivo, sua opinião de concordância ou de discordância com o relatório. Não sendo obrigatória tal manifestação, também pode a autoridade instauradora remeter o processo para julgamento do Corregedor, em caso de suspensão por mais de trinta dias, mediante despacho que informe tão somente os parâmetros do *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, e do art. 16 do Decreto nº 9.830, de 2019; ou para julgamento do Ministro de Estado da Economia, em caso de demissão ou cassação de aposentadoria, em que não cabe gradação, feita mediante despacho sumário, visto que aqueles parâmetro não alteram a pena.

Tendo se cogitado inicialmente de pena que ultrapassa a competência da autoridade instauradora, se, todavia, ao final, a autoridade julgadora entender pelo arquivamento ou pela aplicação de pena branda, cabe a ela mesma julgar e determinar o arquivamento ou aplicar a pena, não se justificando fazer o processo retornar à autoridade instauradora para que esta arquive, advirta ou suspenda o servidor (pois não faria sentido impor convicção de julgamento à autoridade inferior).

Em todas as hipóteses, se o processo disciplinar tiver mais de um acusado e houver diversidade de propostas de penas, se a pena mais grave de que se cogita exceder a

competência da autoridade instauradora, o julgamento como um todo ficará a cargo doa autoridade competente para o julgamento mais gravoso (Corregedor, caso a proposta mais grave seja de pena de suspensão de 31 a 90 dias, ou Ministro de Estado da Economia, caso a proposta mais grave seja de pena expulsiva), inclusive para servidores a serem inocentados ou punidos com advertência ou suspensão de até 30 dias.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 167.*
> *§ 2º Havendo mais de um indiciado e diversidade de sanções, o julgamento caberá à autoridade competente para a imposição da pena mais grave.*

Também é de se destacar a hipótese de haver divergência de votos no relatório da comissão, com os seguintes desdobramentos. Caso todas as propostas encetadas nos votos divergentes referentes a um único acusado, caibam na competência de uma única autoridade (seja o Chefe de Escor - a exemplo de uma proposta de arquivamento, outra de aplicação de advertência e uma terceira de aplicação de suspensão de até trinta dias -, seja o Corregedor - a exemplo de uma proposta de suspensão de 45 dias, outra de aplicação de suspensão de 60 dias e uma terceira de aplicação de suspensão de 90 dias), indubitavelmente a estes respectivos agentes caberá o julgamento - a menos de proposta de agravamento motivadamente proferida. Caso haja maioria de votos com propostas cabíveis na competência do Chefe de Escor ou na competência do Corregedor e estas autoridades tenham convicção de julgamento inserido em suas competências, é aceitável que julguem, motivando a desconsideração do voto divergente agravador; em sentido oposto, caso haja maioria de votos com propostas cabíveis na competência ministerial, incumbe ao Chefe de Escor (ou ao Corregedor), independentemente de sua convicção, encaminhar os autos para o titular da Pasta. Não obstante as premissas apriorísticas anteriores, é de se retornar à hipótese em que um único integrante proponha pena que exceda a competência da autoridade instauradora e o Chefe de Escor concorde com este único voto mais gravoso para se defender a possibilidade de esta autoridade correcional remeter os autos para o julgamento a cargo do Ministro de Estado da Economia (não obstante, sem prejuízo de, no curso desta tramitação, o Corregedor adotar o entendimento mais brando e cabível em sua competência e, discordando daquela autoridade instauradora, assumir a responsabilidade de julgar sem remeter ao titular da Pasta).

A incursão neste tema obriga, por fim, o aprofundamento exaustivo para buscar também a hipótese de empate divergente no relatório preferido por dupla processante em rito sumário e trazer ainda a hipótese extremamente incomum (e até mesmo, a rigor, descumpridora do comando imposto pelo § 1º do art. 165 da Lei nº 8.112, de 1990, que exige da comissão um relatório conclusivo) de tripla divergência. Nestas duas hipóteses, em que não se identifica uma posição majoritária e uma posição minoritária do colegiado, tendo havido um voto propositivo de pena de maior alçada (do Ministro de Estado da Economia, caso haja uma mais grave proposta, de pena expulsiva; ou do Corregedor, caso haja uma mais grave proposta, de suspensão superior a trinta dias), recomenda-se a postura mais conservadora - a fim de eliminar possível alegação de usurpação de incompetência - de se remeter o julgamento para a autoridade de maior alçada.

Quando o processo é objeto de desmembramento, conforme aduzido em **4.2.3**, convém que a autoridade instauradora, ao remeter os autos para julgamento, mencione esta peculiaridade e informe o nº dos demais processos desmembrados (mesmo que ainda estejam em apuração ou já tenham sido arquivados), como forma de prevenir decisões discrepantes.

Independentemente de sobre qual autoridade recaia a competência para julgar, destaque-se que se iniciou o presente tópico com a premissa de que os autos encontram-se aptos para análise de mérito (ou seja, não há necessidade de refazimento ou de ultimação dos trabalhos). Não obstante, pode ocorrer de a autoridade efetivamente competente para julgar o mérito de determinada proposta de apenação considerar a instrução probatória incompleta e ver-se então obrigada a determinar a complementação dos trabalhos. Aplicam-se, portanto, a

esta hipótese, os argumentos já expostos em **4.10.1.2** e **4.10.1.3**, acerca da necessidade de designar nova comissão e acerca da contraposição entre a competência da autoridade e a convicção do colegiado, hipótese em que o ato necessário para o julgamento deve ser realizado para que a autoridade possa exercer seu inafastável dever de bem julgar.

Por fim, resta inequívoco que, se por qualquer motivo, o relatório da comissão, com proposta de aplicação de determinada pena (ou de arquivamento), é declarado nulo pela autoridade instauradora ou julgadora, será a proposta de pena (ou de arquivamento) constante do segundo relatório que firmará a competência para efetivamente se julgar e se aplicar a pena, se for o caso, já que, se o relatório original foi julgado nulo, juridicamente, é como se ele nunca sequer tivesse existido. Daí decorre que, caso haja relevante diferença nas propostas dos dois relatórios, pode ser que, ao final, a autoridade julgadora do segundo relatório não seja a mesma que julgou (e anulou) o primeiro.

Assim, por exemplo, se a comissão originalmente propôs aplicação de pena de demissão e o julgamento preliminar (seja feito pela própria autoridade instauradora, por outra autoridade de hierarquia superior a esta ou eventualmente até pela autoridade julgadora original, o Ministro de Estado da Economia) anulou este relatório e se o segundo relatório vier a propor arquivamento ou aplicação de pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias, o segundo julgamento caberá à autoridade instauradora. Por outro lado, ainda exemplificando, se a comissão propôs arquivamento ou aplicação de pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias e o julgamento da autoridade instauradora anulou este relatório e se o segundo relatório vier a propor pena de demissão, o segundo julgamento será ministerial.

4.10.3.2 - Atos de Assessoramento do Julgamento (Pareceres)

Embora não haja expressa imposição legal, aqui no sentido estrito de lei e ainda mais especificamente estrito da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, não só o processo disciplinar pode ser alvo de apreciações de todas as autoridades por que passe na via hierárquica entre a autoridade instauradora e a autoridade julgadora, após a entrega do relatório da comissão, como também podem as autoridades intermediárias ou julgadora se valerem de tais análises jurídicas, geralmente expressadas na forma de pareceres opinativos ou propositivos, com o fim de embasarem suas decisões.

O Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, em seu art. 2º, ao regulamentar o art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), sobre necessidade de motivação em casos de decisão, permite, no § 3º, o amparo da autoridade em construções jurídicas antecedentes, como pareceres.

> *Decreto nº 9.830, de 2019 - Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.*
> *§ 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.*
> *§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.*
> *§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.*

Ainda com base neste Decreto, a rigor, o ato do julgamento em si deveria conter toda argumentação de motivação jurídica da decisão. Mas, como o ato de julgamento se ampara no parecer de assessoramento, fica esta peça prévia incumbida de expor a motivação jurídica de

decidir, nos termos expostos pelo *caput* e pelos §§ 1º e 2º do art. 2º.

E até convém mesmo que assim aja a autoridade, seja se reportando a assessoramentos diretos em sua própria unidade, seja - quando possível e autorizado ou previsto em norma - se reportando aos órgãos formais de consultoria jurídica do Poder Executivo federal (como a Advocacia-Geral da União - AGU e, no caso mais específico do Ministério da Economia, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN), conforme também entende a jurisprudência.

> *STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.619, Voto: "Ressalte-se que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é legítimo à "autoridade competente para a prática de um ato motivá-lo mediante remissão aos fundamentos de parecer ou relatório conclusivo elaborado por autoridade de menor hierarquia" (MS 25518, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 10.8.2006)"*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 25.518: "Ementa: III. Servidor público: demissão: motivação suficiente do ato administrativo. 1. Nada impede a autoridade competente para a prática de um ato de motivá-lo mediante remissão aos fundamentos de parecer ou relatório conclusivo elaborado por autoridade de menor hierarquia (AI 237.639-AgR, 1ª T., Pertence, DJ 19.11.99). 2. Indiferente que o parecer a que se remete a decisão também se reporte a outro parecer: o que importa é que haja a motivação eficiente - na expressão de Baleeiro, controlável a posteriori."*
> *Idem: STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 237.639*
>
> *STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.526: "Ementa: 2. É permitido ao agente administrativo, para complementar suas razões, encampar os termos de parecer exarado por autoridade de menor hierarquia. A autoridade julgadora não está vinculada às conclusões da comissão processante. Precedentes: [MS n. 23.201, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 19.08.2005 e MS n. 21.280, Relator o Ministro Octávio Gallotti, DJ de 20.03.92]."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 9.657: "Ementa: 4. Consoante já se manifestou esta Corte, não há vedação quanto à adoção, pela Autoridade Ministerial, do parecer de sua Consultoria Jurídica, devidamente fundamentado, como verificado na hipótese dos autos."*

Destaque-se que eventual provocação para que a AGU atue no curso da instrução probatória (por exemplo, postulando em juízo para obtenção de provas de ação penal ou a favor da quebra de sigilo bancário) não impede sua posterior atuação na fase de julgamento (por meio de Parecer da PGFN, por exemplo, como é o caso dos julgamentos de competência do Ministro de Estado da Economia), conforme novamente assevera a jurisprudência.

> *Mandado de Segurança nº 14.504: "Ementa: 4. Admite-se a atuação da Advocacia-Geral da União no processo disciplinar como auxiliar da comissão processante junto ao Poder Judiciário na obtenção de provas produzidas na ação penal intentada sob os mesmos fatos investigados na esfera administrativa."*
> *Voto: "(...) Destacou o autor da ação ser indevida a interferência da Advocacia-Geral da União na fase de instrução, pois esse mesmo órgão, ao término do procedimento, participa do julgamento do feito. Sem razão, contudo, o impetrante. (...) Na espécie, o servidor investigado, auditor da receita federal, era vinculado ao Ministério da Fazenda, sendo o ministro desta Pasta o juiz natural do processo administrativo disciplinar e não o Advogado-Geral da União. Ainda, a função da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, na esfera administrativa, é de assessoramento e orientação dos dirigentes do Poder Executivo Federal, para dar segurança jurídica aos atos administrativos*

> *que serão por eles praticados. Assim, o parecer apresentado no processo administrativo disciplinar tem cunho meramente informativo. Não há se falar, portanto, que a Advocacia-Geral da União teria participação no julgamento do feito. De outro vértice, observa-se ter sido a Advocacia-Geral da União acionada tão somente para solicitar documentos colacionadas nos autos da ação penal em trâmite na Justiça Federal contra o investigado, cujos fatos se relacionavam com o inquérito administrativo. Outra não poderia ter sido a atitude da comissão processante, uma vez que ela, ou seus membros, não possuem poder postulatório, pressuposto processual para estar em juízo, qualidade esta intrínseca à Advocacia-Geral da União, nos termo do artigo 131 da Constituição Federal."*

Desde sua criação, o sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) adota a praxe administrativa de, na fase de julgamento, os processos disciplinares sempre contarem com parecer de análise, de caráter opinativo e propositivo, elaborado internamente. Independentemente de quem seja o acusado e de qual seja a decisão, de arquivar o feito ou de responsabilizar o servidor, este parecer, como assessoramento do ato da autoridade, elaborado por qualificado corpo técnico, propicia eficiência e maior grau de robustez e de segurança aos trabalhos.

Historicamente, por cerca de vinte anos, este parecer era realizado sem expressa previsão sequer em norma interna por servidor *a priori* lotado no Escritório de Corregeoria (Escor) de origem do processo ou na Corregedoria (Coger, no caso excepcional de o Corregedor figurar como autoridade julgadora em decorrência de ter instaurado o processo), ultimamente em sua Divisão de Análise Correcional (Diaco).

Não obstante, no grau de elaboração experimentado por este sistema correcional, foi instituído o Grupo Nacional de Pareceristas (GNP), por meio da Portaria Coger nº 171, de 17 de junho de 2019, inserindo-se em suas incumbências, elaborar o parecer de análise processual, tornado obrigatório, nos termos do *caput* do seu art. 1º e do seu art. 2º. A criação do GNP teve como motivações a melhor organização do fluxo de trabalho e a uniformização sistêmica de entendimentos, tanto em fase de admissibilidade quanto em termos de análise preparatória para julgamento.

O GNP, de abrangência nacional, tem seu trabalho administrado por dois Coordenadores, a quem também incumbe designar os membros, lotados em diversos Escor, e distribuir-lhes carga de trabalho, em modelo de exclusividade (somente os Coordenadores do GNP distribuem trabalho aos integrantes do Grupo, de forma que se dedicam excusivamente à feitura dos pareceres, restando praticamente sem tarefas atribuídas por suas chefias imediatas, no âmbito dos Escor), conforme se depreende dos §§ 2º e 3º do art. 1º da Portaria RFB nº 171, de 2019. Com isto, um processo disciplinar advindo de determinado Escor e de determinada Região Fiscal até pode receber parecer de integrante do GNP lotado na mesma jurisdição, mas não necessariamente.

> *Portaria Coger nº 171, de 2019 - Art. 1º Instituir o Grupo Nacional de Pareceristas (GNP), a ser composto pelos servidores da Corregedoria da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) relacionados no Anexo I.*
> *§ 2º A inclusão e exclusão de membros e a designação de Supervisores do GNP serão promovidas, por meio de portaria, por seus Coordenadores.*
> *§ 3º A carga de trabalho dos membros do GNP será distribuída com exclusividade por seus Coordenadores a partir de 1º de janeiro de 2020.*
> *Art. 2º Compete ao GNP emitir pareceres e informações correcionais para subsidiar a atuação das unidades, subunidades e grupos da Corregedoria da RFB, incluindo os pareceres sobre existência de conflito de interesses, os pareceres em processos de consulta em matéria correcional e as informações decorrentes de pedido de acesso à informação, nos termos da Lei nº 12.527, de*

> *18 de novembro de 2011. (Redação dada pela Portaria Coger nº 4, de 15 de outubro de 2021).*

Após a entrega do processo pela comissão, a autoridade instauradora (Chefe do Escor ou, excepcionalmente, Corregedor) o encaminha para a Coordenação do GNP, que o distribui para algum membro do Grupo elaborar o parecer de análise processual. No caso de proposta arquivamento ou de aplicação de pena inserida na competência da autoridade instauradora, ao final de sua peça, o parecerista deve propor que acate ou não o relatório da comissão e, consequentemente, que arquive o feito ou que aplique a pena cabível ou ainda que remeta ao Ministro de Estado da Economia, na hipótese de entender que a ilicitude merece pena expulsiva. E mesmo no caso de proposta de pena cuja competência para aplicar é ministerial, o parecer do GNP também se manifesta acerca do acatamento ou não da conclusão da comissão e, na sequência cabe apenas à a autoridade instauradora encaminhar os autos ao Ministro de Estado da Economia, via Corregedor, Secretário Especial da Receita Federal do Brasil e PGFN, que também emitirá sua manifestação propositiva para o julgador. Esta análise realizada pela PGFN, antes de decisão ministerial, é obrigatória, nos termos da alínea "b" do inciso I do Anexo I art. 29 do Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019, e do art. 5º do Decreto nº 11.123, de 7 de julho de 2022.

> *Decreto nº 9.745, de 2019 - Anexo I - Art. 29. À Procuradoria-Geral Adjunta de Consultoria de Contratos e Disciplina compete: (Redação dada pelo Decreto nº 10.072, de 2019)*
> *I - planejar, coordenar e supervisionar as atividades de consultoria e assessoria jurídicas, incluídas as propostas de atos normativos sobre: (Redação dada pelo Decreto nº 10.072, 18 de outubro de 2019)*
> *a) licitações, contratos e outros ajustes de direito administrativo; e (Incluído pelo Decreto nº 10.072, de 2019)*
> *b) assuntos disciplinares e de probidade administrativa, encaminhados ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional e aos dirigentes de órgãos superiores integrantes da estrutura do Ministério; (Incluído pelo Decreto nº 10.072, de 2019)*
> *II - articular-se com as unidades descentralizadas da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional quanto à consultoria e à assessoria jurídicas de sua competência, com vistas a uniformizar o entendimento no âmbito do órgão; (Redação dada pelo Decreto nº 10.072, de 2019)*
> *III - desenvolver atividades relacionadas à prevenção e à repressão à corrupção, e articular-se com órgãos e entidades da administração pública direta e indireta para possibilitar a efetivação das medidas a serem adotadas; e (Redação dada pelo Decreto nº 10.072, de 2019)*
> *IV - executar as atividades relacionadas ao Sistema de Correição do Poder Executivo federal, conduzindo ou controlando investigações e processos administrativos disciplinares de interesse da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, respeitada a competência da Corregedoria-Geral da Advocacia-Geral da União. (Redação dada pelo Decreto nº 10.072, de 2019)*
>
> *Decreto nº 11.123, de 2022 - Art. 5º As delegações e subdelegações de que trata este Decreto não afastam a necessidade de aplicação de outras normas sobre a matéria ou a necessidade de prévia manifestação do órgão de assessoramento jurídico.*

A procedimentalização segue disciplinada na Ordem de Serviço (OS) Coger nº 1, de 27 e junho de 2019, mais especificamente em seu art. 7º.

> *OS Coger nº 1, de 2019 - Art. 7º Após concluído, o processo administrativo disciplinar ou de responsabilização de pessoa jurídica será encaminhado ao GNP para fins de elaboração de parecer para subsidiar a decisão da autoridade competente para a realização do julgamento.*

Ao estabelecer em norma própria a obrigatoriedade de um parecer analítico ao fim do trabalho da comissão, para amparar a decisão da autoridade julgadora interna ou para ser somado ao parecer posterior da PGFN de amparo de decisão ministerial, o sistema correcional da RFB agrega qualidade, isenção, impessoalidade, distanciamento, pluralidade de opiniões, segurança jurídica e maior filtro ou crivo antes de se decidir a questão. Compreende-se que, em se tratando de matéria sensível, que potencialmente atinge relevante órbita de direitos de um servidor, como é o regime disciplinar, tanto mais se atua naquela linha positiva acima quanto mais agentes intervierem antes de uma gravosa decisão, sobretudo em casos com proposta de pena expulsiva. Neste rumo, tem-se a atuação em conformidade com a sábia e estável base principiológica, como é o caso dos primados caros à processualística disciplinar da razoabilidade, da eficiência e da impessoalidade.

Não obstante seu valor, na instância disciplinar, estas manifestações exaradas após o relatório da comissão até o julgamento são meros atos de assessoramento e preparatórios do julgamento, que não alteram o debate acerca do fato, protagonizado pela comissão e pelo indiciado, e tampouco prejudicam a defesa já apresentada, de forma a não requererem contraditório, pois não vinculam a autoridade julgadora, segundo manifestações da AGU, por meio do seu Parecer AGU nº GQ-177, e da doutrina. Se, por um lado, tais pareceres de análise de processo não são legalmente obrigatórios, por outro lado, obviamente, estando previstos em normas infralegais, sua existência no processo em nada inquina de vício o feito e tampouco vincula a autoridade superior.

> *Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: "Ementa: (...) O entendimento externado por Consultoria Jurídica, no respeitante a processo disciplinar, constitui-se em simples ato de assessoramento e não se reveste do poder de vincular a autoridade julgadora."*
>
> *"O exame de processo administrativo disciplinar, após sua conclusão, pela Consultoria Jurídica dos Ministérios e, nas autarquias e fundações públicas, pelos órgãos jurídicos que integram suas estruturas, a meu sentir, não pode ser entendido como desvio instrutório.*
> *É que o exame, em tais condições, constitui simples ato de assessoramento interno que se coloca na esfera exclusiva da conveniência do administrador que, aliás, dele poderá prescindir, valendo-se de seus conhecimentos para acolher ou rejeitar a conclusão que, a exemplo do parecer opinativo, não tem efeito vinculativo. Trata-se, pois, de medida de prudente cautela adotada, validamente, pelo julgador, visando o preparo da decisão a ser tomada, consoante a determinação legal." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 183, Editora Forense, 2ª edição, 2006*
> *"A despeito de a Lei federal nº 8.112/1990 não prever a obrigatoriedade de obtenção de prévio parecer jurídico ao ato de julgamento, todas as razões apontam para que a providência seja observada, cautelarmente, como medida de preservação do interesse público na melhor solução do processo (princípio da precaução). (...)*
> *(...) deverá a autoridade julgadora de menor grau hierárquico ouvir, se tiver, sua assessoria direta (...). Ainda assim, o parecer de assessoria jurídica direta da autoridade julgadora, não constituída por advogados públicos de carreira, merece ser considerada, porquanto o que se afigura prejudicial é a cega acolhida, na integralidade, da proposta da comissão disciplinar pela autoridade julgadora, sem uma efetiva apreciação da justeza e correção de seus termos (...)." Antônio Carlos Alencar de Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pgs. 691 e 698, Editora Fortium, 1ª edição, 2008*

Convém aqui reproduzir, a título de recomendação, o teor de disciplinamento vigente no âmbito da AGU, voltado para seus órgãos consultivos, com o fim de uniformizar os

elementos mínimos que devem constar nas manifestações de apoio a julgamento de processos administrativos disciplinares. Embora esta normatização conjunta do Consultor-Geral da União, do Procurador-Geral Federal e do Corregedor-Geral da AGU, não seja vinculante para os demais órgãos da Administração Pública federal, é extremamente recomendável que se adote como referência a lista de tópicos e de temas a serem abordados em pareceres de tal natureza.

> *Portaria Conjunta AGU/CGU-PGF-CGAU nº 1, de 01/03/16 - Art. 1º A manifestação jurídica proferida no âmbito de órgão consultivo da Advocacia-Geral da União, em sede de apoio ao julgamento de procedimento disciplinar, aferirá, quando for o caso:*
> *I - a observância do contraditório e da ampla defesa;*
> *II - a regularidade formal do procedimento, com verificação da adequação dos atos processuais ao ordenamento jurídico vigente, em especial:*
> *a) se o termo de indiciamento contém a especificação dos fatos imputados ao servidor e as respectivas provas;*
> *b) se, no relatório final, foram apreciadas as questões fáticas e jurídicas, relacionadas ao objeto da apuração, suscitadas na defesa;*
> *c) se ocorreu algum vício e, em caso afirmativo, se houve prejuízo à defesa;*
> *d) se houve nulidade total ou parcial indicando, em caso afirmativo, os seus efeitos e as providências a serem adotadas pela Administração;*
> *III - a adequada condução do procedimento e a suficiência das diligências, com vistas à completa elucidação dos fatos;*
> *IV - a plausibilidade das conclusões da Comissão quanto à:*
> *a) conformidade com as provas em que se baseou para formar a sua convicção;*
> *b) adequação do enquadramento legal da conduta;*
> *c) adequação da penalidade proposta;*
> *d) inocência ou responsabilidade do servidor.*
> *Parágrafo único. No caso de submissão de processo administrativo disciplinar a julgamento antecipado, deverá ser aferida, conforme o caso, a aplicabilidade deste artigo.*
> *Art. 2º O disposto no art. 1º, incisos I, II e IV, "b", "c" e "d", não se aplica aos casos de sindicância investigativa e sindicância patrimonial.*
> *Art. 3º A manifestação de que trata o art. 1º conterá relatório sucinto dos fatos sob apuração, abordagem sobre os principais incidentes ocorridos no curso do processo, fundamentação e conclusão.*

Na esteira, é interessante mencionar a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do Parecer nº 226/2019/Conjur-CGU/CGU/AGU, que vem a ser um parecer da Consultoria Jurídica da Consultoria-Geral da União, órgão da AGU (CGU/AGU), na competência de assessoramento jurídico dos trabalhos no âmbito da Controladoria-Geral da União (CGU), também no sentido de esclarecer o papel de um parecer analítico ao fim do trabalho da comissão, que ao final cita a norma conjunta acima reproduzida

> *Parecer nº 226/2019/CONJUR-CGU/CGU/AGU: 53. Anteriormente à análise da conduta do acusado e dos respectivos enquadramentos legais,importa esclarecer que o parecer jurídico em matéria disciplinar tem a função de subsidiar adecisão da autoridade julgadora, de modo a se prevenir a prolação de uma decisão nãoconformada ao ordenamento jurídico.*
> *54. Nesse sentido, é competência desta Consultoria somente a análise de regularidade daapuração feita pela Comissão de PAD, consubstanciada no relatório conclusivo submetido aoórgão julgador (artigos 165 e 166 da Lei nº 8.112/90), não sendo seu dever legal apreciarponto a ponto da defesa e do material probatório produzido pela Comissão.*
> *55. Por outro lado, importa observar que os artigos 168, caput, e art. 167, §4º, da Lei n.º8.112, de 11 de dezembro de 1990, permitem a esta Consultoria, na produção de subsídios àautoridade julgadora, eventual análise discordante do*

> *relatório da Comissão quanto àsinfrações imputadas aos servidores e às conclusões de responsabilização ou inocência,somente quando contrária às provas dos autos.*
> *56. Com efeito, embora os dispositivos legais mencionados acima tenham conferido especialproteção ao Relatório Final produzido pela Comissão de PAD, dotada de independência eimparcialidade (art. 150), é dado a esta Conjur opinar, em assessoramento à autoridadejulgadora, nos limites da lei, quanto às conclusões trazidas pela CPAD.*
> *57. Nesse caso, resta claro que eventual revaloração das provas produzidas ou das infraçõesimputadas aos servidores não consistem em ingerência nas competências da Comissão e daautoridade julgadora, mas em opinião jurídica prestada com fundamento nas disposições daLei nº 8.112/90.*
> *58. Em outras palavras, ainda que não seja dado ao parecer jurídico realizar um juízo decerteza quanto aos fatos apurados pela Comissão, cabe a ele verificar se a conclusão daComissão é juridicamente convincente, isto é, plausível, nos termos do previsto na PortariaConjunta CGU-PGF-CGAU Nº 1, de 1º de março de 2016:*

Na mesma linha já defendida na indiciação e no relatório, a fim de facilitar o julgamento, se possível, sempre convém que, após suas análises e conclusões, o parecerista sintetize, em forma de tabela, para cada indiciado, os fatos de que se o acusa, as provas que amparam cada acusação fática, as folhas dos autos em que se encontram e os enquadramentos associados. Esta tabela é interessante para os posteriores intervenientes no processo que ainda venham a atuar no julgamento, decidinho de forma efetiva, pois, mesmo que se tenha de enfrentar uma longa leitura, a síntese deixa bem demarcada a convicção final deste ato de assessoramento, após ter sopesado as acusações e as teses de defesa.

Revendo o que já foi mencionado em **4.10.1**, uma vez ser comum que o processo administrativo disciplinar se apresente bastante volumoso, convém que o parecerista altere a ordem de leitura, começando do relatório. Presume-se que um relatório bem feito contenha uma síntese do fato concreto objeto da apuração e um resumo do rito processual (quais os atos de instrução realizados, a indiciação e a defesa). Prosseguindo, convém ler a indiciação e a defesa, confrontando um com o outro e cotejando com as conclusões constantes do relatório. Assim, ao se fazer a leitura dos atos de instrução propriamente ditos, na sequência de realização no processo, o parecerista já possui uma relativa noção do todo e um certo senso crítico, tanto em aspectos formais quanto de mérito, que lhe permitirão enfatizar a análise nos atos de instrução mais relevantes.

Não só a boa prática redacional mas também o Manual de Redação e Elaboração de Atos Administrativos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (Marea), aprovado pela Portaria RFB nº 1.086, de 18 de julho de 2018, recomendam que, em termos formais, o parecer de análise de processo se inicie com uma ementa, que apresente de forma extremamente sintética, o teor conclusivo da peça, seguida do corpo de texto em si, dividido em três tópicos básicos (aceitando-se livre subdivisão caso a caso em subtópicos). No primeiro tópico, meramente descritivo do conteúdo dos autos, convém que apenas se sintetize a fase do inquérito administrativo, resumindo tão somente os pontos relevantes para a formação de convicção (não sendo conveniente repetir literalmente cada termo de ato de instrução) e apenas mencionando a existência tempestiva ou não de defesa e o seu acatamento ou não pela comissão no relatório, dispensando reproduzir e analisar tese a tese. No segundo tópico, essencialmente analítico, apreciam-se as teses em preliminares (alegações de nulidade) e de mérito. Com o fim de evitar retrabalhos e repetições exaustivas de todas as consecutivas análises que se sucedem no curso de um processo administrativo disciplinar (desde o relatório da comissão até o julgamento), em ambos subtópicos, se o parecerista entende que a comissão esgotou com qualidade as análises das teses preliminares e que as conclusões de mérito guardam conformidade com as provas suficientes, não se justifica o retrabalho de repeti-las

integralmente, bastando fazer remissão ao relatório e, diante da satisfação e concordância com a extensão, com a profundidade e com as conclusões da peça da comissão, expressar que acata a peça do colegiado. Apenas se o parecerista avaliar que as análises da comissão não foram suficientes ou se discordar de seu mérito torna-se indispensável que individualize os temas e teses. Por fim, o terceiro e último tópico conclui que o servidor cometeu ou não a ilicitude e, consequentemente, propõe a responsabilização a cargo do Chefe do Escor (ou, excepcionalmente, do Corregedor) ou a remessa para o julgamento ministerial ou o arquivamento do feito. Sendo um texto em geral de razoável extensão, podendo atingir poucas dezenas de folhas, convém dedicar atenção às convenções formais de grafia de nomes compostos e de suas siglas e de menção a normas, expostos em **4.3.11.4**.

Na mesma linha acima defendida de como o parecerista pode se amparar no relatório da comissão, também a autoridade julgadora pode poupar o retrabalho e a repetição desnecessária, valendo-se do parecer de análise de processo, de viés opinativo ou propositivo. É possível e lícito que a decisão emanada pela autoridade julgadora, por si só, se sintetize em um termo conciso e enxuto e, sobretudo, que expresse apenas o acatamento do relatório da comissão postura apriorística, mas sem prejuízo da possibilidade de não acatar), a aprovação do parecer, sem reproduzir as linhas de argumentação jurídica daquelas duas peças antecedentes, e a adoção dos fundamentos do parecer, fazendo subentender que adotou as razões, argumentações e análises, enfim, a motivação exposta no parecer. Numa praxe conhecida e aceita na instância administrativa, a autoridade, regularmente amparada em parecer de seu assessoramento jurídico - conforme já analisado acima -, acata o relatório (em geral), aprova o parecer e adota como seus os fundamentos da peça informativa e pode então emitir uma decisão cuja motivação se lê na peça antecedente e à qual se reporta, na chamada motivação *aliunde*, prevista inclusive no § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de aneiro de 1999.

> *Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 50.*
> *§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.*

Abrindo-se um parêntese, relembre-se o já aduzido em **2.5.3.1**, de que é importante consolidar uma terminologia diferenciadora adotada no sistema correcional da RFB. De um lado, o parecer de análise de processo, que aqui se menciona, a exemplo do parecer de admissibilidade, é uma peça propositiva da lavra de um parecerista do GNP, dirigida ao Chefe do Escor (ou ao Corregedor). Não deve ser confundido com informação externa. A informação externa presta resposta a uma demanda externa à unidade emissora, como, por exemplo, quando um Escor ou a Coger presta subsídio a outra unidade do sistema correcional ou a outra unidade da RFB ou a órgão externo (como AGU, PGFN, Ministério Público Federal - MPF, Polícia Federal - PF, Controladoria-Geral da União - CGU, Poder Judiciário, por exemplo).

Retomando a questão da adoção do parecer de análise de processo, para aceitar aquela assertiva, faz-se necessário trazer à tona que a doutrina divide os atos administrativos nas espécies normativa (contêm um comando geral da Administração para a correta aplicação de uma lei), ordinatória (disciplinam o funcionamento da Administração por meio de provimentos, determinações ou esclarecimentos voltados a seus agentes), negocial (estabelecem uma relação negocial da Administração com agente particular), enunciativa (enunciam uma situação existente) e punitiva (contêm uma sanção imposta pela Administração). De relevância para o tema é a espécie chamada de enunciativa, por meio da qual a Administração pode emitir um ato para opinar sobre determinado assunto, aí se inserindo os pareceres administrativos, conforme ensina a doutrina.

> *"Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração.*
> *O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva.", Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", pg. 185, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001*

Ainda da doutrina, a fim de esgotar o tema, extrai-se o que se chama de ato administrativo ordinatório, mais especificamente a subespécie despacho administrativo.

> *"Despachos administrativos são decisões que as autoridades executivas (...) proferem em papéis, requerimentos e processos sujeitos à sua apreciação. (...) O despacho administrativo, embora tenha forma e conteúdo jurisdicional, não deixa de ser um ato administrativo, como qualquer outro emanado do Executivo.", Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", pg. 177, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001*

> *"Sendo juízo de valor do parecerista, o parecer não vincula a autoridade que tem poder decisório, que pode ou não adotar a mesma opinião. (...)*
> *Quando o ato decisório se limita a aprovar o parecer, fica este integrado naquele como razão de decidir, ou seja, corresponde ao motivo do ato." José dos Santos Carvalho Filho, "Manual de Direito Administrativo", pg. 120, Editora Lumen Juris, 15ª edição, 2006*

E, na hipótese daquele acatamento sintético, não caberá crítica ao fato de a decisão não expressar, em seu próprio termo, as motivações do ato. É de conhecimento notório da matéria jurídica processualística que não é possível um termo processual ser visto isoladamente, dissociado dos demais termos do processo e do contexto jurídico em que se encerra, qual seja, um processo (termo cuja acepção é proceder, andar, no sentido de encadeamento de atos). Ao se inserir o termo conciso de decisão, acatando parecer que lhe precede, na natural sequência lógica e temporal dos atos praticados, restará inequívoco que aquela decisão adota como suas as motivações expostas neste parecer.

A praxe interna adotada na estrutura correcional da RFB não só se demonstra completamente consentânea com a melhor doutrina do Direito Administrativo pátrio como também resta plenamente coerente com o bom senso e com o senso de razoabilidade de qualquer ser mediano. Diante de todos os ônus inerentes à instância disciplinar (ônus materiais e imateriais) e da instabilidade que se estabeleceria na instituição se cada representação ou denúncia automaticamente provocasse a instauração da instância disciplinar e se, ao final, se punisse o servidor, é plenamente razoável imaginar que o Chefe de Escor, na amplitude de sua jurisdição geográfica sobre a extensa gama de atividades em que atua o corpo funcional da RFB, se valha de pareceres opinativos ou propositivos do GNP, com o fim de perscrutar mínima justa causa antes de julgar um procedimento de índole punitiva (o mesmo se aplica ao Corregedor, nas excepcionais hipóteses em que figura como autoridade julgadora em decorrência de ter instaurado o processo ou em decorrência de proposta de pena de suspensão superior a trinta dias).

O parecer de análise de processo deve ser inserido na base de dados do Sistema Normas - Atos Decisórios, no perfil específico da corregedoria, a que somente servidores da Coger e dos Escor têm acesso. Esta ferramenta tecnológica, que conta com recurso de pesquisa, opera no sentido da celeridade processual e da uniformização, ao dispor para o usuário a base de dados de pareceres de análise de processo feitos nas demais subunidades.

O mesmo aqui aduzido vale também no momento de se tomar a decisão de instaurar ou não procedimento disciplinar, em fase de admissibilidade, por meio do parecer de admissibilidade, já descrito em **2.5.5**.

4.10.3.3 - Impedimento e Suspeição da Autoridade Julgadora

Não se deve perder de vista que se aplicam à autoridade julgadora, em relação ao acusado, os mesmos critérios de análise de impedimento e suspeição, elencados em **4.4.2**, vez que a configuração destas vinculações pessoais podem viciar a participação de qualquer servidor ou autoridade.

A Lei nº 8.112, de 11/12/90, tratou apenas de algumas hipóteses de impedimento dos membros da comissão com relação ao acusado, no art. 149, § 2º. Todavia, há de se levar em conta também possíveis vinculações pessoais porventura existentes entre a autoridade julgadora e o acusado, integrando-se então com base na Lei nº 9.784, de 29/01/99, de aplicação subsidiária.

O impedimento deriva de uma situação objetiva e gera presunção absoluta de incapacidade. Uma vez configurada uma das hipóteses de impedimento, não há possibilidade de refutação pelo próprio impedido ou pela autoridade a que se destina a alegação. Daí, a autoridade julgadora fica proibida de atuar no processo, devendo obrigatoriamente comunicar o fato à autoridade superior. Aplicando-se subsidiariamente as hipóteses de impedimento elencadas no art. 18 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, podem ser consideradas como as principais causas de impedimento da autoridade julgadora:

- ter interesse direto ou indireto na matéria;
- ter atuado ou vir a atuar como representante, testemunha, perito, procurador ou defensor no processo em questão ou se o fizeram ou o farão seu cônjuge, parentes ou afins de até terceiro grau (destacando-se que, na Lei Geral do Processo Administrativo, que não é disciplinar, o termo “representante” tem o significado de “procurador” e não de “servidor denunciante”);
- e estar litigando judicial ou administrativamente com o acusado ou com o cônjuge ou companheiro do acusado, desde antes da instauração do processo administrativo disciplinar.

Em interpretação extensiva do art. 149, § 2º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pode-se acrescentar ainda a hipótese de a autoridade julgadora ser cônjuge, parente ou afim de até terceiro grau do acusado (hipótese em que também se pode cogitar de aplicação do art. 18, I da Lei nº 9.784, de 29/01/99).

Na linha já aduzida em **4.2.1**, deve se destacar que, na hipótese de o processo disciplinar decorrer de qualquer procedimento de investigação, o(s) integrante(s) de análise preliminar ou de investigação patrimonial ou de comissão de sindicâncias investigativa ou patrimonial, consubstanciando-se em representante(s) e tendo exarado em sua informação disciplinar ou em seu relatório convicção formada unilateralmente, sem participação contraditória do servidor, não deve(m) atuar no consecutivo rito contraditório nem mesmo como autoridade julgadora. Mas é de se destacar uma razoável contradição (ou mudança de entendimento) entre os dois julgados temporalmente próximos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e que aqui figuram como fonte extensiva. Enquanto no Mandado de Segurança n° 15.107, julgado em 30/09/12, o STJ criticou os fatos de agente que tenha participado da fase de admissibilidade tenha também atuado como autoridade instauradora (e aqui se concede a liberalidade de estender a inteligênccia do julgado para autoridade julgadora) do processo disciplinar consequente ou tenha atuado como integrante da respectiva comissão disciplinar, estabelecendo duas hipóteses distintas de nulidades, no Mandado de Segurança n° 12.920, julgado em 14/08/13, a Corte não criticou o fato de agente participante da fase de admissibilidade ter atuado como autoridade instauradora subseqüente (e possvel julgador), tendo limitado a nulidade ao fato de ter integrado o trio processante. Não obstante, na dúvida,

por questão de cautela, é recomendável adotar a postura mais conservadora e não empregar como autoridade julgadora.

> *STJ, Mandado de Segurança n° 15.107: "Ementa: 1. A teor do art. 150 da Lei 8.112/90, a imparcialidade, o sigilo e a independência devem nortear os trabalhos da comissão que dirige o procedimento administrativo, assegurando ao investigado a materialização dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 2. O servidor que realizou as investigações em sindicância prévia e exarou juízo preliminar acerca da possível responsabilidade disciplinar do acusado, considerando presentes a autoria e materialidade de infração administrativa, está impedido de determinar, posteriormente, a instauração de processo administrativo disciplinar e de aprovar o relatório final."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança n° 19.290: "Ementa: 4. A prática de atos de mero impulso processual, sem nenhum conteúdo decisório, por servidores que participaram da fase de investigação, não é causa de nulidade do processo administrativo disciplinar, desde que nenhum deles tenha participado como membro da comissão processante."*

Assim, merece especial menção a hipótese de um mesmo agente ter conduzido e instruído procedimentos de investigação na fase de admissibilidade, em rito inquisitorial (não na condição de apenas determinar sua feitura, como autoridade, mas sim de efetivamente tê-las realizado ou delas ter participado, em análise preliminar ou em investigação patrimonial ou em sindicância patrimonial ou ainda em sindicância investigativa) e, como tal, tendo se investido da figura de representante, não deve, por impedimento capitulável no inciso II do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999, posteriormente figurar como autoridade julgadora no mesmo processo.

Mas não há impedimento em uma mesma autoridade tenha atuado apenas no cumprimento de seu poder-dever de tão somente ter instaurado o procedimento investigativo (sem dele participar como membro investigador) e venha posteriormente a atuar como autoridade julgadora no mesmo processo.

Ademais, merece especial atenção a hipótese de ter este mesmo agente atuado como integrante da comissão disciplinar e posteriormente, no curso do mesmo processo, ter sido alçado à condição de autoridade julgadora. Embora se tenha afirmado em **4.2.1** que tal hipótese não configura impedimento para que este agente atue, como autoridade instauradora, nas prorrogações e designações de novas comissões, ao contrário, configura impedimento para que atue como autoridade julgadora.

O tema foi tratado na Nota Técnica Coger nº 2021/9.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/9: "Ementa: A nomeação de servidor público que tenha sido membro de comissão de inquérito para exercer o encargo de autoridade instauradora do processo administrativo disciplinar não configura impedimento ou suspeição, porém impede-o de atuar como autoridade julgadora.*
> *8. Não há norma que impeça um integrante de CI de assumir, em seguida, o encargo de autoridade instauradora sobre o mesmo PAD, podendo, inclusive, emanar atos administrativos de mero dever de ofício de dar prosseguimento, como designação de membros do trio processante, prorrogação de prazos, nomeação de perito, etc. Entretanto não deve julgar tal procedimento, uma vez que sua atuação prévia no inquérito pode ter influenciado o seu convencimento e, assim, comprometer a imparcialidade que o julgamento exige."*
>
> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 149.*
> *§ 2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha*

reta ou colateral, até o terceiro grau.

Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:
I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;
II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;
III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.
Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato a autoridade competente, abstendo-se de atuar.
Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

Já a suspeição deriva de uma situação subjetiva e gera uma presunção relativa de incapacidade. Ao contrário do impedimento, não há obrigatoriedade de sua manifestação à autoridade superior. Assim, o vício fica sanado se não for arguido pelo acusado ou pela autoridade julgadora. Além disto, ainda que configurada uma das hipóteses de suspeição, há possibilidade de refutação pela própria autoridade julgadora suspeita ou pela autoridade superior, visto que as alegações de suspeição apresentadas pela própria autoridade julgadora são apreciadas pela autoridade superior e as apresentadas pelo acusado são avaliadas pela autoridade julgadora e remetidas à autoridade superior.

Aplicando-se subsidiariamente as hipóteses de suspeição elencadas no art. 20 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, pode ser apontada como principal causa de suspeição da autoridade julgadora, com relação ao acusado: ter com ele, ou com seu cônjuge, parentes ou afins de até terceiro grau, relação de amizade íntima ou de inimizade notória. A Lei qualificou como íntima a amizade e notória a inimizade, de forma que, em regra, simples relação de coleguismo, ou sua ausência, decorrente do contato profissional cotidiano, não configura a vinculação qualificada prevista como suspeita. A amizade íntima pressupõe relacionamento além dos limites laborais, com visitas familiares, lazer conjunto e ligação afetiva de companheirismo e preocupação pessoal. Por outro lado, a inimizade notória também requer um conflito que ultrapasse mera reação de baixa empatia ou mesmo de antipatia, de conhecimento geral pelo menos dentro do ambiente da repartição. Ademais, o vício fica sanado se não for arguído pelo acusado ou pela própria autoridade suspeita.

Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.
Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.

STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.613: "Ementa: 2. Nas hipóteses de suspeição há presunção relativa de parcialidade, sujeita à preclusão. Se o interessado deixa de arguí-la na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos (art. 138, § 1º do CPC), convalida-se o vício, tendo-se por imparcial o magistrado."

Em **4.2.6** foram apresentadas as definições de graus de parentesco e a forma de contá-los, bem como alertou-se para a inaplicabilidade da alegação de nulidade em benefício de quem lhe deu causa, a cuja leitura se remete.

Apresentadas as hipóteses materiais de incidentes de impedimento e de suspensão da autoridade julgadora, quanto à sua instrumentalidade, é de se dizer que, como as Leis nº 8.112, de 11/12/90, e nº 9.784, de 29/01/99, não abordaram o tema, a solução se reporta aos arts. 97 a 101, 105, 111 e 112 do CPP.

Se a própria autoridade julgadora, espontaneamente, demonstra, de forma objetiva, ser impedida ou se manifesta suspeita em face do acusado, basta que os atos que lhe competem sejam realizados por seu substituto eventual, em perfeita analogia com o art. 97 do CPP.

Se o tema vem à tona por provocação da defesa, não se prescinde da manifestação da autoridade julgadora; e aí cabem duas possibilidades. Por um lado, se a autoridade julgadora acata a tese de ser impedida ou suspeita, novamente, mediante a prova irrefutável do impedimento ou a alegação pertinente da suspeição, basta que a autoridade manifeste este reconhecimento e que os atos que lhe competem sejam praticados por seu substituto eventual, em perfeita analogia com os arts. 98 e 99 do CPP. Mas, por outro lado, se a autoridade julgadora não acata a tese de ser impedida ou suspeita, deve o incidente ser protocolizado em autos apartados, a ser instruído com a peça inicial da parte e com a manifestação da autoridade, e em seguida remetido para decisão da autoridade superior, em perfeita analogia com o *caput* do art. 100 do CPP: sendo o Chefe de Escor, seguem para o Corregedor; sendo o Corregedor, seguem para o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil.

Em qualquer hipótese de alegação de impedimento ou de suspensão, seja espontaneamente pela própria autoridade julgadora, seja pela defesa, deve o incidente ser levado à decisão da autoridade hierarquicamente superior, coletando-se manifestação circunstanciada daquela autoridade cuja isenção se questiona. À luz dos arts. 111 e 112 do CPP, os questionamentos de impedimento e de suspeição são incidentais e não suspendem o andamento do processo principal enquanto são analisados (a despeito de o art. 313, III do CPC prever a suspensão, elege-se como primeira fonte de integração a processualística penal, em razão da maior afinidade). Mas, por outro lado, uma vez decidido pela ocorrência de impedimento ou de suspeição da autoridade julgadora, os atos por ela cometidos são declarados nulos e devem ser refeitos.

> *CPP - Art. 97. O juiz que espontaneamente afirmar suspeição deverá fazê-lo por escrito, declarando o motivo legal, e remeterá imediatamente o processo ao seu substituto, intimadas as partes.*
> *Art. 98. Quando qualquer das partes pretender recusar o juiz, deverá fazê-lo em petição assinada por ela própria ou por procurador com poderes especiais, aduzindo as suas razões acompanhadas de prova documental ou do rol de testemunhas.*
> *Art. 99. Se reconhecer a suspeição, o juiz sustará a marcha do processo, mandará juntar aos autos a petição do recusante com os documentos que a instruam, e por despacho se declarará suspeito, ordenando a remessa dos autos ao substituto.*
> *Art. 100. Não aceitando a suspeição, o juiz mandará autuar em apartado a petição, dará sua resposta dentro em três dias, podendo instruí-la e oferecer testemunhas, e, em seguida, determinará sejam os autos da exceção remetidos, dentro em vinte e quatro horas, ao juiz ou tribunal a quem competir o julgamento.*
> *Art. 101. Julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal, pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável; rejeitada, evidenciando-se a malícia do excipiente, a este será imposta a multa de duzentos mil-réis a dois contos de réis.*
> *Art. 111. As exceções serão processadas em autos apartados e não suspenderão, em regra, o andamento da ação penal.*
> *Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser argüido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.*

4.10.4 - O Valor do Relatório no Julgamento e a Livre Convicção da Autoridade Julgadora

4.10.4.1 - Em Princípio, o Julgamento Acata o Relatório

Embora, como regra geral, prevaleça o princípio de que a autoridade julgadora baseia sua convicção na apreciação motivada das provas (conforme o *caput* do art. 155 do CPP, no que se denominou minirreforma da parte processual), podendo solicitar, se julgar necessário, parecer fundamentado de assessoramento ou de setor jurídico a respeito do processo, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, privilegia a apuração realizada pelo foro legalmente competente, ou seja, *a priori*, o julgamento acata o relatório da comissão.

> *CPP - Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*
>
> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 167.*
> *§ 4º Reconhecida pela comissão a inocência do servidor, a autoridade instauradora do processo determinará o seu arquivamento, salvo se flagrantemente contrária à prova dos autos. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
> *Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.*
> *Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.*
>
> *Parecer AGU nº GQ-135, não vinculante: "Ementa: Na hipótese em que a veracidade das transgressões disciplinares evidencia a conformidade da conclusão da comissão de inquérito com as provas dos autos, torna-se compulsório acolher a proposta de aplicação de penalidade."*

Neste rumo, enfatizam-se os dispositivos acima, da Lei nº 8.112, de 11/12/90, por meio dos quais o legislador quis deixar claro que o trabalho da comissão disciplinar merece forte e apriorístico respaldo por parte da autoridade julgadora. A Lei dá ao aplicador a inequívoca notícia de que as conclusões expostas pelo foro legalmente eleito e competente para a apuração contraditória, na segunda fase processual (ou seja, o trabalho feito pela comissão formada por três servidores estáveis, ao conduzir o inquérito administrativo), repercutem com grande importância na terceira e última fase do processo, que é o julgamento.

Se, por um lado, é inequívoco que o relatório não se consubstancia no julgamento em si (uma vez que, como já dito acima, é válida a aplicação do mandamento do *caput* do art. 155 do CPP), por outro lado, não se discute que o relatório da comissão influi fortemente no julgamento (só podendo e devendo o julgador atuar quando o relatório da comissão contraria as provas por ela mesma coletadas). Daí, o forte mandamento generalista do art. 168 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, no sentido de que, em princípio, o julgamento acata o relatório da comissão, com o reforço quando se trata especificamente da hipótese absolutória (o legislador destacou esta hipótese, como se quisesse dar mais ênfase ao trabalho da comissão quando ela propõe arquivamento, acrescentando o advérbio "flagrantemente" no art. 167, § 4º da mesma Lei). Esta é a regra, a da aceitação do trabalho da comissão; excepcionalmente, a regra pode e deve ser quebrada quando o relatório contradiz as provas da instrução.

Como consequência do antes exposto, não é dado à autoridade julgadora o direito de impor, por mera opinião, sua leitura jurídica aos fatos apurados pela comissão quando a

conclusão deste foro legalmente competente estiver de acordo com as provas dos autos e o processo não contiver nulidade. O poder de a autoridade julgadora alterar a conclusão proposta pela comissão somente se aplica quando esta for contrária à prova dos autos.

A obediência à interpretação sistemática não só da Lei n° 8.112, de 11/12/90, mas também com atenção a todos os princípios reitores da instância punitiva administrativa, impõe um delimitador na atuação do julgador quando este intenciona atuar em detrimento da conclusão da comissão. O art. 167, § 4° e o art. 168 da mencionada Lei não conferem ao julgador o poder de alterar a conclusão do foro legalmente eleito quando a conclusão da comissão é aceitável ou defensável mediante a prova dos autos e este julgador tão somente vislumbra uma outra solução, ainda que também aceitável ou defensável (é pacificamente conhecida a possibilidade de tais situações dicotômicas em Direito, em que, trilhando-se margens turvas entre o certo, o errado e o tolerável, parece caber soluções tanto de um molde quanto de outro). Em tais situações, a mencionada interpretação sistemática identifica qual das duas soluções aparentemente conflituosas deve prevalecer: indubitavelmente, a Lei e os princípios reitores homenageiam o trabalho coletado pela própria comissão.

A interpretação que se extrai é de que ninguém melhor para concluir que aquele que coletou as provas, que se debruçou meses sobre os autos, que dialogou, dentro das ferramentas jurídicas lícitas, com o acusado em rito contraditório, na válida dialética processual. Na hipotética situação extrema, em que ao aplicador parece ser possível adotar tanto uma solução (relatada pela comissão) como outra (eleita como mais ajustada pelo julgador), não sendo a primeira absurda e contrária aos autos, é de se homenagear o trabalho do colegiado.

> *Parecer AGU nº GQ-127, não vinculante: "12. O exame do contexto dos autos imprime a convicção de que a gravidade, as consequências para a moralidade administrativa e o teor das infrações, enumeradas no relatório final e no primeiro item deste expediente, justificam a conclusão da c.i, que logrou comprovar e especificar os fatos, com indicação das correspondentes provas. Apenação é mera e inevitável decorrência das regras inseridas na Lei nº 8.112, inclusive o art. 168, mormente em se considerado que a comissão vivenciou a apuração das faltas disciplinares e, destarte, tinha as melhores condições para aquilatar sua veracidade com maior exatidão."*
>
> *"Dentro do sistema da livre apreciação da prova, reinante no Direito Positivo pátrio, a autoridade julgadora, em princípio, não fica vinculada às conclusões da comissão de processo, podendo, pois, julgar em sentido contrário, desde que a isso autorizem as provas existentes nos autos.*
> *Com efeito, há de se inferir que o livre convencimento do julgador deverá embasar-se nos elementos de prova do processo e não em considerações periféricas e alheias aos autos.*
> *Assente-se, portanto, que as conclusões das comissões, desde que estejam cimentadas nas provas dos autos, merecem fiel acatamento por parte da autoridade julgadora." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 268 e 269, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*
>
> *"Parece desnecessário enfatizar sobre a imprescindibilidade da mais minuciosa justificativa, pela autoridade, de sua decisão que divirja da apontada pela comissão. O trabalho desta última se estendeu por meses, de modo exaustivo e supostamente correto, observando todas as fases do processo. Terá a comissão, com certeza, colhido elementos de valor probante maior ou menor, e do conjunto das provas terá expedido sua orientação. Assim, ou a autoridade superior demonstra exagero ou irregularidade em todo o seu trabalho, de que resultou entendimento equivalentemente equivocado, ou o acata sem maior transtorno. Porque para divergir precisará apresentar*

fundamento mais convincente do que aquele que lhe chegou às mãos." Ivan Barbosa Rigolin, "Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis", pg. 278, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995

4.10.4.2 - Alteração do Enquadramento: Defesa Acerca do Fato

Conforme o art. 168, parágrafo único da Lei nº 8.112, de 11/12/90, somente no caso de a conclusão relatada pela comissão ser contrária às provas dos autos, pode a autoridade julgadora, motivadamente, decidir de outra forma, para isentar de responsabilidade o servidor ou para abrandar ou até para agravar a pena proposta (por óbvio que a autoridade somente pode julgar pelo agravamento quando houve indiciação e coleta de defesa - sem isto, deve determinar o retorno à fase de instrução).

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 168.
Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

Independente do resultado final - se isto importaria em atenuação ou até mesmo em agravamento -, é absolutamente pacífico na jurisprudência administrativa, emanada pela Advocacia-Geral da União, conforme seus Pareceres AGU nº GQ-121 e nº GQ-149, que a alteração de enquadramento no julgamento, por força do entendimento motivado da autoridade julgadora, não significa cerceamento de defesa, se os fatos imputados na indiciação não foram acrescidos, uma vez que a defesa se reporta aos fatos e não aos enquadramentos.

Parecer AGU nº GQ-121, não vinculante: "10. (...) A omissão ou substituição de dispositivo, com vistas ao enquadramento e punição da falta praticada, não implica dano para a defesa, advindo nulidade processual, em consequência. A este aspecto encontrava-se atento o legislador ao determinar que os preceitos transgredidos devem ser especificados no relatório, sem adstringir esse comando à elaboração da peça instrutória. No entanto, o zelo demonstrado pela c.i, quando indica, na indiciação, os preceitos desrespeitados não desmerece a execução dos seus trabalhos."

Parecer AGU nº GQ-149, não vinculante: "Ementa: A autoridade julgadora não se vincula, obrigatoriamente, ao relatório conclusivo da comissão processante, quando contrário às provas dos autos, podendo, se assim o desejar, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la e até mesmo isentar o indiciado de responsabilidade (art. 168, da Lei n° 8.112/90). O ato de julgamento deverá ser, então, motivado pela autoridade competente, apontando, na sua peça expositiva, as irregularidades havidas no ´iter´ inquisitivo, tornando-se, desse modo, imune às interpretações e consequências jurídicas que poderão advir de seu ato."

"De resto, ressalte-se que não configura julgamento extrapolante o fato de a autoridade entender que a conduta punível do acusado deva ser enquadrada em outro dispositivo que não o indicado pela comissão no seu relatório final, desde que a nova classificação da falta se arrime nos fatos acoimados ao funcionário no despacho indiciatório referido." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 270, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005

Na sistemática da Lei nº 8.112, de 11/12/90, conforme já se abordou em **4.5.2** e em **4.9.2**, a despeito de o art. 161 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, iniciar seu comando determinando que a infração seja "tipificada" (ou, melhor dizendo, em linha de coerência com a forma como se constrói o Direito Administrativo Disciplinar material, que a infração seja enquadrada), à luz do exposto no Parecer AGU nº GQ-121, a ausência de enquadramento na indiciação não

tem o condão de anular este ato formal de acusação. E tal assertiva advém de que, a rigor, o que inapelavelmente se exige na indiciação é a perfeita e integral descrição fática que se imputa contra o acusado, para que deste conjunto fático ele possa se defender. Ora, se sequer se tem na processualística disciplinar a inquestionável obrigatoriedade de se apontar enquadramentos na indiciação e, ademais, se este pode ser alterado pela comissão em seu relatório, após a apreciação da peça escrita de defesa, não configura cerceamento de defesa a alteração do enquadramento no julgamento, se mantidos os fatos.

Como a indiciação baseia-se em acusações de fato e, em consequência, o indiciado defende-se contra a imputação do fato e não do enquadramento legal, no ato de julgamento, a autoridade competente tem livre convencimento para adotar a sua leitura jurídica do fato. Desde que o fato tenha sido bem apurado na instrução probatória e tenha sido fiel e integralmente descrito na indiciação, ainda que a comissão tenha adotado uma leitura jurídica que a autoridade não considere a mais adequada ao julgar, pode esta autoridade ajustar a devida definição jurídica daquele fato e reenquadrá-lo, inclusive julgando em sentido de agravar.

Na doutrina penal, esta alteração de enquadramento, ou seja, a adequação apenas da definição jurídica ao fato perfeitamente descrito recebe o nome de *emendatio libelli* (corrigenda do libelo) e está prevista no art. 383 do CPP.

> *CPP - Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 20/06/08)*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 20.355: "Ementa: O indiciado, no processo disciplinar, defende-se contra a imputação de fatos ilícitos que lhe são imputados, podendo a autoridade administrativa adotar capitulação legal diversa da que lhes deu a comissão de inquérito, sem que implique cerceamento de defesa".*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 21.321: "Ementa: (...) a defesa do indiciado em processo administrativo, como ocorre no processo penal, se faz com relação aos fatos que lhe são imputados, e não quanto a enquadramento legal."*
>
> *STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 10.269: "Ementa: 1. No processo administrativo disciplinar, instaurado para apuração de falta cometida por funcionário público, a autoridade encarregada do julgamento não se vincula ao parecer da comissão e, desde que fundamente, pode, inclusive, aplicar penalidade mais grave, sem possibilidade de o Judiciário substituir sua legítima discricionariedade."*
> *Idem: STF, Mandado de Segurança nº 21.297; STJ, Mandados de Segurança nº 7.019 e 7.376, Recursos em Mandado de Segurança nº 6.570, 11.625 e 24.536, Recurso Especial nº 21.655; e TRF da 2ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 27.878*
>
> *STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.619, Voto: "Por outro lado, a Lei 8.112/90 autoriza que autoridade julgadora altere a penalidade imposta ao servidor pela comissão processante, desde que sua decisão esteja devidamente fundamentada, (...)"*
>
> *STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.561: "Ementa: Ato de ministro de Estado que aplica penalidade de suspensão por noventa dias. Agravamento em relação à penalidade de advertência indicada no relatório de comissão disciplinar. Fundamentação insuficiente. Leitura do art. 168 da Lei 8.112/1990. O art. 168 da Lei 8.112/1990 não obriga a autoridade competente a aplicar a penalidade sugerida no relatório de comissão disciplinar, mas exige, para o agravamento dessa pena, a devida fundamentação. Nesse sentido,*

vencido o ministro relator, que dava parcial provimento ao recurso para restabelecer pena de advertência. Por maioria, recurso ordinário conhecido em parte, afastadas as demais alegações de nulidade, e, nessa parte, provido, para anular o ato impugnado, sem prejuízo de que outro venha a ser praticado com a devida fundamentação".

STJ, Mandado de Segurança nº 8.576: "Ementa: 2. É impossível examinar-se a alegação de parcialidade da comissão administrativa encarregada do processo disciplinar, sem reapreciar-se o contexto probatório, o que é vedado na via estreita do mandado de segurança. Ademais, não bastasse esse motivo, é forçoso convir que a dita comissão tem somente missão subsidiária e acessória destinada a instaurar o contraditório e a ampla defesa, colhendo as provas e, finalmente, elaborando o relatório, sem ter qualquer participação direta no julgamento."

STJ, Mandado de Segurança nº 13.364: "Ementa: A autoridade coatora apontada, que impõe a pena de demissão, vincula-se aos fatos apurados e não à capitulação legal proposta pela Comissão Processante. Da mesma forma, o indiciado se defende dos fatos contra eles imputados, não importando a classificação legal inicial, mas sim a garantia da ampla defesa e do contraditório. Por isso, a modificação na tipificação das condutas pela Autoridade Administrativa não importa nem em nulidade do PAD, nem no cerceamento de defesa."

TRF da 1ª Região, Apelação Cível nº 2000.32.00.6062: "Ementa: 1. Nos termos da Súmula 473 do STF, a Administração pode, em obediência ao princípio da legalidade, anular os próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais ou pode revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade. 2. Tendo a comissão disciplinar considerado que houve infração ao art. 117, inc. IX, da Lei 8.112/90, a ser punida com pena de demissão, a teor do que determina o art. 132, XII, da Lei 8.112/90, é de se reconhecer que houve vício na decisão que determinou a aplicação da pena de suspensão à autora. 3. Considerando que a competência para aplicar a penalidade de demissão é da autoridade subdelegada ao Ministro de Estado a que se vincula a Delegacia do Ministério da Fazenda do Estado do Amazonas, em razão do que dispõe o 141, inc. I, da Lei 8.112/90 c/c art. 1º, inc. I, do Decreto 3.035 de 27.04.1999, correta a determinação no sentido de tornar sem efeito a portaria que havia aplicado a pena de suspensão, com o envio do processo para a autoridade hierarquicamente superior. 4. Não houve ofensa à ampla defesa ou ao devido processo legal no processo administrativo disciplinar instaurado contra a autora, visto que ela estava ciente do conteúdo da acusação contra ela formulada e apresentou defesa escrita, por meio de advogados constituídos."

TRF da 4ª Região, Apelação Cível nº 368.621: "Ementa: 3) Em sendo possível a aplicação da denominada ´emendatio libelli´ (art. 383 do Código de Processo Penal) no processo penal, ramo do direito onde há exposição de bem da vida de maior importância, como a liberdade do indivíduo, com maior razão, possibilita-se a aplicação deste instituto no processo administrativo disciplinar."

"De resto, ressalte-se que não configura julgamento extrapolante o fato de a autoridade entender que a conduta punível do acusado deva ser enquadrada em outro dispositivo que não o indicado pela comissão no seu relatório final, desde que a nova classificação da falta se arrime nos fatos acoimados ao funcionário no despacho indiciatório referido." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 270, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005

"O Servidor se defende dos fatos e não da capitulação legal. Esta é uma regra do direito processual penal que todos os professores de PAD ensinam. Ou seja

o fato de a acusação (indiciação) enquadrar o ilícito disciplinar em um determinado artigo da Lei 8.112/90 não impede que autoridade julgadora reveja este enquadramento e utilize outro artigo da lei para capitular a conduta do servidor.
Isto decorre do parágrafo único do art.168, transcrito acima, e faz todo sentido, porque tal proceder não afronta a defesa, pois esta é feita em relação aos fatos e não ao enquadramento legal posto na indiciação. O servidor vai alegar na sua defesa escrita que aquele fato não ocorreu ou que ocorreu de outra forma, a capitulação legal fica a cargo da autoridade julgadora." Vinicius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 135, Fortium Editora, 1ª edição, 2008

"Neste sentido, a decisão do Supremo Tribunal Federal: Mandado de Segurança. Demissão. Processo Disciplinar. Defesa. 'O indiciado, em processo disciplinar, se defende contra os fatos ilícitos que lhe são imputados, podendo a autoridade administrativa adotar capitulação legal diversa da que lhe deu a Comissão de Inquérito, sem que implique cerceamento de defesa.'
Com efeito, o despacho de indiciamento trata dos fatos apurados e de sua autoria e, em consequência, a peça de defesa discute essa autoria, a existência do fato e eventuais atenuantes da conduta punível, não discutindo a natureza nem a dimensão da penalidade a ser aplicada, pois esta parte é de competência da autoridade julgadora. Portanto, esta pode adotar entendimento diverso do esposado no relatório, e capitular diversamente a falta." Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 183, Editora Consulex, 2ª edição, 1999

"Se o conjunto probatório constante dos autos for suficiente para formar a convicção da autoridade julgadora, acolher, desacolher, ou acolher em parte o relatório final da comissão (nos termos da primeira parte do caput do art.168 da Lei nº 8.112/90), sugerindo a inocência ou a responsabilidade do servidor (penalidade cabível), a teor do parágrafo 1º do art.165 da Lei nº 8.112/90, conforme o caso.
Para se definir a penalidade cabível, pode ser feito desenquadramento e/ou reenquadramento dos ilícitos administrativos (o servidor se defende dos fatos e não da tipificação legal), de acordo com as provas constantes dos autos, nos termos do caput do art.168 da Lei nº 8.112/90 ('O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.'), considerando a ordem a seguir (...)" Adriene de Almeida Lins, Debora Vasti S. Bomfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar", pg. 123, Editora Fórum, 1ª edição, 2007

"Responde o servidor público pelos atos que pratica contra a Administração mesmo que estes não venham a se constituir numa demonstração do elenco delituoso, pois sempre existe para a falta constatada a sua inequívoca demonstração e, correlatamente, a forma jurídica pela qual ela pode ser elidida ou atenuada quando resultar comprovada ou não." Egberto Maia Luz, "Direito Administrativo Disciplinar", pg. 82, Edipro, 4ª edição, 2002

"Conforme comentado, a lei, a jurisprudência, a doutrina e a AGU são unânimes no entendimento de que os acusados em PAD defendem-se quanto aos fatos que lhe são imputados e não quanto ao enquadramento dado pela comissão na indiciação, até porque nessa peça não há obrigatoriedade de se enquadrar a infração, bastando que nela constem os fatos contrários ao regime disciplinar praticados pelo acusado.
(...) a Lei nº 8.112/90, doravante tratada por Estatuto, não prevê reabertura de prazo para complementação da defesa, e a doutrina, a jurisprudência e a Advocacia-Geral da União - AGU entendem que o acusado se defende exclusivamente quanto aos fatos e não quanto ao enquadramento da infração. Esse entendimento se baseia no princípio jurídico consubstanciado no brocardo narra mihi factum, dabo tibi jus - narra-me o fato e te darei o direito. No

> *Direito Penal, fonte subsidiária do Direito Disciplinar, o aludido princípio tem total aplicabilidade, de forma que o Juiz pode alterar o enquadramento dado pelo Ministério Público na denúncia caso entenda que não se emparelhe com os fatos apurados.", Luciano Rosa Vicente, "Violação de Princípio Constitucional no PAD Federal Mediante Cerceamento de Defesa na Alteração de Enquadramento", Revista Fórum Administrativo, nº 181, pgs. 40 a 51, Editora Fórum, março de 2016*

Aqui, remete-se à leitura do que já se aduziu em **4.10.2.1**, adaptando à espécie a recomendação de que, caso a autoridade julgadora decida não acatar a proposta da comissão, ainda que em nenhum momento se cogite de descumprimento dos Pareceres AGU nº GQ-177 e GQ-183 (que ratificam o caráter vinculante da aplicação da pena associada ao enquadramento), não convém embasar a decisão nestas duas manifestações da AGU (sobretudo em caso de agravamento), visto haver jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça de que ambas afrontariam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ao contrário, convém que o julgamento (no parecer propositivo ou na decisão em si) ratifique que as razões ali expostas para não acatar a proposta da comissão amoldam-se perfeitamente aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e aos parâmetros necessários à devida individualização da pena.

É de se destacar que aqui não se trata de esfera recursal (que será abordada em **5.1**), vez que não houve decisão acatando a primeira proposta da comissão e que tenha sido posteriormente anulada ou revogada, para que prevalecesse uma segunda decisão mais gravosa. Aqui, há apenas uma proposta da comissão e que não é, motivadamente, acatada pela autoridade julgadora, não tendo de se cogitar, portanto, da aplicação do art. 64 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, que determinaria a oferta de manifestação ao acusado na hipótese de que qualquer esfera recursal por ele mesmo manejada resultasse em agravamento da decisão original. Em outras palavras, a possibilidade de a autoridade julgadora agravar a proposta da comissão não obriga a notificação ao acusado para apresentar manifestação, visto que o contraditório já restou satisfeito com as alegações acerca dos fatos apurados.

Não obstante, embora não obrigatório, por não haver previsão legal, no caso específico da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, quando o Chefe de Escor (ou o Corregedor), motivadamente, decidir agravar a proposta de responsabilização feita pela comissão de arquivamento ou de aplicação de pena de advertência ou de suspensão em pena expulsiva, de forma a fazer com que a competência julgadora que originalmente poderia ser sua suba para a alçada ministerial, não há obrigatoriedade de se dar ciência à defesa do despacho que encaminhou os autos para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e muito menos de se conceder prazo para nova manifestação. Não obstante, se, por qualquer motivo, o acusado, espontaneamente, apresentar algum tipo de memorial de defesa, esta peça deve ser juntada ao processo de imediato. Mas, mesmo que os autos ainda estejam localizados no sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, esta nova peça deve ser remetida para a apreciação exclusiva da PGFN. De se ressaltar que, se se defende com segurança esta tese quando o agravamento extrapola a competência originária da autoridade instauradora (em propostas de advertência ou de suspensão agravadas para proposta de pena expulsiva), com mais certeza ainda se assevera a desnecessidade de nova provocação à defesa quando o agravamento se dá na esfera de competência do Chefe de Escor ou do Corregedor, diante de agravamento de proposta de arquivamento para aplicação de advertência ou de agravamento de proposta de arquivamento ou de advertência para aplicação de suspensão ou de majoração do *quantum* de dias de aplicação de pena de suspensão.

Na mesma linha ora defendida é a manifestação da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 21, de 26 de fevereiro de 2018.

> *Enunciado CGU/CCC nº 21, de 2018: "Agravamento da sanção pela autoridade julgadora sem nova manifestação da defesa. A autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, sendo desnecessária a abertura de novo prazo para a apresentação de defesa".*

Por óbvio, não se admite o agravamento do julgamento em relação ao relatório para aplicar punição com base em fato que não tenha constado da indiciação. Conforme já se abordou em **4.5.2** e **4.9.2**, a indiciação delimita faticamente a acusação, pois somente contra o que dela consta poderá o servidor se defender. A consideração de novos elementos fáticos formadores de convicção importa baixar novamente o processo em instrução, com nova indiciação e reabertura de prazo de defesa. A doutrina penal chama este incidente de *mutatio libelli* e para ele o art. 384 do CPP prevê diligências saneadoras antes do julgamento, diferentemente do art. 383, mencionado acima, em que a necessidade de se corrigir o enquadramento não impede que se proceda ao julgamento. E menos ainda se pode cogitar de agravamento do julgamento em relação ao relatório absolutório, para aplicar punição em servidor que sequer foi indiciado, conforme aduzido em **4.10.1.2**, hipótese em que deve ser reaberta a instrução e ser o servidor indiciado e coletada sua defesa.

> *CPP - Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 20/06/08)*
> *§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 20/06/08)*

> *TRF da 4ª Região, Apelação Cível nº 171.093: "Ementa: No inquérito administrativo, semelhantemente ao que ocorre no processo penal, não pode o servidor ser punido com base em fato não constante da imputação que lhe foi inicialmente feita (mutatio libelli). Se o inquérito foi iniciado para apurar abandono do cargo e inassiduidade habitual, tipificados nos incisos II e III do art. 132 da Lei 8.112/90, não pode o servidor ser demitido por improbidade administrativa, tipificada no inciso IV do mesmo artigo, cujo suporte fático é diverso, sem que lhe seja reaberta oportunidade para defesa."*

> *"O despacho de indiciamento tem por fim delimitar, processualmente, a acusação, o que significa dizer que a autoridade competente para julgar não poderá levar em conta fatos que não tenham sido articulados em seu contexto, sobre os quais não se estabeleceu contraditório e defesa." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 157, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

4.10.4.4 - Presunção de Inocência e *In Dubio pro Reo*

Por fim, destaque-se que se, à luz da livre apreciação da prova, o conjunto probatório não for suficiente para fornecer à autoridade julgadora convicção acerca da responsabilização, e não havendo mais o que se buscar em termos de provas, uma vez que cabe à Administração o ônus de comprovar a materialidade e autoria ou concorrência (art. 156 do CPP), é recomendável que prevaleçam os princípios da razoabilidade (art. 2º da Lei nº 9.784, de 29/01/99), da presunção da inocência (art. 5º, LVII da CF) e do *in dubio pro reo* (art. 386, VII do CPP).

CF - Art. 5º
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;
Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 2º A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
CPP - Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)
I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)
II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)
Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
VII - não existir prova suficiente para a condenação. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)

Parecer AGU nº GQ-173, não vinculante: "Ementa: A administração pode editar o ato punitivo apenas na hipótese em que esteja convencida quanto à responsabilidade administrativa do servidor a quem se imputa a autoria da infração. A dúvida deve resultar em benefício do indiciado."

Parecer AGU nº GM-3, não vinculante: "Ementa: (...) Incumbe à administração apurar as irregularidades verificadas no serviço público e demonstrar a culpabilidade do servidor, proporcionando seguro juízo de valor sobre a verdade dos fatos. Na dúvida sobre a existência de falta disciplinar ou da autoria, não se aplica penalidade, por ser a solução mais benigna.(...)
50. (...) compete à administração, por intermédio da comissão de inquérito, demonstrar a culpabilidade do servidor, com satisfatório teor de certeza."

Parecer AGU nº GM-14, não vinculante: "8. (...) É reiterada a orientação normativa firmada por esta Instituição, no sentido de que o ônus da prova, em tema de processo disciplinar, incumbe à administração."

TRF da 3ª Região, Apelação Criminal nº 2.300: "Ementa: (...) III. Se pelos elementos e provas carreadas, que compõem a instrução probatória, a autoria e culpabilidade dos acusados não restaram evidenciadas, de forma indubitável nos autos, a ponto de justificar uma condenação, é de ser aplicado o princípio do ´in dubio pro reo´, insculpido no inciso VI do artigo 386 do Código de Processo Penal."
*(**Nota**: O antigo inciso VI do art. 386 do CPP passou a ser inciso VII, com a redação dada pela Lei nº 11.719, de 09/06/08)*

"(...) a regra do 'in dubio pro reo' se aplica, em geral, somente em relação ao fato típico, cuja prova incumbe ao acusador. As causas justificatórias ou circunstâncias eximentes devem ser provadas pela defesa." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pg. 530, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005

Relembre-se o já aduzido em **4.10.1.2**: na hipótese de julgamento em favor do arquivamento, por ausência de provas de infração disciplinar e em que se cogite da existência tão somente de indícios de desvio ético: pode a autoridade julgadora, após encerrada a instância disciplinar sem responsabilização, entender, seja por espontânea convicção própria, seja por provocação da comissão em seu relatório, que os trabalhos apuratórios, embora não tenham coletado provas de infração disciplinar, tenham levantado tão somente indícios de

transgressão a princípio ou norma ética e assim provocar, mediante envio de cópia dos autos, a CE-RFB, para as análises de sua alçada. Ressalve-se que o ordenamento interno somente contempla a provocação da instância ética quando o caso não tenha configurado infração disciplinar; tendo havido a apuração de infração disciplinar, não há também que se provocar o rito específico da matéria ética pelo mesmo fato. Ressalve-se também que, em qualquer caso de provocação à CE-RFB, o material a ser remetido a este foro deve se restringir apenas aos elementos que noticiam o suposto desvio ético.

> *Portaria RFB nº 3.286, de 24/08/11 - Art. 2º Na hipótese de arquivamento de sindicância ou processo administrativo disciplinar, a autoridade julgadora, por sua iniciativa ou por proposta da Comissão de Inquérito ou Sindicância, enviará cópia dos autos à CEPS-RFB, se entender presentes elementos que configurem possível desvio ético.*
>
> *Portaria RFB nº 3.262, de 19/08/11 - Art. 4º Incumbirá à CEPS-RFB:*
> *III - aplicar a penalidade de censura ética, exclusivamente mediante decisão devidamente motivada, depois de esgotados o contraditório e a ampla defesa, aos agentes públicos em exercício na RFB, desde que a falta ética não configure infração sujeita a sanção mais grave, hipótese em que os autos serão encaminhados à autoridade competente para instauração de procedimento disciplinar; e*

4.10.5 - Juntada Extemporânea de Provas, Prazo para Julgar e o Ato do Julgamento

4.10.5.1 - Memorial de Defesa

Em princípio, por força do art. 153 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, tem-se que apenas a fase do inquérito é contraditória. Com isto, a rigor, não há previsão na Lei nº 8.112, de 11/12/90, para juntada de documentos (o chamado memorial de defesa ou aditamento de defesa), para se contrapor às conclusões da comissão, após sua dissolução, com a entrega do relatório à autoridade. Menos ainda há previsão para solicitação de novas provas. Nesta fase, o atendimento do mandamento constitucional se dá por meio da garantia à ampla defesa, com a prerrogativa de, ao final, poder interpor pedido de reconsideração ou recurso hierárquico contra a decisão, de forma que, encerrada a instrução probatória, a juntada extemporânea de prova por parte do acusado somente mereceria atenção em fase de recurso.

É de se entender que, neste caso, sequer se vislumbra conflito entre a Lei nº 8.112, de 11/12/90, e a Lei nº 9.784, de 29/01/99, em razão dos seus mandamentos do art. 3º, III e do art. 38, § 1º. Enquanto esta última, como Lei Geral do Processo Administrativo em sentido amplo, dita normas gerais, tem-se que, na matéria disciplinar, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelece de forma mais específica o rito. A leitura atenta do processo descrito na Lei nº 8.112, de 11/12/90, leva à constatação que, como espécie de rito processual, ele se amolda ao gênero de condutas estabelecidas genericamente no art. 3º, III e no art. 38, § 1º da Lei nº 9.784, de 29/01/99. Ademais, havendo previsão específica do rito instrutório e da aplicação do princípio do contraditório na Lei nº 8.112, de 11/12/90, resta vedada a superposição dos mandamentos da Lei nº 9.784, de 29/01/99, pois o seu próprio art. 69 prevê aplicação subsidiária, apenas na lacuna de norma específica.

> *Lei nº 9.784 - Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:*
> *III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;*
> *Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da*

decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.
§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.526: "Ementa: Não há preceito legal que imponha a intimação pessoal dos acusados, ou permita a impugnação do relatório da Comissão processante, devendo os autos serem imediatamente remetidos à autoridade competente para julgamento [arts. 165 e 166 da Lei n. 8.112/90]. Precedente: [MS n. 23.268, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 07.06.2002]."

STJ, Mandado de Segurança nº 8.209: "Ementa: IV - A Lei 8.112/90, ao estabelecer regulamentação específica para o processo disciplinar dos servidores públicos por ela regidos, admite aplicação apenas subsidiária da Lei 9.784/99. Se não há previsão na Lei 8.112/90 para o oferecimento de alegações finais pelo acusado antes do julgamento, não cabe acrescentar nova fase no processo para tal fim com base na lei genérica."
Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 11.221

Todavia, a jurisprudência e a doutrina concordam que princípios relevantes para a esfera disciplinar, tais como princípios da verdade material, da ampla defesa, do interesse público e do formalismo moderado, autorizam não só a juntada extemporânea mas também, em caso de extrema relevância para elucidação, a apreciação de prova, até antes da decisão definitiva.

STJ, Mandado de Segurança nº 2.047: "Ementa: Antes da decisão final a ser proferida em processo administrativo disciplinar, (...) cabe a juntada de documentos que noticiam fatos novos que poderiam influenciar no julgamento, em observância ao princípio da ampla defesa."
Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 6.478

"Em princípio, concluída a fase da defesa, tanto o acusado quanto o trio processante não podem mais anexar ao processo novos elementos de comprovação. Bem como havendo sido relatado o processo, com o seu subsequente encaminhamento à autoridade instauradora, as provas ou razões que porventura surgirem não poderão igualmente ser ajuntadas ao bojo daquele.
Tais provas novas somente poderão ser utilizadas pelo servidor imputado na instância de recurso, depois do julgamento.
Nada obstante, vale salientar que, em casos excepcionais - quando sejam de grande valia para o restabelecimento da verdade real dos fatos - poderão ser levadas ao processo novas provas, pela comissão ou pela autoridade instauradora ou julgadora, ainda que tenha sido relatado o processo. Se as provas forem francamente favoráveis ao servidor acusado, sem nenhuma restrição reflexa, não haverá, obviamente, necessidade de reabertura de espaço para recepcionar as emanações do contraditório, uma vez que tal providência extemporânea já realizou por si uma função de contradição acusatória. Já na hipótese reversa, quando tais provas forem desfavoráveis ao imputado, a única forma de acatá-las, em atendimento ao princípio da verdade real, é fazer a sua submissão ao princípio do contraditório, com a reabertura de novo prazo de defesa do funcionário acusado." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 306, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005

"O inquérito, (...), portanto, é o momento de se produzir prova. (...)
(...) Na prática, podemos imaginar a testemunha ou um novo documento, trazido pelo acusado, com explicações convincentes da impossibilidade de tê-lo feito antes. Sendo relevante para o mérito, a comissão não pode indeferir sob

> *pretexto de intempestividade. Nem o pode fazer sob alegação de ter prazo exíguo." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pg. 215, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

Mas a aplicação daquela base principiológica deve ser ponderada com a atenção, em igual intensidade, à proteção do necessário regular andamento processual em face de estratégias meramente protelatórias de defesa; à ausência de previsão legal nos arts. 151 e 161 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para tal peça intempestiva; e aos conceitos de preclusão temporal consumativa. Este conjunto de argumentos amparam a tese de que, a rigor, a Administração não está obrigada a analisar tal peça e que, ao assim agir, não se inquina de nulidade o processo. Desta forma, o equilíbrio entre aquele rol de princípios conservadores e o rol de argumentos acima repousa na recomendação de que o memorial de defesa porventura apresentado já na fase de julgamento deve ser objeto de análise sucinta, sem adentrar em cada alegação em si acerca do mérito, a fim de verificar se a peça contém contestações de ocorrência de ilegalidade ou de superveniência de fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do servidor. Somente na presença de tais elementos é que o memorial de defesa faz merecer detida análise e enfrentamento da questão de mérito que se demonstrou pertinente e relevante.

> *Orientação Coger nº 44*
> *Memorial ou aditamento de defesa apresentado na fase de julgamento deve ser objeto de análise apenas acerca de ocorrência de ilegalidade ou de superveniência de fato novo ou circunstância suscitadores da inocência.*

O amparo para tal aceitação advém do já exposto em **4.4.1.2**, em que se destacou que, na processualística disciplinar, diferentemente dos ritos processuais judiciais, não há quem acusa ou pleiteia e quem se defende ou contesta, ou seja, de não há duas partes que litigam com interesses antagônicos, fazendo com que o instituto da preclusão sofra frequentes mitigações e os delimitadores formais assumem menor força determinante diante da busca da verdade material. Assim, uma concessão como a que aqui se expressa, a favor da defesa, além do que expressamente se encontra previsto em lei, é juridicamente aceitável porque não gera prejuízo a interesses de parte oponente - visto não existir esta parte antagônica.

4.10.5.2 - Contraditório: Entre Acusado e Administração

Uma vez que no processo administrativo disciplinar o interesse maior é o do esclarecimento do fato, não se tem aqui a tríade do processo judicial (um Estado-juiz em meio a duas partes litigantes). Na especificidade do processo administrativo disciplinar, tem-se sempre apenas a Administração e o administrado. Em razão desta peculiaridade, o agente público deve estar sempre atento a não quebrar a isonomia, a não usar de forma parcial e desequilibrada o poder de condução dos trabalhos. No curso do processo, o polo da Administração inicialmente concentra-se nas mãos da autoridade instauradora, na fase pontual da instauração, movida pelo *in dubio pro societate*. Na segunda fase do processo, do inquérito contraditório, a comissão passa a representar a Administração, na persecução da prova. Por fim, na última fase, dissolvida a comissão, a autoridade julgadora passa a fazer as vezes da Administração.

Dito isto, na hipótese de excepcional e extemporaneamente ter o acusado apresentado argumentações ou provas ou ter solicitado novos atos instrucionais (por meio do chamado memorial de defesa) já na fase de julgamento, sendo estes elementos relevantes na apreciação da autoridade julgadora, conforme exposto em **4.10.5.1**, não se deve cogitar de prejuízo à Administração, por não se dispor mais da comissão a contrapô-los. A autoridade julgadora é, nesta fase, o ente legalmente previsto para compor o polo da Administração. Não se fala em relação contraditória entre acusado e comissão, mas sim entre acusado e Administração. O

Estado pode ser representado pela comissão ou pela autoridade, dependendo do momento processual: na fase instrucional, cabe à comissão contraditar as alegações de defesa; na fase de julgamento, pode fazê-lo a autoridade julgadora.

Então, conforme apresentado em **4.10.5.1**, este novo elemento extemporaneamente trazido ao processo pode causar diversas repercussões.

Primeiramente, se o memorial de defesa formulado pela parte tão somente apresenta alegações, sem solicitar realização de novas provas, são possíveis duas decisões: se as alegações já foram apresentadas na defesa, a autoridade, prosseguindo no julgamento, deve apenas fazer remissão ao relatório da comissão, onde, pelo menos em princípio, já foram rebatidas; se apresentar novas teses acerca de ocorrência de ilegalidade ou de superveniência de fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do servidor, deve enfrentá-las em mérito, não obstante ser possível julgá-las à vista apenas do que agora consta dos autos, se não vislumbrar necessidade de retomar a instrução probatória.

Por outro lado, se o memorial de defesa provoca ou solicita realização de novas provas, a autoridade competente deve analisar o pedido muito criteriosamente, visto ser excepcionalidade reabrir a instrução na fase de julgamento. Se entender que a prova solicitada não é relevante, deve a autoridade julgadora motivadamente denegar o pedido e concluir o julgamento; se, excepcionalmente, entender relevante a prova, por ela poder conduzir à convicção de ocorrência de ilegalidade ou de superveniência de fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do servidor, para melhor preservar os princípios constitucionais e legais, deve a autoridade julgadora designar nova comissão (que pode, preferencialmente, ter os mesmos membros originais) para realizar o ato, respeitando sempre as garantias de ampla defesa e contraditório. Dependendo do tipo de prova, do alcance constante da portaria de pessoal de designação desta comissão e da repercussão da realização do ato, pode a comissão tão somente produzir a prova e juntá-la aos autos, sem se manifestar. Mas, em regra, convém que a comissão, no mínimo, se manifeste para a autoridade julgadora acerca desta nova prova. Caso, em função desta nova prova, a comissão vislumbre necessidade de realizar outros atos de instrução bem como de alterar a indiciação, se a portaria de pessoal ampara apenas a realização de um ato, convém que o colegiado primeiramente provoque a autoridade a aditar a portaria de pessoal (não confundir esta hipótese com o caso em que a autoridade, de ofício, determina o refazimento dos trabalhos a partir de um determinado ponto considerado nulo, conforme se verá em **4.12**).

> *"(...) é perfeitamente razoável admitir-se que a autoridade julgadora, que não está inteiramente jungida ao relatório da Comissão, conforme preceitua o art. 168 seguinte, possa buscar novos esclarecimentos para decidir, de modo a promover a indispensável Justiça. Tudo isto sem ferir o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 176, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

De certo é que a apuração incompleta não afasta nem impede a sua complementação, com vista à elucidação do fato. E aqui novamente se aplica o predomínio da competência da autoridade julgadora sobre possível entendimento da comissão em não realizar novo ato instrucional, conforme abordado em **4.10.1.3**, a cuja leitura se remete.

4.10.5.3 - O Prazo e o Ato Propriamente Dito em que se Exara o Julgamento

Formalmente, o prazo para as decisões a cargo da autoridade instauradora - ou seja, *a priori* a cargo do Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor) determinar o arquivamento do feito ou punir com penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias ou excepcionalmente a cargo do Corregedor determinar o arquivamento do feito ou punir com penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias - é de vinte dias, contados a partir do

recebimento do processo da comissão, na literalidade escassa do art. 167 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. No caso de a pena cabível exceder a competência da autoridade instauradora, quando instaurado pelo Chefe de Escor mas se propõe ao Corregedor a aplicação de pena de suspensão superior a trinta dias, ou quando, independentemente de quem tenha instaurado, se propõe ao Ministro de Estado da Economia a aplicação de pena expulsiva, dão-se mais vinte dias para decisão a cargo da autoridade julgadora, novamente contados a partir do recebimento do processo.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 167. No prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão.*

Mas tais prazos não são fatais. A própria Lei estabelece que julgamento fora do prazo não implica nulidade.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 169.*
> *§ 1º O julgamento fora do prazo legal não implica nulidade do processo.*
> *§ 2º A autoridade julgadora que der causa à prescrição de que trata o art. 142, será responsabilizada na forma do Capítulo IV do Título IV.*

Este prazo de vinte dias para julgamento, na prática, atua apenas na contagem da prescrição, conforme se verá em **4.13.2.1**.

Se, uma vez encerrados os trabalhos da comissão, com a entrega do relatório, o acusado solicita exoneração ou aposentadoria, a rigor, o pedido deve ser sobrestado até o julgamento do processo. Como a própria Lei nº 8.112, de 1990, prevê que o prazo de vinte dias para julgamento não é fatal, a sua extrapolação sem decisão não tem o condão de automaticamente permitir a exoneração ou aposentadoria a pedido, vedadas pelo art. 172 da citada Lei. Mas, uma vez que a inteligência do dispositivo é impedir que o acusado se evada da relação processual e que o prejuízo maior com tal postura se concentraria na fase do inquérito administrativo, até se pode cogitar de liberação da vedação legal já na fase de julgamento, em que *a priori* não se prevê participação do servidor.

Quanto ao termo em si em que a autoridade julgadora manifesta seu julgamento, em se tratando de ato cabível na competência da autoridade instauradora, deve o Chefe do Escor (ou o Corregedor) expressar que acata o relatório da comissão, que aprova o parecer de seu grupo de assessoramento, o qual opinou pela regularidade formal e material dos trabalhos (ou, se for o caso, deve expressar que aprova o parecer e que, tendo esta peça divergido do relatório no aspecto material, que não acata este texto final da comissão), e que adota seus fundamentos para julgar o servidor, seja pela isenção de pena (por comprovada inocência ou por insuficiência de prova condenatória), seja por sua responsabilização em razão do cometimento de determinada infração, reproduzindo a literalidade do seu enquadramento legal.

A rigor, o ato do julgamento em si deveria conter toda argumentação de motivação jurídica da decisão. Mas, como antecipado em **4.10.3.2**, o ato de julgamento se ampara no parecer de assessoramento, ficando então esta peça prévia incumbida de expor a motivação jurídica de decidir.

Na hipótese de responsabilização, esta autoridade instauradora também competente para julgar deve registrar no ato de julgamento que decide pela aplicação da penalidade cabível (advertência ou suspensão de até trinta dias) e que determina a expedição e a publicação da portaria de pessoal punitiva, a ser publicada no boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, em regra, é o Boletim de Serviço da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - BS RFB). Especificamente no caso de suspensão, é necessário registrar o período em que se dará a efetivação do efeito da pena (que, em geral, é um período de dias a ser cumprido após a publicação do ato punitivo) e, se for o caso, a sua conversão em multa - ambos pormenores da pena de suspensão costumam ser previamente

acertados com o titular da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do apenado.

O ato de julgamento a cargo da autoridade que instaurou o processo deve também registrar, tanto em caso de arquivamento quanto em caso de responsabilização, que, com base no *caput* do art. 7º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, e também do art. 9º da Portaria RFB n° 6.483, de 29 de dezembro de 2017, que dispõem sobre apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Economia (ME) como um todo e especificamente da RFB, se encaminharão, por meio de mensagem do correio eletrônico institucional, a portaria de pessoal punitiva ou o julgamento de arquivamento, ao titular da unidade local e ao acusado ativo que não esteja em licença ou sob afastamento legal de seu cargo, bem como as eventuais recomendações porventura existentes no relatório da comissão e cuja implementação seja da alçada daquela autoridade local. Caso excepcionalmente o acusado seja ativo licenciado ou afastado ou inativo ou ex-servidor e em qualquer destas hipóteses seja também residente em localidade distinta daquela em que se situa o Escor ou a Coger (as duas últimas hipóteses são excepcionais tratando-se de julgamento da alçada da autoridade instauradora), o ato de julgamento deve registrar que será encaminhado, por ofício à autoridade local, mídia digital contendo cópia integral e criptografada dos autos, a fim de que esta a entregue ao acusado, para ciência, mediante contrarrecibo, a ser devolvido ao Escor ou à Coger. Caso aquele acusado ativo licenciado ou afastado ou inativo ou ex-servidor resida na mesma localidade onde se situa o Escor ou a Coger, diferentemente da hipótese acima, o ato de julgamento deve registrar que esta própria unidade procederá à comunicação ao acusado e à entrega da mídia digital, que não precisa ser criptografada.

Decidindo pela responsabilização e pela publicação de portaria de pessoal punitiva, esta autoridade instauradora também competente para julgar deve ainda registrar no julgamento o encaminhamento da mensagem eletrônica acima mencionada, agora acrescida de menção dirigida à Divisão de Gestão de Pessoas da respectiva Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil (SRRF/Digep) se o acusado é ativo lotado em unidade descentralizada ou lotado em unidade central situada fora de Brasília, ou à Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep), se o acusado é ativo lotado em unidade central situada em Brasília, ou à Superintendência (ou Gerência) Regional de Administração da Diretoria de Administração e Logística da Secretaria de Gestão Corporativa da Secretaria-Executiva do ME (ME/SE/SGC/DAL/SRA ou ME/SE/SGC/DAL/GRA) do respectivo Estado da Federação de residência, se o acusado é inativo ou ex-servidor, solicitando providências para o registro da penalidade nos assentamentos funcionais e para que se operem os efeitos remuneratórios em caso de suspensão.

Até este ponto, se descreveram detalhes do ato de julgamento inserido na competência da autoridade que instaurou o processo, o que, no caso do sistema correcional da RFB, alcança os Chefes de Escor e o Corregedor (com diferença de alçada em função do acusado), albergando as possibilidades de arquivamento e de responsabilização com aplicação de penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias, por originária competência rgimental. Mas é de se relembrar que, por força do inciso II do art. 38 da Portaria ME nº 7.081, de 9 de agosto de 2022, o Ministro de Estado da Economia delegou ao Corregedor a competência para aplicação também de pena de suspensão superior a trinta dias. Especificamente na hipótese de o Corregedor julgar em razão de ter havido proposta de pena de suspensão de 31 a 90 dias e sem ter instaurado o processo disciplinar, no termo do julgamento, esta autoridade deve registar não aqueles encaminhamentos a seu encargo, mas sim determinar que o Chefe de Escor da respectiva Região Fiscal, que efetivamente atuou como autoridade instauradora, o faça.

Acrescente-se ainda que, no caso de processo disciplinar instaurado e julgado na parcela concorrente de competência correcional atribuída nos incisos V e VI do art. 341 do

Anexo I do Regimento Interno da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017, e reproduzida no inciso IV do *caput* do art. 2° da Portaria RFB n° 6.483, de 2017, a favor dos Subsecretários, do Chefe de Gabinete, dos Chefes de Assessorias, dos Coordenadores-Gerais, dos Coordenadores Especiais, do Chefe do Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros (Cetad), dos Superintendentes e dos Delegados da Receita Federal do Brasil, para consequentemente aplicarem penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias, estas autoridades fiscais devem registrar no termo de julgamento a determinação para que se dê ciência de sua decisão ao Chefe de Escor da respectiva Região Fiscal ou ao Corregedor, conforme determina o *caput* do art. 6º da citada Portaria RFB.

No caso de julgamento de alçada ministerial, a praxe adotada tem sido de o ato decisório apenas registrar que aprova o parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e que adota seus fundamentos e fazer com que os autos originais refaçam o caminho de volta para a RFB, a fim de que também se cumpram os dois comandos infralegais acima listados. Como neste caso não houve julgamento da alçada da autoridade instauradora, cabe ao Chefe de Escor (ou ao Corregedor) apenas se manifestar, novamente, por meio de mensagem do correio eletrônico institucional. Caso o julgamento ministerial tenha sido não expulsivo, ou seja, de arquivamento ou de aplicação de pena de advertência ou de suspensão, a mensagem eletrônica é similar à já descrita acima. Caso o julgamento tenha sido expulsivo, não mais fazendo sentido se reportar ao acusado, a mensagem eletrônica, dirigida ao titular da unidade local e à SRRF/Digep ou Cogep ou ME/SE/SGC/DAL/SRA (ou ME/SE/SGC/DAL/GRA), deve informar a publicação da portaria de pessoal punitiva e solicitar, além das mesmas providências já descritas acima para o caso de suspensão, que a autoridade local, no caso de demissão, recolha distintivo, crachá, carteiras funcionais, carimbos pessoais, processos, notebooks e demais equipamentos porventura sob guarda do ex-servidor e demande revogação do seu certificado digital e desabilitação ou exclusão de todos os sistemas informatizados e correio eletrônico institucional, com cancelamento de perfis e senhas de acesso.

Obviamente, caso tenha se operado a prescrição, o ato de julgamento responsabilizador não determina expedição de portaria de pessoal punitiva e deixa de aplicar a pena que seria cabível, não havendo que se falar em registro da penalidade nos assentamentos funcionais e em seus efeitos remuneratórios, mas sim decide tão somente pelo arquivamento. Em consequência, também não há encaminhamento de portaria de pessoal punitiva para o titular da unidade local e para a SRRF/Digep ou para Cogep ou para a Same.

Uma vez que, para qualquer que seja a autoridade julgadora, devem constar do ato de julgamento o enquadramento legal que melhor se amolda à conduta e a reprodução de sua literalidade, cabe relembrar o já aduzido em **4.5.3**, de que, *a priori*, se tem a regra geral de que, para uma conduta única, o enquadramento é único (operando, se for o caso, algum critério de resolução do conflito apenas aparente entre mais de um enquadramento cogitável). Todavia, há casos em que se opera o concurso formal de infrações, de forma que, mesmo se tendo conduta única, se pode ter diferentes infrações configuradas e, além disto, há casos de mais de uma conduta infracional por parte do servidor, ou seja, de ter cometido infrações independentes (múltiplas e dissociadas), situações para as quais não há que se cogitar de conflito aparente e em que se registram mais de um enquadramento.

Por fim, quanto ao ato de imposição de penalidade - qual seja, a portaria de pessoal punitiva decorrente do ato de julgamento responsabilizador -, deve a autoridade julgadora reproduzir em seu preâmbulo sua competência legal (o inciso III do art. 141 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pelo Chefe de Escor ou pelo Corregedor, em caso de aplicação de advertência ou de suspensão de até trinta dias; ou o inciso II do mesmo comando legal, combinado com o inciso II do art. 38 da Portaria ME nº 7.081, de 2022, pelo Corregedor, em caso de aplicação

de suspensão de 31 a 90 dias; ou o inciso I do mesmo comando legal, conjugado com a alínea "a" ou "b" do inciso I do art 2º do Decreto nº 11.123, de 7 de julho de 2022, pelo Ministro de Estado da Economia (excluindo do presente a residual competência apenadora do Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, nos termos do art. 4º do mesmo Decreto), em caso de aplicação de pena expulsiva e o mesmo texto do ato de julgamento (em que se registraram o enquadramento legal em que melhor se adequa a conduta ilícita e a sua literalidade, como forma de descrever o fundamento legal e a causa da sanção), combinados com o dispositivo da mencionada Lei que comina a pena ao enquadramento aplicado (art. 129, 130, 132 ou 134), conforme pontua a doutrina. A identificação do enquadramento aplicado à conduta infracional e a reprodução literal de sua conduta atendem à exigência do parágrafo único do art. 128 da mesma Lei. No caso de aplicação de pena de suspensão, deve-se expressar também na portaria de pessoal punitiva o período de efetivação dos seus efeitos e eventual conversão em multa.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 128.*
> *Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
>
> *"O fundamento legal para aplicação da penalidade é a citação da norma legal que embasou a aplicação da sanção disciplinar e é feito de acordo com a tipificação legal, ou seja, de acordo com os deveres (art. 116 da Lei nº 8.112/90) e/ou as proibições funcionais (art. 117 da Lei nº 8.112/90) violados, nos casos dos arts. 129, 130 e 132; e de acordo com a penalidade correspondente à falta cometida, no caso dos arts. 134 e 135 da Lei nº 8.112/90. Os fundamentos legais para aplicações das penalidades (que estão relacionadas no art. 127 da Lei nº 8.112/90) estão previstos nos arts. 129, 130, 132, 134 e 135, todos da Lei nº 8.112/90." Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pg. 174, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

E mesmo na hipótese de serem aplicados mais de um enquadramento (ilícitos independentes), não há que se falar em cumulação de penas. Sendo sanções distintas, registra-se na portaria de pessoal e efetivamente se aplica apenas a mais grave. Sendo sanções iguais para os fatos apurados, a sanção é uma só (seja pena básica, seja uma pena agravada por parâmetros de dosimetria), fundamentada em todos os dispositivos legais aplicáveis ao caso. Nesta hipótese, em caso de pena expulsiva, por exemplo, eventual questionamento administrativo ou judicial acerca de um dos fatos ilícitos imputados ao servidor não terá o condão de reintegrá-lo se restarem inquestionáveis as conclusões acerca dos demais ilícitos independentes.

Editada a portaria de pessoal punitiva, após ser assinada pela competente autoridade julgadora, deve o ato ser publicado, no BS RFB, para o caso de apenação da lavra do Chefe de Escor (ou excepcionalmente do Corregedor), ou no DOU, para o caso de apenação da lavra do Ministro de Estado da Economia.

4.10.6 - Consequências do Julgamento

4.10.6.1 - Publicação, Presunção de Legitimidade e Autoexecutoriedade do Ato Punitivo

Para que o julgamento responsabilizador seja um ato jurídico perfeito e acabado, é necessário que a portaria de pessoal que aplicar a penalidade seja publicada. A publicação, seja no boletim de serviço ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, em regra, é o Boletim de

Serviço da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - BS RFB, no caso de julgamento do Chefe do Escor ou do Corregedor), seja no DOU (no caso do Ministro de Estado da Economia), aperfeiçoa o ato de julgamento e é requisito essencial para fins de todas as repercussões funcionais ou administrativas da apenação. Dependendo então da autoridade julgadora, a portaria de pessoal punitiva é publicada na Seção 2 do BS RFB ou na Seção 2 do DOU.

Especificamente quanto à veiculação de portaria de pessoal no BS RFB, a procedimentalização para a aposição da assinatura digital e para a publicação e a recomendação para que se juntem aos autos a impressão da versão em extensão "*portable document format*" (pdf) do ato e a(s) página(s) do Boletim que a contempla(m) podem ser revistas em **4.2.1.1**, de repetição desnecessária e a cuja leitura se remete.

Prosseguindo na análise para qualquer caso, não se exige ciência pessoal do acusado para que se concretizem e para que se apliquem os efeitos do julgamento; a publicação faz presumir o conhecimento e autoriza a aplicação dos efeitos do julgamento (mesmo no caso da publicação por meio BS RFB, que é diariamente disponibilizado de forma ostensiva e acessível na *intranet* institucional, e muito mais inquestionavelmente no caso de publicação em DOU). Acrescente-se ainda que, para fim de seu principal efeito, que é externar o julgamento, eventual ausência de publicação não anula o ato se dele, comprovadamente por qualquer outra forma válida, teve ciência pessoal o acusado.

> *STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.619, Voto: "Além disso, o recorrente aduz cerceamento de defesa, em virtude da ausência de intimação pessoal da pena de demissão imposta pela Portaria n. 17/2002. Contudo, registre-se que o recorrente teve plena ciência do conteúdo da mencionada Portaria por intermédio de sua publicação no Diário Oficial da União no dia 25 de janeiro de 2002. Ressalte-se, ainda, que a publicação na imprensa oficial é a comunicação adequada para o ato, sendo desnecessária a intimação pessoal do acusado."*
>
> *STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.526: "Ementa: 3. Não houve, no presente caso, ofensa ao art. 28 da lei n. 9.784/98, eis que os ora recorrentes tiveram pleno conhecimento da publicação oficial do ato que determinou suas demissões em tempo hábil para utilizar os recursos administrativos cabíveis. 4. Não há preceito legal que imponha a intimação pessoal dos acusados, ou permita a impugnação do relatório da Comissão processante, devendo os autos serem imediatamente remetidos à autoridade competente para julgamento [arts. 165 e 166 da Lei n. 8.112/90]."*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 23.268: "Ementa: Mandado de Segurança. Servidor Público. Processo Administrativo. Pena Disciplinar de Demissão. Alegação de violação à ampla defesa pela ausência de notificação quanto às conclusões do relatório final rejeitada, porquanto regular o exercício do contraditório ao longo do processo, tendo a servidora constituído advogado e apresentado defesa escrita. Não restou demonstrado, ademais, o prejuízo que teria sido causado pela falta da referida intimação. Mandado de segurança que se indefere."*
>
> *"Questão interessante (...) concerne à existência, ou não, da prescrição (...) no processo administrativo disciplinar (...), por causa do fato de, apesar de a sanção ter sido devidamente publicada no diário oficial, sua efetivação não se ter verificado em face da pendência das correspondentes medidas materiais necessárias, ainda não implementadas pela Administração Pública.*
> *Se, porém, a pena é aplicada tempestivamente, não há que se falar de prescrição mais, pois a ação disciplinar ocorreu de forma regular e findou eficazmente.*
> *O ato administrativo pelo qual se aplica penalidade disciplinar gera seus*

> *efeitos jurídicos a partir da data de sua publicação no Diário Oficial da União, do Distrito Federal, do Estado ou do Município.*
> *O inciso II do art. 142 da lei federal nº 8.112/1990 preceitua que, quando a infração funcional for punível com suspensão, a ação disciplinar prescreverá em 2 (dois) anos, de modo que o dispositivo legal se refere tão somente à possibilidade de manejo do procedimento disciplinar próprio, e não à executoriedade da pena, exatamente por serem situações distintas, as quais não podem ser tratadas como se equivalentes fossem.*
> *Na hipótese, ou seja, finda a tramitação do processo administrativo disciplinar com efetiva publicação da pena, o ordenamento jurídico federal é silente quanto ao prazo prescricional a ser aplicado no caso de mera inexecução da penalidade (...).”Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pgs. 852, 852, 856 e 857, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

O processo disciplinar e o ato de imposição de penalidade, como atos administrativos em espécie, desfrutam da presunção relativa de legitimidade e da autoexecutoriedade. Isto significa que produzem normalmente seus efeitos próprios, pois dispensam prova prévia de sua legalidade (caso não sejam impugnados e, mesmo que o sejam, ou até prova em contrário, são válidos, incumbindo ao servidor comprovar a ilicitude alegada do ato) e sua efetividade independe de ato de outro Poder.

Como consequência imediata da presunção de legitimidade, não é necessário (e tampouco ilegal) que a autoridade julgadora aguarde o prazo de apresentação de qualquer espécie de recurso para aplicar a pena (no caso da suspensão, conforme já aduzido em **4.10.1** e em **4.10.2.4.4** - apenas no que diz respeito à efetivação e não à aplicação da pena -, recomenda-se que a autoridade julgadora previamente verifique com o titular da unidade de lotação (ou de exercício) do servidor a conveniência da conversão em multa e o período a ser cumprida). Com isto, como regra geral, a aplicação de pena, por meio da publicação de portaria de pessoal da autoridade competente, exarada após o julgamento, tem efeito imediato (a menos que o servidor interponha recurso e a ele, excepcionalmente, a autoridade competente atribua efeito suspensivo, conforme se verá em **5.1.2**).

> *“Os efeitos dos atos punitivos começam a ser contados da data de sua publicação, seja no Diário Oficial da União, seja no Boletim Oficial, Boletim de Serviço ou Boletim de Pessoal (qualquer o nome que tenha) do órgão ou unidade.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 202, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/2.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/2: “32. Em regra, a aplicação de penalidade – por meio da publicação de portaria exarada pela autoridade competente após o julgamento – tem efeito imediato. Logo não é necessário que essa autoridade aguarde a apresentação de pedido de reconsideração ou de recurso hierárquico - cujo prazo estabelecido pelo art. 108 da Lei nº 8.112, de 1990, é de trinta dias, contados a partir da ciência da decisão - para aplicar a pena.”*

E, destaque-se, a constitucionalmente consagrada livre ida ao Poder Judiciário não impõe que a Administração aguarde o pronunciamento judicial, para lhe dar fiel cumprimento. Ou seja, a autoexecutoriedade do ato administrativo disciplinar é tal que não requer nenhum tipo de regulamentação ou aperfeiçoamento por parte do Poder Judiciário.

> *“A tese que sustenta o reconhecimento do perdão tácito, ante a inaplicabilidade contemporânea da punição, não pode ter guarida no campo do Direito Disciplinar (...).*
> *No campo do Direito Público, todavia, a autoridade administrativa não detém o poder disciplinar em nome próprio. Como administrador da coisa pública,*

sujeita-se às imposições da lei, à indisponibilidade do interesse do Estado e à responsabilidade pelo ato omissivo.
Nesse exato sentido de oportunidade, sem as consequências da absolvição tácita, o princípio da aplicação imediata, atual e contemporânea da correção disciplinar tem cabimento no âmbito da administração pública. (...)
Em matéria de Direito Disciplinar, todavia, não é dada ao acusado a escolha da via judicial para, primeiramente, ver nela discutida a falta que lhe é atribuída, adiando ou suspendendo decisão de competência privativa da autoridade administrativa, a ser proferida em decorrência do exclusivo dever funcional de punir ou declarar a inocência do servidor implicado.
Ademais, ao procedimento disciplinar não tem aplicação o princípio administrativo de conveniência e oportunidade decisórias ante o imperativo legal que pune o administrador por retardar a decisão. Com efeito, o adiamento decisório em processo disciplinar pode trazer como consequência a extinção da responsabilidade do culpado por ter-se perdido o prazo legal da punição (...).” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 175, Editora Forense, 2ª edição, 2006

4.10.6.2 - Monitoramento da Publicação, Imediato Comunicado do Julgamento e Efeitos Remuneratórios

Na ausência de sistema informatizado ou de qualquer tipo de rotina automatizada que monitore e informe a publicação de portaria de pessoal punitiva, é imprescindível que a Corregedoria (Coger) e os Escritórios de Corregedoria (Escor) acompanhem diariamente o veículo oficial de publicação dos atos da unidade julgadora (que, no caso da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - RFB, é o Boletim de Serviço da RFB, o BS RFB, de alcance nacional em todas as Regiões Fiscais) e o Diário Oficial da União (DOU). Isto porque, no caso de ato punitivo da lavra da autoridade instauradora (o Chefe de Escor ou, excepcionalmente, o Corregedor), delimitado no máximo a pena de suspensão de até trinta dias, ou ainda da lavra do Corregedor especificamente para suspensão superior a trinta dias mesmo sem ter instaurado o processo, utiliza-se a Seção 2 do BS RFB; e, no caso de ato punitivo da lavra do Ministro de Estado da Economia, comportando todas as penas legalmente previstas e destacadamente as penas expulsivas, utiliza-se a Seção 2 do DOU. Obviamente, tal monitoramento se faz mais pertinente para acompanhar a publicação em DOU de julgamentos ministeriais, cujas datas exatas nunca se pode antever com exatidão, já que a publicação em BS RFB costuma se dar logo no dia útil seguinte à remessa da portaria de pessoal pela própria autoridade julgadora, o que facilita o acompanhamento imediato da publicação das suas portarias de pessoal punitivas. Pelos fortes pontos de contato em suas atuações, além do sistema correcional, também se faz pertinente que as unidades inseridas no macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas (Coordenação-Geral de gestão de Pessoas - Cogep e as Divisões de Gestão de Pessoas das respectivas Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil (SRRF/Digep) também realizem este tipo de acompanhamento diário.

Assim, ato contínuo à detecção de publicação de portaria de pessoal punitiva, deve a autoridade instauradora de imediato atender ao comando do *caput* do art. 7º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, e também do *caput* do art. 13 da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020, que dispõem sobre apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Economia (ME) como um todo e especificamente da RFB. Estas normas estabelecem que, após o julgamento (ato que, no caso de aplicação de penalidade, somente se aperfeiçoa com a publicação da portaria de pessoal punitiva, conforme já abordado em **4.10.6.1**), a autoridade instauradora deve cientificar, por meio de ofício, o titular da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor acusado, acerca da decisão final e de eventuais recomendações constantes do relatório da comissão, se houver.

> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 7º A autoridade instauradora comunicará ao titular do órgão ou da unidade de lotação ou de exercício do acusado a conclusão exarada pela comissão de inquérito, cientificando-o, outrossim, da decisão final, para adoção das medidas que se fizerem necessárias.*
>
> *Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 13. A autoridade instauradora comunicará a decisão final da sindicância disciplinar ou do PAD ao titular da unidade de lotação ou de exercício do servidor, se diferente, para a adoção das medidas que se fizerem necessárias.*

O princípio do formalismo moderado autoriza o envio de tal comunicado em formato de ofício por meio de mensagem do correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), com reprodução do teor da portaria de pessoal punitiva ou com seu texto em anexo, já imediatamente após a sua publicação, sendo dispensado o envio de cópia integral dos autos.

No caso específico de aplicação de pena de demissão, como pena expulsiva de servidor até então na atividade, o ato de comunicação da autoridade instauradora ao titular da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) deve conter ainda a obrigatoriedade de recolher de imediato definitivamente o distintivo, o crachá, as carteiras funcionais da RFB (segundo o inciso I do *caput* e o inciso II do § 2º do art. 10 da Portaria RFB nº 2.045, de 20 de dezembro de 2018) e da Superintendência (ou Gerência) Regional de Administração da Diretoria de Administração e Logística da Secretaria de Gestão Corporativa da Secretaria-Executiva do ME (ME/SE/SGC/DAL/SRA ou ME/SE/SGC/DAL/GRA), carimbos, processos e demais cargas de trabalho, *smartcard* ou t*oken* de acesso à rede, *notebooks* e demais equipamentos porventura em poder ou uso do servidor, bem como de revogar o certificado digital de e-CPF (se for o caso, conforme o inciso I do art. 47 da Portaria Cotec nº 14, de 29 de janeiro de 2018) e de solicitar à projeção de tecnologia e segurança da informação a exclusão ou a desabilitação de todos os segmentos de ambiente informatizado pertinentes (conforme o inciso I do art. 45 da Portaria Cotec nº 73, de 8 de dezembro de 2014), fim de que sejam cancelados todos os perfis e senhas de acesso a sistemas informatizados e ao correio eletrônico institucional. E, no caso de aplicação de pena de suspensão, no período de efetivação do efeito, os documentos de identificação funcional devem ser retidos na unidade local, cabendo ao servidor entregá-los, conforme o inciso II do *caput* e o § 3º do art. 10 da Portaria RFB nº 2.045, de 2018.

> *Portaria RFB nº 2.045, de 2018 - Art. 10. O direito ao uso do conjunto de identificação funcional especificado nesta Portaria:*
> *I - expira na data da publicação do ato que der origem à vacância do cargo;*
> *II - fica suspenso durante o período em que o servidor se encontrar afastado do exercício de suas atribuições, nos casos de:*
> *aplicação de penalidade de suspensão não convertida em multa;*
> *licenças e afastamentos não remunerados;*
> *afastamentos previstos nos arts. 93 e 96 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*
> *§ 1º Na ocorrência da hipótese prevista no inciso I, o titular da unidade de exercício deverá solicitar, contado da publicação do ato no Diário Oficial ou da ocorrência do fato, a restituição do conjunto de identificação funcional:*
> *I - aos familiares, em até 20 (vinte) dias, no caso de falecimento;*
> *II - ao servidor:*
> *em até 3 (três) dias, no caso de demissão;*
> *em até 10 (dez) dias, nos demais casos de vacância do cargo efetivo ou em comissão, de que tratam os arts. 33 a 35, da Lei nº 8.112, de 1990.*
> *§ 2º Incumbe ao titular da unidade de exercício do servidor o envio à Cogep, no caso dos servidores das Unidades Centrais ou à respectiva Digep, quando tratar-se de servidores em exercício nas unidades descentralizadas, do conjunto*

de identificação funcional recolhido, para a devida baixa.
§ 3º Nas hipóteses previstas no inciso II do caput deste artigo, o servidor entregará o conjunto de identificação funcional ao titular da sua unidade de exercício, que o reterá durante o período de afastamento temporário.

Portaria Cotec nº 14, de 2018 - Art. 47. O chefe imediato ou o chefe da área de tecnologia da informação da unidade da RFB é o responsável pela solicitação de revogação do certificado digital, se o titular não houver solicitado, nos seguintes casos:
I - Aposentadoria do servidor;
II - Desligamento da RFB;
III - Licença para atividade política;
IV - Afastamento para exercício de mandato eletivo;
V - Licenças e afastamentos temporários sem remuneração.
Art. 48. O presidente de comissão de sindicância ou de comissão de inquérito é competente para solicitar a revogação de certificado digital de usuário da RFB quando, em processo disciplinar, for determinado o afastamento preventivo do servidor do exercício do cargo.

Portaria Cotec nº 73, de 2014 - Art. 45. São competentes para solicitar cadastramento, atualização, exclusão, habilitação, desabilitação, bloqueio, desbloqueio e troca de senha dos usuários internos sob sua supervisão: (Redação dada pela Portaria Cotec nº 1, de 2 de janeiro de 2018)
I - chefe imediato e seus superiores;
II - chefe do local de trabalho na RFB onde o usuário interno empregado de prestador de serviço ou estagiário desempenha ou desenvolve suas atividades;
III - chefe de equipe ou grupo de trabalho formalmente constituído;
IV - titular da unidade da RFB ou coordenador da coordenação ou chefe da divisão, serviço, seção, setor, escritório, núcleo, equipe ou centro no qual o usuário, localizado em outro local de trabalho da mesma Unidade, estiver prestando serviço temporariamente; (Redação dada pela Portaria Cotec nº 1, de 2018)
V - titular da unidade da RFB para a qual o usuário estiver prestando serviço, em deslocamento ou não; (Redação dada pela Portaria Cotec nº 1, de 2018)
VI - coordenador de curso interno ou de formação, em ambiente de treinamento; e
VII - substitutos dos agentes elencados nos incisos I a V, ainda que o titular esteja presente ou no exercício da função ou cargo em comissão.

E na hipótese de efetivamente ter havido qualquer apenação (advertência, suspensão, demissão ou cassação de aposentadoria), por força do art. 131 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a mesma mensagem eletrônica, remetida pela autoridade instauradora, também deve também ser destinada à projeção regional de gestão de pessoas, mais comumente a SRRF/Digep, para o caso de servidor da ativa lotado em unidade descentralizada ou lotado em unidade central situada fora de Brasília (ou a Cogep, para o caso de servidor da ativa lotado em unidade central situada em Brasília; ou a ME/SE/SGC/DAL/SRA (ou ME/SE/SGC/DAL/GRA), para o caso de inativo e de ex-servidor residente no respectivo estado da Federação) para que proceda aos respectivos registros no Sistema Integrado de Administração de Pessoal (Siape), a figurarem nos assentamentos funcionais.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 131. As penalidades de advertência e de suspensão terão seus registros cancelados, após o decurso de 3 (três) e 5 (cinco) anos de efetivo exercício, respectivamente, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar.

E, como reflexo do mandamento do § 2º do art. 7º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, e também do art. 16 da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, caso haja efeitos

remuneratórios decorrentes do julgamento, em decorrência de aplicação de penas de suspensão, demissão ou cassação de aposentadoria, cabe àquelas mesmas unidades ou órgão concretizar tais repercussões.

> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 7º*
> *§ 2º Para adoção de providências quantos aos efeitos remuneratórios decorrentes da decisão final proferida em sede de rito disciplinar, a autoridade instauradora deverá cientificar a unidade de Recursos Humanos do órgão onde o servidor esteja em exercício.*
>
> *Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 13.*
> *Parágrafo único. Para adoção de providências quanto ao registro nos assentamentos funcionais e aos efeitos remuneratórios decorrentes da decisão final a que se refere o caput, a autoridade instauradora deverá cientificar:*
> *I - a Coordenação-Geral de Pessoas (Cogep), no caso de suspensão, demissão ou destituição de cargo em comissão ou de função comissionada de servidores lotados nas Unidades Centrais;*
> *II - a Divisão de Gestão de Pessoas (Digep) da respectiva Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil (SRRF), no caso de suspensão, demissão ou destituição de cargo em comissão ou de função comissionada de servidores lotados nas Unidades Descentralizadas; ou*
>
> *III - a Superintendência ou a Gerência Regional de Administração do Ministério da Economia (SRA/ME ou GRA/ME) do estado da federação onde reside o servidor aposentado, no caso de cassação de aposentadoria*

Diante do efeito imediato do ato administrativo punitivo, que, em razão do seu atributo de autoexecutoriedade, se aperfeiçoa como ato jurídico perfeito e acabado com a sua publicação, todas estas medidas restritivas devem ser tomadas de imediato, já partir do dia em que a portaria punitiva é publicada, no BS RFB ou no DOU. Além de não se exigir que o próprio servidor acompanhe a publicação do ato de julgamento do seu processo disciplinar, menos ainda se cogita de que cumpra espontaneamente os efeitos decorrentes de uma decisão que lhe seja contrária, sobretudo em caso de pena expulsiva. Neste rumo, deve se dar especial destaque para a não postergação dos efeitos da aplicação das penas expulsivas, em especial da demissão, a requerer as medidas de imediata supressão de todos os vínculos laborais e de todos os acessos aos ambientes físicos e virtuais de trabalho referentes ao exercício do cargo, em face do demitido.

Em especial, mencione-se que o Decreto nº 9.366, de 8 de maio de 2018, estabelece, em seu art 6º, que o servidor responsabilizado disciplinarmente não poderá ter progressão funcional e promoção no respectivo ciclo avaliativo.

> *Decreto nº 9.366, de 2018 - Art. 6º No período do ciclo de avaliação, o servidor que tenha incorrido nas penalidades disciplinares a que se refere o art. 127 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, apurada por meio de sindicância administrativa ou processo administrativo disciplinar, não fará jus à progressão funcional ou promoção naquele ciclo.*

Ademais, quando cabível, a comunicação da autoridade instauradora ao titular da unidade de lotação (ou de exercício) do acusado pode incluir também medidas ao seu encargo voltadas à administração da sua própria unidade, decorrentes das conclusões e das recomendações aferidas pela comissão e do julgamento. Tais medidas administrativas referem-se a providências de natureza fiscal (tais como reversão e regularização dos atos ilícitos verificados no curso do processo, que podem acarretar constituição de crédito tributário, refiscalização, cancelamento de benefício fiscal indevido, dentre outros) ou ainda de natureza estratégica, logística ou gerencial (tais como adoção de maiores cautelas ou de novas rotinas ou praxes ou de realocação de pessoal ou de aperfeiçoamento da normatização, com o fim de evitar repetição de falhas ou de ilicitudes).

Nesta linha, a CGU positivou, no art. 7º da Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, a possibilidade de o processo disciplinar destacar para as demais autoridades, quando cabíveis, sugestões de medidas preventivas à ocorrência de novas irregularidades.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 7º Na conclusão dos procedimentos correcionais constará, quando couber, recomendação para a adoção de medidas destinadas à prevenção de ocorrência de irregularidades.*

Sob este mesmo enfoque, é de se lembrar que, como o mais habitual é o servidor cometer o ilícito em seu próprio local de trabalho, a regra geral é de se confundirem em uma só as unidades de lotação (ou exercício) do acusado e de ocorrência do fato. Todavia, conforme já aduzido em **3.2.2.1** e **3.2.2.2**, podem ser distintas a unidade de lotação (ou exercício) do servidor acusado e a unidade em que o fato foi cometido, seja porque ele o cometeu fora de seu local de trabalho, seja porque foi removido ou teve o exercício alterado ou foi investido em novo cargo após o cometimento, por exemplo. Nestes casos, embora a rigor a normatização de regência não preveja explicitamente, mas tomando-se amparo na interpretação sistemática do ordenamento e dos princípios reitores, também pode se justificar a ciência do titular da unidade de ocorrência do fato ilícito ensejador do processo, caso haja recomendações de ordem prática para esta unidade.

De acordo com o que já se expôs em **4.3.2**, no caso de servidor lotado em ARF, uma vez que o julgamento pode importar repercussões em sua vida funcional, convém que este retorno se dê por meio do Delegado da respectiva DRF, a fim de que este encaminhe ao titular da ARF jurisdicionada.

E, embora os já mencionados *caput* do art. 7º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, e art. 13 da Portaria RFB nº 4.505, de 2020, determinem a ciência do julgamento apenas da autoridade local, recomenda-se que se aprimore a providência para que também se comunique ao servidor acusado o teor da decisão. É facilmente compreensível que tal extensão se mostra pertinente não apenas com base em inequívoco apoio principiológico como também pode se vislumbrar amparo para tal ato na leitura do art. 26 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que determina que a Administração contate o "*interessado para ciência da decisão*".

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.*

Pela natureza da matéria em tela, aqui se enfatiza a hipótese de julgamento apenador; mas, decerto, os mesmos comandos normativos acima reproduzidos obrigam também a comunicação à autoridade local e a recomendam a favor do servidor acusado igualmente em caso de julgamento absolvedor, em que não se exara e, consequentemente, não se publica portaria de pessoal punitiva. Sobretudo para o servidor acusado, se demonstra importante a ciência na hipótese de arquivamento sem julgamento responsabilizador (inclusive em decorrência de prescrição). A iniciativa ora defendida supre a ausência de publicidade naqueles casos em que não se dá visibilidade ao julgamento, a fim de facilitar que o interessado tenha ciência da decisão a que chegou o processo disciplinar em que figurou como acusado.

A propósito, mais que recomendável, deve mesmo a Administração providenciar tal ciência da decisão ao acusado, qualquer que tenha sido o teor do julgamento, seja absolvendo, seja aplicando pena de advertência, suspensão, demissão ou cassação de aposentadoria em qualquer hipótese que não seja de portaria punitiva publicada no DOU (o que indica que o julgamento tenha sido a cargo do Ministro de Estado da Economia) e, cumulativamente, em face de acusado que tenha constituído advogado nos autos. Isto porque, a despeito da inferência que sempre se possa fazer de que o acusado tem ciência da decisão a partir da sua

publicação (tanto que esta é um dos critérios essenciais de validade de qualquer ato administrativo e que, em razão da consagrada autoexecutoriedade da medida punitiva, o torna perfeito e acabado), a jurisprudência superior adota postura cautelosa de somente inferir a ciência do servidor se a portaria punitiva tiver sido publicada em DOU e se este apenado se fizer acompanhar de advogado, hipótese em que se dispensa qualquer providência administrativa para cientificá-lo pessoalmente da publicação do julgamento. A *contrario sensu* da linha jurisprudencial, deve a Administação se acautelar e procedimentalizar a ciência pessoal de que aqui se trata, qual seja, do resultado final do julgamento ao acusado, não apenas em caso de arquivamento mas sobretudo também em casos de apenação com portaria punitiva publicada no BS RFB (a cargo do Chefe de Escor ou do Corregedor), havendo ou não constituição de advogado, e de portaria punitiva publicada no DOU (a cargo do Ministro de Estado da Economia) com ausência de defesa técnica. Não obstante, relembre-se que convém propiciar esta ciência pessoal ao acusado em qualquer caso.

> *STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Og Fernandes, Agravo de Instrumento no Mandado de Segurança nº 24.961/DF, DJe 01/07/2019, Ementa: "4. Da mesma forma, a publicação da penalidade de demissão no Diário Oficial, por sua vez, caracteriza a intimação da servidora a respeito da sanção administrativa que lhe foi aplicada, não tendo sido juntada documentação demonstrando que não houve a constituição de advogado no bojo do processo disciplinar, a justificar a necessidade de outra providência por parte da administração pública para a comunicação dos atos processuais."*
>
> *STJ, Terceira Turma, Ministro Relator Antônio Saldanha Palheiro, Mandado de Segurança nº 9.699/DF, DJe 11/12/2018, Ementa: "4. É dispensada a intimação pessoal do servidor representado por advogado, sendo suficiente a publicação da decisão proferida no PAD no Diário Oficial."*
>
> *STJ, Segunda Turma, Ministro Relator Herman Benjamin, Recurso em Mandado de Segurança nº 54.297/DF, DJe 11/10/2017, Ementa: "4. Quanto à necessidade da intimação pessoal do ora recorrente, esclareço que a 'jurisprudência desta Corte é a de que, estando o servidor representado por advogado, é dispensável a sua intimação pessoal do ato de demissão, sendo suficiente a publicação do ato no Diário Oficial'."*
>
> *STJ, Primeira Seção, Ministo Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança nº 19.073/DF, DJe 31/08/2016, Ementa: "3. Não é necessária a intimação pessoal Servidor, representado por Advogado no PAD, do ato proferido pela autoridade coatora, que determinou a sua demissão, bastando, para a regular cientificação, a publicação da portaria demissionária no Diário Oficial da União."*
>
> *STJ, Sexta Turma, Ministro Relator Rogério Schietti Cruz, Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 27.633/MG, DJe 07/05/2015, Ementa: "1. Tratando-se de servidor representado por advogado durante o processo administrativo disciplinar, é desnecessária a intimação pessoal acerca do ato demissionário, bastando a publicação em diário oficial."*

Esta providência é simples de se concretizar no caso de servidor ativo que não esteja em gozo de alguma licença ou sob qualquer afastamento legal do cargo e que venha a ser punido com advertência ou com suspensão (ou seja, que permanece na atividade após o julgamento), seja pelo Chefe de Escor, seja pelo Corregedor, seja ainda pelo Ministro de Estado da Economia. Possuindo acesso ao correio eletrônico institucional, atende-se àquela necessidade principiológica e legal simplesmente acrescentando-se também o servidor como destinatário da mesma mensagem eletrônica acima mencionada, juntamente com o titular de sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) e com o titular da projeção regional de gestão de pessoas (se for o caso de ter havido qualquer apenação).

No caso geral de o acusado ser servidor ativo e não licenciado ou afastado e de o processo ser digital, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), determinado pela Ordem de Serviço (OS) Coger nº 1, de 3 de junho de 2015, além do imediato comunicado da decisão por meio do correio eletrônico institucional, é certo que o próprio servidor pode ter acesso integral aos autos.

Mas, no caso específico de o acusado ser inativo ou ex-servidor no momento da ciência em tela, para quem, em regra, se cogita de aplicação somente de penas expulsivas - seja em razão de inatividade por aposentadoria, seja em razão de ter se tornado ex-servidor justamente por ter acabado de sofrer pena expulsiva neste próprio processo disciplinar de cujo julgamento se quer dar ciência, seja em razão de anteriormente já ser ex-servidor por pena expulsiva aplicada em processo disciplinar anterior - ou, ainda, estar licenciado ou afastado, não cabendo lhe dirigir mensagem pelo correio eletrônico institucional, convém que aquela mensagem de ciência ao titular da unidade solicite a esta autoridade local ainda que, ao entrar em contato com o acusado, estabeleça um prazo (de trinta dias, por exemplo) para o destinatário comparecer à unidade, a fim de receber cópia integral e criptografada dos autos em mídia digital (a ser fornecida, com ofício, pelo Escor ou excepcionalmente pela Coger, nas hipóteses em que o Corregedor figurar como autoridade instauradora), e registre em termo o recebimento ou o tácito desinteresse ou a expressa recusa do interessado em atender ao comunicado. O ofício do Chefe do Escor ou do Corregedor para a autoridade local pode ter como anexo o termo de recebimento em branco, já preparado apenas para que se coletem a data e a assinatura do acusado. Os eventuais desinteresse ou recusa do acusado em receber cópia integral do processo disciplinar devem ser registrados em termo, podendo-se redigir, para o caso de expressa recusa, termo análogo ao que preconiza o § 4º do art. 161 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, quando o indiciado se recusa a assinar sua citação. Em todo caso, este termo deve ser remetido ao Escor, a fim de ser juntado aos autos.

Caso o acusado resida na mesma localidade onde se situa o respectivo Escor ou a Coger, é mais pertinente ofertar-lhe o recebimento de cópia integral dos autos nesta própria unidade de correição e não em sua unidade de lotação (ou de exercício), dispensando-se a criptografia e a solicitação acima descrita à autoridade local. As providências de contato e a entrega da mídia digital ao acusado ficam a cargo do próprio Escor ou da Coger, pois não faria sentido envolver o titular da unidade nestes afazeres. Esta entrega da mídia digital na unidade de lotação (ou de exercício) somente se justifica se tanto esta unidade quanto a residência do acusado se situam em localidade(s) distinta(s) da do Escor ou da Coger. E na hipótese de o acusado já ostentar a condição de inativo ou de ex-servidor desde o início do processo, obviamente, não há que se falar em unidade de lotação (ou de exercício), devendo-se atentar aqui para a sua última unidade de lotação (ou de exercício).

Até este ponto, se descreveram detalhes do ato de julgamento inserido na competência da autoridade que instaurou o processo, o que, no caso do sistema correcional da RFB, alcança os Chefes de Escor e o Corregedor (com diferença de alçada em função do acusado), albergando as possibilidades de arquivamento e de responsabilização com aplicação de penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias, por originária competência regimental. Mas é de se relembrar que, por força do inciso II do art. 38 da Portaria ME nº 7.081, de 9 de agosto de 2022, o Ministro de Estado da Economia delegou ao Corregedor a competência para aplicação também de pena de suspensão superior a trinta dias. Especificamente na hipótese de o Corregedor julgar em razão de ter havido proposta de pena de suspensão de 31 a 90 dias e sem ter instaurado o processo disciplinar, as comunicações acima descritas são determinadas pelo Corregedor no julgamento e incumbem ao Chefe de Escor da respectiva Região Fiscal, que efetivamente atuou como autoridade instauradora, o faça. Da mesma forma se operacionaliza a ciência do julgamento, a cargo do respectivo Chefe de Escor, nos casos de decisão a cargo do Ministro de Estado da Economia.

Embora se tenha que eventual portaria de pessoal punitiva obrigatoriamente deve ser publicada (seja no BS RFB, seja no DOU) e, formalmente, até se possa presumir que o acusado tenha ciência do ato a partir de sua publicação, a cautela para que se propicie sua ciência do teor do julgamento (que se subentende com o recebimento da mensagem de correio eletrônico institucional ou com o fornecimento de cópia integral do processo) em nada se confunde com pré-requisito para a imediata aplicação dos efeitos da punição.

Esta recomendação de envio de mensagem eletrônica a acusado que permanece em atividade (absolvido, advertido ou suspenso) ou de entrega da mídia digital a acusado inativo ou ex-servidor (ou, ainda, licenciado ou afastado), após o julgamento, como forma de ratificar que teve conhecimento de decisão que lhe é contrária e de facilitar a possibilidade de manejo de via recursal, em nada contradiz o que já foi exposto em **4.10.6.1**, acerca da inexistência de obrigação de se aguardar o esgotamento do prazo recursal para que se operem os efeitos da apenação, em razão da presunção de legitimidade e, por conseguinte, da autoexecutoriedade de que gozam o processo disciplinar e o ato de imposição de penalidade, dispensando prova prévia de sua legalidade e qualquer outra formalidade. Ressalve-se que apenas no caso da suspensão, de acordo com o interesse da Administração, pode ser aplicada já a partir da data da publicação da portaria de pessoal; ou posteriormente, que parece ser o mais adequado, a partir de data especificada na portaria de pessoal, com mínimo prazo hábil para que o servidor seja cientificado.

Já no que diz respeito ao marco inicial da contagem do prazo para que o acusado possa interpor qualquer espécie de recurso - cuja regra geral de recebimento é de ser com mero efeito devolutivo e não suspensivo - contra a decisão que é contrária, conforme se verá em **5.1.2**, há sim impacto da recomendação de envio de mensagem eletrônica ou de entrega da mídia digital, como forma de ratificar que teve conhecimento deste julgamento com o qual não se conforma. A jurisprudência acima destacada, de que a data da publicação da portaria de pessoal punitiva no DOU somente conta como inquestionável ciência se o acusado tiver constituído advogado, importa em admitir que, nos casos fora de seu escopo, ou seja, de portaria de pessoal punitiva publicada no BS RFB (de advertência ou de suspensão aplicada pelo Chefe de Escor ou pelo Corregedor) em face de acusado com ou sem advogado e de portaria de pessoal punitiva publicada no DOU (de qualquer pena aplicada pelo Ministro de Estado da Economia) em face de acusado sem advogado, o termo inicial deve ser postergado para a ciência pessoal nos autos. A contagem a partir da data da publicação do ato punitivo como termo inicial se limita apenas ao caso de portaria de pessoal punitiva publicada no DOU em face de servidor com advogado.

Reitera-se a pertinência de se ter o comprovante do recebimento da mensagem eletrônica ou o termo de recebimento da mídia com cópia integral posteriormente juntado ao processo, para fazer prova ainda mais robusta da ciência do julgamento por parte do apenado. Esta peça, em caso de julgamento responsabilizador, delimita, inquestionavelmente da forma mais conservadora e benéfica possível à defesa, a tolerância máxima para o marco inicial do prazo recursal (superando inapelavelmente qualquer eventual alegação de desconhecimento de publicação da portaria de pessoal punitiva).

Por fim, também se demonstra interessante ter este recibo da ciência do acusado nos autos para configurar o elemento subjetivo doloso do possível crime de exercício funcional ilegalmente prolongado, previsto no art. 324 do CP. Embora aqui se tenha como uma hipótese pouco provável de ocorrer se a autoridade local tiver tomado todas as medidas de prevenção e de controle recomendadas pela autoridade instauradora desde sua mensagem por correio eletrônico institucional imediatamente após a publicação da portaria de pessoal de demissão no DOU, ainda assim expõe-se a questão de quando o servidor, mesmo tendo sido cientificado (seja pessoalmente, de forma obrigatória caso não tenha advogado, seja simplesmente já após a publicação, caso tenha advogado), continua exercendo seu cargo e

produzindo atos. Em princípio, neste caso, não se cogita de instauração de instância disciplinar, porque os atos não foram praticados no exercício do cargo. Nesta hipótese, poder-se-ia, em tese, vislumbrar apenas de configuração da tipicidade em tela.

> *CP - Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado*
> *Art. 324. Entrar no exercício de função pública antes de satisfeitas as exigências legais ou continuar a exercê-la, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso.*
> *Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.*

Interpretando-se o tipo penal acima, se, por um lado, é certo que que não faz sentido excluir a demissão do seu alcance, podendo considerá-la abarcada no termo "exoneração", por outro lado, também não se omite que a regra da configuração do elemento subjetivo do crime requer a comprovação do dolo, ou seja, da vontade e da consciência do autor em praticar a conduta - qual seja, no caso, de prolongar sabidamente de forma indevida o exercício de suas atribuições públicas, ficando então tal ânimo subjetivo inquestionavelmente configurado com o recebimento da mídia digital com cópia integral dos autos.

> *"(...) Esqueceu-se o legislador da demissão e da aposentadoria. Enquanto na primeira hipótese pode-se tê-la como espécie de exoneração, na segunda a omissão da lei faz com que o fato não configure o ilícito previsto no artigo 324. É indispensável, nos termos expressos da lei, que o funcionário tenha conhecimento oficial do impedimento ao exercício das funções. Exige-se, pois, a comunicação expressa ao agente público, não a suprindo a publicação no Diário Oficial quando não houver prova de que o agente tomou conhecimento inequívoco da exoneração, remoção, substituição ou suspensão. (...). Não ocorre o crime também quando se trata de cessação temporária (férias, licença, etc) (...)." Julio Fabbrini Mirabete, "Manual de Direito Penal", pg. 347, Editora Atlas, 17ª edição, 2001*

> *"(...) O agente continua a exercer a função pública (pratica atos de ofício) mesmo depois de ter recebido 'comunicação oficial' informando que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso (não são incluídas as cessações por licença ou férias). A notificação deve ser pessoal, sendo imprescindível que o agente tenha conhecimento direto e certo, não bastando a dúvida (...)." Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Junior, "Código Penal Comentado", pg. 549 , Editora Renovar, 4ª edição, 1998*

Destaque-se que a lei penal tipifica também a continuidade do exercício por parte do servidor apenado com suspensão. Neste caso, uma vez que se mantém o vínculo funcional entre o servidor e a Administração, diferentemente da hipótese anterior, além do crime em tela, pode-se cogitar também de repercussão disciplinar, em função da quebra dos deveres de obediência e de lealdade por parte do servidor suspenso que descumpre o efeito punitivo que o afasta temporariamente da função publica.

Ainda neste rumo de inibir o exercício funcional ilegalmente prolongado e demais estratégias danosas de o ex-servidor ainda tentar se passar por agente público em virtude ter em mãos aparatos públicos, reitera-se a necessidade de o sistema correcional acompanhar as publicações de portarias de pessoal expulsivas, a fim de se operacionalizar todos os efeitos acima já expostos para que a sua pronta exclusão do exercício do seu cargo já no próprio dia da publicação oficial.

4.10.6.3 - Demais Comunicados e Controles Administrativos e Registro nos Assentamentos Funcionais

Além do imediato comunicado ao titular da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do acusado, o julgamento do processo disciplinar acarreta a necessidade de se

promoverem atos de controle - alguns pontuais e imediatos, outros prolongados no tempo -, sendo alguns destes controles aplicáveis indistintamente para desfechos processuais sem responsabilização ou com responsabilização mediante aplicação da penalidade ou até mesmo em caso de declaração de ocorrência da prescrição.

Iniciando-se pelos controles pontual e imediatamente exercidos, e independentemente do resultado do processo, conforme já aduzido em **2.1.1** e em **4.3.7.1**, nos termos exigidos pelos arts. 3º e 4º da Portaria Coger-ME nº 12.456, de 29 de novembro de 2019, após o julgamento de sua competência, o Grupo Nacional de Comissões (GNC) deve alimentar, tanto no sistema interno de gestão de pessoas (Sistema de Apoio às Atividades Administrativas - SA3), quanto no Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD), da Controladoria-Geral da União (CGU), os dados referentes à decisão emanada no processo - se houve absolvição ou responsabilização e, neste caso, os dados do ato punitivo, tais como nº da portaria de pessoal, autoridade signatária, punição aplicada, data e meio de publicação, ou ainda se ocorreu a prescrição. Informe-se que eventuais decisões não definitivas, tais como declarações administrativa ou judicial de nulidade e determinação de ultimação dos trabalhos devem ser registradas no sistema CGU-PAD também pelo GNC. A base de dados de natureza correcional informada no sistema SA3 é útil para que as unidades regionais do macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas possam consultar e automaticamente emitir certidão comprobatória de que não constam registros de natureza disciplinar presente ou pretérito para determinado servidor sem necessidade de provocar o sistema correcional e para que a Divisão de Análise Correcional (Diaco que absorveu as competências do extinto Serviço de Controle da Atividade Correcional - Secac a partir do Regimento Interno da RFB aprovado pela Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020) possa emitir informação disciplinar (que, apesar do nome com que foi positivada, tem natureza jurídica de uma certidão), nos casos em que há registro de apenação.

Ainda no âmbito do GNC, em complemento aos controles mencionados em 2.4.2 acerca de obrigatoriedade de denúncias darem entrada pela unidade de ouvidoria, deve a sua Coordenação emitir ofício à Ouvidoria do Ministério da Economia com o fim de informar o julgamento de processo disciplinar que tenha decorrido exclusivamente daquele tipo de peça inicial.

> *Art. 6º-B As unidades que integram o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal e o Sistema de Correição do Poder Executivo federal informarão às unidades do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal sobre a conclusão de procedimento apuratório a partir de denúncia encaminhada, no âmbito de suas competências. (Incluído pelo Decreto nº 10.890, de 9 de dezembro de 2021)*

Especificamente no caso de julgamento da alçada de competência do Ministro de Estado da Economia, por força dos mesmos comandos normativos da citada Portaria Coger-ME, também incumbe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) promover a alimentação da base de dados do sistema CGU-PAD. Originalmente, havia a praxe de o Ministro de Estado competente para o julgamento de processo disciplinar remeter aviso ministerial dirigido ao Ministro de Estado da CGU, comunicando a decisão. Além de o aviso ministerial ter sido abolido em qualquer caso a favor da padronização de uso de ofício, no caso específico do julgamento em processo disciplinar, há também a manifestação da CGU, por meio da Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG), estampada na Nota Técnica nº 529/2019/CGUNE/CRG, em que sintetizou que, *a priori*, toda forma de comunicação à CGU exigida no ordenamento pode ser suprida com o registro no sistema CGU-PAD, dispensando-se envio de ofícios e documentos, sejam em meio físico, sejam em meio eletrônico.

> *Nota Técnica nº 529/2019/CGUNE/CRG: "Todas as comunicações rotineiras e padrão sobre a ocorrência de irregularidades e de instauração, andamento ou julgamento de PADs as quais se fazem necessárias em face de dispositivos*

> *legais ou pareceres da Advocacia-Geral da União devem ser interpretadas, com fulcro no princípio da eficiência, no sentido do seu pleno atendimento pela utilização no órgão do sistema SisCor com a inclusão dos processos disciplinares e sua atualização constante, nos termos da Portaria nº 1.043, de 24 de julho de 2007, desta Controladoria-Geral da União, sendo, inclusive, ressaltada a necessidade de inclusão dos `processos a instaurar` nesse sistema. Destarte, somente excepcionalmente em virtude de situações de urgência que requeiram a adoção de medidas pela CGU ou peculiaridades do caso concreto deve-se efetuar a cientificação por meio de ofício com remessa de documentos."*

Além disto, se a instauração não coube à Corregedoria do Ministério da Economia (Coger-ME), como nas frequentes hipóteses de instauração ter se dado no âmbito do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), a praxe é de a PGFN remeter para aquela unidade setorial de correição cópias do parecer de assessoramento, do despacho ministerial de julgamento e da portaria de pessoal de apenação, a fim de que possa proceder a controles, verificações e anotações do resultado do processo disciplinar, cujos autos originais, em regra, não tramitam pela unidade.

Ademais, com o julgamento, seja inocentando, seja responsabilizando o servidor, seu nome deve ser excluído do rol dos que respondem a processo disciplinar, devendo ser retirados todos os gravames expostos em **4.3.7**. Conforme já exposto em **4.3.4.2** e em **4.3.7.1**, a exclusão de servidor inicialmente acusado, por parte da comissão, do polo apuratório em determinado processo, seja no curso da instrução, seja ao final da instrução (na deliberação de não indiciá-lo), seja na conclusão do relatório, não supre ou afasta a competência exclusiva da autoridade competente para proceder ao julgamento com o fim de retirar deste servidor a condição de se encontrar respondendo processo e os consequentes gravames.

Prosseguindo na linha de provocação de outras subinstâncias administrativas, pode o processo disciplinar, independentemente de ter comprovado ou não a independente infração estatutária, detectar, ao seu final, indícios de ilicitude fiscal cometida pelo acusado (pode não se ter configurada a infração disciplinar mas se ter caracterizados os indícios de ilicitude fical e pode-se ter ambos). Nestes casos, não possuindo o sistema correcional competência regimental para instaurar procedimento fiscal, deve o Chefe do Escor (cogitando aqui da hipótese comum de o processo disciplinar ter sido instaurado no âmbito do Escor) provocar o Corregedor a fim de que este represente à Subsecretaria de Fiscalização da Receita Federal do Brasil (Sufis). Conforme estabelece o art. 5° da Portaria RFB n° 6.483, de 29 de dezembro de 2017, cabe à Sufis analisar o caso e, uma vez confirmados os indícios, determinar a instauração do procedimento de fiscalização sobre o acusado - com formas, prazos e comunicados a serem estabelecidos em ato conjunto da Sufis e da Coger, ato este ainda inexistente.

> *Portaria RFB n° 6.483, de 2017 - Art. 5º Ao final da sindicância disciplinar ou do PAD, se constatado indício de infração fiscal, compete ao Corregedor representar à Subsecretaria de Fiscalização da Receita Federal do Brasil (Sufis), que analisará e determinará, se confirmados os indícios e a materialidade dos fatos, a abertura do procedimento de fiscalização em desfavor do servidor investigado.*
> *Parágrafo único. Ato conjunto da Sufis e da Corregedoria definirá a forma, os prazos de análise e de abertura dos eventuais procedimentos de fiscalização, bem assim a forma de comunicação do resultado destes à Corregedoria.*

Ainda neste escopo pode-se também mencionar a necessidade de se comunicar a autoridade aduaneira, a fim de se embasar eventual procedimento persecutório em face de qualquer interveniente em operação de comércio exterior e que tenha incorrido em suposta prática de ilicitude. Neste sentido, o art. 76 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003,

prevê a possibilidade de importador, exportador, despachante aduaneiro e ajudante, transportador, agente, depositário e perito serem objeto de investigação de responsabilidade e de eventual apenação administrativas.

Conforme já mencionado em **4.10.6.2**, por força do art. 131 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a imediata comunicação pelo Chefe de Escor ou pelo Corregedor, em formato de ofício que pode ser remetido pelo correio eletrônico institucional, deve também ser remetida à projeção regional de gestão de pessoas, mais comumente a Divisão de Gestão de Pessoas da respectiva Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil (SRRF/Digep), para o caso de servidor da ativa lotado em unidade descentralizada ou lotado em unidade central situada fora de Brasília (ou a Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas - Cogep, para o caso de servidor da ativa lotado em unidade central situada em Brasília; ou a Superintendência (ou Gerência) Regional de Administração da Diretoria de Administração e Logística da Secretaria de Gestão Corporativa da Secretaria-Executiva do ME (ME/SE/SGC/DAL/SRA ou ME/SE/SGC/DAL/GRA), para o caso de inativo e de ex-servidor residente no respectivo estado da Federação), para registro da apenação no Sistema Integrado de Administração de Pessoal (Siape), a fim de figurar nos assentamentos funcionais.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 131. As penalidades de advertência e de suspensão terão seus registros cancelados, após o decurso de 3 (três) e 5 (cinco) anos de efetivo exercício, respectivamente, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar.*

O registro nos assentamentos funcionais deve ser feito de forma a constar do dossiê do RH do servidor (que é extraído da funcionalidade Cadastro do sistema acima mencionado - Siape/Siapecad) o nº do processo em questão, a penalidade ora aplicada e a fundamentação legal da imputação.

Além deste efeito imediato do registro nos assentamentos funcionais, é preciso esclarecer a sua validade no tempo. Como regra, o efeito jurídico do registro não perdura por toda vida funcional do servidor. O registro da efetiva aplicação da penalidade é cancelado nos assentamentos funcionais do servidor se o fato foi punido (ou punível) com advertência ou com suspensão, respectivamente, após três ou após cinco anos de efetivo exercício sem nova infração disciplinar. Destaque-se que a Lei não prevê cancelamento de registro em caso de infração grave, punida com pena expulsiva.

Como estes registros trazem à tona contagem de prazos em anos, convém elucidar regra processual neste sentido, nos termos do § 3º do art. 66 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e da doutrina.

> *Lei n° 9.784, de 19 - Art. 66.*
> *§ 3º Os prazos fixados em meses ou anos contam-se de data a data. Se no mês de vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.*
>
> *"(...) Assim, o prazo de um ano iniciado em dez de março findará no ano seguinte na mesma data. O mesmo vale para os prazos em meses. Um prazo de três meses iniciado em cinco de abril findar-se-á em cinco de julho.*
> *Vê-se no parágrafo, ainda, se não houver no mês de vencimento o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.*
> *Hipoteticamente, o prazo de um mês, com início no dia 30 de janeiro, terá seu término no dia 28 de fevereiro ou 29 se se tratar de ano bissexto." Luiz Eduardo Pascuim, "Dos Prazos, Sanções e Outras Disposições Finais", in Lúcia Valle Figueiredo (Coordenadora) e outros, "Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo", pg. 267, Editora Fórum, 1ª edição, 2004*

Faz-se necessário esclarecer qual o termo final dos prazos de três e de cinco anos mencionados no dispositivo legal em tela. A literalidade da Lei, em absoluta consonância com

a interpretação teleológica que se aufere do dispositivo, estabelece um período balizado pela primeira atuação estatal punitiva (registrando no assentamento o cometimento da primeira infração) e a conduta novamente reprovável do servidor que, mesmo após ter sofrido alguma forma de reprimenda oficial, dentro de determinado período temporal, volta a praticar outra ilicitude. Assim, resta claro que o momento em que se afere o transcurso ou não do prazo de três ou de cinco anos é aquele em que se configura o efetivo cometimento da segunda infração, não importando para a demarcação do lapso temporal merecedor do cancelamento do primeiro registro o tempo decorrido para que a Administração tenha conhecimento da nova ilicitude ou para que conclua o segundo apuratório ou para que julgue o feito ou para que publique o segundo ato decisório responsabilizador. A inteligência do dispositivo em tela é manter o servidor, por um determinado período, com sua conduta sob maior rigor, sendo relevante para o tema o lapso de tempo em que ele comete nova conduta infracional mesmo ainda sob o efeito disciplinador e reeducativo de já ter sofrido uma primeira reprimenda, em perfeita harmonia e consonância com o instituto da reincidência genérica, já abordado em **4.10.2.4.2**. Esclarece-se, portanto, que os prazos de três ou de cinco anos medem-se da efetiva publicação do primeiro ato de julgamento responsabilizador até a data do cometimento da segunda infração (podendo-se interpretar que, nos casos de infrações continuadas ou habituais, nos termos já dispostos em **2.5.3.4**, esta demarcação conclui-se na data do início desta segunda conduta infracional), independentemente da data em que ela venha a ser conhecida, apurada, julgada, apenada e registrada.

Destaque-se que este cancelamento é efetuado apenas com o fim jurídico de vedar a consideração daquele fato para qualquer efeito (como antecedentes funcionais, possibilidade de integrar comissão e reincidência, por exemplo). Em geral, é formalizado por meio de declaração nos assentamentos e não com a eliminação física do registro anterior, de modo que o registro de toda a vida funcional do servidor permaneça incólume. Informe-se ainda que o Sistema de Apoio às Atividades Administrativas - SA3 inclui o controle do cancelamento dos registros de natureza disciplinar, eliminando automaticamente de sua base, após o transcurso dos prazos de três e de cinco anos, os respectivos dados condenatórios.

> *"Esclarece, ainda, a Lei citada que 'o cancelamento da penalidade não surtirá efeitos retroativos'. Não atingirá, portanto, os atos pretéritos cujos efeitos já foram consumados. Vigerá, apenas, para o futuro, como ato constitutivo que é." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pgs. 59 e 60, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

> *"(...) Tal não significa raspá-las com estilete do assentamento, ou apagá-las com borracha ou tinta corretiva do respectivo registro, porém, por declaração, nos assentamentos funcionais, de que a penalidade anterior foi cancelada (...)." Ivan Barbosa Rigolin, "Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis", pg. 293, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

Independentemente de haver sido cancelado nos assentamentos ou não, o registro de aplicação de pena de advertência ou de suspensão, decorridos respectivamente três ou cinco anos de efetivo exercício sem nova infração disciplinar, não pode ser considerado como antecedente funcional ou para qualquer outro efeito jurídico. Esta ressalva se faz necessária, para fins tanto disciplinar quanto de gestão de pessoas, pois há direitos funcionais cuja regulamentação interna estabelece restrição de gozo não só ao servidor que, ao tempo do pedido, esteja respondendo a processo administrativo disciplinar, mas também àquele que já tenha sofrido punição, bem como também pode haver repercussões de natureza gerencial, como vedações para candidaturas em certames internos para nomeação para cargos em comissão ou para designação para funções de confiança.

Em virtude das diferentes penas previstas na Lei nº 8.112, de 11/12/90, dos diversos efeitos jurídicos decorrentes da efetiva aplicação da pena e dos variados prazos para perda do efeito jurídico dos registros, são possíveis inúmeras possibilidades quando o servidor comete

duas irregularidades, conforme a seguir se tenta sintetizar. Neste tópico, se padronizará denominar de infrações leves todas as condutas punidas ou puníveis originariamente com advertência (art. 116 e art. 117, I a VIII e XIX da Lei); de infrações médias todas as condutas punidas ou puníveis originariamente com suspensão (art. 117, XVII e XVIII e art. 130, § 1º da Lei); e de infrações graves todas as condutas punidas ou puníveis com penas expulsivas (art. 117, IX a XVI e art. 132 da Lei).

- Se o servidor comete uma primeira infração leve, os possíveis efeitos jurídicos são:
  - Efetiva aplicação de pena básica de advertência e registro nos assentamentos, que terá afastado seus efeitos após três anos de efetivo exercício sem cometer nova infração. Mas se cometer uma segunda infração dentro daquele prazo:
    - Sendo esta segunda infração leve ou média, obrigatoriamente o julgamento será pela aplicação de pena de suspensão (devido à reincidência), tendo o primeiro e o segundo registros cancelados seus efeitos, respectivamente, após três e cinco anos de efetivo exercício sem cometer uma terceira infração.
    - Sendo esta segunda infração grave, havendo efetiva aplicação de pena de demissão ou de cassação de aposentadoria e registro nos assentamentos, não há previsão legal de perda de efeitos jurídicos de ambos os registros.
  - Efetiva aplicação de pena agravada para suspensão e registro nos assentamentos, que terá afastado seus efeitos após cinco anos de efetivo exercício sem cometer nova infração. Mas se cometer uma segunda infração dentro daquele prazo:
    - Sendo esta segunda infração leve ou média, obrigatoriamente o julgamento será pela aplicação de pena de suspensão (devido à reincidência), tendo o primeiro e o segundo registros cancelados seus efeitos, simultaneamente, após cinco anos de efetivo exercício sem cometer uma terceira infração.
    - Sendo esta segunda infração grave, havendo efetiva aplicação de pena de demissão ou de cassação de aposentadoria e registro nos assentamentos, não há previsão legal de perda de efeitos jurídicos de ambos os registros.
- Se o servidor comete uma primeira infração média, os possíveis efeitos jurídicos são:
  - Efetiva aplicação de pena de suspensão e registro nos assentamentos, que terá afastado seus efeitos após cinco anos de efetivo exercício sem cometer nova infração. Mas se cometer uma segunda infração dentro daquele prazo:
    - Sendo esta segunda infração leve ou média, obrigatoriamente o julgamento será pela aplicação de pena de suspensão (devido à reincidência), tendo o primeiro e o segundo registros cancelados seus efeitos, simultaneamente, após cinco anos de efetivo exercício sem cometer uma terceira infração.
    - Sendo esta segunda infração grave, havendo efetiva aplicação de pena de demissão ou de cassação de aposentadoria e registro nos assentamentos, não há previsão legal de perda de efeitos jurídicos de ambos os registros.
- Se o servidor comete uma primeira infração grave, os possíveis efeitos jurídicos são:
  - Efetiva aplicação de pena de demissão ou de cassação de aposentadoria e registro nos assentamentos, para o qual não há previsão legal de perda de seus efeitos jurídicos.
  - Se cometer uma segunda infração:
    - Sendo esta segunda infração leve, o julgamento pode ser pela aplicação de pena básica de advertência ou agravada para suspensão.
      - Caso se julgue pela aplicação de pena básica de advertência, o segundo registro

terá cancelados seus efeitos após três anos de efetivo exercício sem cometer uma terceira infração.

  - Caso se julgue pela aplicação de pena agravada para suspensão, o segundo registro terá cancelados seus efeitos após cinco anos de efetivo exercício sem cometer uma terceira infração.

- Sendo aquela segunda infração média, obrigatoriamente o julgamento será pela aplicação de pena de suspensão, tendo o segundo registro cancelados seus efeitos após cinco anos de efetivo exercício sem cometer uma terceira infração.
- Sendo aquela segunda infração grave, não há previsão legal de perda de efeitos jurídicos de ambos os registros.

4.10.6.4 - Comunicação de Dano ao Erário

Quando, em decorrência dos atos objeto de apuração no processo disciplinar, também restar configurado prejuízo aos cofres públicos, a autoridade julgadora deve informar esta repercussão à unidade do local de ocorrência do fato, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, encaminhando cópia do relatório da comissão e do julgamento. Originalmente, também se exigia igual providência destinada à Controladoria-Geral da União (CGU), mais especificamente à Secretaria Federal de Controle Interno (CGU/SFC). No entanto, a manifestação da CGU, por meio da Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG), estampada na Nota Técnica nº 529/2019/CGUNE/CRG, é no sentido de que, *a priori*, toda forma de comunicação à CGU exigida no ordenamento pode ser suprida com o registro no Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD), dispensando-se envio de ofícios e documentos, sejam em meio físico, sejam em meio eletrônico.

> *Nota Técnica nº 529/2019/CGUNE/CRG: "Todas as comunicações rotineiras e padrão sobre a ocorrência de irregularidades e de instauração, andamento ou julgamento de PADs as quais se fazem necessárias em face de dispositivos legais ou pareceres da Advocacia-Geral da União devem ser interpretadas, com fulcro no princípio da eficiência, no sentido do seu pleno atendimento pela utilização no órgão do sistema SisCor com a inclusão dos processos disciplinares e sua atualização constante, nos termos da Portaria nº 1.043, de 24 de julho de 2007, desta Controladoria-Geral da União, sendo, inclusive, ressaltada a necessidade de inclusão dos `processos a instaurar` nesse sistema. Destarte, somente excepcionalmente em virtude de situações de urgência que requeiram a adoção de medidas pela CGU ou peculiaridades do caso concreto deve-se efetuar a cientificação por meio de ofício com remessa de documentos."*

Na hipótese de o rito disciplinar ter conseguido identificar o responsável pelo dano e sua quantificação, tais comunicados objetivam e propiciam que, de imediato, as instituições acima possam tomar suas respectivas providências na busca do ressarcimento. Estas providências a cargo das correspondentes autoridades podem variar desde a simples lavratura de acordo com o responsável até um processo judicial de execução, estando descritas em **4.14.1** as diferentes possibilidades de ritos de responsabilização civil.

Relembre-se o conceito já apresentado em **3.2.3.5.2** para erário, que, como sinônimo de cofres públicos, reflete a ideia de dinheiros ou recursos públicos e abarca todos os valores monetários e mobiliários ou bens e mercadorias em poder da Administração e destinados à venda ou de qualquer forma conversíveis em moeda, significando, em síntese, delimitadamente, o conjunto de bens e de interesses de natureza econômico-financeira de cada um dos entes federados, quais sejam, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, relevando para o presente o que concerne à União (na contrapartida da definição mais

abrangente de patrimônio público ou patrimônio nacional, que alcança não só os bens e direitos de valor econômico, mas também aqueles de natureza artística, histórica, turística ou estética pertencentes a cada ente federado, conforme define o art. 1º, § 1º da Lei nº 4.717, de 29/06/65, a chamada Lei da Ação Popular).

Acrescente-se ainda que, no caso específico de o ato lesivo ao erário ter acarretado perda ou dano de bem público, o comunicado à unidade local se justifica também à vista de que compete à projeção interna do macroprocesso de trabalho de materiais e logística de cada unidade administrar o patrimônio e propor, quando for o caso, ao titular da unidade ou à autoridade gestora, a baixa do bem.

Relembre-se, conforme já aduzido em **3.2.3.5.2**, que o dano ou desaparecimento de bem decorrente de conduta culposa ou até excepcionalmente dolosa e tida como de menor potencial ofensivo (punível com pena de advertência ou de suspensãode até trinta dias), independentemente do valor, pode ter sua apuração encerrada em termo de ajustamento de conduta (TAC), nos termos da Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, sem rito disciplinar, se o servidor aquiesce em ressarcir ao erário.

Como regra, para qualquer ato funcional em decorrência do qual se cogite de qualquer imputação associada à existência de dano ao erário, deve, de antemão, a comissão disciplinar quantificar expressa e objetivamente o valor do prejuízo; apenas de forma excepcional, caso este trabalho de quantificação se demonstre muito extenso ou requeredor de algum tipo de conhecimento específico, acata-se que seja feito por comissão especialmente designada pela autoridade instauradora, cujos resultados devem ser encaminhados aos órgãos acima referidos, juntamente com o relatório e o julgamento do processo disciplinar.

Mas ratifica-se o já exposto em **4.7.4.4.1**, para o caso específico de ato funcional de natureza ímproba: para que se cogite de enquadramento no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, tomando por definição algum ato de improbidade administrativa definido no art. 10 da Lei nº 8.429, de 02/06/92 (qual seja, da espécie de ato gerador de dano ao erário), deve de fato a comissão estar diante de prática ensejadora do prejuízo e que tal prejuízo seja quantificável, cabendo-lhe inclusive tal quantificação (ainda que preliminar) - até porque, em leitura sistemática da Lei nº 8.429, de 02/06/92, o dano ao erário deve ser quantificado pois acarreta a sanção de ressarcimento. Em consequência desta linha interpretativa excludente, as condutas dolosas de natureza ímproba suscitadoras de inferência de algum dano ao erário mas em que este reste completamente inquantificável devem ser objeto de enquadramento no art. art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

> *"Lembre-se de que o processo administrativo disciplinar não pode ter por efeito ou penalidade compelir o servidor a ressarcir os prejuízos causados à Administração, visto que as penalidades cabíveis em seu bojo são apenas aquelas previstas em lei (art. 127, I a VI, art. 130, § 2º, todos da Lei federal nº 8.112/1990." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pgs. 122 e 123, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Para que se tenha controle do fornecimento, cópias dos ofícios remetidos à unidade do local de ocorrência do fato e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional devem ser juntadas ao processo administrativo disciplinar.

Ainda no que tange a ato de improbidade administrativa, apesar de a IN CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, determinar, em seu art. 8º, que a autoridade instauradora comunique ao órgão de representação judicial (a Advocacia-Geral da União, por meio da respectiva Procuradoria Regional da União - AGU/PRU) o julgamento conclusivo de tal imputação em suas espécies causadoras de enriquecimento ilícito ou de dano ao erário, a fim de propiciar a busca da indisponibilidade dos bens do infrator, em reflexo ao comando do art. 136 da Lei nº

8.112, de 1990, o ordenamento legal de controle sofreu forte golpe com a Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que alterou e fragilizou substancialmente a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 8º Quando identificados indícios de ato de improbidade que cause lesão ao patrimônio público ou enseje enriquecimento ilícito, a autoridade instauradora deverá comunicar ao órgão de representação judicial com vistas à adoção das medidas cabíveis para a indisponibilidade dos bens do investigado, acusado ou indiciado, sem prejuízo de outros encaminhamentos previstos em lei.*

Até 26/10/21, o respectivo Escor ou a Coger devia encaminhar à respectiva AGU/PRU cópia integral digitalizada (escaneada) e criptografada, em mídia digital, de processo disciplinar com decisão condenatória irrecorrível por ato de improbidade administrativa, a fim de que aquele órgão de representação judicial exercesse suas funções de defesa de direitos e de interesses da União, dentre as quais se incluía ajuizar ação de ressarcimento ao erário e ação de improbidade administrativa, com ou sem pedido de reposição de dano. Como a inteligência era de impedir que o investigado, acusado ou indiciado dispusesse de seu patrimônio, tal comunicado à AGU podia ser feito, a critério da autoridade instauradora, já após a análise do processo por seu parecerista da equipe de assessoramento, cautelarmente já desde antes do julgamento ministerial. Ademais, ressalvava-se que o fornecimento de cópia integral e criptografada dos autos, em mídia digital, acima mencionado, podia ter de se reduzir a apenas envio de ofício comunicando o julgamento, caso houvesse nos autos dados protegidos por cláusulas especiais de sigilo diferente do sigilo fiscal, a exemplo mais recorrente do sigilo bancário. Na hipótese mais simples de não haver nos autos dados protegidos por sigilo bancário, aquele ofício podia remeter diretamente a cópia dos autos à AGU.

No entanto, com a redação dada ao art. 17 da Lei nº 8.429, de 1992, pela Lei nº 14.230, de 2021, apenas o Ministério Público Federal (MPF) restou competente para ajuizar ação de improbidade administrativa, não cabendo mais o mencionado ofício ao o´rgão de assessoramento do Poder Executivo, mas sim apenas ao Parquet. Caso o MPF ingresse com a ação, a União certamente será intimada a manifestar interesse em ingressar no feito, aí sim, em segundo momento, caberá a atução da AGU.

Destaque-se que, a menos da previsão do art. 15 da Lei nº 8.429, de 02/06/92 (especificamente para atos enquadrados como improbidade administrativa), e tendo em vista ainda que o processo de tomada de contas especial (abordado no **Anexo II**) é de ser visto em caráter residual e excepcional, não há determinação legal para que, tão somente porque se configurou dano ao erário, seja enviada, de imediato, qualquer comunicação e menos ainda cópia integral dos autos ao Tribunal de Contas da União.

4.10.6.5 - Representação Penal

Se, ao final do inquérito administrativo, em seu relatório, a comissão cogita da existência de indícios de configuração de crime (seja por ausência de materialidade de infração administrativa, seja porque o ilícito disciplinar também perfaz os requisitos da tipicidade penal) e com tal percepção a autoridade instauradora, em sua leitura preliminar dos autos, concorde ou se, mesmo sem provocação do colegiado, esta autoridade identifica por si própria aqueles indícios, incumbe-lhe, antes mesmo do julgamento, informar o fato em ofício ao Ministério Público Federal, acompanhado de cópia integral do processo disciplinar (sindicância disciplinar ou PAD).

Este ofício pode ser remetido a qualquer momento entre a entrega do relatório pela comissão e o término dos trabalhos no âmbito do Escor (ou da Coger, excepcionalmente). De

posse desta notícia e da íntegra dos autos, o MPF pode avaliar a pertinência de promover ou não a ação penal pública, a ser seguida, em caso positivo, em rito próprio de responsabilização criminal, conforme **4.14.2**.

Embora o art. 171 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, mencione remessa dos autos, a praxe é, tanto para sindicância disciplinar quanto para PAD, enviar cópia integral digitalizada (escaneada) e criptografada, em mídia digital, até porque, em caso de PAD com proposta de pena de competência ministerial, os autos originais seguem para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. A propósito, sendo praticamente inequívoco que, diante de conduta ensejadora de indícios criminais, se tenha configurada infração disciplinar grave, convém que, para se propiciar ao MPF uma visão conglobante dos fatos, este ofício ao *Parquet* informe, em seu final, que os autos originais, com proposta de aplicação de pena expulsiva, foram remetidos para julgamento a cargo do Ministro de Estado da Economia.

Acrescente-se que, na hipótese mais específica de o relatório da comissão ter concluído por cometimento de ato de improbidade administrativa, este ofício para o MPF, a ser remetido entre a entrega do relatório e o término dos trabalhos no âmbito do Escor (ou da Coger), quando da remessa dos autos para julgamento, já pode antecipar outro ofício a ser remetido após o julgamento (novamente ao *Parquet*, mencionado em **4.10.6.6**), para que se providenciem as repercussões exigidas pelo art. 136 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, como consequência da aplicação da pena expulsiva (indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário).

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 154.*
> *Parágrafo único. Na hipótese de o relatório da sindicância concluir que a infração está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente encaminhará cópia dos autos ao Ministério Público, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar.*
> *Art. 171. Quando a infração estiver capitulada como crime, o processo disciplinar será remetido ao Ministério Público para instauração da ação penal, ficando trasladado na repartição.*

Em princípio, como regra geral inibidora do pré-julgamento, a Lei somente prevê a remessa, no mínimo, ao final do inquérito administrativo da sindicância disciplinar ou do PAD, como decorrência da observância dos princípios do devido processo legal e da presunção de inocência. Todavia, excepcionalmente, pode ser justificável que a comissão encaminhe a qualquer momento, antes do término do seu trabalho apuratório, representação penal à autoridade instauradora, a fim de que esta, se entender cabível, remeta-a ao Ministério Público Federal.

> *"O momento, segundo a Lei, para a comunicação sobre irregularidades verificadas no âmbito da administração, ao Ministério Público, é o do encerramento do processo administrativo disciplinar, com o que se presume completa a coleta da prova ao alcance da comissão processante, com que se fundamenta a possível configuração de ilícito penal.*
> *Nada impede, entretanto, que em determinadas circunstâncias a comunicação ao Ministério Público dos fatos que, em tese, estariam a configurar, por seus indícios, ilícito penal, seja, convenientemente, antecipado." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 41, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Esta antecipação pode ser justificada pelo objetivo de prevenir a prescrição ou mesmo de provocar a produção de provas judiciais para posteriormente instruir o processo disciplinar como provas emprestadas. Destaque-se que, se for o caso, esta representação prévia não prejudica as remessas após o final do inquérito administrativo, já na fase de julgamento.

A propósito, esta é a tendência, de se antecipar a troca de informações entre a

Administração e o Ministério Público Federal. Com a crescente interação entre órgãos, propiciando relações de parcerias desde o preparo das operações conjuntas, também com participação da Polícia Federal (PF), e com a Coger assumindo uma posição de protagonismo nas investigações prévias, torna-se cada vez mais frequente que deflagrações das respectivas ações persecutórias se deem de forma simultânea e não mais em sequência. Com isto, motivadamente, mitiga-se o comando legal que reserva a remessa de informações ao Ministério Público Federal apenas para o fim dos inquéritos administrativos, passando a ocorrer até mesmo antes de se instaurar o PAD e de se designar comissão, em ato de iniciativa direta da autoridade instauradora, sem que isto signifique qualquer ilegalidade.

Em todo caso, e sobretudo na hipótese da antecipação de repasse de informações ao MPF no curso do inquérito administrativo, recomenda-se cautela à comissão ao cogitar de representação criminal, mencionando apenas haver indícios, não se afirmando categoricamente a configuração de crime, visto não ser competência do agente administrativo, e também a fim de evitar risco de pré-julgamento no PAD ou de dependência da manifestação judicial definitiva.

Para que se tenha controle do que porventura já foi fornecido ao Ministério Público Federal, cópia(s) do(s) ofício(s) remetido(s) ao *Parquet* (seja ainda na fase investigativa, seja no curso do inquérito administrativo, seja já na fase de julgamento ou após seu término) deve(m) ser juntada(s) ao processo disciplinar.

E, no caso específico da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, em que há uma estrutura correcional descentralizada e estando a competência para aplicar penas graves concentrada em hierarquia superior (no Ministro de Estado da Economia), é conveniente que os Escor controlem este envio de cópias ao Ministério Público Federal.

É preciso ressalvar que o fornecimento de cópia integral e criptografada dos autos, em mídia digital, acima mencionado, pode ter de se reduzir a apenas envio de ofício comunicando o julgamento , caso haja nos autos dados protegidos por cláusulas especiais de sigilo diferente do sigilo fiscal, a exemplo mais recorrente do sigilo bancário, sobretudo em PAD sobre análise patrimonial.

Na hipótese mais simples de não haver nos autos dados protegidos por sigilo bancário, aquele ofício pode remeter diretamente a cópia dos autos ao MPF.

Na hipótese de haver nos autos dados protegidos por sigilo bancário, se existir compartilhamento judicialmente autorizado a favor da Corregedoria e do MPF, aquele ofício já pode remeter a cópia dos autos. Igual providência cabe caso o servidor tenha renunciado expressamente ao sigilo bancário não só para o PAD mas também para os demais procedimentos legalmente decorrentes (de que a provocação ao MPF é exemplo). De outro lado, caso não haja compartilhamento judicial e o servidor tenha entregue seus dados protegidos por sigilo bancário com ressalva de emprego apenas no PAD, aquele ofício deve apenas comunicar a existência de indícios ao MPF, cabendo a cautela de aguardar que o órgão de assessoramento obtenha autorização judicial para repasse integral dos autos. Pode-se ainda cogitar de situação intermediária, em que o servidor espontaneamente forneceu seus dados bancários sem expressar aquiescência ou discordância com o repasse para fins decorrentes, embora até se possa inferir que tacitamente tenha renunciado ao sigilo, cabe detida apreciação caso a caso.

4.10.6.6 - Repercussões Exclusivas das Penas Capitais

Adaptando-se para a especificidade da atividade correcional nos âmbitos do Ministério da Economia em geral e especificamente da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil o mandamento do Decreto nº 3.781, de 02/04/01, voltado a toda a Administração Pública

federal, e o § 1º do art. 7º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21/11/13, que dispõem sobre apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Economia (ME) como um todo e especificamente da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), determinam que, em casos de penas de demissão, de cassação de aposentadoria e de destituição de cargo em comissão enquadradas no art. 117, IX a XIV ou XVI ou no art. 132, I, IV, VIII, IX, X, XI ou XII, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a autoridade instauradora remeta cópia do processo, após julgamento, para a respectiva Divisão (ou Serviço) Regional de Programação, Avaliação e Controle da Atividade Fiscal (Dipac ou Sepac), dependendo da estrutura da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil (SRRF) do domicílio fiscal do servidor, a fim de instruir possível (e não obrigatória) ação fiscal. Apesar de as normas mencionarem remessa à Divisão de Fiscalização (SRRF/Difis), na estrutura regimental vigente, a SRRF/Dipac ou o SRRF/Sepac, de forma autônoma em relação aquea subunidade, possui competência para analisar a relevância e o interesse fiscal de representação de natureza fiscal, tanto de origem externa quanto de origem externa, conforme o art. 255 do Anexo I do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria ME nº 284, de 24 de julho de 2020.

> *Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 7º*
> *§ 1º Quando o julgamento do processo administrativo disciplinar resultar em demissão, cassação de aposentadoria, destituição de cargo em comissão ou de função comissionada de servidores, a autoridade instauradora enviará cópia do referido processo, preferencialmente em meio digital, à Secretaria da Receita Federal do Brasil, para o cumprimento do disposto no Decreto nº 3.781, de 2 de abril de 2001, no caso de infração aos incisos IX, X, XI, XII, XIII, XIV e XVI do art. 117, e incisos I, IV, VIII, IX, X, XI e XII do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990.*
>
> *Portaria RFB nº 11.230, de 09/11/07 - Art. 1º*
> *§ 1º Alternativamente ao disposto no caput, os órgãos da Administração Federal direta, autarquias federais e fundações instituídas e mantidas pela União poderão encaminhar cópia integral do processo.*
> *§ 2º O encaminhamento de que trata este artigo deverá ocorrer no prazo de trinta dias, contado da data de publicação do ato que impuser a penalidade disciplinar.*
> *Art. 2º Os processos de que trata o caput do art. 1º, recebidos pelas Difis/Srrf, após extração de cópia das peças de interesse fiscal, serão restituídos ao órgão ou entidade de origem, no prazo de trinta dias, contado da data de seu recebimento.*
> *Art. 3º Os elementos de interesse fiscal, aduzidos por intermédio dos processos administrativos de que trata o art. 1º, serão encaminhados pela Difis/Srrf à unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) de domicílio fiscal do servidor e servirão de subsídio para decisão sobre a sua inclusão em programa de fiscalização.*
>
> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 255. Às Divisões Regionais de Programação, Avaliação e Controle da Atividade Fiscal (Dipac) e aos Serviços Regionais de Programação, Avaliação e Controle da Atividade Fiscal (Sepac) das SRRF compete gerir a execução, no âmbito da fiscalização de tributos internos, das atividades de verificação da consistência das informações prestadas nas obrigações acessórias e realizar a programação e avaliação de auditorias fiscais, de malhas fiscais e de ações de combate a fraudes fiscais coordenadas por Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil.*

A Portaria RFB nº 11.230, de 09/11/07, regulamentou esta obrigação, dispondo que o órgão de origem (no caso específico de processo disciplinar no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, é a Coger ou Escor) encaminhe, em até trinta dias da publicação

da portaria de pessoal de pena expulsiva, cópia integral do processo ou o processo original (e neste caso, a SRRF/Dipac (ou o SRRF/Sepac) tem prazo de até trinta para extrair cópias das peças de interesse fiscal e devolver os autos). Após isto, a SRRF/Dipac (ou o SRRF/Sepac) deve encaminhar o material de interesse fiscal para a unidade de jurisdição do domicílio fiscal do servidor, onde será objeto de decisão acerca de sua inclusão ou não no programa de fiscalização, segundo os parâmetros gerais daquela instância.

A forma mais prática de o sistema correcional suprir esta obrigação de provocação da instância fiscal é com a autoridade instauradora remtendo ofício à SRRF/Dipac (ou ao SRRF/Sepac), solicitando identificação de servidor desta unidade de destino (nome e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF), a fim de que lhe seja autorizado acessar o PAD e baixar cópia das peças de interesse fiscal com vistas à instauração do procedimento de fiscalização. Mas esta solução somente cabe se o PAD não contiver dados protegidos por sigilo bancário ou se houver compartilhamento judicial ou expressa renúncia extensiva do sigilo por parte do servidor para os demais procedimentos decorrentes, já que o acesso a ser autorizado será à integra dos autos. Em caso contrário, se o PAD contiver dados protegidos por sigilo bancário e não haja compartilhamento judicial ou expressa renúncia extensiva do sigilo por parte do servidor para os demais procedimentos decorrentes, este ofício pode encaminhar de cópia criptografada dos autos, em mídia digital, com tarjamento dos dados sigilosos.

O servidor expulso - *a priori*, literalmente, apenas por demissão e por destituição de cargo em comissão - em razão de condutas enquadradas no art. 132, IV, VIII, X ou XI da Lei nº 8.112, de 11/12/90, deve ser ainda objeto de indisponibilidade dos bens e de ressarcimento ao erário, conforme o art. 136 da mesma Lei, e sem prejuízo da ação penal cabível. A indisponibilidade dos bens não é uma pena em si, mas sim uma medida liminar judicial que visa a proteger o interesse público, vedando que o infrator destine seus bens, e o ressarcimento ao erário reflete a responsabilização civil de reparar dano, decorrente de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, no exercício do cargo. Cabe ressalvar que o art. 136 da Lei nº 8.12, de 11/12/90, não concede à Administração o poder de fazer por conta própria e nem mesmo de determinar a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, servindo, de certa forma, tão somente, de alerta para a obrigatória iniciativa de provocar o órgão competente. Sendo medidas que requerem decisão judicial, conforme **4.14.1.1**, são diligenciadas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, mediante provocação à respectiva Procuradoria Regional da União, órgão da Advocacia-Geral da União (AGU/PRU).

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 136. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, nos casos dos incisos IV, VIII, X e XI do art. 132, implica a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.*
>
> *"Penas acessórias. O art. 136 representa o mecanismo legal de aplicação parcial do dispositivo constitucional sobre o assunto (é o § 4º do art. 37 CF: Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.) (...). Ou seja, ao lado da ação penal tradicional, existirá contra o mau administrador, conforme for determinado em lei especial, este elenco de sanções a ser aplicado.*
> *Alerte-se que o artigo em análise não se presta para dotar a administração do direito de determinar a indisponibilidade dos bens e do ressarcimento ao erário, mas de tomar as providências para que tal ocorra. Somente o Ministério Público é competente para solicitar esta providência em Juízo, cabendo a decisão unicamente ao Magistrado que preside o feito. Não é a Lei n° 8.112, de 1990, a pretendida lei especial, que deveria tratar da forma e gradação dessas penalidades configuradas constitucionalmente (...).*

> *Esta matéria veio a ser disciplinada, no campo da legislação ordinária, pela Lei n° 8.429, de 2 de junho de 1992.*
> *A indisponibilidade dos bens, a rigor, não é uma penalidade, porém um ato de proteção aos interesses do Estado, relacionado com a responsabilidade civil de ressarcimento. Assim, pode ser decretada em medida liminar em ação cautelar, previamente, pois é simplesmente uma atividade preventiva de modo a impedir o desaparecimento do patrimônio do servidor, quando este estiver em seu nome, bem caracterizada sua propriedade. (...)*
> *A autoridade administrativa responsável pelo inquérito instaurado para apurar as lesões patrimoniais ao Erário Público (bem como enriquecimento ilícito) tem o dever de representar ao Ministério Público para que este providencie a indisponibilidade dos bens do indiciado.*
> *A penalidade a ser aplicada é o perdimento dos bens, que não atinge apenas ao condenado, mas pode, nos termos da lei, ser estendida aos sucessores e contra eles ser executada, até o limite do valor do patrimônio transferido. Sucessão, no caso, não é apenas a hereditária, e inclui a inter-vivos e a mortis-causa.*
> *O ressarcimento ao erário pode decorrer de verificação, mediante investigação administrativa, de existência de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, causador da responsabilidade civil, na forma do art. 122 da Lei n° 8.112, de 1990." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pgs. 307 e 308, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

A propósito, conforme já antecipado em **4.10.6.4**, ainda em leitura extraível do art. 136 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, até a vigência da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que alterou e mitigou fortemente os controles originalmente previstos na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, defendia-se a plausibilidade de a autoridade julgadora fornecer cópia integral digitalizada e criptografada dos autos à respectiva AGU/PRU também após o julgamento de ato de improbidade administrativa (sem prejuízo dos comunicados ao Ministério Público Federal e ao Tribunal de Contas da União, determinados pelo art. 15 da Lei nº 8.429, de 02/06/92), com o fim de que aquele órgão executivo já promovesse as diligências de natureza cível a favor da instauração da ação civil de improbidade administrativa e também que visassem a impedir que o servidor dilapidasse o patrimônio amealhado com o uso indevido do cargo - e sem prejuízo da ação penal cabível, de promoção a cargo do *Parquet*.

No entanto, com o advento da mencionada Lei nº 14.230, de 2021, a competência para ajuizar ação de improbidade administrativa ficou reservada ao MPF, não mais cabendo, a partir de 26/10/21, provocação à AGU/PRU em razão de decorrências de atos ímprobos. Ressalve-se que eventuais necessidades de provocações ao órgão de assessoramento do Poder Executivo federal como consequências de julgamento de processo disciplinar emq eu se faça necessária a defesa de interesses da União - desde que não por ato de improbidade administrativa - ainda podem gerar ofícios à AGU/PRU.

Cabem aqui as mesmas ressalvas nestes ofícios à SRRF/Dipac (ou ao SRRF/Sepac), à AGU e ao MPF mencionadas em **4.10.6.4** e em **4.10.6.5**, na hipótese de o PAD conter dados protegidos por sigilo bancário, acerca de imediatamente se fazer acompanhar, ou não, de cópia integral e criptografada dos autos, em mídia digital. É de se avaliar se há compartilhamento judicial ou expressa renúncia extensiva do sigilo por parte do servidor para os demais procedimentos decorrentes do PAD.

Convém destacar que, à luz do art. 47 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, o servidor expulso e que esteja em débito com o erário deve promover o ressarcimento em no máximo sessenta dias da publicação de sua portaria de pessoal punitiva.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 47. O servidor em débito com o erário, que for demitido, exonerado ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, terá o prazo de sessenta dias para quitar o débito. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

> *Parágrafo único. A não quitação do débito no prazo previsto implicará sua inscrição em dívida ativa. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

Na mesma linha do comando do art. 136, o servidor expulso - *a priori*, literalmente, apenas por demissão e por destituição de cargo em comissão - em razão de determinados enquadramentos, tem, no art. 137, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, a seu desfavor a cláusula de vedação temporária de retorno ao serviço público federal.

Primeiramente, o *caput* do art. 137 veda o retorno, em cinco anos, do ex-servidor expulso por enquadramento nos incisos IX ou XI do art. 117, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, que abarcam os ilícitos de valimento de cargo e atuação como procurador ou intermediário. E, na sequência, em sua literalidade original, o parágrafo único do art. 137 vedava em definitivo o retorno do ex-servidor expulso por enquadramento nos incisos I, IV, VIII, X e XI do art. 132, ambos da mesma Lei, que abarcam os ilícitos de crime contra a administração pública, improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional e corrupção.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 137. A demissão, ou a destituição de cargo em comissão por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.*
> *Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.*

O comando do *caput* do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, que permanece em plena vigência, estabelece uma repercussão temporária e que pode ser tida como razoável, para os mesmos dois enquadramentos ensejadores de demissão ou de destituição de cargo em comissão. Nesta linha coerente e sistemática de interpretar, a vírgula existente na sua redação, entre as penas de demissão e de destituição de cargo em comissão, deve ser considerada mero erro desprezível de digitação e não como sinal de pontuação separador e diferenciador, por meio do qual todas os enquadramentos de demissão e apenas aqueles dois enquadramentos de destituição de cargo em comissão ensejariam a mesma proibição temporária de retorno, o que iria contra o tratamento similar que sistematicamente a Lei nº 8.112, de 1990, atribuiu às duas penas em toda matéria disciplinar.

> *"A existência de uma vírgula após a palavra 'demissão', no 'caput' do art. 137 (...), pode levar à interpretação de que qualquer demissão, em princípio, incompatibiliza o ex-servidor com o serviço público federal por cinco anos, e que, no caso da destituição de cargos em comissão é que isto ocorreria só nas hipóteses do art. 117, IX e XI.*
> *Preferimos, por ora, a interpretação mais benigna (...), por julgar que o legislador não daria tratamento diferente aos institutos da demissão e da destituição de cargo em comissão, contrariando o que fez em todo o Capítulo V (arts. 127 a 142)." Edmir Netto de Araújo, "O Ilícito Administrativo e seu Processo", pg. 211, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

Mas, especificamente quanto ao comando originalmente redigido no parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, é de se registrar que o Supremo Tribunal Federal (STF) o julgou inconstitucional, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.975, em razão da ausência de um limite temporal para este efeito nele inserido, em confronto com a alínea "b" do inciso XLVII do art. 5º da Constituição Federal (CF), que veda penas de caráter perpétuo. Embora *a priori* o preceito constitucional se volte a sanções de natureza penal, o STF entendeu ser esta garantia fundamental individual extensível também às penas administrativas, por serem duas instâncias do poder sancionatório estatal. Neste julgado, o STF determinou a comunicação do teor da decisão ao Congresso Nacional, a fim de a Casa

competente legisle sobre a definição de um prazo razoável de proibição de retorno.

> *STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.975: "Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 137 da Lei nº 8.112/1990 e determinou a comunicação do teor desta decisão ao Congresso Nacional, para que delibere, se assim entender pertinente, sobre o prazo de proibição de retorno ao serviço público nas hipóteses do art. 132, I, IV, VIII, X e XI, da Lei nº 8.112/1990, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que julgavam improcedente a ação direta; parcialmente o Ministro Marco Aurélio, apenas quanto à comunicação formalizada ao Legislativo; e os Ministros Roberto Barroso e Nunes Marques, que julgavam parcialmente procedente a ação. Plenário, Sessão Virtual de 27.11.2020 a 4.12.2020."*

Percebe-se que o STF não declarou inconstitucional a existência de gravame acessório às demissões enquadradas naqueles cinco incisos, mas sim tão somente o fez para o fato de a repercussão ter efeito perpétuo, tanto que não se estendeu sobre o efeito acessório previsto no *caput* do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, de vedação de retorno temporária de cinco anos e remeteu o tema à competente reapreciação do Congresso Nacional, para que nova redação do dispositivo estabeleça um prazo.

É então de se presumir que o Poder Legislativo busque manter a inteligência sistemática da Lei nº 8.112, de 1990, e, a seu tempo, venha a dar nova redação ao parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, estabelecendo um prazo certo e razoável para a vedação do retorno do ex-servidor demitido naqueles enquadramentos, certamente superior a cinco anos, já que o legislador originário já havia ponderado maior gravosidade para os enquadramentos demissíveis do parágrafo único em comparação aos do *caput* do citado artigo. O próprio voto do relator indicou parâmetros neste rumo, a exemplos de comandos legais que estabelecem efeitos acessórios que perduram entre oito e dez anos (em casos, de inelegibilidade em condenação por crime contra a Administração Pública, conforme a alínea "o" do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, e de suspensão de direitos políticos em condenação por improbidade administrativa causador de enriquecimento ilícito, conforme o inciso I do art. 12 da Lei nº 8.429, de 6 de junho de 1992).

Assim, nesta presunção de futuro saneamento da lacuna legal por ora deixada com a declaração de inconstitucionalidade, ainda podem ser consideradas preservadas e até mesmo empregáveis (obviamente com maior cautela enquanto o Congresso Nacional não adequar o parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990) as manifestações doutrinárias exaradas antes do julgado, salvo na questão da temporalidade do efeito acessório da pena, como é o caso da manifestação da CGU adiante reproduzida.

Acrescente-se que o art. 137 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se aplica não só à hipótese de o servidor demitido por cláusula de não retorno temporário e que busca nova investidura mas também se aplica a servidor que obtém vacância em determinado cargo para assumir, ainda dentro do período de vedação de retorno, outro cargo não acumulável (mesmo que esteja ainda respondendo a PAD, em virtude da aplicação da presunção de inocência, a vacância pode ser concedida) e que tem aquela vacância convertida em demissão por enquadramento para o qual se veda o retorno temporário. Ora, tanto não pode temporariamente retornar ao serviço público este servidor demitido de forma qualificada como também não pode permanecer na Administração durante aquele período vedado, devendo sofrer desinvestidura do segundo cargo (desde que haja previsão em lei específica ou no edital regulador do certame público).

Havendo tal previsão, a investidura no segundo cargo deve ser anulada (desde que a Administração tome esta atitude no prazo de cinco anos, conforme o art. 54 da Lei nº 9.784,

de 29/01/99, e salvo má-fé), devendo-se cuidar apenas para se assegurar ao servidor um procedimento administrativo, desenvolvido no âmbito da unidade de gestão de pessoas, em que lhe assegurem o exercício do contraditório e da ampla defesa, uma vez que tal ato administrativo anulatório, se por um lado, tem amparo na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, de outro lado, atinge relevante esfera de direitos pessoais do agente.

A se observar, entretanto, que alguns efeitos da segunda investidura são preservados. De imediato, o tempo em que o servidor desempenhou as atribuições legais deste segundo cargo - ainda que ilegalmente provido e a ser desinvestido - não pode ser objeto de devolução da remuneração recebida, já que de fato o agente laborou e dispendeu de sua força de trabalho e o contrário significaria enriquecimento sem causa de parte do Estado. Da mesma forma, os atos praticados pelo servidor enquanto exerceu o cargo permanecem válidos, à vista do princípio da segurança da relação jurídica a favor dos contribuintes e administrados.

Embora, *a priori*, literalmente, os arts. 136 e 137 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, alcancem tão somente as penas de demissão e de destituição do cargo em comissão, é bastante defensável que ali se leia também a pena de cassação de aposentadoria (e até mesmo a de cassação de disponibilidade). Ora, não faria nenhum sentido o legislador cuidar de proteger a Administração do indesejado retorno temporário de ex-servidores expulsos quando ativos por condutas de forte mácula de caráter e que os torna temporariamente incompatíveis com o serviço público e permitir o retorno de ex-servidores igualmente sancionados quando inativos, bem como de diligenciar para proteger o interesse público indisponibilizando os bens daqueles primeiros e impondo-lhes o ressarcimento ao erário daqueles primeiros e nada fazer em face dos últimos. E nem se trata de emprego de vedadas analogia ou interpretação extensiva de comandos punitivos, mas sim de interpretação sistemática da própria Lei nº 8.112, de 11/12/90. Ora, a própria Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seu art. 134, deixa claro que a cassação de aposentadoria tem as mesmas fatispécies da demissão, variando apenas na condição do apenado ao tempo da apenação, se ativo ou se já inativo. Em outras palavras, é como se a cassação de aposentadoria fosse uma espécie do gênero demissão, ate porque a própria Lei estabelece uma leitura circular, levando para o art. 132, definidor das hipóteses de demissão, o que seriam as causas de cassação de aposentadoria. Sem necessitar de analogia (que aqui não seria indicada, pois seria *in malan partem*), é compreensível que as penas expulsivas sejam compreendidas como um gênero de demissões.

Neste sentido, em parte, é a manifestação da CGU, por meio da Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG), estampada na Nota Técnica nº 1.188/2020/CGUNE/CRG, em que entendeu compreensível que os comandos do *caput* e do parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, abarcam as penas de cassação de aposentadoria e de disponibilidade. Embora, a rigor, a Nota Técnica não mencione o comando do art. 136, é possível inferir que a mesma linha argumentativa seria aplicável a favor da inclusão das penas de cassação de aposentadoria e de disponibilidade na sujeição a ressarcimento de danos ao erário e à indisponibilidade de bens.

> *Nota Técnica nº 1.188/2020/CGUNE/CRG: "4.10. Assim, caso um servidor inativo tenha cometido um ilícito administrativo quando ainda em atividade, e, por este fato, receba uma sanção de cassação de aposentadoria com efeito restritivo temporário ou permanente, conforme adequação ao caput ou ao parágrafo único do art. 137, há de se entender que a expressão "demissão", relacionada no referido artigo, deve ser interpretada no seu sentido lato, com a inclusão das penalidades de cassação no seu conceito, conforme fundamentação a seguir exposta.*
> *4.28. Com efeito, admitir-se a não extensão dos efeitos do art. 137 ao servidor inativo, desvirtuaria a própria noção finalística da atividade disciplinar, uma vez que excluí-lo da incidência dos efeitos do dispositivo em tela, traz a reboque um sentimento comum de impunidade em razão da possibilidade de*

> *novo ingresso de apenados com a sanção de cassação de aposentadoria ou disponibilidade nos quadros da Administração Pública Federal. (...)*
> *4.29. Nessa linha, pode-se aduzir que, tanto a proibição de novo ingresso no serviço público pelo prazo de cinco anos, quanto a de proibição de retorno constante do parágrafo único do citado artigo, revelam a necessidade de tratamento da cassação como demissão. Entendimento contrário levaria a uma afronta dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, posto que a aplicação de penalidades com efeitos díspares, somente em razão da situação ativa ou inativa do agente, evidentemente fugiria aos fins do dispositivo legal relacionado (mens legis) e, por consequência, ao interesse público."*

Com estas repercussões expressas nos arts. 136 e 137, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, estipulou cláusulas ainda mais pesadas do que a expressão de demissão "a bem do serviço público", atualmente inexistente no Estatuto, mas ainda prevista nas Leis nº 8.429, de 02/06/92, e 8.026, de 12/04/90.

Cabe aqui detalhar a já mencionada repercussão da inelegibilidade, por oito anos, para todos os servidores demitidos em decorrência de PAD ou que tenham sido objeto de declaração judicial de perda de cargo, prevista na alínea "o" do inciso I do art. 1º da Lei Complementar (LC) nº 64, de 1990, com a redação dada pela LC nº 135, de 4 de junho de 2010, conhecida pelo epíteto de Lei da Ficha Limpa. Neste caso, compete à autoridade julgadora (o Ministro de Estado da Economia, no caso) emitir ofício à Presidência do Tribunal Superior Eleitoral.

> *LC nº 64, de 1990 - Art. 1º São inelegíveis:*
> *I - para qualquer cargo:*
> *o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário; (Incluída pela Lei Complementar nº 135, de 2010)*

E este efeito da inegibilidade por oito anos para ex-servidores punidos com pena capital revela um efeito interessante na lacuna causada pela declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, ao menos no que tange à nova investidura comissionada. O Decreto nº 9.727, de 15 de março de 2019, que dispõe sobre os critérios, o perfil profissional e os procedimentos gerais a serem observados para a ocupação dos cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores (DAS) e das funções de confiança Função Comissionada do Poder Executivo (FCPE), estabelece, como um dos critérios gerais de ocupação, no inciso III do art. 2º, o servidor não ser inelegível nos termos da ciatada na alínea "o" do inciso I do art. 1º da LC nº 64, de 1990.

> *Decreto nº 9.727, de 2019 - Art. 2º São critérios gerais para a ocupação de DAS ou de FCPE:*
> *III - não enquadramento nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 .*

E comando similar assumiu força de lei no inciso III do art. 9º da Lei nº 14.204, de 16 de setembro de 2021.

> *Lei nº 14.204, de 2021 - Art. 9º São critérios gerais para a ocupação de cargos em comissão e de funções de confiança na administração pública federal direta, autárquica e fundacional:*
> *III - não enquadramento nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.*

Com isto, pode-se dizer que, mesmo diante da lacuna deixada com a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, se, por um lado, nada se pode opor a ex-servidor punido com pena capital a nova investidura efetiva serviço público federal, por outro lado, ao menos se assegura a vedação de seu retorno em

nova investidura comissionada por oito anos.

E, embora o comando da LC nº 64, de 1990, a rigor, mencione apenas demissão, em toda construção acima se fez referência a penas capitais em sentido amplo com apoio na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Com julgado que estende o mesmo efeito para ex-servidor punido com destituição de cargo em comissão fica evidente o efeito extensivo da repercussão punitiva além da pena de demissão em sentido estrito.

> *"Ementa: 1. Nos termos do que assevera o art. 1°, inciso I, o, da LC n° 64/90, são inelegíveis para qualquer cargo: 'os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos,contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário'. 2. No caso dos autos, o agravante teve sua exoneração convertida em destituição de cargo em comissão, após a instauração de processo administrativo disciplinar. 3. A destituição de cargo em comissão possui natureza jurídica de penalidade administrativa equivalente à demissão, aplicável ao agente público sem vínculo efetivo com a Administração Pública Federal, conforme prevê o art. 135 da Lei n° 8.112/90, nos casos de improbidade administrativa, nos termos do art. 132, IV, da mesma lei. 4. Não havendo nos autos notícia de qualquer provimento judicial suspendendo ou anulando a penalidade administrativa sofrida pelo agravante, a manutenção da mencionada inelegibilidade é medida que se impõe. 5. Agravo regimental desprovido."*
> *(Recurso Ordinário nº 57827, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Lóssio, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 09/10/2014)*

Informe-se que, especificamente no caso de investidura de servidores nos cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), há ainda os dispositivos do § 3° do art. 3° da Lei n° 10.593, de 6 de dezembro de 2002, que valoram a aptidão moral como requisito a mais, que resta descumprida e desatendida em casos de exclusão dos quadros públicos ou de condenação judicial decorrentes de ato de improbidade administrativa. A existência destes antecedentes desabonadores demonstra ausência de idoneidade moral, como uma causa específica de intolerável inaptidão moral para os cargos de Auditor-Fiscal e Analista Tributário da Receita Federal do Brasil (AFRFB e ATRFB).

> *Lei n° 10.593, de 2002 - Art. 3°*
> *§ 3º Sem prejuízo dos requisitos estabelecidos neste artigo, o ingresso nos cargos de que trata o 'caput' deste artigo depende da inexistência de: (Incluído pela Lei n° 11.457, de 16/03/07)*
> *I - registro de antecedentes criminais decorrentes de decisão condenatória transitada em julgado de crime cuja descrição envolva a prática de ato de improbidade administrativa ou incompatível com a idoneidade exigida para o exercício do cargo;*
> *II - punição em processo disciplinar por ato de improbidade administrativa mediante decisão de que não caiba recurso hierárquico.*

4.10.6.7 - Perda da Cláusula de Sigilo de Processo Disciplinar após o Arquivamento

Após as ciências e recomendações e a extração de cópia dos autos para arquivamento interno e não tendo havido a interposição de qualquer espécie recursal pela defesa no prazo de trinta dias contados da publicação do ato punitivo, os autos são encaminhados para o Arquivo Geral da respectiva Superintendência (ou Gerência) Regional de Administração da Diretoria de Administração e Logística da Secretaria de Gestão Corporativa da Secretaria-Executiva do ME (ME/SE/SGC/DAL/SRA ou ME/SE/SGC/DAL/GRA), para arquivamento por prazo indeterminado. Ressalve-se que este encaminhamento célere ao Arquivo Geral é interrompido na hipótese de a defesa apresentar pedido de reconsideração e/ou recurso hierárquico,

inserindo-se aqui os atos procedimentais que serão abordados em **5.1.2**.

Conforme já aduzido em **2.5.6.2.1** e em **4.3.10.2.2**, a cláusula de sigilo de natureza instrumental imposta pelo *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e também pela leitura a *contrario sensu* do § 3º do art. 7° da Lei nº 12.527, de 18/11/11, é aplicada ao processo disciplinar, aqui englobando também a fase de admissibilidade até o rito contraditório em si, desde a fase de instauração até a fase de julgamento, com o fim precípuo de proteger o interesse público encartado nas apurações. Assim, uma vez encerrado o PAD ou a sindicância disciplinar, com seu julgamento e com os atos posteriores, remetidos os autos ao arquivo, não mais se cogita de aplicação do comando restritivo do *caput* do art. 150 do Estatuto. Após o arquivamento, os autos disciplinares submetem-se, como atos e documentos públicos, à regra geral da publicidade, estabelecida pela Lei nº 12.527, de 18/11/11, e mais especificamente, pela leitura direta do já mencionado § 3º do seu art. 7º, e também pelo *caput* do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16/05/12.

> *Lei nº 12.527, de 18/11/11 - Art. 7º*
> *§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.*
>
> *Decreto nº 7.724, de 16/05/12 - Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão.*

Segundo se extrai destes dois comandos normativos, os elementos do processo disciplinar são acobertados pela cláusula do sigilo estabelecido no *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, somente até o momento do ato decisório a que se dirigem e que instruem, qual seja, o julgamento. Uma vez julgado o PAD ou a sindicância disciplinar, deixa de se aplicar tal cláusula restritiva e passam aqueles elementos a serem alcançados pela regra geral da publicidade consagrada pela Lei nº 12.527, de 18/11/11, ressalvadas as informações protegidas por cláusulas específicas de sigilo de outras naturezas.

Desta forma, além da inequívoca manutenção e preservação da acessibilidade a favor do acusado e de seu procurador constituído após o julgamento, também os terceiros em geral podem ter acesso, vista, cópia ou esclarecimento acerca de autos disciplinares arquivados. Mas ressalve-se que exceção à regra geral da publicidade ainda pode se operar mesmo após arquivados os autos, se contiverem informações protegidas por cláusulas específicas de sigilo, tais como o sigilo fiscal, o sigilo bancário, o sigilo profissional (em que se inclui a documentação de perícia médica), o sigilo telefônico, o segredo de justiça e demais informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem, pois o art. 22 e o *caput* e o inciso I do § 1° do art. 31, ambos da Lei n° 12.527, de 18/11/11, mantêm a preservação das demais espécies de sigilos legais de natureza material. Tal hipótese obriga que a autoridade instauradora impeça o acesso de terceiros aos autos.

> *Lei nº 12.527, de 18/11/11 - Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.*
> *Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.*
> *§ 1° As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:*
> *I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e*

Havendo informações protegidas por cláusulas de sigilo específicas, o conhecimento pode se dar parcialmente, conforme autoriza o art. 7º, § 2º da Lei nº 12.527, de 18/11/11, ou, se todo o processo contiver, de forma indissociável, informações de tais naturezas, opera-se a vedação de acesso à íntegra dos autos, sob pena de se permitir obtenção indevida de informação protegida e de terceiros obterem informações que a Lei quer que sejam protegidas. Neste campo, o espectro onde pode haver maior grau de subjetividade na apreciação se o processo contém ou não informações sigilosas protegidas por lei específica é o que se refere a informações pessoais. Conforme aduzido em em **4.3.10.2.2**, o alcance jurídico desta expressão é amplamente largo, permitindo presumir que a autoridade instauradora, na imensa maioria dos casos, entenda que o processo disciplinar em relação ao qual o terceiro ssolicita acesso contém informações pessoais sensíveis do acusado a justificarem o indeferimento.

> *Lei nº 12.527, de 18/11/11 - Art. 7º*
> *§ 2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.*

Ressalve-se que, em todo caso, a aplicação da regra geral da publicidade a favor de terceiros, já após arquivado o PAD ou a sindicância disciplinar, se opera no rito estabelecido pela Lei nº 12.527, de 18/11/11, pelo Decreto nº 7.724, de 16/05/12, e ainda pela Portaria ME/SE nº 1.142, de 5 de setembro de 2019, via Serviço de Informações ao Cidadão (SIC) ou via Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC), conforme já detalhado em **2.5.6.2.1**. Ou seja, o acesso, vista, cópia ou esclarecimento acerca do PAD ou sindicância disciplinar arquivados, se porventura concedido, não é feito diretamente por meio da autoridade correcional (o Corregedor ou o Chefe de Escor). Assim, em razão sobretudo da possibilidade de os autos aos quais se solicita acesso, vista, cópia ou esclarecimento conterem dados de sigilo de natureza específica, convém que a autoridade instauradora (o Chefe do Escor, como regra) após determinar os encaminhamentos de praxe, registre no processo que eventual pedido de desarquivamento seja submetido à sua apreciação, como, aliás, deverá ocorrer, de acordo com o mencionado rito.

No caso de processo digital formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), os autos são movimentados para a equipe Arquivo Único do sistema. Mas se o processo digital contiver dados protegidos por alguma espécie legal de sigilo diferente do sigilo estabelecido pelo *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, deve ser movimentado para a equipe Arqui do Escor (ou excepcionalmente da Coger, caso o Corregedor tenha figurado como autoridade instauradora).

Isto porque o sistema e-Processo permite que alguns usuários estranhos ao sistema correcional possuam privilégios diferenciados em seus perfis de acesso que os habilita a desarquivar qualquer processo digital encaminhado ao Arquivo Único.

Portanto, os processos disciplinares em meio digital que contenham dados protegidos por sigilo bancário, profissional, telefônico e relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem e sob segredo de justiça não devem ser movimentados para o Arquivo Único do sistema e-Processo, devendo ser arquivados na equipe Arqui local. Percebe-se que a mera existência de documentos com dados protegidos por sigilo fiscal, não oponível no âmbito da RFB, não impede a movimentação do processo digital para o Arquivo Único do sistema.

4.11 - RITO SUMÁRIO

Este rito, não previsto na redação original da Lei nº 8.112, de 11/12/90, foi incluído pela Lei nº 9.527, de 10/12/97. O procedimento é aplicável na apuração de acumulação ilegal de cargos, de abandono de cargo e de inassiduidade habitual, sendo a todas cabível a pena de

demissão. A regra geral é de que se trata de rito com instrução célere, pois visa a apurar casos em que já se tem materialidade pré-constituída. Como reflexo do bom senso e da razoabilidade, a Controladoria-Geral da União positivou, no § 2º do art. 36 da Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, que, caso a autoridade instauradora esteja em dúvida acerca da materialidade - se cabe ou não na aplicação legal do rito sumário -, recomenda-se instaurar rito ordinário, que é rito completo e cabível para qualquer apuratório disciplinar. Mas, como regra geral, diante de indícios de configuração de alguma das três infrações acima, a CGU também ratificou, no § 5º do art. 37 da mesma IN, que a instrução processual deve ser feita antes da instauração, com as provas disponíveis desde a fase de admissibilidade e configuradoras da materialidade ilícita

> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 36.*
> *§ 2º Quando houver dúvida acerca da natureza da infração disciplinar a ser apurada, a autoridade competente deverá decidir pela instauração de PAD.*
> *Art. 37.*
> *§ 5º O processo administrativo disciplinar sumário deverá ser instruído previamente à instauração com as provas que caracterizem a autoria e a materialidade da falta disciplinar sob apuração.*

> *"Outro aspecto inovador a merecer destaque é o que faz sobressair a importância dos órgãos de pessoal de cada repartição, a quem incumbe o dever de exercer a fiscalização ininterrupta e tomar as iniciativas tendentes à imediata apuração, mediante prova pré-constituída.*
> *É que a natureza sumária do procedimento de apuração faz pressupor que a instauração do processo se fundamenta nos válidos elementos de prova previamente coligidos pelo órgão de pessoal acerca da acumulação ilegal de cargos, de modo a ensejar que, em três dias, contados da publicação do ato constitutivo da comissão apuradora, como exige o § 2º do art. 133, possa ela lavrar o termo de indiciamento. (...)*
> *Vale também, para as hipóteses ora apreciadas (abandono de cargo e inassiduidade habitual), pôr em evidência a importância fiscalizadora dos órgãos de controle ininterrupto, para ensejar imediata apuração da irregularidade, por meio da comprovação documental preexistente da ausência do servidor faltoso ao serviço, de forma contínua ou interpolada, conforme o caso." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pgs. 131 e 133, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

No **Anexo VI**, demonstra-se, aproximadamente, o rito sumário do processo administrativo disciplinar, por meio de fluxogramas.

4.11.1 - A Possibilidade de Instrução Ordinária e de Aplicação de Outras Penas

Todavia, é óbvio que, contra esta específica determinação legal de instrução célere (basicamente sem atos de busca de prova), devem prevalecer as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, de forma que, caso se demonstre necessário e justificável, a prova pré-constituída possa ser contestada. Com isto, o fato de a Lei *a priori* impor rito sumário não impede que a defesa provoque formação de provas como no rito ordinário, com oitivas, diligências, interrogatório, etc., sem prejuízo das prerrogativas da comissão de denegar aqueles pedidos impertinentes ou protelatórios, conforme o art. 156, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Neste sentido é a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GQ-193:

> *Parecer AGU nº GQ-193: "Ementa: Demissão de servidor público por*

> *inassiduidade habitual com base nos arts. 141, inciso I, 132, inciso III e 139, da Lei nº 8.112, de 11.12.90. Deve-se assegurar ao acusado, no processo administrativo disciplinar, a ampla defesa. A falta de oitiva das testemunhas arroladas pela defesa constitui vício insanável. É de ser anulado, em razão disso, o processo contaminado, devendo ser constituída nova Comissão Processante, com fundamento no art. 169 da Lei 8.112/90.*
> *9. Saliente-se, por oportuno, que a matéria versada nos autos é de uma importância singular para dizer que, mesmo sumariando os trabalhos concernentes ao iter apuratório, não pode a Comissão Processante, sob pena de ocasionar sua nulificação, se descurar das regras atinentes a ampla defesa do acusado, e nesta se inclui, induvidosamente, a oitiva de testemunhas."*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/1.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/1: "9. Ademais, aproveita-se para ratificar que, qualquer que seja a materialidade apurada no rito sumário (sejam os três ilícitos demissíveis, sejam outras condutas de materialidade similar), não obstante o aludido procedimento ter por objetivo 'promover a celeridade da demanda e garantir a economia processual', devem ser respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório, assegurando-se ao agente público as garantias estatuídas no art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, ou seja, 'acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial', conforme determinado pelo § 8º do art. 133 da mesma Lei. Como consequência, embora não seja a regra apriorística do rito sumário, pode a dupla processante deliberar, de ofício ou a pedido, por excepcional realização de ato de instrução probatória no rito sumário."*

E tal incidente excepcional não impede o prosseguimento do apuratório sob o rito sumário, que, como se verá em **4.11.2** e **4.11.3**, diferentemente do que foi defendido para o rito ordinário, inicia-se com portaria de pessoal de instauração definindo o fato a se apurar e designando apenas dois servidores para conduzirem os trabalhos. A necessidade de realização de atos instrucionais não impõe que se desconstitua a dupla processante e que se designe trio. É neste sentido, da possibilidade de a dupla processante produzir provas não previamente autuadas desde a fase de admissibilidade (sobretudo não documentais) que se compreende a positivação operada pela Controladoria-Geral da União (CGU), no § 7º do art. 37 da Instrução Normativa (IN) CGU nº 14, de novembro de 2018, e não no sentido de se ter de desconstituir a dupla e constituir trio, sob formalismo de nova portaria de pessoal.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 133.*
> *§ 8º O procedimento sumário rege-se pelas disposições deste artigo, observando-se, no que lhe for aplicável, subsidiariamente, as disposições dos Títulos IV e V desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
>
> *IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 37.*
> *§ 7º Quando houver necessidade justificada de produção de atos instrutórios não consubstanciados em prova documental, deverá, preferencialmente, ocorrer a conversão do rito sumário em ordinário.*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.464: "Ementa: (...) III - A intenção do legislador - ao estabelecer o procedimento sumário para a apuração de abandono de cargo e de inassiduidade habitual - foi no sentido de agilizar a averiguação das referidas transgressões, com o aperfeiçoamento do serviço público. Entretanto, não se pode olvidar das garantias constitucionalmente previstas. Ademais, a Lei nº 8.112/90 - art. 133, § 8º - prevê, expressamente, a possibilidade de aplicação subsidiária no procedimento sumário das normas relativas ao processo disciplinar."*

> *"Os ilícitos funcionais da acumulação ilegal de cargos, abandono de cargo e inassiduidade habitual, dada a sua simplória consistência como matéria de fato, dispensa, 'ipso jure' e em princípio, a realização de diligências apuratórias. Contudo, chegando-se a verificar circunstâncias excepcionais (como, por exemplo, a falsificação de documentos instrumentalizadores da indicação da materialidade do fato imputado), deverá o procedimento sumário abrir ensancha a que tais diligências sejam realizadas antes da apresentação da defesa escrita do servidor acusado." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 346, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

> *"Realmente, nada está a impedir que se adote o processo disciplinar, com maior dilação probatória, para se investigar, convenientemente, as faltas configuradoras da inassiduidade habitual e o abandono de cargo.*
> *Relembre-se que processo, sendo de natureza instrumental, não pode se constituir obstáculo para apuração correta dos fatos." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pgs. 133 e 134, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Além disto, também excepcionalmente, em um processo iniciado sob rito sumário, de acordo com o conjunto probatório, pode a dupla processante não comprovar a configuração da irregularidade (dentre as três previstas) para que foi designada mas comprovar a ocorrência de outros ilícitos, de menor gravidade e conexos ao mesmo fato que ensejou a instauração (como, apenas para citar alguns exemplos: falta de assiduidade ou de pontualidade, ausência injustificada ao serviço, exercício de atividades incompatíveis, etc). Novamente, não há necessidade de conversão deste rito sumário em rito ordinário, designando-se trio processante, e pode-se, ao final, ter a aplicação de pena de advertência ou suspensão. Também, nada obsta que um processo instaurado sob rito sumário para apurar abandono de cargo ao final conclua por sua desconfiguração e pelo cometimento de inassiduidade habitual, ou vice-versa.

Como se percebe, para a validade desta situação, basta que este novo enquadramento esteja relacionado ao fato ensejador da instauração, além, obviamente, que também não haja prejuízo à defesa, pois a dialética processual instaura-se em torno da autoria e da materialidade do fato apurado, podendo-se ter alterado o enquadramento legal.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ao analisar um PAD instaurado pelo rito sumário em que a Coger aplicou a penalidade de advertência, exarou o Parecer PGFN/CJU nº 1.920/2003, concluindo, *ipsis verbis*:

> *Parecer PGFN/CJU nº 1.920/2013: "34.Por tudo que aqui foi exposto, julgamos não ter ficado comprovada a existência de vício insanável que nos deixasse com a convicção de que deveria ser declarada a nulidade do julgamento realizado pelo Sr. Corregedor-Geral Substituto (fls. 127/128), mesmo porque a decisão daquela autoridade, a nosso ver, além de encontrar amparo no Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, guardou coerência com o que consta dos autos (Processo Administrativo Disciplinar nº ...), não tendo sido comprovada a transgressão de abandono de cargo ou a de inassiduidade habitual, com intencionalidade ou sem justa causa, como exigido nos arts. 138 e 139 da Lei nº 8.112, de 1990, motivo por que julgamos deva ser mantida a penalidade de advertência aplicada pelo Sr. Corregedor-Geral à servidora (...), pela inobservância da assiduidade e pontualidade no serviço (art. 116, inciso X, da Lei nº 8.112, de 1990)."*

Tampouco configura nulidade se, desde a instauração, a apuração de qualquer daquelas três irregularidades se der em rito ordinário, visto que nenhum prejuízo traz à defesa (ao contrário, é um rito mais completo).

Por outro lado, em princípio, o oposto não se admite: a instauração de rito sumário

para apuração de fato que desde o início se sabe totalmente independente de uma daquelas três hipóteses previstas na Lei para sua instauração. Na mesma linha, se a dupla processante, designada sob molde de rito sumário não comprova a acumulação ilegal ou o abandono de cargo ou a inassiduidade habitual, mas depara-se com outra situação irregular e que não guarda nenhuma relação com o objeto original de sua designação, deve apresentar relatório inocentando o servidor acerca do fato originário e representar pelo outro ato ilícito, a fim de que seja designada outra comissão em trio, sob molde ordinário. A mero título de exemplo, não se vislumbra correlação entre ilícitos apuráveis sob rito sumário e dilapidação de patrimônio e lesão aos cofres públicos.

> *TRF da 4ª Região, na Apelação Cível nº 171.093: "Ementa: 1. No inquérito administrativo, semelhantemente ao que ocorre no processo penal, não pode o servidor ser punido com base em fato não constante da imputação que lhe foi inicialmente feita (´mutatio libelli´). Se o inquérito foi iniciado para apurar abandono do cargo e inassiduidade habitual, tipificados nos incisos II e III do art. 132 da Lei 8.112/90, não pode o servidor ser demitido por improbidade administrativa, tipificada no inciso IV do mesmo artigo, cujo suporte fático é diverso, sem que lhe seja reaberta oportunidade para defesa.*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/1.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/1: "4. Comprovado o abandono de cargo, a inassiduidade habitual ou a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, os incisos II, III e XII do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, respectivamente, determinam a aplicação de demissão ao servidor infrator:*
> *5. É possível que um PAD instaurado e conduzido sob o rito sumário não reúna elementos suficientes para comprovar tais transgressões disciplinares - não sendo cabível, por conseguinte, a aplicação de demissão -, contudo demonstre que o agente público violou dever estabelecido no art. 116 ou incorreu em proibição constante no art. 117, ambos da Lei nº 8.112, de 1990.*
> *6. Caso o dever infringido ou a proibição cometida guarde conexão com uma das três irregularidades para as quais se adota, originariamente, procedimento sumário, pode este mesmo rito instaurado nos termos dos arts. 133 e 140 da referida Lei – dispensando-se formalidade de nova portaria de pessoal desconstituindo a dupla processante para designar trio - redundar na aplicação de advertência ou suspensão em PAD e excepcionalmente não resultar em demissão.*
> *7. Sem aqui se afirmar jamais ser possível tal migração material ocorrer em PAD em rito sumário instaurado para apurar acumulação ilegal, decerto, este campo de exceção que ora se aborda se concentra com maiores possibilidades em apurações originariamente voltadas a comprovação de abandono de cargo ou de inassiduidade habitual abrandadas para a comprovação de condutas absenteistas de menor gravidade, tais como a inobservância do dever de 'ser assíduo e pontual ao serviço' e o cometimento da proibição de 'ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato'*
> *10. Por fim, em rumo diverso do conteúdo ora abordado, caso a dupla processante identifique indícios de desvio funcional que não guarde nenhum nexo com o fato que provocou a instauração do PAD sob o rito sumário, deve representar à autoridade instauradora, a fim de que esta, após submeter os novos fatos a seu juízo de admissibilidade, reinstaure sob rito ordinário."*

Como trata-se de rito processual de materialidade pré-constituída e declarada na portaria de pessoal inaugural, no qual se presume dispensável produzir provas na fase de inquérito administrativo, o trabalho da comissão no rito sumário se inicia com a indiciação do servidor e não cabe cogitar de se ter de entregar notificação inicial ao servidor.

> *IN CGU nº 14, de 208 - Art. 37.*

§ 6º A notificação prévia do acusado não é cabível no processo administrativo disciplinar sumário.

Formalmente, o prazo total para o rito sumário é de trinta dias, contados da instauração, prorrogáveis por mais quinze dias. Aplicam-se, subsidiariamente, no que couber, os conteúdos já expostos em **4.2.7.2** e em **4.2.7.3**, acerca dos institutos da prorrogação do prazo da comissão de inquérito e da designação de nova comissão para ultimar os trabalhos, bem como os formalismos expostos para as respectivas portarias de pessoal e a preponderância da busca da verdade material, da indisponibilidade do interesse público e da oficialidade em detrimento da mera instrumentalidade do prazo, sem prejuízo dos efeitos sobre a contagem prescricional.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 133.
§ 7º O prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar submetido ao rito sumário não excederá trinta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por até quinze dias, quando as circunstâncias o exigirem. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)
§ 8º O procedimento sumário rege-se pelas disposições deste artigo, observando-se, no que lhe for aplicável, subsidiariamente, as disposições dos Títulos IV e V desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)

IN CGU nº 14, de 2018 - Art. 37.
§ 4º A comissão de processo administrativo disciplinar sumário poderá ser reconduzida após o encerramento de seu prazo de prorrogação, quando necessário à conclusão dos trabalhos.

4.11.2 - Rito para Acumulação Ilegal de Cargos

Detectada a acumulação ilegal (descrita em **4.7.4.13**), a autoridade instauradora deve notificar o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, a fim de que, no prazo de dez dias, opte por um dos cargos. Caso o servidor manifeste a opção de manter o outro cargo, o processo em que se relata a acumulação ilegal deve ser remetido para a unidade de projeção regional do macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas, a fim de que seja operada a exoneração a pedido do cargo ocupado na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, com posterior notificação ao outro órgão. No caso contrário, em que o servidor manifesta opção de manter o cargo ocupado na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, não obstante não se recomendar o imediato arquivamento do processo da acumulação ilegal, mas sim apenas ter seu andamento sobrestado, no aguardo da comprovação da exoneração do outro cargo.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 133. Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos empregos ou funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar a opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário para a sua apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)
I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão, a ser composta por dois servidores estáveis, e simultaneamente indicar a autoria e a materialidade da transgressão objeto da apuração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)
II - instrução sumária, que compreende indiciação, defesa e relatório; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)
III - julgamento. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)

Uma situação muito peculiar que pode se configurar é de um servidor já estar respondendo a processo administrativo disciplinar por qualquer outro fato e vir a ser objeto de notícia de acumulação de cargos supostamente ilegal, um na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e o outro em qualquer órgão. Por força do art. 133 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, deve este servidor ser notificado a manifestar a opção de qual cargo deseja manter. Por um lado, na hipótese de o servidor optar pela manutenção do cargo ocupado na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, a solução da questão reside apenas em que se comprove a efetiva exoneração do cargo ocupado no outro órgão para que se arquive o processo sobre acumulação ilegal e que se prossiga o andamento do outro processo disciplinar já em curso, sem configurar nenhuma dificuldade.

Por outro lado, a solução exige maior esforço interpretativo na hipótese de o servidor manifestar opção de manter o cargo ocupado no outro órgão e de se exonerar do cargo ocupado na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, pois, em tal caso, uma vez que já responde a outro processo administrativo disciplinar em curso neste órgão, deve-se contemplar que o art. 172 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, veda a exoneração a pedido do cargo (com a inteligência de não prejudicar os trabalhos apuratórios). Neste caso, a obediência ao comando do art. 172 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, conflitua com o atendimento também do art. 133 da mesma Lei.

Em tal situação peculiar, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional mantém entendimento de que é possível a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil conceder a este servidor a exoneração do cargo que ocupa neste órgão desde que o prazo legal de 140 dias já tenha se esgotado no outro processo administrativo disciplinar em curso e que tal demora não tenha sido intencionalmente causada pelo próprio acusado. Caso se satisfaçam estas condições, na hipótese de o servidor vir a ser demitido no outro PAD, deve a Administração, com lastro no poder de autotutela, converter em demissão aquela exoneração atipicamente concedida para o cargo ocupado na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

> *Parecer PGFN/Cojed nº 1.886/2012: "17. (...) deve ser garantido ao servidor o direito de pedir exoneração de seu cargo mesmo que esteja respondendo a outro processo disciplinar, caso este outro PAD tenha ultrapassado o prazo legalmenteprevisto para o seu término (140 dias) (...) e que o servidor não tenha causado a demora na instrução da investigação, com fito de retardar a conclusão do processo disciplinar.*
> *19. Ressalte-se, ainda em relação ao questionamento da Corregedoria-Geral da RFB, que o deferimento da exoneração somente se mostra viável em face da possibilidade de a administração, acaso sobrevenha decisão desfavorável ao servidor nos outros processos administrativos disciplinares, sancioná-lo, cassando o ato exoneratório, com vistas à devida aplicação de penalidade de demissão, com fundamento no poder de autotutela."*

Embora a Lei n° 8.112, de 11/12/90, ao estabelecer a regra geral da contagem de prazos, em seu art. 238, tenha disposto que apenas o termo final deve recair sobre dia de expediente normal, nada impede que, a favor da parte, se estenda o § 3º do art. 224 do CPC, também iniciando a contagem somente a partir do primeiro dia útil após o recebimento da intimação. Assim, se intimação for entregue em uma sexta-feira, em vez de se contar o prazo de opção a partir do sábado, pode-se fazê-lo a partir da segunda-feira subsequente.

> *CPC - Art. 224.*
> *§ 3º A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.*

Advirta-se que, à vista da vedação da acumulação remunerada também se estender aos proventos da aposentadoria, nada impede que o aposentado, em acumulação ilícita, opte pelo cargo, renunciando àqueles proventos.

Formulação Dasp nº 275. Aposentado
O aposentado que se habilite em concurso pode ser nomeado, devendo, todavia, ao tomar posse, renunciar à aposentadoria, se não forem acumuláveis as duas situações.

"(...) ressalte-se que o Dasp, por intermédio de sua formulação nº 275, já havia pacificado o entendimento de que 'o aposentado que se habilite em concurso pode ser nomeado, devendo, todavia, ao tomar posse, renunciar à aposentadoria, se não forem acumuláveis as duas situações. (...)
Vê-se, nesses termos, que é admissível a renúncia à aposentadoria, que aliás configura assim um direito público subjetivo, haja vista que a lei não pode impedir de o servidor aposentado procure suas melhorias." José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pgs. 476 e 477, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004

A instauração do processo disciplinar, com comissão integrada por dois servidores estáveis, se dará apenas em caso de omissão por parte do interessado em manifestar opção.

Formulação Dasp nº 191. Acumulação
A boa ou a má-fé, nos casos de acumulação proibida, apuram-se, necessariamente, no inquérito administrativo.

"Tal comportamento omissivo não configura presunção jurídica da má-fé, e sim forte indício de sua existência, legitimando, pois, a abertura do respectivo procedimento disciplinar para apurar se realmente ocorrera esta possível premeditação. Sem esse cuidado precautório, arrosta-se o princípio constitucional do devido processo legal.
Conquanto não se possa presumir a má-fé, destaque-se, todavia, que não é de todo impérvia que a lei, por meio de ficção jurídica, conceba a presunção de boa-fé, como é o caso do art. 133 da Lei nº 8.112/90, que, alicerçando-se em presunção absoluta de inocência do servidor acumulante, admite que este, uma vez notificado pela administração, apresente a sua opção por um dos cargos no improrrogável prazo de dez dias, contados a partir dessa notificação.
Não exercitando esse direito de opção, aí sim, deverá a administração abrir o respectivo procedimento apuratório (...)." José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pg. 475, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004

Diferentemente do rito ordinário, a portaria de pessoal de instauração já deve indicar a autoria e a materialidade, ou seja, identificação do servidor, descrição dos cargos, dos órgãos, das datas de ingresso, dos horários e dos regimes de trabalho.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 133.
§ 1º A indicação da autoria de que trata o inciso I dar-se-á pelo nome e matrícula do servidor, e a materialidade pela descrição dos cargos, empregos ou funções públicas em situação de acumulação ilegal, dos órgãos ou entidades de vinculação, das datas de ingresso, do horário de trabalho e do correspondente regime jurídico. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)

Em três dias da instauração, deve a comissão indiciar o servidor e citá-lo para apresentar defesa em cinco dias. Apresentada defesa sem provocação para busca de provas, em cinco dias a comissão deve elaborar o relatório conclusivo acerca da licitude ou não da acumulação. Por óbvio que, se diante do rito ordinário, com prazos mais elásticos, se defendeu, à vista do princípio do formalismo moderado, não se tratar de prazos fatais, com mais pertinência se afirma que a extrapolação de exíguos prazos do rito sumário, por si só, não acarreta nulidade no processo.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 133.
§ 2º A comissão lavrará, até três dias após a publicação do ato que a constituiu, termo de indiciação em que serão transcritas as informações de que trata o parágrafo anterior, bem como promoverá a citação pessoal do servidor

> *indiciado, ou por intermédio de sua chefia imediata, para, no prazo de cinco dias, apresentar defesa escrita, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição, observado o disposto nos artigos. 163 e 164. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *§ 3º Apresentada a defesa, a comissão elaborará relatório conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor, em que resumirá as peças principais dos autos, opinará sobre a licitude da acumulação em exame, indicará o respectivo dispositivo legal e remeterá o processo à autoridade instauradora, para julgamento. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
>
> *"Então, será lavrado já o Termo de Indiciação dispensando-se a fase probatória do processo disciplinar regular, posto que a questão não é de fato e, sim, apenas de direito, eis que a materialidade da irregularidade já está toda documentada." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 258, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Embora a Lei n° 8.112, de 11/12/90, ao estabelecer a regra geral da contagem de prazos, em seu art. 238, tenha disposto que apenas o termo final deve recair sobre dia de expediente normal, por um lado, não faz sentido cogitar que uma instauração porventura publicada em uma sexta-feira (como inclusive é hábito) imponha que o prazo de indiciação se encerre já na segunda-feira subsequente, com apenas um dia útil a dispor da comissão; por outro lado, nada impede que, a favor da parte, se a citação for entregue ao indiciado em uma sexta-feira, se inicie o prazo de defesa somente a partir da segunda-feira subsequente. Em ambos os casos aqui nada mais se fez que defender a aplicação extensiva do § 2º do art. 224 do CPC, que permite que também se inicie a contagem de prazo somente a partir do primeiro dia útil após o recebimento de determinada provocação.

> *CPC - Art. 224.*
> *§ 3º A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.*

A opção pelo servidor até o último dia de defesa configura boa-fé e implica apenas exoneração a pedido do outro cargo. Conforme já mencionado em **4.4.1.1.4.a**, tem-se aqui um exemplo de presunção legal, construída pelo art. 133, § 5º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de que esta opção por parte do servidor faz com que, inafastavelmente, se configure sua boa-fé, ainda que houvesse elementos de convencimento de que o agente sempre tivesse conhecimento da ilicitude da acumulação.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 133.*
> *§ 5º A opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

A materialidade da acumulação ilícita pode ser obtida, dentre outros, por contracheques, fichas financeiras, recibos, folhas de pagamento, contrato de trabalho, carteira de trabalho, folhas de ponto, portarias de pessoal ou quaisquer outros atos de nomeação, admissão ou designação, declaração de ajuste anual de Imposto sobre a Renda, etc.

Em sentido contrário, Uma vez configuradas a ilicitude da acumulação e a má-fé, as repercussões duplamente expulsivas ocorrem independentemente dos órgãos federais e dos entes federados envolvidos, e, à luz do já reproduzido § 6º do art. 133 da Lei nº 8.112, de 1990, a autoridade julgadora do processo disciplinar em que se apurou a infração, além de aplicar a pena expulsiva referente ao provimento do órgão de sua alçada, deve comunicar à respectiva autoridade competente do outro órgão, por meio de ofício com cópia dos autos. Em caso de opção tardia do servidor, já no curso do processo instaurado, até o último dia de defesa, manifestando-se pela exoneração do cargo ocupado em outro órgão, convém que a autoridade instauradora condicione o arquivamento do feito disciplinar à comprovação oficial da exoneração naquele outro órgão.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 133.*
> *§ 6º Caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal, hipótese em que os órgãos ou entidades de vinculação serão comunicados. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
>
> *"Na outra hipótese, em que o servidor não manifesta a sua opção, e o procedimento sumário apresenta um relatório caracterizando a ilegalidade da acumulação, cabe à autoridade promover sua demissão de ambos os cargos, empregos ou funções que ocupa irregularmente. (...)*
> *E quando se tratar de um empregado público, não submetido à regra da Lei nº 8.112, de 1990, numa das funções, mas aos preceitos celetários? Evidentemente que não caberá, neste caso, a pena de demissão (pois não se trata de cargo) mas sim uma rescisão do contrato de trabalho, que não é da competência presidencial, e, sim, do dirigente da entidade contratante. Assim, a decisão deve ser a este dirigente comunicada, para que o mesmo promova a aplicação da lei, desligando do serviço aquele empregado que violou a regra constitucional. A isto a autoridade deprecada não poderá se furtar, mas apenas aplicar a decisão que foi tomada no processo." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pgs. 254 e 255, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Em resumo, a materialidade pré-constituída da acumulação ilícita (por não serem os cargos acumuláveis ou por não haver compatibilidade de horário) impõe que se intime o servidor a optar por um dos cargos, em dez dias. Feita a opção, por presunção absoluta da lei, configura-se boa-fé e o servidor é apenas exonerado do outro cargo, sem se cogitar de instância disciplinar. Todavia, o oposto não necessariamente será verdadeiro, pelo menos de imediato: o fato de não apresentar opção não autoriza presunção absoluta de má-fé; ao contrário, impõe que se instaure o devido processo legal. Ainda que haja elementos probatórios da má-fé, a opção, ainda que tardia, no prazo de defesa, restabelece a presunção absoluta da boa-fé e afasta a aplicação de pena.

> *"Conquanto seja improrrogável o prazo de dez dias acima referido, saliente-se que o servidor acusado de estar acumulando ilicitamente, ainda dentro do prazo de defesa do procedimento sumário sobredito, poderá realizar tal opção, providência esta que, caracterizando a sua boa-fé (por presunção 'juris et de jure'), 'se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo' (art. 133, § 5º, da Lei nº 8.112/90).*
> *Vê-se, nessas duas chances legais de opção, que o legislador erige a tomada de decisão do servidor acusado em presunção absoluta de boa-fé, o que implica afirmar que não admite sequer prova a demonstração de prova em contrário.*
> *Não ocorrendo o exercício dessa opção num dos dois momentos acima referidos, deverá o procedimento apuratório ir até ao fim. Caso seja configurada a acumulação ilícita e demonstrada a má-fé, deverá o servidor infrator ser punido com a pena de demissão, perdendo, assim, os dois cargos." José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pgs. 475 e 476, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

A boa-fé pode se configurar em situações tais que, exemplificadamente, haja manifestações divergentes acerca da legalidade da acumulação ou mera aparência de que se trata de matéria de caráter técnico efetivo. Já a má-fé caracteriza-se, por exemplo, ao ser provido em um cargo e não declarar o fato de já ocupar outro.

> *"Com efeito, a acumulação ilegal tem consequência diversa, conforme a verificação do elemento subjetivo da boa ou má-fé do servidor ao pretender manter mais de um cargo, emprego ou função públicos.*
> *No caso, ocorre boa-fé quando alguém, por erro, pratica com intenção pura,*

ato que julga conveniente e lícito, mas cujo resultado pode ser contrário à previsão legal permissiva.
Na prática, a boa-fé emergirá de controvérsia resultante de respeitáveis opiniões divergentes sobre a viabilidade da acumulação legal, passíveis de uniformização de entendimentos; da situação decorrente do não atendimento do pedido de exoneração ou dispensa de cargo acumulado; da mera aparência relativa à correlação de matérias de caráter técnico-científico do cargo acumulado a exigir o aprofundamento do estudo sobre a matéria.
Verifica-se a má-fé quando, por malícia, vontade consciente, alguém pratica, em proveito próprio, ato que tem por fim resultado diverso do permitido na lei.
A má-fé, por seu turno, poderá ser verificada quando o servidor ao ser provido em cargo público deixa de declarar ser detentor de outro cargo, emprego ou função públicas, federal, estadual ou municipal, sem os requisitos de acumulação permitida. Geralmente, a ignorância ou o esquecimento no cumprimento do dever legal de prestar declarações não são dirimentes, por si só, da má-fé, não servindo, pois, de atenuantes.
É importante registrar, de passagem, que a presunção de má-fé não autoriza, desde logo, a aplicação da pena disciplinar, sem a necessária formalidade investigatória do elemento subjetivo, pela via procedimental adequada, onde seja assegurado o direito de defesa ampla e opção, esta última como elemento configurador da boa-fé, conforme o caso, a dispensar a instauração do processo ou a determinar seu arquivamento (art. 133 da Lei nº 8.112/90) em virtude das alterações introduzidas pela Lei nº 9.527/97." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 80, Editora Forense, 2ª edição, 2006

Relembre-se que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelece a entrega, por parte do servidor, de declaração de que não exerce outro cargo, como pré-requisito para a posse. Ainda que se pudesse cogitar de cometimento de algum crime na hipótese de se prestar sabida e falsamente esta declaração no momento da posse, para fim disciplinar, tal fato é irrelevante, pois a Lei nº 8.112, de 11/12/90, determina que se considere configurada boa-fé com a opção tardia, não havendo que se perquirir, em instância administrativa se havia ou não intuito por parte do servidor, de iludir a Administração.

Lei nº 8.112, de 12/11/90 - Art. 13.
§ 5º No ato da posse, o servidor apresentará declaração de bens e valores que constituem seu patrimônio e declaração quanto ao exercício ou não de outro cargo, emprego ou função pública.

A alteração promovida no art. 133 do Estatuto pela Lei nº 9.527, de 10/12/97, eliminou a previsão de devolução de toda a importância recebida indevidamente, por conta da acumulação ilícita. O Parecer AGU nº GQ-145, ao apreciar a questão, comentando a inovação trazida pela Lei supra, asseverou, de forma vinculante, a vedação da reposição, na hipótese de terem sido efetivamente prestados os serviços, com o fim de inibir o enriquecimento sem causa do Estado. É de se perceber que o mencionado Parecer AGU não impede que a Administração exija a reposição proporcional à remuneração paga por horas efetivamente não trabalhadas em algum (ou alguns) dos órgãos em que o servidor não cumpriu completamente a jornada, em decorrência de superposição de horários.

Parecer AGU n° GQ-145, vinculante: "23. (...) b) silenciou no respeitante à devolução da importância percebida durante a comprovada acumulação de má-fé, assim tornando-a inexigível, em face da consequência imediata do princípio da legalidade, que restringe a atuação do administrador público de modo a somente fazer o que a lei permite. Houve evolução legislativa no regramento do instituto, elidindo a reposição dos estipêndios pagos, às vezes por longos anos, em virtude da prestação de serviços, com o que o Estado fica impedido de locupletar-se com o trabalho de seus agentes administrativos."

Em analogia ao rito ordinário, em cinco dias do recebimento do processo, a autoridade instauradora analisa aspectos formais do processo e, se for o caso, remete os autos para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, uma vez que o ilícito enseja pena expulsiva, a cargo do Ministro de Estado da Economia.

> *Lei nº 8.112, de 12/11/90 - Art. 133.*
> *§ 4º No prazo de cinco dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão, aplicando- se, quando for o caso, o disposto no § 3º do art. 167. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

4.11.3 - Rito para Abandono de Cargo e Inassiduidade Habitual

A apuração do abandono de cargo e da inassiduidade habitual (descritos em **4.7.4.2** e **4.7.4.3**) segue basicamente o mesmo rito descrito acima para a acumulação ilegal, previsto no art. 133 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com exceção da prévia ou posterior manifestação configuradora de boa-fé e de alguns outros pormenores, em que a leitura do art. 140 faz com que se sobreponham alguns de seus dispositivos específicos para estes dois ilícitos em relação a dispositivos do art. 133, voltados tão somente à acumulação ilegal (por exemplo, os §§ 1º e 3º do art. 133 dão lugar respectivamente aos incisos I e II do art. 140, enquanto o *caput* e os §§ 5º e 6º do art. 133 restam inaplicáveis, por serem específicos da acumulação ilegal).

Assim, convém expor de forma didática a base legal deste rito excepcional para abandono de cargo e para a inassiduidade habitual, resultante da leitura conjunta dos arts. 138, 140 e 133 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 138. Configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos.*
> *Art. 139. Entende-se por inassiduidade habitual a falta ao serviço, sem causa justificada, por sessenta dias, interpoladamente, durante o período de doze meses.*
> *Art. 140. Na apuração de abandono de cargo ou inassiduidade habitual, também será adotado o procedimento sumário a que se refere o art. 133, observando-se especialmente que: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*
> *Art. 133. (...) se desenvolverá nas seguintes fases:*
> *I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão, a ser composta por dois servidores estáveis, e simultaneamente indicar a autoria e a materialidade da transgressão objeto da apuração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *II - instrução sumária, que compreende indiciação, defesa e relatório; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *III - julgamento. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *§ 1º (...)*
> *Art. 140.*
> *I - A indicação da materialidade dar-se-á: (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *a) na hipótese de abandono de cargo pela indicação precisa do período de ausência intencional do servidor ao serviço superior a trinta dias; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *b) no caso de inassiduidade habitual, pela indicação dos dias de falta ao serviço sem causa justificada, por período igual ou superior a sessenta dias interpoladamente, durante o período de doze meses; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *Art. 133.*
> *§ 2º A comissão lavrará, até três dias após a publicação do ato que a constituiu, termo de indiciação em que serão transcritas as informações de que trata o parágrafo anterior, bem como promoverá a citação pessoal do servidor*

> *indiciado, ou por intermédio de sua chefia imediata, para, no prazo de cinco dias, apresentar defesa escrita, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição, observado o disposto nos artigos. 163 e 164. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *§ 3º (...)*
> *Art. 140.*
> *II - após a apresentação da defesa a comissão elaborará relatório conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor, em que resumirá as peças principais dos autos, indicará o respectivo dispositivo legal, opinará, na hipótese de abandono de cargo, sobre a intencionalidade da ausência ao serviço superior a trinta dias e remeterá o processo à autoridade instauradora para julgamento. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *Art. 133.*
> *§ 4º No prazo de cinco dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no § 3º do art. 167. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *§ 5º (...)*
> *§ 6º (...)*
> *§ 7º O prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar submetido ao rito sumário não excederá trinta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por até quinze dias, quando as circunstâncias o exigirem. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*
> *§ 8º O procedimento sumário rege-se pelas disposições deste artigo, observando-se, no que lhe for aplicável, subsidiariamente, as disposições dos Títulos IV e V desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

A instauração do rito sumário para estes dois ilícitos associados à ausência ao trabalho segue a regra específica deste procedimento, com portaria de pessoal de instauração designando dois servidores estáveis e indicando um deles como presidente e descrevendo a materialidade.

No caso do abandono de cargo, a indicação da materialidade na portaria de pessoal de instauração faz-se com o registro preciso do período de ausência intencional superior a trinta dias.

Conforme já abordado em **4.7.4.2**, a definição da materialidade do abandono de cargo se aperfeiçoa tão somente com a indicação do período de ausência, ou seja, com a indicação do primeiro e do último dia de ausência ininterrupta, não sendo necessário que a portaria de pessoal de instauração de rito sumário para apurar abandono de cargo identifique cada um dos dias do intervalo. No aspecto temporal, portanto, tem-se configurado o ilícito em tela com o lapso de pelo menos trinta e um dias consecutivos sem um único dia de efetivo exercício do cargo. Na esteira, isto leva a concluir que a contagem temporal de abandono de cargo inclui fins de semana, feriados e dias de ponto facultativo que estejam intercalados em dias úteis de ausência ininterrupta do servidor.

A conclusão da comissão não deve se ater à mera comprovação do quantitativo de ausência ininterrupta, mas sobretudo à comprovação da intencionalidade ou não da ausência superior a trinta dias consecutivos - ou ao menos da assunção consciente do risco da configuração do ilícito (ou seja, do dolo direto ou eventual). Não cabe aplicação de demissão por abandono de cargo, com base nos arts. 132, II e 138 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se a comissão não comprovar a intenção do servidor de se ausentar ao serviço por mais de trinta dias, visto ser elemento essencial do enquadramento. Neste caso, restará contra o servidor algum outro enquadramento relacionado ao mesmo fato (basicamente associado à ausência, conforme já aduzido em **4.11.1**, como por exemplo, falta de pontualidade ou de assiduidade, do art. 116, X do Estatuto). Por fim, caso nenhum outro enquadramento se configure, restará

apenas o efeito pecuniário da ausência. Mas basta a comprovação desta intenção por mais de trinta dias; a Lei não exige *animus* de abandono definitivo. Para maiores detalhes acerca da materialidade, recomenda-se reler a definição do ilícito em **4.7.4.2**.

> *Formulação Dasp nº 271. Abandono de cargo*
> *No abandono de cargo, o elemento subjetivo (´animus´) há que ser apreciado com a maior objetividade.*

Uma vez configurado o ilícito de abandono de cargo e caso o servidor reassuma seu cargo, por um lado, tal fato não significa perdão tácito por parte da Administração, uma vez que é seu poder-dever apurar e, se for o caso, punir o infrator. Mas também, por outro lado, em respeito à presunção de inocência, nada há de impedir o direito de o servidor reassumir seu cargo e responder ao processo em serviço, até a publicação da portaria de pessoal expulsiva, caso aplicável.

> *Formulação Dasp nº 83. Abandono de cargo*
> *Não constitui óbice à demissão a circunstância de haver o funcionário reassumido o exercício do cargo que abandonou.*
>
> *"(...) não há porque notificar o servidor faltoso para que reassuma, sem a apuração, eis que este evento em nada lhe aproveita, pois as faltas ocorreram, foram computadas e descontados os dias não trabalhados da remuneração e da contagem do tempo de serviço." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 266, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*
>
> *"(...) não dispõe o administrador público de meios legais para impedir, mesmo após a configuração infracional, que o servidor retorne a seu cargo de origem, se a decisão a respeito ainda não foi proferida.*
> *O certo é que o processo administrativo disciplinar em qualquer de suas modalidades é meio apuratório de irregularidade que pode concluir pela existência ou não da falta, segundo a verdade material, não sendo via proibitiva do exercício de função, salvo a hipótese de afastamento preventivo de que trata o art. 147 e seu parágrafo único, que não dispensa a remuneração." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 191, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Conforme já abordado em **4.7.4.3**, no caso de inassiduidade habitual, a indicação da materialidade na portaria de pessoal de instauração faz-se com o registro preciso dos sessenta dias (ou mais) de falta sem causa justificada em período de doze meses. Aqui, diferentemente do abandono de cargo, a Lei exige a descrição da materialidade com a indicação individualizada de cada um dos sessenta dias úteis, deixando claro que não se incluem fins de semana, feriados e dias de ponto facultativo, intercalados entre dias de ausência, para a configuração da inassiduidade habitual.

A conclusão da comissão não deve se ater à mera comprovação do quantitativo de faltas, mas sobretudo em avaliar se há algum motivo para as mínimas sessenta faltas interpoladas em doze meses e se este motivo realmente é suficiente para justificá-las. Não cabe aplicação de demissão por inassiduidade habitual, com base nos arts. 132, III e 139 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se vierem aos autos motivos relevantes, aceitáveis e razoáveis para justificar as faltas. Neste caso, restará contra o servidor algum outro enquadramento relacionado ao mesmo fato (basicamente associado à ausência, conforme já aduzido em **4.11.1**, como por exemplo, falta de pontualidade ou de assiduidade, do art. 116, X do Estatuto). Por fim, caso nenhum outro enquadramento se configure, restará contra o servidor apenas efeito pecuniário.

Para ambas ilicitudes, já desde a fase de admissibilidade convém juntar cópia das folhas de ponto dos meses em que se deram as faltas; extrair relatórios de ocorrências do Sistema Integrado de Administração de Pessoal (Siape) ou do Sistema de Apoio às Atividades

Administrativas (SA3); verificar a existência de descontos pecuniários, de eventual processo de impugnação destes descontos por parte do faltoso, de apresentação de atestados médicos, de submissão a perícia médica oficial e de protocolização de pedido de licença; solicitar informação na unidade de lotação ou de exercício acerca do comparecimento ou não ao serviço no mês anterior e nos dias atuais; elaborar detalhada planilha, indicando eventuais licenças ou afastamentos legais, feriados nacionais, estaduais ou municipais e dias de ponto facultativo, segundo portarias anuais do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG), e computando individualmente as faltas ao serviço em dias úteis no caso de inassiduidade habitual.

Caso se demonstre indispensável, reitera-se que não há vedação legal para que se coletem manifestações escritas ou orais do próprio faltoso ou da chefia ou de colegas de trabalho ou ainda para que, excepcionalmente, se provoque que o servidor seja submetido à perícia médica oficial.

Conforme já aduzido em **4.7.4.2** e em **4.7.4.3**, tratando-se de servidor cuja conduta funcional marca-se pelo não comparecimento ao serviço, é possível ocorrer de o agente se ausentar por mais de trinta dias consecutivos por mais de uma vez, bem como somar sessenta faltas interpoladas em mais de um período de doze meses. Pode ainda ocorrer de o agente se ausentar por mais de trinta dias consecutivos e também, dentro de um período de doze meses, incorrer em pelo menos sessenta faltas interpoladas ao serviço (com a configuração da inassiduidade habitual independente da configuração do abandono de cargo - quando as sessenta faltas ao serviço do primeiro ilícito não têm superposição com nenhuma das trinta ausências configuradoras do segundo - ou com a configuração de apenas uma das duas ilicitudes - quando parte ou a integralidade das trinta ausências caracterizadoras do abandono de cargo se superpõem às sessenta faltas configuradoras da inassiduidade habitual.

No caso de o servidor incorrer em mais de um ilícito (mais de um abandono de cargo, ou mais de uma inassiduidade habitual, ou um abandono de cargo e uma inassiduidade habitual independentes e sem faltas superpostas) ou no caso de ao menos de se ter esta possibilidade em fase de admissibilidade, pode-se abarcar todas as apurações em um mesmo processo sob rito sumário, com uma única portaria de pessoal de instauração, descrevendo todas as materialidades constituídas. Na sequência, pode a comissão concluir pelo múltiplo cometimento de ilicitudes e pode a autoridade julgadora decidir pela pena única de demissão com base em um enquadramento configurado mais de uma vez ou com base nos dois enquadramentos (sem prejuízo de a comissão e/ou a autoridade julgadora concluir pelo cometimento de apenas uma das infrações ou até por nenhuma das duas).

No caso específico de se superporem no tempo as materialidades de abandono de cargo e de inassiduidade habitual, a conclusão da comissão e o consequente julgamento devem considerar se um determinado ânimo subjetivo melhor se amolda ao fato apurado (intencionalidade ou ausência de justa causa), para concluir por apenas um ilícito e para aplicar a pena de demissão). Neste caso, não cabe se fracionar um período que soma mais de 31 ausências intencionais e ininterruptas para levar o excedente para uma possível caracterização de inassiduidade habitual e tampouco cabe se cogitar de se considerar as faltas superpostas na dupla configuração das duas ilicitudes, pois àqueles mesmos atos absenteístas estarão sendo associados duas distintas irregularidades, em afronta ao entendimento de que se deve evitar o concurso aparente de infrações, conforme já exposto em **4.5.3**.

> *Parecer PGFN/Cojed nº 2.349/2013: "16. Os documentos juntados aos autos comprovam que os dias não trabalhados estão compreendidos nos seguintes espaços de tempo: dias 17 a 19 de dezembro de 2012; dias 20 a 22 e 25 a 28 de fevereiro de 2013; dias 1, 4 a 8, 11 a 14, 19 a 22 e 25 a 28 de março de 2013; dias 1 a 5, 9 a 12 e 15 de abril de 2013; dias 14 a 17 e 31 de maio de 2013; dias 3 a 7, 10 a 14, 17 a 21 e 24 a 28 de junho de 2013; dias 1 a 5, 8 a 12, 15 a*

> *19, 22 a 26 e 29 a 31 de julho de 2013. O somatório desses intervalos totaliza mais de 60 (sessenta) dias. (...)*
> *18. O aspecto temporal [do abandono de cargo] restou preenchido com as informações dos registros de freqüência, dando conta de falta contínua ao serviço desde 31/05/2013 até 31/07/2013, o que somam 62 dias.*
> *19. Tendo em conta a concomitância parcial dos períodos analisados, se considerará, nessa oportunidade, apenas a infração de abandono do cargo, caracterizada pelas faltas ininterruptas em período de tempo que vai desde 31 de maio até 31 de julho de 2013 (62 dias), na medida em que não se poderia computar os mesmos dias para caracterizar ambas as infrações."*
>
> *"Ao termo 'interpoladamente' não se deve conferir interpretação restritiva, pois pode ocorrer inassiduidade habitual caso o servidor não compareça ao serviço por 60 dias úteis seguidos; a intenção do legislador foi garantir que 60 faltas injustificadas fossem caracterizadas como infração disciplinar, estivessem elas intercaladas ou não, em contraposição à infração de abandono do cargo, a qual requer um "plus" em relação à inassiduidade habitual, isto é, a prova da intenção de abandonar o serviço por 31 dias.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 309 , 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Acrescente-se ainda que ausências ininterruptas de duração tamanha que perfaçam sessenta faltas em dias úteis ao serviço podem ser consideradas configuradoras de inassiduidade habitual.

Na esteira do que já se descreveu em **4.11**, nada obsta que um processo instaurado sob rito sumário para apurar abandono de cargo ao final conclua por sua desconfiguração e pelo cometimento de inassiduidade habitual, ou vice-versa.

Tanto para abandono de cargo quanto para inassiduidade habitual, em casos de ausências ou faltas por motivos de saúde, deve o servidor submeter-se à perícia médica ou entregar tempestivamente atestados médicos particulares, conforme aduzido em **4.4.9.1**.

4.12 - NULIDADES

De imediato, registre-se que, à luz do princípio da autotutela, o primeiro controle de legalidade dos atos processuais pode e deve ser feito pela própria comissão. O colegiado tem autonomia para, no curso do inquérito, declarar, de ofício ou a pedido da parte, a nulidade de ato que ele próprio tenha praticado em afronta a lei e a princípios.

Já após a entrega do relatório, ainda sob a égide do princípio acima mencionado, o controle da legalidade incumbe às autoridades intervenientes até o julgamento.

A Lei nº 8.112, de 11/12/90, não especifica, em seus arts. 114 e 169, em lista exaustiva, as hipóteses de nulidade. Apenas estabelece, de forma genérica, que, diante de vício insanável (prejuízo ao acusado ou lesão a interesse, impedindo a convalidação do ato), seja designada outra comissão e instaurado novo processo, pela autoridade instauradora ou por outra superior, a partir das peças não anuladas, para que se refaçam as demais. Na prática, a comissão pode ser composta dos mesmos integrantes ou não, a critério da autoridade, e pode-se prosseguir no mesmo processo, retornando à fase do inquérito, sem necessidade de instaurar novo processo.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 114. A administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade.*
> *Art. 169. Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a*

constituição de outra comissão para instauração do novo processo. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)

Formulação Dasp nº 222. Ato administrativo
A nulidade dos atos administrativos pode, a qualquer tempo, ser declarada pela própria administração.

STJ, Mandado de Segurança n.º 13.986: "Ementa: 3. Respeitados todos os aspectos processuais relativos à suspeição e impedimento dos membros da Comissão Processante previsto pelas Leis 8.112/90 e 9.784/99, não há qualquer impedimento ou prejuízo material na convocação dos mesmos servidores que anteriormente tenham integrado Comissão Processante, cujo relatório conclusivo foi posteriormente anulada (por cerceamento de defesa), para compor a segunda Comissão de Inquérito."
(Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 15.463)

Faz-se necessário firmar alguns conceitos, a fim de não se cometerem impropriedades terminológicas e de se delimitar o escopo do presente tópico, uma vez que um ato administrativo pode ser extinto pela própria Administração e, portanto, deixar de produzir seus efeitos, por duas vias distintas, ambas ao amparo do princípio da autotutela, conforme já exposto em **3.3.2.11**, consagrado nas Súmulas nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal. Seja a pedido, seja de ofício, um ato pode ser retirado do ordenamento, de forma vinculada, em decorrência de vícios de legalidade (vícios sobre algum de seus requisitos necessários à validade, tais como defeitos de competência, finalidade, forma, motivo ou conteúdo); ou, discricionariamente, por motivos de conveniência e oportunidade (em razão de seu mérito). No primeiro caso, opera-se a anulação, instituto de que aqui se trata; no segundo caso, trata-se de outro instituto, a revogação, de natureza afeta à via recursal (apreciada em **5.1**).

Melhor detalhando a primeira hipótese acima, tem-se que um ato inválido por afrontar o ordenamento padece de nulidade e receberá da Administração um dentre dois remédios, a saber: anulação, se a nulidade que o contamina for insanável (ou absoluta); ou convalidação, se a nulidade que o contamina for sanável (ou relativa). Em geral, as nulidades absolutas se referem a vícios nos requisitos de validade de objeto, motivo ou finalidade, que não aceitam convalidação; as nulidades relativas se referem a vícios nos requisitos de validade de competência e de forma, que aceitam convalidação. Em **4.12.3** e **4.12.4**, discorre-se acerca destes dois tipos de nulidades. A anulação (e a convalidação) têm aplicação retroativa (*ex tunc*), eliminando (ou ratificando) todas as consequências decorrentes do ato inquinado desde o seu nascedouro e impedindo (ou validando) seus efeitos futuros.

Na processualística disciplinar, pode-se exemplificar, em lista não exaustiva, como estes requisitos de validade dos atos administrativos repercutem. Para se suprir o requisito de competência, é necessário que os atos processuais, em que se incluem as decisões interlocutórias ou terminativas, sejam executados pelos agentes respectivamente competentes, ou seja, que as autoridades instauradora e julgadora e a comissão atuem e decidam de acordo com suas competências, não podendo um destes agentes produzir ato da alçada do outro ou produzir ato antes ou já depois de esgotada sua competência no tempo. O requisito de finalidade é contemplado se, de forma geral, o processo disciplinar é conduzido com norte da busca do esclarecimento fático possível, necessário e suficiente, sem vieses de pessoalidade contra ou a favor de quem seja, a fim que a decisão reflita, da melhor forma, a justiça, não podendo desvirtuar o emprego do processo para satisfação pessoal dos agentes condutores ou da defesa. O requisito de forma resta atendido quando todos os agentes intervenientes no processo atentam para os casos em que a lei exige um determinado ato processual a ser realizado sob certa forma, como por exemplo não deixar de identificar o indiciado e de descrever faticamente toda a acusação na indiciação e não deixar de expor conclusão, enquadramento e proposta de pena em relatório responsabilizador. O requisito de motivo é alcançado quando todas as decisões emandas no processo, interlocutórias ou terminativas, se

amparam em motivos de fato e/ou de direito devidamente autuados, como , por exemplo, haver nos autos elementos informativos que deem a justa causa para a instauração da instância disciplinar. Por fim, o requisito de objeto é facilmente respeitado bastando que o processo vise a um objeto legalmente permitido e aceito, ou seja, desde que não vise a um objeto vedado em lei, como seria, por exemplo, cogitar de aplicar uma pena não prevista na Lei nº 8.112, de 1190.

Por sua vez, fora do escopo deste tópico, um ato válido pode, a critério da autoridade, sofrer revogação pela própria Administração, por razões de conveniência e oportunidade - diferente do ato inválido, em que a afronta ao ordenamento (ou seja, a sua nulidade) vincula uma solução, seja anulando-o, seja convalidando-o, ainda que tacitamente. A revogação tem eficácia irretroativa (*ex nunc*), eliminando apenas os efeitos futuros do ato, que até então era válido.

> *Lei n° 9.784, de 29/01/99 - Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*
> *Art. 55. Em decisão da qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.*
>
> *STF, Súmula n° 346: "A administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos."*
>
> *STF, Súmula n° 473: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."*

Pelo exposto, verifica-se que à própria Administração são conferidos os poderes de, vinculadamente, anular os atos administrativos ilegais ou de, por razões de mérito, revogar seus atos tidos como inoportunos ou inconvenientes, podendo assim agir, em ambas as hipóteses, tanto de ofício quanto por provocação. E, ainda sobre o tema, conforme se discorrerá em **5.3**, acrescente-se que ao Poder Judiciário, no exercício do controle externo, apenas é conferida competência de declarar a nulidade de atos administrativos em razão de ilegalidade, não lhe sendo conferida, à vista da harmonia e independência dos Poderes, a prerrogativa de revogá-los por considerações de mérito. Um ato inoportuno ou inconveniente somente pode ser revogado pela própria Administração, enquanto um ato ilegal pode ser anulado tanto pela Administração quanto pelo Poder Judiciário ou, se for o caso, somente pode ser por aquela convalidado.

A declaração de nulidade pode ser feita pela autoridade instauradora, independentemente de ser ou não competente para julgar a pena cabível, ou por qualquer outra autoridade hierarquicamente superior. Destaque-se que não sobrevive a declaração de nulidade por si só, ficando o processo inconcluso. Conforme determina o art. 21 do Decreto-Lei nº 4.657, de 25 de abril de 2018 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), regulamentado com maior grau de detalhe no art. 4º do ecreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, a decisão de invalidade, em que se inclui como espécie a de nulidade, deve indicar as consequências. Assim, no mesmo ato, a autoridade que declarou a nulidade determina a reinstauração do processo ou a reabertura da instrução, para refazimento, por comissão integrada pelos mesmos servidores ou por outros, a seu critério.

> *LINDB - Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018)*

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Decreto nº 9.830, de 2019 - Art. 4º A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2º e indicará, de modo expresso, as suas consequências jurídicas e administrativas.
§ 1º A consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação.
§ 2º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.
§ 3º Quando cabível, a decisão a que se refere o caput indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais.
§ 4º Na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas da decisão para a administração pública e para o administrado:
I - restringir os efeitos da declaração; ou
II - decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido.
§ 5º A modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso.

Portaria MF n° 430, de 2017 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 330. Ao Corregedor incumbe:
III - declarar a nulidade parcial ou total de sindicância ou processo administrativo disciplinar ou de processo de responsabilização de pessoa jurídica, nos termos da lei, quando verificada a existência de vícios insanáveis;
Art. 332. Aos Chefes dos Escors incumbe, no âmbito de sua competência:
IV - declarar a nulidade parcial ou total de sindicância ou processo administrativo disciplinar ou de processo de responsabilização de pessoa jurídica, nos termos da lei, quando verificada a existência de vícios insanáveis;

STJ, Agravo Regimental nº 15.463: "Ementa: 3. Não foi demonstrado interesse direto ou indireto de membro de Comissão Processante no deslinde do PAD. Respeitados os aspectos processuais em relação ao impedimento e suspeição, não há prejuízo na convocação de servidores que tenham integrado anteriormente uma primeira Comissão Processante cujo relatório conclusivo fora anulado por cerceamento de defesa. Precedente do STJ."

STJ, Mandado de Segurança nº 13.986: "Ementa: 3. Respeitados todos os aspectos processuais relativos à suspeição e impedimento dos membros da Comissão Processante previstos pelas Leis 8.112/90 e 9.784/99, não há qualquer impedimento ou prejuízo material na convocação dos mesmos servidores que anteriormente tenham integrado Comissão Processante, cujo relatório conclusivo foi posteriormente anulado (por cerceamento de defesa), para compor a segunda Comissão de Inquérito."

Dependendo da localização do ato nulo no curso do processo, a nulidade pode ser total, alcançando desde o início do apuratório, ou parcial, podendo se aproveitar alguns atos. Neste caso, as peças processuais não anuladas serão consideradas como elementos válidos do processo, refazendo-se as demais a partir do momento da anulação.

Quando se tem nulidade apenas de uma determinada prova que não influenciou na convicção, a autoridade instauradora pode simplesmente afastá-la e manter a convicção. Assim já se manifestaram a Advocacia-Geral da União, no Parecer AGU nº GQ-37, vinculante, bem como a jurisprudência:

> *Parecer AGU nº GQ-37, vinculante: "5. (...) é inconteste que o acusado da prática de infrações disciplinares deve ser notificado para comparecer, se o quiser, aos depoimentos pertinentes aos fatos irregulares, cuja autoria possivelmente lhe será atribuída. No entanto, o conjunto dos elementos probatórios e a maneira como este foi constituído podem induzir o julgador a aquilatar a quantidade de provas obtidas em harmonia com o contraditório e a ampla defesa, desprezando aqueles depoimentos em que não esteve presente o acusado*
> *29. Em síntese, tem-se:*
> *a) não obstante ser necessária a notificação da tomada de depoimentos, consequência imediata do princípio do contraditório, as declarações de duas testemunhas, sem a prévia notificação do acusado envolvido na prática da infração objeto do presente processo disciplinar, não implicam nulidade processual, eis que essa exigência foi observada em relação a numerosos outros depoimentos e se encontra provada, à saciedade, a autoria, reconhecida pelo próprio indiciado e seu representante legal, adicionando o caráter satisfativo da ampla defesa assegurada, nos autos. O conjunto das provas juntadas ao processo e a confissão tornam irrelevantes as declarações das duas testemunhas, que não exercem influência na apuração da conduta ilícita e determinação da autoria, como se verificou;"*

> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.059: "Ementa: (...) II - O fato de a comissão processante ter ouvido informalmente determinada testemunha não acarreta nulidade, se na conclusão do processo disciplinar foram consideradas apenas as provas contidas nos autos, sem qualquer referência àqueles contatos."*

Se a nulidade ocorre em uma prova relevante para a convicção, a autoridade declara nulos a prova, a indiciação, a defesa e o relatório. Se as demais provas realizadas após a prova nula não têm nenhuma contaminação dela derivada, podem ser mantidas. Se, da prova nula, extraíram-se outras provas, pode, *a priori*, ser aplicado o que a doutrina chama de teoria dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual as provas obtidas a partir de provas ilícitas possuiriam a mesma natureza, ou seja, seriam também envenenadas. Por este enunciado, as demais provas decorrentes de prova nula também podem ser inquinadas pela nulidade e restam também inaproveitáveis no refazimento.

Os elementos dos autos que tenham sido atingidos por declaração de nulidade, ainda que não tenham sido sanados e não possam ser valorados, devem permanecer nos autos, preservando a real sequência de atos processuais. Não se deve confundir a situação que aqui se aborda com a declaração de ilicitude da prova, em que, conforme já aduzido em **4.4.1.1.2.a**, ao afrontar o Direito material (sobretudo constitucional), a prova é tida como ilícita e, portanto inadmissível nos autos, devendo ser desentranhada caso já tivesse sido autuada, na letra do art. 157 do CPP). A prova nula que não tenha sido sanada poderá ser objeto de refazimento ou de convalidação.

É de se diferenciar a origem do incidente aqui descrito, decorrente de a autoridade competente determinar o refazimento de um ato ou de todos os atos a partir de um ponto, da origem das situações descritas em **4.10.1.2**, **4.10.3.1** e **4.10.5.2**, em que se abordaram as hipóteses de a autoridade determinar ultimação dos trabalhos, seja de ofício, seja por pedido extemporâneo da parte.

Conforme já mencionado em **2.1.1**, nos termos exigidos pelos arts. 3º e 4º da Portaria Coger-ME nº 12.456, de 29 de novembro de 2019, a declaração administrativa ou judicial de

nulidade deve ser informada pelo Grupo Nacional de Comissões (GNC) na base de dados externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, da Controladoria-Geral da União - CGU).

Tendo sido devidamente apurada a responsabilidade do servidor por meio de PAD, que transcorreu sem qualquer prejuízo à defesa, é irrelevante que tenha ocorrido alguma nulidade na sindicância investigativa ou disciplinar que o antecedeu. A nulidade ocorrida na sindicância não afeta a validade do PAD. Assim já se manifestou a Advocacia-Geral da União, no Parecer AGU nº GQ-37.

> *Parecer AGU nº GQ-37, vinculante: "Ementa: (...) A legalidade do processo disciplinar independe da validade da investigação, efetuada através da sindicância de que adveio aquele apuratório."*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 22.103: "Ementa: Tendo a pena imposta ao ora impetrante decorrido de processo administrativo disciplinar que se seguiu à sindicância, e pena essa imposta com base nas provas colhidas no inquérito integrante desse processo, é despiciendo o exame dos alegados defeitos que haveria na sindicância, e que não influíram na imposição da pena que foi dada ao ora impetrante."*
>
> *"(...) não há razão para se defender que as nulidades da sindicância atingem o PAD, quando ela for apenas uma peça preparatória deste. Afinal, toda nulidade cometida quando da celebração da sindicância poderá ser corrigida quando da celebração do PAD (...)." Judivan Juvenal Vieira, "Processo Administrativo Disciplinar", pg. 226, IOB Thomson, 1ª edição, 2005*

Na hipótese de nulidade total do processo, desde sua instauração, é possível o seu reinício, sem que isto configure *bis in idem*; não obstante, para reinstaurar o processo, é necessário ficar atento à prescrição, já que, juridicamente, deve-se considerar que aquela instauração inválida, como causa de interrupção da contagem do prazo prescricional, nunca ocorreu. Assim se manifestou a Advocacia-Geral da União, no Parecer AGU nº GQ-108, não vinculante:

> *STF, Mandado de Segurança nº 23.922: "Ementa: Revisão da punição anteriormente imposta. Afastada a aplicação do art. 174 da Lei 8.112/1990, a revisão ex officio tem fundamento nos arts. 114 e 169 daquele diploma. Precedente: RMS 24.308-AgR, rel. min. Ellen Gracie. Anulação de todos os atos do processo e o seu reinício. Violação ao princípio do non bis in idem: inexistência. Precedente: MS 23.146, rel. min. Sepúlveda Pertence."*
>
> *Parecer AGU nº GQ-108, não vinculante: "12. Na hipótese em que o processo tenha se desenvolvido sem a observância do princípio do contraditório ou da ampla defesa, impondo-se, destarte, a declaração de sua nulidade, ´ab initio´, em consequência desta não se configurou a interrupção do fluxo do prazo prescricional, o que autoriza asserir que, no tocante a esse aspecto, as faltas disciplinares têm as respectivas punibilidades sujeitas à extinção."*

Da mesma forma asseverou o Superior Tribunal de Justiça na ementa do Mandado de Segurança nº 8.558:

> *"A declaração de nulidade do processo administrativo implica na desconstituição de todos os seus atos, inclusive o de instauração da comissão disciplinar, o que resulta na inexistência do ato interruptivo da prescrição, que deve ser contada, consequentemente, desde o conhecimento do fato lesivo até a instauração do segundo processo disciplinar."*
> *Idem: STF, Mandado de Segurança nº 22.728; e STJ, Mandado de Segurança nº 7.081*

Por fim, à vista do princípio da autotutela dos atos administrativos, pode-se ter a

necessidade de, a pedido ou de ofício, em função de algum ato eivado de ilegalidade cometido em qualquer ponto do processo, inclusive pela inadequação do próprio julgamento, se declarar nulo o julgamento e o ato de aplicação de penalidade. A causa da anulação do ato administrativo de julgamento é o reconhecimento, por parte da Administração (espontâneo ou provocado), ao amparo das já mencionadas Súmulas nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, de que foi emitido eivado de algum vício insanável, sendo de se perceber que a anulação do julgamento não requer necessariamente a existência de fatos ou de circunstâncias novas.

Na hipótese em tela (em que já houve um primeiro julgamento e este, por vício, deve ser anulado, difere da hipótese abordada em **4.10.4.2**, em que a autoridade a emitir o primeiro julgamento não acata a proposta da comissão), o necessário refazimento do processo, ainda dentro do prazo prescricional, pode levar à aplicação de outra pena, inclusive mais grave que a primeira. Aqui, tendo se operado a anulação da primeira pena, como se juridicamente ela jamais tivesse existido, não há que se confundir a nova e acertada punição com a vedação para agravamento da esfera recursal e da revisão processual (conforme se abordará em **5.1.1** e em **5.1.3**) e tampouco com *bis in idem*, vedado na Súmula nº 19 do Supremo Tribunal Federal. Na espécie, não se cogita de aplicação de uma segunda pena para um mesmo fato, mas sim de aplicação da pena correta após se ter anulado a primeira pena indevidamente aplicada, de forma que resta apenas uma sanção.

Neste tema, basta harmonizar o que aqui se expôs com a vedação à *reformatio in pejus* quando a anulação do primeiro julgamento decorrer de provocação do próprio servidor (manejando qualquer das ferramentas previstas em esfera recursal, tais como pedido de reconsideração, recurso hierárquico ou revisão, mencionados em **5.1**). Tendo decorrido da própria parte a provocação para anulação do primeiro julgamento, não cabe um segundo julgamento mais gravoso. Todavia, tendo sido o primeiro julgamento anulado de ofício, por vício de legalidade, pela Administração (o que não se confunde com reapreciação de ofício do mérito, cabível em revisão, em que se veda a *reformatio em pejus*), à luz do princípio da autotutela, não há óbice para que o segundo julgamento seja mais gravoso.

> *Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: "Ementa: O julgamento de processo disciplinar de que advém a aplicação de penalidade mais branda que a cominada em lei, efetuado pela autoridade instauradora, não obsta que aquela efetivamente competente julgue e inflija a punição adequada, sem que esse ato caracterize dupla irrogação de pena, em razão de um mesmo fato ilícito".*
>
> *STF, Súmula nº 19: "É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira."*
>
> *STF, Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 24.308: "Ementa: Previsão legal da pena de demissão. Aplicação errônea da pena de suspensão. A hipótese não é de revisão para beneficiar (art. 174 da Lei 8.112/90) mas de ato da Administração Pública proferido contra expressa letra da lei e passível de correção 'ex officio'. Inaplicabilidade da Súmula 19 do STF. Precedente: MS 23.146. Nenhuma mácula ocorre com relação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, se preservada toda a matéria produzida nos autos do processo administrativo onde esses princípios foram observados."*
>
> *STF, Mandado de Segurança n° 23.146: "Ementa: Não obstante as sanções de suspensão e demissão tenham sido sucessivamente aplicadas ao mesmo fato, não há 'bis in idem', vedado pela Súmula 19, se, para aplicar a demissão, o Presidente da República anulou previamente a suspensão, por incompetência da autoridade inferior que a impusera."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 11.138: "Ementa: 2. O disposto na Súmula 19 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual 'é inadmissível segunda punição*

de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira', não se aplica a hipóteses como a dos autos. Em havendo a anulação da primeira punição, não há falar em bis in idem ou em nulidade na aplicação de outra penalidade pela prática da mesma infração."

STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 29: "Ementa: Não se aplica ao procedimento disciplinar a vedação da 'reformatio in pejus', pelo que pode a autoridade hierarquicamente superior aplicar pena mais gravosa do que a imposta pelo inferior."

STJ, Mandado de Segurança nº 14.040: "Ementa: 2. A aplicação inadequada a servidor público federal da primeira penalidade administrativa a ele imposta, quando anulada e em seu lugar imposta a pena de demissão prevista na Lei nº 8.112/91, não incorre na vedação estabelecida pela Súmula 19 do Excelso Pretório."

STJ, Mandado de Segurança nº 10.026: "Ementa: 2. A anulação ex officio do anterior processo disciplinar, que resultara em arquivamento, é conduta que encontra respaldo no art. 169 da Lei 8.112/90 e na Súmula 473/STF e impede que se configure ofensa à coisa
julgada administrativa ou bis in idem."

"Independentemente de o servidor penalizado já ter cumprido, ou não, sua penalidade, quando um ato do processo disciplinar estiver eivado de ilegalidade, deverá ser anulado, até mesmo de ofício, com base no princípio da autotutela, no art. 114 da Lei nº 8.112/90 e nas Súmulas nº 346 e 473 do STF (...).
É possível anular um processo disciplinar depois de a penalidade ter sido aplicada e cumprida (...), considerando que:
a) não se trata de revisão de ofício prevista no art. 174 da Lei nº 8.112/90, que não pode majorar a penalidade, mas sim da declaração de nulidade do ato, ou seja, do julgamento, por exemplo, que aplicou, indevidamente, determinada penalidade, por estar eivado de ilegalidade. A revisão diz respeito a mérito, pois depende de contraditório para provar o fato novo alegado. Já a ilegalidade do ato administrativo diz respeito à forma, independendo do contraditório (não há fato novo a ser provado).
b) não ocorreu o 'bis in idem' vedado na Súmula nº 19 do STF ('É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira.'), já que a anulação tem efeito retroativo ('ex tunc'), pelo que é como se o ato anulado não tivesse existido. Na verdade, o ato nulo foi substituído por outro ato válido." Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pg. 201, Editora Fórum, 1ª edição, 2007

4.12.1 - Princípio do Prejuízo

A nulidade no processo administrativo disciplinar, em síntese, está diretamente ligada a cerceamento de defesa. E quanto a este aspecto, não basta a mera alegação da defesa. É necessário se comprovar faticamente no processo que determinado ato, realizado de forma irregular, concretamente trouxe prejuízo à defesa. O Direito processual pátrio, seja em instância penal, civil ou administrativa, não aceita a nulidade apenas presumida. Assim já se manifestaram a Advocacia-Geral da União, nos Pareceres AGU nº GQ-37 e nº GQ-177, respectivamente, e a jurisprudência:

Parecer AGU nº GQ-37, vinculante: "15. (...) o cerceamento de defesa não se presume, eis que, em sendo um fato, há que exsurgir do contexto do processo disciplinar"

Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: "Ementa: (...) O cerceamento de defesa é um fato e, em decorrência, quem o alega deve demonstrar o efetivo dano sofrido no exercício do direito de defender-se, não se admitindo sua presunção."

STJ, Mandado de Segurança nº 7.863: "Ementa: 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, assim como a do Supremo Tribunal Federal, têm firme entendimento no sentido de que a nulidade do processo administrativo disciplinar é declarável quando restar evidente a ocorrência de prejuízo à defesa do servidor acusado, observando-se o princípio 'pas de nullité sans grief'."
Idem: STJ, Mandados de Segurança nº 7.051, 7.985, 8.259 e 8.297

Diante dos princípios do formalismo moderado e da verdade processual, o simples fato de um ato ter sido realizado sem algum requisito formal não é, por si só, causa de nulidade. Para isto, é necessário que se comprove a ocorrência do prejuízo à defesa. Até mesmo no processo penal, o instituto da nulidade está associado à ocorrência de prejuízo (princípio do prejuízo). Também aqui se opera o princípio geral de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza, refletindo-se no processo administrativo disciplinar o comando do art. 565 do CPP de que a nulidade não pode beneficiar a quem lhe deu causa, em reflexo do brocardo de que ninguém pode se opor a fato a que o próprio tenha dado causa e tampouco atuar com comportamentos contraditórios no curso do processo. Opera efeito também a construção, decorrente do princípio da instrumentalidade das formas (por meio do qual menos importa a forma que um ato administrativo assuma mas sim o alcance do efeito a que se objetivava com ele chegar, consagrado no art. 277 do CPC e no inciso IX do parágrafo único do art. 2º e no art. 55, ambos da Lei nº 9.784, de 29 de jameiro de 1999), de que o ato de que se alega nulidade deve ser tal que de que outra forma não se pode atingir os seus efeitos.

CPP - Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.
Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.
Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade relativa a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.
Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.
Art. 570. A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumar-se, embora declare que o faz para o único fim de argüi-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte.
Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, Ill, d *e* e, *segunda parte,* g *e* h, *e IV, considerar-se-ão sanadas:*
I - se não forem argüidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;
II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;
III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.

CPC Art. 276. Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.
Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.
Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.
Art. 280. As citações e as intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais.

Art. 281. Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam, todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes.
Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.
§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.
§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.
Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.
Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 2º
Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;
Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Formulação Dasp nº 57. Inquérito administrativo
O inquérito administrativo só é nulo em razão de irregularidades que impliquem em cerceamento à defesa.

Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017: "24. Em decorrência das manobras realizadas pelo acusado, temos, então, a aplicação da teoria da 'Venire contra Factum Proprium' que proíbe comportamentos contraditórios. Segundo Flávio Tartuce, que milita no Direito Civil, 'Pela máxima venire contra factum proprium non potest, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade, decorrentes da boa-fé objetiva'.
25. Em termos mais claros, trata-se da proibição de se beneficiar de atos de incoerência. Ora, se foi o próprio acusado que efetuou manobras para não ser notificado do Processo Administrativo Disciplinar e de seus atos, bem como tirou sucessivas licenças que dificultaram a conclusão do processo, não cabe alegação de excesso de prazo. Desse modo, não houve transgressão ao princípio da boa-fé; se isso ocorreu, foi por parte do acusado."

STF, Súmula nº 523: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu."

STJ, Primeira Turma, Ministro Relator Luiz Fux, Segundo Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 802.459/PI, DJe 17/04/2012, Ementa: "1. O princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção."

STJ, Terceira Seção, Ministro Relator Nefi Cordeiro, Mandado de Segurança nº 13.151/DF, DJe 01/10/2014, Ementa: "III - Este Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a extensão do prazo para conclusão do processo administrativo não enseja a nulidade, quando não demonstrado prejuízo à defesa do processado.

IV - A declaração de possíveis nulidades no processo administrativo, segundo o princípio da instrumentalidade das formas (pas de nullité sans grief), depende da efetiva demonstração de prejuízos à defesa do servidor (MS 12803/DF. Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção. DJe 15.04.2014), conforme orientam os precedentes deste Tribunal Superior."

TRF da 2ª Região, Apelação Civil nº 420.402: "Ementa: I. Tendo em vista que o abandono de cargo (assim como ocorre com a inassiduidade habitual, nos termos do art. 139 da Lei n.º 8.112/1990) se revela como um grau (e, mais precisamente, o grau máximo) de faltas ao serviço, a elisão de tal situação jurídica, por parte da própria Ré, ao realizar arquivamento de PAD - processo administrativo disciplinar para se apurar tudo isso - convencendo-se dos argumentos desenvolvidos pela Autora sobre a forma de justificação de motivo de faltas ao serviço adotada por ela, e, por conseguinte, declarou a inexistência de responsabilidade administrativa da Autora pela suposta prática da indigitada conduta -, deixa de justificar a realização de descontos na remuneração da Autora a título de reposição ao erário de vencimentos percebidos nos respectivos dias, com fundamento no art. 44, caput, II, dessa Lei, já que simplesmente não se reconhece a existência de uma causa que produza este efeito jurídico genérico. II. Mesmo que assim não fosse, em aplicação do princípio da vedação da assunção de comportamentos contraditórios entre si (expresso através da máxima nemo potest venire contra factum proprium), não é tolerável, por parte da Ré, ou seja, da mesma entidade pública, na mesma conjuntura, diante de uma mesma conduta praticada pela Autora, reconhecer a licitude da forma de justificação de motivo de faltas ao serviço adotada por ela e, pari passu, realizar desconto em sua remuneração a título de reposição ao erário de vencimentos percebidos nos respectivos dias."

4.12.2 - Prescrição Quinquenal da Alegação de Nulidade

Em função da necessária estabilidade das relações jurídicas, a prescrição quinquenal, prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910, de 06/01/32 (ainda vigente e que foi editado como ato do Governo Provisório, com força de lei, visto que o Congresso Nacional encontrava-se fechado), incide em matéria de nulidade do ato administrativo.

Decreto nº 20.910, de 06/01/32 - Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Significa que a pretensão do administrado em que a Administração reveja ato nulo ou anulável prescreve em cinco anos, contados da data em que foi praticado o ato, e esta prescrição, por ser de ordem pública, não pode ser relevada pela Administração, estando o administrador obrigado a seu cumprimento. Assim já se manifestou a Advocacia-Geral da União no Parecer AGU nº GQ-10, vinculante:

Parecer AGU nº GQ-10, vinculante: "20. Por em regra, tinha a extinta Consultoria Geral da República e, atualmente, a Advocacia-Geral da União, como meta não proceder à revisão de decisão presidencial, a não ser que elementos novos, merecedores de ponderação, fossem oferecidos pelo interessado. Também, tenho-me mostrado infenso às revisões quando não hajam sido trazidos à colação novos fatos que a possam ensejar. Na espécie, entretanto, penso, salvo melhor entendimento, que a solicitação deve merecer acolhida, isto porque, os elementos jurídicos apresentados no Parecer CJ nº 074/93/MJ são bastantes para se chegar à conclusão de que, na verdade, toda pretensão exposta perante a Administração Pública com a finalidade de rever

> *ato contaminado com vício de nulidade acha-se sujeita à prescrição quinquenal consignada no Decreto 20.910/32, não podendo ser relevada sob pena de acarretar - como ficou patenteado na E.M. nº 355/MJ - danosas consequências ao serviço público."*
>
> *TRF da 5ª Região, Apelação Cível nº 195-SE: "Ementa: (...) 1. O Decreto nº 20.910, de 06.01.32, ao determinar a prescrição quinquenária de qualquer ação contra ato administrativo não fez qualquer distinção entre nulidade e anulabilidade. O prazo da prescrição incide em relação a quaisquer direitos pessoais, como o são os decorrentes de relação de serviço público.*
> *2. A prescrição quinquenal referida abrange qualquer direito ou ação.*
> *3. Se é certo que o ato administrativo ilegítimo não se torna válido pelo tempo decorrido, qualquer que seja o período de sua duração, pois, o que é vicioso continua sempre vicioso. Certo, também, é que prescreverá, no prazo de 5 (cinco) anos a ação do interessado para o invalidar, por não se justificar a instabilidade jurídica, mesmo que potencial, por todo e sempre.*
> *4. Em consequência, se o interessado não agiu dentro dos cinco anos autorizados pelo ordenamento positivo, o ato, mesmo inválido, firma-se, estabiliza-se, não podendo mais ser anulado, quer por meio administrativo, quer por decisão judicial."*

Pelo mesmo princípio da segurança da relação jurídica, buscando o devido equilíbrio de pesos e contrapesos de que se faz a matéria jurídica, da mesma forma (porém aqui com diferente base legal), também incide prazo de prescrição quinquenal (contado a partir da data em que foi praticado o ato) sobre a pretensão da Administração em, de ofício, anular ato do qual decorra benefício para o interessado, desde que este não tenha agido com má-fé. Na instância administrativa disciplinar, tal freio se aplicaria, por exemplo, sobre atos dos quais decorrem imputação menos gravosa ou arquivamento a favor do servidor. Todavia, é de se destacar que a Lei nº 9.784, de 29/01/99, estabelece que qualquer medida ou iniciativa tomada pela Administração com vista a questionar a legalidade do ato tem o condão de retirar-lhe a crítica de inerte e, portanto, de interromper a contagem do prazo prescricional (ou seja, de fazer iniciar novamente a contagem na íntegra).

> *Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*
> *§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.*

4.12.3 - Nulidades Absolutas

Conforme já foi objeto de uma abordagem inicial teórico-conceitual (em **4.12**), as nulidades podem ser absolutas ou relativas. Iniciando a análise pela primeira espécie, sob ótica estritamente teórica e conceitual, tem-se que as nulidades absolutas revelam de forma indubitável o prejuízo causado à defesa, dispensando, então, avaliação e demonstração. Não precluem, não são sanáveis, não podem ser objeto de convalidação e podem ser oponíveis em qualquer fase do processo e mesmo após a sua conclusão, dentro dos limites quinquenais a já expostos em **4.12.2**, e até por quem não tenha legítimo interesse ou por parte de quem lhes tenha dado causa.

Sem que aqui se busque negar a plausibilidade de determinados incidentes no processo disciplinar configurarem nulidade absoluta, é de se dizer que, à vista do plexo principiológico em que se ampara esta instância processual, a afirmação de que um defeito inquina o processo de forma insanável sempre soa temerária, uma vez que se pode investigar se houve ou não efetivo prejuízo à defesa.

Assim, sem a pretensão de fazer lista exaustiva, seguem abaixo exemplos de vícios que, em tese, podem eivar o processo de nulidade absoluta. É de se destacar o aspecto condicional pois, como já foi afirmado, a efetiva declaração de nulidade requer o concreto prejuízo à defesa. Muitos dos exemplos abaixo podem ser supridos se, no caso concreto, não se configurar cerceamento à defesa.

4.12.3.1 - De Competência

- incompetência da autoridade julgadora (apenas o julgamento será declarado nulo).

4.12.3.2 - Relacionadas com a Composição da Comissão

- composição com menos de três membros, no caso de PAD sob rito ordinário, ou com apenas um membro, no caso de PAD sob rito sumário (conforme **3.4.2**, excepcionalmente, até pode-se ter comissão de sindicância disciplinar composta por dois servidores);
- composição por servidores demissíveis *ad nutum* ou instáveis; e
- comissão composta por servidores notória e declaradamente inimigos do acusado ou indiciado.

4.12.3.3 - Relacionadas com o Direito de Defesa do Acusado ou Indiciado

- não refazimento de ofício de prova coletada antes da notificação inicial como acusado;
- indeferimento não motivado de ato de instrução processual solicitado pela defesa;
- ausência de defesa escrita;
- reiterada negativa de vista e de cópia dos autos do processo administrativo disciplinar ao servidor indiciado, ao seu procurador legalmente constituído ou ao defensor dativo; e
- juntada de elementos probatórios aos autos, contrários à parte e após a apresentação da defesa, sem abertura de novo prazo para a defesa.

4.12.3.4 - Relacionadas com o Julgamento do Processo

- julgamento com base em fatos ou alegativas inexistentes na peça de indiciação;
- julgamento feito de modo frontalmente contrário às provas existentes no processo;
- julgamento discordante das conclusões factuais da comissão, quando as provas dos autos não autorizam tal discrepância;
- julgamento feito por autoridade administrativa que se tenha revelado, em qualquer circunstância do cotidiano, como inimiga notória do acusado ou indiciado; e
- falta de indicação do fato ensejador da sanção disciplinar.

4.12.4 - Nulidades Relativas

As nulidades relativas requerem alegação e demonstração do prejuízo causado, mas só podem ser suscitadas por quem tenha interesse legítimo e no prazo devido. São sanáveis e podem ser objeto de convalidação, mediante aceitação expressa ou tácita (pela não arguição

no momento oportuno).

> *CPP - Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade relativa a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.*
> *Art. 570. A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumar-se, embora declare que o faz para o único fim de argüi-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte.*
>
> *STJ, Recurso Especial n° 75.502: "Ementa: (...) É assente a doutrina e a jurisprudência no sentido de que a nulidade não aproveita a quem lhe deu causa, destarte (...) não poderia a recorrida se prevalecer de uma situação jurídica por ela criada (...) para auferir vantagem em detrimento do direito da ora requerente."*
> *Idem: STJ, Recurso Especial n° 1.616*

Sem a pretensão de fazer lista exaustiva, seguem abaixo exemplos de vícios que eivam o processo de nulidade relativa. É de se destacar o aspecto condicional pois, como já foi afirmado, a efetiva declaração de nulidade requer o concreto prejuízo à defesa. Muitos dos exemplos abaixo podem ser supridos se, no caso concreto, não se configurar cerceamento à defesa.

- suspeição da autoridade instauradora do processo;
- suspeição dos membros da comissão;
- suspeição da autoridade julgadora, quando não seja a mesma que instaurou o processo administrativo disciplinar;
- existência originária ou superveniente de impedimentos funcionais em desfavor de algum dos membros da comissão;
- desenvolvimento dos trabalhos apuratórios em constante subordinação à autoridade instauradora, revelando a prática de um trabalho dirigido;
- inexistência de notificação do servidor acusado para acompanhar os atos de instrução (o comparecimento do acusado para os atos afasta a nulidade);
- falta de citação para indiciado apresentar defesa escrita (a apresentação de defesa no prazo regular supre a citação);
- notificação inicial ou citação por edital de indiciado que se encontre preso (a participação nos atos e a apresentação de defesa no prazo regular suprem a notificação inicial e a citação);
- notificação inicial ou citação por edital de indiciado que tenha endereço certo (a participação nos atos, pessoalmente ou por meio de procurador constituído, e a apresentação de defesa no prazo regular suprem a notificação inicial e a citação);
- notificação inicial ou citação por edital de servidor internado em estabelecimento hospitalar para tratamento de saúde (a participação nos atos, pessoalmente ou por meio de procurador constituído, e a apresentação de defesa no prazo regular suprem a notificação inicial e a citação); e
- notificação inicial ou citação, de pronto, por edital, quando inexiste no processo qualquer indicação que traduza o empenho pela localização do indiciado (a participação nos atos, pessoalmente ou por meio de procurador constituído, e a apresentação de defesa no prazo regular suprem a notificação inicial e a citação).

4.13 - PRESCRIÇÃO

A rigor, na estrita positivação do *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, uma vez tendo conhecimento de que servidor teria cometido um fato enquadrável como infração disciplinar, incumbe à Administração o poder-dever de promover a imediata apuração daquela conduta ilícita, com o fim de exercer seu *jus puniendi* sobre o infrator. O regime e o processo disciplinares são as ferramentas jurídicas, de natureza material e instrumental, por meio das quais a Administração deve exercer seu poder disciplinar sobre o servidor faltoso.

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

Esta atuação punitiva estatal se move por dois objetivos: primeiramente, de índole repressiva, para punir o infrator; e residualmente, de índole preventiva, para inibir no corpo funcional o desvio de conduta, restabelecendo, assim, a ordem interna, garantindo a regularidade do serviço público e preservando a imagem da Administração.

Para que tal pretensão punitiva estatal se concretize nos termos legais, a apuração, no curso de processo administrativo disciplinar (PAD) ou de sindicância disciplinar, deve ser deflagrada e julgada tempestivamente, a fim de que a pena seja aplicada dentro de lapsos de tempo pré-determinados pelos incisos do *caput* do art. 142 a Lei nº 8.112, de 1990. Do contrário, uma vez ultrapassados estes delimitadores temporais para atuação sancionadora, o instituto da prescrição da punibilidade faz falecer o poder de a Administração punir seu agente faltoso, como indispensável corolário do princípio da estabilidade da relação jurídica.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:*
> *I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;*
> *II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;*
> *III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.*

Como o instituto da prescrição traz à tona contagem de prazos em dias e anos, convém elucidar regra processual neste sentido, nos termos do § 3º do art. 66 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e da doutrina.

> *Lei n° 9.784, de 19 - Art. 66.*
> *§ 3º Os prazos fixados em meses ou anos contam-se de data a data. Se no mês de vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.*
>
> *"(...) Assim, o prazo de um ano iniciado em dez de março findará no ano seguinte na mesma data. O mesmo vale para os prazos em meses. Um prazo de três meses iniciado em cinco de abril findar-se-á em cinco de julho.*
> *Vê-se no parágrafo, ainda, se não houver no mês de vencimento o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.*
> *Hipoteticamente, o prazo de um mês, com início no dia 30 de janeiro, terá seu término no dia 28 de fevereiro ou 29 se se tratar de ano bissexto." Luiz Eduardo Pascuim, "Dos Prazos, Sanções e Outras Disposições Finais", in Lúcia Valle Figueiredo (Coordenadora) e outros, "Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo", pg. 267, Editora Fórum, 1ª edição, 2004*

Necessário relembrar que, de forma geral, o instituto da prescrição refere-se à perda do do exercício de um direito em razão da inércia de seu titular, diferindo da decadência, que é a perda do direito em si.

Na instância disciplinar não se cogita de decadência mas sim de prescrição da punibilidade, que não faz extinguir o direito de ação por parte da Administração, mas sim o poder do ente estatal para punir seu servidor. Ou seja, a rigor, ainda que prescrita a punibilidade, não está impedido o Estado de agir, processando seu agente; teoricamente, até se pode processar o infrator (embora na prática não seja comum fazê-lo), apenas não cabendo puni-lo. O incidente da prescrição merece extremada atenção por parte do aplicador do Direito, em razão da forte repercussão decorrente de sua configuração. Obviamente, sua caracterização, fazendo extinguir o poder punitivo estatal sobre o agente, é a exceção, devendo a atuação administrativa ter como regra as tempestivas investigação, apuração e apenação, quando esta for cabível.

Acrescente-se ainda que a prescrição revela-se de natureza material, uma vez que atinge a dicção do Direito em si (do Direito material) e não a instrumentalidade processual. O sancionamento, em qualquer esfera jurídica, advém da afronta ao Direito material e é exatamente esta a inteligência que se extrai do art. 189 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC), que diz que, uma vez violado o Direito, surge a pretensão estatal punitiva, a ser posteriormente balizada pela prescrição, como reflexo do princípio da segurança da relação jurídica. No caso de interesse em tela, tratando-se de Direito Administrativo Sancionador, a prescrição faz falecer a punibilidade - ou seja, se faz repercutir no aspecto material da aplicação ou não da pena cabível. Como tal, eventual alteração na normatização sobre a prescrição após o cometimento do fato ilícito não altera a regra incidente sobre o cômputo prescricional. Pelo princípio da segurança da relação jurídica, o infrator tem a seu favor a garantia de poder dispor de uma visão conglobante e contemporânea sobre o conjunto que relaciona sua conduta infracional com o o prazo em que a punibilidade prescreve. Como exceção, em atendimento à garantia fundamental individual estampada no inciso XL do art. 5º da Constituição Federal (CF), somente cabe retroação da nova norma prescricional se esta se revelar mais favorável ao polo passivo. Neste sentido é a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares, da Consultoria-Geral da União (CNPAD/CGU/AGU), estampada no Parecer n° 3/2022/CNPAD/CGU/AGU.

> *CC - Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206*
>
> *Parecer n° 3/2022/CNPAD/CGU/AGU: "42. Logo, pois, não sendo o instituto da prescrição norma processual, e sim, material, não se aplicamsuas normas de regência aos processos em curso. Ao contrário: é o instituto da prescrição de direito material, logo,respeitando a lei da época do fato, nos termos do art. 189 do Código Civil, a saber: "violado o direito, nasce a pretensão, que se encobre pela prescrição". Assim, pois, a legislação de regência do prazo prescricional à época daviolação do Direito é a que se aplica ao seu prazo prescricional, não importando a alteração ulterior deste, salvo,por exceção constitucional prevista no inciso XL do seu art. 5º a saber: 'a lei penal não retroagirá, salvo parabeneficiar o réu'.*
> *47. Assim, caracterizado o instituto da prescrição como de Direito material, lhe é, pois, aplicável a regênciada época do fato violador, sendo, excepcionalmente retroativa disposição material posterior, mas tão-somente parabeneficiar o acusado/réu."*

Desde já se introduz a compreensão de que a prescrição da punibilidade disciplinar pode ocorrer em dois distintos momentos processuais. Na primeira incidência, em que o instituto atinge eventual demora entre o conhecimento do fato e a providência que se espera, qual seja, de instauração de processo disciplinar, fulmina o poder-dever de a Administração dar início a esta apuração contraditória. Na segunda incidência, em que o instituto atinge eventual demora no curso do processo contraditório, fulmina o poder-dever de a Administração, ao final do rito, aplicar a pena correspondente à ilicitude porventura

comprovada, seguindo a instrumentalidade exposta nos §§ 1º a 4º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 142.*
> *§ 1º O prazo de prescrição começa acorrer da data em que o fato se tornou conhecido.*
> *§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.*
> *§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.*
> *§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.*

Antecipando-se o que será detalhado em **4.13.5.1,** uma vez que a prescrição, em primeiro momento, afeta o poder-dever que a autoridade competente teria para instaurar o processo disciplinar e, em segundo momento, fulmina a competência que esta mesma autoridade ou outra superior teria para apenar o servidor, tem-se que tal instituto, *a priori*, não é tema da alçada da comissão investigativa ou da comissão de inquérito, não se obrigando, em princípio, que deva ser objeto de sua manifestação e análise. Caso seja provocado sobre o tema pelo investigado ou pelo acusado, pode-se deixar a critério do respectivo colegiado abordá-lo ou não no curso da instrução probatória do PCI ou no curso inquérito administrativo do processo disciplinar, podendo postergar a abordagem para seu relatório e de forma apenas condicional, já que a decisão compete à autoridade competente. Não obstante, sugere-se que a comissão sempre alerte no relatório quando vislumbre a possibilidade de ocorrência da prescrição em data futura próxima. Especificamente no caso do incidente no curso de processo disciplinar, se até a indiciação, o colegiado possui firme convicção de que a prescrição já se configurou, deve elaborar de imediato seu relatório, sem indiciar o acusado, submetendo à autoridade instauradora a proposta de arquivamento do feito, sem prosseguir com o rito; mas se a convicção da caracterização da prescrição aflora já após a indiciação, faltando, em síntese apenas a defesa escrita e o relatório, convém que o colegiado conduza o rito até seu final.

Em todo caso, por ser de ordem pública, a prescrição, uma vez configurada, deve ser declarada pela autoridade instauradora ou julgadora mesmo que o investigado ou o acusado não a alegue, em comando que também se sintoniza com o art. 52 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que autoriza que a Administração extingua processo que tenha perdido sua finalidade, como é o caso do processo disciplinar sem viabilidade de aplicação de pena, contando também com aquiescência doutrinária.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 112. A prescrição é de ordem pública, não podendo ser relevada pela administração.*
>
> *Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 52. O órgão competente poderá declarar extinto o processo quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente.*
>
> *"No Direito Administrativo, a prescrição é de ordem pública - art. 112 da Lei nº 8.112/90 e, como tal, deve ser conhecida e declarada pelo julgador, independentemente de provocação da parte interessada, não podendo ser relevada pela administração." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 186, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

É curioso que a Lei nº 8.112, de 1990, no § 2º do seu art. 169, prevê expressa possibilidade de responsabilização civil, penal e administrativa da autoridade julgadora que der causa à prescrição de infrações disciplinares capituladas também como crime, sem que haja idêntica previsão expressa para o eventual causador da prescrição da punibilidade

estatutária propriamente dita. Não obstante, é óbvio que, apesar de ser pouco provável se comprovar tais ânimos subjetivos - sobretudo diante de plausíveis alegações de excesso de atribuições e de escassez de pessoal e de estrutura e da consabida necessidade de se priorizar demandas mais prementes e relevantes -, nada impede que, havendo elementos de prova de dolo (como vontade deliberada e consciente de favorecer o infrator) ou de culpa (por exemplo, de negligência em patamar de relevância que seja a causa da perda do poder estatal punitivo), se responsabilize qualquer autoridade ou mesmo qualquer servidor que permita ou que concorra para a prescrição de ilícitos puramente administrativos.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 169.*
> *§ 2º A autoridade julgadora que der causa à prescrição de que trata o art. 142, § 2º, será responsabilizada na forma do Capítulo IV do Título IV.*

4.13.1 - Termo Inicial da Contagem do Prazo Prescricional

No Direito Disciplinar, a prescrição visa a estabelecer a indispensável segurança jurídica, punindo a inércia da Administração que, sabendo de suposto ilícito, não diligencia a favor do necessário esclarecimento do fato, embora já tivesse elementos para fazê-lo.

Em primeiro momento, pode-se dizer que a prescrição decorre de determinado prazo legal entre a ciência de suposto ilícito, por parte da Administração, até a instauração de processo administrativo disciplinar (PAD) ou sindicância disciplinar.

Resulta de expressa determinação legal, conforme positivado no § 1º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que este primeiro cômputo da prescrição disciplinar, diferentemente da instância penal, não se inicia da data do cometimento do fato supostamente irregular, mas sim da data em que a conduta se tornou conhecida. A prescrição não pune a Administração por inércia ao tempo em que o sistema correcional não tinha condições de promover sequer a subfase investigativa inserida na fase de admissibilidade, por ainda não saber do fato. Na mesma linha são a manifestação do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), por meio de sua Formulação Dasp nº 76 e o entendimento jurisprudencial.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 142.*
> *§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.*
>
> *Formulação Dasp nº 76. Prescrição*
> *A prescrição, nas infrações disciplinares, começa a correr do dia em que o fato se tornou conhecido.*
>
> *STF, Recurso Extraordinário nº 78.949: "Ementa: Funcionário público. Falta disciplinar. Prescrição. ´Dies a quo´. Nas faltas que se subtraem, pelas circunstâncias do fato, ao conhecimento normal da administração, o prazo prescricional se inicia com a ciência da infração. Recurso extraordinário não conhecido."*

Pelo exposto, importa diferenciar que o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), estrutura o marco inicial da contagem prescricional com base apenas no único elemento da consumação da conduta ilícita. Conforme já aduzido em **2.5.3.4**, em função da duração da afronta ao bem jurídico tutelado, a lei penal estabelece que, para os crimes instantâneos, nos quais a consumação é completada e a conduta antijurídica é exaurida em um só momento determinado e pontual, sem continuidade temporal, o prazo é computado a partir "*do dia em que o crime se consumou*" (inciso I do art. 111 do CP); e para os crimes permanentes, nos quais, embora se consumam já desde o primeiro momento em que o agente inicia a afronta, a conduta antijurídica se prolonga no tempo, o prazo é computado a partir "*do dia em que cessou a permanência*" (inciso III do art. 111 do CP). Em qualquer caso, a

consumação de um crime deve ser compreendida como o momento em que se reúnem todos os elementos de sua definição legal, independentemente do momento de concretização do resultado delituoso decorrente da conduta comissiva ou omissiva, nos termos do art. 4º e do inciso I do art. 14, ambos do CP. Pode-se dizer que, de certa forma, mesmo considerando a peculiaridade dos ilícitos permanentes, a lei penal estabelece como regra geral para o início da contagem do prazo prescricional a data da consumação (ainda que esta se prolongue no tempo) da conduta antijurídica.

> *CP - Tempo do crime*
> *Art. 4º Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*
> *Art. 14. Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*
> *Crime consumado (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *I - do dia em que o crime se consumou; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*
> *III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Diferentemente, a Lei nº 8.112, de 1990, no § 1º de seu art. 142, estrutura o marco inicial da contagem prescricional com base na conjugação de dois elementos. O primeiro elemento, obviamente, é a ocorrência da ilicitude, visto que, se não há infração, não há punibilidade e, por consequência, não há que se falar em prescrição - ou seja, o primeiro elemento é a consumação da conduta antijurídica; e o segundo elemento é o seu conhecimento por parte da Administração. De efeito, para que se dê início ao cômputo do prazo prescricional em instância disciplinar, não basta a consumação da falta funcional, mas é imprescindível que dela tenha tido conhecimento a autoridade administrativa.

O resultado desta concorrência dos dois fatores (a consumação da conduta ilícita e seu conhecimento), na regra geral, para a grande maioria das ilicitudes disciplinares - cuja natureza jurídica é instantânea, nas quais tanto a consumação quanto a duração da conduta se exaurem em só um instante -, é que a deflagração da contagem prescricional ainda se condiciona a tal consumação se tornar conhecida, de forma que, antes que se conjuguem os dois elementos, não se cogita de se iniciar a contagem do prazo prescricional. Por mera construção lógica, para a aplicação do regime e do processo disciplinares, de cujo bojo faz parte a identificação do termo inicial da contagem do prazo prescricional, requer-se que a Administração tenha conhecimento do cometimento da suposta irregularidade.

A rigor e de forma apriorística e teórica, o *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990, indicava que a processualística disciplinar deveria ser deflagrada, pela autoridade legal ou regimentalmente competente imediatamente após ter ciência da prática de conduta infracional.

Mas, na prática, a atividade correcional não só na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) como em todo o Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) evoluiu desde a edição da Lei nº 8.112, de 1990, até o estágio atual, destacando-se a implementação da fase de admissibilidade, instruída pela subfase investigativa e pela subfase analítica, nas quais, respectivamente, antes da instauração do processo disciplinar, a Administração se dedica a investigar faticamente e a analisar juridicamente a existência de indícios de materialidade e de autoria da infração noticiada. Com isto, impôs-se uma mitigação do comando impositivo do *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990, flexibilizando aquele exigido imediatismo da instauração de processo disciplinar, uma vez que a realidade imperativa demonstra que, à vista do conhecimento de fato supostamente

ilícito, antes, a Administração quebra a sua inércia natural e demonstra iniciativa deflagrando a fase de admissibilidade, com a instauração de procedimento correcional investigativo (PCI)

Com a experiência adquirida pelos aplicadores do Direito Disciplinar, não se promove de forma imediata a apuração com a deflagração de PAD ou de sindicância disciplinar, mas sim a atividade correcional se acautela e se preserva, antes da instauração do rito punitivo, com a fase de admissibilidade antecessora. No estágio de elaboração do sistema correcional, com forte investimento na atividade investigativa, dedica-se relevante período de tempo na fase de admissibilidade antes da emanação da decisão da autoridade instauradora, de forma que aquele comando legal de "*apuração imediata*" sofre relevantes ponderação e temperamento na atuação correcional.

De um lado, de outra forma não poderia ser, visto que a instrumentalização do devido processo legal previsto no Estatuto somente tem seu início justificado não apenas diante do mero conhecimento de notícia de suposto fato ilícito mas sim diante da convicção de que há elementos robustos indicadores de justa causa para instauração do processo disciplinar.

Mas, de outro lado, em um momento procedimental antecedente e que não se confunde com a instauração do processo disciplinar, a deflagração de PCI já se motiva tão somente com a ciência, de parte da Administação, de um primeiro suposto ato ilícito. Seja uma conduta encerrada em fato único isolado e pontual, sejam condutas que se prolongam ou que se reiteram ou que se aperfeiçoam no decurso do tempo, basta a ciência do fato - o único ou apenas o primeiro em qualquer forma de projeção temporal - para se ter a circunstância autorizadora para que o Estado inicie sua persecução disciplinar, em rito ainda investigativo.

E tal ciência da Administração pode decorrer de diferentes instrumentos, alguns internos, tais como representações funcionais de agentes públicos, oriundas de servidores ou de autoridades da própria RFB, no que se incluem trabalhos investigativos realizados de forma inquisitorial e sigilosa *ex officio* no âmbito do próprio ente estatal, ou oriundas de outros órgãos, como Poder Judiciário, Ministério Público Federal (MPF), Polícia Federal (PF), Controladoria-Geral da União (CGU), dentre outros; ou externos, tais como denúncias de contribuintes ou particulares ou notícias de mídia.

Daí, é correto se afirmar que, na interpretação sistemática da Lei nº 8.112, de 1990, o fenômeno da ciência, por parte da Administração, do cometimento de suposta irregularidade por servidor assume um duplo efeito: não só a autoriza a dar início à ação persecutória disciplinar como também demarca, contra este mesmo ente estatal, o início da contagem do prazo prescricional para o exercício de tal dever correcional.

Assim, no primeiro momento de aferição prescricional, a partir da data em que o fato se torna conhecido, nos moldes acima descritos, computam-se os prazos previstos nos incisos do *caput* do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, de cada pena até a instauração do processo disciplinar, a saber, de 180 dias para advertência, de dois anos para suspensão de qualquer *quantum* de dias e de cinco anos para penas expulsivas. Dentro de tais prazos, incumbe à Administração instaurar a instância disciplinar, sob pena de se ver soterrado o poder punitivo estatal sobre o infrator. Uma vez transcorridos os prazos acima sem ainda ter havido a instauração do processo disciplinar, até se pode operar ainda a instauração (embora rara), mas não mais cabe punir o servidor com as respectivas penas.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:*
> *I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;*
> *II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;*
> *III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.*

Indubitavelmente, o legislador ordinário não cuidou de elaborar boa construção para prescrição disciplinar. Ora, no momento do conhecimento do fato supostamente irregular não

se tem certeza jurídica a ponto de se afirmar previamente qual enquadramento adequado e, consequentemente, qual a pena ao final será cabível. Não obstante, em momento ainda incipiente, a Lei nº 8.112, de 1990, exige que a Administração infira esta conclusão, a fim de cuidar de instaurar o processo disciplinar dentro do respectivo prazo prescricional. Os prazos estabelecidos nos três incisos do art. 142 da citada Lei se aplicam, como delimitadores do intervalo para que a Administração, tendo conhecimento do susposto ilícito, diligencie no sentido vinculado de instaurar o devido rito apuratório e o faz exigindo do aplicador do Direito uma inferência da pena. E, mais: até se pode alegar que, no atual estágio de elaboração da atuação correcional, com o amadurecimento da fase de admissibilidade, não chega a ser um absoluto "tiro no escuro", ainda antes da instauração do processo disciplinar, se ter uma inferência bem embasada de qual pode ser sua conclusão e, com isto, se iluminar de qual prazo se dispõe para deflagrar o rito punitivo. Mas, a bem da verdade, ao se lembrar que o texto da Lei vem desde 1990, quando toda esta cultura investigativa sequer existia, a construção do seu art. 142 é de fato bastante criticável. No estágio incipiente logo após a vigência da Lei, fazer com que o operador já presumisse qual poderia ser a pena cabível, a fim de calibrar quanto tempo poderia haver entre o conhecimento do fato e a instauração do processo disciplinar, era um exercício d*e difícil previsibilidade.*

Os prazos dos incisos do caput do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, referem-se às penas ao fim julgadas cabíveis pela autoridade julgadora, não se atrelando ao prazo prescricional da pena referente aos indícios formadores de justa causa para instauração do processo disciplinar na fase de admissibilidade e nem mesmo da pena proposta pela comissão de inquérito em seu relatório conclusivo, vez que podem ser diferentes. A título figurativo, caso se estenda a fase de admissibilidade a um prazo de execução situado entre dois e cinco anos contado da ciência do fato pela Administração e se instaure o processo disciplinar *a priori* de forma tempestiva porque inicialmente se cogita de aplicação de pena expulsiva, se, ao final, a autoridade julgadora decide abrandar para pena de suspensão, eis que, independentemente do tempo transcorrido no curso do rito contraditório (ainda que em menos de dois anos), a punibilidade da pena de suspensão já se encontra extinta desde antes da instauração.

Esta ponderação ratifica a extrema relevância a ser dada à fase de admissibilidade e, mais especificamente, à subfase investigativa, buscando desde o início o foco dos trabalhos, levantando indícios relevantes de materialidade e de autoria, a fim de poder indicar na matriz de responsabilização o possível enquadramento, o que facilita, inclusive, a apreciação do exato e preciso prazo prescricional de que dispõe a Administração.

E, uma vez que o instituto da prescrição atua sobre a punibilidade e a fase de admissibilidade não é punitiva, a deflagração da contagem do prazo prescricional, com termo inicial no conhecimento do fato supostamente ilícito pela Administração, estende sua contagem até que o órgão tome a iniciativa que dele se exige, qual seja, de instaurar o processo disciplinar. Em outras palavras, à luz da vontade do legislador expressa no § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, a instauração de PCI não se qualifica como providência hábil a suprir o princípio da segurança jurídica, figurando apenas a instauração de processo disciplinar como satisfação do poder-dever que incumbe o Estado.

4.13.1.1 - A Configuração do Conhecimento do Fato

Não obstante a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no § 1º do seu art. 142, ter consagrado a data em que a suposta ilicitude se tornou conhecida como o relevante termo inicial da contagem do prazo prescricional, o texto legal não foi claro ao estabelecer de quem se requer este conhecimento do fato - seja fato único, seja primeiro fato em condutas com qualquer forma de projeção temporal - para dar início à prescrição: se de qualquer servidor, se

de qualquer autoridade ou se apenas da autoridade competente para instaurar o processo administrativo disciplinar (PAD) ou a sindicância disciplinar.

Primeiramente, se ratifica e se relembra que o instituto da prescrição é voltado à Administração, como uma espécie de repercussão negativa em decorrência da inércia estatal em agir. Esta introdução leva a afastar de imediato a possibilidade de que se configura o tal conhecimento exigido no § 1º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, quando a ciência da suposta irregularidade recai sobre qualquer servidor (em sentido lato).

Avançando-se na interpretação do tema, a inteligência por trás de toda construção conduz facilmente a se perceber que, mesmo dentro da Administração como um todo, não é em qualquer de suas parcelas que se aperfeiçoa o tal conhecimento capaz de deflagrar a contagem temporal que, de certa forma, pune a postura oficial omissiva. É bastante lógico assentar que o efeito fulminador do direito de punir recai especificamente sobre quem tem o ferramental para agir e, no entanto, não age. Portanto, é certo que o instituto da prescrição volta-se, de forma restritiva à organicidade da Administração que é legal ou regimentalmente detentora do poder-dever de apurar o fato e, se for o caso, de punir o infrator Com isto, em complemento ao parágrafo acima, além de se excluir do escopo todo conjunto de servidores comuns, tampouco se tem o conhecimento da suposta ilicitude iniciador da contagem prescricional quando envolve qualquer gestor que possua algum poder decisório de conduzir a Administração, ocupando qualquer cargo em comissão ou qualquer função de confiança sem relação com a competência de deflagrar a instância disciplinar.

Neste extenso rol de agentes, todos os servidores de atribuições comuns meramente executoras e os administradores do amplo espectro da cadeia de comando de todos os macroprocessos e processos de trabalho não correcionais da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) não possuem nenhuma competência para deflagrar a atividade disciplinar e, uma vez tendo conhecimento de suposta ilicitude, incumbe-lhes apenas o dever de representar para a autoridade regimentalmente competente. Como não cabe a nenhum destes agentes a iniciativa de instaurar sequer procedimento correcional investigativo (PCI) e muito menos processo disciplinar, o seu conhecimento de suposta ilicitude não é hábil para dar início à contagem do prazo prescricional pois não reflete uma conduta omissiva da parcela especializada da Administração.

Importante repisar: nenhum detentor de cargo em comissão ou de função de confiança, independentemente do grau de autoridade exercido no organograma da RFB, desde o chefe imediato do servidor representado ou denunciado, passando ou não por sua linha hierárquica, até autoridades da cúpula institucional, ainda que atue em nome da Administração (na parcela proporcional de seu provimento comissionado ou de confiança), ao ter conhecimento da suposta irregularidade, não possuindo competência estatutária correcional, recebeu a relevância legal de titularizar o início da contagem do prazo prescricional.

Como respaldo da tese, cabe trazer à tona a manifestação exarada pela Advocacia-Geral da União (AGU), no Parecer AGU nº GQ-55. Antes, porém, é de se dizer que, na verdade, sobre matéria de prescrição, este antigo Parecer decorreu de provocação acerca da questão da normatização aplicável à contagem do prazo prescricional por infração cometida ainda sob a vigência da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (o então Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - EF), antes da edição da Lei nº 8.112, de 1990, mas apurada já depois da entrada em vigor deste atual Estatuto. Ou seja, para este assunto, o cerne da discussão do referido Parecer era identificar qual a norma aplicável àquele caso específico de transição, não tendo sido o seu foco interpretar o § 1º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990. Não obstante, após o esclarecimento que se intencionava, neste Parecer, vinculante em todo Poder Executivo federal, vez que foi aprovado pelo Presidente da República e publicado oficialmente, o órgão máximo de assessoramento manifestou o entendimento restritivo acima introduzido, de que o termo inicial da prescrição somente se configura com o conhecimento

de suposta irregularidade especificamente pela "*autoridade administrativa competente para instaurar o processo*".

> *Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: "19. A inércia da Administração somente é suscetível de se configurar em tendo conhecimento da falta disciplinar a autoridade administrativa competente para instaurar o processo. Considerar-se a data da prática da infração como de início do curso do lapso temporal, independentemente do seu conhecimento pela Administração, sob a alegação de auditagens permanentes, beneficiaria o servidor faltoso, que se cerca de cuidados para manter recôndita sua atuação anti-social, viabilizando a mantença do proveito ilícito e a impunidade, bem assim não guardaria conformidade com a assertiva de que a prescrição viria inibir o Estado no exercício do poder-dever de restabelecer a ordem social, porque omisso no apuratório e apenação."*

Este Parecer AGU já estabelecia que não é o conhecimento de qualquer servidor ou nem mesmo de qualquer autoridade, inserida ou não na via hierárquica entre o servidor representado ou denunciado e o dirigente máximo do órgão, que configura o termo inicial da prescrição. Ao contrário, a peça já deixava vinculado que este momento tem configuração restrita, concentrado nas mãos especificamente da autoridade que detém a competência de instaurar o processo disciplinar.

Mas, historicamente, resgate-se que, já desde a época da publicação deste Parecer AGU, coexistia também a interpretação - à luz da literalidade da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, indicadora que o poder correcional se inseriria em via hierárquica - de que a menção a "*autoridade administrativa competente para instaurar o processo*" refletiria a autoridade hierarquicamente superior ao servidor, independentemente de atribuição regimental de competência correcional.

Na esteira, é necessário reconhecer e deixar registrado que, por longo período, a Corregedoria (Coger) havia aderido à linha de interpretação histórico-teleológica de que, quando a AGU restringiu o início da contagem do prazo prescricional ao conhecimento por parte da autoridade com poder disciplinar, teria se referido ao titular da unidade de lotação do servidor representado ou denunciado ou de ocorrência do fato, por ser esta a configuração que prevalecia ao tempo da edição da Lei nº 8.112, de 1990, em que os órgãos não possuíam estrutura correcional especializada e o poder disciplinar era exercido em linha de hierarquia. Mas já desde a criação do sistema correcional, esta interpretação se mostrava favorável à defesa, já que titulares de unidades centrais (com exceção óbvia da Coger e dos Escritórios de Corregedoria - Escor), Superintendentes, Delegados, Inspetores, Agentes e Chefes de Posto de Atendimento não possuem competência disciplinar na RFB - e não prejudicava a configuração do termo inicial da prescrição na hipótese em que a primeira autoridade a saber do fato já era exatamente a autoridade competente do próprio sistema correcional da RFB (por exemplo, quando a primeira notícia já era diretamente dirigida ao Chefe de Escor ou ao Corregedor). Inclusive, havia posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos (a saber, a Orientação Coger nº 14), obviamente já superadas.

Ainda que tenha havido alguma oscilação na jurisprudência, ao final, o entendimento restritivo se pacificou no Superior Tribunal de Justiça (STJ), a favor da configuração do termo inicial apenas quando a autoridade com competência correcional toma conhecimento do fato.

> *STJ, Segunda Turma, Ministro Relator Assusete Magalhães, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 981.333/PI, DJe 08/03/2018, Ementa: "II. In casu, a decisão agravada, além de considerar não comprovada, nem tampouco demonstrada a alegada divergência jurisprudencial, consignou que "o Tribunal de origem, ao rejeitar a alegada prescrição da pretensão punitiva disciplinar, ao fundamento de que 'o prazo prescricional somente tem início a partir da ciência inequívoca por parte da autoridade competente para a instauração do*

> *processo administrativo disciplinar - PAD' (...), o fez em sintonia com o entendimento dominante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual. nos processos administrativo disciplinares lato sensu, o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva disciplinar é a data do conhecimento do fato pela autoridade competente para a instauração do procedimento administrativo (art. 142, § 1º, da Lei 8.112/1990), e não da ciência da infração por qualquer servidor público.*
>
> *STJ, Primeira Turma, Ministro Relator Benedito Gonçalves, Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.439.251/PR, DJe 30/08/2018, Ementa: "O termo inicial da prescrição é a data do conhecimento do fato pela autoridade competente para instaurar o Processo Administrativo Disciplinar - PAD (art. 142, § 1º), e não a ciência de qualquer autoridade da Administração Pública, como pretende o autor. Precedente: AgInt no AREsp 374.344/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 5/3/2018."*
>
> *STJ, Terceira Seção, Ministro Relator Nefi Cordeiro, Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 11.493/DF, DJe 15/05/2018, Ementa: "O termo inicial do lustro prescricional para a apuração do cometimento de infração disciplinar é a data do conhecimento do fato pela autoridade competente para instaurar o Processo Administrativo Disciplinar."*

Por fim, a Corte Superior sedimentou de vez o entendimento, com a sua Súmula nº 635, na mesma linha em que também pontua a doutrina da Controladoria-Geral da União (CGU).

> *STJ, Sumula nº 635: "Os prazos prescricionais previstos no art. 142 da Lei n. 8.112/1990 iniciam-se na data em que a autoridade competente para a abertura do procedimento administrativo toma conhecimento do fato, interrompem-se com o primeiro ato de instauração válido - sindicância de caráter punitivo ou processo disciplinar - e voltam a fluir por inteiro, após decorridos 140 dias desde a interrupção."*
>
> *"(...) a Lei nº 8.112/90 (...) trouxe uma obrigação a determinado gestor, (...) de que ao tomar conhecimento de uma irregularidade, deverá obrigatoriamente abrir um PAD ou sindicância para apuração (...) imediata. (...) também trouxe de outro lado, a prescrição. Esta autoridade somente pode ser aquela que tem o poder de instaurar a investigação, ou seja, a Autoridade Instauradora.", "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 316, 2021, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf, acesso em 07/08/13*

Se não se discute que, em sua primeira incidência, a prescrição tem seu termo inicial contado a partir da data de ciência do fato supostamente irregular pelas autoridades com competência correcional, no caso específico da RFB, estas autoridades demarcadoras são, em regra geral, os dez Chefes de Escor, excepcionalmente o Corregedor e ainda, de forma mais residual, o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, nos termos dos incisos I a III do *caput* do art. 2º da Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020.

> *Portaria RFB nº 4.505, de 2020 - Art. 2º A celebração do termo de ajustamento de conduta (TAC) de que trata a Instrução Normativa CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, e a instauração de sindicância disciplinar ou de PAD e o arquivamento destes em fase de admissibilidade competem:*
> *I - ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil;*
> *II - ao Corregedor, face a irregularidade praticada por servidor que ocupe cargos de Superintendente ou de Superintendente Adjunto da Receita Federal do Brasil, ou, no âmbito das Unidades Centrais da RFB, que ocupe função ou cargo de direção ou assessoramento superior ao do chefe de Escritório de Corregedoria (Escor), tanto à época dos fatos quanto à época da decisão, ou que tenha atuado em tais qualidades; e*

> *III - aos chefes de Escor, em todo território nacional, mediante critérios definidos em ato do Corregedor.*

Antes de se prosseguir no detalhamento, apenas a título informativo, não cabível no âmbito da RFB, se porventura em determinado órgão ou entidade federal não houver narma (tal como lei de criação ou regimento interno ou estauto próprio) que defina quem seja esta autoridade com competência correcional, o ônus recai sobre a autoridade máxima.

Acrescente-se que, em razão da necessidade de continuidade da prestação do serviço público, a Administração conta com o instituto da substituição, previsto no art. 38 da Lei nº 8.112, de 1990. Com isto, a expressão "autoridade competente" deve ser compreendida em sentido abrangente além da competência regimentalmente titularizada e individualizada, abarcando situações temporárias com outros agentes no exercício da competência correcional. Isto porque, nas ausências, nos impedimentos e nos afastamentos legais e regulamentares do titular (por motivo de viagens a serviço, férias, licenças, suspeições e impedimentos em face do servidor representado ou denunciado e até mesmo, em caso de vacância, no exercício da competência em caráter precário de interinidade, dentre outros motivos), o substituto eventual personifica a titularidade da competência correcional.

Assim, devem também ser aqui considerados os substitutos eventuais dos Chefes de Escor, o Corregedor Adjunto e o Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil, quando estes estiverem incumbidos das atribuições das autoridades instauradoras durante suas ausências, impedimentos e afastamentos legais e regulamentares. De se destacar que o Corregedor Adjunto e o Subsecretário-Geral somente aqui importam, com seu conhecimento do fato tendo o condão de deflagrar a contagem prescricional, quando atuam na condição temporária de substitutos eventuais dos respectivos titulares, conforme preveem o inciso I do art. 352 e o inciso I do art. 355, ambos do Anexo I do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020 (de se destacar que, em relação ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, este encargo de substituição eventual não recai sobre o Secretário Especial Adjunto). O Corregedor Adjunto e o Subsecretário-Geral, cotidianamente assistem os respectivos titulares, enquanto presentes e atuantes, em suas atribuições e, apenas eventualmente os substituem, enquanto ausentes, impedidos ou afastados.

> *Portaria ME nº 284, de 2020 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 352. Ao Subsecretário-Geral incumbe:*
> *I - assistir o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil no desempenho das suas atribuições, substituindo-o em suas ausências e impedimentos; Art. 355. Ao Corregedor-Adjunto incumbe:*
> *I - assistir o Corregedor no desempenho de suas atribuições, e o substituir quando das suas ausências e impedimentos;*

Mas, a rigor, indo além da estrita individualização imposta pela Súmula nº 635 do STJ, não necessariamente se requer o conhecimento pessoal por parte da autoridade. Afinal, uma vez que a autoridade personifica toda a unidade que titulariza, de forma que remissão a este titular é como uma remissão à própria unidade, seria excessivamente restritivo e formal exigir, para que se um fato pudesse ser dado como conhecido, o requinte de se ter a ciência pessoal exata e exclusivamente da autoridade. O tema da prescrição é por demais sensível e reflete forte interesse da defesa, merecendo leitura que vá além da fria literalidade, a fim de privilegiar ao máximo a segurança da relação jurídica no sentido benéfico ao acusado.

É bastante razoável admitir, no sentido prático e concreto do funcionamento administrativo, o conhecimento presumido daquelas autoridades correcionais citadas quando a notícia transita por sua unidade. Assim, também se considera deflagrada a contagem do prazo prescricional desde a data em que a suposta irregularidade foi noticiada ou foi detectada na unidade da autoridade com competência correcional, ou seja, em qualquer dos dez Escor ou na Coger ou ainda no Gabinete (Gabin).

Um exemplo de tal construção se opera quando se trata de notícia de suposta irregularidade originada fora da unidade de correição, por representação de um servidor estranho ao sistema correcional ou por uma denúncia de particular. A entrada, física ou virtual, do documento noticiador da suposta irregularidade na unidade da autoridade, seja em sua secretaria, protocolo, gabinete, recepção ou por intermédio de algum subordinado ou ainda que em caixa postal em nome da unidade no correio eletrônico institucioal, sob presunção de bom funcionamento da máquina pública, respeitadas as peculiaridades de cada caso em concreto, pode fazer com que se assuma conhecido o fato por seu titular.

Esta construção também faz sentido na hipótese de trabalhos internos investigativos ou apuratórios acerca de determinado ilicitude que venham a se deparar com indícios de ocorrência de outra suposta infração fato até então desconhecida. Dependendo do grau de qualidade deste primeiro conhecimento, uma vez detectado este novo fato no ambiente da unidade correcional, pode-se ter neste momento já configurado o conhecimento hábil a deflagrar o início da contagem prescricional, antes mesmo de se concretizar de forma individualizada e pessoal na autoridade competente para instauração. Obviamente, nem sempre este primeiro contato com a suposição de ilicitude tem a qualidade de permitir que se afirme o conhecimento de suposta infração, cabendo nesta hipótese sempre uma análise cuidadosa caso a caso, pois ocorrer de este patamar de cognição somente se concretizar em relatório dirigido à autoridade designante.

De certa forma, a adoção desta interpretação mais extensiva supera o detalhe do conhecimento por parte exatamente do titular ou por parte do substituto eventual e, se neste caso, se deu no exercício ou não da substituição, pois ao se considerar presumido o conhecimento da autoridade elencda pela AGU e pelo STJ desde que a notícia adentre, transite ou se identifique no ambiente de sua unidade, passa a não ter relevância crucial prática aquele pormenor da individualização pessoal.

E vai-se além nesta extensão, já que se faz necessário também considerar a existência de competência instauradora concorrente. Conforme aduzido em **2.1.1**, o Ministro de Estado da CGU, como titular da Pasta, e o Corregedor-Geral da União, como titular da Corregedoria-Geral da União da CGU (CGU/CRG), possuem competência instauradora concorrente no Poder Executivo federal, nos termos do inciso II do art. 52 da Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019; do inciso VIII do art. 16 do Anexo I do Decreto nº 11.102, de 23 de junho de 2022, e do inciso I do art. 109 do Anexo I do Regimento Interno da CGU, aprovado pela Portaria CGU nº 3.553, de 12 de novembro de 2019.

Por um lado, é sabido que, como regra geral, um fato supostamente ilícito envolvendo servidor da RFB que tenha sido inicialmente noticiado ao Ministro de Estado da CGU ou ao Corregedor-Geral da União - salvo situações peculiares pouco comuns de ocorrer - será remetido para apuração no órgão de lotação do infrator. Não obstante, sendo aquelas autoridades e suas respectivas unidades orgânicas também detentoras de concorrente competência instauradora, este primeiro conhecimento do fato tem reflexo na contagem prescricional. Ainda que o fato seja posteriormente levado ao conhecimento das autoridades correcionais da RFB e venha a ser investigado e apurado neste órgão, vale consignar que se deve considerar o marco inicial da fluência do prazo prescricional a data em que se tornou conhecido pela primeira das autoridades ou unidades detentoras de competência disciplinar, o que, no caso, recai na data de tramitação pelo gabinete ministerial da CGU ou pela CGU/CRG.

Por outro lado, invertendo-se consecução, se um fato supostamente ilícito envolvendo servidor da RFB tiver sido primeiramente noticiado no âmbito do sistema correcional do próprio órgão e posteriormente também for levado ao conhecimento do Ministro de Estado da CGU ou do Corregedor-Geral da União ou tramitar por suas unidades, novamente o marco inicial da fluência do prazo prescricional reside na data em que se tornou conhecido pela

primeira das autoridades ou unidades detentoras de competência disciplinar, o que, no caso, recai na data de conhecimento por Chefe de Escor ou pelo Corregedor (ainda que, em situação muito excepcional, venha a ser investigado e apurado na instância superior do SisCor, como, por exemplo, no exercício de sua competência avocatória).

Enfim, havendo competência correcional concorrente, é de se demarcar que a contagem do prazo prescricional se inicia na data em que a primeira autoridade competente teve conhecimento do fato ou na data em que este foi noticiado ou detectado na primeira estrutura correcional.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/8.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/8: "6. Logo, na RFB, o prazo prescricional começa a fluir quando o Secretário Especial, o Corregedor, os Chefes dos Escritórios de Corregedoria (Escor) ou os seus substitutos - Subsecretário-Geral, Corregedor Adjunto ou substitutos eventuais dos Chefes de Escor, enquanto incumbidos das atribuições dessas autoridades durante suas ausências e impedimentos legais - tomam ciência de suposta irregularidade, em razão da competência a eles atribuída pela Portaria RFB nº 4.505, de 6 de outubro de 2020:*
> *7. Presume-se o conhecimento da autoridade instauradora quando a notícia de desvio funcional transita por sua unidade.*
> *8. Portanto considera-se deflagrada a contagem da prescrição desde a data em que a suposta irregularidade foi comunicada ou detectada no Gabinete (Gabin), na Coger ou em Escor, independentemente do conhecimento pessoal pela autoridade correcional.*
> *9. Enfim, em virtude da competência concorrente da Corregedoria-Geral da União, da Controladoria-Geral da União (CGU/CRG), se a notícia der entrada primeiramente nesse órgão central, o prazo prescricional começa a correr a partir desse momento.*

Mas é preciso cuidado ao se cogitar da hipótese de conhecimento de fato supostamente irregular envolvendo servidor da RFB se dar primeiramente pelo Corregedor do Ministério da Economia (ME) ou no âmbito da Corregedoria do ME (Coger-ME). Neste caso, conforme aduzido em **2.1.1**, não se trata de competência concorrente com o sistema correcional da RFB, mas sim de parcela exclusiva de competência correcional. A hipótese agora em tela difere da hipótese acima envolvendo a CGU ou a CGU/CRG e seus titulares, pois aqui as competências do sistema correcional da RFB e as competências da Coger-ME são excludentes, nos termos do inciso IV do art. 12 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019, e do inciso II do art. 7º da Portaria MF nº 492, de de 23 de setembro de 2013. O Corregedor do ME somente possui competência correcional em face de servidores da RFB para uma espécie de alçada diferenciada, que extrapola a competência do Corregedor da RFB. Se o fato envolver servidor da alçada do Corregedor do ME, sendo dele mesmo ou de sua unidade a primeira ciência, recai-se na regra geral de que é esta data a deflagradora da contagem do prazo prescricional. Se o fato envolver servidor não incluído na alçada do Corregedor do ME, ou seja, sendo fato da alçada das autoridades correcionais da RFB, o primeiro conhecimento por aquela autoridade ministerial ou por sua unidade não possui o condão de demarcar o termo inicial prescricional, ficando este termo inicial configurado apenas na data em que alguma destas autoridades ou suas unidades da RFB tiverem conhecimento. Por fim, se o fato envolver servidor da alçada do Corregedor do ME, o primeiro conhecimento por autoridade ou por unidade correcional da RFB não possui o condão de demarcar o termo inicial prescricional, ficando este termo inicial configurado apenas na data em que o fato for levado ao conhecimento daquela autoridade ministerial.

Cabe mencionar a situação peculiar, embora pouco comum, de um mesmo fato supostamente ilícito envolver servidores de diferentes órgãos e, portanto, submetidos

correcionalmente, cada um, a específicas autoridades instauradoras. Se o conhecimento deste mesmo fato por cada uma das autoridades instauradoras se der em datas defasadas, a prescrição em relação aos respectivos servidores jurisdicionados também começa a contar de forma igualmente diferida.

Por outro lado, em contraponto restritivo, o início do prazo decorre do efetivo conhecimento do suposto ilícito por parte da Administração - em especial, do seu sistema correcional -, o que não se confunde com o mero conhecimento da existência de documento ou acesso a sistema informatizado ou concretização de qualquer ato funcional em que se encontra consubstanciado o ilícito, mas sem saber que aquele documento, acesso ou ato *lato sensu* embute em si uma ilicitude. O recebimento de um documento fraudulento, bem como o registro de um ato em um sistema informatizado oficial (para citar aqui dois exemplos não exaustivos) não permitem, necessariamente, que se confunda com o conhecimento da fraude. Ou seja, não se inicia o prazo prescricional com o mero encaminhamento de documento ou com o registro de um acesso a sistema informatizado que contenha fraude, presumindo-se o conhecimento desta. A fragilidade desta presunção do conhecimento da fraude é incompatível com o texto legal e com a finalidade das normas informadoras do instituto da prescrição da punibilidade disciplinar.

A inteligência sistemática da Lei nº 8.112, de 1990, neste tema é indubitável no sentido de que não se impõe ao sistema correcional o ônus de fazer prescrever seu poder punitivo enquanto o ente estatal sequer tem conhecimento da possibilidade de irregularidade imiscuída em determinado ato ou conduta funcional, mas sim apenas depois de sabê-lo e manter-se inerte.

Não cabe afirmar que a autoridade competente já tenha conhecimento de um determinado fato tão somente porque os dados ou provas a ele referentes estejam disponíveis em sistemas informatizados da RFB e/ou de qualquer forma estejam potencialmente passíveis de serem conhecidos (ou seja, dos quais se pode ter conhecimento potencial), mas que não tenham sido objeto de direta e inequívoca provocação por conta de ao menos suspeita de eivar-se de irregularidade. Os dados ou provas referentes a um determinado fato que apenas tenham a possibilidade de serem identificados - embora o acesso a eles seja possível por meio de pesquisa em sistema interno, não tenham tido seu suposto caráter irregular devidamente noticiado de forma expressa - não assumem o condão de deflagrar o termo inicial da contagem prescricional. O fato do qual se pode afirmar o conhecimento por parte da autoridade competente é aquele cujos dados ou provas a ele referentes, mais do que estarem potencialmente disponíveis (por exemplo, em um sistema interno), já tenham sido efetivamente noticiados em sua qualidade de encerrar e de conter ilicitude e sobre os quais o sistema correcional queira, a destempo, fazer reanálise ou submeter-lhes a uma nova forma de apreciação ou deles extrair uma nova conclusão.

Em analogia ao já exposto em **2.5.3.4**, cabe aqui uma analogia com os conceitos de fato materialmente novo e fato formalmente novo, úteis na discussão acerca da possibilidade de reabertura de investigação ou de apuração já arquivada diante do conhecimento, por parte da autoridade competente, de um fato novo.

Na esteira, é de se ressaltar que o Direito, como ciência, não se funda nas expectativas do errado, do tortuoso, do ilegal, mas sim, ao contrário, funda seus alicerces na presunção da regularidade e da normalidade. Desta forma, o sistema correcional não faz - e nem tem mesmo de fazer - apriorística avaliação de todos os atos e condutas funcionais do quadro de servidores, para, desde seu nascedouro, configurar irregularidades e instaurar processos punitivos.

Ora, é de se imaginar a insegurança jurídica que reinaria em toda Administração, além dos intransponíveis entraves ao funcionamento da máquina pública, se, a cada ato funcional

corriqueiro e cotidiano de um servidor, tivesse de haver por trás uma investigação ou verificação, sob presunção de que o homem e o servidor seriam endemicamente infratores.

A presunção da Administração não é - e nem deveria ser mesmo - a de que todos os servidores, desde sempre e sem nenhum motivo específico, devem e merecem ser verificados e investigados em cada ato ou conduta seus. Assim, não se deve confundir o fato de o servidor cometer o ilícito nas dependências da Administração, mesmo que utilizando meios, instrumentos, equipamentos ou sistemas oficiais, com obrigação simultânea e imediata por parte do ente estatal de verificar e investigar todos os atos funcionais para de pronto levantar indícios de irregularidade e só assim prevenir a prescrição.

Não é para este fim que se presta o instituto da prescrição. Diferentemente, o instituto da prescrição, com o fim de assegurar - para ambos os lados - a segurança jurídica, se presta para delimitar um lapso temporal após o qual, tendo a autoridade competente notícia, ciência ou provocação para verificar possível irregularidade em determinada conduta ou ato funcional, não o faz. Não se "pune" a Administração - e, em última essência, o interesse público -, acobertando o engenhoso infrator enquanto este logra manter desconhecidos seus ardis e faltas, sem que sequer o sistema correcional tenha sido provocado a verificar o ato funcional sob o qual se encobre a suposta irregularidade. O que indubitavelmente faz operar o instituto da prescrição da punibilidade, sobre o poder-dever punitivo estatal e a favor do faltoso, é o fato de se ter levado ao conhecimento da autoridade competente a provocação para que determinado ato ou conduta funcional fosse investigado ou revisto pois ali havia a suposição de irregularidade e esta ter se mantido injustificadamente inerte.

O art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, em seu § 1º, não diz que o prazo prescricional da punibilidade associada a uma ilicitude começa a correr na data em que dá entrada na Administração - independentemente da forma - um determinado dado sobre o qual não se tem nenhuma presunção *a priori* de irregularidade e, em meio a toda miríade de atos realizados a cada dia, o correspondente indício de ilicitude somente seria levantado caso fosse objeto de imediata análise. Diferentemente e de forma muito mais estrita e pontual, o dispositivo legal afirma que a prescrição somente começa a correr a partir da data em que a Administração tem notícia da possibilidade ou dos indícios da infração, conforme doutrina da CGU.

> *"Muitas vezes, a irregularidade praticada encontra-se materializada em um documento padrão que tramita por diversos setores da repartição. Assim, indaga-se: a mera ciência dos dirigentes (diretores, presidentes do Órgão, etc.) quanto à existência do documento é suficiente para deflagrar o lapso prescricional? A resposta é negativa. Isso porque, não obstante a ciência acerca da existência do documento, não se tinha conhecimento acerca do vício nele contido. É preciso ter ciência da irregularidade.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pg. 390, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13*

O prazo prescricional, por um lado, começa a ser computado quando autoridade competente inserida no sistema correcional tem ciência do fato - seja único, seja o primeiro em qualquer hipótese de conduta com projeção temporal - supostamente irregular imputado ao servidor; por outro lado, este prazo somente começa a ser computado quando tal ciência acerca da ilicitude se dá de forma inequívoca, o que não guarda nenhuma correlação com a simples data em que ele cometeu o ato de forma *a priori* regular no âmbito da Administração.

E, relembre-se que, como regra geral, o tal conhecimento a que chega a autoridade se dá por meio do instituto da representação, que é um dever funcional a ser cumprido em via hierárquica. Assim, na maioria dos casos, o conhecimento da Administração se dá com a provocação, de inequívoco enfoque correcional, contida em peça de representação formulada por servidor, quando chega à autoridade correcional RFB. Analogamente, o mesmo se aplica

se a notícia se consubstancia em denúncia ofertada por particular ou contribuinte e com notícias de mídia Aqui, se descreve uma regra apriorística; em **4.13.1.2**, serão apresentadas outras situações mais específicas que encerram peculiaridades na forma como se concretiza o conhecimento da suposta ilicitude pelo sistema correcional.

4.13.1.2 - Peculiaridades no Conhecimento do Fato em Situações Específicas

Em **4.13.1**, foi apresentada a regra geral para o início da contagem do prazo prescricional em instância disciplinar. Conforme já exposto, o § 1º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, estabeleceu o marco inicial com base na conjugação de dois fatores: a ocorrência do ilícito (ou seja, a sua consumação) e o conhecimento que dele deve ter a Administração, em especial por sua estrutura com poder correcional. A concorrência destes dois fatores resulta em peculiaridades e diferentes desdobramentos para algumas situações específicas, sejam em função da natureza jurídica do ilícito (nos termos definidos em **2.5.3.4**), seja em função da operacionalização deste conhecimento.

Assim, vale abordar o momento em que se configura tal conhecimento em algumas situações específicas.

De imediato contraponto à regra geral, estabelecida para a situação comum das infrações terem natureza jurídica instantânea, convém abordar a rara peculiaridade de o ilícito possuir natureza jurídica permanente. Nas específicas e raras infrações disciplinares de natureza jurídica permanente, na mesma medida em que, não obstante se consumam já desde o início da ação, a conduta antijurídica se prolonga continuamente no tempo em que permanece a ofensa ao bem jurídico tutelado, também e simultaneamente o conhecimento que se tem da ação infracional se estende temporalmente, de forma que a conjugação dos dois elementos residirá somente no momento em que o agente cessar sua conduta antijurídica e somente a partir de tal data - em consonância com o comando específico do inciso III do art. 111 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP) - se cogita de se iniciar a contagem do prazo prescricional. Este comando pode se aplicar, por exemplo, para a omissão em não representar ao saber de supostas irregularidades funcionais; a infringência à proibição de manter cônjuge ou parente até o segundo grau sob subordinação em cargo ou função de confiança; a infringência à proibição de recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado; e a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, respectivamente estabelecidas nos incisos VI e XII do art. 116, nos incisos VIII e XIX do art. 117, e no inciso XII do art. 132, todos da Lei nº 8.112, de 1990. Em todos estes casos, o ilícito - que é único a cada caso - já se consuma desde o primeiro dia de cometimento, podendo a conduta se prolongar indefinidamente no tempo, até que o agente queira cessar a afronta que comete ao respectivo bem jurídico tutelado. Ademais, a prescrição não tem sua contagem iniciada enquanto não cessa a prática, o que leva a defender que, enquanto o agente persevera na atuação, a cada instante, de forma ininterrupta, mantém-se a afronta ao bem jurídico tutelado e renova-se a contagem do prazo prescricional, não se cessando o momento consumativo no conhecimento da autoridade. Em outras palavras, o termo inicial da contagem prescricional renova-se enquanto o agente não cessa sua conduta antijurídica, independentemente do tempo decorrido desde o primeiro momento que dela a autoridade com competência correcional já teve conhecimento.

Na segunda situação específica, importa averiguar como se opera a prescrição diante do conhecimento de novos fatos, em concurso de infrações, independentes ou conexas, em relação ao fato original. Antes, ilumine-se que o discernimento deste tema passa pela regra geral de que, como a prescrição visa punir a inércia da Administração em diligenciar na apuração do suposto ilícito, não se censura a postura estatal de não exercer seu poder disciplinar diante de fatos ainda desconhecidos.

No plano do Direito Penal, de onde se importam as definições jurídicas do instituto do concurso material ou formal de infrações, a disciplina da extinção da punibilidade, inclusive quanto à prescrição da pretensão punitiva, diante da pluralidade de crimes, está regulada no art. 119 do CP, estabelecendo a regra geral do cômputo individualizado.

> *CP - Art. 119. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*

No caso de ilícitos independentes em concurso em relação ao fato original, na esteira da recomendação de emprego de distintos procedimentos (investigativos ou contraditórios), também se tem que os respectivos cômputos prescricionais se dissociam um do outro, atrelando-se às condicionantes de cometimento e de conhecimento de cada infração.

Convém deixar registrado que, no caso de ciência de novos fatos independentes ainda no curso da subfase investigativa na fase de admissibilidade, no procedimento investigativo, inaugura-se, para cada um destes fatos recém-conhecidos um novo marco inicial do prazo prescricional até a instauração de cada respectivo processo disciplinar.

No curso do processo disciplinar, conforme já aduzido em **4.2.2.1.2**, quando a comissão disciplinar identifica fatos novos que não guardam relação de habitualidade ou sequer de continência (que inclui a continuidade delitiva) com o fato original que provocou sua designação - tais como fatos associados à questão patrimonial quando o processo em curso apura ato funcional não patrimonial ou vice-versa -, estes novos fatos devem ser objeto de representação diretamente apresentada à autoridade instauradora, a fim de serem submetidos à nova e específica fase de admissibilidade, em autos próprios. E esta representação deve ser formulada assim que tais fatos novos se revelem materializados, momento este que pode ser incidental, em meio à instrução do rito disciplinar (hipótese em que não deve postergar esta provocação para o fim de seus trabalhos) ou, se for o caso, pode coincidir com as conclusões de seu relatório.

Estes fatos novos independentes têm o início da contagem do prazo prescricional desvinculado do fato original que provocou a instauração do processo disciplinar, podendo ter seu termo inicial *a priori* vinculado a seu específico conhecimento por parte da autoridade instauradora, conforme a Súmula nº 635 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ou deflagrado já desde quando foram detectados pela comissão, na interpretação extensiva defendida em **4.13.1.1**, uma vez que, na prática da atividade disciplinar na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), a comissão sempre se insere na unidade de correição. Se, por um lado, é certo que o termo inicial da contagem prescricional para estes novos fatos dissocia-se do termo inicial do fato original que provocou a instauração do processo disciplinar em curso, por outro lado, não cabe uma afirmação apriorística de sua configuração, pois há diferentes possibilidades de demarcação daquele primeiro momento.

Se a comissão identifica fatos novos independentes já satisfatoriamente configurados como possível ilicitude, o conhecimento inicializador da contagem prescricional pode residir já desde esta data, no curso do inquérito administrativo, que impõe imedita representação. Se o conhecimento por parte da comissão ainda é incipiente, pode-se diferir a deflagração para momento posterior, quando a ilicitude já se encontra mais robustamente identificada e este momento pode ser, por exemplo, ao final do inquérito administrativo, em que, de certa forma, o relatório para a autoridade instauradora inclui a representação. E pode ainda se cogitar de, mesmo tendo a comissão avaliado ter identificado novos fatos no curso do inquérito ou tê-los amadurecidos só no relatório e, em um momento ou outro, ter provocado a autoridade instauradora mas esta, na sua livre apreciação, não ter considerado ainda robusta esta cognição e ter remetido este novo conjunto fático para o Grupo Nacional de Investigação (GNI), a fim de se deflagrar procedimento investigativo e somente ao seu final se poder afirmar estar diante de efetivo conhecimento de nova infração.

Em qualquer destas hipóteses, o prazo prescricional, em seu primeiro cômputo, é contado até a publicação da portaria de pessoal de instauração do segundo feito disciplinar, em harmonia com o Parecer AGU nº GQ-55.

> *Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: "13. Não raro, durante a apuração das irregularidades exsurgem evidências quanto à autoria, de forma a envolver outros servidores, ou emergem infrações disciplinares conexas, ou não, com o objeto do processo disciplinar. São fatos que devem ser tidos como consentâneos com a finalidade da instauração do processo e incapazes de acarretar sua nulidade, desde que a c.i. adote as medidas procedimentais compatíveis com o contraditório e a ampla defesa, na execução dos trabalhos de apuração.*
> *14. Em casos tais, a comissão deve possuir o discernimento necessário para adotar os atos que se impuserem com vistas a garantir ao servidor faltoso o exercício do direito assegurado no art. 156, suso, mas sem descurar da agilidade processual. Assim, caso a c.i. não tenha concluído seus trabalhos, deve ser notificado o novel acusado para que, se o pretender, requeira o cumprimento de qualquer dos atos assegurados no art. 156, no respeitante à apuração já efetuada, atentando-se, destarte, para a faculdade atribuída ao presidente da comissão no § 1º do mesmo preceptivo. Já as infrações, verificadas no curso do apuratório, serão igualmente apuradas, se conexas com as faltas objeto do processo ou, se inexistente a conexidade, a investigação não compromete a razoável agilidade da conclusão dos trabalhos. Senão, deve a c.i. propor a designação de outro colegiado, sem prejuízo de suas incumbências."*

Já no caso de novos ilícitos conexos em concurso em relação ao fato original, verifica-se que a extensão dos trabalhos tem distintas repercussões no cômputo prescricional, em função do momento processual em que se dá e da autorização expressada, ou não, na portaria de instauração do rito em curso para que sejam abarcados no rito em curso.

De imediato, é hialino afirmar que, no caso de ciência de novos fatos conexos ainda no curso da subfase investigativa na fase de admissibilidade, no procedimento investigativo cuja portaria inaugural não prevê que estes novos fatos sejam abarcados, inaugura-se, para cada um destes fatos recém-conhecidos um novo marco inicial do prazo prescricional até a instauração de cada respectivo processo disciplinar. Caso, excepcionalmente, se agregem novos fatos conexos em relação ao fato original investigado em mesma fase de admissibilidade, a solução a se aplicar, analogamente, é a mesma defendida linhas abaixo, para novos fatos conexos em relação ao fato original e que venham a abarcados no mesmo processo disciplinar em curso.

No curso do processo disciplinar, abordando primeiramente a conduta atualmente padronizada no sistema correcional da RFB, qual seja, de portaria instauradora não prever que novos fatos conexos sejam abarcados no rito em andamento, as hipóteses e as respectivas soluções são exatamente as mesmas descritas acima, para o caso de descortinamento de novos fatos independentes do fato original que deu ensejo à instauração. As repercussões prescricionais são as mesmas porque as instrumentalidades também são mesmas: estes novos fatos devem ser objeto de representação diretamente apresentada à autoridade instauradora, a fim de serem submetidos à nova e específica fase de admissibilidade, em autos próprios.

E, se na exceção da praxe atual da processualística disciplinar, de a portaria instauradora permitir que novos fatos conexos em relação ao fato original sejam abarcados no mesmo processo disciplinar em curso, ainda assim, mesmo se reconhecendo menos incontroverso que as possibilidades acima analisadas (e exigindo, portanto, maior esforço argumentativo), também pode se cogitar de que a ciência parcelada possui eficácia e aptidão próprias para desencadear o início da contagem do prazo prescricional de modo autônomo para cada nova irregularidade conhecida, isoladamente considerada. Estes novos fatos

conhecidos já no curso do inquérito administrativo não têm a deflagração de seu cômputo prescricional atrelada à instauração do rito disciplinar, uma vez que, à luz do comando do § 1º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, a prescrição se inicia do conhecimento do fato, inexistindo circunstâncias no Estatuto que autorizem a interpretação de que tal contagem retroagiria a um momento anterior à ciência por parte da autoridade.

No caso de prática de várias infrações conexas excepcionalmente mantidas em único processo, o termo inicial da inicial da contagem do prazo prescricional se dá com o conhecimento parcelado de cada ilícito, autonomamente considerado. Por isto, mostra-se legítimo admitir que um único processo disciplinar que reúne a apuração de vários ilícitos conexos possua distintos prazos prescricionais em razão da ciência individualizada de cada infração. A regra da contagem prescricional individualizada, conforme o já reproduzido art. 119 do CP, é aqui reiterada pelo comando do art. 108 da mesma lei penal, que menciona especificamente os crimes conexos.

> *CP - Art. 108. A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.*

Pelo exposto acima, na lei penal, a incomunicabilidade da extinção da punibilidade vigora inclusive no caso de crimes conexos. Melhor esclarecendo: havendo conexão de crimes, a extinção da punibilidade pela prescrição de um deles não repercute no prazo prescricional dos demais. Este fenômeno também se acomoda na seara disciplinar, a fim de considerar que a prescrição de uma infração funcional não repercute nas outras infrações que lhe são conexas, ainda que todas abarcadas no mesmo inquérito administrativo.

Assim, seguindo a mesma linha do Direito Penal, na hipótese de processo disciplinar já instaurado em que se apurem vários ilícitos, em qualquer das modalidades de concurso, o cálculo da prescrição deve ser analisado em razão do conhecimento isolado de cada infração ligada por liame de conexão, autonomamente considerada, na linha também aceita pela jurisprudência.

> *STJ, Recurso Especial nº 965.340: "Ementa: 4. O acórdão recorrido foi enfático em consignar que "o primeiro fato que veio à tona, que foi de pronto conhecido, foi a tentativa do levantamento da quantia de R$ 1.257.960,04, em 12 de fevereiro de 1996" e que "os demais fatos só vieram a ser conhecidos depois, com a investigação criminal". Afirmou, ainda, que a "ação veio a ser proposta no dia 14 de fevereiro de 2001. Logo, dentro do prazo". Assim, deve ser reconhecida a prescrição apenas do ato tentado, já que os outros foram descobertos durante a instrução criminal, após o dia 14.02.96."*

Neste cenário, reconhece-se que o cômputo da prescrição das várias infrações conexas eventualmente abarcadas em um mesmo processo disciplinar leva em conta cada fato individualmente, a partir de suas distintas datas de ciência pela Administração, configurando marcos temporais autônomos para provocar a fluência do prazo prescricional para concluir o feito com a eventual apenação do servidor. Antecipe-se ressalva pertinente acerca do tema que vai ser tratado em **4.13.2**: no caso de vir ao conhecimento da Administração novos fatos conexos em relação ao fato original que provocou a instauração, computa-se o prazo prescricional da respectiva pena (se cabível) a partir da data em o fato se tornou conhecido, não havendo que se falar de também se aplicarem os prazos em que se mantém suspensa a contagem, de 140 dias em PAD ou de 80 dias em sindicância disciplinar ou de 50 dias em rito sumário.

Nesta linha de entendimento, é possível concluir que, de forma geral, a existência de vários fatos em concurso (material ou formal) não afeta o tratamento legal dos marcos iniciais da prescrição, que deve ser computado separadamente em relação a cada infração,

autonomamente considerada. E esta regra geral é a mesma se as infrações forem independentes ou se foram conexas, com fases de admissibilidade ou apurações disciplinares individualizadas, e mantém inclusive na exceção das infrações conexas sob unidade processual.

Na terceira situação específica, faz-se necessário detalhar e diferenciar a demarcação do conhecimento do fato por parte da Administração quando se trata de ilícito de natureza jurídica habitual. Embora não possua expressa definição legal e, consequentemente, as peculiaridades de seu cômputo prescricional também não tenham obtido específicas previsões no art. 111 do CP (que, para fins prescricionais, em função da duração da afronta ao bem jurídico tutelado, define e diferencia apenas crimes instantâneos e permanentes), tem-se que o ilícito habitual é doutrinariamente considerado configurado somente após a reiteração de determinados atos que, se tomados isoladamente, não atingem o patamar de ilicitude. O ilícito habitual decorre da reiteração com que o agente pratica atos que, por si sós, até seriam penalmente irrelevantes, mas que auferem reprovabilidade social justamente com a habitualidade. Isto impõe que, tratando-se, a rigor, de um conjunto de atos praticados com habitualidade e que, no seu todo, constituem um ilícito único, considera-se que o início da sua contagem prescricional relaciona-se à consumação do último ato constituinte.

Trazendo esta conceituação para a instância disciplinar, uma vez que um único e determinado ilícito habitual se aperfeiçoa, se concretiza, se sedimenta e mais fortemente se configura a cada novo ato constituinte que o agente comete e que o início da contagem prescricional disciplinar conjuga a ocorrência de dois pré-requisitos - a consumação da ilicitude e o seu conhecimento por parte da Administração - tem-se que o marco inicial do prazo de prescrição deste único ilícito habitual se renova a cada novo ato constituinte cometido e se posterga à data do seu conhecimento por parte da Administração, por meio da autoridade com competência correcional. Daí, o fato de a Administração ter tomado conhecimento de uma determinada quantidade ou sequência de atos que, em seu conjunto, auferem o patamar de serem configuradores de um ilícito habitual mas ainda não ter instaurado o processo disciplinar dentro do respectivo prazo prescricional contado a partir do primeiro ou até mesmo a partir do último ato constituinte desta sequência de atos, não necessariamente leva à efetiva configuração da prescrição. Tal entendimento deságua em que caso o agente venha a cometer novo ato constituinte daquele mesmo e único ilícito habitual ainda antes da instauração, e dele a Administração tenha conhecimento, o termo inicial da contagem renova-se e se desloca para a data de conhecimento deste este último ato constitutivo. Em outras palavras, quanto ao primeiro momento de aferição da prescrição, o termo inicial renova-se a cada novo ato constituinte cometido de que a Administração venha a ter conhecimento, independentemente do tempo decorrido desde que se conheceram os primeiros atos.

Na linha já exposta em **2.5.3.4**, demonstra-se relevante que, em fase de admissibilidade, se esgotem as investigações acerca do cometimento de novos atos pontuais constitutivos daquele ilícito habitual e, tendo-se identificado o cometimento de ato mais recente, desloca-se o início da contagem do prazo prescricional agora para a data de conhecimento deste que é o novo último ato. Uma vez que a conduta ilícita como um todo, em sua natureza habitual, ainda não se exauriu, não se esgotou e se aperfeiçoa, se concretiza e se sedimenta sendo cometida pelo servidor a cada novo ato constituinte antes da instauração do processo disciplinar, é lícito que a autoridade instaure o feito disciplinar ainda que se já tivesse como fluído o prazo prescricional se tomado em relação a atos constituintes anteriores daquele ilícito único.

E quanto ao segundo momento de aferição da prescrição, o conhecimento, já no curso do processo disciplinar, de novos fatos marcados pela habitualidade e referentes ao mesmo e único ilícito objeto daquele inquérito administrativo, assume relevo de modo a repercutir na

fluência inicial do prazo prescricional. Esta posição fundamenta-se no fato de que, na infração habitual, o seu cometimento é dilatado no tempo, isto é, o ataque ao bem jurídico tutelado é prolongado na medida da prática reiterada de várias ações, que em conjunto configuram a conduta antijurídica. Neste compasso, a ciência de cada novo ato desenvolvido nos contornos jurídicos da habitualidade constitui o pré-requisito legal que faz novamente disparar a contagem da prescrição da ação disciplinar.

Em conclusão, dada a estrutura jurídica da infração habitual, que se configura mediante a prática reiterada de vários atos que integram o conjunto de condutas indesejável pelo ordenamento legal, a renovação do conhecimento relativamente a cada nova ação, que indica que o agente não cessou a habitualidade transgressora, repercute diretamente na retomada do início da contagem do prazo de prescrição, seja ainda na fase de admissibilidade, seja já no curso do processo administrativo disciplinar instaurado.

Esta construção, administrativamente, pode ser aplicável para ilícitos disciplinares que se aproximam do conceito de ilícito habitual, tais como a quebra do dever de ser assíduo e pontual ao serviço, estabelecido no inciso X do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, ou as infringências às proibições de exercer atividade incompatível com o exercício do cargo e, mais relevantemente, de participar da gerência ou da administração de sociedades ou de exercer o comércio e de proceder de forma desidiosa (mas que também pode se amoldar ao conceito de ilícito continuado), estabelecidas nos incisos XVIII, X e XV do art. 117 da mesma Lei. Há posicionamentos institucionais neste sentido, em peças propositivas oriundas de debates internos.

> *Orientação Coger nº 28*
> *O enquadramento no art. 117, X, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, requer a reiteração da conduta, não se consumando com atos pontuais ou eventuais, que, se tomados isoladamente, não atingem o patamar de ilicitude, conforme a doutrina define ilícito de natureza jurídica habitual.*
>
> *Orientação Coger nº 29*
> *À vista das definições doutrinárias de que ilícito habitual encerra uma única infração e de que sua prescrição começa a correr do último ato cometido, ainda que já tenham ocorrido atos enquadráveis no art. 117, X, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para os quais já se tenha fluído o prazo prescricional, o conhecimento de novos atos renova o termo inicial da contagem e possibilita a instauração de procedimento investigativo ou disciplinar.*

Do contrário do alegado acima para a primeira e para a terceira situações específicas, se poderia se deparar com as hipóteses absurdas de, por exemplo, se ter o conhecimento de que um servidor recusa-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado ou de que outro servidor participa da gerência ou da administração de uma sociedade mas que se permita defluírem os prazos prescricionais demarcados por tais conhecimentos e que os agentes prossigam nas respectivas condutas infracionais. De um lado, à vista tão somente daqueles atos de que inicialmente se teve conhecimento, restam prescritas as punibilidade e juridicamente irreparável o desequilíbrio interno causado pelas condutas infracionais e a Administração não dispõe de meios lícitos para invadir a órbita de direitos pessoais de seus servidores e compeli-lo a se trazer documentação atualizada ou a se afastar da gerência ou da administração societária; mas, de outro lado, é de se ponderar pela necessária solução jurídica, visto que também a mesma Administração não poderá conviver com situações anômalas e tolerar a estabilização de condutas ilícitas em seu próprio seio, em clara afronta à ordem jurídica. Diante de tais situações, cabe ao aplicador do Direito superar a interpretação simplesmente literal da norma (que induziria a declaração das prescrições desde o primeiro conhecimento de cada uma das duas ilicitudes aqui em exemplo por parte da Administração) e buscar alcançar a finalidade da Lei estatutária ainda que para isto se faça necessário permear-

se dos dispositivos, institutos e conceitos de outros ramos do Direito, como é no caso a aplicação do entendimento da doutrina penal acerca da prescrição dos ilícitos de natureza permanente e habitual, com o que se preserva, por princípio de hermenêutica, a logicidade do ordenamento jurídico como um todo.

Na quarta situação específica, deve-se cuidar de diferenciar hipóteses acima abordadas em que se cogitou da postergação da deflagração do marco prescricional inicial de ilícitos únicos (sejam sob rótulo de ilícito permanente, sejam sob rótulo de ilícito habitual), da hipótese de a Administração estar diante do conhecimento de múltiplos ilícitos em concurso material e que se amoldam à definição penal de ilícitos continuados. Diante de ilícitos de natureza continuada, cabe a unidade processual, à vista dos arts. 76 e 79 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), de forma a se abarcarem em um único processo disciplinar todos os ilícitos continuados de que se tem conhecimento antes da instauração.

Sendo o ilícito continuado uma espécie de concurso material de infrações, é razoável que prevaleça para estes dois institutos a mesma regra jurídica acerca de cômputo prescricional diante de conhecimento de novos fatos por parte da Administração. À vista do comando do § 1º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, que não prevê a retroação do termo inicial da contagem para uma data anterior à ciência de novos fatos de natureza continuada, deve-se operar o cálculo da prescrição de forma individualizada, considerando a autonomia resultante do conhecimento particularizado de cada infração.

Neste diapasão, o reconhecimento da continuidade delitiva, relativamente às infrações subsequentes, não altera a regra legal do cômputo da prescrição. Em outras palavras, seja ainda em fase de admissibilidade, seja já no curso do processo disciplinar, nos quais se investigam ou contraditoriamente se apuram o fato original, percussor da deflagração do procedimento em curso, e fatos novos em continuidade delitiva com aquele, deve-se avaliar a data de conhecimento de cada um deles isoladamente para efeito de aplicação do cálculo do prazo prescricional. A exemplo do que se aduziu na segunda situação específica, para ilícitos conexos, novamente deve-se antecipar a ressalva pertinente acerca do tema que vai ser tratado em **4.13.2**: no caso de vir ao conhecimento da Administração novos fatos continuados, computa-se o prazo prescricional da respectiva pena (se cabível) a partir da data em o fato se tornou conhecido, não havendo que se falar de também se aplicarem os prazos em que se mantém suspensa a contagem, de 140 dias em PAD ou de 80 dias em sindicância disciplinar ou de 50 dias em rito sumário.

Todavia, caso haja um conhecimento diferido no tempo dos diversos ilícitos de natureza continuada - cuja definição penal já embute a ideia de que, de fato, são atos independentes uns dos outros mas que pedem unidade processual apenas por uma questão de economia processual e de política de execução criminal -, de forma que, para o conhecimento de algum(ns) deste(s) ilícito(s) já se tenha operado a prescrição e para outros ainda não, convém adotar postura mais cautelosa e diferente da defendida acima quando se tem um único ilícito permanente ou habitual e já de pronto desconsiderar do escopo instaurador aqueles ilícitos para os quais o tempo decorrido desde o conhecimento já faz operar a prescrição e de manter no foco apuratório somente aqueles ilícitos para os quais este efeito extintor da punibilidade ainda não se operou. Analogamente, caso haja resultados prescricionais diferentes para ilícitos de natureza continuada no curso do processo disciplinar (em razão de terem diferentes termos iniciais), devem o prosseguimento as conclusões e o julgamento se concentrarem apenas sobre aqueles ilícitos para os quais o prazo ainda não defluiu, descartando os demais já prescritos.

A quinta questão específica a se destacar, em que se analisa o início da contagem do prazo prescricional em diferentes procedimentos investigativos (destacadamente de natureza patrimonial), em razão de peculiaridades envolvendo cada um destes ritos, já descritos em

2.5.3.2, deve ser desdobrada em diversas hipóteses.

Especificamente nos procedimentos investigativos de natureza patrimonial iniciados por provocação individualizada em face de determinado servidor - como análise preliminar patrimonial e sindicância patrimonial, por exemplo -, o prazo prescricional começa a contar do recebimento da denúncia ou da representação, pela autoridade com competência correcional ou quando o suposto ilícito for noticiado ou detectado no âmbito da unidade de correição, conforme a regra geral já disposta em **4.13.1**. Como desdobramento deste entendimento, o mesmo também se aplica, como regra geral de uma representação, se o conhecimento da suposta irregularidade associada à desproporção patrimonial chega ao conhecimento do sistema correcional em razão de conclusão de ação fiscal promovida sobre o servidor em sua condição de contribuinte pessoa física: computa-se a deflagração do início da contagem prescricional da data em que a autoridade correcional tem conhecimento do resultado da fiscalização em que o agente foi autuado por fato gerador que também possa ter repercussão disciplinar (como, por exemplo, alguma espécie de omissão de rendimentos).

Mas esta regra geral não se aplica especificamente aos procedimentos investigativos de natureza patrimonial iniciados de ofício, a partir de uma lista de servidores selecionados após a submissão de todo o quadro funcional a um conjunto de parâmetros técnicos e impessoais, similar a um procedimento de malha, estabelecidos mediante critérios gerais e objetivos de seleção - como investigação patrimonial, por exemplo, descrita em **2.5.3.2.4** -, obtendo então a lista ordenada decrescentemente dos servidores com maiores indícios detectados.

Diante desta mera lista nominal gerada de forma automatizada pela rotina informatizada é necessário o emprego de algum crivo humano, em forma de triagem técnica, antes de se instaurar um procedimento investigativo capaz de redundar em processo disciplinar. Assim, a comissão responsável pela investigação patrimonial deve elaborar representações correcionais individualizadas em face de cada agente público selecionado, dirigidas à Coordenação do GNI. Estas representações individualizadas devem descrever de forma detalhada os motivos pelos quais cada servidor foi selecionado na rotina informatizada, a fim de se prestarem como a primeira notícia acerca da investigação patrimonial a poder ser, adiante, disponibilizada para o investigado e, se for o caso, posteriormente acusado. Ato contínuo, o Coordenador deve apreciar as representações correcionais e, caso concorde com seus teores, instaure uma análise preliminar patrimonial individualizada para cada servidor selecionado. Como regra, o termo inicial prescricional pode se demarcar nas datas de lavratura de tais representações correcionais de parte da comissão responsável pela investigação patrimonial - sem prejuízo de se postergar este marco temporal, em determinados casos específicos, para a data do relatório da consequente análise preliminar patrimonial, caso se entenda que os indícios, no momento da representação correcional, não eram ainda suficientes para demarcarem o conhecimento da suposta ilicitude.

Uma vez que, conforme já aduzido em **2.5.3.4**, podem ser incluídos, no escopo dos trabalhos, os fatos também associados à questão patrimonial pretéritos ou posteriores aos períodos denunciados ou representados (em análise preliminar patrimonial ou em sindicância patrimonial) ou aos períodos abrangidos nos critérios de seleção (em investigação patrimonial) e ocorridos até a data da conclusão daquele procedimento, deve-se esclarecer, todavia, que, como regra geral, em razão da natureza jurídica do ilícito de índole patrimonial, estes acréscimos no alcance objetivo não possuem o condão de permitir que se considerem como fatos novos a deslocarem o início da contagem do prazo prescricional, que se mantém vinculado à regra geral já exposta para cada rito. Há posicionamento institucional neste sentido.

Orientação Coger nº 15
Não obstante não alterarem o início da contagem do prazo prescricional,

podem ser incluídos, no escopo dos trabalhos de quaisquer procedimentos investigativos de natureza patrimonial, fatos novos também associados à questão patrimonial ocorridos em períodos anteriores ou posteriores àqueles que deram ensejo à instauração do rito e dos quais se tem conhecimento em meio à instrução, desde que o ato de instauração não tenha delimitado o alcance temporal.

Somente se cogita de se afastar deste entendimento conservador, a fim de considerar que os fatos novos atraem o termo inicial da contagem prescricional nas residuais hipóteses de se restringir a investigação original aos períodos denunciados ou representados (em análise preliminar patrimonial ou em sindicância patrimonial) ou aos períodos abrangidos nos critérios de seleção (investigação patrimonial) e de se representar para que seja instaurado novo procedimento para os fatos pretéritos ou posteriores ou de, não se confirmando os indícios em relação àqueles períodos denunciados ou representados ou aos períodos abrangidos nos critérios de seleção, o relatório do rito investigativo figurar como representação, hipóteses em que se pode iniciar a contagem do prazo prescricional para estes fatos novos a partir desta nova provocação.

Por outro lado, conforme já aduzido em **2.5.3.4**, uma vez que, à luz do art. 18 do CPP e da Súmula nº 524 do Supremo Tribunal Federal (STF), que condicionam a reabertura de investigação criminal ou o início da ação penal, após arquivado o inquérito policial pela autoridade judiciária, ao surgimento de novas provas, o conhecimento, por parte da Administração, de fatos materialmente novos também associados à questão patrimonial e ocorridos nos períodos que tenham sido objeto de rito investigativo de natureza patrimonial (seja iniciado por provocação, seja iniciado de ofício) já arquivado pode suscitar o desarquivamento do procedimento original ou a instauração de novo procedimento, é aceitável que a contagem do prazo prescricional se reinicia na data do conhecimento deste fato novo. Há posicionamento institucional neste sentido.

Orientação Coger nº 16
O conhecimento, por parte da administração, de fatos novos também associados à questão patrimonial e ocorridos nos períodos que tenham sido objeto de quaisquer procedimentos investigativos de natureza patrimonial já arquivados, pode suscitar a retomada das investigações.

Na sexta situação específica, também conforme já aduzido em **2.5.3.4**, quando a comissão investigativa, no curso de procedimentos investigativos de natureza patrimonial (sejam iniciados por provocação, sejam iniciados de ofício), identifica fatos novos que não guardam relação de habitualidade ou sequer de continência com o fato original que provocou sua designação, estes novos fatos devem ser objeto de representação diretamente apresentada à Coordenação do GNI. E esta representação deve ser formulada assim que tais fatos novos se revelem materializados, momento este que pode ser incidental, em meio à instrução do procedimento (hipótese em que não deve postergar esta provocação para o fim de seus trabalhos) ou, se for o caso de se fazer necessário amadurecer mais adiante a convicção de provocar a autoridade, pode coincidir com as conclusões de seu relatório. Na regra geral já exposta na segunda situação específica para novos ilícitos independentes ou conexos, estes fatos novos em questão têm o início da contagem do prazo prescricional desvinculado do fato original que provocou a instauração do procedimento em curso, tendo seu termo inicial vinculado a seu específico conhecimento por parte da Administração, que se dá com a mencionada representação, e a ser verificado até a publicação da portaria de pessoal de instauração do feito disciplinar, em harmonia com o Parecer AGU nº GQ-55. Há posicionamento institucional neste sentido.

Orientação Coger nº 17
Fatos novos dissociados da questão patrimonial que venham a ser identificados no curso de quaisquer procedimentos investigativos de natureza patrimonial

> *devem ser objeto de representação, imediatamente após se revelarem materializados nos autos (seja incidentalmente em meio à instrução, seja no relatório) e têm o início da respectiva contagem do prazo prescricional desvinculado dos fatos originais de natureza patrimonial.*

E, por fim, no caso de notícia veiculada em mídia de expressão, circulação ou divulgação nacional, presume-se o seu conhecimento por todos (em que se inclui a autoridade correcional) na data de sua divulgação. Advirta-se, no entanto, que divulgação de notícia de suposta irregularidade em meios de comunicação de pequeno alcance ou de circulação geograficamente limitada não goza da presunção de ostensivo conhecimento, podendo não ser considerada marco inicial da prescrição, conforme entende a doutrina.

> *"Notícias sobre corrupção e improbidade política e administrativa, caindo assim no domínio do conhecimento comum da comunidade nacional, e às vezes internacional, chegando a configurar o conceito jurídico de fato notório, não deixam margem para que as autoridades administrativas das repartições referentes justifiquem as suas omissões com alegação de que desconheciam tais denúncias.*
> *Já que o notório é público e conhecido de todos, pode-se inferir que tais matérias, uma vez veiculadas por jornais, revistas, rádio, televisão e outros meios de comunicação social, podem legitimar o início do prazo da prescrição disciplinar." José Armando da Costa, "Controle Judicial do Ato Disciplinar", pgs. 125 e 126, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2002*

Como são muitas as peculiaridades acerca do cômputo prescricional para o caso específico do ilícito de natureza jurídica instantânea de abandono de cargo, este ilícito merecerá abordagem individualizada em tópico próprio, em **4.13.4**.

4.13.1.3 - Prescrição Antes de Instaurar o Rito Disciplinar (Prescrição em Perspectiva)

Pode ocorrer de a manifestação positiva do juízo de admissibilidade, de parte da autoridade instauradora, se dar com o prazo prescricional vencido, já se figurando extinta a punibilidade para a pena que se vislumbra cabível. Esta espécie prescricional, em extensão à terminologia adotada pela doutrina penal, pode ser denominada de prescrição em perspectiva ou antecipada ou virtual, uma vez que, a rigor, ainda não se pode afirmar indubitavelmente qual seria a pena e, consequentemente, qual o prazo de extinção da punibilidade em seu primeiro cômputo.

Em tal situação, originalmente sob foco exclusivamente teórico e até mesmo com visão antiquada e superada da matéria, fortemente atrelada ao formalismo e aos princípios da legalidade, da oficialidade e da busca da verdade processual, se poderia alegar que a prescrição da punibilidade não afastaria os deveres legais de a autoridade competente instaurar o processo disciplinar e de a comissão disciplinar apurar o fato, já que se poderia cogitar de que o rito não visaria obrigatória e pré-concebidamente a punir, mas sim a esclarecer a verdade fática. Nesta linha, aduzindo que o instituto da prescrição extingue a punibilidade estatal sobre o infrator e não o direito de ação, ainda poderia a Administração agir para apurar o fato, como se esta diligência fosse uma satisfação do interesse da sociedade, restando apenas fulminado um dos possíveis resultados da decisão decorrente, qual seja, o poder de punir o servidor.

Tomando como prevalescente a literalidade impositiva do *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, nada impede que a Administração, à luz das peculiaridades do caso concreto, decida pela instauração do rito disciplinar - ainda que desde seu nascedouro seja sabida a impossibilidade de repercussão punitiva administrativa. Em síntese, em tais casos, a Administração pode, mas não está vinculada, a proceder ao rito disciplinar, de forma que a concretização da prescrição antes da instauração não é, por si só,

em termos estritos legais, causa impeditiva à apuração fática contraditória.

Idêntica interpretação já foi exarada pela Advocacia-Geral da União, por meio da Nota Decor/CGU/AGU nº 73/2009-MCL, acatada pelo Despacho do Consultor-Geral da União nº 1.938/2009, em que se reproduziu passagem de outra Nota (Nota Decor/CGU/AGU nº 163/2008-PCN):

> *Nota Decor/CGU/AGU nº 163/2008-PCN: "31. Face ao exposto, conclui-se que a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública Federal não constitui causa prejudicial à instauração de Processo Administrativo Disciplinar para fins de apurar infração funcional imputada a servidor público. 33. Caso a infração seja capitulada como crime, deverão os autos ser remetidos para o Ministério Público, a fim de que adote as providências cabíveis (art. 172, da Lei nº 8.112/90). Constatado dano ao erário ou a terceiros, os autos deverão ser encaminhados ao órgão responsável para o ajuizamento da competente ação ordinária, face à imprescritibilidade da ação de responsabilização do servidor público (art. 37, § 5º, da Constituição Federal e art. 122, da Lei nº 8.112/90)."*

Não obstante, conforme já antecipado em **4.13**, em harmonia com o comando do art. 112 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e sob amparo do art. 52 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e da doutrina, levando em conta que a prescrição é de ordem pública e deve ser declarada de ofício quando cabalmente configurada e considerando ainda a autorização legal para se extinguir processo que perde sua finalidade (como é o caso de um rito punitivo em que resta extinta a punibilidade), pode a Administração abrir mão de seu direito de ação, nem sequer instaurando o processo disciplinar cuja punibilidade já se avulta antecipadamente prescrita. Em contraposição à primeira posição acima exposta, ao agir da forma agora aqui sugerida, fazendo prevalecer o princípio constitucional da eficiência e o princípio do interesse público, a Administração harmoniza-se com a percepção mais contemporânea e pragmática do oneroso processo disciplinar, de que este é sim um rito que se presta ao reequilíbrio administrativo interno, com a imposição de punição ao servidor infrator, uma vez que, no atual estágio de elaboração da instância, muito do esclarecimento fático já se constroi desde a fase de admissibilidade.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 112. A prescrição é de ordem pública, não podendo ser relevada pela administração.*
>
> *Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 52. O órgão competente poderá declarar extinto o processo quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente.*
>
> *"No Direito Administrativo, a prescrição é de ordem pública - art. 112 da Lei nº 8.112/90 e, como tal, deve ser conhecida e declarada pelo julgador, independentemente de provocação da parte interessada, não podendo ser relevada pela administração." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 186, Editora Forense, 2006, 2ª edição*
>
> *"Se resta consumada a prescrição superveniente à abertura do processo administrativo disciplinar, pode-se aplicar o disposto na Lei Geral de Processo Administrativo da União: 'Art. 52. O órgão competente poderá declarar extinto o processo quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente'." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pg. 851, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Como regra geral, assumem maior relevância os princípios da eficiência e do interesse público, em detrimento do dever de apurar, de forma que se aponta pela não instauração do processo disciplinar diante da punibilidade prescrita. Esta recomendação pode ser feita com

muito maior segurança quando o decurso de prazo entre o conhecimento do fato e a instauração é superior àquele previsto para prescrição das penas expulsivas, seja pelo inciso I, seja pelo § 2º (conforme se verá em **4.13.3**), ambos do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990.

Neste rumo, conforme já antecipado em **2.5.3**, quando se analisou a fase de admissibilidade, merece destaque o posicionamento da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampado no Enunciado CGU/CCC nº 4, de 4 de maio de 2011, suprindo a lacuna da lei, acerca da flexibilização do poder-dever a princípio imposto à autoridade competente para instaurar o processo disciplinar quando se verifica, em fase preliminar, a prescrição da punibilidade, concedendo-lhe a prerrogativa de ponderar as peculiaridades do caso concreto.

> *Enunciado CGU/CCC nº 4, de 2011: "Prescrição. Instauração. A Administração Pública pode, motivadamente, deixar de deflagrar procedimento disciplinar, caso verifique a ocorrência de prescrição antes da sua instauração, devendo ponderar a utilidade e a importância de se decidir pela instauração em cada caso."*

Na mesma linha acima informada permanece a cognição se o aplicador do Direito Administrativo Sancionador atentar para os comandos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC). A leitura conjunta do *caput* do art. 354 com o inciso II do art. 487 permite compreender que configuração da prescrição é causa extintiva do processo, devendo a lide ser julgada conforme o estado processual (ou seja, dispensando seu prosseguimento para a decisão de mérito absolvedor ou responsabilizador).

> *CPC - Art. 354. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III , o juiz proferirá sentença.*
> *Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:*
> *II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;*

Todavia, diante de lapsos de tempo inferiores e/ou de indícios de cometimento de irregularidades de menor gravidade, para as quais cabem penas de advertência ou suspensão, de prazos prescricionais diferentes (180 dias ou 2 anos), deve-se ter maior cautela diante da decisão de não instaurar, visto que a apuração poderia trazer à tona ilícitos mais graves, a princípio não vislumbrados. Obviamente, é necessário avaliar a possibilidade de se configurar para a conduta sob análise outro enquadramento mais grave associado à pena com prazo prescricional superior ou se pode haver paralelismo criminal autorizador da admissão do prazo prescricional dado pela lei penal, que em geral é superior aos cinco anos estatutários.

Também, não se deve deixar de verificar se o caso em questão já não é objeto de precedente solicitação ou de requisição de investigação por parte do Ministério Público Federal (MPF), hipótese em que a decisão de prévio arquivamento requer ao menos a cautela de informar ao *Parquet* os motivos de assim proceder.

Em acréscimo, mesmo detectada a prescrição da punibilidade da pena que se prevê para a conduta sob análise - o que, por si só, como regra, desautoriza a instauração de processo disciplinar -, é recomendável apreciar se há possibilidade de se identificar outra conduta, conexa ou independente, ou outro agente envolvido, de que não se tem imediato conhecimento ou se o fato também pode ensejar representação criminal ao MPF ou ainda repercussão civil, esta não afetada pela prescrição, mediante prosseguimento pelos órgãos competentes para instrumentalizar o ressarcimento.

Caso haja algum destes elementos motivadores do prosseguimento dos trabalhos, sem prejuízo da declaração de ofício da prescrição e da decisão discricionária de não instaurar o processo disciplinar, as investigações necessárias para satisfazer outras necessidades de conhecimento (seja de outras ilicitudes administrativas conexas ou independentes, ou outro

autor, sejam repercussões de instâncias penal ou civil) podem prosseguir em procedimento investigativo. Não se deve confundir o processo disciplinar, indisfarçadamente de natureza punitiva - e, portanto, de residual instauração -, com ritos suficientes para outras espécies de investigação.

Esta possibilidade de proceder a prévio arquivamento do feito antes mesmo de se deflagrar a instauração do processo contraditório ganha reforço quando se antecipa o teor do Parecer AGU nº GMF-3, que determinou o cumprimento, pela Administração, do acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF) no Mandado de Segurança nº 23.262/DF, em que a Corte declarou inconstitucional o comando do art. 170 da Lei nº 8.112, de 1990, e concedeu o não registro do fato apurado nos assentamentos do servidor impetrante. Uma das poucas justificativas que se poderia apresentar para a instauração de processo disciplinar em que já sabe de antemão extinta punibilidade pela prescrição era justamente a leitura positivada do princípio da oficialidade e da busca da verdade material com o fim de esclarecer o fato a ser registrado. Com a vedação a tal registro e com o resgate de fim meramente informativo e argumentativo de que, a rigor, no julgado, o STF declarou até mais (que, uma vez detectada a prescrição no curso de um processo disciplinar já iniciado, se deveria de imediato encerrar os trabalhos apuratórios inconclusos), tem-se mais estímulo para nem sequer deflagrar um novo processo. Se se teria amparo para parar um processo já em curso, com muito mais força se pode afirmar que também que se pode nem sequer instaurar um novo.

4.13.2 - Interrupção da Contagem do Prazo Prescricional e Retomada da Contagem

Conforme introduzido em **4.13**, afere-se a prescrição da punibilidade disciplinar em dois distintos momentos processuais. Já se tendo abordado em **4.13.1** a primeira incidência - em que o instituto atinge eventual demora entre o conhecimento do fato e a providência que se espera, qual seja, de instauração a tempo de processo disciplinar, fulminando o poder-dever de a Administração dar início a esta apuração contraditória -, aprecia-se agora o segundo momento.

Nesta segunda incidência, o instituto atinge eventual demora no curso do processo contraditório, quando a Administração, mesmo sabendo do cometimento da suposta irregularidade, não diligencia para uma célere e eficiente apuração, e vê fulminado o seu poder-dever de, ao final do rito, aplicar a pena correspondente à ilicitude porventura comprovada. Relembre-se que o longo prazo do processo em curso, por si só, como já visto em **4.3.7.1**, traz repercussões à vida funcional do servidor, além de afetar a necessária segurança da relação jurídica e afrontar o primado constitucional da duração razoável do processo.

O fato de a Administração ter instaurado validamente o processo disciplinar de forma tempestiva afasta apenas a primeira forma de se aferir a prescrição, descrita em **4.13.1.3**, chamada prescrição em perspectiva. Mesmo instaurado o feito disciplinar, ainda pode ocorrer prescrição, seja no curso da apuração no inquérito administrativo, seja no julgamento, até a aplicação da pena, em razão da demora por parte da Administração em fazê-lo.

Para esta segunda análise, presume-se que a primeira aferição de prescrição tenha sido satisfeita, ou seja, que o processo disciplinar tenha sido instaurado tempestivamente, uma vez que, do contrário, não faz sentido se deflagrar o rito contraditório se já se sabe prescrita a punibilidade no primeiro cômputo.

Nesta hipótese, de se ter instaurado validamente o processo disciplinar ainda no curso do prazo da primeira aferição prescricional, tem-se que, de acordo com o comando do § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, esta instauração interrompe a contagem,

desprezando-se todo o tempo que já havia transcorrido. O instituto processual da interrupção "zera" a contagem do prazo prescricional, permitindo que se desconsidere todo o tempo transcorrido entre o conhecimento do fato pela Administração até a instauração do processo disciplinar, e mantém a contagem interrompida por um determinado período. A instauração tempestiva supre apenas a primeira forma de se aferir a prescrição, passando a se contar a segunda forma, até o momento que a Lei delimita como a "decisão final".

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 142.*
> *§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.*

Esta interrupção da contagem do prazo prescricional se dá apenas uma única vez. As conhecidas, normais e consecutivas prorrogações de prazo das comissões e as designações de novos colegiados não mais operam a citada interrupção, segundo a manifestação do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), por meio de sua Formulação Dasp nº 279, na linha também da jurisprudência. Tampouco a conversão de sindicância disciplinar em processo administrativo disciplinar (PAD) reestabelece nova interrupção. E há a clara lógica nestas construções no sentido de a Administração não mais ser beneficiada com a interrupção da contagem do prazo prescricional (ou seja, com a retomada do cômputo a zero), pois os motivos aqui listados decorrem da inércia ou da equivocada percepção inicial do próprio ente estatal, sendo absolutamente injusto que ainda viesse a se beneficiar de suas próprias imprecisões, em total desacordo com o princípio da segurança da relação jurídica.

> *Formulação Dasp nº 279. Prescrição*
> *A redesignação da comissão de inquérito, ou a designação de outra, para prosseguir na apuração dos mesmos fatos não interrompe, de novo, o curso da prescrição.*
>
> *STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Gurgel de Faria, Mandado de Segurança nº 15.271/DF, DJe 29/5/2020, Ementa: "O termo inicial da prescrição (...) disciplinar estatal é a data do conhecimento do fato pela autoridade competente para instaurar o processo administrativo disciplinar, a qual se interrompe com a publicação do primeiro ato instauratório válido, seja a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar".*

Ademais, quando o § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, determina que a instauração de "sindicância" ou PAD interrompe a prescrição, é de se compreender que o legislador se referiu estritamente à sindicância disciplinar, prevista no *caput* do art. 143 e no art. 145 da mesma Lei, ao amparo da interpretação sistemática, pois em toda Lei, todas as menções a "sindicância" se referem exclusivamente à sua espécie disciplinar. A deflagração de sindicância investigativa ou de sindicância patrimonial ou de qualquer outro procedimento investigativo na subfase investigativa da fase de admissibilidade, antes da deflagração do rito contraditório, não acarreta a interrupção do prazo prescricional, mesmo que se faça com a formalidade de haver uma portaria de pessoal de instauração. Esta é a manifestação da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 1, de 4 de maio de 2011, em harmonia com a jurisprudência e com a doutrina.

> *Enunciado CGU/CCC nº 1, de 2011: "Prescrição. Interrupção. O processo administrativo disciplinar e a sindicância acusatória, ambos previstos pela lei n.º 8.112/90, são os únicos procedimentos aptos a interromper o prazo prescricional."*
>
> *STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10.316: "Ementa: A sindicância que interrompe o fluxo prescricional é aquela realizada como meio sumário de apuração de faltas e aplicação de penalidades outras que não a demissão, e não o procedimento meramente apuratório e esclarecedor de fatos,*

desprovido do contraditório e da ampla defesa e que não dispensa a posterior instauração do processo administrativo."

STJ, Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 13.072: "Ementa: A sindicância só interromperá a prescrição quando for meio sumário de apuração de infrações disciplinares que dispensam o processo administrativo disciplinar. Quando, porém, é utilizada com a finalidade de colher elementos preliminares de informação para futura instauração de processo administrativo disciplinar, esta não tem o condão de interromper o prazo prescricional para a administração punir determinado servidor, até porque ainda nesta fase preparatória não há qualquer acusação contra o servidor."

"(...) interrompemos a contagem do prazo prescricional quando da instauração da Comissão Sindicante Punitiva, da Comissão Disciplinar e da Comissão de Rito Sumário (por aplicação subsidiária).
Firmou-se o entendimento de que a modalidade de sindicância que interrompe a prescrição é a de cunho punitivo, por ser a que visa atender os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, assim como acontece no processo disciplinar e no rito sumário." Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pg. 128, Editora Fórum, 1ª edição, 2007

"(...) a interrupção do prazo prescricional dá-se com a instauração de sindicância, mas não aquela de caráter meramente investigatório. A sindicância que interrompe é a outra, marcada pelo exercício do contraditório e da ampla defesa, com a qual a administração busca alcançar o acusado com a aplicação de uma pena." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pg. 253, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001

Uma vez declarada nula a instauração de sindicância disciplinar ou de PAD, nos termos já aduzidos em **4.12.1**, a cuja leitura se remete, juridicamente, é como se ela nunca tivesse existido. Nesta hipótese, por óbvio, não pode atuar como demarcadora da interrupção do prazo prescricional, pois apenas a instauração válida pode acarretar este efeito jurídico. A jurisprudência aponta neste sentido, inclusive por meio da Súmula nº 635 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). É preciso atentar para a primeira aferição prescricional quando se refizer a instauração válida, pois há o risco de, neste momento, já ter se operado a chamada prescrição em perspectiva, não cabendo mais se cogitar de viabilidade punitiva.

STF, Segunda Turma, Ministro Relator Joaquim Barbosa, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.129/DF, DJe 30/04/2012, Ementa: "A anulação do processo administrativo original fixa como termo inicial do prazo a data em que o fato se tornou conhecido e, como termo final, a data de instauração do processo válido. Precedentes."

STJ, Súmula nº 635: "Na data em que a autoridade competente para a abertura do procedimento administrativo toma conhecimento do fato, interrompem-se com o primeiro ato de instauração válido - sindicância de caráter punitivo ou processo disciplinar - e voltam a fluir por inteiro, após decorridos 140 dias desde a interrupção."

STJ, Terceira Seção, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Mandado de Segurança nº 13.242/DF, DJe 19/12/2008, Ementa: "3. (...) a anulação do Processo Administrativo implica na perda da eficácia de todos os seus atos, e no desaparecimento de seus efeitos do mundo jurídico, o que resulta na inexistência do marco interruptivo do prazo prescricional (...), que terá como termo inicial, portanto, a data em que a Administração tomou conhecimento dos fatos.
4. Transcorridos mais de cinco anos entre o conhecimento da existência de falta pela autoridade competente e a instauração do segundo Processo Administrativo Disciplinar (que declarou a nulidade do primeiro), deve ser

reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado."

STJ, Terceira Seção, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 13.242/DF, DJe 26/8/2008, Ementa: "Anulado o Processo Administrativo Disciplinar, desaparecem seus efeitos do mundo jurídico, não obstante sejam aproveitadas as provas produzidas em seu bojo. Nesse sentido, a pretensa interrupção do prazo de prescrição inexistiu."

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/8.

Nota Técnica Coger nº 2021/8: "10. Iniciada a contagem da prescrição da ação disciplinar, seu prazo interrompe-se com a instauração de Sinac ou PAD - desde que ela não se tenha operado entre o conhecimento dos supostos ilícitos pela autoridade correcional e tal instauração -, recomeçando integralmente.
13. A prescrição é interrompida somente uma vez, e, segundo interpretação jurisprudencial, sua contagem assim permanece apenas durante o prazo para a conclusão do procedimento contraditório estabelecido na sua portaria de pessoal inaugural somado ao período de sua prorrogação e ao tempo legalmente previsto para o julgamento.
14. Então, no caso de PAD instaurado sob o rito ordinário, a prescrição recomeça sua contagem, desde o início, após 140 dias, que correspondem ao somatório dos prazos de conclusão e de prorrogação de sessenta dias, cada, e do período de vinte dias para o julgamento, previstos no caput dos arts. 152 e 167 da Lei nº 8.112, de 1990.
15. Já o PAD submetido ao rito sumário tem, como início da contagem da prescrição, o decurso de cinquenta dias da instauração, equivalentes à soma dos prazos de trinta, quinze e cinco dias para a conclusão, a prorrogação e o julgamento, respectivamente, conforme § 4º e 7º do art. 133 da Lei nº 8.112, de 1990.
16. Na Sinac, esse início ocorre passados oitenta dias de sua abertura, que é o resultado da soma dos prazos de conclusão e de prorrogação de trinta dias, cada, e do período de vinte dias para o julgamento, estabelecidos no parágrafo único do art. 145 e no caput do art. 167, ambos da citada Lei.
17. Instaurada uma Sinac, se essa for posteriormente convertida em PAD com base no inciso III do art. 145 da Lei nº 8.112, de 1990, essa conversão não interrompe novamente o prazo prescricional.
18. Também não interrompe o fluxo da prescrição designação de nova comissão processante para refazer ou ultimar os trabalhos, contanto que não seja decorrente de anulação do processo desde o seu início. Se for, a interrupção do prazo prescricional passa a valer a partir da instauração da Sinac ou do PAD válidos.

Com a instauração de sindicância disciplinar ou de PAD, a parte final do § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, determina a interrupção da prescrição, "até a decisão final proferida por autoridade competente". Como se verá em **4.13.2.1**, esta expressão requer detida análise e interpretação, pois não se cogita de que bastaria à Administração determinar a tempestiva instauração e, a partir daí, poder dispor de todo o tempo que lhe conviesse para chegar a uma decisão final. Como se verá adiante, a Advocacia-Geral da União (AGU) e a jurisprudência cuidaram de corretamente interpretar aquela expressão.

Antes de se prosseguir, reiterem-se os prazos que a Lei nº 8.112, de 1990, no parágrafo único do art. 145, no *caput* do art. 152 e no § 7º do art. 133, respectivamente, considerou factível para se ter decisão final tempestiva em cada rito, somando-se o prazo de julgamento do *caput* do art. 167 ou do § 4º do art. 133 (de se perceber que, neste ponto, o legislado não considerou a pena, estabelecendo prazos de conclusão apenas em função do rito empregado):

- sindicância disciplinar: 30 + 30 + 20 = 80 dias;
- PAD em rito ordinário: 60 + 60 + 20 = 140 dias;

- e PAD em rito sumário: 30 + 15 + 5 = 50 dias.

4.13.2.1 - Termo Final da Interrupção e Prescrição no Curso do Inquérito Administrativo ou do Julgamento (Depois de Instaurar o Rito Disciplinar)

Prosseguindo na descrição da construção estatutária da prescrição, o § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, reporta-se à hipótese ideal e esperada de o julgamento ocorrer tempestivamente, dentro do prazo que o próprio estatuto define para conclusão do processo disciplinar, dependendo do rito empregado. Neste caso, o ato mais posterior da manifestação da decisão final, ou seja, a lavratura não só do julgamento mas também a publicação da portaria punitiva, por parte da autoridade competente, se dá dentro daquele prazo de interrupção da contagem, que se associa unicamente ao rito (e não à pena). Aqui, a publicação da portaria punitiva ocorre em menos de 80 dias em sindicância disciplinar, em menos de 140 dias em processo administrativo disciplinar (PAD) em rito ordinário e em menos de 50 dias em PAD em rito sumário, contados a partir da data da publicação da portaria de pessoal de instauração.

Nestes termos pouco práticos e realísticos da mera literalidade legal, diz-se que o julgamento é tempestivo, porque a comissão concluiu a apuração e a autoridade julgou e apenou dentro do prazo idealmente previsto pelo legislador para a conclusão da espécie procedimental empregada (em até 80, 140 ou 50 dias, dependendo do rito), aí incluindo-se as providências finais, entre o julgamento e a publicação do ato de aplicação da pena.

Nesta construção legal de tempestividade, a interrupção da contagem prescricional se mantém até a data concreta do julgamento (que se dá em até 80, 140 ou 50 dias, dependendo do rito). Assim, no segundo momento de cômputo, se, em uma sindicância disciplinar, se logrou aplicar a pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias (não importa qual destas penas), por exemplo, em 75 dias, a interrupção se prolongou até a data desta decisão final, ou seja, se prolongou por exatos 75 dias (menos que os 80 dias regulamentares); analogamente, se, em um PAD em rito ordinário, se logrou aplicar qualquer pena, por exemplo, em 110 dias, a interrupção se prolongou até a data desta decisão final, ou seja, se prolongou por exatos 110 dias (menos que os 140 dias regulamentares).

Mas pode ocorrer - e muito comumente ocorre mesmo - de a conclusão do processo disciplinar extrapolar aquele prazo legal associado ao rito empregado. Neste caso, a expressão “até a decisão final proferida por autoridade competente” é interpretada como exatamente aquele prazo originalmente estabelecido em que a Lei prevê que seja concluída a apuração em cada rito (de 80, 140 ou 50 dias, contados da instauração).

Agora, nesta hipótese, mais comum e mais frequente, a interrupção da contagem prescricional se mantém até este prazo legal associado ao rito (de 80, 140 ou 50 dias), se o julgamento, incluindo a apenação, é intempestivo (feito após aquele prazo), cessando a interrupção a partir daquele ponto, com o prazo prescricional voltando a correr por inteiro, somando-se o prazo associado à pena.

Na verdade, em ambas hipóteses, opera-se aqui um efeito muito peculiar do regramento prescricional estabelecido pela Lei nº 8.112, de 1990: a instauração válida do rito disciplinar interrompe a contagem do prazo prescricional e, ato contínuo, também suspende esta contagem até a decisão final (quando tempestiva) ou até o prazo legal em que se deveria ter esta conclusão (se a decisão final é intempestiva). Neste sentido é a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GQ-144.

> *Parecer AGU nº GQ-144, não vinculante: “7. Em harmonia com os aspectos de que o art. 142 destina-se a beneficiar o servidor e o respectivo instituto da prescrição objetiva imprimir estabilização às relações que se estabelecem entre*

> *a administração e os servidores públicos, obstando que se perpetue a viabilidade da sanção disciplinar, é válido asserir que:*
> *a) interrupção do curso do prazo prescricional, como estatuída no § 3º, ocorre uma só vez quanto ao mesmo fato. Na hipótese em que a comissão não tenha concluído seus trabalhos no prazo estipulado e, por esse motivo ou outro qualquer, imponha-se a continuidade da investigação, a instauração de outro processo não terá o condão de novamente interromper o prazo prescricional;*
> *b) a ´decisão final´, capaz de fazer cessar a interrupção do prazo, é adstrita ao primeiro processo disciplinar válido, não se aproveitando a proferida noutro que, por qualquer razão, se tenha instaurado para dar seguimento à apuração do mesmo fato. Não ultimada a averiguação da falta, na data do término do prazo, incluído o dilatório, portanto, carecendo o processo de ´decisão final´, exaurem-se os efeitos da instauração e cessa a interrupção do transcurso do período prescricional, recomeçando a contagem de novo prazo, por inteiro (...).”*

A recomendação acima assumiu caráter normativo quando o Parecer AGU nº GQ-144 foi citado e sua tese ratificada pela AGU no Parecer AGU nº GQ-159:

> *Parecer AGU nº GQ-159, vinculante “9. Assim sendo, torna-se apropriado realçar os fundamentos da juridicidade da orientação supra (...). É ilação indutiva do raciocínio de que o término dos prazos de averiguação da falta, incluído o dilatório, e de julgamento, destarte, carecendo o processo de ´decisão final´, cessa a interrupção do transcurso do período prescricional, reiniciando a contagem de novo prazo, por inteiro.”*

Este também é o entendimento jurisprudencial e doutrinário:

> *STF, Primeira Turma, Ministro Relator Luiz Fux, Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 33.989/DF, DJe 08/06/2020, Ementa: “1. Nas infrações puníveis com demissão, a ação disciplinar prescreverá em cinco anos, começando a correr da data em que o fato se tornou conhecido, sendo interrompido pela abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar (...).*
> *2. (...) o prazo prescricional recomeça a contar, por inteiro, a partir da decisão final da autoridade competente ou após o transcurso do lapso temporal de 140 (...) dias que a Administração Pública possui para concluir o inquérito administrativo.”*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 22.728, Voto: (...) em se tratando de inquérito, instaurado este, a prescrição é interrompida, voltando esse prazo a correr novamente por inteiro a partir do momento em que a decisão definitiva não se der no prazo máximo de conclusão do inquérito, que é de 140 dias (artigos 152, ´caput´, combinado com o artigo 169, § 2º, ambos da Lei 8.112/90)”.*
>
> *STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 23.436: “Ementa: A interrupção prevista no § 3º do artigo 142 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cessa uma vez ultrapassado o período de 140 dias alusivo à conclusão do processo disciplinar e à imposição de pena - artigos 152 e 167 da referida Lei - voltando a ter curso, na integralidade, o prazo prescricional.”*
>
> *STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, Mandado de Segurança nº 23.464/DF, DJe 13/12/2019, Ementa: “A teor do que dispõem (...) os arts. 152 e 167 da Lei (...) n. 8.112/90, a orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, interrompida a prescrição pela instauração do processo administrativo disciplinar, a Administração dispõe do prazo máximo de 140 (...) dias para conclusão e julgamento, após o qual se dá início à contagem do prazo prescricional de 5 (...) anos.”*
>
> *“Vê-se, assim, a instituição de uma fórmula anômala de interrupção da*

> *prescrição, uma vez que a causa interruptiva (abertura de sindicância ou do processo disciplinar), ao mesmo tempo que corta, suspende até decisão final o prazo prescricional que vinha se projetando.*
> *Fosse uma causa interruptiva simples, o mesmo dia da interrupção descortinaria o início de um novo prazo de prescrição. No caso positivo (art. 142, § 3º, da Lei nº 8.112/90), tais circunstâncias, interrompendo e suspendendo ao mesmo tempo, somente admitem a iniciação de um novo prazo prescricional a partir da 'decisão final proferida por autoridade competente'.*
> *Vale destacar que tal decisão deverá ocorrer nos prazos legalmente deferidos pela lei para a conclusão da sindicância, que é de 80 dias. E para processo disciplinar, que é de 140 dias, conforme arts. 145, parágrafo único, 152 e 167 da Lei nº 8.112/90, respectivamente." José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pgs. 262 e 263, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

Convém enfatizar esta segunda hipótese, que é a mais factível, qual seja, de o julgamento ser intempestivo (não se dar dentro de 80, 140 ou 50 dias, dependendo do rito, contados da instauração): a partir deste respectivo marco temporal associado a cada rito, como a interrupção havia "zerado" a contagem ocorrida desde o conhecimento do fato até a instauração, reinicia-se por inteiro a fluência do prazo prescricional (de 180 dias para advertência, ou de dois anos para suspensão ou de cinco anos para pena capital), conforme o § 4º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, não mais se interrompendo, independentemente de prorrogações de prazos e designações de novas comissões e de instauração de PAD em decorrência de sindicância disciplinar.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 142.*
> *§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.*

Nestes termos práticos e realísticos, diz-se que o julgamento é intempestivo, porque a comissão concluiu a apuração e a autoridade julgou e apenou além do prazo idealmente previsto pelo legislador para a conclusão da espécie procedimental empregada, aí incluindo-se as providências finais, entre o julgamento e a publicação do ato de aplicação da pena, devendo a estes 80, 140 ou 80 dias se somar o prazo prescricional associado à pena, de 180 dias, 2 anos ou 5 anos.

Neste segundo caso, na prática, no segundo momento de cômputo, o prazo prescricional contado a partir da instauração do processo disciplinar, a cada caso, equivale à soma combinada do prazo legal de conclusão do rito processual com o prazo prescricional relativo à pena aplicada. Então, a partir da data de sua designação, ou seja, a partir da data de publicação da portaria de pessoal de instauração, combinando-se todas as possibilidades, a comissão pode ter para si os seguintes prazos, para que não incida a prescrição, extinguindo a punibilidade:

- em caso de advertência, a portaria de pessoal de punição deve ser publicada:
  - em 260 (80 + 180) dias da instauração da sindicância disciplinar;
  - ou em 320 (140 + 180) dias da instauração do PAD em rito ordinário;
  - ou em 230 (50 + 180) dias da instauração do PAD em rito sumário (embora excepcional, existe esta possibilidade, conforme **4.11.1**);
- em caso de suspensão de até trinta dias, a portaria de pessoal de punição deve ser publicada:
  - em dois anos e oitenta dias da instauração da sindicância disciplinar;
  - ou em dois anos e 140 dias da instauração do PAD em rito ordinário;

- ou em dois anos e cinquenta dias da instauração do PAD em rito sumário (embora excepcional, existe esta possibilidade, conforme **4.11.1**);

- em caso de suspensão superior a trinta dias, a portaria de pessoal de punição deve ser publicada:
  - em dois anos e oitenta dias da instauração da sindicância disciplinar posteriormente convertida em PAD (conforme já aduzido em **4.13.2**, não há nova interrupção e não se conta com a suspensão da contagem de 140 dias do PAD);
  - ou em dois anos e 140 dias da instauração do PAD em rito ordinário;
  - ou em dois anos e cinquenta dias da instauração do PAD em rito sumário (embora excepcional, existe esta possibilidade, conforme **4.11.1**);
- em caso de pena capital, a portaria de pessoal de punição deve ser publicada:
  - em cinco anos e oitenta dias da instauração da sindicância disciplinar posteriormente convertida em PAD (conforme já aduzido em **4.13.2**, não há nova interrupção e não se conta com a suspensão da contagem de 140 dias do PAD);
  - ou em cinco anos e 140 dias da instauração do PAD em rito ordinário;
  - ou em cinco anos e cinquenta dias da instauração do PAD em rito sumário

Na forma de tabela, sintetizam-se os seguintes prazos prescricionais a serem computados entre a data da publicação da portaria de pessoal de instauração do rito e a data de publicação da portaria de pessoal punitiva:

Penalidade	Em sindicância disciplinar	Em PAD sob rito ordinário	Em PAD sob rito sumário
Advertência	80 + 180 = 260 dias	140 + 180 = 320 dias	50 + 180 = 230 dias (excepcional)
Suspensão de até 30 dias	2 anos e 80 dias	2 anos e 140 dias	2 anos e 50 dias (excepcional)
Suspensão de 31 a 90 dias	2 anos e 80 dias (convertida em PAD)	2 anos e 140 dias	2 anos e 50 dias (excepcional)
Penas expulsivas	5 anos e 80 dias (convertida em PAD)	5 anos e 140 dias	5 anos e 50 dias

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/8.

> *Nota Técnica Coger nº 2005/8: "Ementa: (...) O prazo prescricional começará a correr cessada a interrupção, ou seja, após 140 dias (PAD rito ordinário), 80 dias (Sindicância Disciplinar) ou 50 dias (PAD rito sumário). (...)"*

Em abordagem bem simples acerca do período em que, após a interrupção da contagem do prazo, a sua retomada permance suspensa, é como se a Lei concedesse à Administração uma "franquia", um período que, a critério do legislador, é o esperado, o ideal e o suficiente para se concluir o apuratório disciplinar, dentro do qual não se cogita de cobrar da Administração, por meio da prescrição, a sua inércia ou demora. Após o esgotamento deste período franqueado, inicia-se, contra a Administração, a contagem do prazo prescricional.

Em reforço a outros motivos de ordem prática abordados em **3.4.2**, tem-se mais uma razão para não se recomendar a instauração de sindicância disciplinar com base na Lei nº 8.112, de 1090: o menor prazo prescricional, pois, nela, a "franquia" após a interrupção é de apenas oitenta dias, enquanto no PAD é de 140 dias. Diante de situação fática que impõe apuração disciplinar, devendo-se seguir para ambos o mesmo rito contraditório, recomendando-se a designação também de um trio processante, e ainda se tendo menor prazo prescricional, não resta justificativa para instaurar sindicância disciplinar.

Acrescente-se ainda que, caso a Administração efetivamente aplique determinada pena dentro do prazo prescricional (ou seja, dentro de 180 dias, de dois anos ou de cinco anos após as “franquias” de oitenta, 140 ou cinquenta dias, dependendo da pena e do rito), e posteriormente esta apenação venha a ser anulada ou revogada administrativamente ou anulada judicialmente, terá se cessado a contagem do prazo prescricional na data da publicação do ato punitivo. Se houver interesse público e motivação para a retomada dos trabalhos, a Administração ainda contará com o saldo do prazo prescricional que não foi utilizado até a apenação anulada ou revogada. Em outras palavras, isto quer dizer que o prazo prescricional ainda restante independe do tempo decorrido desde a publicação da apenação anulada ou revogada até a retomada dos trabalhos. Ressalve que esta hipótese aqui abordada em nada se confunde com a hipótese de, antes da aplicação de qualquer pena, seja por entendimento da própria Administração, seja por ordem judicial, se anule ou se revogue parte dos trabalhos apuratórios e se os reinicie ou os retome, pois, neste caso, a contagem do prazo prescricional não sofre descontinuidade.

4.13.2.2 - Suspensão da Contagem do Prazo Prescricional

Como regra geral, uma vez deflagrada a contagem do prazo prescricional, seja antes da instauração do processo disciplinar, seja depois, incidentes processuais não possuem o condão de suspender o fluxo.

Ocorrências como licença médica do acusado, estratégias procrastinatórias, evasivas e omissivas da defesa, incapacidade logística, técnica ou operacional para realização de qualquer ato de intrução probatória, aguardo de laudos periciais ou técnicos, dentre outros, não suspendem o prazo prescricional. Não obstante, diante destas espécies de razões ordinárias para que paralisem os trabalhos no curso do inquérito administrativo, a comissão deve comunicar ao Grupo Nacional de Comissões (GNC), a fim de que este cientifique a autoridade instauradora acerca da ocorrência.

A priori, a única exceção que se prevê é a existência de determinação judicial impedindo o prosseguimento do processo. Neste caso, em geral decorrente de obtenção, por parte do acusado, de ordem judicial para suspender o curso dos trabalhos, não se poderá imputar à Administração inércia no deslinde da questão. Daí, se o processo é sobrestado em decorrência de medidas judiciais tomadas pela parte, durante este sobrestamento, o prazo prescricional da punibilidade administrativa mantém-se suspenso, voltando a fluir do ponto em que parou quando cessarem os efeitos das ações judiciais, computando-se o tempo já decorrido antes da suspensão. Deve a comissão notificar o acusado acerca do início da suspensão do prazo prescricional, bem como de sua retomada. O mesmo não se aplica quando o acusado obtém decisão judicial que apenas determina refazimento de determinado ato, sem impor a paralisação dos trabalhos.

Este entendimento se harmoniza integralmente com o comando do inciso I do art. 199 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC), com a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio da Comissão Permanente de Procedimentos Disciplinares, da Consultoria-Geral da União (CPPAD/CGU/AGU), estampada no Parecer n° 3/2018/CPPAD/CGU/AGU, que inclusive redundou na edição de enunciado, e também da jurisprudência e da doutrina.

> *CC - Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:*
> *I - pendendo condição suspensiva;*
>
> *Parecer nº 3/2018/CPPAD/CGU/AGU: “Enunciado: A ordem judicial de suspensão da investigação ou do processo administrativo disciplinar suspende o fluxo do prazo prescricional, antes ou depois da sua instauração, durante o período em que a referida decisão produziu efeitos, retomando-se a contagem,*

pelo prazo restante, quando cessada a suspensão. A autoridade administrativa deverá intimar o servidor investigado/acusado do início da suspensão, bem como da retomada do fluxo do prazo prescricional.
29. Assim, a despeito de não haver regra expressa na Lei nº 8112, de 1990, é curial entendermos que a ordem judicial de suspensão do processo administrativo disciplinar deve repercutir diretamente no prazo prescricional daquele, suspendendo-se, pois, também o seu transcurso, enquanto mantida a suspensão por ordem judicial do processo administrativo disciplinar.
36. Essa suspensão do prazo prescricional deve, por evidente, pela Comissão Processante, ser objeto de intimação ao investigado/acusado, tendo em vista os princípios da ampla defesa e do contraditório, aliás, direitos fundamentais trazidos no inciso LV do art. 5º da Carta Maior.
37. Por oportuno, considere-se que, tanto o termo inicial, quanto o termo final da suspensão do prazo prescricional do processo administrativo disciplinar devem observar as datas de intimação pessoal da União nos autos judiciais."

STF, Segunda Turma, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 37.117/DF, DJe 29/09/2020, Ementa: "(...) no que diz respeito à contagem do prazo prescricional para julgamento de processo administrativo disciplinar suspenso (...) por determinações judiciais, a decisão (...) está em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Suprema Corte, ao desconsiderar os intervalos em que o processo administrativo disciplinar esteve suspenso por decisão judicial."

STJ, Terceira Seção, Rel. Ministro Felix Fischer, Mandado de Segurança nº 13.385/DF, DJe 24/06/2009, Ementa:"O deferimento de provimento judicial (...) que determina a autoridade administrativa que se abstenha de concluir procedimento (...) disciplinar suspende o curso do prazo prescricional da pretensão punitiva administrativa. (...) no curso do procedimento disciplinar vigorou, por mais de um ano, decisão judicial (...) que impediu a autoridade administrativa de concluir e dar publicidade à decisão final deste procedimento, circunstância que afasta a ocorrência da alegada prescrição."

"Contudo, há uma exceção. O prazo prescricional pode ser suspenso por decisão expressa do Poder Judiciário. Assim, caso o acusado em um processo disciplinar, entendendo que seus direitos não estão sendo garantidos no decorrer daquele apuratório, recorra ao Poder Judiciário, pode o juiz determinar a suspensão dos trabalhos correicionais, até que o processo judicial chegue ao seu final.
Deste modo, se o Poder Judiciário determinar a suspensão dos trabalhos em um procedimento correicional, o lapso prescricional também será conseqüentemente suspenso. Nesta hipótese, cessando a causa que gerou a suspensão - como, por exemplo, no caso de reforma da decisão prolatada pelo juízo que determinou a suspensão do processo - o curso da prescrição irá prosseguir do ponto que havia sido paralisada.", Controladoria-Geral da União, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 405 e 406, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13

"Quando a suspensão do direito estatal de apurar provier de decisão judicial, esta , concomitantemente de suspender a fluência do prazo prescricional, com vista a garantir o direito de o Estado dar continuidade à persecução após o fim das questões que motivaram a suspensão do procedimento disciplinar – aplicação do contraponto do dever de cumprir a decisão judicial vs. o direito de persecução disciplinar após o deslinde das questões que motivaram a suspensão do procedimento - faceta da indisponibilidade do interesse público.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pg. 258, Editora Juruá, 1ª edição, 2013

> *"Se, durante o curso do inquérito disciplinar, uma ordem judicial liminar suspende-lhe o andamento, como se conta o prazo (..)? Somente em decorrência de ordem judicial o prazo pode ser suspenso (ou interrompido), voltando a ser contado na hipótese de determinação no mesmo processo, para sua continuação." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 121, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*
>
> *"Gravíssimo problema ocorre quando, depois de aplicada uma penalidade de demissão, por exemplo, o servidor ingressa em juízo pedindo a anulação do processo e sua reintegração. Se nenhuma liminar for deferida, o servidor continuará demitido, a Administração não terá razões para abrir nenhum processo contra ele dentro do prazo recursal - pois o servidor está demitido - e quando o Poder Judiciário, sempre lento, decidir que o servidor deve ser reintegrado por alguma falha formal do processo, não haverá mais tempo para se instaurar novo processo administrativo disciplinar que corrija a falha apontada pelo Judiciário, porque entre a abertura do primeiro PAD e a data do julgamento da ação judicial, muito provavelmente já terão se passado mais de 5 anos e 140 dias. Neste caso a solução é sustentar que o Poder Disciplinar não pode ser penalizado por uma prescrição a qual não podia evitar e aguardar o que o Judiciário irá dizer.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 168, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*
>
> *"À luz dos parâmetros da justiça e da razoabilidade imanentes ao direito, deve prevalecer o raciocínio de que a ordem judicial, enquanto válida, tolhe ao Estado o exercício do seu direito de punir e, por conseguinte, suspende a prescrição, visto que não se cuida de inércia da Administração Pública em exercitar sua prerrogativa, mas de provimento judicial inibitório. O processo administrativo disciplinar poderá ser retomado tão-logo cessem os efeitos do decreto judicial. A partir de então retoma seu fluxo a contagem do prazo prescricional.*
> *Não se poderá falar em interrupção da prescrição, contudo, se a Justiça apenas determina a repetição de ato processual, porque viciado por cerceamento de defesa ou outra falha imputável à própria Administração Pública, às autoridades administrativas instauradora e julgadora ou ao colegiado processante, visto que, nessa hipótese, o Estado, tendo violado direito ou garantia formal do acusado, não pode colher o benefício de interromper o lapso temporal de prescrição (...)."Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pgs. 839 e 840, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2021/8.

> *Nota Técnica Coger nº 2021/8: "19. Quando o andamento da Sinac ou do PAD é sobrestado por ordem judicial, o prazo prescricional fica suspenso até que essa decisão seja revertida, voltando a fluir do ponto em que parou, devendo-se comunicar o início e o fim da suspensão ao acusado.*

Em caráter excepcional, ainda acerca de suspensão do prazo prescricional, um dado importante a se considerar é a eficácia da Medida Provisória (MP) nº 928, de 23 de março de 2020. Esta MP alterou a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019 (Covid-19). No que aqui interessa, a MP incluiu o art. 6º-C àquela Lei, suspendendo, em seu parágrafo único, a contagem prescricional dos processos disciplinares enquanto perdurasse o estado de calamidade relacionado à Covid-19. No entando, não tendo sido convertida em lei no prazo previsto nos §§ 3º, 4º e 7º do art. 62 da Constituição Federal (CF), de sessenta dias prorrogáveis por igual período a contar de sua publicação, em 23/03/20, perdeu eficácia em 21/07/20, conforme Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congreso Nacional nº 93, de 30 de julho de 2020.

Assim, para processos disciplinares que incluem em sua contagem de prazo prescricional o período de 23/03/20 a 21/07/20, há aqui o efeito de suspensão por 120 dias, tanto no primeiro cômputo, antes da instauração, quanto no segundo cômputo, após a instauração.

> *Lei nº 13.979, de 2020 - Art. 6º-C Não correrão os prazos processuais em desfavor dos acusados e entes privados processados em processos administrativos enquanto perdurar o estado de calamidade de que trata o Decreto Legislativo nº 6, de 2020. (Redação dada pela MP nº 928, de 2020)*
> *Parágrafo único. Fica suspenso o transcurso dos prazos prescricionais para aplicação de sanções administrativas previstas na Lei nº 8.112, de 1990, na Lei nº 9.873, de 1999, na Lei nº 12.846, de 2013, e nas demais normas aplicáveis a empregados públicos. (Redação dada pela MP nº 928, de 2020)*

4.13.3 - Hipótese de Crime

Segundo o mandamento do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o prazo da prescrição penal (estabelecido no art. 109 ou no art. 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - CP) deverá ser aplicado em instância administrativa, no *quantum* temporal da punibilidade disciplinar, na hipótese de a infração estatutária ser também tipificada como crime (por exemplo, em lista não exaustiva, crimes contra Administração Pública, do CP, e contra a ordem tributária, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990).

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 142.*
> *§ 2° Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.*
>
> *CP*
> *Prescrição antes de transitar em julgado a sentença*
> *Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010)*
> *I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);*
> *II - em 16 (dezesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);*
> *III - em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);*
> *IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);*
> *V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da penal é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);*
> *VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010)*
> *Prescrição das penas restritivas de direito*
> *Parágrafo único. Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.*
> *Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória*
> *Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.*
> *§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010)*

Todavia, diante do silêncio da Lei nº 8.112, de 1990, é controverso se, para aplicação

do prazo prescricional penal, há ou não a necessidade de algum pré-requisito de concomitância fática na instância penal. Uma vez que a Lei não explicitou sequer se é de preponderar a resposta negativa, com que, neste extremo, ficaria a cargo da própria autoridade administrativa, ao admitir proposta de instauração de processo disciplinar, ou ao julgar o feito com proposta apenadora, além de aquilatar o enquadramento correto, também avaliar a possível subsunção criminal a cada caso, menos ainda deixou claro, caso prepondere a resposta afirmativa, se tal marco autorizador requereria a instauração em sentido estrito de processo penal, como o meio instrumental em que transcorre a ação penal, ou se restaria satisfeito com a oferta de denúncia pelo Ministério Público Federal (MPF) ou ainda pela simples deflagração da investigação criminal por meio da instauração do inquérito policial.

Inicialmente, o tema se marcou tanto pela escassez de enfrentamento quanto pela alternância, ao longo do tempo, dos entendimentos jurisprudenciais. Mas, a rigor, pode-se vislumbrar diferenças entre a linha de manifestações exaradas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

De um lado, embora por inúmeras vezes o STF tenha sido provocado a se manifestar sobre tema prescricional em processo disciplinar e mais especificamente sobre a incidência do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, são escassos os julgados em que a Corte se debruçou sobre o pormenor da necessidade ou não de haver algum grau de cognição penal para que se aplique este comando legal. Mas, nos poucos julgados em que enfrentou esta questão, o STF tendeu a fazer aqui refletir o princípio da independência das instâncias penal e administrativa para, majoritariamente, concordar com a desnecessidade de algum pré-requisito de concomitância fática na instância penal. De forma geral, o STF caminhou no sentido de inicialmente manifestar dispensabilidade de ação penal (deixando dúvida acerca da exigência de inquérito policial) para, por fim, expressar de forma inequívoca a desnecessidade de qualquer cognição da instância penal para que a autoridade administrativa se convença da incidência do prazo prescricional penal, conforme demonstram crescentemente os julgados abaixo.

> *Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 31.506: "Ementa: 1. Capitulada a infração administrativa como crime, o prazo prescricional da respectiva ação disciplinar tem por parâmetro o estabelecido na lei penal (art. 109 do CP), conforme determina o art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, independentemente da instauração de ação penal. Precedente: MS 24.013, Rel. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence."*
>
> *Mandado de Segurança nº 35.631: "Ementa: (...) Conduta que caracteriza infração administrativa e penal. legitimidade da aplicação do prazo prescricional da lei penal, independentemente, de instauração de procedimento na esfera criminal. (...)."*
>
> *Voto - Conforme exposto no julgado ora recorrido, esta Corte, à luz do art. 142, § 2º, da Lei 8.112/1990, firmou orientação no sentido de que basta a capitulação da infração administrativa como crime para ser considerado o prazo prescricional previsto na lei penal no processo administrativo disciplinar. Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes [MS-ED 35631 e MS 33736].*
> *No caso dos autos, constata-se que a infração disciplinar objeto do processo administrativo disciplinar instaurado pelo Corregedor-Geral da União para apurar a responsabilidade do impetrante também se qualifica como delito penal, o que atrai a aplicação do prazo prescricional diferenciado.*
> *Assim, é indiferente o argumento de que o agravante 'nunca foi indiciado, denunciado ou muito menos condenado por qualquer crime, em especial aquele capitulado no art. 325 do Código Penal', uma vez que a jurisprudência firmou-se no sentido de ser irrelevante a instauração de processo penal a respeito da caracterização de crimes pelas infrações administrativas imputadas ao*

> *impetrante, para fins de cálculo da prescrição, ressalvadas as hipóteses de reconhecimento, na esfera penal, da inexistência do fato ou negativa de autoria. Cito, a propósito, os julgados a seguir [RMS 33.937 e RMS-AgR 31.506]*
> *Dessa forma, sendo necessária apenas a capitulação da infração administrativa como crime para ser considerado o prazo prescricional previsto na lei criminal, não prospera o recurso, no ponto.*
> *(Agravo Regimental em Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 35.383/DF, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, julgado pela 2ª Turma do STF na sessão virtual de 21 a 27/06/2019, publicado no DJe de 06/08/2019)*

Já de outro lado, o STJ, tendo sido provocado mais vezes a se pronunciar sobre o tema, assentou, por longo período, que o mero paralelismo entre o enquadramento administrativo e o tipo penal e a suposta existência de indícios de crime não seriam suficientes para a utilização do prazo prescricional penal. Prevalecendo à época entendimento contrário ao do STF, o STJ uniformizava que não bastaria que o fato objeto da persecução disciplinar também encontrasse tipicidade criminal e fosse capitulado como crime na lei penal ou que tão somente apresentasse indícios de crime para que a autoridade administrativa pudesse avaliar a possível subsunção criminal e aplicasse o prazo de prescrição previsto na lei penal, devendo haver algum grau de cognição penal para que se autorizasse a influência sob apreço. Havia, no entanto, divergência acerca do exato nível de cognição penal exigido, ou seja, quanto ao pré-requisito necessário para a adoção do prazo da prescrição penal.

Encontravam-se julgados do STJ estabelecendo que, para que se tivesse legítima a aplicação, em instância disciplinar, do prazo prescricional previsto na lei penal, não bastaria que o fato sob persecução administrativa possuidor de tipificação como crime tivesse sido objeto apenas de investigação criminal no âmbito de inquérito policial, requerendo, de forma mais restritiva, que, em elevado grau de cognição criminal, concomitantemente, tivesse sido instaurado o processo penal. E, de outro lado, também se viram outros julgados cogitando de que bastaria que o fato sob persecução administrativa também fosse objeto de apuração na esfera criminal e, uma vez que se interpreta, com auxílio da doutrina especializada, que a expressão “apuração penal” compreende tanto a investigação criminal no âmbito de inquérito policial quanto a instrução processual penal, em instância estrita do processo penal, esta parcela do posicionamento jurisprudencial requeria menor grau de cognição criminal, autorizando que bastaria que fosse inaugurada a persecução penal (e não necessariamente a instauração da ação penal) para que se tivesse legítima a aplicação, em instância disciplinar, do prazo prescricional previsto na lei penal.

Neste ínterim, administrativamente, a Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC), já havia asseverado, no seu Enunciado CGU/CCC nº 5, de 19 de outubro de 2011, o entendimento alinhado à postura majoritária do STF que concedia à autoridade administrativa a capacidade de aquilatar se determinada conduta amolda-se a alguma tipicidade penal.

> *Enunciado CGU/CCC nº 5, de 2011: “Prescrição disciplinar. Crime. Persecução penal. Para aplicação de prazo prescricional, nos moldes do § 2º do art. 142 da Lei 8.112/90, não é necessário o início da persecução penal.”*

Neste contexto de razoável indefinição se seria dispensável qualquer grau de cognição na instância penal ou se seria necessária apenas a existência de inquérito policial ou a deflagração de ação penal em face do servidor para que se pudesse transportar o prazo da prescrição penal para a processualística disciplinar (já que a jurisprudência do STF ainda não era absolutamente cristalina a favor da total desnecessidade e a jurisprudência do STJ alternava o grau de exigência), a Advocacia-Geral da União (AGU) emitiu seu Parecer AGU nº AM-3, vinculante em toda Administração Pública federal.

Naquele momento, a AGU adotou a posição intermediária de exigir que houvesse no mínimo inquérito policial, tendo expressado como motivação para eleger essa condicionante o fato de que nem todos julgados do STF exigiam existência de ação penal, mas, na prática, em todos tinha havido inquérito policial. Na ocasião, a AGU manifestou ainda a necessidade de rever em parte o teor do seu antigo Parecer AGU n° GQ-164, na passagem em que deixava interpretar desnecessidade de cognição na sede penal.

Quando o tema parecia adequadamente pacificado, logo após a publicação do Parecer AGU nº AM-3, eis que o STJ manifestou entendimento diverso daquele que adotou por longo período, julgando determinado caso na mesma linha permissiva pró-Administração majoritária do STF, qual seja, da total desnecessidade de cognição na instância penal para incidir o comando do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, e em seguida ratificou a sedimentação deste novo entendimento, conforme julgados abaixo.

> *STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Mandado de Segurança nº 20.857/DF, DJe 12/06/2019, Ementa: "Administrativo. Mandado de Segurança. Prazo. Prescrição. Lei penal. Aplicação às infrações disciplinares também capituladas como crime. Art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/1990. Existência de apuração criminal. Desnecessidade. Autonomia e independência das instâncias administrativa e penal. Precedentes do STF. Sedimentação do novo entendimento da primeira seção sobre a matéria. Prescrição afastada no caso concreto. Writ denegado no ponto debatido.*
> *1. Era entendimento dominante desta Corte Superior o de que 'a aplicação do prazo previsto na lei penal exige a demonstração da existência de apuração criminal da conduta do Servidor. Sobre o tema: MS 13.926/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 24/4/2013; MS 15.462/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 22/3/2011 e MS 13.356/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 1º/10/2013'.*
> *2. Referido posicionamento era adotado tanto pela Terceira Seção do STJ - quando tinha competência para o julgamento dessa matéria - quanto pela Primeira Seção, inclusive em precedente por mim relatado (MS 13.926/DF, DJe 24/4/2013).*
> *3. Ocorre que, em precedente recente (EDv nos EREsp 1.656.383-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. em 27/6/2018, DJe 5/9/2018), a Primeira Seção superou seu posicionamento anterior sobre o tema, passando a entender que, diante da rigorosa independência das esferas administrativa e criminal, não se pode entender que a existência de apuração criminal é pré-requisito para a utilização do prazo prescricional penal.*
> *4. Não se pode olvidar, a propósito, o entendimento unânime do Plenário do STF no MS 23.242-SP (Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 10/4/2002) e no MS 24.013-DF (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 31/3/2005), de que as instâncias administrativa e penal são independentes, sendo irrelevante, para a aplicação do prazo prescricional previsto para o crime, que tenha ou não sido concluído o inquérito policial ou a ação penal a respeito dos fatos ocorridos.*
> *5. Tal posição da Suprema Corte corrobora o entendimento atual da Primeira Seção do STJ sobre a matéria, pois, diante da independência entre as instâncias administrativa e criminal, fica dispensada a demonstração da existência da apuração criminal da conduta do servidor para fins da aplicação do prazo prescricional penal.*
> *6. Ou seja, tanto para o STF quanto para o STJ, para que seja aplicável o art. 142, § 2º da Lei n. 8.112/1990, não é necessário demonstrar a existência da apuração criminal da conduta do servidor. Isso porque o lapso prescricional não pode variar ao talante da existência ou não de apuração criminal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada à segurança jurídica. Assim, o critério para fixação do prazo prescricional deve ser o mais objetivo possível - justamente o previsto no dispositivo legal referido -, e não oscilar de forma a gerar instabilidade e insegurança jurídica para todo o sistema.*
> *7. A inexistência de notícia nos autos sobre a instauração da apuração criminal*

> *quanto aos fatos imputados à impetrante no caso concreto não impede a aplicação do art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/1990."*
>
> *STJ, Segunda Turma, Ministro Relator Herman Benjamin, Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança nº 58.488/BA, DJe 02/10/2020, Ementa: "Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Prescrição. Termo inicial. Ciência da autoridade administrativa competente. Penalidade de demissão. Proporcionalidade. Histórico da demanda. 8. A Primeira Seção firmou o entendimento de que, 'para que seja aplicável o art. 142, § 2º da Lei nº 8.112/1990, não é necessário demonstrar a existência da apuração criminal da conduta do servidor' (MS 20.857/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Og Fernandes, DJe 12.6.2019)."*

Novamente, fez-se necessária a apreciação do tema no âmbito da AGU. Mediante provocação interna, o órgão de assessoramento jurídico foi obrigado a rever seu posicionamento, por meio do seu Parecer AGU nº JL-6, aprovado em 12/11/20, adotando a linha que sempre se extraiu do STF e que por fim o STJ sedimentou e que também já era esposada pela CGU/CCC em seu Enunciado CGU/CCC nº 5, de 2011. Ademais, a AGU manifestou a superação do seu entendimento que havia sido externado pelo Parecer AGU nº AM-3.

Harmonizando todas as fontes, consolidou-se o entendimento de que a aplicação do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, prescinde de qualquer procedimentalização ou iniciativa na instância criminal, nem de inquérito policial, tampouco de oferta de denúncia pelo MPF e muito menos de ação penal, bastando a cognição de parte do agente administrativo de que os fatos apurados em sua instância se amoldam à definição de tipo penal. O Parecer da AGU consagrou a interpretação de que a aplicação da hipótese positivada no comando legal em apreço ao caso concreto reveste-se apenas da qualidade de mera atividade administrativa de executar e de fazer cumprir o texto de Lei, ao mesmo tempo independente da instância criminal e não interferente nas atribuições exclusivas do Poder Judiciário.

De um lado, esta construção jurisprudencial e administrativa homenageia o princípio da independência das instâncias, positivado no art. 125 da Lei nº 8.112, de 1990, ao entender que o instituto da prescrição disciplinar não poderia ficar vinculado ao manejo ou não da seara penal. De outro lado, obviamente, admite como exceção a hipótese de a instância criminal já ter se manifestado a favor da absolvição, antes da apenação estatutária, em razão da decisão judicial que afaste a existência do fato ou da sua autoria, uma vez que tal sentença absolutória impede qualquer responsabilização disciplinar acerca do mesmo fato, conforme o consecutivo art. 126 da mesma Lei, sendo o efeito prescricional mero corolário.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.*
> *Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.*
>
> *Parecer AGU nº JL-6, vinculante: "Ementa: I - A aplicação do § 2º do art. 142 da Lei n.º 8.112/90 prescinde da existência de inquérito policial ou ação penal, ou seja, a capitulação da infração disciplinar também como crime pela Administração é suficiente para fundamentar a utilização dos prazos prescricionais penais. II - Os posicionamentos constantes dos Pareceres nº AM-02 e AM-03 devem ser superados.*
> *48. Após o rigoroso cotejo das correntes jurisprudenciais e doutrinárias acerca do tema, acredita-se que a aplicação do § 2º do art. 142 da Lei n.º 8.112/90 não requer a instauração prévia de inquérito policial ou ação penal.*
> *51. Evidentemente, em seu texto, o comando legal não exige inquérito policial, denúncia, ação penal, sentença criminal nem muito menos sentença criminal transitada em julgado.*

> *55. Com efeito, ao realizar tal tarefa, a Administração exerce sua função administrativa típica. A capitulação do crime pela Administração para os fins almejados pelo § 2º do art. 142 da Lei n.º 8.112/90 é exercício da função administrativa. Mais precisamente, é decorrência do poder disciplinar ostentado pela Administração.*
> *58. Dessa forma, não é razoável exigir instauração de inquérito policial, oferecimento de denúncia ou existência de ação penal para o exercício da atividade administrativa descrita no § 2º do art. 142 da Lei n.º 8.112/90.*
> *59. Como dito, a capitulação na forma do § 2º do art. 142 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais retrata exercício da função administrativa e não se confunde, de modo algum, com usurpação da jurisdição penal pela Administração."*

Importa um detalhe ainda neste tema, a ser levado em conta, uma vez que a prescrição é um instituto de natureza material, e não de natureza processual, não possuindo aplicabilidade imediata nos casos em curso ao tempo de eventual alteração do regramento prescricional em Direito material. A mudança de entendimento operada pelo Parecer AGU nº JL-6, revogando o entendimento que havia sido externado pelo Parecer AGU nº AM-3, em geral, atua no sentido de estender o prazo prescricional para ale´m dos cinco anos estatutários. Com isto, a mudança de posicionamento administrativo não deixa de ser prejudicial às defesa, sendo-lhe vedada a aplicação retroativa. Como tal, passa a ter efeito prospectivo, ou seja, aplicável somente aos fatos cujo conhecimento de parte da autoridade correcional tenha se dado após a publicação da peça jurídica revogadora, o que se deu em 13/11/20. Este é o entendimento que se extrai também da AGU, desta vez por meio da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares, da Consultoria-Geral da União (CNPAD/CGU/AGU), estampada no Parecer n° 3/2022/CNPAD/CGU/AGU.

> *Parecer nº 3/2022/CNPAD/CGU/AGU: "Ementa: 5. O entendimento aprovado pelo PARECER Nº JL - 06, de 2020, no sentido de que a Administração independe de procedimento na seara penal para reconhecer a extensão do prazo prescricional aos apuratórios disciplinares, somente se aplica a fatos conhecidos pelas Autoridades competentes instauradoras a partir de 13 de novembro de 2020, data na qual foi publicado, e,assim, tornado vinculante para a Administração Pública Federal aquele entendimento.*
> *54. Não se poderia, pois, sequer cogitar que tal entendimento, que vem a, de regra, aumentar os prazos prescricionais de apuração disciplinar, poderia valer retroativamente, com base em todo o exposto no presente Opinativo, concluindo-se, pois, pelo fato de as regras de prescrição, por serem de Direito material, serem as regentes, nos termos do art. 189 do Código Civil, que assim prevê: "violado o direito, nasce a pretensão, que se encobre pela prescrição.' Ora, o início da fluência do prazo prescricional da pretensão em análise vai depender do momento em que a violação ao direito se deu. E esse prazo prescricional é fixado no momento do conhecimento do fato violador pela Autoridade competente para a instauração do processo disciplinar."*

No que tange ao pormenor da possível absolvição criminal, cabe mencionar outra manifestação da AGU, desta vez por meio da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares, da Consultoria-Geral da União (CNPAD/CGU/AGU), estampada no Parecer n° 4/2019/CNPAD/CGU/AGU. Esta peça, por um lado, acrescenta à causa de negação do fato ou da autoria a absolvição criminal, ocorrida antes da apenação estatutária, decorrente de excludente de ilicitude como hipótese que impossibilita a aplicação, por parte da Administração, do prazo prescricional penal, pois aqui também sequer se cogita de repercussão disciplinar; mas, por outro lado, defende que ainda se pode aplicar este prazo se a decisão absolvedora tiver decorrido de insuficiência de provas para condenação criminal, conforme ampara a jurisprudência.

> *Parecer nº 4/2019/CNPAD/CGU/AGU: "Ementa: I. Aplica-se o prazo*

> *prescricional penal em relação à infração administrativa também capitulada como crime nas hipóteses de absolvição na esfera criminal. II. Nas hipóteses de absolvição por inexistência do fato, negativa de sua autoria ou reconhecida excludente de ilicitude o servidor acusado não poderá ser responsabilizado na esfera administrativa pelo mesmo fato, consoante o art. 126 da Lei nº 8.112, de 1990, e o art. 8º, da Lei nº 13.869, de 2019, razão pela qual a discussão acerca da aplicação do prazo prescricional penal fica prejudicada."*
>
> *STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 9.516: "Ementa: Ainda que os recorrentes tenham sido absolvidos na esfera criminal, por insuficiência de provas, incensurável a decisão que consignou a não-ocorrência da prescrição da ação disciplinar, instaurada no curso do prazo prescricional da transgressão, também conceituada como crime."*
>
> *STJ, Mandado de segurança nº 9.772: "Ementa: 2. A absolvição na esfera criminal em nada influi no resultado do PAD, salvo se tivesse ficado provado, na ação penal, a inexistência do fato ou que o servidor acusado não foi seu autor, o que não ocorreu in casu (...). 3. (...) E no referido precedente, ainda que o policial civil tivesse sido absolvido na esfera criminal, o fato que a ele foi imputado também configurava crime, motivo pelo qual a prescrição penal foi aplicada consoante a dicção do art. art. 197, § 2º, da LC-RS nº 10.098/94."*

Reconhece-se que o Parecer AGU nº JL-6 possui uma construção interessante: a própria Lei nº 8.112, de 1990, menciona, além do sobredito § 2º do art. 142, outras possibilidades de o agente administrativo ter de fazer construção cognitiva acerca de existência de tipificação ou não da conduta apurada, como se enumeram o art. 126-A, o parágrafo único do art. 144, o parágrafo único do art. 154 e o art. 171.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública. (Incluído pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011)*
> *Art. 144.*
> *Parágrafo único. Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.*
> *Art. 154.*
> *Parágrafo único. Na hipótese de o relatório da sindicância concluir que a infração está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente encaminhará cópia dos autos ao Ministério Público, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar.*
> *Art. 171. Quando a infração estiver capitulada como crime, o processo disciplinar será remetido ao Ministério Público para instauração da ação penal, ficando trasladado na repartição.*

Não se oculta a preferência autoral a favor da linha que seria mais cautelosa e favorável à defesa, por meio da qual o emprego, em instância disciplinar, do prazo prescricional previsto em lei penal somente se daria quando houvesse efetiva cognição penal, com instauração de ação penal, visto que tal postura, em regra, refletiria posição mais conservadora de poupar a Administração a se manifestar sobre matéria criminal, ao mesmo tempo em que adotaria, em regra, menor prazo prescricional da ação punitiva estatal (salvo algumas exceções, pelo menos em termos de penas *in abstracto*, o prazo prescricional penal é maior que cinco anos). Inclusive, havia posicionamentos institucionais neste sentido, em peças propositivas oriundas de debates internos (a saber, as Orientações Coger nº 18, 19, 20 e 23), obviamente já superadas.

Não obstante, é irrecusável posicionar que, embora aqui se trate de um trabalho livremente doutrinário, os Pareceres da AGU (mais até que a jurisprudência superior - que é referencial e que inclusive pode voltar a se alterar), aprovados e oficialmente publicados pelo Presidente da República assumem força de lei na Administração Pública federal, à luz do § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10/02/93, como é o caso do Parecer AGU nº JL-6. Portanto, ao agente administrativo, como aplicador da lei e do Direito, diante de um Parecer AGU vinculante, não lhe cabe outra alternativa a não ser seguir a peça do órgão máximo de assessoramento jurídico do Poder Executivo federal. Ademais, trata-se de adoção do entendimento mais favorável à Administração. Ora, se mais do que mero amparo jurídico, há mesmo verdadeiro dever de o agente administrativo empregar a linha interpretativa que mais favorece a preservação da atuação estatal e do interesse público, não há motivo e muito menos possibilidade de se agir de forma divorciada do Parecer AGU nº JL-6.

Assim, sob ótica institucional, a análise conglobante de todas as fontes informadoras do tema (princípios reitores, jurisprudência, Enunciado CGU/CCC e Parecer AGU), na linha de integração do silêncio do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, no que diz respeito a se exigir ou não pré-requisitos fáticos para a aplicação do seu comando, esclarece que a posição oficial reinante da Administração é no sentido de que não se exige qualquer grau mínimo de cognição penal, ou seja, nem mesmo a deflagração do inquérito policial, para que se autorize a Administração a considerar o prazo prescricional penal na hipótese de compreender que os fatos sob apuração encontram tipicidade criminal.

Com isto, de imediato, sedimenta-se a resposta ao primeiro questionamento a provocar o tema em tela: não há a necessidade de nenhum grau de cognição penal para que se autorize a aplicação do prazo prescricional penal na esfera disciplinar. Ao contrário, *a priori*, à vista de todo o exposto, uma vez configurado o único pré-requisito fático de a conduta possuir subsunção criminal, é inafastável a incidência do prazo prescricional previsto no CP, visto que o comando do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, em reforço com o Parecer AGU nº JL-6, não comporta discricionariedade.

Não obstante o acima exposto, a favor da adoção da postura mais pró-Adminstração com a aplicação do *quantum* prescricional penal, em termos práticos, na atuação correcional no âmbito da RFB, deve o agente administrativo ter como horizonte de seu trabalho o prazo prescricional da Lei nº 8.112, de 1990, qual seja, de cinco anos para penas expulsivas, devendo a comissão e a autoridade julgadora envidarem todos os esforços para que o processo disciplinar sempre seja concluído e julgado em até cinco anos e 140 dias da instauração. Além de ser um prazo factível e razoável para que se conclua o trabalho, sua adoção afasta qualquer risco de judicialização de parte da defesa, que pode sempre obter algum provimento judicial discrepante de todo o ordenamento vigente e vinculante. E, na mesma linha, sem conflito com o Parecer AGU nº JL-6, mais uma vez se menciona o já citado Parecer n° 4/2019/CNPAD/CGU/AGU.

> *Parecer nº 4/2019/CNPAD/CGU/AGU: "17. Contudo, importante se faz uma ponderação: considerando que a aplicação do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, é de aplicação excepcional, dando ensejo, via de regra, à aplicação de maiores prazos prescricionais para a persecução de infrações disciplinares; considerando a oscilação dos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça; considerando que a atividade administrativa se funda, entre outros, na segurança jurídica, sugere-se que, para evitar qualquer reconhecimento nas instâncias judiciais de eventual ocorrência de prescrição, busquem as autoridades instauradoras e julgadoras, na medida do possível, se ater ao prazo prescricional previsto no caput do art. 142 da referida Lei."*

Superadas as controvérsias em torno da necessidade ou não de existência de elevado grau de cognição penal como pré-requisito fático concomitante na esfera criminal, passa-se a abordar os questionamentos acerca da forma de se instrumentalizar a aplicação do prazo

prescricional penal na instância disciplinar.

De um lado, se poderia cogitar da integral migração da forma como a instância penal opera o instituto da prescrição, com a qual se faria refletir, no que coubesse, na instância administrativa, os comandos inseridos nos arts. 111 a 118 do CP. Nesta linha, a mais imediata comparação que se faria seria a do termo inicial da contagem do prazo prescricional, qual seja, conforme a regra geral do art. 111 do CP, se contaria o prazo prescricional a partir do dia da consumação da conduta ilícita e não do conhecimento do fato. Também se poderia questionar se as diversas hipóteses suspensivas e interruptivas do curso da prescrição, todas de exclusiva conotação penal, respectivamente previstas em dois incisos e em um parágrafo do art. 116 do CP e em seis incisos do art. 117 do CP, teriam aplicabilidade na instância disciplinar.

Todavia, nenhuma destas possibilidades se sustenta, visto que a Lei nº 8.112, de 1990, em seu art. 142, ao tratar da prescrição, excepcionou a favor da influência penal exclusivamente a transposição do prazo da prescrição, conforme a literalidade do § 2º, nada prevendo de alteração na forma administrativa de cálculo prescricional. Ou seja, configurada a condição fática para que incida o comando do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, na hipótese de o ilícito disciplinar em apuração também configurar crime, impõe-se tão somente que se substitua na contagem da prescrição da pena administrativa o prazo (o *quantum* de tempo) prescricional que a lei penal prevê para aquele ilícito criminal, mantendo-se a forma de computar a prescrição da instância administrativa. Em outras palavras, na hipótese em tela, mantêm-se inalterados os conceitos de que o termo inicial do prazo prescricional se dá com o conhecimento do fato por parte da Administração (e não com o cometimento do fato); de que, uma vez conhecido o fato, a instauração do processo disciplinar tem de se dar dentro do prazo prescricional e interrompe a prescrição; de que a interrupção cessa-se, por uma única vez, sem nenhuma aplicabilidade disciplinar das hipóteses previstas nos seis incisos do art. 117 do CP, em cinquenta, 80 ou 140 dias, de acordo com o rito; de que, a partir daí, computa-se na íntegra o prazo prescricional; e de que somente por determinação judicial é que se suspende a contagem da prescrição, restando também inaplicáveis as três possibilidades suspensivas do art. 116 do CP. A única especificidade que se tem na hipótese em tela é que o prazo (o valor temporal) prescricional, seja para instaurar após o conhecimento do fato, seja para aplicar a pena após cessada a interrupção, é aquele que a lei penal prevê para a prescrição do crime (e não o de cinco anos, por exemplo, para as penas expulsivas administrativas).

A interpretação acima, acerca da manutenção da forma de cômputo da prescrição administrativa, aplicando-se apenas o prazo da lei penal quando o ilícito disciplinar também configura crime, encontra apoio na jurisprudência não só administrativa (inclusive da AGU, por meio da CNPAD/CGU/AGU, no já mencionado Parecer nº 4/2019/CNPAD/CGU/AGU) mas também do STJ e na doutrina, *verbis*:

> *Parecer nº 4/2019/CNPAD/CGU/AGU: "Ementa: III. Ainda que se aplique o prazo prescricional previsto na seara penal, a contagem na esfera administrativa é regida pelas normas administrativas."*
>
> *Parecer PGFN/Cojed nº 1.172/2013: "32. Alerte-se, por oportuno, que, embora se aplique o prazo previsto na seara penal, a sua aplicação na esfera administrativa é regida pelas normas administrativas. Ou seja, não obstante a aplicação dos prazos de prescrição da lei penal, as hipóteses de início, interrupção e suspensão da Lei nº 8.112, de 1990, continuam a ser aplicáveis porque ali se encontram previstas expressamente."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 10.078: "Ementa: 2. Havendo o cometimento, por servidor público federal, de infração disciplinar capitulada também como crime, aplicam-se os prazos de prescrição da lei penal e as interrupções desse prazo da Lei 8.112/90, quer dizer, os prazos são os da lei penal, mas as interrupções, do Regime Jurídico, porque nele expressamente previstas.*

> *Precedentes. 3. A Administração teve ciência, em 22/5/1995, da infração disciplinar praticada pelo impetrante, quando se iniciou a contagem do prazo prescricional que, todavia, foi interrompido com a abertura da sindicância, em 16/9/1995. Ocorrendo o encerramento dessa investigação em 15/12/1995, a partir desta data o prazo de prescrição começou a correr por inteiro."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 9.568: "Voto: (...) Da leitura dos referidos dispositivos legais, conclui-se que, havendo o cometimento, por servidor público federal, de infração disciplinar capitulada também como crime, observam-se os prazos de prescrição da lei penal. Deduz-se, também, que a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição. (...) De outra parte, não obstante a aplicação dos prazos de prescrição da lei penal, as hipóteses de interrupção da Lei 8.112/90 continuam a ser observadas porque ali se encontram previstas expressamente."*
> *Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 9.772 e Recursos em Mandado de Segurança nº 13.395, 15.585, 17.882, 18.319 e 21.930*
>
> *"Observe-se que apenas os prazos da prescrição penal serão utilizados pela esfera administrativa, e não a forma de contagem, pois o § 2º do art. 142 da Lei 8.112/90 se referiu expressamente aos prazos e não à forma de contagem.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 168, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Vencidas as controvérsias acerca da necessidade ou não de pré-requisitos fáticos concomitantes na instância criminal e acerca da forma de se operar o instituto da prescrição, uma vez que o dispositivo em comento da Lei nº 8.112, de 1990, traz à tona o prazo prescricional penal, faz-se necessário abordar a diferenciação naquele prazo que o CP estabelece para a prescrição penal antes ou depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, de acordo com os arts. 109 e 110 do CP. Antes do referido trânsito em julgado, verifica-se a prescrição penal em função da pena *in abstracto* (ou seja, a prescrição é configurada de acordo com a pena máxima prevista no tipo penal abstratamente), dada no art. 109 do CP. Por sua vez, já tendo ocorrido o trânsito em julgado, verifica-se a prescrição penal em função da pena *in concreto* (ou seja, a prescrição é configurada de acordo com a pena efetivamente imposta na sentença do caso concreto, após seu cálculo final), dada no art. 110, combinado com o art. 109 do CP. Há posicionamento institucional neste sentido.

> *Orientação Coger nº 21*
> *Dependendo se a incidência do prazo prescricional penal, na instância disciplinar, se faz antes ou depois do trânsito em julgado da ação penal condenatória, o prazo a se aplicar é da pena em abstrato ou da pena em concreto, respectivamente previstos nos arts. 109 e 110 do Código Penal, ainda que estes se revelem menores que o prazo prescricional estatutário.*

Embora mais uma vez seja silente a Lei nº 8.112, de 1990, a fonte jurisprudencial já pacificou que, no caso de incidência em instância disciplinar do comando do § 2º do art. 142 daquela Lei, se, no momento de aplicação da pena administrativa sob molde do prazo prescricional penal, não houver trânsito em julgado de ação penal pelo mesmo fato, o prazo prescricional a ser transposto para a forma de cálculo administrativa é aquele extraído do art. 109 do CP, qual seja, regulado em abstrato pela pena máxima cominada ao correspondente crime. Por outro lado, se, no momento de aplicação da pena administrativa sob molde do prazo prescricional penal, já tiver ocorrido trânsito em julgado de ação penal pelo mesmo fato, o prazo prescricional a ser transposto para a forma de cálculo administrativa é aquele extraído do art. 110 do CP, qual seja, regulado em concreto pela pena efetivamente aplicada ao crime sentenciado no caso concreto, também conforme a jurisprudência.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 10.078: "Ementa: 4. Na esfera penal, o impetrante foi condenado à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, havendo o trânsito em julgado para a acusação em fevereiro de 2001. Por*

conseguinte, a prescrição passou a ser de 4 (quatro) anos, porquanto calculada com base na pena in concreto, de acordo com os arts. 109 e 110 do Código Penal, c/c o art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90. 5. Desse modo, o prazo de prescrição tem como termo a quo a data de encerramento dos trabalhos de sindicância, que ocorreu em 15/12/1995, pelo que se tem como termo final 15/12/1999. Assim, quando da publicação do ato de demissão do impetrante, em 23/9/2004, já havia transcorrido integralmente o prazo prescricional da pretensão punitiva do Estado."

STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 30.965, Voto: "Assim, havendo sentença penal condenatória, o prazo prescricional para a punição disciplinar deve ser computado segundo a pena em concreto aplicada. Tendo a condenação sido fixada em dezoito anos, o prazo prescricional somente se encerraria vinte anos após a data em que o fato se tornou conhecido pela Administração. A demissão do Recorrente ocorreu antes do transcurso desse período, razão pela qual não há falar em prescrição da pretensão punitiva disciplinar."

STJ, Mandado de Segurança nº 14.040: "Ementa: 1. O prazo da prescrição no âmbito administrativo disciplinar, havendo sentença penal condenatória, deve ser computado pela pena em concreto aplicada na esfera penal, nos termos dos artigos 109 e 110 do Código Penal. Desse modo, não há falar em prescrição da pretensão punitiva estatal quando da aplicação, em 2008, da penalidade de demissão a servidor condenado a 18 (dezoito) anos de reclusão pela prática de ilícito que se tornou conhecido da Administração em 1996, pois não ultrapassados 20 (vinte) anos."

STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 13.395: "Ementa: 2. Ao se adotar na instância administrativa o modelo do prazo prescricional vigente na instância penal, deve-se aplicar os prazos prescricionais ao processo administrativo disciplinar nos mesmos moldes que aplicados no processo criminal, vale dizer, prescreve o poder disciplinar contra o servidor com base na pena cominada em abstrato, nos prazos do artigo 109 do Código Penal, enquanto não houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado para acusação, e, após o referido trânsito ou improvimento do recurso da acusação, com base na pena aplicada em concreto (artigo 110, parágrafo 1º, combinado com o artigo 109 do Código Penal)."
Idem: STF, Mandado de Segurança nº 23.242; e STJ, Recursos em Mandados de Segurança nº 15.363 e 15.933

Ainda neste tema, importante destacar, por um lado, que, uma vez aplicada a pena administrativa antes de ocorrer trânsito em julgado de condenação penal pelo mesmo fato, com base no prazo prescricional tomado pela pena em abstrato no art. 109 do CP, caso, ao final do processo penal decorrente daquele fato, a pena em concreto tenha menor prazo prescricional no art. 110 do CP, não se opera a retroação deste efeito na instância disciplinar, nem mesmo se o apenado provocar a Administração com pedido de alguma espécie recursal ou de revisão. Uma pena estatutária por fato também cominado como crime e que tenha sido regular e tempestivamente aplicada (quer dizer, tendo sido a pena administrativa aplicada de acordo com as regras processuais que a regulavam e dentro do prazo prescricional vigente à época, contabilizado em função da pena *in abstrato*, uma vez que ainda não havia sentença penal condenatória transitada e julgado), não pode ser desconstituída em razão de posterior prazo prescricional em concreto menor. A jurisprudência sustenta que, uma vez concretizada a apenação administrativa, como um ato jurídico perfeito, esta não se modifica em razão de prescrição retroativa, pois, mesmo que a sentença penal aplique, em concreto, pena de menor prazo prescricional, neste caso, o instituto da retroatividade da prescrição não se reflete na instância administrativa. A sentença penal condenatória transitada em julgado e a respectiva pena *in concreto* somente repercutem no *quantum* do prazo prescricional administrativo se o

processo disciplinar ainda estiver em curso. Cabe mais uma vez mencionar a manifestação da AGU, por meio da CNPAD/CGU/AGU, estampada no seu Parecer nº 4/2019/CNPAD/CGU/AGU.

> *Parecer nº 4/2019/CNPAD/CGU/AGU: "Ementa: IV. Não cabe aplicação retroativa da extinção da punibilidade na esfera penal após o julgamento na esfera disciplinar."*
>
> *STJ, Mandado de Segurança nº 12.043: "Ementa: 4. 'Ao se adotar na instância administrativa o modelo do prazo prescricional vigente na instância penal, deve-se aplicar os prazos prescricionais ao processo administrativo disciplinar nos mesmos moldes que aplicados no processo criminal, vale dizer, prescreve o poder disciplinar contra o servidor com base na pena cominada em abstrato, nos prazos do artigo 109 do Código Penal, enquanto não houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado para acusação[...]' (RMS 13.395/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ de 2/8/2004, p. 569). 5. No caso ora analisado, o ato demissório - datado de 01 de setembro de 2000 - foi publicado anteriormente à sentença penal condenatória, prolatada em 22 de junho de 2004, não havendo que se falar em aplicação à infração disciplinar os prazos prescricionais penais com base na pena aplicada em concreto, senão com base na pena cominada em abstrato, que, no caso do crime de peculato, o qual possui pena máxima em abstrato de 12 (doze) anos, seria de 16 (dezesseis) anos."*
>
> *STJ, Recurso Especial nº 1.376.377: "Ementa: 3 - Pretender que a posterior redução da sanção penal e a consequente extinção da punibilidade dos mesmos réus (alcançadas anos depois em distintos habeas corpus) devessem retroagir para fins de reconhecimento da prescrição da correlata pretensão punitiva disciplinar, com a eliminação das demissões antes aplicadas, seria admitir hipótese de indevida repercussão da decisão penal na esfera administrativa, porquanto ao arrepio daquelas situações taxativamente autorizadas pelo legislador."*

Prosseguindo na esteira da discussão das repercussões advindas do prazo prescricional previsto no CP, é de se atentar que não necessariamente a incidência do comando do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, significa um maior prazo prescricional na instância administrativa. A princípio, até se pode cogitar de que jamais teria sido intenção do legislador contemplar o servidor responsável por ilícito tão grave a ponto de configurar crime com um prazo prescricional menor do que o prazo quinquenal das penas expulsivas estatutárias. Todavia, tendo em vista que não há expressa previsão na Lei de preservar o prazo mínimo quinquenal, é possível, dependendo do crime, que o prazo da prescrição penal seja inferior a cinco anos, sobretudo quando se tem decisão penal transitada em julgado e que impõe a consideração da pena *in concreto*. Mesmo nestas hipóteses de diminuição do prazo de prescrição, preservando a coerência, conforme entende a jurisprudência, não há como deixar de adotar o prazo prescricional penal, com base em inaceitável posicionamento casuisticamente favorável à Administração para defender em vão a prevalência do prazo quinquenal. O Parecer AGU nº JL-6 enfrentou este tema, ao amparo de jurisprudência.

> *Parecer AGU nº JL-6, vinculante: "78. Além disso, a visualização da desnecessidade de investigação policial para o emprego do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90 não traduz injustiça para o servidor faltoso. Isso porque a extensão dos prazos prescricionais penais é uma escolha legítima do legislador pautada na percepção de que as infrações administrativas também capituladas como crime são mais graves que as outras faltas disciplinares, o que recomenda a adoção de prazos prescricionais mais longos para aquelas.*
> *79. Todavia, em algumas situações pode acontecer de a aplicação do § 2º do art. 142, do Estatuto dos Servidores Públicos Federais resultar em prazo prescricional mais curto do que aquele previsto para o ilícito funcional no*

apropriado inciso do art. 142."

STJ, Mandado de Segurança nº 8.560: "Ementa: 1. Nos termos do art. 142, § 2.º, da Lei n.º 8.112/90, o prazo prescricional previsto na lei penal aplica-se à infração disciplinar também capitulada como crime. 2. Tendo o TRF da 1.ª Região, em sede de apelação criminal, reduzido para o mínimo legal a pena imposta ao ora Impetrante pela prática do delito de concussão, o prazo prescricional deve ser regulado pelo disposto no art. 109, inciso V, do Código Penal (04 anos)."

STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 15.363: "Ementa: (...) Logo, o prazo da prescrição na esfera administrativa se computa da pena in concreto, (...), sendo, na hipótese dos autos, de 4 (quatro) anos."
Idem: STJ, Recursos em Mandado de Segurança nº 17.882 e 18.319

Importa reconhecer o reflexo, em instância disciplinar, que a analogia do comando exposto no art. 119 do CP impõe à prescrição administrativa quando se tem hipótese de concurso criminal, ou seja, de cometimento de mais de um crime. Melhor explicando, por força do art. 119 do CP, quando o réu responde por concurso de crimes, a prescrição penal incide sobre a pena relativa a cada crime isoladamente, obrigando-se que, em uma mesma ação penal, se cogite de distintas aferições de prescrição, cujos prazos podem ser iguais para cada crime ou até mesmo diferentes entre si. Ou seja, em caso de concurso de crimes, a prescrição penal não é tomada, na lista de prazos prescricionais do art. 109 do CP, em função da soma das penas que se cumulam em concurso material e tampouco em função do *quantum* decorrente da exasperação em concurso formal (conforme estabelecem os arts. 69 e 70 do CP), à vista da conceituação já exposta em **2.5.3.4**. E este comando vale para a consideração da prescrição penal tanto antes do trânsito em julgado, obrigando que se considerem as respectivas penas máximas de cada crime em concurso, quanto depois do trânsito em julgado, obrigando que se considerem as penas efetivamente aplicadas para cada crime em concurso (por tal motivo, obriga-se que a sentença estabeleça a pena individualizada para cada crime).

CP - Art. 119. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)

Prosseguindo na hipótese, se este réu de ação penal por concurso criminoso é servidor e se tais crimes mantêm associação com o cargo que ocupa, pode ocorrer de um único processo disciplinar englobar as apurações das distintas infrações disciplinares vinculadas a cada um daqueles crimes. Daí, uma vez que o § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, obriga que se apliquem na esfera disciplinar os prazos de prescrição penal, isto importará em excepcional aferição de prescrição individualizada para cada infração estatutária (seja pela pena máxima de cada crime, se esta aplicação se dá antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, seja pela pena efetivamente aplicada a cada crime, se esta aplicação se dá após o trânsito em julgado da sentença condenatória). Pode-se ter, então, a excepcional e atípica situação de, em um mesmo processo disciplinar, conviverem individualizados e até mesmo diferentes prazos prescricionais para infrações abarcadas em único apuratório (seja por conexão, seja continência).

Por fim, mantém-se a recomendação exposta em **4.7.4.1**, quando se defendeu, com base no Parecer AGU nº GQ-124, vinculante, e na Formulação Dasp nº 128, que não cabe à comissão disciplinar apurar crime contra Administração Pública, nos termos do inciso I do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990. Ao amparo do princípio da independência das instâncias, conforme se verá em **4.14.3**, na hipótese de o ilícito disciplinar também poder caracterizar crime, a comissão processante indicia com base no ilícito disciplinar e, se for o caso, no relatório, conclui pelo seu cometimento e menciona a incursão criminal para a autoridade administrativa competente para o julgamento (que é a quem interessa de fato o tema prescricional), cabendo então a esta autoridade aplicar a pena expulsiva prevista na Lei nº

8.112, de 1990, e, se for o caso de ainda não haver concomitante persecução criminal, proceder à representação ao MPF.

Ainda no que se refere à consagrada independência das instâncias penal e administrativa, caso se reflita na punibilidade disciplinar o transcurso do prazo tomado da leitura conjunta do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, e do art. 109 ou do art. 110 do CP, a autoridade administrativa é competente para declarar a prescrição disciplinar, independentemente de manifestação do juízo criminal, em harmonia com os comandos do art. 112 da Lei nº 8.112, de 1990, e do art. 52 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, ambos mencionados em **4.13**. Prosseguindo no rumo da independência das instâncias, é de se ressaltar que, na hipótese de apuração disciplinar sob incidência do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, o fato de se ter fluído o prazo prescricional referente à punibilidade da instância penal não necessariamente, apenas por si só, também vincula a prescrição da punibilidade administrativa, pois pode ocorrer de, para o *quantum* do prazo prescricional advindo da lei penal, aplicado à forma de cômputo administrativa, ainda não se tenha configurado a prescrição da pena estatutária sob esta distinta forma de computar. Há posicionamentos institucional e jurisprudencial neste sentido.

> *Orientação Coger nº 22*
> *A prescrição da punibilidade disciplinar, com aplicação do prazo prescricional penal, pode ser declarada pela autoridade administrativa, independentemente de provimento judicial.*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 23.242: "Ementa: I - Ilícito administrativo que constitui, também, ilícito penal: o ato de demissão, após procedimento administrativo regular, não depende da conclusão da ação penal instaurada contra o servidor por crime contra a administração pública, tendo em vista a autonomia das instâncias."*
>
> *"(...) em virtude da independência das instâncias, administrativa e criminal, a autoridade julgadora (...) não está obrigada a aguardar futuro decreto judicial, declaratório do reconhecimento da superveniência da barreira prescricional (...).*
> *O próprio agente decisor administrativo pode apreciar e auto-aplicar os prazos diretamente à instância administrativa (...)" Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pg. 805, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

4.13.4 - Peculiaridades do Abandono de Cargo

Conforme já se opinou em **2.5.3.4** e em **4.7.4.2**, o ilícito administrativo de abandono de cargo parece melhor se amoldar à natureza instantânea, uma vez ser bastante defensável se interpretar que a ilicitude se configura somente no exato e pontual trigésimo primeiro dia de ausência intencional ininterrupta (não se devendo confundir com o fato de que a conduta absenteísta e seus efeitos já se façam sentir desde o primeiro e além do trigésimo primeiro dia de falta). Ademais, ainda que o servidor se prolongue no curso do tempo em conduta absenteísta, também soa perfeitamente razoável entender que não há configuração de mais de um ilícito a cada 31 dias de ausência ininterrupta.

Coerentemente com esta livre linha de entendimento, se compreenderia que a prescrição do ilícito administrativo de abandono de cargo, em consonância com a inteligência que se extrai do inciso I do art. 111 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), teria sua contagem iniciada no trigésimo primeiro dia de ausência ininterrupta, no dia em que a ilicitude se consumaria, independentemente de o servidor perseverar na conduta absenteísta.

Mas é de se reconhecer que o tema comporta salutares polêmicas, características da matéria jurídica, podendo-se contrapor aqui entendimentos jurisprudenciais e doutrinários perfilados nos campos opostos, de defesa da natureza instantânea e de defesa da natureza permanente do ilícito de abandono de cargo.

E o que poderia ser uma estéril discussão teórico-conceitual ganha contornos relevantes quando se lembra que é justamente a definição da natureza jurídica que definirá a forma de contagem prescricional, conforme já se introduziu e já se posicionou no início deste tópico

Encerrando então a discussão - ao menos no que tange à mera aplicação do ordenamento pelo agente administrativo -, eis que, materialmente, a Advocacia-Geral da União (AGU) definiu, em seu Parecer AGU nº GMF-6, o abandono de cargo como um ilícito de natureza permanente, em razão de sua consideração de que a intenção faltosa do servidor permeia não apenas o período mínimo configurador da infração (qual seja, de exatos e suficientes 31 dias consecutivos) mas também toda a extensão temporal em que o autor persevera ausente. E é de se destacar que o citado Parecer AGU, tendo sido aprovado e publicado oficialmente, nos termos do *caput* do art. 40 da Lei Complementar (LC) nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, passou a integrar de forma vinculante o ordenamento, ao qual, indiscutivelmente, se submete o aplicador administrativo do Direito. Na esteira, o órgão máximo de assessoramento jurídico do Poder Executivo firmou, à luz do inciso III daquele mesmo supracitado art. 111 do CP, que o termo inicial da prescrição se dá com a cessação da permanência, ou seja, com a cessação da conduta absenteísta do agente; ou ainda, em mais específicas e claras palavras, quando o servidor retorna ao serviço.

> *Parecer AGU nº GMF-6, vinculante: "Ementa: II - A vontade do agente incide diretamente não apenas para a configuração do abandono de cargo, mas também para a situação de permanência que produz efeitos jurídicos, restando caracterizada, portanto, a prorrogação de sua base consumativa. III - A infração funcional de abandono de cargo possui caráter permanente e o prazo prescricional apenas se inicia a partir da cessação da permanência. IV - Deve-se ter a superação (overruling) das razões de decidir (ratio decidendi) sufragadas nos Pareceres GQ - 206, GQ - 207, GQ - 211 e GQ - 214, com eficácia prospectiva, com base nas recentes decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, na doutrina e na legislação ordinária estadual."*

Relembrando que já se expôs em **4.13.1.3** que a primeira aferição de prescrição se dá desde o conhecimento do fato supostamente ilícito até a instauração do processo disciplinar, neste caso específico do abandono de cargo, a leitura conjunta do Parecer AGU nº GMF-6 e do inciso III do art. 111 do CP faz operar a presunção legal de que o fato se torna conhecido na cessação da conduta absenteísta do faltoso. A partir daí, a autoridade competente tem o prazo de cinco anos para instaurar o devido processo em rito sumário. Cita-se doutrina na mesma linha.

> *"Parte da doutrina e da jurisprudência considera o abandono de cargo como ilícito instantâneo de efeitos permanentes (...) todavia, divergindo dessa prestigiosa corrente majoritária, acreditamos, abstraindo-se de sua abordagem em sede de direito penal, tratar-se de ilícito permanente (somente), cuja consumação, embora ocorrida, perpetua-se no tempo, pelo período posterior ao trigésimo dia de ausência ao serviço (...) nos ilícitos permanentes, a contagem prescricional sequer se inicia, na medida em que a consumação se prolonga por todo o período de afastamento indevido do servidor, mesmo após o trigésimo dia, obstando o transcurso desse prazo. Essa, a nosso sentir, deve ser a abordagem dada ao tema." Sandro Lúcio Dezan, "Ilícito Administrativo Disciplinar em Espécie - Comentários às Infrações Previstas na Lei 8.112/90", pg. 214, Editora Juruá, 1ª edição*

Como consequência direta desta construção, tem-se que, enquanto o faltoso não retoma sua atividade laboral e se mantém em ininterrupta ausência intencional ao trabalho, não há que se falar em deflagração daquele primeiro cômputo prescricional, aferido antes da instauração do processo disciplinar. No caso específico do abandono de cargo, pode-se ter, então, a peculiaridade de se dar início à persecução disciplinar sem que nem sequer se tenha configurado o início da contagem da prescrição (configuração praticamente impossível ou, no mínimo, pouco provável de ocorrer nas demais materialidades, para as quais a regra geral daquele termo inicial é o conhecimento do fato pela autoridade, já que não se cogitaria de instauração se nem se soubesse do fato).

E, quanto ao segundo momento de aferição da prescrição, o cômputo se dá na regra comum prevista na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, conforme **4.13.3**, qual seja: com a instauração, interrompe-se a prescrição, até a decisão final, se tempestiva (ou por no máximo cinquenta dias, se a decisão final é intempestiva em caso do rito sumário), e aplica-se a partir daí o prazo prescricional quinquenal para que possa punir o servidor com pena expulsiva.

Embora, doutrinariamente, não se concorde com esta construção, não há como, na processualística disciplinar federal, deixar de aplicar a linha adotada pelo parecer vinculante do órgão máximo de assessoramento jurídico no Poder Executivo federal, ainda que haja decisão jurisprudencial posterior em sentido contrário.

Para mera compreensão histórica, é de se resgatar que a AGU, antes da prolação do mencionado Parecer AGU nº GMF-6, aprovado em 18/09/17, defendia a natureza instantânea do abandono de cargo e a consequente configuração do termo inicial de sua prescrição no 31º dia de ausência consecutiva e intencional. Ademais, em quatro casos concretos em que restara prescrita a punibilidade e em que os servidores não manifestaram vontade de se exonerar, o órgão de assessoramento jurídico recomendava, em seus Pareceres AGU nº GQ-206, GQ-207, GQ-211 e GQ-214, aprovados entre 12/12/99 e 11/01/00, que se operasse uma espécie de exoneração *ex officio*, que, a rigor, não possuía expressa previsão em lei e que, por este motivo, sofria guerreamento na jurisprudência. Com a mudança de entendimento acerca da natureza jurídica do abandono de cargo e da configuração do termo inicial do seu cômputo prescricional, a AGU, neste seu citado Parecer, de construção hipotética, genérica e abrangente, considerou superadas, em suas razões de decidir, aquelas quatro antigas peças exaradas em situações específicas. Também se menciona jurisprudência nesta linha.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.318: "Ementa: I - A exoneração 'ex officio' (art. 34 da Lei 8.112/90), não se destina a resolver os casos em que não se pode aplicar a demissão. II - Cometida a infração disciplinar, o direito abstrato de punir do ente administrativo convola-se em concreto. Todavia, o 'jus puniendi' só pode ser exercido dentro do prazo prescrito em lei. Na hipótese dos autos, foi apurado que a servidora abandonou o Cargo de Professora Universitária na Universidade Federal do Ceará. Todavia, a Administração somente instaurou o processo administrativo disciplinar quando já havia expirado o prazo prescricional. Desta forma, inviável a declaração de sua exoneração 'ex officio', especialmente por se tratar de servidora efetiva e estável, não incidindo nenhuma das hipóteses do art. 34 da Lei 8.112/90. III - O princípio da legalidade preconiza a completa submissão da Administração às leis. In casu, o ato atacado denotou postura ilegal por parte da própria Administração, já que a solução encontrada objetivou, apenas, minorar os efeitos da sua própria inércia ao não exercer um poder-dever. Neste aspecto, a adoção da tese defendida implica em verdadeira violação ao ordenamento jurídico. IV - Reconhecida a prescrição, impõe-se declarar a extinção da punibilidade, tornando-se nula a Portaria exoneratória, a fim que a servidora seja reintegrada ao serviço público."*
> *Idem: STJ, Mandados de Segurança nº 7.113, 7.239 e 8.975*

Apenas para esgotar este pormenor, convém informar que, de outro lado, quando prescrita a punibilidade expulsiva decorrente da configuração do abandono de cargo e o próprio servidor manifesta vontade de se exonerar, a AGU entende que não resta antijurídico o fato de a Administração processar exoneração a pedido, conforme preservada manifestação no seu Parecer AGU nº GQ-210.

> *Parecer AGU nº GQ-210, vinculante: "Ementa: Abandono de cargo. Prescrição. Proposta de exoneração ´ex officio´. Havendo nos autos quota do servidor manifestando sua intenção em desligar-se do serviço público, tal declaração deve ser recebida como pedido de exoneração, a ser concedida após declarada extinta a punibilidade pela prescrição."*

Formado então o novo entendimento administrativo acerca da natureza permanente e da postergação da deflagração do termo inicial prescricional do abandono de cargo, resta aduzir ainda uma terceira questão peculiar e controversa, que é a discussão da existência ou não de paralelismo criminal. Cabe averiguar se a configuração administrativa do abandono de cargo necessariamente importa na automática tipificação da conduta também como um crime funcional, e vice-versa, posto que, em paralelo ao enquadramento estatutário do inciso II do art. 132 e no art. 138, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, há, no art. 323 do CP, a previsão do crime contra Administração Pública de abandono de função, desdobrado em três hipóteses (uma não qualificada, no *caput*, e duas qualificadas, nos §§ 1º e 2º).

> *CP - Abandono de função*
> *Art. 323. Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei:*
> *Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.*
> *§ 1º Se do fato resulta prejuízo público:*
> *Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.*
> *§ 2º Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira:*
> *Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.*

Iniciando pelo crime de abandono de função não qualificado, no *caput* do art. 323 do CP, a doutrina majoritariamente entende que a sua configuração requer um *plus* em relação ao ilícito disciplinar do abandono de cargo e que, embora ambos advenham de conduta dolosa, pode um se configurar independentemente do outro. Enquanto para o ilícito disciplinar o parâmetro é apenas temporal (afastar-se com intenção e consciência das atribuições legais do cargo por mais de trinta dias consecutivos), no crime, se requer o prejuízo (pelo menos em potencial) à Administração pela descontinuidade do serviço, independentemente do período. A hipótese não qualificado do crime é punida com pena básica de no máximo um mês de detenção, o que leva a prescrição penal para três anos.

Mas o art. 323 do CP prevê ainda duas modalidades qualificadas do crime de abandono de função, nos seus §§ 1º e 2º, que recebem penas aumentadas em relação ao tipo do *caput*. Havendo prejuízo efetivo (patrimonial ou não) para a Administração e não apenas a simples probabilidade de dano, a pena máxima passa para até um ano de detenção, levando a prescrição penal para quatro anos; e tendo o crime ocorrido em faixa de fronteira, a pena máxima passa para até três anos de detenção, levando a prescrição penal para oito anos. A importar no tema em apreço o fato de que estas configurações independentes, por consequência, mantêm também dissociados os respectivos cômputos prescricionais administrativo e penais.

Antecipe-se, desde já, que é certo que pode ocorrer o ilícito administrativo de abandono de cargo e não ocorrer nenhuma das três hipóteses do crime de abandono de função, permanecendo a prescrição quinquenal estatutária; bem como, ao contrário, pode se configurar um dos três tipos do crime de abandono de função e não ocorrer a infração disciplinar, permanecendo a prescrição penal de três, quatro ou oito anos, a depender da hipótese do art. 323 do CP. Isto porque, de um lado, no caso mais comum, pode o servidor se

ausentar do seu serviço por mais de trinta dias consecutivos, incorrendo na infração disciplinar, mas suas tarefas serem supridas por outro servidor, de forma a não causar prejuízo à Administração, não configurando crime; de outro lado, pode o servidor se ausentar por menos de trinta dias consecutivos mas acarretar dano à Administração, incorrendo em um dos três tipos penais em comento e não se enquadrando como ilicitude disciplinar. A doutrina também entende esta independência recíproca.

> *"Ao comentar a falta consistente no 'abandono de cargo', prevista no inciso II do art. 132 da Lei nº 8.112/90, procurei demonstrar sua autonomia administrativa e independência conceitual, em relação à figura prevista no art. 323 do Código Penal sob a rubrica 'abandono de função', para concluir que poderá existir a falta administrativa sem que se tenha configurado o crime de abandono de função. Sendo o ilícito, puramente, administrativo, o prazo prescricional é de cinco anos." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 190, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Embora seja bastante razoável a linha acima, de se impor para a configuração do crime, desde seu tipo não qualificado, um requisito maior do que o exigido para a configuração da irregularidade disciplinar, a AGU, já desde o seu Parecer AGU nº GQ-144, aprovado em 18/03/98, se manifestava no sentido uniformizante da configuração simultânea de ambas as espécies (impondo a esta segunda o prazo da prescrição penal). Ao tempo desta interpretação, era imprescindível destacar que a redação original do inciso VI do art. 109 do CP estabelecia para o crime de abandono de função não qualificado o prazo prescricional de dois anos - daí, os Pareceres AGU de então mencionarem tal prazo; todavia, aquele dispositivo do CP passou a prever três anos para o prazo prescricional daquele crime, importando em que a leitura daqueles arrazoados da AGU deveria ser atualizada, a fim de, se fosse o caso, se harmonizar com o ordenamento vigente.

É de se reconhecer que o Parecer AGU nº GMF-6 não expressou de forma absolutamente clara se o órgão de assessoramento abandonava ou mantinha a tese da configuração simultânea do ilícito disciplinar e do crime funcional e, consequentemente, se adotava o *quantum* prescricional de cinco anos ou de três anos na hipótese mais comum do crime não qualificado (ou de quatro ou de até de oito anos, nas hipóteses qualificadas). De um lado, podendo sugerir a manutenção do paralelismo simultâneo, esta peça não declarou também superados o antigo Parecer AGU nº GQ-144, por meio do qual se inaugurou aquele entendimento, e tampouco o Parecer AGU nº GM-7, aprovado em 12/06/00, e que também manifesta a configuração simultânea do crime (ambas as peças são não vinculantes).

Mas, de outro lado, já chamava ainda mais a atenção o fato de o Parecer AGU nº GM-7 recomendar a superada exoneração *ex offício* para casos prescritos e nem assim ter sido declarado como superado, podendo figurar como indicador de que a AGU, de fato, centrou sua atenção apenas nas manifestações expressas nos Pareceres AGU nº GQ-206, GQ-207, GQ-211 e GQ-214 e que a não abordagem dos Pareceres GQ-144 e GM-7 pode ter se dado por mero lapso e não por intenção de manter seus arrazoados.

Além disto, indicando a desconsideração do paralelismo simultâneo, o Parecer AGU nº GMF-6 já defendia, no item IV da ementa e no item "d" do parágrafo 68 do Parecer anexo, "*a superação (overruling) das razões de decidir (ratio decidindi) sufragada nos Pareceres GQ-206, GQ-207, GQ-211 e GQ-214, com eficácia prospectiva, com base nas recentes decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria (...)*". Ato contínuo, ao se lerem os dois julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), citados e reproduzidos (nos parágrafos 42 e 43 do Parecer anexo), vê-se que ambos expressam o prazo prescricional quinquenal para abandono de cargo (é bem verdade que os dois casos eram de estatutos estaduais, mas a Corte não abordou paralelismo criminal e o Parecer destaca as decisões sem ressalvas).

Por fim, nos mais fortes indicativos da posição abraçada pela AGU já desde o seu Parecer AGU nº GMF-6, e que se perfilam no sentido da desconsideração da tese do paralelismo criminal, o incluído Despacho nº 486/GAB/CGU/AGU, do Consultor-Geral da União substituto, relembra os problemas que decorriam da tal exoneração de ofício quando "*já passados mais de 5 (cinco) anos desde o 31º (trigésimo primeiro) dia de ausência*", "*Transcorridos os 5 (cinco) anos do prazo legal*" e de "*servidor público (...) ausente por mais de 5 (cinco) anos*". Ou seja, aquela manifestação com viés técnico concentrou todas as suas remissões temporais a prazo quinquenal, que é o prazo de prescrição estatutária do abandono de cargo.

A análise dinâmica e ponderada de todos os indicativos acima listados já fazia pender a favor da adoção da conclusão de que, a partir da prolação do Parecer AGU nº GMF-6, o órgão de assessoramento abandonava o entendimento que por anos vinha adotando, do paralelismo automático, e passava a permitir a consideração de tão somente infração disciplinar, quando o servidor se ausenta intencionalmente do trabalho por mais de trinta dias consecutivos, sem nem sequer potencialmente acarretar dano à Administração, punível com demissão sob prazo prescricional quinquenal deflagrado a partir da cessação da conduta.

Diante da possibilidade de interpretações dúbias acerca do seu próprio posicionamento no que tange a haver ou não automática configuração de crime funcional de abandono de função e consequente obrigação de representar criminalmente e atração do prazo prescricional que pode ser menor que o estatutário (de apenas três ou de quatro anos, nas hipóteses não qualificada ou medianamente qualificada do crime), a AGU até trouxe segurança jurídica ao tema, ao ter prolatado seu Parecer AGU nº AM-2, aprovado em 09/04/19, por meio do qual asseverou a independência das instâncias disciplinar e penal e ratificou que o prazo prescricional da infração disciplinar de abandono do cargo *a priori* é quinquenal. Para tanto, o órgão máximo de assessoramento jurídico do Poder Executivo federal consagrava, naquele momento, a jurisprudência então reinante no STJ, no sentido de que a aplicação do prazo prescricional penal somente caberia se houvesse no mínimo a instauração de inquérito policial, e reconheceu superados, neste pormenor, seus Pareceres AGU nº GQ-144 e GM-7.

Relembre-se, conforme já esposado em **4.13.3**, que a jurisprudência do STJ alterou-se, harmonizando com a linha sempre sinalizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no sentido da total dispensa de requisitos de haver inquérito policial ou oferta de denúncia pelo Ministério Publico Federal (MPF) ou instauração de ação penal pelo Poder Judiciário para que se autorize a Administração a aplicar o prazo prescricional penal, à luz do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990.

Na sequência, a AGU reviu seu posicionamento, por meio do Parecer AGU nº JL-6, por meio do qual declarou superados o seu Parecer AGU nº AM-3, em que havia defendido a necessidade de, no mínimo, haver inquérito policial instaurado, e o supracitado Parecer AGU nº AM-2, em que, além de, como exposto acima, ter diferenciado os requisitos fáticos de configuração do ilícito disciplinar de abandono de cargo e do crime de abandono de função, coerentemente com entendimento então vigente, manifestava que, na hipótese de concomitância, a aplicação do prazo prescricional penal de três (ou de quatro ou de oito) anos (dependendo ser hipótese qualificada ou não do crime) na infração estatutária requereria a mínima cognição da instância criminal.

Apesar de declarar, de forma ampla, superado o Parecer AGU nº AM-2, verifica-se, da leitura atenta e integral do Parecer AGU nº JL-6, que a AGU não cuidou de reanalisar os requisitos diferenciadores da configuração do ilícito disciplinar e do crime, mas sim tão somente os requisitos para extensão administrativa do *quantum* prescricional penal, podendo se considerar válida a construção que afirma que a caracterização da infração de abandono de cargo não necessariamente também caracteriza, de forma automática, o crime de abandono de função e, consequentemente, em geral, não se faz cogitar da transmutação do prazo

prescricional estatutário de cinco para três anos, na hipótese não qualificada do crime (ou para quato ou para oito anos, nas hipóteses crescentemente qualificadas).

Esta afirmação final faz parte parte da inteligência expressa no Parecer AGU nº JL-6. *A priori*, não havendo simultânea configuração do crime de abandono de função, o prazo prescricional da infração disciplinar de abandono de cargo rege-se pela regra geral da prescrição expulsiva quinquenal, imposta pelo inciso I do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990. E, excepcionalmente, caso haja a simultânea tipificação do *caput* do art. 323 do CP, é de se aplicar o prazo diferenciado de três anos (ou, caso haja simultânea tipificação do § 1º ou do § 2º do mesmo art. 323 do CP, o prazo diferenciado é, respectivamente, de quatro ou de oito anos), importado do inciso VI do art. 109 do CP, por força vinculante da aplicação do comando do § 2º do art. 142 da mesma Lei nº 8.112, de 1990.

> *Parecer AGU nº JL-6, vinculante: "Ementa: I - A aplicação do § 2º do art. 142 da Lei n.º 8.112/90 prescinde da existência de inquérito policial ou ação penal, ou seja, a capitulação da infração disciplinar também como crime pela Administração é suficiente para fundamentar a utilização dos prazos prescricionais penais. II - Os posicionamentos constantes dos Pareceres nº AM-02 e AM-03 devem ser superados.*
> *83. Seguindo a lógica demonstrada no presente estudo, a aplicação do prazo da prescrição penal para a infração disciplinar de abandono de cargo exige a avaliação, em cada caso concreto, do enquadramento da conduta como crime (art. 323 do Código Penal). Caso a Administração não vislumbre, em tese, a ocorrência de crime, terá vez a apuração da prescrição com base no critério previsto no inciso I do art. 142 da Lei n.º 8.112/90."*

Assim, de um lado, pode-se defender a restritividade no tema em apreço, de forma que o prazo de prescrição de três anos somente se aplicaria ao abandono de cargo se o tipo penal também tiver se configurado, em decorrência da hipótese não qualificada do crime de abandono de função, ou seja, sem prejuízo efetivo e fora de faixa de fronteira (qualificações que levariam o prazo respectivamente para quatro e oito anos). Mas, de outro lado, havendo tipicidade, não importa se houve instauração de inquérito policial ou oferta de denúncia por parte do MPF ou instauração de ação penal pelo juízo criminal para aplicação do prazo prescricional penal correlato..

Não obstante se ter inequívoco que a AGU, por meio de seus Pareceres AGU nº GMF-6 e JL-6, abandonou a antiga teoria da automática simultaneidade entre o ilícito disciplinar de abandono de cargo e o crime funcional de abandono de função, de forma que o *quantum* prescricional apriorístico é ordinariamente o prazo quinquenal estatutário, considerando-se que, neste caso em especial, pode-se operar a incomum configuração de que este prazo seria maior que a prescrição penal de que se cogitaria na hipótese - mais comum - de crime não qualificado de abandono de função (de três anos) ou na hipótese de sua intermediária qualificação (de quatro anos), é de se ressaltar que a prescrição é um instituto jurídico de ordem pública e favorável aos interesses da defesa.

Permeando a perfunctória e segura análise jurídica feita linhas acima a favor do prazo quinquenal - salvo existir tipicidade penal - com a percepção pragmática e ao mesmo tempo eficiente que deve iluminar a atuação estatal na atividade correcional, o tema pode ganhar, ao fim, uma visão gerencial conservadora. Nesta linha, na prática, embora perfeitamente defensável sob luzes jurídicas o prazo prescricional estatutário de cinco anos, devem a autoridade instauradora, a comissão e a autoridade julgadora envidar todos os esforços para que o processo seja instaurado em até três anos da cessação da conduta e seja concluído e julgado em até três anos e cinquenta dias da instauração, o que, *a priori*, salvo casos específicos de incomum dificuldade, soa bastante razoável e factível em procedimento sumário de materialidade pré-constituída, diante do risco de a utilização daquele *quantum* quinquenal poder vir a sofrer questionamentos judiciais, ainda que a tipicidade do crime não

qualificado não tenha se configurado.

Encerrando o tema, novamente se reporta ao já aduzido em **4.13.3** para relembrar que, na rara hipótese de se ter a tipicidade penal configurada, o que aqui se aduziu mencionando-se prazos de prescrição penal de três anos para a hipótese de crime de abandono de função não qualificado e de quatro ou de oito anos para duas hipóteses qualificadas refletem unicamente a hipótese de aplicação da pena *in abstracto* (ou seja, a prescrição é configurada de acordo com a pena máxima prevista no tipo abstratamente). Havendo trânsito em julgado da ação penal de crime de abandono de função, é de prevalecer o prazo prescricional associado à pena *in concreto* efetivamente imposta na sentença, com possibilidade inclusive de minoração do prazo prescricional em relação à pena abstrata, conforme os arts. 109 e 110 do CP.

4.13.5 - Os Efeitos da Extinção da Punibilidade pela Prescrição e por Outros Motivos

Compreendida a punibilidade como o direito de o Estado punir com aplicação de pena, é de se cogitar do fenômeno jurídico em que tal capacidade oficial se extingue. A extinção da punibilidade ocorre quando, em determinadas situações, o Estado perde aquele seu poder originário de aplicar pena. Na instância penal, o art. 107 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), em seus incisos I a VI e IX, enumera as hipóteses de extinção da punibilidade, a saber: a morte do agente; a anistia, graça ou indulto; a retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; a prescrição, decadência ou perempção; a renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; a retratação do agente e o perdão judicial.

> *Extinção da punibilidade*
> *CP - Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*
> *I - pela morte do agente;*
> *II - pela anistia, graça ou indulto;*
> *III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;*
> *IV - pela prescrição, decadência ou perempção;*
> *V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;*
> *VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;*
> *VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, 28 de março de de 2005)*
> *VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)*
> *IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.*

Por seu turno, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, não cuidou de elencar, de forma expressa e em lista exaustiva, as hipóteses de extinção da punibilidade administrativa. Dentre aqueles institutos mencionados na lei penal, apenas a prescrição tem expressa previsão estatutária, sendo certo então que figura como hipótese extintiva da punibilidade.

Não obstante a singeleza do diploma estatutário, obviamente, também na instância disciplinar, além da incontroversa prescrição, a morte do servidor e a retroatividade benigna da lei também possuem similar condão de extinguir a punibilidade. Estes três incidentes, se ocorridos antes da aplicação da pena, extinguem a punibilidade, fazendo com que a Administração perca a capacidade que originalmente possuía para punir o infrator e, diante desta relevância terão seus efeitos destacados adiante.

4.13.5.1 - Os Efeitos da Configuração da Prescrição em Diferentes Momentos Processuais

A primeira causa de extinção da punibilidade é a prescrição, já abordada nos tópicos precedentes e, para o fim que se busca no presente tópico, importa por ora relembrar que há dois momentos em que pode prescrever a capacidade estatal de aplicar pena estatutária.

E é de se discutir quem deve declarar a prescrição já configurada - se a comissão investigativa ou disciplinar ou se a autoridade a quem se volta o relatório propondo apenação - e se a caracterização da prescrição importa no imediato encerramento dos trabalhos apuratórios.

Antes, relembre-se que, à luz do art. 112 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, sendo a prescrição de ordem pública, uma vez configurada, deve ser declarada, mesmo que o investigado ou o acusado não a alegue, em comando que também se sintoniza com o art. 52 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que autoriza que a Administração extingua processo que tenha perdido sua finalidade, como é o caso do processo disciplinar sem viabilidade de aplicação de pena, contando também com aquiescência doutrinária. Mas é de se averiguar a quem incumbe declarar prescrição.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 112. A prescrição é de ordem pública, não podendo ser relevada pela administração.*
>
> *Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 52. O órgão competente poderá declarar extinto o processo quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente.*
>
> *"No Direito Administrativo, a prescrição é de ordem pública - art. 112 da Lei nº 8.112/90 e, como tal, deve ser conhecida e declarada pelo julgador, independentemente de provocação da parte interessada, não podendo ser relevada pela administração." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 186, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Uma vez que a prescrição, em síntese, fulmina o poder-dever da autoridade julgadora apenar o infrator, *a priori*, não é tema da alçada da comissão investigativa (se provocado na subfase investigativa da fase de admissibilidade) ou da comissão de inquérito (se provocado já no processo disciplinar), não se obrigando, em princípio, que deva ser objeto de manifestação e análise destes colegiados. Caso seja provocada sobre o tema pelo investigado ou pelo acusado, pode-se deixar a critério da respectiva comissão abordá-lo ou não no curso da instrução probatória do procedimento investigativo ou no curso inquérito administrativo do processo disciplinar, podendo postergar a abordagem para seu relatório e de forma apenas condicional, já que a decisão compete à autoridade competente. Não obstante, sugere-se que a comissão sempre alerte no relatório quando vislumbre a possibilidade de ocorrência da prescrição em data futura próxima. Em qualquer dos casos, compete sim ao integrante do Grupo Nacional de Parecerista (GNP) abordar e analisar o tema para a autoridade instauradora e/ou julgadora, seja no parecer de admissibilidade, seja no parecer de análise do processo.

Primeiramente, a prescrição pode ocorrer, em seu primeiro cômputo, em razão da inércia da autoridade instauradora, no decurso do prazo entre ter tido conhecimento do cometimento da suposta infração e tomar a esperada decisão de instaurar o processo disciplinar. Diante da convicção preliminar de existência de indícios de materialidade e de autoria mas já sabida de antemão e de forma inequívoca prescrita a punibilidade, em concordância com a respectiva Supervisão do Grupo Nacional de Investigação (GNI), não obstante em geral se recomendar e se autorizar o preliminar arquivamento do procedimento investigativo possivelmente em curso, ainda se faculta à autoridade instauradora - ou, mais especificamente, no âmbito do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), se faculta à Coordenação daquele Grupo - a possibilidade de, criteriosamente, avaliar a pertinência de excepcionalmente permitir o prosseguimento do feito ou até mesmo se instaurar outro, a fim de esgotar investigação em casos em que se

vislumbram possibilidades de surgirem outros desdobramentos fáticos de novas materialidades e/ou de novas autorias, passíveis de virem a ser representadas, ou repercussões em instâncias civil ou penal para as quais a conclusão administrativa sirva de peça de instrução, como por exemplo, para rito específico com vista à reparação civil ou para representação penal.

De uma forma ou de outra, prescrita a punibilidade antes da instauração do processo disciplinar, não faz sentido deflagrar esta instância onerosa e marcada assumidamente pelo objetivo jurídico-estratégico de a Administração reconstruir o equilíbrio interno afetado pela ilicitude punindo o infrator, apenas com o fito de alimentar outras necessidades de saber, seja da própria instância disciplinar (como, por exemplo, levantar indícios de nova materialidade ou de nova autoria), seja de outras instâncias (como, por exemplo, civil e penal). Quando muito, no máximo, havendo tais necessidades, pode-se prosseguir o procedimento investigativo em curso ou pode-se deflagrar novo, mas isto em nada se confunde com prosseguir instaurando processo disciplinar com punibilidade já prescrita em perspectiva. Diante da colisão de princípios na hipótese em tela - de um lado, se poderia alegar incidência dos princípios da legalidade e da oficialidade e do primado do *in dubio pro societate* e, de outro lado, é de se fazer prevalecer o princípio constitucional da eficiência, reforçado pelo princípio da razoabilidade - prevalece não eficiente e não razoável deflagrar uma sede pública punitiva quando se sabe de antemão que não há mais punição a aplicar.

Além disto, a prescrição pode se configurar em momento posterior, em seu segundo cômputo, já após instaurado o processo disciplinar, em meio ao inquérito administrativo ou no curso do julgamento. Neste caso, já tendo sido superada a cautela e a postura não intervencionista da sede disciplinar, na fase de admissibilidade, e tendo-se instaurado o processo disciplinar - e, se assim se fez, é porque havia interesse público no esclarecimento dos fatos -, deve-se identificar em que ponto se encontram os trabalhos apuratórios, a fim de eleger o melhor remédio colhido na base principiológica informadora.

Caso se detecte a prescrição, de forma indubitável, ainda no curso da instrução probatória, antes da indiciação do acusado, diante da mesma colisão de princípios apontada acima, mantém-se idêntica solução, no sentido de que não soa razoável e eficiente a comissão disciplinar insistir em esgotar, em vão, todo ou relevante parte do rito de fim assumidamente punitivo se já se sabe extinta a punibilidade. Nesta hipótese, em concordância com a Supervisão do Grupo Nacional de Comisões (GNC), cabe à comissão de imediato elaborar relatório, submetendo à autoridade instauradora a proposta de arquivamento do feito disciplinar, em razão de fluência da prescrição. Obviamente, pode a autoridade instauradora e/ou julgadora, contando com apoio do GNP, acatar a proposta relatada e arquivar o feito ou não concordar com a convicção de prescrição (até por cogitar de pena mais grave que a comissão) e determinar a retomada dos trabalhos. Mas, caso haja necessidade de se levantar informações à margem deste processo disciplinar (tais como, a identificação de indícios de materialidade e de autoria de outra ilicitude independente ou mesmo conexa, não abarcada no escopo apuratório e que, ao final, seria objeto de representação correcional para se submeter à fase de admissibilidade específica, ou para suprir instâncias civil ou penal), nada impede que a Coordenação do GNI, cientificada do arquivamento do rito punitivo, deflagre procedimento investigativo condizente com a demanda de conhecimento ainda a ser suprida.

Se, ao contrário, a prescrição indubitavelmente se caracteriza já após a indiciação, dentro da sedutora dinâmica com que se maneja a base principiológica reitora e sem cair em contradição com o exposto acima, já tendo avançado em boa parte do rito, e convém que a comissão disciplinar leve adiante normalmente o trabalho, coletando defesa e elaborando relatório, ainda que não caiba propor apenação, em virtude da extinção da punibilidade. Novamente, pode a autoridade instauradora e/ou julgadora, contando com apoio do GNP, não concordar com a convicção de prescrição (até por cogitar de pena mais grave que a comissão)

e determinar a retomada dos trabalhos. Aqui, diferentemente da hipótese acima, inverte-se antagonicamente a construção principiológica, deixando de ser eficiente e razoável estancar uma apuração perto de seu fim, sobretudo quando nem mais se presume necessidade de participação física e presencial do acusado, e convém manter incólume o poder-dever de a Administração esgotar e concluir o esclarecimento fático e exarar sua decisão.

Neste sentido é a manifestação da CGU, por meio da CGU/CRG, estampada na Nota Técnica nº 1.439/2020/CGUNE/CRG, em que sintetizou os possíveis desdobramentos diante de três diferentes cenários.

> *Nota Técnica nº 1.439/2020/CGUNE/CRG: "3.19 Assim, vislumbram-se três momentos em que a Administração poderá fazer o juízo de ponderação acima:*
> *i) a verificação da fluência do prazo prescricional pode ocorrer antes mesmo da instauração de qualquer procedimento acusatório, a exemplo do que ocorre quando decorridos mais de cinco anos desde a ciência do fato pela Administração e verificada a impossibilidade de utilização do prazo prescricional penal no caso concreto, face a inexistência de inquérito ou ação penal em andamento relacionado àqueles fatos apurados na seara administrativa;*
> *ii) o transcurso do prazo prescricional é verificado durante o início da instrução do processo disciplinar, quando se verifica pela apuração realizada no bojo do procedimento de que a possível penalidade a ser aplicada já encontra-se prescrita, considerando-se o lapso temporal desde a instauração do processo;*
> *e iii) a Comissão somente verifica o decurso do prazo em um estágio mais avançadoda instrução do processo, após a fase de indiciamento do agente.*
> *3.20 No primeiro caso, recomenda-se à autoridade que motivadamente deixe de instaurar o processo acusatório, com fundamento no artigo 52, Lei nº.9.784, de 29 de janeiro de 1999, no Parecer AGU GMF nº.03, de 19 de dezembro de 2016 e no Enunciado nº.04, de 05 de maio de 2011, da Comissão de Coordenação de Correição, sem descuidar de eventual determinação de apuração de responsabilidade quando surgirem indícios de que o exaurimento do prazo prescricional decorreu de evidente atuação dolosa de agente específico no caso concreto.*
> *3.21 No segundo cenário, orienta-se à Comissão processante que relate as circunstâncias verificadas no processo para consideração da autoridade julgadora, apontando a fluência do prazo prescricional no caso concreto, cabendo à autoridade decidir pela continuidade ou não da apuração. Tal providência traz maior economia ao Erário, uma vez que se evita a realização desnecessária de atos instrutórios como a oitiva de testemunhas, quando se vislumbra desde já a impossibilidade de aplicação de penalidade ao final do processo.*
> *3.22 Por fim, no último cenário, considerando que o processo já se encontra em fase final de apuração, restando somente as fases de defesa e produção de relatório final, recomenda-se que a Comissão finalize seus trabalhos, pois já se verificou o dispêndio de recursos materiais e humanos naquele caso, de modo que não se justificaria a não finalização daquele procedimento disciplinar."*

O instituto da prescrição, quando se opera na instância disciplinar tem o condão de fazer falecer apenas a punibilidade que a Administração deteria sobre o servidor infrator. A rigor, a despeito das construções principiológicas acima que autorizam a desistência da instauração ou do prosseguimento da instância punitiva por meio do processo disciplinar, deve-se reconhecer que, teoricamente, a extinção da punibilidade, por si só, não faz falecer o poder-dever da Administração de investigar e/ou de apurar o fato e de externar sua decisão. Apenas se diferencia que, seja ainda no curso da fase de admissibilidade, seja já no curso do processo disciplinar antes de a comissão se dar por satisfeita com a instrução probatória coletada a ponto de formar e externalizar nos autos convicção acusatória com a indiciação, o

exercício deste poder-dever pode ser mitigado e afastado por razões discricionárias e estratégicas irrigadas de bom senso prático.

Esta capacidade estatal de investigar e/ou de apurar o fato e de sobre le emitir julgamento, como exposto linhas acima, pode ser interpretada e exercida exclusivamente como poder no caso de prescrição antes da instauração do processo disciplinar ou antes da indiciação neste rito já instaurado e como poder com uma parcela estratégica de dever no caso de prescrição posterior à indiciação. Em outras palavras, diferentemente da instância penal, na sede disciplinar, a motivação de agir, em termos jurídicos, pode não se resumir apenas à possibilidade de punir, mas sim pode contemplar ainda outros efeitos de fins didáticos, inibidores e também ligados à inequívoca relação laboral-trabalhista que aqui se encerra ou mesmo de alimentação de outras instâncias de ação simultânea ou subsequente, de forma a se autorizar o prosseguimento ou a deflagração de procedimento investigativo ou até mesmo o prosseguimento do processo disciplinar (neste caso específico, quando a prescrição se concretiza já em avançado estágio processual).

Assentadas estas bases principiológica e pragmáticas para o tema, cabe aqui uma digressão histórica. A Lei nº 8.112, de 1990, em seu art. 170, previa que, no caso de configuração de prescrição já após a instauração do processo disciplinar, independente do estágio processual, se levasse a cabo a apuração, sob todo manto do contraditório e da ampla defesa, e se porventura ao final se concretizasse a convicção pelo cometimento de ilicitude, se registrasse tal fato nos assentamentos funcionais do acusado - obviamente, com a extinção da punibilidade não haveria e de fato não há que se cogitar da apenação.

Neste contexto, o registro nos assentamentos funcionais do servidor de que este foi processado e teve em seu desfavor a comprovação de cometimento de ilicitude e que a pena não lhe aplicada tão somente em virtude prescrição figurava como uma espécie do gênero dos maus antecedentes de trata o *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990 - jamais se confundia com reincidência, visto não ter havido a necessária primeira apenação antes do cometimento da segunda infração.

No entanto, provocado a apreciar o tema em um caso concreto, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou incidentalmente inconstitucional o dispositivo legal, por entender que o gravame em desfavor da vida funcional do servidor feria a compreensão que deve ser extraída do instituto da prescrição e, por consequência, o princípio da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal (CF).

> *STF, Mandado de Segurança nº 23.262: "Ementa: 1. A instauração do processo disciplinar interrompe o curso do prazo prescricional da infração, que volta a correr depois de ultrapassados 140 (cento e quarenta) dias sem que haja decisão definitiva. 3. É inconstitucional, por afronta ao art. 5º, LVII, da CF/88, o art. 170 da Lei nº 8.112/90, o qual é compreendido como projeção da prática administrativa fundada, em especial, na Formulação nº 36 do antigo DASP, que tinha como finalidade legitimar a utilização dos apontamentos para desabonar a conduta do servidor, a título de maus antecedentes, sem a formação definitiva da culpa. 4. Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, há impedimento absoluto de ato decisório condenatório ou de formação de culpa definitiva por atos imputados ao investigado no período abrangido pelo PAD.*

Diante do comando do *caput* do art. 1º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, que determina a observância pela Administração das decisões do STF que interpretam a CF, e confrontada com a inércia e com a omissão do Poder Legislativo e mais especificamente do Senado Federal a despeito do § 2º do mesmo dispositivo para o caso de declaração incidental de inconstitucionalidade, a Advocacia-Geral da União (AGU) viu-se obrigada a enfrentar o tema, lançando mão da última hipótese de instrumentalidade prevista no § 3º daquele art. 1º

do Decreto.

> *Decreto nº 2.346, de 1997 - Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.*
> *§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.*
> *§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.*
> *§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.*

A AGU, por meio do seu Parecer AGU nº GMF-3, asseverou que a Administração deve observar a decisão do STF no citado julgado, em que foi incidentalmente declarada a inconstitucionalidade do art. 170 da Lei nº 8.112, de 1990, e que, na processualística disciplinar, uma vez extinta a punibilidade pela prescrição, não mais se pode fazer o registro do fato imputado no assentamento funcional do acusado. Na sequência, à luz do *caput* e do § 1º do art. 40 e do art. 41, ambos da Lei Complementar (LC) nº 73, de 10 de fevereiro de 19/93, o Advogado-Geral da União submeteu o Parecer AGU ao Presidente da República, que o aprovou e o publicou, autorizando de forma vinculante a extensão dos efeitos da decisão judicial.

> *Parecer AGU nº GMF-3, vinculante: "Ementa: I. A Administração Pública Federal deve observar a decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 23.262/DF, que declarou a inconstitucionalidade do art. 170 da Lei n. 8.112/ 1990. II. No âmbito dos processos administrativos disciplinares, uma vez extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora não poderá fazer o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor público.*

Desta feita, restam estendidos para toda a Administração os efeitos jurídicos do julgado do STF para aquele caso concreto, sendo então de se observar, doravante, a inconstitucionalidade do art. 170 da Lei nº 8.112, de 1990, e a consequente vedação para que se registre fato ilícito porventura apurado ao cabo de inquérito administrativo em processo disciplinar em que a punibilidade tenha se extinguido em razão de prescrição (em qualquer de seus dois momentos de configuração).

A inteligência vinculante do Parecer AGU nº GMF-3 reforça ainda mais o desestímulo prático para se prosseguir com a instância disciplinar quando se sabe, de forma inequívoca, configurada a prescrição desde a fase de admissibilidade ou no curso do processo disciplinar, mais especificamente na instrução probatória do inquérito administrativo, ainda antes da indiciação.

É de se resgatar, inclusive, que o relator do mencionado julgado, em seu voto, defendeu a repercussão mais forte possível da prescrição no curso do processo disciplinar, qual seja, a de que, uma vez detectada extinta a punibilidade, se deveria estancar de imediato o seu prosseguimento, com o pronto encerramento dos trabalhos apuratórios, independentemente do momento processual. Apesar de a AGU, na parte analítica de seu

Parecer, ter refletido tal entendimento jurisprudencial, não o tendo manifestado nos comandos de sua parte conclusiva e de sua ementa, é de se manter aqui a observância, própria da instância disciplinar (por vezes autônoma da instância penal), da sua específica base principiológica, acima defendida. Ainda que se possa cogitar da possibilidade de imediato estancamento da ação penal ante a prescrição, aqui é de se sopesar que, enquanto aquela sede busca preservar ao máximo o conjunto de direitos e bens jurídicos que possam vir a ser fortemente afetados por uma decisão penal, é de ponderar certo grau de autonomia para a instância disciplinar, que, a despeito de também ser público-punitiva, não deixa de encerrar valores tutelares de uma relação laboral e goza de certa autonomia na eleição e no cumprimento de princípios que lhe são verdadeiros axiomas dogmáticos. Determinar o imediato trancamento da ação disciplinar, sem nenhum grau de ponderação a favor da Administração, seria negar aquela base principiológica mencionada e que é uma das pilastras mais relevantes, enraizadas e disseminadas do Direito Administrativo Disciplinar. Desta feita, ainda se defende que a detecção da prescrição no curso do inquérito administrativo, já após a externalização da acusação formal de parte da comissão, não possui o condão de obrigatoriamente fazer abortar o prosseguimento dos trabalhos apuratórios, sendo *a priori* de se prosseguir até a decisão, com o esclarecimento fático.

De se observar que, na linha principiológica aqui defendida, o julgado do STF e o Parecer AGU acima mencionados não obstam que, uma vez detectada a prescrição já após a indiciação, se conclua o trabalho apuratório e que se proceda à decisão em julgamento. O efeito da prescrição tão somente afasta a aplicação de pena, em decorrência da desde sempre sabida extinção da punibilidade, e, a partir do Parecer AGU, passou a também impedir o registro de fato apurado nos assentamentos funcionais do servidor, em qualquer momento de configuração de prescrição.

Com isto, aborta-se a praxe vigente por anos, desde a edição da Lei nº 8.112, de 1990, de se considerar como mau antecedente, a sopesar negativamente os parâmetros de dosimetria elencados no *caput* do seu art. 128 e no art. 16 do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, dentro do prazo estipulado no art. 131 da mesma Lei, a comprovação de que um servidor cometeu determinada infração mas sem sofrer o efeito da pena em razão de prescrição, conforme se lia em registro nos assentamentos funcionais.

Caso se tenha detectada a qualquer momento antes do julgamento a prescrição e ainda que se tenha levado o rito contraditório a cabo, no curso do devido processo legal conduzido sob manto do contraditório e da ampla defesa, e se tenha concluído, ao seu fim, que o servidor cometeu ilicitude, a prescrição opera sobre a Administração inibindo-a de aplicar a pena estatutária (advertência, suspensão ou expulsiva) ao infrator e também de proceder ao registro do fato apurado nos assentamentos funcionais.

4.13.5.2 - Os Efeitos da Morte do Acusado e das Aplicações Irretroativas da Lei Gravosa e da Lei Benigna

Não apenas o transcurso de determinado prazo temporal contado no fluxo do processo, conforme ocorre com a configuração da prescrição, extingue a punibilidade. Alguns incidentes pontuais - inclusive de ocorrência sem nenhuma relação específica com o andamento do processo em tela - também podem acarretar a perda do direito estatal de punir o infrator, a exemplo dos efeitos da morte do acusado e da entrada em vigor de lei punitiva mais benigna.

Estes dois incidentes, além da prescrição, prevista no inciso IV, estão expressamente elencados nos incisos I e III do art. 107 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), como hipóteses de extinção da punibilidade. E, embora não previstos na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a favor do servidor investigado ou acusado, a este

se entendem as construções que o Direito Penal erige para o réu.

> *Extinção da punibilidade*
> *CP - Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*
> *I - pela morte do agente;*
> *II - pela anistia, graça ou indulto;*
> *III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;*
> *IV - pela prescrição, decadência ou perempção;*
> *V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;*
> *VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;*
> *VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, 28 de março de de 2005)*
> *VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)*
> *IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.*

Quanto à extinção da punibilidade em razão da morte do acusado, com a consagração do primado de que "nenhuma pena passará da pessoa do acusado" como um dos direitos e garantias fundamentais individuais estampados no art. 5º da Constituição Federal (CF), mais especificamente no seu inciso XLV, há inequívoca perda de objeto na continuidade do processo disciplinar se ainda não tiver havido julgamento. Na mesma linha, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), em seu art. 62, estabelece imediata e objetiva declaração judicial de extinção da punibilidade, a ser instrumentalizada com a simples autuação da certidão de óbito do servidor, conforme entende a doutrina.

> *CF - Art. 5º*
> *XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;*
>
> *CPP - Art. 62. No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.*
>
> *"(...) com a morte do agente, a comissão de inquérito fará juntar a certidão de óbito para fins de extinção da punibilidade no que concerne à pena disciplinar, tão somente.*
> *E aqui, ao tratar da responsabilidade civil do servidor (...), a obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, no limite do valor da herança (...)." Sebastião José Lessa, "Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância", pg. 216, Editora Brasília Jurídica, 4ª edição, 2006*

Havendo a morte do investigado ainda na fase de admissibilidade ou a morte do acusado em qualquer momento da persecução disciplinar ainda sem o julgamento - mesmo já após o inquérito administrativo, ou seja, ainda que em estágio processual que se dispense a presença e a participação pessoal do servidor -, à vista tão somente de sua certidão de óbito, opera de imedito a extinção da punibilidade, não restando objeto para a continuidade do procedimento investigativo ou do processo disciplinar em relação a este agente. Isto porque interpreta-se que se o óbito se der com o processo disciplinar ainda em curso, antes de ter tido o julgamento responsabilizador e a publicação da portaria punitiva, não há que se falar em consumação da responsabilização subjetiva imprescindível para qualquer sanção, inclusive administrativa.

Necessário ressalvar que toda construção aqui presente no sentido de que a morte do investigado ou do acusado acarreta o encerramento do processo, por falta de objeto, se refere à hipótese de este ser o único envolvido no polo passivo; obviamente, caso haja

coinvestigados ou coacusados, o rito deve prosseguir para os demais.

De um lado, diferentemente do que se defendeu para a ocorrência da prescrição em **4.13.5.1**, independentemente se o óbito se dá ainda na fase de admissibilidade ou já no curso do processo disciplinar e, neste segundo caso, seja antes ou depois da indiciação, a apresentação e a autuação da certidão de óbito habilitam o imediato encerramento do rito. Basta a comissão responsável pela condução do rito em curso, investigativa ou de inquérito, elaborar sucinto relatório, sem adentrar nas questões de mérito absolutório ou condenatório, propondo à autoridade instauradora o arquivamento do feito.

De outro lado, similar ao que se aduziu no tópico acima mencionado para a prescrição, a ocorrência da morte do investigado ou do acusado encerra o objeto do procedimento investigativo ou do processo disciplinar em curso e impõe o encerramento dos trabalhos em face do servidor no que tange à esfera punitiva, mas não impede o prosseguimento do mesmo procedimento investigativo em curso ou pode-se deflagrar novo, a fim de esgotar investigação em casos em que se vislumbram possibilidades de repercussão em instância civil, para rito específico com vista à obrigação de reparar dano decorrente do ato funcional ilícito do servidor ou à decretação do perdimento de bens. Estas repercussões civis, que não são de índole punitiva, não estão protegidas pelo inciso XLV do art. 5º e podem, portanto, atingir sucessores, até o limite da herança recebida.

Mas mesmo para esta residual repercussão civil em face de sucessores em razão de dano decorrente da ilicitude cometida pelo servidor, seguindo a linha defendida acima, acerca da necessidade de esgotamento do processo disciplinar condenatório, se o óbito do acusado se der ainda antes do julgamento responsabilizador com a publicação da portaria punitiva, igualmente não é possível se cogitar da consumação da responsabilização subjetiva imprescindível também em seara civil. Os efeitos civis preservados no inciso XLV do art. 5º da CF somente podem ser procedimentalizados pelo Estado em face dos sucessores se tiver havido ao menos o julgamento disciplinar e o ato jurídico perfeito e acabado da aplicação da pena, tendo se esgotado a persecução da responsabilização subjetiva.

Em decorrência da garantia fundamental individual de molde constitucional de que a pena não passa da pessoa do acusado, na hipótese de o servidor vier a ser responsabilizado pelo cometimento de grave irregularidade disciplinar mas falecer antes da aplicação da pena expulsiva, esta restará inaplicável e a responsabilização não atingirá o direito à pensão, pois a Lei prevê cassação de aposentadoria ou de disponibilidade mas não prevê cassação de pensão, conforme jurisprudência administrativa no âmbito da Controladoria-Geral da União (CGU).

> *Parecer Asjur/CGU-PR nº 290, de 28/09/07: "(...) à luz dos §§ 1º e 2º, artigo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, o direito à pensão por morte dos dependentes configurou situação jurídica consolidada antes do término do PAD, a qual foi incorporada definitivamente aos respectivos patrimônios jurídicos consubstanciando, na verdade, hipótese de direito adquirido dos dependentes, uma vez que exercitável desde a data do óbito (...).*
> *Ademais, diversa qualificação jurídica para os fatos, na ordem cronológica em que ocorreram, configuraria permissão para que a pena administrativa pudesse exceder da pessoa do agente alcançando os seus dependentes, o que é obstado pelo artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, (...)*
> *Com efeito, não podendo a pena ultrapassar a pessoa do servidor infrator, a aplicação subsidiária dos artigos 107, do Código Penal, c/c 61 e 62, ambos do Código de Processo Penal, possibilita o reconhecimento da extinção da punibilidade do agente público em virtude de sua morte."*

A irretroatividade da lei material punitiva - de qualquer natureza, inclusive disciplinar - que altera o ordenamento de forma mais gravosa, seja definindo como ilícito conduta que antes não era enquadrável, seja tornando menos exigentes os elementos do enquadramento já existente passando a incidir sobre mais extenso rol de condutas, seja aumentando a pena para

a mesma conduta -, é imediato reflexo do princípio da legalidade, estabelecido no inciso II do art. 5º da CF, aqui tomado em sua vertente fundamentadora do Estado Democrático de Direito, como garantia individual de molde constitucional que condiciona as proibições sobre a conduta humana à previsão em lei, e também da regra geral insculpida no comando da parte inicial do *caput* do art. 6º da Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, o que significa dizer que passou a ter incidência sobre todos os ramos do Direito e não mais apenas sobre o Direito Civil), que prevê apenas o efeito imediato, e não pretérito, da lei de forma geral.

> *CF - Art. 5º*
> *II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*
>
> *LINDB - Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957)*

Aplicando aqui extensiva e especificamente para a instância disciplinar a visão já exposta em **3.3.3.2** a favor da instância penal, já que a lei, *a priori*, vigora a partir de sua publicação e como a ação do agente administrativo é inexoravelmente condicionada à existência de lei que preveja e autorize seus atos, a autoridade que cogitasse de atribuir retroatividade à lei mais gravosa - com o fim de aplicar penalidade disciplinar seja à margem de previsão legal, seja em face de fatos anteriores à vigência da lei que prevê materialmente a punição - estaria infringindo de forma inadmissível os princípios da legalidade e da segurança jurídica e, caso sua iniciativa decorresse de inovação legislativa, afrontaria também o princípio da autotutela da Administração. Sem o respeito à prévia notícia ao corpo funcional objeto da lei que determinada conduta passou a ser tida legalmente como infracional, ocultando e impedindo que o potencial polo passivo tivesse consciência prévia da ilicitude de sua conduta, eliminar-se-ia a indispensável noção de culpabilidade a corroer a conduta do agente e mitigar-se-ia a certeza do agir impessoal, imparcial e vinculado do Estado, elementos indispensáveis para a ação do Direito Público punitivo.

Em Estado Democrático de Direito, soaria completamente irrazoável e injustificável que, a despeito do consagrado princípio da segurança das relações jurídicas, qualquer agente vivesse sob o pálio da incerteza de ter o risco de, em razão de uma conduta sua, praticada nos termos da licitude e da legalidade conforme o ordenamento vigente e que venha posteriormente passar a ser considerada como infração (seja em decorrência de criação de nova lei, seja por edição de lei alteradora de lei já existente), ser alvo da retroação da nova lei mais gravosa para impingir-lhe punição. Em reforço, vale lembrar que a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, na positivação de princípios encartada no seu art. 2º, consagra o princípio da segurança jurídica, no *caput*, e, embora se reporte à interpretação, também manifesta não aceitação de retroatividade, no inciso XIII do parágrafo único.

> *Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*
> *Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
> *XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.*

Perceba-se que, para chegar até aqui, sequer foi necessário trazer ao tema, extensivamente, as construções positivadas e especialmente cautelosas da instância penal. Não obstante, apenas para reforçar a argumentação com a analogia - mas sem dela depender,

frise-se -, pode-se expor o comando do inciso XXXIX e o comando da parte inicial do inciso XL, ambos do art. 5º da CF, que, também com *status* de direitos e garantias fundamentais individuais de molde constitucional, estabelecem as regras das indispensabilidades da prévia definição do crime e consequentemente da pena em lei (a vertente denominada princípio da reserva legal) e da vigência desta lei ao tempo da conduta a ser tipificada como crime (a vertente denominada princípio da anterioridade da lei penal) e a regra apriorística de que a lei penal não retroage (o denominado princípio da irretroatividade da lei penal).

> *CF - Art. 5º*
> *XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;*
> *XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;*

Neste aspecto, o tema foi colocado à apreciação da Advocacia-Geral da União (AGU), que, por meio do seu Parecer AGU nº GQ-91, analisou a irretroatividade da conversão de exoneração a pedido em pena de destituição de cargo em comissão, criada pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no parágrafo único do art. 135, e que inexistia no regramento estatutário anterior. Na verdade, tratou-se de reiteração do entendimento que já havia sido externada pelo órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, por meio do seu Parecer AGU nº GQ-35. Nas duas oportunidades, a AGU asseverou a inviabilidade da retroação da lei definidora de materialidades infracionais administrativas, nos termos acima expostos, ou seja, ratificou o princípio da irretroatividade da lei mais gravosa em instância disciplinar. Em consequência, a AGU asseverou que não há que se cogitar de responsabilização por ato que, à época em que foi cometido, não era tido como ilícito ou que não possuía apenação prevista, ainda que posteriormente passe a sê-lo.

> *Parecer AGU nº GQ-35, vinculante: "7. Impende elucidar que a incidência do disposto no parágrafo único do art. 135, supramencionado, é restrita às infrações praticadas após sua vigência, dada a impossibilidade de a norma surtir efeitos de forma a alcançar situações pretéritas. A legislação precedente não contemplava a conversão, em comento."*

> *Parecer AGU nº GQ-91, não vinculante: "17. Não se concebe ínsito ao senso da razoabilidade, harmônico com o direito e à moral administrativa o propósito de, numa atuação legiferante, aplicar penalidade inexistente no ordenamento jurídico à época em que os fatos ocorreram ou imprimir efeitos retroativos à norma cominativa da mesma pena, quando elidido, por atos administrativos (os que efetivaram a exoneração dos envolvidos nas irregularidades), elemento da tipificação da nova penalidade, anteriormente à lei nova, autorizadora da punição.*
> *19. A prévia cominação de penalidade administrativa em lei se compatibiliza com as assertivas compreendidas na doutrina pertinente ao Direito Penal, na faceta de que a ´lei incidente à época do delito, não só no que diz respeito aos pressupostos do crime, como também à qualidade e quantidade (extensão, intensidade, o ´quantum´) da pena, é direito que assiste ao infrator, que tem o direito subjetivo público a que lhe seja aplicada a lei mais benéfica anterior, ou seja, o princípio da vedação da lei penal material ´ex post facto´. A lei penal material é a do momento da consumação do crime ou do fato punível´. (Comentários à Constituição de 1988 - José Cretella Júnior, Ed. Forense Universitária, 1988, vol. I, p. 475)*
> *37. As normas constitucionais de regência da matéria, acima especificadas, e a doutrina demonstram, à saciedade, que se harmoniza com o ordenamento jurídico e, especificamente, com os princípios da moralidade administrativa e legalidade o resultado interpretativo que obsta a instituição de penalidade e sua aplicação, sem lei autorizativa à época dos fatos considerados ilícitos, e não acolhe a tese da retroação dos efeitos de lei que crie modalidade de penalidade disciplinar."*

Assim, diante uma conduta funcional que, à época de seu cometimento não era ilícita e, portanto, não havia ensejado instauração de processo disciplinar, caso posteriormente nova lei passe a enquadrá-la, continua não havendo de se deflagrar instância disciplinar. E, diante de uma conduta funcional que, à época de seu cometimento era enquadrada como ilícita e, independentemente se ainda não tivesse sido instaurado processo disciplinar ou se este estivesse em curso ou se este já tivesse sido julgado, caso posteriormente nova lei agrave sua repercussão, não é de ser aplicada ao processo ainda a ser instaurado ou em curso ou já julgado, conforme também entende a doutrina.

> *"(...) [na] hipótese em que o ilícito administrativo se consuma inteiramente, na conduta e em seus efeitos, em período anterior à legislação mais gravosa, (...), efetivamente, não há possibilidade de efeito imediato da legislação e muito menos retroatividade, ainda que inexista, nesse caso, direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada em favor do agente infrator." Fábio Medina Osório, "Direito Administrativo Sancionador", pg. 334, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Cabe ainda apreciar a questão - inversa ao que acima se analisou - de se haveria aplicabilidade, na instância disciplinar, da retroatividade da lei que não mais enquadra o fato como infração ou que torne mais exigentes os elementos do enquadramento ainda existente passando a incidir sobre menos extenso rol de condutas ou que abrande a pena para a mesma conduta. Primeiramente, neste tema, não se nega a sua aplicação à instância penal, conforme já se expôs em **3.3.3.2**. E a aceitação desta aplicabilidade na instância penal nem precisa se socorrer em construção principiológica, como foi feito com o princípio da legalidade na irretroatividade da lei mais gravosa, pois a retroatividade de lei penal benigna possui expressa previsão constitucional e legal bastante inequívoca. O já mencionado inciso XL do art. 5º da CF, em cuja parte inicial se apresenta a regra geral da não retroação, aproveitada acima, se complementa com sua parte final, que permite a exceção da retroação, quando a nova lei favorecer o réu em comparação com o ordenamento vigente à época da conduta criminosa. Na mesma toada e até com maior grau de definição literal, o CP, em seu art. 2º, assegura que a nova lei que favoreça o agente deve ser aplicada inclusive aos casos já definitivamente julgados com condenação.

> *CP - Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*
> *Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Por este princípio, quando a lei penal posterior, revogando dispositivo legal anterior que considerava determinada conduta como crime, passa a não mais qualificá-la como tal, restando aquela ação ou omissão humana como atípica e, portanto, fora da definição de crime (a chamada *abolitio criminis*), opera-se a retroatividade benigna, extinguindo a punibilidade referente a condutas criminosas praticadas ainda ao tempo da lei anterior, conforme mutuamente se reforçam o *caput* do art. 2º e o inciso III do art. 107, ambos do CP. Com isto, novos processos sequer são iniciados, os processos em andamento são imediatamente extintos, as sentenças têm cessadas suas execuções, as penas em execução são extintas, bem como também cessam todos os seus efeitos penais. Na mesma toada, quando a lei penal posterior, mesmo sem trazer a completa descriminalização da conduta, inova o ordenamento com qualquer alteração benéfica ao agente (a chamada *novatio legis in mellius*, como, por exemplo, adoção de elementos do tipo mais exigentes, cominação de pena menos rigorosa, aceitação de novas atenuantes ou criação de nova hipótese de extinção de punibilidade), conforme o parágrafo único do art. 2º do CP, é aplicada retroativamente em benefício do

autor, no que couber aos casos concretos, seja em processos em andamento, seja em processos já sentenciados.

No entanto, aqui há de se ponderar a intransponível diferença em comparação com a aceita aplicabilidade da irretroatividade da nova lei mais gravosa na instância disciplinar. Naquele primeiro caso, ainda que com regramentos gerais, conforme são o inciso II do art. 5º da CF (reflexo de um princípio) e o *caput* do art. 6º da LINDB (comando de uma lei introdutória), há expressos comandos que não só autorizam mas sim obrigam mesmo o agente administrativo a respeitar a irretroatividade da lei mais gravosa, em qualquer instância, mesmo que não penal. Já no caso em tela da retroatividade da lei benigna, ao contrário, o ordenamento jurídico a contempla positivadamente apenas para a instância penal e, desta forma, para além da ausência de expressa previsão desta espécie de comando na lei material administrativa, o agente administrativo que se arvorasse a estender esta aplicação estaria em claro confronto com o mesmo princípio da legalidade, acima já abordado e valorado, e também com os princípios da segurança jurídica e da aututela da Administração (tanto quanto já se informou anteriormente que os afrontaria também se buscasse impor retroação de lei mais gravosa).

Um outro aspecto que merece menção é a diferença na tutela. Enquanto o Direito Penal se move, precipuamente, em busca da reprovação do crime já cometido, em sentido retroativo, o Direito Administrativo Disciplinar tem um leque mais amplo de tutelas (a saber, cuidar da regularidade interna em toda Administração diante de qualquer ato funcional), que o obriga a ir além da reativa punição de servidores em razão do cometimento de infração, abarcando também como objetivos as ações prospectivas e de eficácia futura de prevenir e de persuadir, a fim de que tais condutas sequer cheguem a se concretizar. Este espectro proativo mais ramificado de atuação exige que a retroatividade seja exercitada de forma muito mais seletiva e restritiva de como é assegurada na instância penal.

Por um lado, o princípio da retroatividade da lei benigna se harmoniza com o Direito Penal, cujos tipos são fechados, de sorte que, quando o legislador ordinário altera uma lei material penal deixando de tipificar determinada conduta, ele o faz, de forma restrita, apenas para aquele tipo, que abarca um rol delimitado e bem definido de ações ou omissões humanas a ser contemplado pela nova previsão legal descriminalizadora, sem trazer insegurança jurídica. Por outro lado, diante da diferente natureza dos enquadramentos estatutários em relação aos tipos penais, não cabe importar esta construção para a instância disciplinar, em que as definições materiais de ilicitudes são abertas, abarcando uma extensa gama de ações e omissões humanas, o que claramente não se coaduna com a inteligência que rege a aplicação do princípio na instância penal.

E, diga-se ainda mais, aqui a mero título de informação: mesmo quando se opera a retroatividade benigna da lei penal em tipo que possui paralelo com ilícito disciplinar, a chamada *abolitio criminis* faz cessar apenas os efeitos penais da sentença, conforme o *caput* do art. 2º do CP, permanecendo aplicáveis os seus efeitos cíveis. A descriminalização de uma conduta possui o condão de retirar-lhe sua natureza criminosa mas não sua natureza infracional disciplinar, pois não afeta a definição material dada pela lei estatutária. O mesmo se pode asseverar para a obrigação civil de reparar eventual dano decorrente da conduta. Tanto é verdade que a condenação penal definitiva equivale a um título judicial a favor da vítima, conforme o inciso VI do art. 515 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) e o *caput* do art. 63 do CPP, como um efeito cível da sentença definitiva, a ser mantido mesmo em caso de *abolitio criminis*.

Diferentemente do que o CP, pelas maiores cautelas necessárias à instância criminal, positiva, em construção de Direito material, a favor da aplicação obrigatória da retroatividade da lei penal benigna, a Lei nº 8.112, de 1990, e também a Lei nº 9.784, de 1999, e até mesmo a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, não possuem nenhum comando nesta linha, carecendo,

portanto, de total amparo legal a autoridade administrativa que aplicasse tal comando em processos disciplinares já definitivamente julgados. Ao contrário, no ponto mais próximo que chegaram acerca do tema em tela, ao tratarem da decisão advinda da revisão processual, a Lei nº 8.112, de 1990, no parágrafo único do art. 182, e a Lei nº 9.784, de 1999, no parágrafo único do art. 65, igualmente apenas vedaram o agravamento da penalidade - ou, em outras palavras, não vedaram a manutenção da sanção. Antecipe-se que a alteração legislativa que extingue o enquadramento ou que torne mais exigentes os seus elementos ou que abrande a pena, *a priori*, não perfaz os critérios elencados no *caput* do art. 174 da Lei nº 8.112, de 1990, a saber, de virem à tona a qualquer tempo "*fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada*", a fim de justificar a autorização de deflagração de processo revisional. Por sua vez, a Lei nº 8.429, de 1992, ainda que tenha sofrido lamentáveis alterações por força da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no nítido sentido contrário ao combate à corrupção, não teve acrescido nenhum comando determinador da retroatividade benigna.

Cabe inclusive detalhar um pouco mais a questão do não cabimento de tese de retroatividade benigna após as alterações produzidas pela Lei nº 14.230, de 2021, sobre a Lei nº 8.429, de 1992, tema que foi especificamente aprofundado em **4.7.4.4.1**. A própria Lei alteradora fez prevalecer que se aplicam ao sistema da improbidade administrativa disciplinado pela Lei nº 8.429, de 1992, os princípios reitores do Direito Administrativo Sancionador e não os princípios reitores do Direito Penal. Esta clara e direta positividade legal reforça a compreensão de que não cabe a importação direta, ampla, imediata e irrestrita de todos os princípios da instância penal para a instância disciplinar, estando o princípio da retroatividade da lei benigna dentre aqueles de incidência restrita e específica.

> *Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 1º*
> *§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

Além da ausência de previsão expressa nas Leis nº 8.112, de 1990, 9.784, de 1999, e 8.429, de 1992, cite-se ainda outro impedimento intransponível para a importação da retroatividade benigna da lei penal para processo disciplinar já definitivamente julgado. O inciso XXXVI do art. 5º da CF e o comando da parte final do já mencionado *caput* e o § 1º do art. 6º da LINDB, que regem todos os ramos do Direito, penal e cível, asseguram a proteção do ato jurídico perfeito, definido como o ato jurídico consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. Assim, esta proteção constitucional e legal recai sobre o julgamento condenatório do processo disciplinar que tenha sido integral e corretamente feito à luz do ordenamento material e instrumental então vigente, na forma de decisão terminativa de mérito. Quisesse o legislador atribuir o efeito da retroatividade da lei benigna a outras instâncias diferentes da penal, deveria tê-lo feito de forma expressa na CF e nas demais leis materiais ou instrumentais. E, nesta linha de que não havendo previsão legal específica que autorize a retroação benigna em determinada instância de Direito, como é o caso do Direito Administrativo em geral e do Direito Administrativo Disciplinar em especial, deve prevalecer o ato jurídico perfeito e não se opera retroação benigna, também entendem a jurisprudência e a doutrina.

> *CF - Art. 5º*
> *XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;*
>
> *LINDB - Art. 6º*
> *§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)*
>
> *"Ademais, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece o*

princípio geral da irretroatividade ao mencionar que os efeitos da lei serão imediatos. Dessa forma, para que uma lei retroaja no direito brasileiro, ela precisa conter um expresso dispositivo nesse sentido (cf. Cardozo, 1995:320/323). Sendo a lei omissa quanto à sua retroatividade, será irretroativa, por força do art. 6º, caput, da LINDB. A regra, em outros termos, é a de que a lei, no Brasil, não pode ser aplicada a fatos verificados anteriormente à sua vigência, exceto se contiver expressa disposição nesse sentido. Mesmo assim, sua aplicação deverá resguardar os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada. Esse preceito de direito intertemporal não se aplica às normas de direito penal, sujeitas, como visto acima, a regramento próprio: retroagem quando são mais benéficas que a revogada, ainda que não contemplem dispositivo expresso nesse sentido."Fábio Ulhoa Coelho, "Curso de Direito Civil - Parte Geral", vol. 1, pg. 142, Editora saraiva, 1ª edição, 2012

STJ, Segunda Turma, Ministro Relator Herman Benjamin, Recurso em Mandado de Segurança nº 33.484/RS, DJe 01/08/2013, Ementa: "1. O ora recorrente, Oficial de Justiça à época, foi investigado por exigir custas excessivas em processo judicial. O Conselho da Magistratura demitiu-o em 1986, após o regular processo administrativo, em decisão ratificada pelo Órgão Especial. Pleiteou-se a revisão do processo, em 1994, que, rejeitada por maioria de votos, ensejou a impetração de Mandado de Segurança, o qual foi denegado.
2. A demissão a bem do serviço público do recorrente foi confirmada pelo órgão especial em 1987, e o ato demissório deu-se em 1989. O pedido de revisão ocorreu mais de cinco anos depois, porquanto admissível sua propositura, uma única vez, a qualquer tempo (art. 249 da Lei 10.098/1994).
3. In casu, quando julgado o processo administrativo (1986), não havia norma sobre prescrição no Código de Organização Judiciária (Lei Estadual 5.256/1966), que tratou da Ação Disciplinar (arts. 756 e ss.). O acórdão recorrido valeu-se de dupla remissão para aplicar a prescrição prevista na legislação penal. Essa lacuna normativa perdurou até a edição da LCE 10.098/1994, que passou a regulamentar expressamente a prescrição da Ação Disciplinar em prazo mais curto, favorável ao recorrente.
4. Caso a lacuna da legislação local tivesse sido suprida ao longo do PAD mediante edição de lei nova que regulasse a prescrição no âmbito administrativo, estar-se-ia diante de norma superveniente que seria levada em consideração no julgamento do processo administrativo e poderia resultar na sua extinção.
5. Contudo, o pedido de revisão tem prazo aberto e pode ser apresentado a qualquer momento. A valer a proposição do recorrente, passados 5, 10, 20 ou 40 anos, havendo mudança na lei a respeito dos prazos prescricionais, todos os processos administrativos que ensejassem de advertência a demissão poderiam ser rejulgados, adotando-se a legislação eventualmente mais benéfica.
6. A diferença ontológica entre a sanção administrativa e a penal permite a transpor com reservas o princípio da retroatividade. Conforme pondera Fábio Medina Osório, 'se no Brasil não há dúvidas quanto à retroatividade das normas penais mais benéficas, parece-me prudente sustentar que o Direito Administrativo Sancionador, nesse ponto, não se equipara ao direito criminal, dado seu maior dinamismo'.
7. No âmbito administrativo, a sedimentação de decisão proferida em PAD que condena servidor faltoso (acusado de falta grave consistente na cobrança de custas em arrolamento em valor aproximadamente mil vezes maior) não pode estar sujeita aos sabores da superveniente legislação sobre prescrição administrativa sem termo ad quem que consolide a situação jurídica. Caso contrário, cria-se hipótese de instabilidade que afronta diretamente o interesse da administração pública em manter em seus quadros apenas os servidores que

respeitem as normas constitucionais e infraconstitucionais no exercício de suas funções, respeitadas as garantias do due process.
8. Precedente em situação similar indica: "quanto à alegação de prescrição administrativa, questão que em tese poderia determinar a anulação do ato que cassou a nomeação do recorrente na função de Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Palhoça/SC, verifica-se que as leis apresentadas (9.873/99 e 9.784/99) foram editadas após a ocorrência da nomeação do recorrente em 1992 e após o próprio ato de cassação ocorrido em 1998, não podendo retroagir para alcançar a situação do recorrente. Precedentes: RESP nº 646107/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 14/03/2005; MS 9092/DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 25.09.2006 e EDcl no AgRg no RESP nº 547668/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 02/05/2005" (AgRg no AgRg no REsp 959.006/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 7.5.2008).”

Assim, diante uma conduta concreta que, à época de seu cometimento, era ilícita mas ainda não havia ensejado instauração de processo disciplinar, caso posteriormente nova lei passe a não mais enquadrá-la, deixa de fazer sentido se cogitar de deflagração da instância disciplinar; e caso esta nova lei apenas torne mais exigentes os elementos do enquadramento ou abrande a pena, ainda cabe a deflagração da instância disciplinar, só que já sob os novos moldes. Diante uma conduta funcional que, à época de seu cometimento, era ilícita e havia ensejado instauração de processo disciplinar, caso, no curso do rito, nova lei passe a não mais enquadrá-la ou torne mais exigentes os elementos do enquadramento ou abrande a pena, estas repercussões benignas se aplicam ao processo; e caso a inovação provocada por esta nova nova lei seja prejudicial à defesa, o processo deve se dar à luz da redação vigente ao tempo do cometimento. Por fim, diante uma conduta funcional que, à época de seu cometimento era ilícita e havia ensejado instauração de processo disciplinar já definitivamente julgado, caso posteriormente nova lei passe a não mais enquadrá-la ou torna mais exigentes os elementos do enquadramento ou abranda a pena, estas repercussões benignas não se aplicam ao processo.

Encerrada esta análise contrária à aplicação da retroação benigna na instância disciplinar, cabe reiterar, com ênfase, a fim de ilustrar a questão, que nem mesmo as desestruturantes mudanças operadas pelo legislador ordinário na Lei nº 8.429, de 1992, por meio da Lei nº 14.230, de 2021, autorizam se cogitar de qualquer espécie de desfazimento da aplicação de penas expulsivas concretizadas antes da alteração legal. Tais expulsões, desde a publicação das respectivas portarias de pessoal, já assumiram a qualidade de atos jurídicos perfeitos e, uma vez que em nada se confundem com repercussões penais, na ausência de previsão legal em sentido contrário, devem ser preservadas sem retroação benigna.

Por fim, especificamente para as infrações puníveis com penas de advertência e de suspensão, a aposentadoria também opera extinção da punibilidade. O mesmo não se dá para as infrações graves, para as quais há a previsão legal da pena de cassação de aposentadoria.

Apenas a título de informação, embora, a rigor, sejam voltados para esfera criminal, a doutrina cita ainda como hipóteses de extinção da punibilidade atos de clemência, previstos na CF, tais como anistia, indulto e graça (acrescente-se que, na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, chamada Lei de Execução Penal, em seus arts. 188 e 193, permite considerar o indulto como gênero, do qual cabem as espécies do indulto coletivo e do indulto individual, respectivamente coincidentes com o indulto e com a graça de que trata o inciso II do art. 107 do CP). Daí, apesar de teoricamente até comportarem aplicação extensiva na instância disciplinar, tem-se sua rara e pouco provável aplicação. Interessante pontuar que, conforme jurisprudência sumulada, o indulto concedido na instância penal extingue apenas os efeitos primário da condeção (da pena em si), mas não os efeitos secundários penais, como seria, por exemplo, a decretação judicial de perda do cargo, e extrapenais.

STJ, Súmula nº 631: “O indulto extingue os efeitos primários da condenação

(pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais".

"Anistia
A anistia é ato jurídico complexo, de clemência soberana, formalmente ato legislativo, da competência do Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República (arts. 48, VIII e 84, IV, da CF), cuja concessão sempre teve, historicamente, maior aplicação a crimes com conotação política.
Trata-se de ato com caráter de generalidade, ou seja, estendido a todos aqueles que estejam nas condições da lei que a concede. (...)
Autores há que contestam a aplicabilidade de anistia a infrações disciplinares, por causar grandes transtornos na esfera administrativa, e por ser intromissão de um Poder no campo de atribuições de outro.
Entretanto, a doutrina mais significativa é no sentido de sua admissibilidade. Com efeito, se a clemência soberana pode perdoar casos mais graves, que são os crimes, não há razão para repelir sua aplicabilidade às faltas administrativas, que são em tese mais suaves.
Cretella Jr. adverte que é importante ter presente a distinção entre pena disciplinar e criminal, não se aplicando à primeira os efeitos da anistia senão quando a lei concessiva (ou obviamente o dispositivo constitucional) a ela expressamente se referir. Caso contrário, a anistia não operará, p. ex., a reintegração do funcionário ou o cancelamento da pena disciplinar, a não ser que a penalidade administrativa tenha sido aplicada, no mesmo processo judicial, como acessória da condenação criminal. (...)
Indulto
Como a anistia, o indulto é a manifestação de clemência soberana, também genericamente aplicável a todos que se enquadrem nas condições descritas pelo ato concessivo, que, no caso, é da competência exclusiva do Presidente da República (art. 84, XII, da CF).
Aplica-se, no entanto, só a réus ou funcionários já condenados.
Cabem, com relação ao indulto, exatamente os mesmos comentários feitos ao instituto da anistia: comunicabilidade restrita do indulto criminal ao campo administrativo, admissibilidade de indulto também às infrações disciplinares, restringindo-se literalmente aos termos do decreto concessório.
Graça
Também da competência exclusiva do Presidente da República (art. 84, XII, da CF), essa forma de clemência soberana difere do indulto pelo fato de dirigir-se a indivíduo determinado, já condenado. É um indulto individual (...).
As repercussões da graça criminal na esfera administrativa são da mesma natureza das do indulto, do qual, como se viu, é espécie, restringindo-se aos precisos termos do decreto concessivo." Edmir Netto de Araújo, "O Ilícito Administrativo e seu Processo", pgs. 237 a 239, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994

A título de exemplo, mencione-se a anistia concedida, pela Lei nº 8.878, de 11/05/94, com a regulamentação dada pela Portaria Normativa SEDGG/SGP nº 21, de 5 de abril de 2022, aos servidores e empregados que haviam sido exonerados, demitidos, despedidos ou dispensados, no período entre 16/03/90 e 30/09/92, de forma inconstitucional ou ilegal ou por motivação política ou ainda em decorrência de movimento grevista, já mencionada em **3.2.4.1.2** e em **3.2.4.2.1**. A anistia decorre de um ato concessivo da Administração em favor do faltoso, permitindo-lhe a readmissão no serviço público e, como tal, não se confunde com a reintegração operada em decorrência do cometimento de ato ilegal por parte do Estado. Enquanto esta assegura ao servidor o restabelecimento de todos seus direitos funcionais à época do desprovimento, aquela não tem o condão de retroagir para restabelecer direitos funcionais (conforme explicita a própria literalidade do art. 6º da mencionada Lei).

Lei nº 8.878, de 11/05/94 - Art. 1° É concedida anistia aos servidores públicos

civis e empregados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle da União que, no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992, tenham sido:
I - exonerados ou demitidos com violação de dispositivo constitucional ou legal;
II - despedidos ou dispensados dos seus empregos com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar ou de cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa;
III - exonerados, demitidos ou dispensados por motivação política, devidamente caracterizado, ou por interrupção de atividade profissional em decorrência de movimentação grevista.
Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, ao servidor titular de cargo de provimento efetivo ou de emprego permanente à época da exoneração, demissão ou dispensa.
Art. 2° O retorno ao serviço dar-se-á, exclusivamente, no cargo ou emprego anteriormente ocupado ou, quando for o caso, naquele resultante da respectiva transformação e restringe-se aos que formulem requerimento fundamentado e acompanhado da documentação pertinente no prazo improrrogável de sessenta dias, contado da instalação da comissão a que se refere o art. 5°, assegurando-se prioridade de análise aos que já tenham encaminhado documentação à Comissão Especial constituída pelo Decreto de 23 de junho de 1993.

4.14 - RESPONSABILIDADES

Um único ato cometido por servidor pode repercutir, simultaneamente, nas esferas administrativa, penal e civil.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.
Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.
Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.
Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.
Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.
Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

É de se reiterar que uma das possíveis consequências do processo administrativo disciplinar é a configuração da responsabilidade administrativa do servidor por atos cometidos no exercício do cargo ou a ele relacionados. De acordo com a tripartição da responsabilidade estabelecida no art. 121 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e a consequente enumeração de três responsabilizações nos arts. seguintes (122, 123 e 124), interpreta-se que o art. 124, mencionando a responsabilidade "civil-administrativa", reporta-se à responsabilização administrativa propriamente dita (de forma que o prefixo "civil" se refere à natureza cível da responsabilização administrativa, que, embora não possua o dolo e a culpa expressos em seus enquadramentos, deles não pode prescindir para se cogitar de enquadramento disciplinar, conforme já comentado em **4.6.3.1**). Não obstante, no curso desta apuração administrativa, pode a comissão se deparar com ilícitos civis ou penais. Nestes casos, a Administração deve adotar algumas providências legalmente previstas.

Ou seja, além da responsabilização administrativa (por atos contrários ao Estatuto), apurada no rito da Lei nº 8.112, de 11/12/90, detalhadamente descrito em todos os tópicos

anteriores do presente texto, pode haver responsabilização civil (por danos causados ao erário e a terceiros e que tanto pode se esgotar excepcionalmente na via administrativa quanto em regra pode necessitar de ingresso na via judicial) e responsabilização penal (por crimes ou contravenções cometidos como servidor e que obrigatoriamente segue o rito judicial do CPP), conforme já abordado em **3.2.1**.

4.14.1 - Responsabilização Civil

Para o foco pessoal do agente público, de imediato, antecipe-se que, no atual ordenamento jurídico, a responsabilidade civil de servidor tem natureza subjetiva. Em outras palavras, a obrigação pessoal do agente público em reparar dano em decorrência do exercício do seu cargo requer a comprovação de que a sua conduta causadora do prejuízo foi dolosa ou culposa, em ato comissivo ou omissivo. Sem este pré-requisito essencial, ainda que a atuação pública do servidor tenha acarretado dano, não se cogita de responsabilizá-lo civilmente a reparar. Relembre-se de **3.2.1** que a responsabilidade civil não tem índole punitiva, mas sim patrimonial e indenizatória.

> *CC - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ao ilícito.*
> *Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*
> *Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.*

Na mesma linha aponta o Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamenta dispositivos do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB). No § 2ª do art. 13 verifica-se a ratificação da compreensão subjetiva da responsabilização decorrente de dano ao erário.

> *Decreto nº 9.830, de 2019 - Art. 13.*
> *§ 2º A eventual estimativa de prejuízo causado ao erário não poderá ser considerada isolada e exclusivamente como motivação para se concluir pela irregularidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos.*

Da mesma forma como se aduziu para a responsabilidade administrativa, em **3.2.3.5.2**, tem-se que a simples comprovação de que, objetivamente, de fato, ocorreu dano (avaria ou quebra) ou desaparecimento (perda, extravio, furto ou roubo) de um bem, mercadoria ou processo não necessariamente implica responsabilidade civil reparatória para o servidor cujo nome consta do respectivo termo de responsabilidade e/ou para o servidor (se diferente) que o tinha em uso ou guarda no momento da ocorrência do fato. A responsabilização civil também é de índole subjetiva, não se tolerando cogitar de imposição meramente objetiva de reparar o dano ou perda, sem a comprovação do ânimo subjetivo do responsável.

Neste rumo, repete-se, com maior aplicabilidade, uma vez que trata justamente de repercussão civil, a seguinte decisão adotada pelo Tribunal de Contas da União:

> *TCU, Tomada de Contas nº 450.131/96-3, Relatório: "No caso em exame, os fatos são estes: os agentes públicos receberam alguns objetos integrantes do patrimônio da entidade e deles passaram recibo. Este documento constitui termo de responsabilidade. Os objetos foram subrepticiamente subtraídos das salas da repartição por terceiro desconhecido. A autoria do ilícito não foi descoberta pelo procedimento legal específico. Com fundamento nesses fatos, entende o Ministério Público que os elementos apresentados são insuficientes*

> *para precisar, adequadamente, a responsabilidade da autoridade administrativa.*
> *Voto: Deverão ressarcir o Erário aqueles que, dolosa ou culposamente, derem causa a prejuízo ao patrimônio público. No caso vertente, conforme bem assinalado pelo representante do 'Parquet', tal hipótese não restou configurada nos autos. O 'Termo de Responsabilidade' somente obrigará o respectivo signatário a responder subsidiariamente pelo desvio do bem sob sua guarda caso se comprove que sua conduta contribuiu para o desaparecimento do mesmo."*

Não obstante, novamente recomenda-se que o servidor signatário do termo de responsabilidade e/ou detentor do bem objeto de furto ou roubo registre a ocorrência policial, na Polícia Federal (PF - conforme competência estabelecida no art. 144, § 1º, I e IV da CF), e comunique o fato a seu chefe imediato (esta comunicação à chefia é recomendável também no caso de dano de bem).

Analogamente ao que se expôs para responsabilização administrativa, não se cogita de responsabilizar civilmente um servidor, obrigando-o a indenizar a União por um bem danificado ou extraviado, descontando de sua remuneração, sem antes se ter comprovado, no devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, seja em via administrativa, seja em via judicial, que ele, no exercício de seu cargo, agiu com culpa ou dolo no evento.

Neste ponto, ressalve-se a simplificação introduzida pela Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, que dispensa rito contraditório, conforme já aduzido em **3.2.3.5.2**. Segundo esta norma, o dano ou desaparecimento de bem decorrente de conduta que possa ser considerada de menor potencial ofensivo (qual seja, culposa ou até mesmo excepcionalmente dolosa, punível com pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias) por parte do servidor e causador de prejuízo de qualquer valor, pode ter sua resolução encerrada em termo de ajustamento de conduta (TAC), sem rito disciplinar, em que a autoridade competente imponha ao agente público o compromisso de ressarcir o erário e este aquiesça (obviamente, aqui menciona-se o TAC na hipótese de o infrator ainda não ter ressarcido espontaneamente o prejuízo), poupando-se a instauração de PAD ou sindicância disciplinar. Ou seja, aquela norma atuou inovando apenas a instância disciplinar, em nada alterando a repercussão civil, não sendo relevante para o presente tópico.

Menos ainda se pode cogitar de exigir de um grupo de servidores a indenização de um bem pelo simples fato de todos trabalharem no local onde se deu o sinistro, diluindo a responsabilidade civil sem o devido processo legal, se foi impossível a individualização ou se a Administração não foi capaz de identificar o responsável. Assim, repetem-se as citações de fontes administrativas e doutrinária.

> *Parecer AGU nº GM-1, vinculante: "Ementa: A imputação administrativa da responsabilidade civil exige que se constate a participação de todos os envolvidos nas irregularidades, considerados individualmente.*
>
> *Formulação Dasp nº 261. Responsabilidade administrativa*
> *A responsabilidade administrativa deve ser individualizada no respectivo processo, vedada, na impossibilidade de indicação do culpado, a sua diluição por todos os funcionários que lidaram com os valores extraviados.*
>
> *"(...) não se permite a extensão da responsabilidade, de modo genérico, quando não for possível a individualização da responsabilidade." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 184, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

A imputação de que foi determinado servidor que, com intenção, negligência, imperícia ou imprudência, danificou ou extraviou o bem (ou propiciou que terceiro o fizesse) pode decorrer de várias formas juridicamente lícitas de comprovação, sendo aceitos desde o

reconhecimento não litigioso por parte do próprio servidor (como o TAC, por exemplo, já exposto em **3.2.3.5.2**) ou apuratórios administrativos (de que a sindicância disciplinar e o PAD são os principais exemplos, podendo-se ainda citar a tomada de contas especial, detalhada ao final do presente texto), até apurações em processos civis judiciais (ação de reparação de dano - ou ação indenizatória - e ação de improbidade), antes mesmo de apurações administrativas, à vista da consagrada independência das instâncias.

Não se confunde a conclusão obtida em meios administrativos de que o servidor, no exercício culposo ou doloso de seu cargo, acarretou prejuízo com a independente apuração da responsabilidade civil indenizatória, que, em regra, requer rito judicial. Obviamente, à vista do princípio da indisponibilidade do interesse público, a apuração da responsabilidade civil (de repercussão patrimonial), no rito judicial, é independente da apuração da responsabilidade administrativa (de repercussão punitiva, no rol do art. 127 da Lei nº 8.112, de 11/12/90), podendo ocorrer antes, simultaneamente ou depois desta última. Nada impede o ajuizamento da ação civil antes mesmo de sequer se ter instaurada apuração administrativa ou antes de se ter tal apuração concluída. Destaque-se que, mesmo que já exista apuração administrativa acerca de dano causado por servidor com dolo ou culpa no exercício de seu cargo, pode haver a independente ação judicial, com seus requisitos probatórios próprios do CPC e garantindo ao acusado o exercício da ampla defesa e do contraditório, para apurar a responsabilização civil, cujo resultado pode até discrepar daquele obtido na instância administrativa. Não obstante, sem negar a independência das instâncias, o que se recomenda, no caso de já haver a prévia apuração da responsabilidade administrativa, é que a Administração aproveite-a como peça de instrução para a reparação do dano ao erário, como peça auxiliar na individualização da responsabilidade civil de indenizar, uma vez que ambas as instâncias guardam índole subjetiva. Mais que isto, mesmo sabendo da possibilidade do imediato manejo da instância judicial, se recomenda ainda com mais ênfase que primeiramente a Administação tente a resolução amigável da reparação, administrativamente, sem judicialização, para reservar, somente na hipótese de insucesso da tentativa de solução consensual, a postulação da ação civil judicial. uma vez que o princípio acima mencionado não permite que a Administração disponha da indenização em favor do responsável.

Tendo havido apuração administrativa da culpa subjetiva, seja no escopo da sindicância ou do processo administrativo simplificado nos termos da Lei nº 9.784, de 1999, e localmente instaurados, seja no escopo da sindicância disciplinar ou do PAD instaurados pelo Chefe de Escor (ou excepcionalmente pelo Corregedor), o agente condutor ou comissão, após ter quantificado ou ao menos indicado o prejuízo, ao final, propõe à autoridade julgadora que proceda à comunicação do fato à unidade do local de ocorrência do fato, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e à Controladoria-Geral da União (CGU), mais especificamente à Secretaria Federal de Controle Interno (CGU/SFC), conforme exposto em **4.10.6.4**. Este comunicado se justifica para que as instituições acima possam tomar suas respectivas providências na busca do ressarcimento do dano, que podem variar desde a simples lavratura de um acordo amigável com o responsável até a promoção de um processo judicial de execução.

> *"Lembre-se de que o processo administrativo disciplinar não pode ter por efeito ou penalidade compelir o servidor a ressarcir os prejuízos causados à Administração, visto que as penalidades cabíveis em seu bojo são apenas aquelas previstas em lei (art. 127, I a VI, art. 130, § 2º, todos da Lei federal nº 8.112/1990." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pgs. 122 e 123, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Uma questão interessante a se discutir neste ponto é se, porventura tendo sido extinta pela prescrição a punibilidade administrativa do ato funcional acarretador de dano ao erário, há repercussão sobre a responsabilização civil reparatória. E tão forte é o princípio da

independência das instâncias que a solução da questão aponta que eventual prescrição disciplinar não impede o prosseguimento da exigência de reparação do dano, qualquer que seja o rito adotado, administrativo ou judicial. Neste sentido é a a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares, da Consultoria-Geral da União (CNPAD/CGU/AGU), estampada no Parecer n° 1/2019/CNPAD/CGU/AGU.

> *Parecer nº 1/2019/CNPAD/CGU/AGU: "Ementa: 3. Em caso de prejuízo ao erário e ocorrida a prescrição administrativa, deve-se instaurar processo próprio, com vistas ao ressarcimento dos cofres públicos, ante a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos de improbidade ou atos cometidos no âmbito das relações jurídicas de caráter administrativo (Repercussão Geral nº 666 no RE 669.069 e nº 897 no RE nº 852.475).*
> *4. Na ocorrência de dano quantificado e atualizado monetariamente, o recolhimento pode ser voluntário, nos termos do art. 46 da Lei n. 8.112/90.*
> *5. Caso não seja quantificado o débito, a apuração do dano pode dar-se por meio de processo administrativo simplificado, nos termos da Lei nº 9.784/99.*
> *6. O valor devido ao erário poderá ser inscrito em dívida ativa, nos casos decorrentes de ilícitos administrativos cometidos por servidores públicos ativos ou inativos, desde que submetido a processo administrativo prévio, consoante precedente do STJ.*
> *7. Exauridas as medidas administrativas, nas hipóteses em que for cabível, será instaurada Tomada de Contas Especial para apuração do fato, identificação do responsável e quantificação do dano, garantindo-se o devido processo legal, para posterior recolhimento do débito.*
> *8. Poderá ainda ser manejada ação judicial específica para cobrança do valor devido ao erário, independentemente do esgotamento das medidas administrativas. Precedente do STJ.*
> *24. Portanto, diante de ilícito administrativo que não seja mais passível de punição administrativa ou de abertura do processo administrativo disciplinar em face da prescrição, é cabível o ressarcimento ao erário não prescrito, valendo-se a Administração Pública dos seguintes meios: (i) desconto em folha de pagamento ou Guia de Recolhimento da União - GRU, se houver concordância do servidor, na forma prevista no art. 46 da Lei nº 8.112/90; (ii) instauração de processo administrativo destinado a apurar e quantificar o dano, nos termos da Lei nº 9.784/99, de forma a esgotar as medidas administrativas com vistas ao ressarcimento pretendido; (iii) por protesto extrajudicial ou execução fiscal, precedido de processo administrativo prévio (jurisprudência do STJ); (iv) instauração da Tomada de Contas Especial; ou (v) proposição de ação judicial específica que determinará o alcance da responsabilidade civil e o ressarcimento do dano causado ao erário."*

Conforme se verá adiante, dependendo de a quem o servidor tenha causado prejuízo exercendo seu cargo, a responsabilização de reparar pode encerrar-se totalmente na esfera administrativa, sem necessidade de provocação judicial, ou pode ser necessário o ingresso em juízo. Na verdade, a cobrança administrativa direta do débito é exceção e, em qualquer que seja a instrumentalidade empregada, somente é possível com aquiescência do servidor ou em razão de impossibilidade de execução judicial. É comum ter de lançar mão da inscrição do débito em dívida ativa não tributária, para execução judicial.

A parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal (CF) estabelece comando de exceção à regra geral da prescritibilidade das diferentes responsabilizações (tais como administrativa e penal, além da própria civil) que podem recair sobre o servidor em razão de condutas funcionais infracionais acarretadras de prejuízo ao erário, determinando que as ações de ressarcimento ao erário sejam imprescritíveis.

> *CF - Art. 37.*
> *§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.*

Mas é de se dedicar atenção a este comando constitucional. Não exatamente qualquer conduta funcional causadora de dano é imprescritível. Aquelas condutas acarretadoras de prejuízo de índole meramente civil não são atingidas pela imprescritibilidade excepcionada na parte final do § 5º do art. 37 da CF, sendo, portanto, prescritíveis, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), em julgado com repercussão geral. Na leitura a *contrario sensu* do julgado paradigmático, são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário decorrentes de crimes, de atos de improbidade administrativa e de atos cometidos no âmbito das relações jurídicas de caráter administrativo, em que se incluem as condutas funcionais em geral. Em outras palavras, sendo prescritíveis os danos ao erário que sejam decorrentes de ilícito de natureza estritamente civil, qualificados como tal por exclusão daqueles que decorrem de infrações em geral ao Direito Público, a parcela das condutas causadoras de prejuízo cujas ações se beneficiam com possível prescrição legal se definem por resíduo: são exatamente aquelas que não possuem a imprescritibilidade, ou seja, são residualmente as que não decorrem de crimes, de atos de improbidade administrativa e de atos cometidos no âmbito das relações jurídicas de caráter administrativo.

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Teori Zavascki, Recurso Extraodinário nº 669.069/MG, DJe 28/04/2016, Ementa: "Constitucional e civil. Ressarcimento ao erário. Imprescritibilidade. Sentido e alcance do art. 37, § 5º, da Constituição. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil."*
> *Voto do Ministro Relator: "O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, afirmando como tese de repercussão geral a de que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais."*
> *Tema nº 666: "Imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa."*
> *Tese: "É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil."*

Mas uma vez debruçando-se sobre o tema da prescritibilidade, ou não, do ressarcimento ao erário, o STF ratificou, em outro julgado com repercussão geral, desta feita em leitura direta, dispensando-se a construção a *contrario sensu* anterior, a flexibilização, em parte, do comando forte do § 5º do art. 37 da CF. Relembrando que a regra geral estabelecida na parte inicial do comando constitucional é que a lei assente a prescritibilidade, no que tange a condutas funcionais, abstraindo-se de crimes, a Corte asseverou, de forma mais restrita, que restam imprescritíveis apenas as ações civis por responsabilidade do servidor em razão de danos dolosamente causados ao erário. O próprio julgado cuidou de esclarecer que a adjetivação do ato funcional causador do prejuízo como "doloso" advém da materialidade de improbidade administrativa. Ou seja, independentemente se o processo disciplinar tiver redundado em pena expulsiva ao servidor enquadrada no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com a definição dada pelo art. 10 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, por ato de improbidade administrativa da espécie causadora de dano ao erário, também pode haver a imprescritível independente repercussão civil se ato de improbidade causador de enriquecimento ilícito ou que afronte princípios reitores da Administração vier a acarretar prejuízo ao erário. Portanto, segundo o entendimento firmado pelo STF, o prejuízo

causado ao erário por conduta culposa tem o benefício da prescritibilidade.

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Alexandre de Moraes, Redator para o Acórdão Ministro Edson Fachin, Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, DJe 25/03/2019, Ementa: "1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais.*
> *2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB).*
> *3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente.*
> *4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis.*
> *5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa."*
> *Tema nº 897: "Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa."*
> *Tese: "São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa."*

Por fim, o STF reiterou, em mais um julgado com repercussão geral, seu posicionamento ao ratificar que é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas da União (TCU).

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Alexandre de Moraes, Recurso Extraordinário nº 636.886/AL, DJe 24/06/2020, Ementa: "1. A regra de prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais, entre as quais a impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado.*
> *2. Analisando detalhadamente o tema da 'prescritibilidade de ações de ressarcimento', este Supremo Tribunal Federal concluiu que, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa - Lei 8.429/1992 (Tema 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o Tema 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública.*
> *3. A excepcionalidade reconhecida pela maioria do Supremo Tribunal Federal no Tema 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento.*
> *4. A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal)."*
> *Tema nº 899: "Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas."*

Tese: "É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas."

Ademais, não sendo a responsabilização civil de índole punitiva, tem-se que a ela não se aplica a garantia constitucional de que a pena não passa da pessoa do acusado, sendo certo que, em caso de morte do responsável, os sucessores arcam com a obrigação de reparar o prejuízo causado pelo agente, até o limite da herança, conforme o inciso XLV do art. 5º da CF e o § 3º do art. 122 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

CF - Art. 5º
XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 122.
§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

Ratifica-se o já exposto em **4.7.4.4.1**: no caso de ato funcional de natureza ímproba, para que se cogite de enquadramento no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, tomando por definição algum ato de improbidade administrativa definido no art. 10 da Lei nº 8.429, de 02/06/92 (qual seja, da espécie de ato gerador de dano ao erário), deve de fato a comissão estar diante de prática ensejadora do prejuízo e que tal prejuízo seja quantificável, cabendo-lhe inclusive tal quantificação (ainda que preliminar); em consequência desta linha interpretativa excludente, as condutas dolosas de natureza ímproba suscitadoras de inferência de algum dano ao erário mas em que este reste completamente inquantificável devem ser objeto de enquadramento no art. 9º ou no art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

No **Anexo II**, serão agrupados todos os apontamentos que possam interessar a respeito deste tema.

4.14.1.1 - Dano Causado ao Erário

Uma vez comprovada, administrativa ou judicialmente, a culpa subjetiva do servidor, quando, no exercício do seu cargo, causa dano apenas ao próprio erário, recomenda-se, com base na irredutibilidade salarial (do art. 7º, VI da CF) e no caráter alimentar da remuneração, que a Administração somente desconte em folha se o agente reconhecer aquela responsabilidade apurada e, não dispondo de outros recursos ou bens para pagar, autorizar desconto (no limite mínimo de 10% da remuneração, de acordo com a atual redação do art. 46 da Lei nº 8.112, de 11/12/90). Ou seja, neste caso, a solução até pode se limitar à esfera administrativa, sem necessidade de a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ajuizar ação civil de cobrança forçada.

A Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seus arts. 46 e 47, prevê alguns detalhes acerca da indenização ao erário a cargo do servidor. Caso o prejuízo tenha decorrido de recebimento indevido de remuneração e a reposição seja processada logo no mês subsequente, deve se dar em parcela única. E se este recebimento decorre de provimento judicial precário que venha a ser revogado ou rescindido, o ganho indevido será reposto com atualização. E, no caso de ex-servidor que se exonere ou que seja punido com demissão ou com cassação de aposentadoria ou disponibilidade ou com destituição de cargo em comissão e que esteja em débito com o erário, a quitação deve se dar em até sessenta dias da sua exclusão dos quadros.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado.

(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)
§ 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)
§ 2º Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)
§ 3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)
Art. 47. O servidor em débito com o erário, que for demitido, exonerado ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, terá o prazo de sessenta dias para quitar o débito. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)
Parágrafo único. A não quitação do débito no prazo previsto implicará sua inscrição em dívida ativa. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)
Art. 122.
§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

STF, Mandado de Segurança nº 24.182: "Ementa: 2. Desaparecimento de talonários de tíquetes-alimentação. Condenação do impetrante, em processo administrativo disciplinar, de ressarcimento ao erário do valor do prejuízo apurado. 3. Decisão da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados de desconto mensais, em folha de pagamento, sem a autorização do servidor. 4. Responsabilidade civil de servidor. Hipótese em que não se aplica a auto-executoriedade do procedimento administrativo. 5. A Administração acha-se restrita às sanções de natureza administrativa, não podendo alcançar, compulsoriamente, as consequências civis e penais. 6. À falta de prévia aquiescência do servidor, cabe à Administração propor ação de indenização para a confirmação, ou não, do ressarcimento apurado na esfera administrativa. 7. O Art. 46 da Lei no 8.112, de 1990, dispõe que o desconto em folha de pagamento é a forma como poderá ocorrer o pagamento pelo servidor, após sua concordância com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado."

STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 524.143: "Ementa: Servidor público: a cobrança de valores indevidamente pagos pela Administração ao servidor não prescinde de processo administrativo, com obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (v.g. MS 24.182, Gilmar Mendes, DJ 3.9.04)"

"[o desconto em folha] é válido inclusive na hipótese prevista no § 6º do art. 37 da CF, mas, em qualquer caso, é necessária a concordância do responsável, porque a Administração não pode lançar mão dos bens de seus servidores, nem gravar unilateralmente seus vencimentos, para ressarcir-se de eventuais prejuízos. Faltando-lhe esta aquiescência, deverá recorrer às vias judiciais, quer propondo ação de indenização contra o servidor, quer executando a sentença condenatória do juízo criminal ou a certidão de dívida ativa (no caso de alcances e reposições de recebimentos indevidos)." Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", pg. 465, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001

"Da mesma forma, o processo disciplinar não é o meio adequado para se quantificar o prejuízo causado pela Administração Pública. No máximo ele vai apontar a existência de prejuízo, contudo sua função precípua não é esta, mas

> *sim apurar o que aconteceu na esfera disciplinar, focando-se na conduta humana. O resultado contábil desta conduta humana, muitas vezes, terá de ser delimitado em outro tipo de processo (tomada de contas especial ou um processo judicial).*
> *Além disso, mesmo que se chegue à conclusão de que o servidor condenado em processo disciplinar por um ilícito disciplinar é responsável também por um prejuízo financeiro à administração (ilícito civil) ainda assim não poderá a Administração obrigar o servidor, apenas com base no processo disciplinar, a ressarcir ao erário o prejuízo causado. O Supremo Tribunal Federal (...), no Mandado de Segurança nº 24.182-9 (...), decidiu que '...5. A Administração acha-se adstrita às sanções de natureza administrativa, não podendo alcançar, compulsoriamente, as consequências civis e penais. 6. À falta de prévia aquiescência do servidor, cabe à Administração propor ação de indenização para a confirmação, ou não, do ressarcimento apurado na esfera administrativa'.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 18, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Relembre-se a conceituação já apresentada em **3.2.3.5.2**. O termo "erário", como sinônimo de cofres públicos, reflete a ideia de dinheiros ou recursos públicos e abarca todos os valores monetários e mobiliários ou bens e mercadorias em poder da Administração e destinados à venda ou de qualquer forma conversíveis em moeda. Daí, erário ou cofres públicos significam, em síntese, delimitadamente, o conjunto de bens e de interesses de natureza econômico-financeira de cada um dos entes federados, quais sejam, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, relevando para o presente o que concerne à União. Diferentemente, de forma mais abrangente, a expressão "patrimônio público" (ou patrimônio nacional) alcança não só os bens e direitos de valor econômico, mas também aqueles de natureza artística, histórica, turística ou estética pertencentes a cada ente federado, conforme se mantém até os presentes dias a definição estabelecida pelo art. 1º, § 1º da Lei nº 4.717, de 29/06/65, que regulamenta a ação popular. Daí, patrimônio público ou nacional significa, em síntese, todos os bens públicos permanentes ou de consumo, materiais ou imateriais, ainda que não destinados à venda e não conversíveis em dinheiro.

Mas se o servidor não reconhecer, deve a Administração, por meio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ingressar no Poder Judiciário, a fim de ver inscrito em dívida ativa não tributária o débito apurado pela comissão (daí, a relevância das conclusões ou indicações a cargo do colegiado, mencionadas em **4.10.6.4**). Muito superficialmente, apenas mencione-se que com esta inscrição, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional formará unilateralmente um título executivo, que redundará em um processo de execução. Já a execução desta dívida ativa não tributária, independentemente de em qual Ministério tenha se originado, se concentrará na Procuradoria-Geral da União, órgão também da estrutura da Advocacia-Geral da União e ao qual compete representar, judicialmente, os interesses da União no litígio civil, que se estabelecerá contra o servidor, uma vez que, à luz do princípio da indisponibilidade do interesse público, não pode a Administração dispor da indenização em favor do responsável. Conforme o art. 122, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, na falta de bens que assegurem a execução judicial do débito, a indenização pode ser liquidada na forma de desconto na remuneração do servidor (novamente no limite mínimo de 10% da remuneração, de acordo com a atual redação do art. 46 da Lei nº 8.112, de 11/12/90).

> *STJ, Recurso Especial nº 1.163.8551. "Ementa: Em se tratando de responsabilidade civil de servidor público por conduta dolosa ou culposa causadora de dano ao erário, somente se houver sua autorização formal será possível a realização de descontos em seus vencimentos de valores devidos a título de ressarcimento, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.112/90, ou de sua cobrança por meio da emissão de GRU, como no caso. Se não houver, contudo, sua expressa anuência, é necessário o ajuizamento de ação judicial pela Administração com a finalidade de, apurada sua responsabilidade civil*

subjetiva, condená-lo a ressarcir o prejuízo causado ao erário."

Mencione-se que há ainda outras possibilidades de se buscar o ressarcimento ao erário, tais como instauração de tomada de contas especial (abordado no **Anexo II**) ou ajuizamento de ação judicial civil de improbidade.

4.14.1.2 - Dano Causado a Particular, Ação Regressiva e Denunciação à Lide

Por outro lado, se a ação do servidor acarreta dano a particular, em decorrência do art. 37, § 6º da CF, a análise requer uma separação de efeitos. Primeiramente, a responsabilização civil de ressarcir a vítima recai sobre o Estado, abrangendo o *quantum* o particular perdeu, despendeu e deixou de ganhar em decorrência do sinistro (ou seja, abrange desde o dano emergente até o lucro cessante). Aqui, diferentemente da necessidade de se comprovar culpa subjetiva do agente, de acordo com o que a doutrina chama de teoria do risco administrativo (que assume a existência de um risco inerente da atividade pública sobre o particular), basta à vítima comprovar a ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre este dano e a ação ou omissão da Administração para que já se justifique o dever estatal de indenizar, não lhe sendo necessário comprovar a culpa da Administração ou de seu agente. É como se aqui se operasse uma inversão do ônus da prova, incumbindo à Administração comprovar a culpa de terceiro, ou a culpa concorrente ou exclusiva da vítima, ou força maior e caso fortuito, para excluir ou atenuar sua responsabilidade civil de reparar.

> *CF - Art. 37.*
> *§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Complementando a análise, retornando o foco para a repercussão sobre o servidor, relembre-se que, conceitualmente, a responsabilização civil de reparar o dano causado no exercício do seu cargo requer a comprovação, administrativa ou judicial, de que a conduta eivou-se de dolo ou culpa. Não havendo estes elementos da conduta, resta apenas a responsabilização objetiva do Estado em indenizar o particular.

Ou seja, para o caso em que a atitude dolosa ou culposa do servidor, no exercício do seu cargo, causa dano a terceiro, têm-se duas relações jurídicas de naturezas totalmente distintas: além da já mencionada responsabilidade civil objetiva, na modalidade risco administrativo (que liga o particular à Administração, para a qual basta a comprovação do dano e da relação causal entre a atividade pública e o prejuízo), surge ainda, entre a Administração e o seu servidor, a responsabilidade subjetiva contra este último, que requer a comprovação da sua atitude culposa ou dolosa.

Neste caso, de dano dolosa ou culposamente causado pelo servidor a particular, no exercício de seu cargo, ao contrário de quando o dano é causado apenas ao próprio erário, sempre haverá processo judicial. A União somente indeniza o particular após decisão judicial definitiva de ação indenizatória (não lhe é dado o direito de dispor do interesse público, ressarcindo amigavelmente o particular). A vítima não tem relação direta com o servidor, que somente responde por seus atos (dolosos ou culposos) perante a Administração.

O art. 37, § 6º da CF assegura à Administração, uma vez indenizada a vítima, o direito de propor ação regressiva contra seu servidor cuja culpa subjetiva já foi previamente comprovada. Assim, não há ação regressiva contra o servidor sem as anteriores condenação definitiva da Administração e comprovação da culpa subjetiva do agente.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 122.*
> *§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a*

Fazenda Pública, em ação regressiva.

Na mesma linha aponta o Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamenta dispositivos do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB). No art. 14 verifica-se que a ação regressiva somente cabe na hipótese de conduta subjetiva.

> *Decreto nº 9.830, de 2019 - Art. 14. No âmbito do Poder Executivo federal, o direito de regresso previsto no § 6º do art. 37 da Constituição somente será exercido na hipótese de o agente público ter agido com dolo ou erro grosseiro em suas decisões ou opiniões técnicas, nos termos do disposto no art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, e com observância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.*

A jurisprudência tem aceitado a denunciação à lide, instituto previsto no art. 125, II do CPC, com o qual o autor ou o réu do processo judicial chama a juízo terceira pessoa tida como garantia do seu direito, a fim de vê-lo desde já resguardado, caso venha a ser vencido na lide. Tendo a vítima arguido na inicial da ação indenizatória não só a responsabilidade objetiva do Estado mas também a culpa subjetiva do agente, é cabível o emprego daquele instituto jurídico (não é cabível a denunciação à lide quando não se argúi a culpa subjetiva do agente, pois se estaria incluindo fato novo não alegado na inicial). Assim, a União contesta a ação indenizatória movida pelo particular e denuncia, como litisconsórcio, o servidor já previamente responsabilizado.

4.14.2 - Responsabilização Penal

Quanto à responsabilização penal, a autoridade administrativa que tem conhecimento de indícios de crime ou contravenção é obrigada a representar ao Ministério Público Federal. A rigor, conforme **4.10.6.5**, como consequência do julgamento, à luz do art. 154, parágrafo único, e do art. 171, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a remessa ao Ministério Público Federal deve se dar ao final tanto da sindicância disciplinar quanto do PAD, como decorrência da observância dos princípios da legalidade, do devido processo legal e da presunção de inocência. Todavia, excepcionalmente, pode ser justificável que a comissão encaminhe a qualquer momento, antes do término do rito, representação penal à autoridade instauradora, a fim de que esta, se entender cabível e se assim o caso exigir (por exemplo, para obtenção de provas judiciais ou para prevenir prescrição penal), remeta-a ao *Parquet*.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.*

Mas, em todo caso e sobretudo na hipótese excepcional e atípica da antecipação, a proposta da comissão passa primeiramente pela autoridade instauradora, a fim de que se faça análise crítica jurídica cautelosa, avaliando apenas a existência de indícios, já que não é competência de agente administrativo apreciar crime e também com vista ao risco de pré-julgamento ou de dependência da instância penal. Decerto é que remessas prévias não prejudicam a remessa final, prevista em Lei.

A partir daí, na esfera penal, instaura-se o rito estabelecido no CPP, sintetizado abaixo, com as peculiaridades estabelecidas nos seus arts. 513 a 518, em função de o agente ser servidor, inclusive para o caso de ato de abuso de autoridade (como espécie do gênero abuso de poder) que configure crime, nos termos do art. 39 da Lei nº 13.869, de 05/09/19.

Diante da representação, o Ministério Público Federal pode ou não solicitar a instauração de inquérito policial - no foco de interesse deste texto, à Polícia Federal (PF - conforme competência estabelecida no art. 144, § 1º, I e IV da CF para atuar como polícia

judiciária da União, conforme já mencionado em **2.5.6.1**). Se, com base apenas na cópia do processo administrativo, o Ministério Público Federal considerar que há indícios ou provas de crime, pode dispensar o inquérito policial e oferecer diretamente denúncia à Justiça Federal de primeira instância, solicitando instauração da ação penal. Além disto, caso haja dano ao erário a reparar, o *Parquet* pode também solicitar o sequestro de determinado(s) bem(ns) (medida cautelar que antecede a pena de perdimento, diferindo da indisponibilidade, que recai genericamente sobre todo o patrimônio). Por outro lado, pode o Ministério Público Federal entender desde o início descartada a repercussão criminal e arquivar a representação.

Apresentada a denúncia, o juiz cita o acusado para que este apresente suas alegações prévias. O juízo pode acatar estas alegações e não receber a denúncia do Ministério Público Federal, não instaurando ação penal, podendo o *Parquet* recorrer à segunda instância (Tribunal Regional Federal). Por outro lado, se o juiz não acatar as alegações do acusado e receber a denúncia (contra o quê ele pode impetrar *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal), instaura-se a ação penal, procede-se à instrução processual e, ao final, o magistrado emite sua decisão, absolutória ou condenatória. Transitada em julgado esta decisão, há hipóteses (tanto de absolvição quanto de condenação) que repercutem na via administrativa, conforme será descrito em **4.14.4**.

Relembre-se, conforme já aduzido em **4.3.9** que, nos termos do art. 319 do CPP, pode o juiz determinar, como medida cautelar e sem prazo pré-definido, que o servidor réu do se mantenha afastado do exercício do cargo, quando houver possibilidade de o cargo ser usado para a prática criminosa

A título de informação, acrescente-se que a lei processual penal, ao tratar de medidas cautelares diferentes da prisão, confere ao juiz o poder de, por representação da autoridade policial ou do membro do Ministério Público Federal ou ainda de ofício, determinar o afastamento do cargo de servidor que esteja respondendo à ação penal, quando entender que a permanência em exercício possa ser utilizada para a prática criminosa. De se destacar que se trata de instituto distinto e independente do afastamento preventivo previsto no art. 147 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Enquanto aquele primeiro tipo de afastamento do cargo decorre de decisão judicial em vista da ação penal em curso e não tem marco final, o segundo tipo compete à autoridade administrativa em virtude se vislumbrar possibilidade de interferência no curso do processo administrativo e não pode ultrapassar 120 dias.

> *CPP - Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 04/05/11).*
> *VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 04/05/11).*

4.14.3 - Regra Geral da Independência das Instâncias

Como regra geral, prevalece a independência das instâncias, de forma que, em decorrência de determinado ato cometido no exercício do cargo, pode-se configurar a responsabilização administrativa a despeito de não se configurarem as outras duas. Ou, por outro lado, configurando-se mais de uma responsabilização, as respectivas apurações são realizadas de forma independente, na via correspondente e pela autoridade competente para cada caso, sem que, em princípio, uma tenha de aguardar a conclusão da outra e podendo as penas se cumularem.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.*
>
> *Parecer AGU nº GQ-164, vinculante: "35. (...) A ligação com a lei penal admitida pelas normas disciplinares é restrita, exclusivamente, ao afastamento*

da responsabilidade administrativa no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou a autoria; a demissão decorrente de condenação por crime contra a Administração Pública; e ao prazo de prescrição (arts. 126, 132 e 142 da Lei nº 8.112).
36. Essa interdependência seria destoante do espírito e do sentido do art. 39 da C.F. e da Lei nº 8.112, de 1990, até mesmo porque o Direito Penal trata da restrição do direito de liberdade, cominando a pena de prisão simples, detenção e reclusão, embora existam a multa e as penas acessórias, como as interdições de direitos, quando o Direito Disciplinar não versa sobre a pena corporal, porém, no tocante às mais graves (é dispensável o enfoque das apenações mais brandas), prevê a desvinculação do servidor. O primeiro ramo destina-se a proteger, de forma genérica, a sociedade, sendo que o último objetiva resguardar especificamente a Administração Pública e o próprio Erário. São áreas jurídicas distintas, com penalidades de naturezas e finalidades diversas."

STJ, Mandado de Segurança nº 8.998: "Ementa: (...) III - A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da administração pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. Consoante entendimento desta Corte, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese."
Idem: STF, Mandados de Segurança nº 19.395, 20.947, 21.113, 21.301, 21.332, 21.545 e 22.656; e STJ, Mandados de Segurança nº 7.024, 7.035, 7.205 e 7.138 e Recursos em Mandado de Segurança nº 9.859 e 10.592

STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18.188: "Ementa: III - A independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. Somente em face da negativa de autoria ou inexistência do fato, a sentença criminal produzirá efeitos na seara administrativa, sendo certo que a eventual extinção da punibilidade na esfera criminal - in casu pela suspensão condicional do processo - não obsta a aplicação da punição na esfera administrativa."

Acrescente-se que também não repercute na instância disciplinar a transação penal, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26/09/95, que estabelece os Juízos Especiais (e que, no *caput* do seu art. 60 e no seu art. 61, condiciona a competência dos Juízos Especiais Criminais para as infrações penais de menor potencial ofensivo, assim consideradas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos. A transação penal, compreendida como a oferta, pelo Ministério Público, da aplicação imediata de pena restritiva de direitos (previstas no art. 43 do Código Penal, a exemplo de prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana) ou multas em lugar da apresentação da denúncia, à vista do atendimento de requisitos objetivos e subjetivos, naqueles crimes de menor potencial ofensivo, com o fim de mitigar a obrigatoriedade da ação penal. Nem mesmo com a introdução do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) na processualística disciplinar, operada pela Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, se cogita de aduzir que eventual transação na esfera criminal vincularia a Administração a tomar similar medida.

4.14.3.1 - Absolvição Criminal por Insuficiência de Provas ou por Fato Não Ser Crime e

Falta Residual

Como consequência, tem-se, por exemplo, que a absolvição penal definitiva por falta de prova suficiente para imputar criminalmente não afasta a possibilidade de haver responsabilizações administrativa e civil, uma vez que a instrução probatória na ação penal é muito mais exigente, de forma que um conjunto probatório insuficiente para configurar crime pode ser suficiente para configurar ilícito disciplinar e obrigação de indenizar.

> *Formulação Dasp nº 278. Absolvição judicial*
> *A absolvição do réu-funcionário, por não provada autoria, não importa em impossibilidade da aplicação da pena disciplinar.*
>
> *"Apesar de superveniente sentença penal absolutória, esta não terá repercussão na esfera administrativa, verbi gratia, se fundamentada na insuficiência de prova para a condenação penal (art. 386, VI, Código de Processo Penal). Inexiste, nessa hipótese, efeito vinculante da decisão absolutória proferida pelo juízo penal na instância administrativa, pois que não se enquadra nas hipóteses sufragadas nos arts. 126, da lei federal nº 8.112/90, e 935, do Código Civil em vigor.*
> *A dúvida para a imposição de pena criminal ao acusado no processo penal pode ser mais rigorosamente cotejada pelo juiz ou tribunal competente, em face do maior rigor e cautela requeridos na instância judicial, do que aquela exigida para a aplicação de penalidade disciplinar pela autoridade administrativa competente, a qual tem competência para apreciar os mesmos fatos de forma diversa (...)." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pgs. 887 e 888, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Também, a absolvição criminal definitiva em razão de o fato não ser típico (ou seja, não ser crime) não impede a responsabilização administrativa se o mesmo fato for ilícito funcional (chamada falta residual), já que os enquadramentos administrativos são mais abrangentes que as restritas tipificações penais, conforme já abordado em **4.6.3.1**.

> *STF, Súmula nº 18: "Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público."*
>
> *"(...) podemos conceituar falta residual como sendo aquela que toma como suporte existencial de sua configuração fato não compreendido na sentença penal absolutória. Donde se inferir que a sentença criminal absolutória definitiva, ainda que negue categoricamente a existência da infração penal atribuída ao servidor, não poderá lançar eficácia na instância disciplinar para elidir punição que se embase noutros fatos não contemplados na sua disposição." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 397, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*
>
> *"No intuito de melhor aclarar a noção conceitual de falta residual, veja-se, por exemplo, a hipótese do delito disciplinar consistente no ato de agressão física, no serviço, a colega de trabalho ou a terceiro que haja demandado a repartição. Tal comportamento configura, nos termos do art. 132, inciso VII, da Lei nº 8.112/90, transgressão disciplinar punível com demissão. E, ao mesmo tempo, constitui a infração penal de lesão corporal nos termos do art. 129 da lei penal. Pois bem, se a sentença criminal passada em julgado conclui, de modo seguro e categórico, que o funcionário agressor agiu em legítima defesa, própria ou de terceiro, restará, 'ipso facto e ipso jure', insubsistente e sem validez a reprimenda disciplinar que se tenha escorado nos fatos reconhecidos judicialmente como descriminados.*
> *Nesse caso, o servidor agressor, havendo sido demitido por essa razão, poderá, com base em tal decisório penal, requerer no juízo cível competente a sua reintegração ao cargo de onde fora despojado por essa razão. Já não*

> *ocorrendo o mesmo quando sobre-reste resíduo disciplinar, isto é, quando, 'verbi gratia', o autor da agressão física, mesmo em legítima defesa, tenha-se comportado (desnecessariamente e com excesso) de modo escandaloso no interior da repartição. Nesse caso, a conduta escandalosa, extrapolando o universo fático do comando sentencial que reconhece a circunstância licitizante aludida (legítima defesa), remanesce como razão jurídico-disciplinar idônea para motivar a punição daquele servidor, cuja conduta poderá enquadrar-se no art. 312 (sic), inciso V, da referida lei.*
> *De efeito, infere-se que essa parte remanescente é o que constitui o resíduo disciplinar em comento, não alcançado pela decisão criminal absolutória, não sendo, por conseguinte, elidida por ela." José Armando da Costa, "Controle Judicial do Ato Disciplinar", pgs. 233 e 234, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2002*
> *(**Nota**: subentende-se que o autor quis se referir ao art. 132, inciso V, e não ao art. 312, inciso V da Lei n° 8.112, de 11/12/90.)*

4.14.4 - Exceções à Independência das Instâncias

Embora a princípio se consagre a independência das instâncias, há situações que, uma vez comprovadas de forma irrecorrível no rito penal, repercutem necessariamente nas outras duas esferas.

Indubitavelmente, a sentença penal definitiva, exarada sob o manto dos rígidos princípios do Direito Penal e do processo penal (tais como os princípios da reserva legal, da tipicidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da defesa técnica e da verdade material), apresenta-se, tecnicamente, *a priori* e em tese, como uma decisão mais qualificada e criteriosa que aquelas da esfera civil e administrativa. A jurisprudência reflete tal posicionamento, sem não antes deixar cristalino que a excepcional vinculação inequívoca de que aqui se trata nasce com a definitividade da decisão judicial. Reconhece-se que pode não ser comum e que pode até causar certa insegurança funcional, mas não atinge o patamar de antijurídico o fato de a Administração divergir de sentença ou até mesmo de acórdão judicial ainda não alçado à definitividade do trânsito em julgado. Ora, se neste estágio é dado ainda ao próprio Poder Judiciário o poder reformador da decisão antecedente, com mais certeza se afirma a legitimidade de a Administração, desde que calcada e acautelada em minudente e rica motivação, também ainda adotar uma linha divergente.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 13.599: "Ementa: 2. O Processo Administrativo Disciplinar não é dependente da instância penal, não se exigindo, dest'arte, para a aplicação da sanção administrativa de demissão, a prévia condenação, com trânsito em julgado, do Servidor no juízo criminal, em Ação Penal relativa aos mesmos fatos; porém, quando o Juízo Penal já se pronunciou definitivamente sobre esses fatos, que constituem, ao mesmo tempo, o objeto do PAD, exarando sentença condenatória, não há como negar a sua inevitável repercussão no âmbito administrativo sancionador."*

Acerca do acima exposto, é de se advertir: defender ainda a independência das instâncias em termo de entendimento administrativo em face de decisão judicial não transitada em julgado em nada se confunde com qualquer possibilidade de o agente administrativo descumprir a ordem judicial emanada, mesmo que em grau precário ou não definitivo, se ainda não reformada. Figurativamente: pode ocorrer de a primeira instância judicial decidir pela absolvição penal do réu por entender que não existiu o fato tipificado como crime funcional e, não obstante, a Administração pode ainda, mediante detalhada motivação, manter a demissão aplicada em decorrência do mesmo fato, pois somente se diz da vinculação da sede penal sobre a administrativa quando da decisão definitiva e isto não se confunde com a situação indefensável de, já na primeira instância, o acusado obter

provimento judicial declarando nula a pena de demissão que lhe foi imposta e a autoridade administrativa coatora descumprir a ordem sob alegação improcedente de que ainda não se trata de decisão judicial transitada em julgado.

4.14.4.1 - Absolvição Criminal por Inexistência do Fato ou Autoria ou por Excludentes de Ilicitude

Assim, como exceção à independência das instâncias, buscando evitar decisões contraditórias, tem-se que as responsabilizações administrativa e civil, decorrentes de crime, serão afastadas pela absolvição criminal em função da definitiva comprovação da inocorrência do fato ou da não autoria.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.*
>
> *CC - Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.*

Embora não expresso na Lei nº 8.112, de 11/12/90, inclui-se também como exceção à independência das instâncias a possibilidade de a ação criminal comprovar a existência de excludente de ilicitude a favor do servidor (atuação ao amparo de estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito ou cumprimento de dever legal) ou comprovar a sua inimputabilidade. Seria incoerente o juízo criminal aceitar que uma afronta a um bem tutelado estivesse amparada por excludente de ilicitude e a autoridade administrativa não acatasse tal conclusão.

> *CPP - Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.*
>
> *STF, Recurso Extraordinário nº 19.395: "Ementa: A violação dos deveres que incumbem ao funcionário pode acarretar consequências legais de três sortes: penais, de direito privado e disciplinares. Tão indiscutível é a competência do Poder Judiciário para conhecer das duas primeiras quanto a da autoridade administrativa para tomar conhecimento das últimas. Subordinar em tal caso a ação da autoridade administrativa à da autoridade judiciária, colocando-a na contingência de conservar, até que esta se pronuncie, um funcionário não vitalício, convencido de faltas que o incompatibilizam com o serviço público e exigem o seu afastamento imediato do cargo, seria desconhecer que as duas obedecem a critérios diversos, dirigem-se a fins diversos e guiam-se por normas também diversas. Um fato pode não ser bastante grave para motivar uma sanção penal, não reunir os elementos de um crime, e ser, entretanto, suficientemente grave para justificar uma sanção disciplinar. Se, porém, o julgado criminal negar não apenas o crime, mas o próprio fato ou a respectiva autoria, forçoso será reconhecer o efeito daquele julgado, no cível. No caso, foi negado apenas a existência do crime e isso não invalida o processo administrativo, que teve transcurso legal e de que resultou a demissão do funcionário."*
>
> *STJ, Recurso Especial nº 1.090.425: "Ementa: (...) 2. A sentença penal absolutória que reconhece a ocorrência de causa excludente de ilicitude (estado de necessidade) faz coisa julgada no âmbito administrativo, sendo incabível a manutenção de pena de demissão baseada exclusivamente em fato que se reconheceu, em decisão transitada em julgado, como lícito. (...)"*
>
> *"Não obstante, há de se aplicar, por analogia, o art. 65 do Código de Processo*

Penal que prescreve que também as sentenças que reconheçam alguma excludente de ilicitude devam fazer coisa julgada em sede de Direito Civil. Com efeito, no direito disciplinar, as sentenças criminais que neguem a existência do fato ou a autoria, bem como as que reconheçam ter o agente praticado o fato em estado de necessidade, em legítima defesa, no exercício regular do direito ou em estrito cumprimento à ordem não manifestamente ilegal devem fazer coisa julgada em sede de direito administrativo disciplinar e fazer cessar a persecução administrativa.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. I, pg. 243, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.

"Conjugando as normas de direito civil e de direito penal e partindo-se da premissa de sua utilização analógica para o direito administrativo disciplinar, afere-se que as excludentes previstas nesses ramos do Direito se prestam a exarar efeitos na disciplina do serviço público, para eliminar a ilicitude da infração disciplinar, quando o servidor público tenha se conduzido de modo a perfazer os elementos do fato típico, porém obrado em legítima defesa própria ou de terceiro, em estado de necessidade próprio ou de terceiro, no exercício regular de um direito ou no estrito cumprimento de dever legal. Nada obsta ainda ao reconhecimento de causas supralegais de exclusão da ilicitude, consoante a análise do caso concreto.", Sandro Lucio Dezan, "Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material", Vol. III, pgs. 434, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.

"No final dos trabalhos apuratórios, chegando a comissão, de modo unânime ou por maioria, ao convencimento de que o fato atribuído ao acusado foi cometido em circunstâncias licitizantes (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito), deverá, em vez de indiciá-lo, suscitar o julgamento antecipado do processo." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 180, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005

"d) existência reconhecida de excludente de criminalidade (art. 23 do Código Penal): se a sentença reconheceu que o ato foi praticado em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, embora existente o fato, e com autoria determinada, a conduta foi juridicizada e tal sentença faz coisa julgada no cível (art. 65, CPP). Portanto, na esfera administrativa o efeito é o mesmo, a conduta perde o caráter de ilicitude." Edmir Netto de Araújo, "O Ilícito Administrativo e seu Processo", pg. 257, Editora Revista dos Tribunais, 1994, 1ª edição

Análoga extensão deve ser aceita se o juízo criminal se manifestar pela excludente da culpabilidade, seja em função de coação irresistível, seja em função de obediência hierárquica.

4.14.4.2 - Condenação Criminal Definitiva

Por fim, tem-se que, em primeira leitura, no CPP e na Lei n° 8.112, de 11/12/90, a condenação criminal definitiva não vincula de forma expressa as responsabilizações administrativa e civil se o ato criminoso englobar também uma falta disciplinar e dele decorrer prejuízo ao erário ou à vítima.

Mas, uma vez que a esfera penal, com toda sua cautela e rigor na aceitação da prova, ainda assim considerou comprovados o fato e a autoria, pode parecer incompatível e incoerente que a instância administrativa chegue a um resultado diferente.

Além desta mencionada incoerência, reforça-se a tese da possível repercussão da sentença penal condenatória na instância disciplinar com o dispositivo expresso no art. 935 do CC, uma vez que tal sentença decide acerca da existência do fato e do seu autor.

CC - Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

STJ, Mandado de Segurança nº 13.599: "Ementa: 2. O Processo Administrativo Disciplinar não é dependente da instância penal, não se exigindo, dest'arte, para a aplicação da sanção administrativa de demissão, a prévia condenação, com trânsito em julgado, do Servidor no juízo criminal, em Ação Penal relativa aos mesmos fatos; porém, quando o Juízo Penal já se pronunciou definitivamente sobre esses fatos, que constituem, ao mesmo tempo, o objeto do PAD, exarando sentença condenatória, não há como negar a sua inevitável repercussão no âmbito administrativo sancionador. 3. É nula a aplicação de sanção demissória a Servidor Público, quando a Comissão do PAD não logra reunir elementos probatórios densos, sérios e coerentes da prática do ato infracional punível com a demissão e da sua autoria, mas se esses elementos já foram devidamente apurados na instância criminal, com a emissão de sentença condenatória, tem-se os fatos do PAD como igualmente comprovados, eis que são os mesmos que serviram de supedâneo ao Juízo Penal."

"Quando o funcionário for condenado na esfera criminal, o juízo cível e a autoridade administrativa não podem decidir de forma contrária, uma vez que, nessa hipótese, houve decisão definitiva quanto ao fato e à autoria, aplicando-se o art. 935 do Código Civil de 2002." Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "Direito Administrativo", pg. 592, Editora Atlas, 19ª edição, 2006

Ressalve-se que eventual absolvição na instância administrativa sucedida de posterior condenação penal definitiva pode autorizar a reinstauração do processo disciplinar, desde que dentro do prazo quinquenal previsto no art. 54 da Lei nº 9.784, de 29/01/99 (para que a Administração anule atos administrativos de que tenha decorrido efeitos favoráveis ao administrado), e pode até suscitar a apenação, desde que também com atenção ao prazo prescricional.

Acrescente-se ainda que, nos termos já expostos em **4.7.4.1.2**, o art. 92 do CP permite que o juiz manifeste a perda do cargo como efeito acessório na sentença condenatória com pena privativa de liberdade. E, na hipótese de que o magistrado não o fazer, em tese, a repercussão se daria, caso ainda não tivesse sido processada a via administrativa (o que não é comum) com o enquadramento no art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Some-se ainda, em relação ao já abordado em **4.7.4.1**, que o art. 91 do CP prevê outra repercussão: a perda de bens obtidos em razão do crime, em favor da União, a ser precedida pela medida cautelar do sequestro de bens.

CP - Art. 91 - São efeitos da condenação:
II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:
b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

4.14.5 - Repercussão do Julgamento de Contas por Parte do Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União tem competência constitucional (art. 71, II da CF) de julgar as contas dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos e das autoridades que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. Deste julgamento, pode o Tribunal de Contas da União aplicar pena de multa, proporcional ao dano (art. 71, VIII da CF).

Destaque-se que esta responsabilidade imposta pela Corte de Contas, como órgão auxiliar do Congresso Nacional na realização do controle externo (fiscalização contábil, financeira e orçamentária) em nada se confunde com a responsabilização administrativa a ser imposta pelo Poder Executivo. São instâncias independentes, consagrando a autonomia dos Poderes. Tanto é verdade que cabe ao Tribunal de Contas da União, detectando irregularidade, além de aplicar as sanções de sua alçada, representar ao órgão administrativo do servidor sobre irregularidades ou abusos que porventura apure quando do exercício de sua competência (art. 71, XI da CF).

Guarda-se analogia ao que acima foi exposto, em **4.14.3** e **4.14.4**, quanto à esfera penal, quando se tem julgamento de contas dos gestores públicos por parte do Tribunal de Contas da União. A regularidade de contas julgada pelo Tribunal não impede repercussão disciplinar, em instância administrativa, contra o gestor, bem como não necessariamente o julgamento pela irregularidade impõe tal repercussão, pois, em que pese o seu nome, o órgão não integra o Poder Judiciário e, portanto, suas manifestações não têm força de coisa julgada.

> *Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: "29. A decisão do TCU, adotada em vista de sua função institucional, repercute na ação disciplinar dos órgãos e entidades integrantes da administração pública na hipótese em que venha negar especialmente a existência do fato ou a autoria.*
> *30. O julgamento da regularidade das contas, por si só, não indica a falta de tipificação de infração administrativa (...)."*
>
> *STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 29.912: "Ementa: Surgem independentes as atribuições da Controladoria-Geral da União, do Tribunal de Contas da União e de comissão condutora de processo administrativo. Os primeiros são órgãos responsáveis, respectivamente, pelo controle interno e externo das contas dos administradores. A cargo da comissão fica a apuração de falta funcional."*
>
> *"A aprovação das contas pela Corte específica não faz coisa julgada oponível na esfera administrativa.", Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 296, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

5 - CONTROLES INTERNO E EXTERNO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

5.1 - VIAS RECURSAIS DE CONTROLE INTERNO

5.1.1 - Direito de Petição e Requerimento

Preliminarmente, convém abordar que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seus arts. 104 a 115, previu o chamado direito de petição (que, como gênero, sintetiza o direito de o administrado se reportar e requerer diretamente à Administração, em defesa de seu direito particular ou de interesse legítimo), como reflexo das garantias estabelecidas no art. 5º, XXXIII e XXXIV da CF. E esta matéria tem aplicação ampla na vida funcional, nas mais diversas formas de manifestação da relação jurídico-estatutária que se firma entre servidor e Administração, visto que a Lei a contemplou no seu Título III, que especifica todos os direitos e vantagens assegurados ao servidor perante a Administração. Não é, portanto, matéria encartada nos Títulos IV e V, que tratam especificamente da disciplina e da correição.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 104. É assegurado ao servidor o direito de requerer aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou interesse legítimo.*
> *Art. 105. O requerimento será dirigido à autoridade competente para decidi-lo e encaminhado por intermédio daquela a que estiver imediatamente subordinado o requerente.*
> *(Arts. 106 a 109 seguem em **5.1.1**)*
> *Art. 110. O direito de requerer prescreve:*
> *I - em 5 (cinco) anos, quanto aos atos de demissão e de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou que afetem interesse patrimonial e créditos resultantes das relações de trabalho;*
> *II - em 120 (cento e vinte) dias, nos demais casos, salvo quando outro prazo for fixado em lei.*
> *Parágrafo único. O prazo de prescrição será contado da data da publicação do ato impugnado ou da data da ciência pelo interessado, quando o ato não for publicado.*
> *Art. 111. O pedido de reconsideração e o recurso, quando cabíveis, interrompem a prescrição.*
> *Art. 113. Para o exercício do direito de petição, é assegurada vista do processo ou documento, na repartição, ao servidor ou a procurador por ele constituído.*
> *Art. 114. A administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade.*
> *Art. 115. São fatais e improrrogáveis os prazos estabelecidos neste Capítulo, salvo motivo de força maior.*

E o Estatuto prevê, neste direito de petição, três distintos institutos: o requerimento, o pedido de reconsideração e o recurso hierárquico (conforme seus arts. 105 a 107). Trazendo a discussão para o enfoque disciplinar, este direito de petição, ao garantir ao servidor o direito de participar do apuratório, se reportando à comissão ou à autoridade competente, para junto a elas requerer algo, materializa uma consequência das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. E, na fase do julgamento, diferentemente do que se comentou em **4.4.1.5** (de que, no inquérito, conduzido pela comissão, não cabe recurso hierárquico contra decisão do colegiado), é possível a interposição de recurso hierárquico contra decisão da autoridade julgadora.

Abordando inicialmente o requerimento, é necessário de imediato destacar que o termo gera certa confusão, visto que pode ser empregado tanto em sentido amplo como em

sentido estrito. *Lato sensu*, "requerer" pode ser compreendido, em gênero, como o próprio direito de petição, com ele se confundindo, conforme art. 104 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Por outro lado, há o requerimento *stricto sensu* do art. 105 da mesma Lei, com o qual o servidor se dirige à Administração para solicitar algo de seu interesse ou para modificar alguma situação que originariamente se mostra contrária a ele.

Lembrando que esta matéria do direito de petição não se insere, na Lei nº 8.112, de 11/12/90, no âmbito da matéria disciplinar, se revela de difícil concretização a aplicação do requerimento *stricto sensu* no processo administrativo disciplinar. Ademais, o art. 110, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, na única ligação que a Lei expressou entre requerimento e matéria disciplinar, estabeleceu prazo prescricional de cinco anos para que o servidor requeira quanto a atos de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade. Todavia, conforme se verá adiante, em **5.1.3**, especificamente na matéria disciplinar, existe, por previsão legal, o instituto da revisão, com o qual o servidor pode voltar a discutir a imputação de responsabilidade e a aplicação de qualquer pena. Enquanto esta revisão pode ser cogitada a qualquer tempo, a previsão genérica do direito de petição concede o requerimento sob prazo prescricional de cinco anos. Diante da discrepância no parâmetro temporal, para a matéria disciplinar, elege-se o dispositivo mais específico, qual seja, a revisão, em detrimento do requerimento. Em **5.1.3**, na apresentação do instituto da revisão, se proporá a única interpretação que se vislumbra de aplicação do instituto do requerimento (quinquenalmente prescritível) à matéria disciplinar.

Assim, já partindo do enfoque delimitado do que é aplicável na prática da matéria disciplinar, tem-se que os arts. 106 a 108 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelecem dois institutos que asseguram o duplo grau de jurisdição, ou seja, o direito de o servidor recorrer contra decisões da Administração. Dentre os três institutos genericamente previstos e citados acima, para a matéria de interesse, restam o pedido de reconsideração, dirigido à própria autoridade que decidiu, e o recurso hierárquico, dirigido às autoridades superiores.

Porém, conforme já destacado linhas acima, por não serem institutos previstos especificamente nos Títulos IV e V da Lei, que tratam unicamente da matéria disciplinar, devem ser vistos com a cautela de um emprego adaptado por extensão, conforme, por exemplo, já se abordou em **4.4.1.5**. A rigor, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não prevê um recurso específico do processo administrativo disciplinar. Nesta instância, a possibilidade de reforma está prevista tão somente no instituto da revisão processual, que, doutrinariamente, não é um recurso em sentido estrito.

Destaque-se que a interrupção de prescrição mencionada no art. 111 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, refere-se à prescrição do direito de requerer, previsto no art. 110 da mesma Lei, em nada interferindo na prescrição da punibilidade disciplinar, que, conforme já abordado em **4.13.2.1**, se interrompe apenas uma vez, com a instauração do processo disciplinar.

> *"(...) o pedido de reconsideração, ou o recurso, pode eventualmente interromper o prazo prescricional, ou seja, os cinco anos, no caso do inc. I do art. 110, ou os 120 dias, no caso do inc. II. Uma vez interrompido o prazo, ele fica em suspenso, até, por outra razão, voltar a fluir, do ponto em que parou." Ivan Barbosa Rigolin, "Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis", pgs. 201 e 202, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

E, como resultado do controle interno, aproveitando-se aqui para agregar também o que já foi exposto em **4.12** (acerca de declaração de nulidade), independentemente de qual instrumento se utilize, tem-se que a pluralidade de instâncias administrativas se traduz no processo disciplinar em direito a reexame, dos aspectos legais e de mérito, podendo ser suscitado tanto a pedido do interessado quanto de ofício. Em outras palavras, pode-se ter a anulação do ato, de ofício ou a pedido, quando se detectam vícios de legalidade (vícios sobre algum de seus requisitos necessários à validade, tais como defeitos de competência,

finalidade, forma, motivo ou conteúdo) que o invalidem, ou a sua revogação, quando se altera o entendimento de mérito de um ato a rigor válido. Enquanto a anulação tem aplicação retroativa (*ex tunc*), eliminando todas as consequências decorrentes do ato inválido desde o seu nascedouro e impedindo seus efeitos futuros, a revogação tem eficácia irretroativa (*ex nunc*), eliminando apenas os efeitos futuros do ato, que até então era válido.

> *Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*
> *Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.*
>
> *"Ainda que o pedido do servidor apenado se restrinja a determinado aspecto do ato recorrido, nada impedirá que a autoridade revisora extrapole do contexto do petitório para alcançar outros tópicos não enfocados pelo recorrente. É o que se chama de julgamento 'ultra petita', que, embora defeso por princípio na cidadela do direito privado, não sofre nenhuma restrição no campo publicístico." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 451, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*
> *"Aqui, queremos ressalvar, desde logo, que o servidor público recorrente não deverá ser prejudicado na hipótese de interpor um recurso específico no lugar de outro. Ocorrendo essa impropriedade, deve o pedido do interessado, em atenção ao princípio da maior flexibilidade do processo disciplinar, ser recebido no sentido virtual do recurso próprio. Se a autoridade que o recebeu for incompetente para o julgamento, será o recurso encaminhado para quem o seja." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 455 e 456, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*
>
> *"É comum, na via administrativa, a interposição de um recurso por outro. Embora a lei de regência não se refira a esta circunstância, deve, neste caso, prevalecer o princípio da fungibilidade, até mesmo como forma de melhor aplicar o sistema de controle interno do ato administrativo, recebendo-se o pedido para exame e decisão pela autoridade competente." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 196, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Embora a via recursal seja mais afeta à resolução de questões de mérito, nada impede que o interessado se utilize de quaisquer das ferramentas recursais *lato sensu* de que dispõe tanto para nelas encartar, em prazo quinquenal, um pedido de anulação de determinado ato (mesmo sem apresentação de qualquer argumento, circunstância ou fato novos, apenas por entender ter se configurado nulidade por vício de legalidade) quanto para nelas encartar pedidos de revogação em mérito (por entender inadequada determinada decisão), seja ainda no curso do próprio processo, no prazo de trinta dias, mesmo que sem nenhuma nova alegação (como no recurso hierárquico) ou ao menos mediante novos argumentos (como no pedido de reconsideração), seja a qualquer tempo, mesmo já depois de arquivado o processo, mediante a necessária apresentação de fatos ou circunstâncias novas (como no pedido de instauração de revisão processual).

Já a Administração pode, de ofício, independentemente de argumento, circunstância ou fato novos, declarar nulidade de qualquer ato seu, seja a favor ou contra o interessado, e proceder à sua anulação, no prazo de cinco anos, caso detecte vício de legalidade, ou pode instaurar processo revisional, a qualquer tempo, caso detecte circunstância ou fato novos que possam alterar, favoravelmente ao apenado, a decisão anterior.

Dentre as hipóteses acima previstas, em qualquer caso em que se tenha uma anterior apenação anulada ou revogada em favor de um segundo ato punitivo (seja este mais ou menos gravoso que o anterior), não há que se cogitar de dupla apenação pelo mesmo fato (ou de *bis*

in idem, vedado no ordenamento pátrio pela Súmula nº 19 do Supremo Tribunal Federal), já que a primeira punição e todos os seus efeitos, juridicamente, deixam de existir, a fim que de prevaleça apenas a segunda.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 14.040: "Ementa: 1. O processo administrativo disciplinar pode ser revisto até mesmo de ofício, nos termos do art. 174 da Lei 8.112/90, razão pela qual correta a anulação do primeiro procedimento, sugerida em parecer fundamentado da Consultoria Jurídica do Ministério da Educação, que demonstra a necessidade da medida, em decorrência de ter sido proferida decisão de arquivamento, contrária à prova carreada aos autos. 2. Não há falar na incidência de bis in idem, se não houve duplicidade no exercício do poder punitivo da Administração, uma vez que anulado o primeiro processo administrativo disciplinar pela autoridade superior."*

Embora somente tenha sido expressamente prevista a cláusula de vedação da *reformatio in pejus* na revisão (provavelmente, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não expressou a mesma cautela para o pedido de reconsideração e para o recurso hierárquico pelo fato de estes institutos, *a priori*, não estarem encartados no rito disciplinar, mas sim no gênero do direito de petição), entende-se incabível que, ao final de qualquer via recursal provocada pelo interessado, este tenha sua situação agravada. Não condiz com as garantias fundamentais e com o princípio da segurança jurídica que o administrado, ao tentar modificar uma decisão administrativa que lhe for contrária, seja por meio de pedido de reconsideração, seja por recurso hierárquico, seja por revisão, veja o instituto da via recursal ser utilizado contra ele próprio, quando ele mesmo deu início à provocação. O manejo de qualquer ferramenta recursal *lato sensu* pelo apenado (pedido de reconsideração, recurso hierárquico ou revisão a pedido) e ainda a revisão de ofício têm vedados o agravamento da decisão anterior. Dentro deste contexto ora abordado, de todas as hipóteses de extinção de um ato e de perda de seus efeitos, a única exceção é quando se dá a anulação da decisão, por vício de legalidade, de ofício, por iniciativa exclusiva da Administração, no prazo de cinco anos, em decorrência do princípio da autotutela, hipótese em que não se aplica a vedação à *reformatio in pejus*, podendo-se ter um segundo ato mais gravoso que o primeiro.

> *CPP - Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.*
>
> *"Em conclusão, podemos asseverar que a 'reformatio in pejus', consoante a compreensão resultante da boa lógica jurídica que norteia o relacionamento existente entre as normas e os princípios que constituem nosso 'jus positum', não encontra o menor eco na nossa processualística disciplinar." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 64, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Na hipótese mais específica de julgamento em processo disciplinar, não sendo o caso de declaração de nulidade *ex officio*, a única forma em que se vislumbra a possibilidade de refazimento de uma decisão para melhor refletir a verdade material, diante de fatos novos que tenham vindo à tona em razão de manejo, pelo interessado, de qualquer ferramenta recursal ou de revisão ainda que de ofício e que apontem contrariamente ao interessado, é a instauração de um procedimento totalmente novo e dissociado do anterior, em que se garanta a completude do rito ordinário, com todas as garantias de ampla defesa e contraditório, com atenção ao prazo prescricional a partir deste mais recente conhecimento da nova suposta irregularidade.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 13.523: "Ementa: 1. O simples rejulgamento do processo administrativo disciplinar ofende o devido processo legal, por não encontrar respaldo na Lei 8.112/90, que prevê sua revisão tão somente quando houver possibilidade de abrandamento da sanção disciplinar aplicada ao*

servidor público. 2. O processo disciplinar se encerra mediante o julgamento do feito pela autoridade competente. A essa decisão administrativa, à semelhança do que ocorre no âmbito jurisdicional, deve ser atribuída a nota fundamental de definitividade. O servidor público punido não pode remanescer sujeito a rejulgamento do feito para fins de agravamento da sanção, com a finalidade de seguir orientação normativa, quando sequer se apontam vícios no processo administrativo disciplinar. 3. 'É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira' (Súmula 19/STF). 5. O ideal de justiça não constitui anseio exclusivo da atividade jurisdicional. Deve ser perseguido também pela Administração, principalmente quando procede a julgamento de seus servidores, no exercício do poder disciplinar.
Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 13.341

STJ, Mandado de Segurança nº 10.950: "Ementa: 1. A Terceira Seção do STJ firmou compreensão no sentido de que, nos termos do disposto na Lei nº 8.112/1990, o Processo Administrativo Disciplinar somente poderá ser anulado quando constatada a ocorrência de vício insanável (art. 169, caput), ou revisto, quando apresentados fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do servidor punido ou a inadequação da penalidade aplicada (art. 174, caput), sendo certo que a nova reprimenda não poderá ser mais gravosa (art. 182, parágrafo único). (...) 4. Na hipótese, a nota técnica da CGU, encaminhada à Ministra do Meio Ambiente (autoridade coatora) pelo Ministro do Controle e da Transparência, não indicou vício insanável que fosse apto a anular o PAD em questão, detendo-se, apenas, no mérito das imputações feitas ao servidor, e na inadequação da penalidade aplicada (suspensão) aos pareceres GQ-177 e GQ-183 da AGU. 5. Mesmo assim, o processo foi parcialmente anulado, o que ensejou nova punição, consistente de demissão, incorrendo-se em bis in idem, vedado, na seara administrativa, pela Súmula 19/STF, que dispõe: "É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira". 6. Além disso, não foi trazido fato novo ou circunstância relevante para o abrandamento da pena, mas, ao contrário, a situação do servidor foi agravada, apesar da proibição da reformatio in pejus. 7. Revela-se patente a ofensa ao devido processo legal, que gera a nulidade do rejulgamento do PAD, bem assim da segunda apenação imposta ao impetrante."

"As revisões não autorizam o agravamento da pena. Pode, entretanto, ser instaurado novo processo administrativo, com base em fatos novos trazidos a lume com a revisão." Edmir Netto de Araújo, "O Ilícito Administrativo e seu Processo", pg. 170, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994
"É possível, todavia, que a revisão suscite novos fatos até então desconhecidos, diversos daqueles apurados no processo administrativo disciplinar originário e rediscutidos na revisão, de sorte que acerca deles é possível ser promovida a apuração disciplinar pertinente com a abertura de sindicância investigativa prévia, se necessária, ou feito punitivo inédito, que poderá redundar na inflição de penas administrativas, se não tiver ocorrido a prescrição do direito de a Administração Pública punir a falta." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pg. 956, Editora Fortium, 2008, 1ª edição

Neste aspecto, acerca dos fatos novos que possam suscitar o excepcional agravamento de uma decisão em PAD anterior em um segundo processo totalmente novo (tal como reabrir as apurações que já haviam sido arquivadas), mencione-se a aplicação extensiva, à instância administrativa, do art. 18 do CPP e da Súmula nº 524 do STF (que condicionam a reabertura de investigação criminal ou o início da ação penal, após arquivado o inquérito policial pela autoridade judiciária, ao surgimento de novas provas). Se, por um lado, esta construção hermenêutica autoriza a excepcional reabertura de rito disciplinar, por outro lado, impõe

condições para que o conhecimento deste fato novo autorize a instauração de novo processo.

> *CPP - Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.*
>
> *STF, Súmula nº 524: "Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas."*

Esta retomada das apurações é possível mesmo que os dados ou provas referentes àquele fato novo já estejam disponíveis em sistemas informatizados da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Nesta linha, basta que o fato possa ser considerado como materialmente novo, assim compreendido o fato que seja inédito no curso do processo original, cujos dados ou provas a ele referentes, ainda que estejam disponíveis e potencialmente passíveis de serem conhecidos (ou seja, dos quais se pode ter conhecimento potencial), não tenham sido diligentemente trabalhados, de forma a não constarem dos autos e tampouco terem sido efetivamente empregados. Os dados ou provas referentes àquele fato novo que apenas tenham a possibilidade de serem identificados - embora o acesso a eles seja possível por meio de pesquisa em sistema interno, não tenham sido utilizados no processo original - não impedem a instauração de novo processo. O fato novo que impede a retomada das apurações é aquele cujos dados ou provas a ele referentes, mais do que estarem potencialmente disponíveis (por exemplo, em um sistema interno), já tenham sido efetivamente acessados e constem do processo original e sobre os quais a Administração queira, a destempo, fazer reanálise ou submeter-lhes a uma nova forma de apreciação ou deles extrair uma nova conclusão. E, em analogia também ao que já se aduziu em **4.13.1.2**, quanto ao reflexo no início da contagem do prazo prescricional no caso de estarem satisfeitas as condições para a instauração de novo processo, é aceitável que a contagem do prazo prescricional se reinicia na data do conhecimento deste fato novo.

Importante também destacar que eventual livre ingresso, por parte do servidor, de qualquer espécie de ação judicial não deve ser entendido como prejudicial para análise de provocação administrativa. Mesmo que o servidor postule judicialmente sobre o mesmo tema objeto de pedido de reconsideração, recurso hierárquico e revisão, devem estas petições em via administrativa serem normalmente conhecidas, analisadas e julgadas - salvo hipótese de surgir decisão judicial transitada em julgado. O ingresso em via judicial, além de assegurado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal (CF), não deve ser interpretado como desistência da discussão administrativa, em face do princípio da independência das instâncias. Esta também é a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº JL-2.

> *Parecer AGU nº JL-2, vinculante: "Ementa: I - Autoridade administrativa competente, caso preenchidos os demais requisitos legais, deve conhecer do Pedido de Reconsideração, de Revisão e/ou Recurso Hierárquico em matéria disciplinar que também esteja sendo discutida no âmbito do Poder Judiciário. II - Não configura desistência tácita do pedido administrativo o acionamento da via judicial. III - A análise do pedido administrativo se torna prejudicada em caso de decisão judicial definitiva."*

Conforme já mencionado em **2.1.1**, nos termos exigidos pelos arts. 3º e 4º da Portaria Coger-ME nº 12.456, de 29 de novembro de 2019, o pedido de qualquer esfera recursal ou de revisão e a consequente decisão devem ser informados pelo Grupo Nacional de Comissões (GNC) na base de dados externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, da Controladoria-Geral da União - CGU).

5.1.2 - Pedido de Reconsideração e Recurso Hierárquico

O pedido de reconsideração é dirigido apenas uma única vez e tão somente à mesma autoridade originária que emitiu a primeira decisão que se quer reformar. Com o pedido de reconsideração, tanto se pode trazer à tona algum fato que não foi objeto da decisão como se pode tão somente debater mero entendimento jurídico ou divergência sobre a percepção de um fato já apresentado. Em outras palavras, para o pedido de reconsideração, requer-se, ao menos, a apresentação de argumento novo.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 106. Cabe pedido de reconsideração à autoridade que houver expedido o ato ou proferido a primeira decisão, não podendo ser renovado.*
>
> *Formulação Dasp nº 324. Recurso e pedido de reconsideração*
> *Só se exigem argumentos novos para o pedido de reconsideração e não para o recurso.*

Já o recurso hierárquico (ou, *stricto sensu*, simplesmente recurso) é dirigido à autoridade superior à que proferiu a decisão que se quer reformar. No recurso hierárquico, diferentemente do pedido de reconsideração, nada impede que outra autoridade, sob mesmo conjunto probatório, mesmo sem haver argumento novo, tenha diversa interpretação. Não cabe pedido de reconsideração à autoridade superior que indeferiu recurso hierárquico.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 107. Caberá recurso:*
> *I - do indeferimento do pedido de reconsideração;*
> *II - das decisões sobre os recursos sucessivamente interpostos.*
> *§ 1º O recurso será dirigido à autoridade imediatamente superior à que tiver expedido o ato ou proferido a decisão, e, sucessivamente, em escala ascendente, às demais autoridades.*
> *§ 2º O recurso será encaminhado por intermédio da autoridade a que estiver imediatamente subordinado o requerente.*
>
> *Formulação Dasp nº 336. Pedido de reconsideração*
> *É proibida por lei a apreciação do mérito de um segundo pedido de reconsideração.*

Na ausência de delimitação na Lei nº 8.112, de 11/12/90, tem-se que a Lei nº 9.784, de 29/01/99, em seu art. 57, limita, como regra geral, ressalvadas normatizações internas, que sejam provocadas até três instâncias. A perfeita compreensão deste dispositivo requer um entendimento sistemático da norma. A Lei n° 9.784, de 29/01/99, no art. 56, deixa claro que o legislador empregou o termo “recurso” em sentido amplo, já abarcando o pedido de reconsideração. Em outras palavras, as três instâncias a que se refere o art. 57 resumem-se, primeiramente, na própria autoridade que decidiu e, hierarquicamente, em duas autoridades que lhe sejam superiores. Assim, em sentido estrito, a Lei n° 9.784, de 29/01/99, prevê no máximo duas instâncias recursais acima.

> *Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.*
> *§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.*
> *Art. 57. O recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa.*
>
> *“A nova legislação pôs fim à dicotomia entre pedido de reconsideração e recurso hierárquico próprio. (...)*
> *A norma estabeleceu um limite para o número de esferas administrativas legitimadas a reapreciação da decisão administrativa recorrida. Três são as autoridades que, no máximo, poderão reapreciar a questão objeto do recurso. (...) Assim sendo, podemos entender o seguinte: a primeira autoridade a*

> *apreciar o recurso é a autora do ato impugnado, que poderá ou não reconsiderar a sua decisão. Caso esta mantenha o seu entendimento, encaminhará o recurso para a autoridade hierarquicamente superior a esta, que deverá decidir sobre o recurso. (...) Poderá, ainda este recurso ser apreciado por mais uma instância administrativa da entidade que expediu o ato recorrido (...). Esta, então, seria a terceira instância administrativa possível pela qual poderá tramitar um recurso administrativo. Aí está regra." Bruno de Souza Vichi, "Do Recurso Administrativo e da Revisão", in Lúcia Valle Figueiredo (Coordenadora) e outros, "Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo", pgs. 242, 244 e 245, Editora Fórum, 1ª edição, 2004*

No caso da RFB, um julgamento de Chefe de Escor faculta ao servidor um pedido de reconsideração àquela mesma autoridade e dois recursos hierárquicos, ao Corregedor e ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil; um julgamento do Corregedor faculta ao servidor um pedido de reconsideração àquela mesma autoridade e dois recursos hierárquicos, ao Subsecretário-Geral e ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil.

> *Portaria RFB nº 6.483, de 2017 - Art. 17. Da decisão que aplicar penalidade de advertência ou suspensão de até trinta dias, cabe, de acordo com o art. 107 da Lei nº 8.112, de 1990, recurso, na via hierárquica, à autoridade imediatamente superior.*

Uma questão que merece abordagem cautelosa - sobretudo porque já foi objeto de alternância do entendimento ao longo do tempo - é a plausibilidade de recurso hierárquico em face de ato demissivo ministerial, decorrente da delegação de competência do Presidente da República aos Ministros de Estado, por meio do Decreto nº 11.123, de 7 de julho de 2022.

Para dirimir esta questão, necessário se faz iniciar a abordagem por uma visão ampla do Direito Administrativo como um todo, sem se deter na peculiaridade da processualística disciplinar. De forma geral, doutrinária e conceitualmente, descabe o reexame, por parte da superior autoridade delegante, das decisões delegadas, uma vez que não faz sentido a autoridade que delegou competência acerca da apreciação de determinada matéria venha a ser provocada a se manifestar sobre este assunto em grau recursal, de forma que o recurso hierárquico deve ser apreciado pela autoridade superior à delegante, conforme pontua a doutrina.

> *"(...) Se o ato fosse praticado pelo delegante, o recurso interposto contra ato seu seria apreciado por outra autoridade, certamente de nível hierárquico mais elevado. Mas como foi praticado pelo agente delegado, é preciso saber para qual autoridade deve dirigir-se eventual recurso. Por lógica, a autoridade julgadora do recurso deve ser a mesma que julgaria o ato se fosse praticado pelo delegante, pois que, afinal de contas, o delegado está agindo em nome próprio por autorização do delegante." José dos Santos Carvalho Filho, "Processo Administrativo Federal", pg. 118, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005*

Partindo desta construção generalista do Direito Administrativo, ao se focar no tema em questão da instrumentalidade disciplinar, assume relevo o fato de que a autoridade delegante - qual seja, o Presidente da República - já é a mais alta em instância administrativa, inexistindo instância superior a se recorrer. Ora, aceitar a possibilidade de recurso hierárquico, para o Presidente da República, em face de decisão delegada a Ministro de Estado equivaleria tornar letra morta a vontade do Chefe do Poder Executivo federal - de não julgar processos disciplinares -, juridicamente expressa por meio de decreto, uma vez que os demitidos invariavelmente recorreriam da grave decisão expulsória. Este entendimento já havia sido encapado pelo Advocacia-Geral da União, acatando manifestação da Consultoria-Geral da União, por meio do Parecer nº 52/2015/Decor/CGU/AGU, aprovado pelo Advogado-Geral da União, e posteriormente foi também adotado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional,

em seu Parecer PGFN/Cojed nº 890/2016, e por fim reiterado no Parecer PGFN/Cojed nº 293/2017. Inevitável admitir, como consequência deste entendimento, que, por um lado, se restringe a possibilidade de recurso hierárquico, da decisão ministerial, dirigido ao Presidente da República, sem atingir, de outro lado, a possibilidade de apresentação de pedido de reconsideração a esta própria autoridade delegada.

> *Parecer nº 52/2015/Decor/CGU/AGU: "15. Conclui-se, portanto, que o recurso eventualmente interposto contra decisão de demissão não deve ser remetido à Presidência da República, eis que, julgado o PAD por delegação, o Ministro de Estado decide com poderes de autoridade máxima do Poder Executivo Federal. Não cabe, portanto, falar em recurso hierárquico, pois não há autoridade superior àquela que delegou os poderes de julgamento e devolver o processo à autoridade delegante representaria a inutilização do próprio instituto da delegação."*
>
> *Parecer PGFN/Cojed nº 890/2016: "16. Pois bem, no presente caso, o Ministro de Estado da Fazenda, ao reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa, (...) atuou por meio de delegação em nome do Presidente da República, com fulcro no Decreto nº 3.035/99. Sendo assim, considerando que o recurso no âmbito administrativo disciplinar é dirigido à autoridade imediatamente superior à que tiver proferido a decisão, conforme expressa previsão na lei acima mencionada, mostra-se incabível a interposição de recurso hierárquico contra a decisão ora recorrida, uma vez que inexiste autoridade superior ao Presidente da República no plano hierárquico-administrativo.*
> *17. Este foi o entendimento adotado no âmbito da Consultoria-Geral da União, no Parecer nº 52/2015/DECOR/CGU/AGU, que tratou de sanar divergência até então ainda existente no âmbito do Executivo Federal, afirmando que 'compete privativamente aos Ministros de Estado o exercício da competência delegada pelo art. 1º do Decreto 3.035/99, sendo indevida, portanto, a remessa, para a Presidência da República, dos recursos hierárquicos interpostos contra as decisões proferidas em PADs com base na competência referida'.*
> *18. Nesse passo, cabe, ainda, destacar que, a admissão da interposição de recurso hierárquico ao Presidente da República iria de encontro a própria finalidade pretendida com o ato de delegação, qual seja, a descentralização administrativa. (...)"*
>
> *Parecer PGFN/Cojed nº 293/2017: "Ementa: Recurso hierárquico contra ato do Sr. Ministro da Fazenda. Pleito de servidorde reforma da decisão. Proposta de não conhecimento, por inexistência de previsão legal atinente ao caso."*

E este entendimento ficou devidamente pacificado com o Decreto nº 11.123, de 7 de julho de 2022, que trata das delegações de competência do Presidente da República para Ministros de Estado em matéria de julgamento disciplinar. No inciso I e no parágrafo único do art. 1º e no art. 4º, ambos deste Decreto, foram delegadas as competências julgadoras e apenadoras ao Ministro de Estado da Pasta ou para a regra geral da aplicação das penas expulsivas e para os Ministros de Estado da Casa Civil e da Controladoria-Geral da União para casos excepcionais de aplicação de quaisquer penas a um nicho reservado de agentes públicos. Os arts. 6º e 7º deste Decreto expressam, de forma positivada e inequívoca, que cabe apenas um único pedido de reconsideração à autoridade que julgou com base em delegação de competência, não cabendo recurso ao Presidente da República. Ademais, o inciso I do art. 3º do mesmo Decreto prevê a possibilidade de subdelegação destas competências, por parte dos Ministros de Estado a favor de ocupantes de cargo em comissão ou funçãos de confiança de nível mínimo igual a Cargo em Comissão Executivo (CCE) de nível 17 ou superior, sendo válidas as mesmas ressalvas acima, no sentido de que, uma vez tenho o Ministro de Estado subdelegado, não é cabível recurso hierárquico ao titular da Pasta mas sim apenas um pedido de reconsideração à autoridade que decidiu com base na subdelegação.

> *Decreto nº 11.123, de 2022 - Art. 6º Caberá pedido de reconsideração à autoridade que houver proferido a decisão com fundamento nas delegações ou subdelegações previstas neste Decreto.*
> *Parágrafo único. O pedido de que trata o caput não poderá ser renovado.*
> *Art. 7º Não caberá interposição de recurso hierárquico ao Presidente da República ou ao Ministro de Estado em face de decisão proferida em processo administrativo disciplinar proferida com fundamento nas delegações ou subdelegações previstas neste Decreto.*

Cabe abordar este tema da possibilidade ou não de recurso hierárquico sob a ótica de outra peculiaridade específica do ME, operada pela delegação de competência do Ministro de Estado da Economia para os Corregedores da RFB e do ME aplicarem pena de suspensão de 31 a 90 dias, nos termos dos incisos I e II do art. 38 da Portaria ME nº 7.081, de 9 de agosto de 2022. Caso estas autoridades apliquem pena de suspensão de 31 a 90 dias no exercício desta competência delegada, cabe pedido de reconsideração a estes mesmos julgadores e dois graus de recurso hierárquico, respectivamente ao Secretário Especial da Receita Federal e ao Ministro de Estado da Economia no caso de julgamento do Corregedor da RFB e ao Secretário Executivo do ME e ao Ministro de Estado da Economia no caso de julgamento do Corregedor do ME. Uma vez que as supracitadas manifestações restritivas ao recurso hierárquico para a autoridade delegante em razão de decisão exarada pela autoridade delegada, da lavra da AGU e da PGFN, se referem especificamente à alçada presidencial, não é razoável obstruir uma possibilidade recursal ao requerente quando a autoridade delegante é ainda o Ministro de Estado e não aquele Chefe máximo do Poder Executivo federal

Ainda neste rumo da especificidade, diferentemente do que já foi aduzido em **4.2.1** e em **4.10.3** (a cujas leituras se remete), acerca da competência em decorrência da criação da Secretaria da Receita Federal do Brasil, com a Lei nº 11.457, de 16/03/07, em função da máxima de que a norma que regulamenta os recursos a uma decisão é a norma vigente à data desta decisão recorrida, tem-se o julgamento de pedidos de reconsideração e de recursos hierárquicos em processos instaurados pela corregedoria do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) sobre área de receita previdenciária ou instaurados pela corregedoria da extinta Secretaria da Receita Previdenciária (SRP) e que já tinham decisão de mérito proferida no âmbito do então Ministério da Previdência Social ao tempo da fusão dos Fiscos federais compete ao Ministro de Estado da Pasta em que se encontra aquela autarquia ao tempo da decisão. O direcionamento para o Ministro de Estado da Pasta em que atualmente se encontra aquela autarquia se aplica mesmo para decisões que haviam sido proferidas pelo Corregedor da extinta SRP, uma vez que tal cargo não mais existe.

> *Parecer PGFN/CJU/CED nº 2.422/2007: "33. 'Ex positis', é a manifestação no sentido de que:*
> *a) os recursos e impugnações em geral referentes a penalidades disciplinares aplicadas no âmbito do Ministério da Previdência Social, sob o pálio da Lei nº 11.098, de 2005, e das demais legislações anteriores, são de competência do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Previdência Social;*
> *b) incumbe à Corregedoria-Geral da Receita Federal do Brasil, e, nos casos legalmente previstos, ao Ministro de Estado da Fazenda, a análise dos processos em curso (sem julgamento, sem decisão de mérito) e dos que vierem a ser instaurados."*

Em que pese a primeira leitura do art. 107, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, indicar ao contrário, deve prevalecer uma leitura mais atenta aos princípios da eficiência e da economia processual, no sentido de que o pedido de reconsideração à autoridade originária não é pré-requisito para se interpor recurso hierárquico à autoridade superior.

> *"Se levarmos em conta que o recurso hierárquico não exige que o recorrente invoque novas alegativas de defesa, logicamente vamos inferir que ele, em hipótese alguma, se precondiciona ao prévio pedido de reconsideração, porque*

> *este somente poderá ser interposto com base em novos argumentos." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pgs. 472 e 473, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Não é demais ressaltar que o pedido de reconsideração e o recurso hierárquico são ferramentas recursais aplicáveis apenas ao tempo em que ainda transcorre o processo em que se encontra o ato que se quer alterar, diferentemente do processo de revisão, que é o remédio jurídico aplicável a qualquer tempo, quando o processo já se encontra arquivado.

Tanto para pedido de reconsideração quanto para recurso hierárquico, formalmente, o prazo de interposição é trinta dias da ciência da decisão que se quer reformar. Embora a Lei n° 8.112, de 11/12/90, ao estabelecer a regra geral da contagem de prazos, em seu art. 238, tenha disposto que apenas o termo final deve recair sobre dia de expediente normal, nada impede que, a favor da parte, se estenda o § 3º art. 224 do CPC, também iniciando a contagem somente a partir do primeiro dia útil após a ciência da decisão. Assim, se a ciência se deu em uma sexta-feira, ao invés de se contar o prazo de interposição a partir do sábado, pode-se fazê-lo a partir da segunda-feira subsequente.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 108. O prazo para interposição de pedido de reconsideração ou de recurso é de 30 (trinta) dias, a contar da publicação ou da ciência, pelo interessado, da decisão recorrida.*
>
> *CPC - Art. 224.*
> *§ 3º A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.*

Não obstante os comandos legais acima, a favor da máxima homenagem à defesa, pode a autoridade que julgou e aplicou a pena ou a autoridade que lhe é superior - independentemente de quem seja, Chefe de Escor, Corregedor ou Ministro de Estado da Economia -, repectivamente competente para julgar o pedido de reconsideração ou o recurso hierárquico, não adotar uma leitura estritamente literal e inflexível do prazo de trinta dias a contar da ciência da decisão. Na primeira solução possível que aqui se apresenta, não incorre em nulidade esta autoridade competente para julgar a instância recursal se, em avaliação discricionária e razoável sua, receber ainda sob a qualidade de pedido de reconsideração ou de recurso hierárquico (este somente até onde for cabível) a peça entregue com pequeno atraso e, como tal, enfrentar e analisar seu mérito.

Há ainda uma outra possível solução menos discricionária e mais legalista, demarcada pelo fato de que, a rigor, a preclusão temporal após o decurso do prazo de trinta dias faz com que o pedido de reconsideração e o recurso hierárquico apresentados intempestivamente não devam ser recebidos como tais. Neste caminho, pode a autoridade que seria competente para o julgamento da instância recursal, superficialmente, mesmo sem se aprofundar na pertinência ou não de seu mérito, apenas verificar se a peça contém alegações de ocorrência de ilegalidade ou de superveniência de fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do servidor a motivarem seu recebimento como pedido de revisão. Em se tratando de pedido de reconsideração ou de recurso hierárquico intempestivamente dirigido ao Chefe de Escor ou ao Corregedor (em razão de apenação com advertência ou suspensão), caso a peça não traga tais notícias, deve merecer apenas sucinta manifestação acerca de seu não conhecimento decorrente da intempestividade; caso contrário, se apresentar convincentes elementos de ilegalidade ou absolvidores, deve ser tratada como um pedido de revisão e, como tal, deve ser remetida ao juízo de admissibilidade da instância revisional ao Ministro de Estado da Economia. E, em se tratando de pedido de reconsideração ou de recurso hierárquico já dirigido mesmo ao Ministro de Estado da Economia (em razão de apenação expulsiva), mas protocolizado no sistema correcional da RFB intempestivamente, deve o Chefe de Escor ou o Corregedor simplesmente remeter a peça àquele titular da Pasta, sem nenhuma apreciação, sequer superficial.

Orientação Coger nº 45
Recurso apresentado após o decurso do prazo legal de trinta dias e que não noticia ocorrência de ilegalidade ou superveniência de fato novo ou circunstância suscitadora da inocência deve ser objeto apenas de sucinta manifestação acerca de seu não conhecimento decorrente da intempestividade.

Orientação Coger nº 46
Recurso apresentado após o decurso do prazo legal de trinta dias e que noticia ocorrência de ilegalidade ou superveniência de fato novo ou circunstância suscitadora da inocência deve ser recebido como pedido de revisão.

O prazo legal para ingresso em via recursal é contado a partir da ciência da decisão que se quer reformar. No caso de julgamento da lavra do Chefe de Escor ou do Corregedor (limitados a advertência e suspensão de até trinta dias para o primeiro e a advertência e suspensão até novenda dias para o segundo), a portaria de pessoal punitiva é publicada no Boletim de Serviço da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (BS RFB). No caso de julgamento da lavra do Ministro de Estado da Economia (com alçada para todas as penas, de advertência, de suspensão de até novenda dias, de demissão e de cassação de aposentadoria), a portaria de pessoal punitiva é publicada no Diário Oficial da União (DOU). Apesar do atributo de autoexecutoriedade do ato administrativo punitivo, tido como ato jurídico perfeito e acabado com a sua publicação, e que poderia fazer operar a presunção de ciência de parte do apenado, com dispensa de qualquer outra diligência a mais de parte da Administração, a jurisprudência superior adota postura cautelosa diante do tema. As manifestações jurisprudenciais consideram válida esta presunção de conhecimento da decisão apenadora somente no caso de apenação publicada em DOU e, cumulativamente, em face de servidor que se faz acompanhar de advogado. Com isto, a *contrario sensu*, em todos os demais casos - quais sejam, de quaisquer apenações publicadas no BS RFB e de apenações, ainda que xpulsivas, publicadas no DOU em face de apenado que não constituiu advogado -, faz-se necessária a cautela de a Administração, por meio do sistema correcional da RFB, providenciar ciência pessoal do servidor, nos termos expostos em **4.10.6.2**.

STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Og Fernandes, Agravo de Instrumento no Mandado de Segurança nº 24.961/DF, DJe 01/07/2019, "Ementa: 4. Da mesma forma, a publicação da penalidade de demissão no Diário Oficial, por sua vez, caracteriza a intimação da servidora a respeito da sanção administrativa que lhe foi aplicada, não tendo sido juntada documentação demonstrando que não houve a constituição de advogado no bojo do processo disciplinar, a justificar a necessidade de outra providência por parte da administração pública para a comunicação dos atos processuais."

STJ, Terceira Turma, Ministro Relator Antônio Saldanha Palheiro, Mandado de Segurança nº 9.699/DF, DJe 11/12/2018, Ementa: "4. É dispensada a intimação pessoal do servidor representado por advogado, sendo suficiente a publicação da decisão proferida no PAD no Diário Oficial."

STJ, Segunda Turma, Ministro Relator Herman Benjamin, Recurso em Mandado de Segurança nº 54.297/DF, DJe 11/10/2017, Ementa: "4. Quanto à necessidade da intimação pessoal do ora recorrente, esclareço que a 'jurisprudência desta Corte é a de que, estando o servidor representado por advogado, é dispensável a sua intimação pessoal do ato de demissão, sendo suficiente a publicação do ato no Diário Oficial'."

STJ, Primeira Seção, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança nº 19.073/DF, DJe 31/08/2016, Ementa: "3. Não é necessária a intimação pessoal Servidor, representado por Advogado no PAD, do ato proferido pela autoridade coatora, que determinou a sua demissão, bastando, para a regular cientificação, a publicação da portaria demissionária no Diário Oficial da União."

STJ, Sexta Turma, Ministro Relator Rogério Schietti Cruz, Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 27.633/MG, DJe 07/05/2015, Ementa: "1. Tratando-se de servidor representado por advogado durante o processo administrativo disciplinar, é desnecessária a intimação pessoal acerca do ato demissionário, bastando a publicação em diário oficial."

Esta construção jurisprudencial impacta na consideração do termo inicial do prazo recursal. No caso das apenações publicadas no BS RFB (de penas aplicadas pelo Chefe de Escor ou pelo Corregedor),

No caso das portarias de pessoal punitivas publicadas no BS RFB (de penas de advertência ou de suspensão, em que o ato pode ser do Chefe de Escor ou do Corregedor), tendo ou não o servidor constituído advogado, embora formalmente se pudesse ter configurada a ciência do servidor com esta publicação interna, se a defesa apresentar qualquer espécie de recurso em mais de trinta dias desta data, porém ainda dentro do prazo se contado a partir de sua ciência pessoal nos autos, alegando não ter tido conhecimento da publicação no BS RFB, recomenda-se que se conheça do recurso, por ser jurisprudencialmente aceitável sua argumentação. O mesmo se aplica para o caso das portarias de pessoal punitivas publicadas no DOU (de quaisquer penas, inclusive e sobretudo expulsivas, em ato do Ministro de Estado da Economia) e em que o servidor não constituiu advogado: embora formalmente se pudesse ter configurada a ciência do servidor com esta publicação oficial, se a defesa apresentar qualquer espécie de recurso em mais de trinta dias desta data, porém ainda dentro do prazo se contado a partir de sua ciência pessoal nos autos, alegando não ter tido conhecimento da publicação no DOU, recomenda-se que se conheça do recurso, por ser jurisprudencialmente aceitável sua argumentação. Todavia, exclusivamente no caso das portarias de pessoal punitivas publicadas no DOU (de quaisquer penas, inclusive e sobretudo expulsivas, em ato do Ministro de Estado da Economia) e em que o servidor constituiu advogado, a jurisprudência considera que a decisão é de conhecimento presumido pelo profissional patrocinador da defesa ténica e, independentemente da data ciência pessoal do servidor nos autos, o prazo recursal se conta apenas da publicação oficial da apenação. Muito antes ds jugados acima, a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GQ-38 já indicava uma possível flexibilização do termo inicial do prazo recursal, para além da data da publicação da portaria de pessoal punitiva.

Parecer AGU nº GQ-38, vinculante: "Ementa: A publicação de ato decisório de que possa resultar pedido de reconsideração ou interposição de recurso, em boletim de serviço, ou de pessoal, na forma do art. 108 da Lei nº 8.112, de 1990, gera presunção de conhecimento que admite prova em contrário. O pedido de reconsideração, ou o recurso, apresentado após o decurso do prazo fixado no aludido art. 108, deve ser recebido pela autoridade competente, se plausível a ilação de que o servidor desconhecia a publicação (em boletim de serviço ou de pessoal) do ato passível de impugnação, por motivo imputado à administração."

A Lei nº 8.112, de 11/12/90, a rigor, expressa prazo de decisão apenas para o pedido de reconsideração (de trinta dias, no parágrafo único do art. 106). Nada impede que a interpretação sistemática da Lei indique a adoção do mesmo prazo para que se decida o recurso hierárquico. Entretanto, a falta de decisão nestes prazos não acarreta nulidade e muito menos pode ser compreendida como aceitação tácita dos recursos interpostos.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 106.
Parágrafo único. O requerimento e o pedido de reconsideração de que tratam os artigos anteriores deverão ser despachados no prazo de 5 (cinco) dias e decididos dentro de 30 (trinta) dias.

Parecer Dasp. Pedido de reconsideração - Prazo para decisão
Interpretando o art. 166 do E. F., entendeu o Consultor Jurídico do Dasp que a

contagem do prazo no mesmo previsto, para a decisão dos pedidos de reconsideração, se inicia a partir da data em que o pedido chegar ao conhecimento do autor da decisão a ser reexaminada. O encaminhamento do pedido, através das autoridades a que está subordinado o servidor, não deve ser causa de redução do aludido prazo, o qual é também interrompido pelas diligências motivadas pelo reexame do caso, reiniciando-se a contagem logo que satisfeitas as mesmas.
*(**Nota**: Lei nº 1.711, de 28/10/52 - Art. 166. O pedido de reconsideração será dirigido à autoridade que houver expedido o ato ou proferido a primeira decisão, não podendo ser renovado.*

No âmbito da Secretaria Especial da Receita, no limite das competências julgadoras para aplicação de penas de advertência e de suspensão de até trinta dias, a decisão do pedido de reconsideração, a cargo em geral do Chefe de Escor (excepcionalmente do Corregedor, nas raras hipóteses em que este atua como autoridade instauradora e julgadora, incluindo a possibilidade de apenar com suspensão de 31 a 90 dias), e a decisão de recurso hierárquico a cargo em geral do Corregedor (como autoridade superior ao Chefe de Escor) podem ser amparadas por parecer de análise de pedido de reconsideração ou por parecer de análise de recurso hierárquico. Estas peças analítico-propositivas são da lavra do Grupo Nacional de Pareceristas (GNP) e intitulam-se pareceres, pois se dirigem ao titular da própria unidade emissora (o Chefe do Escor ou o Corregedor), em consonância ao já aduzido em **2.5.3.1** e em **4.10.3.2**. Acrescente-se ainda o pormenor de, no caso pouco comum de a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ser demandada com pedido de reconsideração ou com recurso hierárquico por servidor apenado respectivamente pelo Ministro de Estado da Economia ou pelo Secretário Especial da Receita Federal do Brasil e venha a solicitar do sistema correcional da RFB uma peça analítica como instrução de sua decisão, deve-se seguir o já recomendado em **4.10.3.2**, à vista dos princípios da verdade material e da eficiência, de se remeter ao GNP e intitular a peça como informação externa (pois, nesta hipótese, dirige-se a órgão estranho à unidade de lavratura).

Antes de prosseguir, aqui convém esclarecer as formas de recebimento de recurso, *lato sensu*. O efeito devolutivo está presente em qualquer recurso e é consequência imediata e essencial do seu conhecimento formal por parte da autoridade (pela simples apreciação de que ele preenche todos os requisitos legais), "devolvendo" toda a decisão para a autoridade competente para análise recursal, sem suspender a aplicação do que foi decidido. A este efeito pode-se somar o efeito suspensivo, com o qual o recurso não só é conhecido mas também assume o condão de suspender a execução imediata da decisão recorrida, até que seja julgado.

Retornando à análise dos dois institutos em tela, quanto à sua forma de recebimento, a regra geral é de serem recebidos com efeito devolutivo. Não obstante, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, prevê que, a critério da autoridade, além do efeito devolutivo, especificamente o recurso hierárquico pode ser recebido com efeito suspensivo. A rigor, na estrita interpretação literal, não há previsão de recebimento de pedido de reconsideração também com efeito suspensivo. Todavia, é aceitável a interpretação extensiva do termo "recurso", empregado no art. 109 do Estatuto, entendendo-o em sentido lato, abrangendo quaisquer vias de tentativa da parte em reformar uma decisão que lhe foi contrária. Desta forma, assim como ocorre com o recurso hierárquico, pode-se tolerar que, excepcionalmente e em sentido diverso da regra geral, a autoridade competente para decidir o pedido de reconsideração, a seu critério, receba-o também com efeito suspensivo, sobretudo em caso de grave ameaça ou lesão a direito, afastando o efeito da decisão recorrida enquanto analisa o pedido.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 109. O recurso poderá ser recebido com efeito suspensivo, a juízo da autoridade competente.
Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

STJ, Mandado de Segurança nº 8.595: "Ementa: (...) V - Os recursos administrativos são recebidos, em regra, apenas no efeito devolutivo, podendo ser recebidos no efeito suspensivo, a juízo da autoridade competente, conforme disposto no art. 109 da Lei nº 8.112/90. In casu, não foi atribuído efeito suspensivo ao recurso interposto pela impetrante contra a Portaria que determinou a cassação de sua aposentadoria, não havendo que se falar em ilegalidade de sua exclusão da folha de pagamentos antes do julgamento do recurso."

"O efeito devolutivo constitui, portanto, regra inerente a qualquer recurso, de aplicação automática, por devolver, sempre, à instância administrativa revisora, o conhecimento amplo sobre a matéria objeto do apelo.
O efeito suspensivo, não obstante a tendência verificada, no âmbito administrativo, de se adotá-lo diante do justo receio de prejuízo de difícil reparação, está, todavia, condicionado aos critérios de conveniência e oportunidade conferidos por lei à autoridade administrativa que, assim, é livre para formar o seu próprio entendimento sobre a forma de admissão, que, todavia, deverá ser justificado, fundamentadamente, em despacho." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 198, Editora Forense, 2ª edição, 2006

"Mais problemática ainda é a questão de se saber quem é competente para conferir efeito suspensivo ao recurso: a autoridade recorrida (aquela de cuja decisão se recorre) ou a autoridade para a qual se recorre. (...)
(...) a interpretação lógico-sistemática aponta para a autoridade superior, aquela que é competente para reexaminar a decisão recorrida. (...)
No âmbito da Administração Pública Federal, a Lei 9.784, de 29.1.199, [parágrafo único do art. 61], (...), fica, pelo menos, ressalvada a hipótese de requerer o efeito suspensivo à autoridade hierarquicamente superior, presumivelmente mais isenta, não comprometida (nem emocionalmente) com a decisão recorrida." Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, "Processo Administrativo", pgs. 183 a 185, Malheiros Editores, 1ª edição, 2001

Relembre-se o já aduzido em **4.10.6.1** e em **4.10.6.4**: o processo administrativo disciplinar e o ato de imposição de penalidade gozam da presunção de legitimidade e, por conseguinte, da autoexecutoriedade, produzindo normalmente seus efeitos próprios, dispensando prova prévia de sua legalidade.

"O recurso, nas suas variadas formas, é sempre voluntário, na medida em que depende da iniciativa da parte. Não há recurso necessário. A autoridade que prolata sua decisão não a submete, de ofício, à instância superior." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 195, Editora Forense, 2ª edição, 2006

A pena é aplicada, por meio da publicação de portaria de pessoal da autoridade competente, após o julgamento (no caso da suspensão, de acordo com o interesse da Administração, pode ser aplicada já a partir da publicação da portaria de pessoal, ou pode ser postergada para a partir da ciência do titular da unidade de lotação do servidor - que parece ser a forma mais adequada - ou ainda para uma data determinada na portaria de pessoal). Com isto, embora se recomende a remessa do processo para ciência pessoal do servidor nos autos, formalmente, esta ciência já se configurou desde o momento de aplicação da pena, com a publicação da portaria de pessoal punitiva. O efeito da pena se faz imediatamente após a publicação do ato punitivo, não havendo necessidade de se aguardar prazo de apresentação de qualquer espécie de recurso (embora não incorra em ilegalidade a autoridade que decida fazê-lo). Também não se prevê recurso hierárquico de ofício.

Obviamente, há a hipótese de o servidor interpor recurso hierárquico (ou pedido de reconsideração) e, excepcionalmente, a autoridade competente recebê-lo com efeito suspensivo, fazendo com que se afastem os efeitos da punição. Também pode ocorrer de a autoridade receber o pedido de reconsideração ou o recurso hierárquico apenas com efeito devolutivo (como é de regra), sem afastar os efeitos da pena, e posteriormente deferir o pleito. O fato é que independentemente da possibilidade de interpor recurso *lato sensu*, não se recomenda à autoridade competente para emitir a portaria de pessoal punitiva que espere o decurso do prazo recursal.

Uma vez acatado o pedido de reconsideração ou o recurso hierárquico, são afastados todos os efeitos da decisão punitiva recorrida, restabelecendo integralmente a situação funcional do servidor na data daquele ato anulado ou revogado. Quanto à vedação da *reformatio em pejus* em ambos institutos, já foi abordada em **5.1.1**, a cuja leitura se remete.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 109.*
> *Parágrafo único. Em caso de provimento do pedido de reconsideração ou do recurso, os efeitos da decisão retroagirão à data do ato impugnado.*

Na esfera administrativa, configura-se decisão definitiva com a não apresentação de recurso hierárquico em trinta dias da decisão ou em caso de pedido de reconsideração ou recurso hierárquico negado pelo Ministro de Estado da Economia. Chegando a este ponto, o processo é definitivamente encerrado e, após ciência do interessado, vai para arquivamento. Não obstante, ressalte-se mais uma vez que a publicação de penalidade decorrente de processo administrativo disciplinar tem efeito imediato.

5.1.3 - Revisão Processual

5.1.3.1 - Fato Novo ou Circunstância Nova a Qualquer Tempo

Diferentemente do pedido de reconsideração e do recurso hierárquico, que ocorrem ainda no mesmo processo original, antes da sua decisão definitiva, a revisão se dá contra sindicância disciplinar ou PAD já encerrado. Daí, significa a instauração de um novo processo, a ser apensado ao processo originário que se quer rever e a ser conduzido por outra comissão. Apesar da literalidade da Lei, por mera simplificação formal de conciliar eventuais movimentações do processo em andamento (o revisor) com registros informatizados em sistema de controle de movimentação processual, sem em nada prejudicar a intenção do legislador, durante o transcurso da revisão, pode-se inverter a relação, considerando como principal o processo revisor e como apensado o processo originário, ajustando-se após a decisão final.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 178. A revisão correrá em apenso ao processo originário.*

Por um lado, tem-se que a revisão, prevista no Título V do Estatuto, específico do rito administrativo disciplinar, independe do exercício ou não daquelas duas vias recursais no processo originário (pedido de reconsideração e recurso hierárquico, que não são institutos previstos na matéria disciplinar do Estatuto).

Mas, por outro lado, uma vez que a revisão requer o esgotamento das ferramentas recursais *lato sensu* no processo originário, de forma que este esteja arquivado, não se concilia o emprego simultâneo, por parte do servidor, de institutos como pedido de reconsideração ou recurso hierárquico com o instituto da revisão. Se, porventura, o servidor manejar mais de uma destas ferramentas ao mesmo tempo, deve a Administração intimá-lo a se manifestar se opta pelo esgotamento das análises de natureza recursal ainda no âmbito do

processo originário antes de ter apreciado seu pedido de instauração de processo revisor ou se opta pela desistência da esfera recursal para que tenha seu pedido de revisão apreciado de imediato.

> *Formulação Dasp nº 185. Inquérito administrativo*
> *A revisão de inquérito não depende de prévio pedido de reconsideração.*
>
> *Parecer AGU nº GQ-28, vinculante: "64. Os administrativistas pátrios têm entendido que a revisão do processo disciplinar administrativo não se constitui num simples pedido de reconsideração da decisão proferida, nem recurso contra ela.*
> *65. É, indubitavelmente, um novo processo (reexame do primeiro), com novos elementos (ou subsídios) visantes à comprovação da inocência do servidor público punido."*
>
> *"O instituto da revisão do processo, a despeito de infundir, na gelidez de sua literalidade, a noção de que somente o processo disciplinar poderá ser contemplado por tal remédio recursal, torna patente que outras disposições suas, embora que por indução lógica, levam à conclusão segura de que a sindicância também poderá constituir objeto revisional, de que é exemplo o preceito previsto no art. 181 da Lei nº 8.112/90, o qual faz certo que o julgamento do processo revisional compete a quem aplicou a penalidade questionada, nos termos do art. 141 dessa mesma lei." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 340, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*
>
> *"(...) o regramento da revisão não estabelece a exigibilidade de anterior exaustão das vias recursais ou dos pedidos de reconsideração disponíveis como pressuposto do petitório revisional, senão que se cuide de processo findo, no qual imposta penalidade disciplinar. Daí a conclusão da possibilidade de imediato requerimento do meio especial de defesa do funcionário punido, previsto no art. 174, da Lei federal nº 8.112/1990, independentemente de discussão da matéria na sede de recursos administrativos hierárquicos ordinários." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pg. 913, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

A revisão pode ser pedida pela parte interessada ou realizada de ofício a qualquer tempo, mediante fatos novos ou circunstâncias que justifiquem o abrandamento da decisão original (não a justificam meras manifestações de inconformismo), seja inocentando o servidor, seja concluindo pelo cometimento de infração menos grave e punível com pena mais branda. Os fatos a que se refere o comando legal podem ser compreendidos como qualquer ocorrência ou conhecimento que possua o condão de eliminar o enquadramento originalmente imposto, atuando, em desconstrução, sobre seus elementos constituintes na literalidade do enquadramento, podendo fazer a convicção migrar da responsabilização até a inocência. Já as circunstâncias - que a lógica aqui exige que se restrinjam apenas a atenuantes, descartando-se agravantes - a que se refere o comando legal podem ser compreendidas como qualquer ocorrência ou conhecimento que possua o condão de demonstrar que a punição imposta foi inadequada, justificando seu abrandamento. E estes fatos e circunstâncias novos não significam, necessariamente, evento recente mas sim algo de que não se tinha conhecimento quando do processo originário. O fato ou a circunstância até podem ser antigos, mas novos como instrumento de prova no processo disciplinar.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 174. O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.*
> *§ 1º Em caso de falecimento, ausência ou desaparecimento do servidor,*

qualquer pessoa da família poderá requerer a revisão do processo.
§ 2º No caso de incapacidade mental do servidor, a revisão será requerida pelo respectivo curador.
Art. 176. A simples alegação de injustiça da penalidade não constitui fundamento para a revisão, que requer elementos novos, ainda não apreciados no processo originário.

Formulação Dasp nº 252. Revisão de inquérito
Não cabe revisão de inquérito se o requerente não aduz fatos ou circunstâncias novos capazes de comprovar sua inocência.

"(...) fato novo não é, em absoluto, aquele dotado de recenticidade, mas, sim, o que constitui novidade para o servidor apenado. (...) O fato é antigo no tempo, mas novo como instrumental de prova disciplinar." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 482, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005

"(...) fato novo é aquele referido no art. 462 do Código de Processo Civil, e tem sentido preciso em direito, como o daquele fato desconhecido à ocasião do processo, ou do julgamento, capaz de, caso houvesse sido conhecido, orientar de outro modo o julgamento. As circunstâncias a que se refere o artigo, no seu 'caput', podem não constituir fatos novos, mas simples rotinas ou procedimentos, inadequados quando do processo, que se de outro modo fossem praticados poderiam igualmente modificar a decisão afinal proferida." Ivan Barbosa Rigolin, "Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis", pg. 285, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995

A revisão não se aplica apenas às penalidades expulsivas; ao contrário, o instituto é cabível qualquer que tenha sido o grau de responsabilização imposto ao servidor na sindicância disciplinar ou PAD originário - desde o mero registro no assentamento de cometimento de infração leve até a efetiva aplicação de pena capital. Mas, por outro lado, sendo instituto de índole administrativa, previsto na Lei nº 8.112, de 11/12/90, não se presta para afastar o efeito acessório de perda de cargo, emanado pelo Poder Judiciário em caso de condenação com pena privativa de liberdade, nos termos do art. 92 do CP.

"É normal que os pedidos revisionais ocorram em relação às penas mais agravadas, porque, no tocante à advertência e à suspensão, os registros poderão ser cancelados depois do prazo determinado em lei, durante o qual o servidor não haja praticado nova infração disciplinar. Não quer dizer, porém, que um servidor simplesmente advertido não possa preferir a via do pedido de revisão, com o objetivo de buscar a Justiça, que não lhe seria atribuída pelo cancelamento do registro da penalidade.
Mesmo porque o cancelamento do registro, nos casos de advertência e suspensão, apenas apagam as anotações, sem gerar efeitos retroativos com relação aos demais aspectos, enquanto um resultado revisional favorável - este sim - apaga completamente a penalidade, restaurando a situação anterior, com todos os seus efeitos de tempo de serviço, de ressarcimento pecuniário (em valores devidamente atualizados) e de registros na ficha de conduta funcional." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pgs. 228 e 229, Editora Consulex, 2ª edição, 1999

"Não cabe o pleito revisional da medida quando a perda do cargo público não é declarada pela autoridade devido ao teor de processo disciplinar consumado pela Administração Pública, a título de pena administrativa, mas sim como efeito acessório de sentença penal condenatória, proferida em processo criminal (...).
Por óbvio, a Administração Pública, no exercício da autotutela, somente pode rever atos que ela mesma praticou, inclusive as penalidades administrativas por ela aplicadas, o que não compreende, logo, as penas criminais de caráter

acessório (perda do cargo público), impostas por decisão do Poder Judiciário, autônomo e independente em sua função de julgar processo-crime, ainda que o acusado seja servidor público." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pg. 954, Editora Fortium, 2008, 1ª edição

5.1.3.2 - Prescrição do Pedido a Partir do Conhecimento do Fato Novo

Aqui, há que ser feita diferenciação em relação ao que foi aduzido em **4.12.2**, em que, conforme o Parecer AGU nº GQ-10, se defendeu a incidência da prescrição quinquenal sobre o direito de o servidor reclamar nulidade de ato administrativo.

Pode-se ter uma situação em que, de acordo com as provas originariamente disponíveis, seja correto impor responsabilização e pena ao servidor, em processo regularmente conduzido, sem qualquer nulidade. O surgimento de posterior fato novo, ensejador de absolvição do apenado por meio do processo revisional, neste exemplo, não se confunde com nulidade do processo originário (com os elementos de que se dispunha à época, o processo originário foi perfeitamente concluído; apenas ainda não havia surgido o fato revelador de novo entendimento). Assim, neste momento, de se avaliar ou não admissibilidade da revisão, não haveria que se cogitar da incidência da prescrição quinquenal defendida no Parecer AGU nº GQ-10.

A superveniência de fato novo, ensejador de revisão, pode acontecer a qualquer tempo e foge à competência e ao controle do interessado. Assim, o direito à revisão, dependente destes fatos novos, não prescreve e pode ser cogitado a qualquer tempo, por qualquer pessoa da família do servidor, conforme art. 174 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e manifestações da Advocacia-Geral da União, no Parecer AGU nº GQ-28, vinculante, e do Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 23.741, respectivamente:

"71. Não há que se falar na espécie em prescrição porquanto a Lei nº 8.112/90 diz que o processo disciplinar poderá ser revisto a qualquer tempo quando ocorrerem os motivos elencados no 'caput' do art. 174, causadores do pedido revisional."

"2. (...) Ademais, a teor do disposto no artigo 174 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o processo disciplinar pode ser revisto a qualquer tempo e, uma vez acolhido o pedido, é declarada sem efeito a punibilidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto o referente à destituição de cargo em comissão, convertida em exoneração - artigo 182."

A própria Lei nº 8.112, de 11/12/90, define o alcance da expressão "qualquer pessoa da família", competente para provocar o pedido de revisão, nos casos de falecimento ou ainda de ausência ou de desaparecimento do servidor, declarados judicialmente, nos termos dos arts. 22 e 23 do Código Civil.

Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 241. Consideram-se da família do servidor, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e constem do seu assentamento individual.
Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove união estável como entidade familiar.

Todavia, passa a incidir a prescrição quinquenal sobre a ação revisional, uma vez surgido o fato novo e dele tendo conhecimento o servidor. A partir daí, o servidor tem o prazo de cinco anos para provocar a Administração, com o pedido de revisão. A protocolização deste pedido interrompe a prescrição quinquenal e mantém-se a interrupção enquanto a Administração processar a revisão.

Decreto nº 20.910, de 06/01/32 - Art. 1º As dívidas passivas da União, dos

> *Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.*
> *Art. 4º Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la.*
> *Parágrafo único. A suspensão da prescrição, neste caso, verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano.*

> *Parecer AGU nº GM-26, não vinculante: "Ementa: I - Não se aplica ao caso dos autos o Parecer GQ-10. A revisão pode realmente efetivar-se a qualquer tempo, uma vez dependente da superveniência (que foge à competência do interessado) de fato novo, ou de circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada (...). III - A revisão está sujeita ao prazo prescricional de cinco anos (art. 1º, Dec. 20.910). O prazo começa a correr da data em que o interessado teve conhecimento do fato novo, mas interrompe-se com a apresentação do pedido de revisão (art. 4º, par. único, Dec. 20.910) na repartição pública. IV - A prescrição não corre durante a demora da administração no exame do pedido (art. 4º, Dec. 20.910)."*

> *"(...) a prescrição quinquenal (...) só tem início com o conhecimento (...) do fato novo ensejador da revisão ou das circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada." Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União", pg. 197, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Ainda abordando o conceito de prescrição no que diz respeito à revisão, conforme se aduziu em **5.1.2**, pode-se aqui tentar dar uma leitura aplicável ao dispositivo do art. 110, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que estabelece prazo de cinco anos para servidor requerer quanto a atos de demissão e de cassação de aposentadoria e de disponibilidade. Tem-se que, inequivocamente, é direito do servidor cogitar de revisão processual a qualquer tempo, mediante fato novo. Conforme já aduzido, como o surgimento do fato novo não depende do controle do servidor, podendo se dar a qualquer momento, este direito de poder ter o processo revisto não é prejudicado pelo prazo de cinco anos estipulado no art. 110, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Todavia, como não se cogita de letra morta na norma e como os arts. 112 e 115 do Estatuto impõem que a prescrição é de ordem pública, não pode ser relevada pela Administração e tem prazo fatal e improrrogável, pode-se interpretar o inciso I do art. 110, no que diz respeito à matéria correcional, como um inafastável prejuízo apenas no aspecto patrimonial a partir de cinco anos da decisão revisional favorável, ainda que se reveja a qualquer tempo o ato expulsivo.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 110. O direito de requerer prescreve:*
> *I - em 5 (cinco) anos, quanto aos atos de demissão e de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou que afetem interesse patrimonial e créditos resultantes das relações de trabalho;*
> *II - em 120 (cento e vinte) dias, nos demais casos, salvo quando outro prazo for fixado em lei.*
> *Parágrafo único. O prazo de prescrição será contado da data da publicação do ato impugnado ou da data da ciência pelo interessado, quando o ato não for publicado.*

> *"(...) no que concerne aos efeitos financeiros, relacionados com a remuneração, estes prescrevem em cinco anos, não havendo percepção de quaisquer valores relativos ao período anterior a esse tempo, que é contado a partir da data da entrada do pedido no protocolo do Ministério ou órgão*

> *equivalente. A paga é feita com valores devidamente corrigidos pelos índices vigentes no lapso quinquenal." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pgs. 239 e 240, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*
>
> *"No tocante aos efeitos financeiros, todavia, seria desarrazoado contra o ordenamento jurídico estabelecer a imprescritibilidade patrimonial do direito de requerer revisão do processo administrativo disciplinar, haja vista que não se poderia aceitar que, décadas depois da demissão, o ex-funcionário expulso do serviço público pudesse auferir proveitos econômicos contra o erário, trinta, quarenta, cinquenta anos depois da punição ter sido imposta (...)*
> *Efetivamente, o instituto revisional do feito administrativo (...) não pode, concessa venia, ser eternizado além do óbice prescricional quinquenal, no que concerne a seus efeitos financeiros (...).*
> *(...) a flexibilidade temporal somente se estende além do prazo prescricional quanto aos efeitos extrapatrimoniais da decisão apenadora, no campo moral, mas sem surtir efeitos financeiros contra a Fazenda Púbica." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pgs. 924 e 925, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Em outras palavras, solicitada revisão antes de cinco anos da decisão, uma vez deferida, restabelecem-se integralmente, sem exceção, todos os direitos do servidor, conforme art. 182 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, sem se cogitar de prescrição. Por outro lado, se solicitada revisão após cinco anos da decisão, legitimamente ao amparo inafastável do art. 174 do Estatuto, uma vez deferida, restabelecem-se integralmente aqueles direitos do servidor que não guardam relação com interesse patrimonial; estes direitos patrimoniais são restabelecidos apenas no período de cinco anos contados da data do pedido de revisão, para trás, ficando prejudicados os direitos do período fora deste prazo, visto que eles prescrevem em prazo quinquenal, de forma fatal, improrrogável e irrelevável.

5.1.3.3 - Rito da Revisão

Quanto ao rito revisional, destaca-se a necessidade de apreciação, por parte da Administração, em dois momentos distintos: no primeiro, similar a uma fase de admissibilidade, pondera-se o pedido em si de instauração da revisão; e, no segundo, caso se tenha acatado a instauração, faz-se a avaliação do mérito das alegações.

A primeira apreciação acerca da admissibilidade do pedido, independentemente da pena originariamente aplicada e de quem a aplicou, conforme a estrita literalidade do art. 177 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, cabe apenas ao Ministro de Estado da Economia. Por expressa previsão legal, incumbe somente ao titular da Pasta autorizar a instauração de processo de revisão, sob assessoramento jurídico da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Não obstante esta expressa competência legal, cabe aqui perfeita analogia com o que já se expôs em **2.5.3.1**, em que se apresentou a convenção de terminologia das peças propositivas, e em **4.10.3.2**, em que se analisou a natureza jurídica dos pareceres de assessoramento em julgamento.

Da mesma forma como se aduziu acerca da pertinência de o parecer de análise de processo - em caso de proposta da comissão de responsabilização cabível na competência do Ministro de Estado da Economia - ser realizado no âmbito do Escor e não da Divisão de Análise Correcional da Coger, aqui também se utilizam os mesmos argumentos para se recomendar a adoção de tal praxe, caso a PGFN venha a solicitar ao sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil a elaboração de peça de instrução. Embora a decisão seja ministerial, a possibilidade de a Coger, por meio do respectivo Escor, emitir manifestação propositiva o mais próximo possível da ocorrência dos fatos, como elemento de instrução do ato formal a cargo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, harmoniza-se

perfeitamente com a visão sistêmica e com os princípios reitores da verdade material e da eficiência. E, conforme convencionado em **2.5.3.1**, tratando-se de peça dirigida a órgão estranho (PGFN) à unidade de lavratura (Escor), intitula-se informação externa (e não parecer).

No curso da apreciação do pedido de revisão, é possível e legítimo (embora não obrigatório) que as autoridades correcionais da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil se manifestem em caráter opinativo e propositivo (como regra, no Escor, e, apenas excepcionalmente, na Divisão de Análise Correcional da Coger nas hipóteses de o Corregedor ter figurado como autoridade instauradora).

Afinal, esta iniciativa recomendada no âmbito do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil de, diante de pedido revisional decorrente de processo administrativo disciplinar no qual, como regra geral, o Chefe de Escor tenha figurado como autoridade instauradora, se proceder a parecer propositivo no respectivo Escor (e não na Divisão de Análise Correcional) e menos ainda de se deixar a análise apenas a cargo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, traz os ganhos decorrentes da proximidade com os fatos e do presumível melhor conhecimento das condições de sua ocorrência, inclusive sobre os aspectos técnico-fiscais envolvidos na materialidade. Ademais, se coaduna com a sistematização de competências regimentais já exposta em **2.2.2.2.2**, quando se aduziu que a melhor prática administrativa é de os Escor cuidarem da execução cotidiana das competências, reservando-se a unidade central (a Coger) às tarefas atinentes à normatização, coordenação, orientação e supervisão.

É certo que o ordenamento vigente não exige a manifestação a cargo do Escor e tampouco da Divisão de Análise Correcional, como elemento de amparo da admissibilidade ministerial de um pedido de revisão. De fato, literalmente, não há norma que imponha a existência de informação externa no âmbito do sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e muito menos que estabeleça a que unidade cabe fazê-la (se compete ao Escor ou à Divisão de Análise Correcional). Não obstante, esta lacuna normativa permite que se o faça; ou seja, há a praxe de se elaborar a peça de análise jurídica, sem torná-la essencial e indispensável, de forma que, embora recomendável, sua eventual ausência não nulifica o procedimento de apreciação do pedido de revisão.

À margem de imposição legal, a existência desta análise prévia no âmbito do Escor (no caso geral de o Chefe de Escor ter figurado como autoridade instauradora) ou no âmbito da Divisão de Análise Correcional (no caso excepcional de o Corregedor ter figurado como autoridade instauradora) mostra-se extremamente recomendável, por harmonizar-se com a desejada visão sistêmica e com a base principiológica reinante (atinente à proximidade com os fatos e com a prova esclarecedora da verdade material e à eficiência).

A despeito da praxe acima recomendada, formal e literalmente, conforme já aduzido, à vista do art. 177 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a competência decisória recai no Ministro de Estado da Economia. Caso este titular da Pasta entenda inexistentes os pressupostos de admissibilidade de revisão (quais sejam, fatos ou circunstâncias novas que justifiquem a inocência do servidor ou a inadequação da pena aplicada), o pedido deve ser indeferido e arquivado em apenso ao processo originário (ou, conforme já aduzido, ao contrário, com o processo originário apensado ao novo processo em que se protocolizou o pedido de revisão).

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 177. O requerimento de revisão do processo será dirigido ao Ministro de Estado ou autoridade equivalente, que, se autorizar a revisão, encaminhará o pedido ao dirigente do órgão ou entidade onde se originou o processo disciplinar.*
> *Parágrafo único. Deferida a petição, a autoridade competente providenciará a constituição de comissão, na forma do art. 149.*

> *"Existem duas fases inteiramente distintas nas revisões processuais que o servidor pode requerer: a primeira é o exame da sua admissibilidade, e a segunda é a apreciação do mérito do mesmo requerimento. (...)*
> *Caso o Ministro competente entenda inexistirem os pressupostos de admissibilidade da revisão, previstos no art. 174, imediatamente indeferirá o pedido, mandando arquivá-lo, mas mesmo que determine tal arquivamento, este não poderá ser procedido senão em apenso aos autos do processo administrativo originário, uma vez que compõe a história daquele processo, significando a última etapa ocorrida, por isso devendo necessariamente permanecer apensada." Ivan Barbosa Rigolin, "Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis", pgs. 288 e 289, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

No caso de deferimento, o processo é remetido para o respectivo Chefe de Escor, como autoridade instauradora, a fim de que se designe a comissão revisora (que até pode ser integrada por membros da comissão originária, o que, embora não seja legalmente vedado, não convém). Prevalecem os mesmos requisitos para os integrantes da comissão já descritos para o rito ordinário.

> *"Com fulcro no princípio da moralidade pública, que exige que os atos da Administração sejam realizados com a mais absoluta lisura, e com vistas a garantir a imparcialidade dos trabalhos revisionais, não devem participar da comissão revisora os funcionários que tenham integrado a comissão de processo de que resultou o ato disciplinar objeto da revisão, ainda que a lei seja silente a esse respeito." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 486, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

> *"Parece claro que, também na área federal, inclusive para que não se alegue suspeição, deve-se nomear outra Comissão." Edmir Netto de Araújo, "O Ilícito Administrativo e seu Processo", pg. 171, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

Na revisão, o ônus da prova do fato novo é do requerente, tanto que dele a Lei exige de imediato a indicação dos atos de instrução probatória a serem realizados pela comissão revisora. E inverte-se a presunção: concluindo-se o processo com dúvida acerca do alegado pelo requerente, deve ser mantida a punição.

Não obstante esta inversão e a peculiaridade de que o escopo do processo revisional deve, a princípio, se limitar à provocação do requerente, é de se destacar que permanecem imperando na revisão os princípios reitores da instância disciplinar, tais como da ampla defesa, do contraditório, da oficialidade e da verdade material. Como reflexo disto, mencionem-se, por exemplo, que na fase do inquérito da revisão, aplica-se, no que couber, o rito ordinário (com instrução enriquecida por atos de formação de convicção - tais como oitivas, diligências, interrogatórios, etc -, indiciação, defesa e relatório), descrito em diversos tópicos anteriores do presente texto e, da mesma forma; que os atos de instrução devem ser notificados ao requerente, para que deles possa participar; e eventual denegação a provas solicitadas deve ser tida como excepcional e deve ser motivadamente notificada. Ademais, não deve a comissão revisora se restringir ao que foi fornecido ou provocado pelo requerente. Em outras palavras, sabendo da existência de prova não incluída no processo originário e não solicitada pelo requerente mas que possa influenciar na decisão da revisão, deve a comissão revisora, de ofício, buscar ou produzir a prova, seja a favor ou contra o requerente

Por óbvio, a indiciação e a defesa se aplicam quando a comissão altera o enquadramento e a penalidade para o requerente (de um enquadramento mais grave para outro menos grave). Caso a comissão revisora conclua por manter na íntegra a decisão original, deve este colegiado deliberar pelo fim da instrução probatória (não se justificando repetir a

indiciação originária, citar e coletar defesa), e, em atendimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório, oportunizar ao requerente o direito de se manifestar (seja apontando novas provas, seja trazendo alegações de mérito), para só então iniciar o relatório.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 175. No processo revisional, o ônus da prova cabe ao requerente.*
> *Art. 178.*
> *Parágrafo único. Na petição inicial, o requerente pedirá dia e hora para a produção de provas e inquirição das testemunhas que arrolar.*
> *Art. 180. Aplicam-se aos trabalhos da comissão revisora, no que couber, as normas e procedimentos próprios da comissão do processo disciplinar.*
>
> *Formulação Dasp nº 70. Revisão de inquérito*
> *Na revisão de inquérito a dúvida favorece a manutenção do ato punitivo.*
>
> *"(...) é possível no processamento da revisão, tal qual no processo originário, arguir-se cerceamento de defesa, com vista a, se for o caso, anular-se a revisão que inobservou, aqui também, o princípio constitucional da ampla defesa do requerente. Não é porque o ônus da prova cabe agora a este que as provas as quais tenha, entre elas as testemunhas, podem ser indeferidas. Trata-se, ainda, de defesa do ora requerente, que fora condenado anteriormente. Pela revisão, o indiciado ainda está se defendendo, e esta defesa precisa, também aqui, ser ampla, contraditória e plena." Ivan Barbosa Rigolin, "Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis", pgs. 290 e 291, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*
>
> *"A regra para a inversão do ônus da prova para o servidor punido, no feito revisional, justifica-se pela ideia de que o processo administrativo disciplinar originário goza de uma presunção relativa de correção e legalidade quanto ao ato decisório apenador, na medida em que deriva de um prévio procedimento revestido de formalidades e garantias legais e constitucionais, processado por servidores isentos e imparciais da Administração Pública, que terão atuado como órgãos de instrução, acusação e julgamento, de consultoria jurídica, somando-se a paralela fiscalização, o controle e participação do acusado, a quem empenhado o direito de propor provas e contraprovas, rebater argumentos, fatos e conclusões desfavoráveis, além de poder recorrer das decisões proferidas ou interpor pedidos de reconsideração.*
> *Como a dúvida favorece a manutenção da decisão, não aproveita ao requerente tentar semear argumentos em torno da dubiedade das provas de sua responsabilidade, mas comprovar sua inocência ou o erro no julgamento, por questões de fato e de direito indiscutíveis.*
> *25) O ônus da prova do erro do julgamento do processo administrativo disciplinar originário é do requerente da revisão, a quem não socorre o silêncio ou a recusa de esclarecimento de fatos imprescindíveis para a decisão do pedido revisional.*
> *26) Na revisão do processo administrativo disciplinar, a dúvida favorece a manutenção da pena aplicada no feito originário, não socorrendo ao requerente a invocação do princípio do in dubio pro reo, porquanto se sobrepõe a presunção de legitimidade dos atos administrativos." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pgs. 935, 936 e 1053, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

A princípio, o prazo referencial para revisão é de sessenta dias para os trabalhos da comissão e vinte dias para julgamento. O julgamento da revisão fica a cargo da autoridade que aplicou a pena original, sendo vedado o agravamento. Deve-se atentar para o detalhe, fiel à convenção internamente adotada desde **2.5.3.1**, de que, se, de um lado, pode-se ter uma informação externa da lavra do Escor em atendimento à solicitação a PGFN como instrução do pedido de revisão, de outro lado, ao fim do processo revisional, tem-se parecer de análise

de revisão, dirigido ao Chefe do Escor, ainda que a decisão final da revisão (acerca de PAD em que originalmente se aplicou pena de suspensão de mais de trinta dias ou pena expulsiva) seja, respectivamente, de competência do Corregedor ou do Ministro de Estado da Economia.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 179. A comissão revisora terá 60 (sessenta) dias para a conclusão dos trabalhos.*
> *Art. 181. O julgamento caberá à autoridade que aplicou a penalidade, nos termos do art. 141.*
> *Parágrafo único. O prazo para julgamento será de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, no curso do qual a autoridade julgadora poderá determinar diligências.*
>
> *"O prazo para a comissão revisora concluir os trabalhos é de sessenta dias. Este prazo nos parece prorrogável em virtude do silêncio da lei. Não havendo proibição expressa, a permissão é subentendida pelas normas do artigo seguinte [art. 180]." Wolgran Junqueira Ferreira, "Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União", pg. 158, Edições Profissionais, 1ª edição, 1992*

Percebe-se que nem sempre a autoridade que defere a instauração da revisão é quem ao final julgará a proposta da comissão revisora. Pode-se ter, por exemplo, um pedido de revisão protocolizado em função de uma suspensão de trinta dias aplicada pela autoridade instauradora (o Chefe de Escor). Este pedido de instauração da revisão deve ser apreciado pelo Ministro de Estado da Economia. Uma vez deferida, a revisão é instaurada pelo Chefe de Escor, a quem, ao final, caberá o julgamento acerca da revisão ou não da pena de suspensão.

> *"Se os membros da comissão processante recomendavelmente devem ser diversos dos da comissão, a autoridade julgadora em um e outro caso é a mesma, e não poderia ser diferente, sabendo-se que quem aplica a pena é, por princípio, competente para reformá-la, anulá-la ou mantê-la." Ivan Barbosa Rigolin, "Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis", pg. 292, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

Diferentemente do que já foi aduzido em **4.2.1** e em **4.10.3** e na esteira do que foi aduzido em **5.1.2** (a cujas leituras se remete), acerca da competência em decorrência da criação da Secretaria da Receita Federal do Brasil, com a Lei nº 11.457, de 16/03/07, em função da máxima de que a norma que regulamenta os recursos a uma decisão é a norma vigente à data desta decisão recorrida, tem-se que o julgamento de revisão de processos instaurados pela corregedoria do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) sobre área de receita previdenciária ou instaurados pela corregedoria da extinta Secretaria da Receita Previdenciária (SRP) e que já tinham decisão de mérito proferida no âmbito do então Ministério da Previdência Social ao tempo da fusão dos Fiscos federais compete ao Ministro de Estado da Pasta em que se encontra aquela autarquia ao tempo da decisão. O direcionamento para o Ministro de Estado da Pasta em que atualmente se encontra aquela autarquia se aplica mesmo para decisões que haviam sido proferidas pelo Corregedor da extinta SRP, uma vez que tal cargo não mais existe.

> *Parecer PGFN/CJU/CED nº 2.422/2007: "33. 'Ex positis', é a manifestação no sentido de que:*
> *a) os recursos e impugnações em geral referentes a penalidades disciplinares aplicadas no âmbito do Ministério da Previdência Social, sob o pálio da Lei nº 11.098, de 2005, e das demais legislações anteriores, são de competência do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Previdência Social;*
> *b) incumbe à Corregedoria-Geral da Receita Federal do Brasil, e, nos casos legalmente previstos, ao Ministro de Estado da Fazenda, a análise dos processos em curso (sem julgamento, sem decisão de mérito) e dos que vierem a ser instaurados."*

Conforme já mencionado, pode a decisão exarada na revisão redundar na total absolvição do requerente ou na parcial atenuação de sua responsabilidade. Caso o requerente tivesse sido expulso por pena de demissão, a revisão pode levar à aplicação do instituto da reintegração, já mencionado em **3.2.4.2.1** e em **4.10.2**. Não se coaduna com os princípios reitores do direito punitivo a interpretação de que a revisão apenas poderia eliminar por completo a responsabilização ou mantê-la, sobretudo ao se atentar para a parte final do art. 174 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que prevê a possibilidade de os fatos ou circunstâncias alegados, alternativamente, "justificarem a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada". Pode então ocorrer de não se obter a comprovação da inocência, mas sim da inadequação de pena grave originalmente aplicada e de que é mais adequada uma pena branda (em decorrência de se ter comprovado o cometimento de ilícito menos grave). Por óbvio que o art. 182 do Estatuto, ao expressar que a revisão julgada procedente faz com que se restabeleçam "todos os direitos do servidor", requer interpretação sistemática e não limitada à literalidade, em que a palavra "todos" significaria apenas a possibilidade da total exclusão de responsabilidade. A interpretação mais consentânea é de que se restabelecem todos os direitos compatíveis com o novo julgamento. Quanto à vedação da *reformatio em pejus* em revisão processual, já foi abordada em **5.1.1**, a cuja leitura se remete.

Caso seja deferido o pedido administrativo de revisão de um ex-servidor demitido, este será reintegrado. A reintegração é um instituto de provimento previsto no inciso VIII do art. 8º e no *caput* do art. 28, em conjunto com o *caput* do art. 182, todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, mas antes e acima deste ordenamento legal, diga-se que o instituto da reintegração é previsto no § 2º do art. 41 da CF, que dispõe sobre os servidores efetivos estáveis.

> *CF - Art. 41.*
> *§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998)*
>
> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 28. A reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens.*
> *§ 1º Na hipótese de o cargo ter sido extinto, o servidor ficará em disponibilidade, observado o disposto nos arts. 30 e 31.*
> *§ 2º Encontrando-se provido o cargo, o seu eventual ocupante será reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização ou aproveitado em outro cargo, ou, ainda, posto em disponibilidade*
> *Art. 182. Julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em relação à destituição de cargo em comissão, que será convertida em exoneração.*
> *Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento de penalidade.*
>
> *"A revisão julgada procedente anulará por inteiro os efeitos condenatórios do processo disciplinar (...). Restaura-se assim, de maneira completa, todo o 'statu quo ante' do servidor, desfazendo-se até mesmo as anotações desabonadoras oriundas da condenação anulada. Tal não significa raspá-las com estilete do assentamento, ou apagá-las com borracha ou tinta corretiva do respectivo registro, porém, por declaração, nos assentamentos funcionais, de que a penalidade anterior foi cancelada, considerando-se a decisão do processo 'x', de revisão. (...).*
> *Na revisão processual, pode ser deferida atenuação da pena aplicada, ou seu completo cancelamento. (...)*
> *(...) a L. 8.112 não parece admitir a revisão para diminuir ou atenuar a pena,*

> *porém tão-só para anulá-la por completo, quando é o caso. Tal atenuação pode ser, com efeito, importantíssima para o servidor, como, por exemplo, na hipótese de a Administração comutar-lhe a pena de demissão na de suspensão (...). Será de todo lícito à autoridade julgadora da revisão, ainda que dada a lacuna da lei, em vez de cancelar por inteiro uma pena, apenas abrandá-la (...).” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, pgs. 286 e 293, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*
>
> *“Finalmente, dessa decisão na revisão administrativa, se for denegatória, cabe, em tese, pedido de reconsideração (art. 106 da Lei nº 8.112/90), podendo ser impetrado recurso (art. 107, I) de sua denegação, caso haja autoridade superior à que proferiu o julgamento da revisão.” Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, pg. 175, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

Uma questão interessante que se impõe é discussão acerca da possibilidade de reforma de decisões emanadas no âmbito da revisão processual. Já se aduziu em **5.1.2** que não se aceita recurso hierárquico de decisão ministerial de aplicação de pena expulsiva decorrente de delegação do Presidente da República nos termos das alíneas “a” ou “b” do inciso I do art. 2º do Decreto nº 11.123, de 7 de julho de 2022, pois, neste caso, o Ministro de Estado já decidiu como se fosse o próprio Presidente da República, conforme o entendimento esposado no âmbito da Consultoria-Geral da União no Parecer nº 52/2015/Decor/CGU/AGU, aprovado pelo Advogado-Geral da União, e posteriormente também adotado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em seus Pareceres PGFN/Cojed nº 890/2016 e nº 293/2017, e que por fim foi positivado nos arts. 6º e 7º daquele Decreto.

Primeiramente, no âmbito do conceito de revisão processual, há o pedido do requerente, sempre dirigido ao respectivo Ministro de Estado, independente de que autoridade tenha sido a julgadora do processo disciplinar e de qual seja a pena que tenha sido aplicada e que se quer rever, pois, conforme o *caput* do art. 177 da Lei nº 8.112, de 1990, o juízo de admissibilidade é competência exclusivamente ministerial. Tratando-se de competência originária de Ministro de Estado, em caso de indeferimento, ou seja, em caso de decisão ministerial pela não autorização de instauração do processo revisional, cabe recurso hierárquico do requerente ao Presidente da República, seja qual for a pena que se queira rever.

E, tendo sido deferida a autorização para instauração do processo revisional, há, ao seu final, o julgamento da revisão em si, mantendo, atenuando ou eliminando completamente a apenação imposta no processo disciplinar. Diferentemente da decisão de autorizar ou não a instauração da revisão, esta decisão final do processo revisional pode ou não ser do Ministro. Nos termos do *caput* do art. 181 da Lei nº 8.112, de 1990, a decisão final do mérito da revisão cabe à autoridade que aplicou a pena que se quer rever. Interessam aqui os casos de pena aplicada no processo disciplinar pelo Ministro de Estado, de forma que a revisão seja, além de admitida, ao seu fim, também julgada por aquele titular da Pasta. Por um lado, na hipótese de o processo disciplinar ter redundado em pena de demissão ou de cassação de aposentadoria aplicada por delegação presidencial pelo Ministro de Estado, cabe a mesma construção relembrada acima, da AGU e da PGFN e do art. 6º do Decreto nº 11.123, de 2022, no sentido de não ser aceito recurso hierárquico, ao Presidente da República, desta decisão ministerial não reduzindo ou eliminando a pena ao fim da revisão, pois o titular da Pasta já atuou como se o Chefe máximo do Poder Executivo federal fosse. Por outro lado, na hipótese de o Ministro de Estado ter aplicado pena de suspensão de 31 a 90 dias no processo disciplinar, no exercício de sua competência originária concedida pelo inciso II do art. 141 da Lei nº 8112, de 1990, é aceitável o pedido de reconsideração à autoridade superior, qual seja, ao Presidente da República.

Os institutos do pedido de reconsideração e do recurso hierárquico, inseridos no Capítulo em que a Lei nº 8.112, de 1990, trata do generalista direito de petição, são aplicáveis

a qualquer petição do servidor frente à Administração que redunde em decisão que lhe contraria, para pleitos de qualquer natureza, em que se inclui a natureza disciplinar, salvo raras exceções, como é o caso da inaplicabilidade de recurso hierárquico em razão de decisão emitida por Ministro de Estado por delegação do Chefe máximo do Poder Executivo federal.

Resumidamente, assim fica a inter-relação entre pedido de reconsideração, recurso hierárquico e revisão processual:

- Se no processo disciplinar, o servidor foi advertido ou suspenso até trinta dias pela autoridade instauradora, no exercício de sua competência originária, cabem pedido de reconsideração a esta mesma autoridade e dois graus de recurso hierárquico a autoridades superiores;
- Na RFB, em especial, a autoridade instauradora e originariamente julgadora, em geral, é Chefe de Escor e excepcionalmente o Corregedor, com recursos hierárquicos, respectivamente, ao Corregedor e ao Subsecretário-Geral da Receita Federal do Brasil no caso de julgamento de Chefe de Escor e a este Subsecretário-Geral e ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil no caso de julgamento do Corregedor;
- Se no processo disciplinar, o servidor é suspenso de 31 a 90 dias (ou mesmo advertido ou suspenso até 30 dias) pelo Ministro de Estado, no exercício de sua competência originária, cabem pedido de reconsideração a esta mesma autoridade e apenas um grau de recurso hierárquico ao Presidente da República;
- Na RFB e no ME, em especial, incumbe aos respectivos Corregedores, por delegação, mediante a Portaria ME nº 7.081, de 2022, a aplicação de suspensão de 31 a 90 dias, cabendo então pedido de reconsideração a estas mesmas autoridades e dois graus de recurso hierárquico, respectivamente ao Secretário Especial da Receita Federal e ao Ministro de Estado da Economia no caso de julgamento do Corregedor da RFB e ao Secretário Executivo do ME e ao Ministro de Estado da Economia no caso de julgamento do Corregedor do ME. Uma vez que as supracitadas manifestações restritivas ao recurso hierárquico para a autoridade delegante em razão de decisão exarada pela autoridade delegada, da lavra da AGU e da PGFN, e os comandos dos arts. 6º e 7º do Decreto nº 11.123, de 2022, se referem especificamente à alçada presidencial, não é razoável obstruir uma possibilidade recursal ao requerente quando a autoridade delegante é ainda o Ministro de Estado e não aquele Chefe máximo do Poder Executivo federal;
- Se no processo disciplinar, o servidor é demitido ou tem aposentadoria cassada pelo Ministro de Estado, no exercício de competência delegada pelo Presidente da República, mediante a alínea “a” do inciso I do art. 2º do Decreto nº 11.123, de 2022, cabe apenas pedido de reconsideração àquele titular da Pasta e não cabe recurso hierárquico àquele Chefe máximo do Poder Executivo federal;
- Se, após definitivamente encerrado o processo disciplinar em que o servidor foi apenado com qualquer penalidade, o agente ingressa com requerimento de revisão, dirigido ao Ministro de Estado e esta autoridade não autoriza a instauração do processo revisional, no exercício de sua competência originária, cabem pedido de reconsideração a esta mesma autoridade e apenas um grau de recurso hierárquico ao Presidente da República;
- Se, após definitivamente encerrado o processo disciplinar em que o servidor foi apenado com pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias, o agente tem o requerimento de revisão autorizado pelo Ministro de Estado, mas, ao final do processo revisional, não tem revista a pena pela autoridade instauradora que, no exercício de sua competência originária, a aplicou, cabem pedido de reconsideração a esta mesma autoridade e dois graus de recurso hierárquico a autoridades superiores;

- Se, após definitivamente encerrado o processo disciplinar em que o servidor foi apenado com pena de suspensão de até 31 a 90 dias, o agente tem o requerimento de revisão autorizado pelo Ministro de Estado, mas, ao final do processo revisional, não tem revista a pena por aquele mesmo titular da Pasta que, no exercício de sua competência originária, a aplicou, cabem pedido de reconsideração a esta mesma autoridade e apenas um grau de recurso hierárquico ao Presidente da República;
- Na RFB e no ME, em especial, caso a pena de suspensão de 31 a 90 dias tenha sido aplicada pelos respectivos Corregedores, no exercício da competência delegada pelo Ministro de Estado da Economia e estas autoridades não a revejam, cabem pedido de reconsideração a estas mesmas autoridades e dois graus de recurso hierárquico, respectivamente ao Secretário Especial da Receita Federal e ao Ministro de Estado da Economia no caso de julgamento do Corregedor da RFB e ao Secretário Executivo do ME e ao Ministro de Estado da Economia no caso de julgamento do Corregedor do ME;
- E, por fim, se, após definitivamente encerrado o processo disciplinar em que o servidor foi apenado com pena de demissão ou de cassação de aposentadoria, o agente tem o requerimento de revisão autorizado pelo Ministro de Estado, mas, ao final do processo revisional, não tem revista a pena por aquele mesmo titular da Pasta que, no exercício de sua competência originária, a aplicou, cabe apenas pedido de reconsideração àquele titular da Pasta e não cabe recurso hierárquico ao Presidente da República.

Advirta-se que, por simplificação de argumentação, aqui se tomou a liberalidade de tratar os desdobramentos de forma mais simplificada, sem aduzir as residuais hipóteses em que o julgamento e a apenação foram delegadas pelo Presidente da República não para o Ministro de Estado da pasta mas sim especificamente para o Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, nos termos do art. 4º do Decreto nº 11.123, de 2022.

Em função de se poder solicitar revisão a qualquer tempo, recomenda-se que sindicância disciplinar ou PAD que resultem em apenação sejam despachados para o Arquivo Geral da respectiva Superintendência (ou Gerência) Regional de Administração da Diretoria de Administração e Logística da Secretaria de Gestão Corporativa da Secretaria-Executiva do ME (ME/SE/SGC/DAL/SRA ou ME/SE/SGC/DAL/GRA) com indicação de arquivamento por tempo indeterminado.

5.2 - VIAS RECURSAIS DE CONTROLE EXTERNO

O controle externo, no processo administrativo, é exercido com a garantia constitucional do livre ingresso no Poder Judiciário, mesmo antes de se esgotar a via administrativa, para se discutir questão restrita à legalidade.

> *CF - Art. 5º*
> *XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*
>
> *"A alternativa do controle externo de legalidade do ato disciplinar não está sujeita à prévia exaustão dos recursos internos, de modo que nada contra-indica possa o servidor punido, desde logo, optar pela via judicial" José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 505, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

À vista do princípio da separação dos Poderes, a garantia constitucional de se levar à apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito não confere a este Poder a prerrogativa de interferir na leitura de mérito (se é justa ou não a penalidade aplicada ao servidor) procedida pela autoridade administrativa competente.

De acordo com o que já se expôs em **3.3.1.5.1**, a apreciação judicial restringe-se, normalmente, apenas aos aspectos associados à legalidade do ato administrativo, quais sejam, todos os cinco requisitos de validade nos atos vinculados (competência, finalidade, forma, motivo ou conteúdo) e apenas aqueles em que resta vinculação mesmo nos atos discricionários (os três primeiros, excluindo, como regra, o motivo e o objeto). Em outras palavras, o Poder Judiciário somente pode apreciar os elementos vinculados e essenciais à validade do ato administrativo, não devendo interferir nos elementos a que a lei confere discricionariedade à autoridade administrativa. Conforme já exposto em **4.12**, enquanto a Administração tem o poder de anular seus atos inválidos por motivo de ilegalidade (ou convalidá-los, quando cabível) ou até mesmo revogar, por motivos de conveniência ou oportunidade de mérito, atos válidos, sob amparo do princípio da autotutela, ao Poder Judiciário é reservado apenas atacar invalidade dos atos administrativos, determinando sua anulação. Não cabe ao Poder Judiciário convalidar ou revogar atos administrativos.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 7.985, Voto: "(...) no que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo."*
> *Idem: STF, Mandados de Segurança nº 20.882, 20.999, 21.297 e 22.534; e STJ, Mandados de Segurança nº 5.626, 5.633, 6.853, 7.019, 7.370, 8.858 e 8.998*

Ademais, além desta limitação de escopo, diferentemente do controle interno, em que a Administração pode agir tanto de ofício ou por provocação, o controle externo somente se move por provocação, não cabendo ao Poder Judiciário agir de ofício.

Tem-se ainda que o alcance das decisões judiciais deve se limitar a quem provocou o Poder Judiciário, não podendo se estender além daqueles que integram o processo judicial (não obstante poder a Administração, a seu exclusivo critério, estender os efeitos da decisão para outros casos).

Não obstante o acima exposto, a jurisprudência atual tem entendido que a verificação da adequação da pena aplicada com as provas fáticas constantes do processo se enquadra nos elementos vinculados do ato administrativo, de forma que o conteúdo fático e a instrução probatória passam a integrar a legalidade do ato e não o seu mérito.

> *STJ, Mandado de Segurança nº 13.622: "Ementa: 1. Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a Servidor Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual excesso administrativo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais do procedimento sancionatório."*

Em sua maioria, as decisões judiciais se refletem apenas nos atos tidos como imperfeitos na forma, não atingindo todo o processo. Em geral, com o refazimento do ato criticado, o processo pode voltar a seguir seu curso normal, não sendo necessário refazer todo o processo. Mas, em menor quantidade, também há decisões judiciais que determinam a suspensão do rito administrativo, em função, por exemplo, de haver alguma outra ação judicial em curso versando sobre o mesmo fato.

Embora a busca da prestação jurisdicional possa se dar por qualquer razão em que o servidor cogite de afronta a direitos seus, é facilmente compreensível que a maioria das interposições de ação judicial junto ao Poder Judiciário se dá sobretudo em casos que possam importar em apenação expulsiva (tais como penas de demissão ou de cassação de aposentadoria).

Independentemente do motivo que tenha levado o servidor a provocar o Poder Judiciário em relação a processo administrativo disciplinar, conforme já abordado em **2.2.2.2.2**, quando se mencionaram as competências regimentais do Sejuc, faz-se relevante que a autoridade instauradora (condição que, em geral, recai sobre o Chefe do Escor e, excepcionalmente, sobre o Corregedor), ao ser notificado pela autoridade judicial ou ao ter tido ciência de qualquer outra forma da existência da ação judicial, de imediato, protocolize um processo administrativo, instruído com cópias dos documentos recebidos do Poder Judiciário e com outros documentos que a que porventura tenha acesso e que considere relevante para a instrução, registro e documentalização do acompanhamento da ação, bem como comunique o fato ao Sejuc, a fim de que este possa prestar o necessário apoio nesta tarefa, bem como mantenha atualizadas estas duas linhas de informação.

Na matéria disciplinar, os exemplos mais comuns de ingresso no Poder Judiciário decorrem de: indeferimento imotivado de prova solicitada pela defesa e ausência de ato ou termo processual indispensável (ou seja, em tese, de atos causadores de prejuízo à ampla defesa e ao contraditório), sobretudo em casos de aplicação de pena expulsiva (visto que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, já prevê, em sua própria literalidade, certa flexibilização entre aplicação de advertência ou de suspensão), conforme se seguem:

- Mandado de segurança: para se discutir direito líquido e certo negado em ato ilegal de autoridade administrativa, excetuado o controle, pela via do *mandamus*, de ato disciplinar (a menos se o ato tiver sido praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidades essenciais) - a jurisprudência declara que, tendo havido sentença de mérito em mandado de segurança, veda-se nova provocação judicial em via ordinária para analisar mesma matéria;

- Ação civil ordinária: por ser um procedimento mais amplo, permite discussão acerca do conjunto probatório e figura como melhor instrumento quando se discute não só o direito, mas sobretudo as provas fáticas da punição. Existe a possibilidade de concessão de antecipação de tutela. É empregada para anular ato punitivo (no caso de pena capital, uma vez anulada judicialmente, o servidor é automaticamente reintegrado);

- Ação reintegratória: pedido de reintegração não automática, em função de o servidor ter sido absolvido na esfera criminal; a reintegração é um instituto de provimento previsto no inciso VIII do art. 8º e no art. 28, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, já mencionado em **3.2.4.2.1** e em **4.10.2**, mas antes e acima deste ordenamento legal, diga-se que o instituto da reintegração é previsto no § 2º do art. 41 da CF, que dispõe sobre os servidores efetivos estáveis.

  > *CF - Art. 41.*
  > *§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998)*
  >
  > *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 28. A reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens.*
  > *§ 1º Na hipótese de o cargo ter sido extinto, o servidor ficará em disponibilidade, observado o disposto nos arts. 30 e 31.*
  > *§ 2º Encontrando-se provido o cargo, o seu eventual ocupante será reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização ou aproveitado em outro cargo, ou, ainda, posto em disponibilidade.*

- Ação cautelar: empregada para suspender o andamento ou o julgamento do processo

administrativo disciplinar, enquanto sua nulidade é discutida em ação civil ordinária.

ANEXO I - SÍNTESE DAS MANIFESTAÇÕES DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Conforme exposto em **3.3.5**, os incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar (LC) nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que é a lei orgânica da Advocacia-Geral da União (AGU), estabelecem que cabe ao Advogado-Geral da União uniformizar entendimentos acerca do ordenamento legal e acerca de matéria sobre a qual paire divergência em sua aplicação administrativa. Segundo o *caput* do art. 40 da mesma LC, os pareceres adotados pelo Advogado-Geral da União são submetidos à aprovação do Presidente da República. Nos termos do § 1º daquele comando legal, uma vez aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial, o parecer vincula a Administração federal, ficando os órgãos e entidades públicos do Poder Executivo federal obrigados a lhe dar fiel cumprimento. E conforme o § 2º subsequente, os pareceres aprovados pelo Presidente da República, mas não publicados, obrigam apenas aos órgãos envolvidos no caso específico, a partir do momento em que dele tenham ciência.

> *Lei Complementar nº 73, de 10/02/93 - Art. 4º São atribuições do Advogado-Geral da União:*
> *X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;*
> *XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal;*
> *Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.*
> *§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a administração federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.*
> *§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.*

A AGU experimentou um aprimoramento na forma de levar as manifestações jurídicas à adoção do Advogado-Geral da União. De certa forma, até 2016, empregou-se um modelo de parceres monocráticos, acerca de casos concretos, com possibilidade de abordar diversos temas suscitados a cada processo. A partir de 2016, evoluiu-se para a criação de instâncias colegiadas para discutir temas em tese, no âmbito da Consultoria-Geral da União (CGU/AGU), diretamente subordinada ao Advogado-Geral da União. Os pareceres elaborados no âmbito destas instâncias colegiadas podem ou não serem levados à adoção do Advogado-Geral da União, a critério do Consultor-Geral da União. Neste novo e atual modelo, há então pareceres da Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares (CPPAD) e pareceres da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares (CNPAD) que podem ficar apenas no patamar de aprovados pelo Consultor-Geral da União e há paraeecres que podem ser submetidos ao Advogado-Geral da União e serem aprovados pelo presidente da República.

Independentemente se alcançam adoção pelo Advogado-Geral da União e aprovação pelo Presidente da República, diante da relevância destes pareceres produzidos no âmbito da AGU na matéria disciplinar, todos devem ser compreendidos como importantes fontes de referência, sendo conveniente destacar as principais interpretações e integrações que deles se obtêm para esclarecer passagens dúbias ou lacunosas da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Neste enfoque, aqui, longe de se exaurir o tema, busca-se apenas agrupar as principais manifestações jurídicas da AGU que trazem algo em acréscimo à literalidade da Lei, dispensando-se inúmeras outras passagens em que o órgão jurídico tão somente reproduziu o texto legal.

Neste Anexo, aos pareceres emitidos no âmbito da AGU, foram somadas algumas das principais manifestações emitidas pelo Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp, que foi, até 1986, o órgão central de assessoramento imediato da Presidência da República para assuntos relativos a pessoal e serviços gerais dos órgãos civis da Administração Pública federal), que não afrontam o atual ordenamento e permanecem como orientação normativa obrigatória na Administração Pública federal, conforme o inciso III do art. 116 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

> *Decreto-Lei nº 200, de 1967 - Art. 116. Ao Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp) incumbe:*
> *III - zelar pela observância dessas leis e regulamentos, orientando, coordenando e fiscalizando sua execução, e expedir normas gerais obrigatórias para todos os órgãos;*
>
> *Formulação Dasp nº 300. Formulações*
> *As Formulações elaboradas e publicadas pelo Dasp (Colepe) constituem, por força do disposto no art. 116, III, do Decreto-Lei nº 200, de 1967, orientação normativa para os Órgãos de Pessoal da administração federal direta e autárquica.*

De uma maneira geral, procurou-se apresentar os pareceres da Advocacia-Geral da União e as formulações do Departamento Administrativo do Serviço Público agrupados em subtítulos, de acordo com a sequência com que seus assuntos são aplicados no curso do processo administrativo disciplinar. Assim, primeiramente vêm as manifestações aplicáveis em caráter geral ao processo, seguidas daquelas aplicáveis a determinados momentos do rito.

Possibilidade de emprego de institutos do Direito Penal em lacunas do ordenamento administrativo:

> *Parecer AGU nº GMF-6, vinculante: "Ementa: I - As condutas que são objeto de persecução na esfera administrativa poderão, ante a omissão legislativa administrativa, por analogia e conforme avaliação do caso concreto, obedecer aos mesmos critérios do direito criminal, inclusive quanto a natureza jurídica das infrações e suas implicações quanto à contagem do prazo prescricional.*
> *12. Sem embargo, não existem dúvidas acerca da intersecção entre o direito administrativo sancionador e o direito penal e se destaca, inclusive, a possibilidade de que uma mesma conduta amolde- se às duas disciplinas o que gera, por consequência natural, a aplicação subsidiária de institutos do direito criminal no âmbito do direito disciplinar, notadamente em razão de omissão legislativa na esfera administrativa.*
> *17. Diante dessa percepção e da constatação de que os princípios e institutos de direito penal, secularmente estudados e desenvolvidos, possuem simetria com o direito administrativo disciplinar deflui-se, da própria lógica jurídica que as condutas que são objeto de persecução na esfera administrativa poderão, ante a omissão legislativa administrativa, de forma subsidiária, por analogia e conforme avaliação do caso concreto, obedecer aos mesmos critérios do direito criminal, inclusive quanto à natureza jurídica das infrações e suas implicações pertinentes à contagem do prazo prescricional, como ocorre no caso de abandono de cargo.*

Objetivo do processo administrativo disciplinar e compulsoriedade da apuração:

> *Parecer AGU nº GQ-98, não vinculante: "11. Porém, à investigação se procede com o objetivo exclusivo de precisar a verdade dos fatos, sem a preocupação de incriminar ou exculpar indevidamente o servidor."*
>
> *Parecer AGU nº GQ-35, vinculante: "22. (...) a) é compulsória a apuração das irregularidades atribuídas aos servidores em geral, inclusive as atribuídas aos*

titulares somente de cargos em comissão, indiciando-os e proporcionando ampla defesa aos ocupantes dos últimos, mesmo que tenham sido exonerados, pois a lei admite a conversão dessa desvinculação em destituição de cargo em comissão (...).”

Formulação Dasp nº 215. Inquérito administrativo
O inquérito administrativo não visa apenas a apurar infrações, mas também oferecer oportunidade de defesa.

Fato de o acusado já não mais ser servidor público não afeta poder-dever de apurar:

Parecer AGU nº GM-1, vinculante: “Ementa: Não é impeditivo da apuração de irregularidade verificada na administração federal e de sua autoria o fato de os principais envolvidos terem se desvinculado do serviço público, anteriormente à instauração do processo disciplinar. (...)
9. Impõe-se a apuração se o ilícito ocorre ´no serviço público´, poder-dever de que a autoridade administrativa não pode esquivar-se sob a alegação de que os possíveis autores não mais se encontram investidos nos cargos em razão dos quais perpetraram as infrações.
17. Embora a penalidade constitua o corolário da responsabilidade administrativa, a inviabilidade jurídica da atuação punitiva do Estado, advinda do fato de alguns dos envolvidos nas transgressões haverem se desligado do serviço público, não é de molde a obstar a apuração e a determinação de autoria no tocante a todos os envolvidos, inclusive em se considerando o plausível envolvimento de servidores federais, bem assim o julgamento do processo, com a consequente anotação da prática do ilícito nas pastas de assentamentos funcionais, por isso que, em derivação dessa medida: (...)
c) no caso de reingresso e não ter-se extinguido a punibilidade, por força do decurso do tempo (prescrição), o servidor pode vir a ser punido pelas faltas investigadas no processo objeto do julgamento ou considerado reincidente (...).”

Escolha entre sindicância e PAD:

Parecer AGU nº GM-1, vinculante: “16. As normas pertinentes à sindicância e ao processo disciplinar não prescrevem a realização da primeira, em regra previamente à instauração deste. A simples leitura dos arts. 153 e 154 da Lei nº 8.112, de 1990, já o demonstra. Atenta à natureza da infração e às circunstâncias em que esta se verifica, a autoridade competente deve aquilatar se da sua apuração poderá resultar a advertência, a suspensão de até trinta dias ou a inflição de penalidade mais grave, a fim de determinar a modalidade de apuração, se a realização de sindicância ou a abertura de processo. Em se insinuando dúvida razoável a respeito da prática da infração ou de sua autoria, e dependendo de sua gravidade, a autoridade competente deverá ter discernimento suficiente para determinar a realização de investigação prévia (a sindicância), com vistas à verificação da necessidade de proceder, ou não, à cabal apuração das irregularidades, através do processo disciplinar.”

Parecer AGU nº GQ-12, vinculante: “12. (...) Inexiste exigência legal, ou necessidade em determinados casos, de que todo processo disciplinar seja precedido de sindicância, nem sua prescindibilidade implica inobservância de qualquer princípio de direito.”
Parecer AGU nº GQ-37, vinculante: “Ementa: (...) A legalidade do processo disciplinar independe da validade da investigação, efetuada através da sindicância de que adveio aquele apuratório.”

Desnecessidade de se indicarem nome de acusado e infração na portaria de instauração:

Parecer AGU nº GQ-12, vinculante: “16 (...) princípios do contraditório e da ampla defesa (...) indicam a desnecessidade de se consignarem, no ato de designação da c.i, os ilícitos e correspondentes dispositivos legais, bem assim

os possíveis autores, o que se não recomenda inclusive para obstar influências no trabalho da comissão de inquérito ou alegação de presunção de culpabilidade. É assegurada à c.i. a prerrogativa de desenvolver seus trabalhos com independência e imparcialidade.
17. A notificação dos possíveis autores para acompanharem o desenvolvimento do processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, será feita imediatamente após a instalação da c.i, a fim de garantir o exercício do direito de que cuida o art. 156 da Lei nº 8.112; a enumeração dos fatos se efetua na indiciação do servidor, conforme prescrição dessa Lei, art. 161."

Parecer AGU nº GQ-35, vinculante: "Ementa: (...) A nulidade processual não se configura se, no ato de designação da comissão de inquérito, forem omitidas as faltas a serem apuradas, bem assim quando o colegiado processante é integrado por servidor de nível funcional inferior ao dos envolvidos. (...)
15. As opiniões doutrinárias tendentes a reconhecer a necessidade de se indicarem, nos atos de designação das comissões apuradoras, os fatos que possivelmente teriam sido praticados pelos envolvidos, como condição de validade processual pertinente à ampla defesa, não se adequam ao regramento do assunto em vigor, mormente em se considerando os comandos dos arts. 5º, LV, da Carta Magna e 153 da Lei nº 8.112/90, para que se observe o princípio do contraditório na fase processual de inquérito."

Publicação da portaria de instauração:

Parecer AGU nº GQ-87, não vinculante: "Ementa: É insuscetível de nulificar o processo disciplinar o fato de não haver sido publicada a portaria de designação de comissão de inquérito, desde que considerada a data do mesmo ato como de início do prazo estipulado para a conclusão do processo disciplinar e, em decorrência, não se constate infringência ao princípio do contraditório.
7. A Lei nº 8.112, de 1990, art. 152, considera a publicação do ato de designação da comissão de inquérito como sendo o marco inicial do curso do prazo de apuração dos trabalhos, porém não exige que seja feita no Diário Oficial; é acorde com o preceptivo a divulgação desse ato em boletim interno ou de serviço."

Infrações conexas ou outros servidores envolvidos, que surgem no curso do apuratório:

Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: "13. Não raro, durante a apuração das irregularidades exsurgem evidências quanto à autoria, de forma a envolver outros servidores, ou emergem infrações disciplinares conexas, ou não, com o objeto do processo disciplinar. São fatos que devem ser tidos como consentâneos com a finalidade da instauração do processo e incapazes de acarretar sua nulidade, desde que a c.i. adote as medidas procedimentais compatíveis com o contraditório e a ampla defesa, na execução dos trabalhos de apuração.
14.Em casos tais, a comissão deve possuir o discernimento necessário para adotar os atos que se impuserem com vistas a garantir ao servidor faltoso o exercício do direito assegurado no art. 156, suso, mas sem descurar da agilidade processual. Assim, caso a c.i. não tenha concluído seus trabalhos, deve ser notificado o novel acusado para que, se o pretender, requeira o cumprimento de qualquer dos atos assegurados no art. 156, no respeitante à apuração já efetuada, atentando-se, destarte, para a faculdade atribuída ao presidente da comissão no § 1º do mesmo preceptivo. Já as infrações, verificadas no curso do apuratório, serão igualmente apuradas, se conexas com as faltas objeto do processo ou, se inexistente a conexidade, a investigação não compromete a razoável agilidade da conclusão dos trabalhos. Senão, deve a c.i. propor a designação de outro colegiado, sem prejuízo de suas incumbências."

Requisitos para integrar comissão:

Parecer AGU nº GQ-35, vinculante: "17. A c.i. é integrada por três servidores estáveis, dela não participando cônjuge, companheiro ou parente do provável responsável pela prática das infrações disciplinares, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau. São exigências insertas na Lei nº 8.112, de 1990, art. 149, a qual não autoriza qualquer resultado interpretativo que conduza à nulidade do processo disciplinar na hipótese de compor-se a comissão sem observar o princípio da hierarquia que se assere existente nos quadros funcionais da administração federal."

Necessidade de se notificar servidor para acompanhar como acusado as apurações, mas ainda sem apontar irregularidade:

Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: "Ementa: Em virtude dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o servidor que responde a processo disciplinar deve ser notificado da instauração deste imediatamente após a instalação da comissão de inquérito e, em qualquer fase do inquérito, cientificado dos atos processuais a serem praticados com vistas à apuração dos fatos, de modo que, tempestivamente, possa exercitar o direito assegurado no art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990. (...)
9. Não se coaduna com o regramento do assunto a pretensão de que se efetue a indicação das faltas disciplinares na notificação do acusado para acompanhar a evolução do processo, nem essa medida seria conveniente, eis que seria suscetível de gerar presunção de culpabilidade ou de exercer influências na apuração a cargo da comissão de inquérito."

Parecer AGU nº GQ-98, não vinculante: "11. Porém, à investigação se procede com o objetivo exclusivo de precisar a verdade dos fatos, sem a preocupação de incriminar ou exculpar indevidamente o servidor. (...)
12. É defeso à autoridade que instaura o processo, por qualquer meio, exercer influência sobre o colegiado a que a Lei assegura independência no seu mister elucidativo (art. 161 aludido) e, a este, não é admitido prejulgar a culpabilidade do servidor."

Apenas a segunda fase do processo (o inquérito administrativo) é contraditória:

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

Ônus da prova da responsabilidade do servidor incumbe à Administração (por meio da comissão) e a dúvida favorece a defesa:

Parecer AGU nº GM-14, não vinculante: "8. (...) É reiterada a orientação normativa firmada por esta Instituição, no sentido de que o ônus da prova, em tema de processo disciplinar, incumbe à administração."

Parecer AGU nº GQ-173, não vinculante: "Ementa: A administração pode editar o ato punitivo apenas na hipótese em que esteja convencida quanto à responsabilidade administrativa do servidor a quem se imputa a autoria da infração. A dúvida deve resultar em benefício do indiciado."

Parecer AGU nº GM-3, não vinculante: "Ementa: (...) Incumbe à administração apurar as irregularidades verificadas no serviço público e demonstrar a culpabilidade do servidor, proporcionando seguro juízo de valor sobre a verdade dos fatos. Na dúvida sobre a existência de falta disciplinar ou da autoria, não se aplica penalidade, por ser a solução mais benigna.(...)
50. (...) compete à administração, por intermédio da comissão de inquérito,

demonstrar a culpabilidade do servidor, com satisfatório teor de certeza."
Parecer Dasp. Insanidade mental - Nexo de causalidade
Não deve ser demitido o funcionário alienado mental, ainda quando haja dúvidas a respeito de qual seria seu estado psíquico à época em que cometeu a infração. Mediando, aliás, poucos meses entre a prática do ilícito e a constatação oficial da insanidade mental, é fácil presumir-se que já havia esta por ocasião daquela.

Oitiva de testemunha posterior ao interrogatório do acusado não é causa de nulidade:

Parecer AGU nº GQ-37, vinculante: "Ementa: (...) É insuscetível de eivar o processo disciplinar de nulidade o interrogatório do acusado sucedido do depoimento de testemunhas, vez que, somente por esse fato, não se configurou o cerceamento de defesa."

Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: "Ementa: (...) Não nulifica o processo disciplinar a providência consistente em colher-se o depoimento do acusado previamente ao de testemunha."

Ausência de interrogatório de acusado regularmente intimado não causa nulidade:

Parecer AGU nº GQ-102, não vinculante: "17. A Lei nº 8.112, de 1990, não condicionou a validade do apuratório à tomada do depoimento do acusado, nem a positividade das normas de regência autoriza a ilação de que este configura peça processual imprescindível à tipificação do ilícito. A falta do depoimento, no caso, deveu-se à conduta absenteísta do servidor quando intimado a prestar esclarecimentos (...)."

Valer-se do cargo é ilícito formal ou de consumação antecipada:

Formulação Dasp nº 18. Proveito pessoal
A infração prevista no art. 195, IV, do Estatuto dos Funcionários, é de natureza formal e, consequentemente, se configura ainda na hipótese de o proveito pessoal ilícito não ter sido conseguido.
*(**Nota**: O inciso IV do art. 195 do antigo Estatuto proibia ao servidor valer-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função.)*

Desídia é infração de natureza culposa:

Parecer AGU nº GQ-164, vinculante: "12. (...) ´Desídia (e). É falta culposa, e não dolosa, ligada à negligência: costuma caracterizar-se pela prática ou omissão de vários atos (comparecimento impontual, ausências, produção imperfeita); excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave; se doloso ou querido pertencerá a outra das justas causas. (...)´ (Valentim Carrion - Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 18ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 362/3). (...)
´Quando a desídia é intencional, como na sabotagem, onde há a ideia preconcebida de causar prejuízos ao empregador, por esse aspecto doloso, ela se identifica com a improbidade. (...)´ (Mozart Victor Russomano - Comentários à CLT, 13ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 561)."

Demissão com base em crime contra a administração pública requer condenação judicial transitada em julgado, mas este tipo de crime sempre configura também ilícito administrativo:

Parecer AGU nº GQ-124, vinculante: "17. Todo crime praticado por funcionário contra a administração pública (Código Penal, arts. 312 a 327), constitui, também uma infração administrativa, capitulada ou no art. 117 ou no art. 132 da Lei n° 8.112/90. A recíproca, porém, não é verdadeira: nem toda infração disciplinar configura crime.
"18. (...) a demissão, com fundamento no inciso I do art. 132, deve ser precedida de decisão judicial transitada em julgado."

Formulação Dasp nº 128. Demissão
Não pode haver demissão com base no item I do art. 207 do Estatuto dos Funcionários, se não precede condenação criminal.
*(**Nota**: O inciso I do art. 207 do antigo Estatuto previa a aplicação de pena de demissão nos casos de crimes contra a administração pública.)*

A decisão judicial de perda do cargo obriga que o Ministro de Estado aplique pena de demissão, mesmo que servidor já seja demitido:

Parecer nº 3/2019/CNPAD/CGU/AGU: "Ementa: I. Para o cumprimento de decisão judicial transitada em julgado que determina a perda da função pública, a autoridade administrativa deve editar Portaria demitindo o servidor de seu cargo, deixando claro que não se trata de demissão decorrente de penalidade disciplinar, mas mero cumprimento à ordem judicial. II. Caso o servidor se encontre aposentado é possível realizar a cassação de sua aposentadoria. V. Caso o servidor já se encontre demitido em decorrência de Processo Administrativo Disciplinar anterior, entende-se, ainda assim, necessária a edição de nova Portaria em cumprimento à decisão judicial que determinou a perda da função pública.

Configuração do abandono de cargo requer comprovação, a cargo da comissão, da intencionalidade do servidor:

Parecer AGU nº GQ-201, não vinculante: "7. No caso de abandono de cargo, a ausência deve ser intencional, ou seja, não basta a inexistência de justa causa para a ausência ao serviço; é preciso mais: deve haver a intenção. (...)
8. E o ônus da prova dessa intenção, cabe à administração, por intermédio da comissão processante. (...)
13. (...) A materialidade da ausência continuada ao trabalho autoriza a administração a tomar as providências para afastar o funcionário de seus quadros, mas esse propósito disciplinar, entretanto, deverá ceder diante da comprovação de não ter havido a vontade de abandonar o serviço, ou em razão de acontecimentos que justificassem, cabalmente, aquele afastamento, ou quando o conjunto de fatos indica, pelo menos, uma óbvia inadequação entre os motivos da conduta e a representação mental de suas consequências."

Abandono de cargo é ilícito administrativo de natureza permanente, seu termo inicial prescricional se dá apenas na cessação da conduta absenteísta e seu prazo de prescrição é de cinco anos:

Parecer AGU nº GMF-6, vinculante: "Ementa: II - A vontade do agente incide diretamente não apenas para a configuração do abandono de cargo, mas também para a situação de permanência que produz efeitos jurídicos, restando caracterizada, portanto, a prorrogação de sua base consumativa. III - A infração funcional de abandono de cargo possui caráter permanente e o prazo prescricional apenas se inicia a partir da cessação da permanência."

Parecer AGU nº AM-2, vinculante: "Ementa: I - O prazo para a Administração apurar eventual prática de abandono de cargo é de 5 anos, caso não tenha havido apuração na esfera penal. II - A utilização do prazo prescricional penal na esfera administrativa deve ser feita de forma reservada, restringindo-se aos casos em que já tenha sido deflagrada a atuação dos órgãos criminais competentes. III - Deve-se ter a superação (overruling) das razões de decidir (ratio decidendi) sufragadas nos pareceres Pareceres GM 007 e GQ-144, com eficácia prospectiva, com base nas recentes decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria."

Improbidade administrativa é infração de natureza dolosa:

Parecer AGU nº GQ-200, não vinculante: "Ementa: (...) Improbidade administrativa é ato necessariamente doloso e requer do agente conhecimento

real ou presumido da ilegalidade de sua conduta."

A acumulação lícita de cargos pode, excepecionalmente, somar jornadas que ultrapassam sessenta horas semanais:

*Parecer AGU n° AM-3, vinculante: "Ementa: 1. Incide a regra do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, somente nas hipóteses em que as infrações administrativas cometidas pelo servidor público também sejam ou tenham sido objeto de inquérito policial ou ação penal. 2. Necessidade de revisão do Parecer AGU nº GQ - 164, publicado no DOU de 28.09.98, diante da jurisprudência predominante perante o Superior Tribunal de Justiça. 3. Nesse sentido, consoante já afirmava a extinta Consultoria-Geral da República em reiterados pareceres e ratificado por esta Instituição por meio do Parecer AGU nº GQ - 10, publicado no DOU de 01.11.93 - a "*orientação administrativa não há que estar em conflito com a jurisprudência dos Tribunais em questão de direito*", por essa razão o Parecer AGU nº GQ - 164, DOU de 28.09.98, deve ser revisto. 4. Portanto, deve-se ter a superação (overruling) das razões de decidir (*ratio decidendi*) sufragadas no Parecer AGU nº GQ - 164, com eficácia prospectiva, conforme vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça."*

A indicação do enquadramento legal da infração é obrigatória no relatório e não na indiciação:

Parecer AGU nº GQ-121, não vinculante: "10. (...) A omissão ou substituição de dispositivo, com vistas ao enquadramento e punição da falta praticada, não implica dano para a defesa, advindo nulidade processual, em consequência. A este aspecto encontrava-se atento o legislador ao determinar que os preceitos transgredidos devem ser especificados no relatório, sem adstringir esse comando à elaboração da peça instrutória. No entanto, o zelo demonstrado pela c.i, quando indica, na indiciação, os preceitos desrespeitados não desmerece a execução dos seus trabalhos."

Em princípio, a autoridade deve acatar conclusão do relatório, salvo se contrária à prova dos autos:

Parecer AGU nº GQ-135, não vinculante: "Ementa: Na hipótese em que a veracidade das transgressões disciplinares evidencia a conformidade da conclusão da comissão de inquérito com as provas dos autos, torna-se compulsório acolher a proposta de aplicação de penalidade."

Parecer AGU nº GQ-127, não vinculante: "12. O exame do contexto dos autos imprime a convicção de que a gravidade, as consequências para a moralidade administrativa e o teor das infrações, enumeradas no relatório final e no primeiro item deste expediente, justificam a conclusão da c.i, que logrou comprovar e especificar os fatos, com indicação das correspondentes provas. Apenação é mera e inevitável decorrência das regras inseridas na Lei nº 8.112, inclusive o art. 168, mormente em se considerado que a comissão vivenciou a apuração das faltas disciplinares e, destarte, tinha as melhores condições para aquilatar sua veracidade com maior exatidão."

Parecer AGU nº GQ-149, não vinculante: "Ementa: A autoridade julgadora não se vincula, obrigatoriamente, ao relatório conclusivo da comissão processante, quando contrário às provas dos autos, podendo, se assim o desejar, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la e até mesmo isentar o indiciado de responsabilidade (art. 168, da Lei n° 8.112/90). O ato de julgamento deverá ser, então, motivado pela autoridade competente, apontando, na sua peça expositiva, as irregularidades havidas no ´iter´ inquisitivo, tornando-se, desse modo, imune às interpretações e consequências jurídicas que poderão advir de seu ato."

Uma vez configurado o ilícito, a aplicação da pena é compulsória (mesmo para penas

capitais):

Parecer AGU nº GQ-183, vinculante: "7. Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, de 1990, arts. 129, 130, 132, 134 e 135, comina a aplicação de penalidade, esta medida passa a constituir dever indeclinável, em decorrência do caráter de norma imperativa de que se revestem esses dispositivos. Impõe-se a apenação sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa para omitir-se nesse mister. (...)
8. Esse poder é obrigatoriamente desempenhado pela autoridade julgadora do processo disciplinar (...)."

Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: "Ementa: Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato. (...) O julgamento de processo disciplinar de que advém a aplicação de penalidade mais branda que a cominada em lei, efetuado pela autoridade instauradora, não obsta que aquela efetivamente competente julgue e inflija a punição adequada, sem que esse ato caracterize dupla irrogação de pena, em razão de um mesmo fato ilícito.
10. (...) Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, arts. 132 e 134, cominam a aplicação da pena de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, esta medida se impõe sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa (...) para omitir-se na apenação."

Gradação da pena no caso de penas brandas e possibilidade de se aplicar suspensão em hipótese originariamente punível com advertência:

Parecer AGU nº GQ-183, vinculante: "11. A incidência do art. 128 da Lei nº 8.112 é adstrita aos tipos das condutas delituosas dos servidores indiciados, ligados aos deveres e proibições, os quais não impedem a aplicação de penas mais severas que as previstas em lei, como regra geral (arts. 129 e 130 da Lei nº 8.112), ante a gravidade da infração e as circunstâncias agravantes. A autoridade julgadora possui o poder de agravar a apenação do servidor faltoso, pois na ´aplicação da penalidade serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais´. A Lei prescreve à autoridade que, na oportunidade do julgamento, observe esses aspectos, todavia, só e só, para, num juízo de valor, graduar a penalidade. Extrapolaria o sentido e o alcance do regramento da matéria considerar esses aspectos com o objetivo de amenizar indevidamente a punição.
12. Autoriza pena mais grave que a advertência, com o seguinte jaez, o próprio art. 129 da Lei nº 8.112: (...)
13. Assim Ivan Barbosa Rigolin expressou sua opinião a respeito da inteligência do transcrito art. 129, 'verbis':
´Prescreve ainda o artigo que, caso deixe de observar dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, será o servidor advertido, quando aquela falta não determine imposição de penalidade mais grave. Quem decide se cabe ou não pena mais grave é evidentemente a administração, por suas autoridades competentes a cada caso, e conforme o critério estabelecido no art. 128´ (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Ed. Saraiva, 1992, p. 220)."

Parecer AGU nº GQ-127, não vinculante: "Ementa: Nada obstante a advertência ser a penalidade estatuída para os casos de inobservância de dever funcional, os fatores de graduação de pena, especificados no art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, podem justificar punição mais grave."

Livre apreciação da prova a cargo da autoridade julgadora:

Parecer AGU nº GQ-37, vinculante: "5. (...) é inconteste que o acusado da prática de infrações disciplinares deve ser notificado para comparecer, se o quiser, aos depoimentos pertinentes aos fatos irregulares, cuja autoria possivelmente lhe será atribuída. No entanto, o conjunto dos elementos probatórios e a maneira como este foi constituído podem induzir o julgador a aquilatar a quantidade de provas obtidas em harmonia com o contraditório e a ampla defesa, desprezando aqueles depoimentos em que não esteve presente o acusado."

Somente há nulidade com comprovado prejuízo à defesa:

Parecer AGU nº GQ-15, vinculante: "15. (...) o cerceamento de defesa não se presume, eis que, em sendo um fato, há que exsurgir do contexto do processo disciplinar"

Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: "Ementa: (...) O cerceamento de defesa é um fato e, em decorrência, quem o alega deve demonstrar o efetivo dano sofrido no exercício do direito de defender-se, não se admitindo sua presunção."

Formulação Dasp nº 57. Inquérito administrativo
O inquérito administrativo só é nulo em razão de irregularidades que impliquem em cerceamento à defesa.

Contagem do termo inicial da prescrição:

Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: "19. A inércia da administração somente é suscetível de se configurar em tendo conhecimento da falta disciplinar a autoridade administrativa competente para instaurar o processo."

Formulação Dasp nº 76. Prescrição
A prescrição, nas infrações disciplinares, começa a correr do dia em que o fato se tornou conhecido.

Interrupção do prazo prescricional requer instauração válida:

Parecer AGU nº GQ-108, não vinculante "12. Na hipótese em que o processo tenha se desenvolvido sem a observância do princípio do contraditório ou da ampla defesa, impondo-se, destarte, a declaração de sua nulidade, ´ab initio´, em consequência desta não se configurou a interrupção do fluxo do prazo prescricional, o que autoriza asserir que, no tocante a esse aspecto, as faltas disciplinares têm as respectivas punibilidades sujeitas à extinção."

Interrupção do prazo de prescrição ocorre apenas uma vez e se mantém pelo prazo legal do processo:

Parecer AGU nº GQ-144, não vinculante: "7. Em harmonia com os aspectos de que o art. 142 destina-se a beneficiar o servidor e o respectivo instituto da prescrição objetiva imprimir estabilização às relações que se estabelecem entre a administração e os servidores públicos, obstando que se perpetue a viabilidade da sanção disciplinar, é válido asserir que:
a) interrupção do curso do prazo prescricional, como estatuída no § 3º, ocorre uma só vez quanto ao mesmo fato. Na hipótese em que a comissão não tenha concluído seus trabalhos no prazo estipulado e, por esse motivo ou outro qualquer, imponha-se a continuidade da investigação, a instauração de outro processo não terá o condão de novamente interromper o prazo prescricional;
b) a ´decisão final´, capaz de fazer cessar a interrupção do prazo, é adstrita ao primeiro processo disciplinar válido, não se aproveitando a proferida noutro que, por qualquer razão, se tenha instaurado para dar seguimento à apuração do mesmo fato. Não ultimada a averiguação da falta, na data do término do prazo, incluído o dilatório, portanto, carecendo o processo de ´decisão final´, exaurem-se os efeitos da instauração e cessa a interrupção do transcurso do

período prescricional, recomeçando a contagem de novo prazo, por inteiro (...).”

Parecer AGU nº GQ-159, vinculante: “9. Assim sendo, torna-se apropriado realçar os fundamentos da juridicidade da orientação supra (...). É ilação indutiva do raciocínio de que o término dos prazos de averiguação da falta, incluído o dilatório, e de julgamento, destarte, carecendo o processo de ´decisão final´, cessa a interrupção do transcurso do período prescricional, reiniciando a contagem de novo prazo, por inteiro.”

Formulação Dasp nº 279. Prescrição
A redesignação da comissão de inquérito, ou a designação de outra, para prosseguir na apuração dos mesmos fatos não interrompe, de novo, o curso da prescrição.

Aplicação do prazo prescricional penal requer no mínimo existência de inquérito policial ou ação penal:

*Parecer AGU n° AM-3, vinculante: “Ementa: 1. Incide a regra do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, somente nas hipóteses em que as infrações administrativas cometidas pelo servidor público também sejam ou tenham sido objeto de inquérito policial ou ação penal. 2. Necessidade de revisão do Parecer AGU nº GQ - 164, publicado no DOU de 28.09.98, diante da jurisprudência predominante perante o Superior Tribunal de Justiça. 3. Nesse sentido, consoante já afirmava a extinta Consultoria-Geral da República em reiterados pareceres e ratificado por esta Instituição por meio do Parecer AGU nº GQ - 10, publicado no DOU de 01.11.93 - a "orientação administrativa não há que estar em conflito com a jurisprudência dos Tribunais em questão de direito", por essa razão o Parecer AGU nº GQ - 164, DOU de 28.09.98, deve ser revisto. 4. Portanto, deve-se ter a superação (overruling) das razões de decidir (*ratio decidendi*) sufragadas no Parecer AGU nº GQ - 164, com eficácia prospectiva, conforme vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça.”*

Aplicação do prazo prescricional penal não afeta a forma de cômputo administrativo:

Parecer nº 4/2019/CNPAD/CGU/AGU: “Ementa: III. Ainda que se aplique o prazo prescricional previsto na seara penal, a contagem na esfera administrativa é regida pelas normas administrativas.”

Prescrição impede registro de fato nos assentamentos funcionais:

Parecer AGU nº GMF-3, vinculante: “Ementa: I. A Administração Pública Federal deve observar a decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 23.262/DF, que declarou a inconstitucionalidade do art. 170 da Lei n. 8.112/ 1990. II. No âmbito dos processos administrativos disciplinares, uma vez extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora não poderá fazer o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor público.

Aplicação da retroatividade da lei que não mais considera ato ilícito:

Parecer AGU nº GQ-91, não vinculante: “19. A prévia cominação de penalidade administrativa em lei se compatibiliza com as assertivas compreendidas na doutrina pertinente ao Direito Penal, na faceta de que a ´lei incidente à época do delito, não só no que diz respeito aos pressupostos do crime, como também à qualidade e quantidade (extensão, intensidade, o ´quantum´) da pena, é direito que assiste ao infrator, que tem o direito subjetivo público a que lhe seja aplicada a lei mais benéfica anterior, ou seja, o princípio da vedação da lei penal material ´ex post facto´. A lei penal material é a do momento da consumação do crime ou do fato punível´. (Comentários à Constituição de 1988 - José Cretella Júnior, Ed. Forense Universitária, 1988, vol. I, p. 475)

20. A Lei nº 8.112, de 1990, instituiu a penalidade de conversão de exoneração em destituição de cargo em comissão, em relação à qual se perquire se incide sobre fatos pretéritos. Oportuno relembrar a manifestação desse doutrinador, consistente na afirmação de que, em sendo a lei nova ´mais benéfica (mais branda, mais benigna, mais favorável), ou quando não mais capitula o fato como crime, ocorre a retroatividade; quando a lei nova é mais severa, isto é, comina pena maior do que a lei anterior, ocorre a irretroatividade, ou o que é o mesmo, prevalece a ´contrario sensu´, a ultra-atividade da lei vigente, dotada de eficácia, quando ocorreu o fato´. (op. cit.).”

Independência das instâncias:

Parecer AGU nº GQ-164, vinculante: “35. (...) A ligação com a lei penal admitida pelas normas disciplinares é restrita, exclusivamente, ao afastamento da responsabilidade administrativa no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou a autoria; a demissão decorrente de condenação por crime contra a Administração Pública; e ao prazo de prescrição (arts. 126, 132 e 142 da Lei nº 8.112).
36. Essa interdependência seria destoante do espírito e do sentido do art. 39 da C.F. e da Lei nº 8.112, de 1990, até mesmo porque o Direito Penal trata da restrição do direito de liberdade, cominando a pena de prisão simples, detenção e reclusão, embora existam a multa e as penas acessórias, como as interdições de direitos, quando o Direito Disciplinar não versa sobre a pena corporal, porém, no tocante às mais graves (é dispensável o enfoque das apenações mais brandas), prevê a desvinculação do servidor. O primeiro ramo destina-se a proteger, de forma genérica, a sociedade, sendo que o último objetiva resguardar especificamente a Administração Pública e o próprio Erário. São áreas jurídicas distintas, com penalidades de naturezas e finalidades diversas.”

Acionamento da via judicial não configura desistência de recursos administrativos:

Parecer AGU nº JL-2, vinculante: “Ementa: I - Autoridade administrativa competente, caso preenchidos os demais requisitos legais, deve conhecer do Pedido de Reconsideração, de Revisão e/ou Recurso Hierárquico em matéria disciplinar que também esteja sendo discutida no âmbito do Poder Judiciário. II - Não configura desistência tácita do pedido administrativo o acionamento da via judicial. III - A análise do pedido administrativo se torna prejudicada em caso de decisão judicial definitiva.”

Prazo recursal em função de decisão publicada em boletim interno:

Parecer AGU nº GQ-38, vinculante: “Ementa: A publicação de ato decisório de que possa resultar pedido de reconsideração ou interposição de recurso, em boletim de serviço, ou de pessoal, na forma do art. 108 da Lei nº 8.112, de 1990, gera presunção de conhecimento que admite prova em contrário. O pedido de reconsideração, ou o recurso, apresentado após o decurso do prazo fixado no aludido art. 108, deve ser recebido pela autoridade competente, se plausível a ilação de que o servidor desconhecia a publicação (em boletim de serviço ou de pessoal) do ato passível de impugnação, por motivo imputado à administração.”

Direito de revisão a qualquer tempo, sem prescrição:

Parecer AGU nº GQ-28, vinculante: “71. Não há que se falar na espécie em prescrição porquanto a Lei nº 8.112/90 diz que o processo disciplinar poderá ser revisto a qualquer tempo quando ocorrerem os motivos elencados no ‘caput’ do art. 174, causadores do pedido revisional.”

ANEXO II - RESPONSABILIZAÇÕES ADMINISTRATIVA E CIVIL EM DECORRÊNCIA DE DANO OU DESAPARECIMENTO DE BENS PÚBLICOS NO ÂMBITO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

1 - INTRODUÇÃO

As responsabilizações administrativa e civil decorrentes de atos funcionais que acarretem dano ou desaparecimento de bem público é um tema que, com razoável frequência, necessita ser enfrentado tanto pelas autoridades correcionais quanto pelas autoridades que atuam nas matérias fiscal ou previdenciária e, em tais oportunidades, em geral, suscita dúvidas nestes aplicadores do Direito. Assim, versa o presente texto sobre a configuração ou não de eventuais responsabilidades - e, se for o caso, do respectivo rito apuratório - no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

Para este fim, de imediato, relevante se faz introduzir que um único ato funcional irregular cometido por servidor, além de repercutir administrativamente, à vista da independência das instâncias consagrada na tripartição da responsabilidade, estabelecida nos arts. 121 a 124 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pode também acarretar responsabilidade civil e/ou penal.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.*
> *Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.*
> *Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.*
> *Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.*

A presente abordagem, voltada a autoridades administrativas, restringe-se às espécies de responsabilidade administrativa e civil, uma vez que estas podem ser apuradas exclusivamente em via administrativa, sem necessidade de via judicial (como obrigatoriamente ocorre com a responsabilização penal, podendo aqui ser desconsiderada). Consequentemente, passa-se a abordar apenas as espécies de ilícitos civil e administrativo.

No sentido amplo da expressão, abrangendo os atos da vida civil de qualquer pessoa, judicialmente tutelados (ou seja, fora do limite dos atos funcionais), o ilícito civil possui definição genérica - toda conduta que cause dano a alguém - e daí não é possível que a lei estabeleça enumeração exaustiva de todos os atos que o configurem. O cometimento de ato causador de dano acarreta, para o agente, responsabilização patrimonial de indenizar. Esta responsabilização civil não recai sobre a pessoa do infrator com fim punitivo, mas sim sobre seu patrimônio, com o objetivo de reparar o prejuízo causado, restaurando o estado anterior do ofendido, e, na instância judicial, é apurável em rito do Código de Processo Civil (CPC).

> *CC - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ao ilícito.*
> *Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*
> *Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.*

Já o ilícito disciplinar é toda conduta do servidor que, no âmbito de suas atribuições

legais ou a pretexto de exercê-las, contraria dispositivo expresso em lista exaustiva na Lei nº 8.112, de 11/12/90. A responsabilização administrativa que daí decorre é apurável em processo administrativo disciplinar previsto naquela Lei e recai sobre a pessoa do agente, com fim punitivo (as penas estatutárias previstas são advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou de disponibilidade ou destituição do cargo comissionado).

Objetivamente, aqui interessa o chamado ilícito disciplinar-civil, assim entendida a conduta que contraria dispositivo estatutário e que também causa prejuízo ao erário ou a terceiro, acarretando responsabilizações administrativa (com penas do Estatuto) e patrimonial (de indenizar), sendo possível a apuração de ambas na via administrativa ou podendo ocorrer a necessidade de se ajuizar rito processual civil.

E este enfoque se estende, podendo ser aplicado a todas as hipóteses de dano (avaria ou quebra) ou de desaparecimento (perda, extravio, furto ou roubo) de qualquer tipo de material que possa ser incluído na abrangente expressão “bem público”. Isto porque, primeiramente, o termo “material” empregado pela Instrução Normativa (IN) Sedap nº 205, de 08/04/88, em seu sentido mais estrito, alberga os bens devidamente patrimoniados pela Administração, incluindo obviamente os bens duráveis ou que fazem parte de seu ativo permanente e excepcionalmente até alguns bens de consumo que possuam valor relevante. Mas aquela expressão alberga não só os bens já incorporados ao patrimônio público como também inclui aqueles bens ou mercadorias retidos ou apreendidos, ainda sob custódia, que teriam emprego após a destinação formalmente prevista em norma, visto já serem itens sob domínio do Estado, mesmo que provisoriamente. E, por fim, pode-se considerar que inclui ainda os processos administrativos danificados ou extraviados, uma vez que parte do que aqui se exporá para bens ou materiais, em termos procedimentais, pode ser adaptado também para autos processuais, embora tenham natureza distinta daqueles objetos.

Antecipe-se que, no atual ordenamento jurídico, tanto a responsabilidade administrativa quanto a responsabilidade civil de servidor, decorrentes de ato funcional, não obstante por regra serem independentes, têm a mesma natureza subjetiva. Em outras palavras, a imposição de pena estatutária ao servidor e a obrigação pessoal de reparar dano em decorrência do exercício do seu cargo igualmente requerem a comprovação de que a sua conduta infratora foi dolosa ou no mínimo culposa, em ato comissivo ou omissivo. Sem este pré-requisito essencial, ainda que a conduta do servidor formalmente pudesse encontrar enquadramento disciplinar ou até mesmo tenha efetivamente acarretado dano, não há que se cogitar de nenhuma das duas responsabilizações.

Especificamente quanto à apuração, realizada no próprio âmbito da Administração (ou seja, sem rito judicial), da responsabilidade civil decorrente de ato funcional causador de dano ou prejuízo, ao final do presente texto, em função da possibilidade de a autoridade local se ver obrigada a instaurar o processo administrativo de tomada de contas especial (TCE) e por ser este um rito em geral desconhecido e suscitador de dúvidas, se dedicará grande ênfase ao detalhamento do seu rito.

2 - A RESPONSABILIZAÇÃO DISCIPLINAR DECORRENTE DE ATOS CAUSADORES DE DANO OU DE DESAPARECIMENTO DE BENS PÚBLICOS

Conforme afirmado em **3.2.3.5.2**, onde se iniciou a abordagem de dano e de desapacimento de bem, a sequência daquela parte introdutória (que, naquele trecho, se fazia suficiente para a ênfase na responsabilização disciplinar enfocada no presente texto) se faz aqui, para o leitor que porventura tenha um interesse diferenciado na questão da responsabilização administrativa e civil em decorrência de sinistros envolvendo bens.

Retomando então do ponto em que se parou em **3.2.3.5.2**, e prosseguindo no mesmo

rumo, tendo se concluído em sindicância disciplinar ou em PAD por conduta irregular por parte de servidor em ato funcional associado a dano ou perda de bens, dois enquadramentos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se demonstram os mais comuns, a saber, o art. 116, VII e o art. 132, X. Enquanto o primeiro é punido com advertência ou no máximo suspensão, o segundo é punido com pena expulsiva (demissão ou cassação de aposentadoria ou de disponibilidade ou destituição de cargo em comissão). Como regra, o primeiro elemento essencial para diferenciar a aplicação de um ou de outro enquadramento, de repercussões tão díspares, é o ânimo subjetivo do servidor, ou seja, é a comprovação, por parte da comissão disciplinar, de que a conduta foi culposa ou foi dolosa.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 116. São deveres do servidor:*
> *VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;*
> *Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:*
> *X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;*

No primeiro enquadramento, o descumprimento de dever associado a zelo, a princípio, remete a conduta culposa. Em sua parte inicial, pode-se entender como material a ser economizado os bens de consumo cotidiano (materiais de escritório, por exemplo), na qual se impõe, então, o dever de não gastá-los perdulariamente. Em sua parte final, como patrimônio a ser conservado, entendem-se tanto os bens de consumo acima quanto o ativo permanente (máquinas, equipamentos, imóveis, por exemplo). Com isto, tem-se no enquadramento em tela o dever de proteger e cuidar da vida útil não só de bens de consumo mas também de bens duráveis.

Óbvio que, à luz dos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, não se cogita de se provocar a instância disciplinar, com todos os ônus a ela inerentes, em virtude do desperdício pontual e isolado de um insignificante item de material de consumo ou mesmo de ativo permanente. Ademais, lembre-se de que, conforme já aduzido, de acordo com a Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, o dano ou o desaparecimento de bem decorrente de conduta que possa ser tida como de menor potencial ofensivo (ou seja, que seria disciplinarmente punível com pena de advertência ou suspenão de até trinta dias), culposa ou até mesmo dolosa e independentemente de valor, pode ter sua resolução encerrada em termo de ajustamento de conduta (TAC), sem rito disciplinar, se, além de outros pré-requisitos em seu histórico funcional, o agente público aquiescer em ressarcir ao erário (já o tendo ressarcido espontaneamente ou se comprometendo a fazê-lo na celebração do acordo), poupando-se a instauração de PAD ou sindicância disciplinar que, em seu final, poderia redundar no enquadramento em tela.

Independentemente da natureza do bem, a norma visa a punir o desperdício e o desrespeito do servidor com o bem público, em atitudes de descuido, descaso ou negligência, não se aplicando à destruição, ao desperdício, ao prejuízo ou ao dano, causados com dolo ao bem público.

Estas condutas mais graves, de ânimo subjetivo doloso, se enquadram no segundo dispositivo, que também comporta duas espécies. Destaque-se que a nenhuma das duas se aplica a IN CGU/CRG nº 4, de 2020, que prevê o emprego do TAC, como forma de simplificação de investigação, sem rito disciplinar, para condutas de menor potencial ofensivo e sob determinadas condições, conforme já abordado.

A lesão aos cofres públicos é compreendida como a má administração ou a perda do dinheiro público (expressão que figura como síntese dos valores monetários e mobiliários ou bens e mercadorias em poder da Administração e destinados à venda ou de qualquer forma conversíveis em moeda). Daí, seu cometimento recai, em geral, sobre servidores que têm poder e competência para gerir ou acessar recursos públicos. Também se enquadram neste dispositivo a apropriação indébita, o furto ou o desvio do dinheiro público. A dilapidação, por sua vez, é a má conservação, a destruição, o desperdício dos bens públicos permanentes ou de

consumo, não destinados à venda e não conversíveis em dinheiro. Acrescente-se ainda que ambas as partes deste enquadramento disciplinar também pode configurar simultaneamente ato de improbidade administrativa, à vista de diversos incisos do art. 10 da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

> *Parecer Dasp. Dilapidação do patrimônio nacional e lesão aos cofres públicos - Distinção*
> *A lesão aos cofres públicos não se confunde com a dilapidação do patrimônio nacional. Aquela se refere a dinheiro ou valores transacionáveis; esta se relaciona com bens ou utilidades permanentes.*
>
> *Formulação Dasp nº 55. Lesão aos cofres públicos*
> *A lesão aos cofres públicos pressupõe efetivo dano ao Erário.*
>
> *Formulação Dasp nº 64. Lesão aos cofres públicos*
> *A lesão culposa aos cofres públicos não é punível com demissão.*
>
> *Parecer Dasp. Dilapidação do patrimônio nacional - Limite de valor do dano - Descabimento*
> *O item VIII do art. 207, combinado com o art. 209 do Estatuto, ao prever demissão a bem do serviço público dos funcionários que dilapidem o patrimônio nacional, não estabeleceu qualquer limite de valor ao dano causado.*
> *(**Nota**: O inciso VIII do art. 207 do antigo Estatuto previa a pena de demissão para caso de lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional.)*
>
> *Formulação Dasp nº 205. Dilapidação do patrimônio nacional*
> *O funcionário que empresta bens do Estado a particular dilapida o Patrimônio Nacional.*
>
> *Formulação Dasp nº 28. Demissão*
> *O funcionário que dissipa bens públicos, não representados por dinheiro, comete dilapidação do patrimônio nacional.*

A comprovação da conduta culposa ou dolosa do servidor, em ato irregular relacionado a dano ou perda de bem, no exercício de seu cargo, faz nascer a responsabilização administrativa, que se efetiva com a aplicação da respectiva pena (advertência, suspensão ou demissão, de acordo com o enquadramento) - a menos que se enquadre nas condições previstas na IN CGU/CRG nº 4, de 2020, para emprego do TAC, conforme já abordado. Mas a configuração da responsabilização administrativa não tem o condão de suprir possível responsabilidade civil decorrente do mesmo ato irregular. O fato de o servidor ter sido, em instância disciplinar, advertido, suspenso ou até demitido não elide a independente repercussão patrimonial de indenizar o prejuízo causado ao erário.

3 - A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DECORRENTE DE ATOS CAUSADORES DE DANO OU DESAPARECIMENTO DE BENS PÚBLICOS

Da mesma forma como se aduziu para a responsabilidade administrativa, tem-se que a simples comprovação de que, objetivamente, de fato, ocorreu dano (avaria ou quebra) ou desaparecimento (perda, extravio, furto ou roubo) de um bem, mercadoria ou processo não necessariamente implica responsabilidade civil reparatória para o servidor cujo nome consta do respectivo termo de responsabilidade e/ou para o servidor (se diferente) que o tinha em uso ou guarda no momento da ocorrência do fato. A responsabilização civil também é de índole subjetiva, não se tolerando cogitar de imposição meramente objetiva de reparar o dano ou perda, sem a comprovação do ânimo subjetivo do responsável.

Neste rumo, repete-se, com maior aplicabilidade, uma vez que trata justamente de repercussão civil, a seguinte decisão adotada pelo Tribunal de Contas da União:

> *TCU, Tomada de Contas nº 450.131/96-3, Relatório: "No caso em exame, os fatos são estes: os agentes públicos receberam alguns objetos integrantes do patrimônio da entidade e deles passaram recibo. Este documento constitui termo de responsabilidade. Os objetos foram subrepticiamente subtraídos das salas da repartição por terceiro desconhecido. A autoria do ilícito não foi descoberta pelo procedimento legal específico. Com fundamento nesses fatos, entende o Ministério Público que os elementos apresentados são insuficientes para precisar, adequadamente, a responsabilidade da autoridade administrativa.*
> *Voto: Deverão ressarcir o Erário aqueles que, dolosa ou culposamente, derem causa a prejuízo ao patrimônio público. No caso vertente, conforme bem assinalado pelo representante do 'Parquet', tal hipótese não restou configurada nos autos. O 'Termo de Responsabilidade' somente obrigará o respectivo signatário a responder subsidiariamente pelo desvio do bem sob sua guarda caso se comprove que sua conduta contribuiu para o desaparecimento do mesmo."*

Não obstante, novamente recomenda-se que o servidor signatário do termo de responsabilidade e/ou detentor do bem objeto de furto ou roubo registre a ocorrência policial, na Polícia Federal (PF - conforme competência estabelecida no art. 144, § 1º, I e IV da CF), e comunique o fato a seu chefe imediato (esta comunicação à chefia é recomendável também no caso de dano de bem).

Analogamente ao que se expôs para responsabilização administrativa, não se cogita de responsabilizar civilmente um servidor, obrigando-o a indenizar a União por um bem danificado ou extraviado, descontando de sua remuneração, sem antes se ter comprovado, no devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, seja em via administrativa (mas não necessariamente disciplinar), seja em via judicial, que ele, no exercício de seu cargo, agiu com culpa ou dolo no evento.

Neste ponto, ressalve-se a simplificação introduzida pela Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, que dispensa rito contraditório. Segundo esta norma, o dano ou desaparecimento de bem decorrente de conduta que possa ser considerada de menor potencial ofensivo (qual seja, culposa ou até mesmo excepcionalmente dolosa, punível com pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias) por parte do servidor e causador de prejuízo de qualquer valor, pode ter sua resolução encerrada em termo de ajustamento de conduta (TAC), sem rito disciplinar, em que a autoridade competente imponha ao agente público o compromisso de ressarcir o erário e este aquiesça (obviamente, aqui menciona-se o TAC na hipótese de o infrator ainda não ter ressarcido espontaneamente o prejuízo), poupando-se a instauração de PAD ou sindicância disciplinar. Ou seja, aquela norma atuou inovando apenas a instância disciplinar, em nada alterando a repercussão civil, não sendo relevante para o presente tópico.

Menos ainda se pode cogitar de exigir de um grupo de servidores a indenização de um bem pelo simples fato de todos trabalharem no local onde se deu o sinistro, diluindo a responsabilidade civil sem o devido processo legal, se foi impossível a individualização ou se a Administração não foi capaz de identificar o responsável. Assim, repetem-se as citações de fontes administrativas e doutrinária.

> *Parecer AGU nº GM-1, vinculante: "Ementa: A imputação administrativa da responsabilidade civil exige que se constate a participação de todos os envolvidos nas irregularidades, considerados individualmente.*
>
> *Formulação Dasp nº 261. Responsabilidade administrativa*
> *A responsabilidade administrativa deve ser individualizada no respectivo processo, vedada, na impossibilidade de indicação do culpado, a sua diluição por todos os funcionários que lidaram com os valores extraviados.*

> *"(...) não se permite a extensão da responsabilidade, de modo genérico, quando não for possível a individualização da responsabilidade." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 184, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

A imputação de que foi determinado servidor que, com intenção, negligência, imperícia ou imprudência, danificou ou extraviou o bem (ou propiciou que terceiro o fizesse) pode decorrer de várias formas juridicamente lícitas de comprovação, meramente administrativas ou até judiciais. Para este efeito jurídico, desponta primeiramente o reconhecimento não litigioso por parte do próprio servidor, como, por exemplo, no curso do já mencionado TAC. Na sequência, mencionem-se ritos apuratórios administrativos mais comuns com garantias de defesa, em que, além da sindicância disciplinar e do PAD, como principais exemplos de procedimentos contraditórios e mais elaborados, pode-se citar a sindicância ou o processo administrativo simplificado instruídos pelos mínimos atos processuais exigidos na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e instaurados pelo gestor local da unidade de ocorrência do fato, para apurar e quantificar o dano; ou ainda, mais residualmente, a tomada de contas especial - TCE, detalhada ao final do presente texto. Por fim, pode ser necessário provocar apurações até em processos civis judiciais (ação de reparação de dano - ou ação indenizatória - ou ação específica para apurar a responsabilidade civil e até, em extremo, ação civil pública de improbidade administrativa), antes mesmo de apurações administrativas, à vista da consagrada independência das instâncias.

Não se confunde a conclusão obtida em meios administrativos de que o servidor, no exercício culposo ou doloso de seu cargo, acarretou prejuízo com a independente apuração da responsabilidade civil indenizatória, que, em regra, requer rito judicial. Obviamente, à vista do princípio da indisponibilidade do interesse público, a apuração da responsabilidade civil (de repercussão patrimonial), no rito judicial, é independente da apuração da responsabilidade administrativa (de repercussão punitiva, no rol do art. 127 da Lei nº 8.112, de 11/12/90), podendo ocorrer antes, simultaneamente ou depois desta última. Nada impede o ajuizamento da ação civil antes mesmo de sequer se ter instaurada apuração administrativa ou antes de se ter tal apuração concluída. Destaque-se que, mesmo que já exista apuração administrativa acerca de dano causado por servidor com dolo ou culpa no exercício de seu cargo, pode haver a independente ação judicial, com seus requisitos probatórios próprios do CPC e garantindo ao acusado o exercício da ampla defesa e do contraditório, para apurar a responsabilização civil, cujo resultado pode até discrepar daquele obtido na instância administrativa. Não obstante, sem negar a independência das instâncias, o que se recomenda, no caso de já haver a prévia apuração da responsabilidade administrativa, é que a Administração aproveite-a como peça de instrução para a reparação do dano ao erário, como peça auxiliar na individualização da responsabilidade civil de indenizar, uma vez que ambas as instâncias guardam índole subjetiva. Mais que isto, mesmo sabendo da possibilidade do imediato manejo da instância judicial, se recomenda ainda com mais ênfase que primeiramente a Administação tente a resolução amigável da reparação, administrativamente, sem judicialização, para reservar, somente na hipótese de insucesso da tentativa de solução consensual, a postulação da ação civil judicial. uma vez que o princípio acima mencionado não permite que a Administração disponha da indenização em favor do responsável.

Tendo havido apuração administrativa da culpa subjetiva, seja no escopo da sindicância ou do processo administrativo simplificado nos termos da Lei nº 9.784, de 1999, e localmente instaurados, seja no escopo da sindicância disciplinar ou do PAD instaurados pelo Chefe de Escor (ou excepcionalmente pelo Corregedor), o agente condutor ou comissão, após ter quantificado ou ao menos indicado o prejuízo, ao final, propõe à autoridade julgadora que proceda à comunicação do fato à unidade do local de ocorrência do fato, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e à Controladoria-Geral da União (CGU), mais especificamente à Secretaria Federal de Controle Interno (CGU/SFC). Este comunicado se justifica para que as

instituições acima possam tomar suas respectivas providências na busca do ressarcimento do dano, que podem variar desde a simples lavratura de um acordo amigável com o responsável até a promoção de um processo judicial de execução.

> *"Lembre-se de que o processo administrativo disciplinar não pode ter por efeito ou penalidade compelir o servidor a ressarcir os prejuízos causados à Administração, visto que as penalidades cabíveis em seu bojo são apenas aquelas previstas em lei (art. 127, I a VI, art. 130, § 2º, todos da Lei federal nº 8.112/1990." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pgs. 122 e 123, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Uma questão interessante a se discutir neste ponto é se, porventura tendo sido extinta pela prescrição a punibilidade administrativa do ato funcional acarretador de dano ao erário, há repercussão sobre a responsabilização civil reparatória. E tão forte é o princípio da independência das instâncias que a solução da questão aponta que eventual prescrição disciplinar não impede o prosseguimento da exigência de reparação do dano, qualquer que seja o rito adotado, administrativo ou judicial. Neste sentido é a a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares, da Consultoria-Geral da União (CNPAD/CGU/AGU), estampada no Parecer n° 1/2019/CNPAD/CGU/AGU.

> *Parecer nº 1/2019/CNPAD/CGU/AGU: "Ementa: 3. Em caso de prejuízo ao erário e ocorrida a prescrição administrativa, deve-se instaurar processo próprio, com vistas ao ressarcimento dos cofres públicos, ante a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos de improbidade ou atos cometidos no âmbito das relações jurídicas de caráter administrativo (Repercussão Geral nº 666 no RE 669.069 e nº 897 no RE nº 852.475).*
> *4. Na ocorrência de dano quantificado e atualizado monetariamente, o recolhimento pode ser voluntário, nos termos do art. 46 da Lei n. 8.112/90.*
> *5. Caso não seja quantificado o débito, a apuração do dano pode dar-se por meio de processo administrativo simplificado, nos termos da Lei nº 9.784/99.*
> *6. O valor devido ao erário poderá ser inscrito em dívida ativa, nos casos decorrentes de ilícitos administrativos cometidos por servidores públicos ativos ou inativos, desde que submetido a processo administrativo prévio, consoante precedente do STJ.*
> *7. Exauridas as medidas administrativas, nas hipóteses em que for cabível, será instaurada Tomada de Contas Especial para apuração do fato, identificação do responsável e quantificação do dano, garantindo-se o devido processo legal, para posterior recolhimento do débito.*
> *8. Poderá ainda ser manejada ação judicial específica para cobrança do valor devido ao erário, independentemente do esgotamento das medidas administrativas. Precedente do STJ.*
> *24. Portanto, diante de ilícito administrativo que não seja mais passível de punição administrativa ou de abertura do processo administrativo disciplinar em face da prescrição, é cabível o ressarcimento ao erário não prescrito, valendo-se a Administração Pública dos seguintes meios: (i) desconto em folha de pagamento ou Guia de Recolhimento da União - GRU, se houver concordância do servidor, na forma prevista no art. 46 da Lei nº 8.112/90; (ii) instauração de processo administrativo destinado a apurar e quantificar o dano, nos termos da Lei nº 9.784/99, de forma a esgotar as medidas administrativas com vistas ao ressarcimento pretendido; (iii) por protesto extrajudicial ou execução fiscal, precedido de processo administrativo prévio (jurisprudência do STJ); (iv) instauração da Tomada de Contas Especial; ou (v) proposição de ação judicial específica que determinará o alcance da responsabilidade civil e o ressarcimento do dano causado ao erário."*

Conforme se verá adiante, dependendo de a quem o servidor tenha causado prejuízo exercendo seu cargo, a responsabilização de reparar pode encerrar-se totalmente na esfera administrativa, sem necessidade de provocação judicial, ou pode ser necessário o ingresso em juízo. Na verdade, a cobrança administrativa direta do débito é exceção e, em qualquer que seja a instrumentalidade empregada, somente é possível com aquiescência do servidor ou em razão de impossibilidade de execução judicial. É comum ter de lançar mão da inscrição do débito em dívida ativa não tributária, para execução judicial.

A parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal (CF) estabelece comando de exceção à regra geral da prescritibilidade das diferentes responsabilizações que podem recair sobre o servidor em razão de condutas funcionais infracionais, determinando que as ações de ressarcimento ao erário sejam imprescritíveis.

> *CF - Art. 37.*
> *§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.*

Mas é de se dedicar atenção a este comando constitucional. Não exatamente qualquer conduta funcional causadora de dano é imprescritível. Aquelas condutas acarretadoras de prejuízo de índole meramente civil não são atingidas pela imprescritibilidade excepcionada na parte final do § 5º do art. 37 da CF, sendo, portanto, prescritíveis, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), em julgado com repercussão geral. Na leitura a *contrario sensu* do julgado paradigmático, são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário decorrentes de crimes, de atos de improbidade administrativa e de atos cometidos no âmbito das relações jurídicas de caráter administrativo, em que se incluem as condutas funcionais em geral. Em outras palavras, sendo prescritíveis os danos ao erário que sejam decorrentes de ilícito de natureza estritamente civil, qualificados como tal por exclusão daqueles que decorrem de infrações em geral ao Direito Público, a parcela das condutas não incluídas no comando da imprescritibilidade se definem por resíduo: são exatamente aquelas que não possuem a imprescritibilidade, ou seja, são residualmente as que não decorrem de crimes, de atos de improbidade administrativa e de atos cometidos no âmbito das relações jurídicas de caráter administrativo.

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Teori Zavascki, Recurso Extraodinário nº 669.069/MG, DJe 28/04/2016, Ementa: "Constitucional e civil. Ressarcimento ao erário. Imprescritibilidade. Sentido e alcance do art. 37, § 5º, da Constituição. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil."*
> *Voto do Ministro Relator: "O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, afirmando como tese de repercussão geral a de que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais."*
> *Tema nº 666: "Imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa."*
> *Tese: "É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil."*

Mas uma vez debruçando-se sobre o tema da prescritibilidade, ou não, do ressarcimento ao erário, o STF ratificou, em outro julgado com repercussão geral, desta feita em leitura direta, dispensando-se a construção a *contrario sensu* anterior, a flexibilização, em parte, do comando forte do § 5º do art. 37 da CF. Relembrando que a regra geral estabelecida na parte inicial do comando constitucional é que a lei assente a prescritibilidade, no que tange

a condutas funcionais, abstraindo-se de crimes, a Corte asseverou, de forma mais restrita, que restam imprescritíveis apenas as ações civis por responsabilidade do servidor em razão de danos dolosamente causados ao erário. O próprio julgado cuidou de esclarecer que a adjetivação do ato funcional causador do prejuízo como "doloso" advém da materialidade de improbidade administrativa. Ou seja, independentemente se o processo disciplinar tiver redundado em pena expulsiva ao servidor enquadrada no no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com a definição dada pelo art. 10 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, por ato de improbidade administrativa da espécie causadora de dano ao erário, também pode haver a imprescritível independente repercussão civil se ato de improbidade causador de enriquecimento ilícito ou que afronte princípios reitores da Administração vier a acarretar prejuízo ao erário. Portanto, segundo o entendimento firmado pelo STF, o prejuízo causado ao erário por conduta culposa tem o benefício da prescritibilidade.

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Alexandre de Moraes, Redator para o Acórdão Ministro Edson Fachin, Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, DJe 25/03/2019, Ementa: "1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais.*
> *2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB).*
> *3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente.*
> *4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis.*
> *5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa."*
> *Tema nº 897: "Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa."*
> *Tese: "São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa."*

Por fim, o STF reiterou, em mais um julgado com repercussão geral, seu posicionamento ao ratificar que é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas da União (TCU).

> *STF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Alexandre de Moraes, Recurso Extraordinário nº 636.886/AL, DJe 24/06/2020, Ementa: "1. A regra de prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais, entre as quais a impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado.*
> *2. Analisando detalhadamente o tema da 'prescritibilidade de ações de ressarcimento', este Supremo Tribunal Federal concluiu que, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa - Lei 8.429/1992 (Tema 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o Tema 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública.*
> *3. A excepcionalidade reconhecida pela maioria do Supremo Tribunal Federal no Tema 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez*

> *que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento.*
> *4. A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal).”*
> *Tema nº 899: “Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.”*
> *Tese: “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.”*

Ademais, não sendo a responsabilização civil de índole punitiva, tem-se que a ela não se aplica a garantia constitucional de que a pena não passa da pessoa do acusado, sendo certo que, em caso de morte do responsável, os sucessores arcam com a obrigação de reparar o prejuízo causado pelo agente, até o limite da herança, conforme o inciso XLV do art. 5º da CF e o § 3º do art. 122 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

> *CF - Art. 5º*
> *XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;*
>
> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 122.*
> *§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.*

Acrescente-se que, no caso de ato funcional de natureza ímproba, para que se cogite de enquadramento no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, tomando por definição algum ato de improbidade administrativa definido no art. 10 da Lei nº 8.429, de 02/06/92 (qual seja, da espécie de ato gerador de dano ao erário), deve de fato a comissão estar diante de prática ensejadora do prejuízo e que tal prejuízo seja quantificável, cabendo-lhe inclusive tal quantificação (ainda que preliminar); em consequência desta linha interpretativa excludente, as condutas dolosas de natureza ímproba suscitadoras de inferência de algum dano ao erário mas em que este reste completamente inquantificável devem ser objeto de enquadramento no art. 9º ou no art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

3.1 - Dano Causado ao Erário

Ainda que comprovada administrativamente a culpa subjetiva do servidor, quando, no exercício do seu cargo, causa dano apenas ao próprio erário, a Administração, à vista da irredutibilidade salarial (do art. 7º, VI da CF) e do caráter alimentar da remuneração, somente pode proceder ao desconto em folha se o agente reconhecer aquela responsabilidade apurada. Caso não disponha de recursos e bens para pagar em até trinta dias mediante guia de recolhimento da União (GRU), deve então aquele servidor confesso autorizar desconto mensal, no limite mínimo de 10% da remuneração ou dos proventos, de acordo com a atual redação do *caput* e do § 1º do art. 46 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Ou seja, neste caso, a solução até pode se limitar à esfera administrativa, sem necessidade de a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ajuizar ação civil de cobrança forçada. Além de paradigmático julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) e de opinião da doutrina no mesmo sentido, se destaca a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares, da Consultoria-Geral da União (CNPAD/CGU/AGU),

estampada no Parecer n° 1/2019/CNPAD/CGU/AGU, ratificando a necessidade de concordância do servidor para este desconto nos moldes do *caput* e do § 1º do art. 46 da Lei nº 8.112, de 1990.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*
> *§ 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*
> *§ 2º Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*
> *§ 3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*
>
> *Parecer nº 1/2019/CNPAD/CGU/AGU: "Ementa: 4. Na ocorrência de dano quantificado e atualizado monetariamente, o recolhimento pode ser voluntário, nos termos do art. 46 da Lei n. 8.112/90.*
> *29. Assim, somente é cabível o ressarcimento de prejuízo ao erário por meio de desconto em folha de pagamento ou Guia de Recolhimento da União - GRU, se houver concordância do servidor, na forma prevista no art. 46 da Lei nº 8.112/90."*
>
> *STF, Mandado de Segurança nº 24.182: "Ementa: 2. Desaparecimento de talonários de tíquetes-alimentação. Condenação do impetrante, em processo administrativo disciplinar, de ressarcimento ao erário do valor do prejuízo apurado. 3. Decisão da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados de desconto mensais, em folha de pagamento, sem a autorização do servidor. 4. Responsabilidade civil de servidor. Hipótese em que não se aplica a auto-executoriedade do procedimento administrativo. 5. A Administração acha-se restrita às sanções de natureza administrativa, não podendo alcançar, compulsoriamente, as consequências civis e penais. 6. À falta de prévia aquiescência do servidor, cabe à Administração propor ação de indenização para a confirmação, ou não, do ressarcimento apurado na esfera administrativa. 7. O Art. 46 da Lei nº 8.112, de 1990, dispõe que o desconto em folha de pagamento é a forma como poderá ocorrer o pagamento pelo servidor, após sua concordância com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado."*
>
> *"[o desconto em folha] é válido inclusive na hipótese prevista no § 6º do art. 37 da CF, mas, em qualquer caso, é necessária a concordância do responsável, porque a Administração não pode lançar mão dos bens de seus servidores, nem gravar unilateralmente seus vencimentos, para ressarcir-se de eventuais prejuízos. Faltando-lhe esta aquiescência, deverá recorrer às vias judiciais, quer propondo ação de indenização contra o servidor, quer executando a sentença condenatória do juízo criminal ou a certidão de dívida ativa (no caso de alcances e reposições de recebimentos indevidos)." Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", pg. 465, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001*
>
> *"Da mesma forma, o processo disciplinar não é o meio adequado para se quantificar o prejuízo causado pela Administração Pública. No máximo ele vai apontar a existência de prejuízo, contudo sua função precípua não é esta, mas sim apurar o que aconteceu na esfera disciplinar, focando-se na conduta*

> *humana. O resultado contábil desta conduta humana, muitas vezes, terá de ser delimitado em outro tipo de processo (tomada de contas especial ou um processo judicial).*
> *Além disso, mesmo que se chegue à conclusão de que o servidor condenado em processo disciplinar por um ilícito disciplinar é responsável também por um prejuízo financeiro à administração (ilícito civil) ainda assim não poderá a Administração obrigar o servidor, apenas com base no processo disciplinar, a ressarcir ao erário o prejuízo causado. O Supremo Tribunal Federal (...), no Mandado de Segurança nº 24.182-9 (...), decidiu que '...5. A Administração acha-se adstrita às sanções de natureza administrativa, não podendo alcançar, compulsoriamente, as consequências civis e penais. 6. À falta de prévia aquiescência do servidor, cabe à Administração propor ação de indenização para a confirmação, ou não, do ressarcimento apurado na esfera administrativa'.", Vinícius de Carvalho Madeira, "Lições de Processo Disciplinar", pg. 18, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

A propósito, ao se mencionar e reproduzir o *caput* do art. 46 da Lei nº 8.112, de 1990, convém estabelecer a definição de erário, em contraposição a patrimônio público. O termo "erário", como sinônimo de cofres públicos, reflete a ideia de dinheiros ou recursos públicos e abarca todos os valores monetários e mobiliários ou bens e mercadorias em poder da Administração e destinados à venda ou de qualquer forma conversíveis em moeda. Daí, erário ou cofres públicos significam, em síntese, delimitadamente, o conjunto de bens e de interesses de natureza econômico-financeira de cada um dos entes federados, quais sejam, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, relevando para o presente o que concerne à União. Diferentemente, de forma mais abrangente, a expressão "patrimônio público" (ou patrimônio nacional) alcança não só os bens e direitos de valor econômico, mas também aqueles de natureza artística, histórica, turística ou estética pertencentes a cada ente federado, conforme se mantém até os presentes dias a definição estabelecida pelo art. 1º, § 1º da Lei nº 4.717, de 29/06/65 (a chamada Lei da Ação Popular). Daí, patrimônio público ou nacional significa, em síntese, todos os bens públicos permanentes ou de consumo, materiais ou imateriais, ainda que não destinados à venda e não conversíveis em dinheiro.

Ainda nos termos da literalidade do *caput* do art. 46 da Lei nº 8.112, de 1990, convém coletar as didáticas definições que se extraem da jurisprudência para os termos "reposição" e "indenização" que o legislador empregou *no caput* daquele comando legal, conforme também aduz a doutrina, dando a entender que o gênero das devoluções (ou dos ressarcimentos, como sinônimos) ao erário se desdobra em reposições, decorrentes em geral de condutas infracionais, e indenizações, decorrentes de condutas não necessariamente infracionais, o que também se coaduna com o § 1º do art. 122.

> *STJ, Recurso Especial nº 800.405, Voto: "a) reposição: devolução feita ao erário, pelo servidor público, de determinado quantum, em razão de recebimento indevido (normalmente de remuneração ou proventos) ou de indenização indevida (art. 45, parágrafo único, e art. 46, da Lei n. 8.112/90);*
> *b) indenização: reparação do dano causado pelo servidor público ao erário no exercício de suas funções (art. 46, da Lei n. 8.112/90);*
> *c) alcance: diferença para menos apurada em um processo de tomada de contas entre os valores confiados a um funcionário público, ante o cargo por ele ocupado ou função pública por ele desempenhada, perante a Administração, em virtude de ter havido sua sonegação, extravio ou desvio (art. 214, §1º e art. 225, §1º, da Lei n. 1.711/52, e art. 1º, do Decreto-lei n. 3.415/41)."*

> *"Fixa este dispositivo que qualquer devolução ou ressarcimento de dinheiro aos cofres públicos por servidor será deduzido de seu pagamento mensal, em parcelas que não excedam a décima parte do conjunto da remuneração ou do provento, em valores atualizados. Quer isto dizer que, tanto aquelas devoluções*

> *devidas por atos dolosos ou culposos do servidor, quanto aquelas devidas por erros escusáveis ou involuntários (sendo que as primeiras são o que a lei deve ter querido significar indenização, e a segunda reposição), após terem os seus valores apurados em expediente administrativo onde precisa até mesmo ser ouvido o servidor, garantindo-se-lhe defesa, serão deduzidas automaticamente pela Administração a cada pagamento mensal. As parcelas deduzidas não poderão exceder a décima parte do vencimento mais vantagens permanentes (remuneração, caso o servidor seja ativo) ou do provento (da aposentadoria ou da disponibilidade, caso seja inativo).” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis”, pg. 110, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

As hipóteses de resolução administrativa de reparação do dano ao erário, sempre exigindo a aquiescência do servidor, podem ser instrumentalizadas por meio de termo de ajustamento de conduta (TAC), instaurado pelo Chefe de Escor (ou excepcionalmente pelo Corregedor) e com rito próprio previsto na Instrução Normativa (IN) CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2010; ou por meio de sindicância ou de processo administrativo simplificado instruídos pelos mínimos atos processuais exigidos na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e instaurados pelo gestor local da unidade de ocorrência do fato; ou ainda, por fim, por meio da sindicância disciplinar ou do PAD (embora não se confundam as repercussões administrativas destes ritos, com eventuais apenações estatutárias, com o pagamento em si da reposição, que tranacende estes dois ritos correcionais). O curso de tais ritos pode servir para comprovar, assegurada prerrogativa de defesa, a existência do dano ao erário decorrente de conduta funcional, para quantificá-lo e para dar ciência ao servidor da convicção que é lhe contrária e coletar sua concordância em ressarcir, na forma estabelecida no art. 46 da Lei nº 8.112, de 1990.

Ainda em âmbito administrativo, não contando com aquiescência do servidor, cite-se, como residual instrumento para a Administração buscar o ressarcimento do prejuízo causado ao erário, a instauração de tomada de contas especial (que será detalhada ao final deste texto).

Prosseguindo na hipótese de o servidor não reconhecer sua responsabilidade pelo dano e sua obrigação de repará-lo, deve a Administração, por meio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ingressar no Poder Judiciário, a fim de ver inscrito em dívida ativa não tributária o débito apurado pela comissão. Muito superficialmente, apenas mencione-se que com esta inscrição, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional formará unilateralmente um título executivo, que redundará em um processo de execução. Já a execução desta dívida ativa não tributária, independentemente de em qual Ministério tenha se originado, se concentrará na Procuradoria-Geral da União, órgão também da estrutura da Advocacia-Geral da União e ao qual compete representar, judicialmente, os interesses da União no litígio civil, que se estabelecerá contra o servidor, pois o princípio da indisponibilidade do interesse público concede discricionariedade para a Administração dispor da reparação a favor do agente. Conforme o art. 122, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, na falta de bens que assegurem a execução judicial do débito, a indenização pode ser liquidada na forma de desconto na remuneração ou nos provento do servidor (novamente no limite mínimo de 10% da remuneração, de acordo com a atual redação do *caput* e do § 1º do art. 46 da Lei nº 8.112, de 11/12/90).

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 122.*
> *§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.*

Também cabe inscrição em dívida ativa se o agente for ex-servidor e não houver aquiescência em ressarcir, no prazo de sessenta dias, o dano ao erário causado enquanto servidor. Neste sentido é a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio da

CNPAD/CGU/AGU, novamente estampada no Parecer n° 1/2019/CNPAD/CGU/AGU

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 47. O servidor em débito com o erário, que for demitido, exonerado ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, terá o prazo de sessenta dias para quitar o débito. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*
> *Parágrafo único. A não quitação do débito no prazo previsto implicará sua inscrição em dívida ativa. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*
>
> *Parecer n° 1/2019/CNPAD/CGU/AGU: "32. (...). A inscrição em dívida ativa e posterior cobrança judicial ou extrajudicial encontra-se prevista para a hipótese de não quitação do débito se o servidor for demitido, exonerado, ou tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, ou seja, pressupõe processo disciplinar com penalidade aplicada ou saída voluntária do serviço público. Nestes casos, o débito deverá ser solvido no prazo de sessenta dias. Caso não ocorra o pagamento nesse prazo, somente então o débito será inscrito em dívida ativa, consoante dispõe o art. 47, da Lei nº 8.112/90."*

Por fim, pode ser necessário provocar apurações até em processos civis judiciais (ação de reparação de dano - ou ação indenizatória - ou ação específica para apurar a responsabilidade civil e até, em extremo, ação civil pública de improbidade administrativa), antes mesmo de apurações administrativas, à vista da consagrada independência das instâncias.

> *STJ, Recurso Especial nº 1.163.8551. "Ementa: Em se tratando de responsabilidade civil de servidor público por conduta dolosa ou culposa causadora de dano ao erário, somente se houver sua autorização formal será possível a realização de descontos em seus vencimentos de valores devidos a título de ressarcimento, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.112/90, ou de sua cobrança por meio da emissão de GRU, como no caso. Se não houver, contudo, sua expressa anuência, é necessário o ajuizamento de ação judicial pela Administração com a finalidade de, apurada sua responsabilidade civil subjetiva, condená-lo a ressarcir o prejuízo causado ao erário."*

3.2 - Dano Causado a Particular, Ação Regressiva e Denunciação à Lide

Por outro lado, se a ação do servidor acarreta dano a particular, em decorrência do art. 37, § 6º da CF, a análise requer uma separação de efeitos. Primeiramente, a responsabilização civil de ressarcir a vítima recai sobre o Estado, abrangendo o *quantum* o particular perdeu, despendeu e deixou de ganhar em decorrência do sinistro (ou seja, abrange desde o dano emergente até o lucro cessante). Aqui, diferentemente da necessidade de se comprovar culpa subjetiva do agente, de acordo com o que a doutrina chama de teoria do risco administrativo (que assume a existência de um risco inerente da atividade pública sobre o particular), basta à vítima comprovar objetivamente a ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre este dano e a ação ou omissão da Administração para que já se justifique o dever estatal de indenizar, não lhe sendo necessário comprovar a culpa da Administração ou de seu agente. A responsabilização do Estado diante do terceiro é de natureza meramente objetiva. É como se aqui se operasse uma inversão do ônus da prova, incumbindo à Administração comprovar a culpa de terceiro, ou a culpa concorrente ou exclusiva da vítima, ou força maior e caso fortuito, para excluir ou atenuar sua responsabilidade civil de reparar.

> *CF - Art. 37.*
> *§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Complementando a análise, retornando o foco para a repercussão sobre o servidor, relembre-se que, conceitualmente, a responsabilização civil de reparar o dano causado no exercício do seu cargo requer a comprovação, administrativa ou judicial, de que a conduta eivou-se de dolo ou culpa. Não havendo estes elementos da conduta, resta apenas a responsabilização objetiva do Estado em indenizar o particular.

Ou seja, para o caso em que a atitude dolosa ou culposa do servidor, no exercício do seu cargo, causa dano a terceiro, têm-se duas relações jurídicas de naturezas totalmente distintas: além da já mencionada responsabilidade civil objetiva, na modalidade risco administrativo (que liga o particular à Administração, para a qual basta a comprovação do dano e da relação causal entre a atividade pública e o prejuízo), surge ainda, entre a Administração e o seu servidor, a responsabilidade subjetiva contra este último, que requer a comprovação da sua atitude culposa ou dolosa.

Neste caso, de dano dolosa ou culposamente causado pelo servidor a particular, no exercício de seu cargo, ao contrário de quando o dano é causado apenas ao próprio erário, sempre haverá processo judicial, com participação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Procuradoria-Geral da União. A União somente indeniza o particular após decisão judicial definitiva de ação indenizatória (não lhe é dado o direito de dispor do interesse público, ressarcindo amigavelmente o particular). A vítima não tem relação direta com o servidor, que somente responde por seus atos (dolosos ou culposos) perante a Administração.

O art. 37, § 6º da CF assegura à Administração, uma vez indenizada a vítima, o direito de propor ação regressiva contra seu servidor cuja culpa subjetiva já foi previamente comprovada. Assim, não há ação regressiva contra o servidor sem as anteriores condenação definitiva da Administração e comprovação da culpa subjetiva do agente.

> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 122.*
> *§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.*

A jurisprudência tem aceitado a denunciação à lide, instituto previsto no art. 125, II do CPC, com o qual o autor ou o réu do processo judicial chama a juízo terceira pessoa tida como garantia do seu direito, a fim de vê-lo desde já resguardado, caso venha a ser vencido na lide. Tendo a vítima arguido na inicial da ação indenizatória não só a responsabilidade objetiva do Estado mas também a culpa subjetiva do agente, é cabível o emprego daquele instituto jurídico (não é cabível a denunciação à lide quando não se argúi a culpa subjetiva do agente, pois se estaria incluindo fato novo não alegado na inicial). Assim, a União contesta a ação indenizatória movida pelo particular e denuncia, como litisconsórcio, o servidor já previamente responsabilizado.

4 - TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

Complementando o tema de possíveis responsabilizações administrativa e civil do servidor em decorrência de atos funcionais culposos ou dolosos causadores de algum tipo de dano material, revela-se necessário descrever o rito do processo administrativo de tomada de contas especial (TCE). Embora este instituto não se insira na matéria administrativa disciplinar e também não seja a forma mais comum de a Administração buscar a reparação de prejuízo ao erário, por um lado, justifica-se aproveitar tal abordagem para fazê-la de forma bem detalhada e dedicando-lhe amplo espaço, pois, talvez justamente por não ser comum sua instauração, nas oportunidades em que isto se exige, se verificam grandes insegurança e desconhecimento do tema; por outro lado, justamente por ser a TCE um procedimento de natureza residual e excepcional na Administração e por fugir ao interesse prioritário deste texto, optou-se em inserir o tema em um Anexo, apartado da matéria disciplinar, apenas como

uma fonte a mais de informação acessória.

No escopo do presente texto, sobretudo neste Anexo, as expressões “unidade de origem” e “autoridade ordenadora de despesas” (que, no caso da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, significa os titulares das unidades, tais como Superintendentes, Delegados, Inspetores e Agentes e a quem o ordenamento impôs determinadas providências) se reportam à unidade onde se deu o fato danoso e a seu titular. Assim, destacando que um dos objetivos desta abordagem de TCE é alertar às autoridades locais determinadas imposições de lei acerca do tema e que são pouco conhecidas, chama-se a atenção para as passagens em que se relata dever da autoridade ordenadora de despesas.

4.1 - Aspectos Preliminares à Sua Instauração

Iniciando a abordagem do tema por seu sentido mais amplo, é certo que as autoridades administrativas que figuram em seus órgãos ou unidades como ordenadores de despesas são obrigadas, no encerramento de cada ano civil, a demonstrar ao Tribunal de Contas da União a regularidade da guarda e da aplicação destes recursos. Nos termos do § 1º do art. 80 do Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67, que dispõe sobre a organização da Administração federal, ordenadores de despesas são agentes públicos que emitem empenho, autorizam pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou que por eles respondem. Em geral, a competência de ordenador de despesas, que engloba toda a administração e gerência de dinheiros, bens e valores públicos, recai especificamente sobre o próprio titular do órgão ou unidade, não havendo vedação de delegação para a autoridade subordinada que figura como seu gestor financeiro.

> *Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67 - Art. 80.*
> *§ 1° Ordenador de despesas é tôda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.*

Assim, de imediato, vem à tona o conceito de processo de tomada (ou prestação) de contas, como o procedimento ordinário por meio do qual, anualmente e de forma obrigatória, a autoridade ordenadora de despesas do órgão ou unidade submete suas contas à devida apreciação do órgão constitucionalmente competente para a função de controle externo na Administração Pública federal. Conceitualmente, se difere a tomada de contas como o instrumento de controle a que se submetem os órgãos da Administração Pública direta, enquanto os órgãos da Administração Pública indireta e demais pessoas jurídicas de cujo capital a União tenha controle ou participe apresentam prestação de contas.

> *CF - Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.*
> *Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98)*
> *Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:*
> *II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;*

> *VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;*
> *§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.*

A par desta demonstração ordinária anual da guarda e da aplicação de dinheiros, bens e valores públicos, na dinâmica do dia a dia da Administração, podem ocorrer irregularidades associadas ao dever de a autoridade prestar contas ou irregularidades acarretadoras de dano ao erário que, por força de lei, obrigam uma imediata e excepcional prestação de contas. Surge, então, o conceito que aqui mais interessa, que é o do processo de TCE, pelo qual, em circunstância especial, tomam-se ou analisam-se de imediato as contas da autoridade ordenadora de despesas ou do responsável pelo dano, conforme previsto na parte final do inciso II do art. 71 da CF.

Diferentemente da tomada (ou prestação) de contas ordinária, por meio da qual a autoridade previamente já se encontra obrigada a demonstrar a movimentação de dinheiros, bens e valores públicos geridos pelo órgão ou unidade a cada período de um ano, a TCE, diante de determinadas ocorrências definidas em lei, associadas à gestão orçamentária, contábil, financeira e patrimonial, surge como o possível instrumento para apurar eventuais fatos ilícitos causadores de dano ao erário, identificar os respectivos responsáveis e quantificar os decorrentes prejuízos ao erário, com vista ao seu ressarcimento.

> *Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67 - Art. 84. Quando se verificar que determinada conta não foi prestada, ou que ocorreu desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública, as autoridades administrativas, sob pena de co-responsabilidade e sem embargo dos procedimentos disciplinares, deverão tomar imediatas providências para assegurar o respectivo ressarcimento e instaurar a tomada de contas, fazendo-se as comunicações a respeito ao Tribunal de Contas.*

Atentando para o vigente contexto constitucional, a base legal da TCE encontra-se atualmente na Lei nº 8.443, de 16/07/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), mais especificamente em seu art. 8º. Este dispositivo, de imediato, determina que a autoridade competente (sem especificar quem seja) tome as necessárias providências para instauração de TCE exclusivamente nas seguintes situações:

- omissão no dever de prestar contas anuais;
- não comprovação da aplicação de recursos repassados pela União;
- ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos (desfalque ou alcance é qualquer diferença decorrente de culpa ou dolo nas contas do responsável por recursos públicos; desvio ocorre quando o agente emprega o recurso público em finalidade diversa daquela inicialmente determinada, sem se apropriar);
- ou prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário.

> *Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 8° Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5° desta lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.*

Depreende-se da lista exaustiva de fatos ensejadores elencados no *caput* do art. 8º da Lei nº 8.443, de 16/07/92, que a intenção do legislador, *a priori*, foi de restringir a necessidade de instauração da TCE, em síntese, a três fatispécies: omissão do ordenador de despesas no dever de prestar contas, apresentação de contas de forma irregular pelo ordenador de despesas e, genericamente, atos ilegais, ilegítimos ou antieconômicos causadores de dano ao erário.

E desta lista também se extraem os requisitos elementares para sua instauração de TCE. Embora possa não parecer *a priori*, todos os fatos ensejadores têm em comum serem causadores de dano ao erário. Primeiramente, de forma mais cristalina, pode se ter o dano concretamente caracterizado, como em casos de perda, extravio ou desvio de bens ou recursos. Mas também se justifica a instauração em casos de omissão ou de não comprovação da regular aplicação de recursos públicos pois nestes casos há o dano presumido (correspondente ao montante de recursos sem aplicação correta comprovada). Daí, em consequência, de uma forma ou de outra, surge o primeiro pressuposto para a instauração da TCE, que é a existência de débito. O débito se configura quando o dano (ou prejuízo) concreto ou presumido é quantificável (seja por verificação exata, seja estimativa confiável e conservadora) e possuidor de significado econômico que justifique a instauração da TCE com vista à sua cobrança. Não se cogita de instauração de TCE sem dano ao erário concreto ou presumível ou com dano que se compreenda não quantificável.

Ato contínuo, aliado ao débito, surge o segundo requisito elementar para instauração de TCE, que é a identificação do agente causador do dano associada à comprovação da sua conduta de índole subjetiva. Sendo certo que tanto a linha de responsabilização administrativa quanto a civil são de natureza subjetiva, se, por um lado, a instauração de TCE requer a prévia constatação de ocorrência de dano ao erário (e em valor de certa relevância econômica), por outro lado, não basta a ocorrência objetiva do fato danoso, pois o processo em tela requer ainda a comprovação de conduta culposa ou dolosa do agente em ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico.

Em outras palavras, como requisitos elementares da instauração de TCE, têm-se a quantificação em débito do dano ao erário concreto ou presumido (seja por verificação exata, seja por estimativa), a identificação do(s) agente(s) responsável(is) e a relação de causalidade entre sua(s) conduta(s) culposa(s) ou dolosa(s) e o dano.

Ainda nesta linha de traçar as condições racionais e econômicas para que se tenha de suportar o excepcional ônus de instaurar uma TCE, tem-se que a regulamentação do tema a cargo do Tribunal de Contas da União, por meio da Instrução Normativa (IN) TCU nº 71, de 28/11/12, positiva as inferências acima descritas, tendo lhes atribuído o *nomen juris* de pressupostos para instauração de TCE, e aborda a questão da quantificação.

> *IN TCU nº 71, de 28/11/12 - Art. 5º É pressuposto para instauração de tomada de contas especial a existência de elementos fáticos e jurídicos que indiquem a omissão no dever de prestar contas e/ou dano ou indício de dano ao erário. (Redação dada pela IN TCU nº 76, de 23 de novembro de 2016)*
> *Parágrafo único. O ato que determinar a instauração da tomada de contas especial, deverá indicar, entre outros: (Incluído pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *I - os agentes públicos omissos e/ou os supostos responsáveis (pessoas físicas e jurídicas) pelos atos que teriam dado causa ao dano ou indício de dano identificado; (Incluído pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *II - a situação que teria dado origem ao dano ou indício de dano a ser apurado, lastreada em documentos, narrativas e outros elemento sprobatórios que deem suporte à sua ocorrência; (Incluído pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *III - exame da adequação das informações contidas em pareceres de agentes públicos, quanto à identificação e quantificação do dano ou indício de dano; (Incluído pela IN TCU nº 76, de 2016)*

> *IV - evidenciação da relação entre a situação que teria dado origem ao dano ou indício de dano a ser apurado e a conduta da pessoa física ou jurídica supostamente responsável pelo dever de ressarcir os cofres públicos. (Incluído pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *Art. 8º A quantificação do débito far-se-á mediante:*
> *I - verificação, quando for possível quantificar com exatidão o real valor devido; ou*
> *II - estimativa, quando, por meios confiáveis, apurar-se quantia que seguramente não excederia o real valor devido.*
> *Art. 9º A atualização monetária e os juros moratórios incidentes sobre o valor do débito devem ser calculados segundo o prescrito na legislação vigente e com incidência a partir da data de ocorrência do dano.*

Daquelas três possibilidades de fatos ensejadores, por terem um foco subjetivo mais restrito, aqui não se dedicará atenção às hipóteses de instauração de TCE em razão de omissão da autoridade em prestar suas contas anuais ou por fazê-lo irregularmente ou por qualquer outro motivo afeto exclusivamente à área de controle interno e em razão de participação no ato causador de dano cometido por terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) estranhos aos quadros da Administração não sujeitos à responsabilização disciplinar mas ainda assim sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas da União.

Portanto, à vista da terceira e última fatispécie suscitadora da instauração de TCE (atos ilegais, ilegítimos ou antieconômicos causadores de dano), tem-se que podem se submeter a este procedimento extraordinário não só autoridades ordenadoras de despesas obrigadas a prestar contas mas também servidores e empregados públicos, contratados, conveniados e até particulares (inclusive pessoas jurídicas), por condutas que acarretem dano ao erário, sobretudo na guarda, uso ou destinação de bens públicos.

Em decorrência, sob o enfoque específico dos atos funcionais que podem ser cometidos por um servidor qualquer - não necessariamente autoridade ordenadora de despesa e com o que se excluem da análise os atos de omissão ou irregular prestação de contas -, restam residualmente como objeto do presente os atos funcionais ilegais de desfalque ou desvio de bens bem como os atos funcionais ilegítimos ou antieconômicos que causem dano ao erário. E sob a ótica do regime disciplinar, tal abordagem se justifica porque estes atos guardam, com certa frequência, alguma correlação com a matéria disciplinar.

Não obstante estes atos poderem ser cometidos por um servidor qualquer, obrigam providências a serem tomadas pela autoridade ordenadora de despesas, providências estas que, em geral, sequer fazem parte do rol cotidiano de atividades desenvolvidas pela autoridade. De imediato, como exemplos de atos funcionais danosos, pode-se citar perda, desaparecimento, roubo, furto, quebra ou dano de bens públicos (permanentes ou de consumo). Uma outra situação que também pode ocorrer é de o agente público (do Fisco, por exemplo, investido na atribuição legal de arrecadar para os cofres públicos), em conduta culposa ou dolosa, suspender em favor do contribuinte um crédito tributário já lançado. Advirta-se que a simples exemplificação com estes atos não significa que a sua ocorrência, de imediato, deve implicar na instauração de TCE. Tal hipótese somente se justifica em caso de total omissão da autoridade e em que não resta nenhuma outra possibilidade de ressarcimento ao erário. Daí porque, na contrapartida, outras condutas funcionais cotidianas omissivas ou comissivas, em princípio, não geram obrigação de instaurar TCE (ocorrência de decadência ou de prescrição, lançamento a menor, etc), bem como também não se cogita de TCE enquanto a Administração dispuser de outros meios para buscar o ressarcimento.

Embora possa soar estranho que, ao final de um processo de TCE, um simples servidor sem posição de autoridade ordenadora de despesas e que não se obriga à prestação de contas possa ser objeto de um julgamento de “contas irregulares”, tal expressão é cabível porque, à luz do ordenamento de regência, qualquer agente público ou mesmo particular (pessoa física

ou jurídica) se equipara a um gestor no que se refere a bens, valores e recursos públicos aos quais, de qualquer forma, tem acesso.

É de se perceber que as situações acima exemplificadas, dentro do foco estabelecido de atenção e para as quais o ordenamento em tela imporia a instauração de TCE, também se amoldam às competências da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, fazendo com que esta diligencie com vista a igualmente obter o ressarcimento ao erário, porém sob outro rito (inscrição do débito em dívida ativa não tributária, formando unilateralmente um título executivo, que redundará em um processo de execução, a cargo da Procuradoria-Geral da União, órgão também da estrutura da Advocacia-Geral da União e ao qual compete representar, judicialmente, os interesses da União no litígio civil, que se estabelecerá contra o servidor), conforme descrito no **tópico 3**. Embora aqui se esteja abordando a TCE, é de se reconhecer que, na verdade, a hipótese mais usual de a Administração ser ressarcida de algum prejuízo é por meio do rito acima, envolvendo a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e a Procuradoria-Geral da União, por ser mais célere. O fato é que, para aqueles exemplos de atos funcionais de razoável frequência para os quais aqui se desperta interesse (abstraindo-se da análise atos restritivamente de gestão e de controle interno), há, no ordenamento pátrio, uma superposição de competências, podendo, então, se ter em curso, simultaneamente, até duas formas de se buscar o ressarcimento ao erário.

Prosseguindo na linha de excepcionalidade de instauração da TCE, tem-se que a já mencionada IN TCU nº 71, de 28/11/12, desde seu preâmbulo, vai além na busca do atendimento ao princípio da economia processual, ao permitir que a autoridade administrativa, ao verificar algum dos fatos ensejadores previstos no *caput* do art. 8° da Lei nº 8.443, de 16/07/92, antes de imediatamente instaurar o processo (conforme primeira leitura do texto legal), ainda tome todas as providências administrativas internamente cabíveis com vista a caracterizar (comprovar e quantificar) ou a elidir (suprimir) o dano.

> *IN TCU nº 71, de 28/11/12 - Considerando que é dever do administrador público federal adotar medidas imediatas, com vistas ao ressarcimento de dano ao Erário, independentemente da atuação do Tribunal de Contas da União;*
> *Considerando que o Tribunal de Contas da União, na condição de órgão julgador dos processos em que se apura a ocorrência de dano ao Erário, somente deve ser acionado após a autoridade administrativa competente ter adotado, sem sucesso, as medidas administrativas necessárias à caracterização ou à elisão do dano;*
> *Considerando que os processos de ressarcimento de dano ao Erário devem pautar-se pelos princípios da racionalidade administrativa, do devido processo legal, da economia processual, da celeridade, da ampla defesa e do contraditório;*
> *Art. 3º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio, contrato de repasse, ou instrumento congênere, da ocorrência de desfalque, alcance, desvio ou desaparecimento de dinheiro, bens ou valores públicos, ou da prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade competente deve imediatamente, antes da instauração da tomada de contas especial, adotar medidas administrativas para caracterização ou elisão do dano, observados os princípios norteadores dos processos administrativos.*

Dentro do escopo que aqui se destacará, ou seja, ocorrência de fatos envolvendo dinheiros, bens ou valores que ensejam simultaneamente responsabilização disciplinar e civil, passíveis de serem cometidos por qualquer servidor ou chefias de menor hierarquia, esta obrigação imposta pelo *caput* do art. 3º da IN TCU nº 71, de 28/11/12, de tomar todas as providências internamente cabíveis antes de instaurar a TCE, bem como aquele dever estatuído no art. 8º da Lei nº 8.443, de 16/07/92, de, se for o caso, proceder à instauração deste procedimento específico, recaem precipuamente sobre titulares de órgãos ou unidades

ou ordenadores de despesas.

Cabe aqui abrir um parêntese na descrição instrumental dos antecedentes da TCE para destacar que, no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, caso ocorram ilícitos disciplinares nas unidades responsáveis pelas matérias fiscal ou previdenciária que acarretem dano ao erário, as obrigações de tomar aquelas iniciativas prévias e, se for o caso, mais excepcionalmente, de se ter de instaurar a decorrente TCE, não recaem sobre os Escor ou sobre a Coger. A única competência associada à ordenação de despesas regimentalmente prevista no sistema correcional recai sobre o Corregedor, mas tão somente no que diz respeito a pagamentos de diárias e passagens para servidores e colaboradores eventuais convocados para trabalhos na área disciplinar.

> *Portaria MF nº 430, de 2017 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 232. Ao Serviço de Atividades Administrativas (Sesad) e às Seções de Atividades Administrativas (Sasad) compete gerir e executar as atividades relativas ao pessoal, ao apoio administrativo, à gestão de documentos e aos serviços gerais.*
> *Parágrafo único. Ao Sesad da Coger e à Sasad da Copei compete, ainda, gerir e executar as atividades financeiras e orçamentárias relativas ao deslocamento de servidores e colaboradores eventuais, no interesse das atividades da Coger e da Copei, respectivamente.*
> *Art. 330. Ao Corregedor incumbe:*
> *VIII - praticar os atos de gestão dos recursos orçamentários e financeiros destinados ao pagamento de diárias e passagens, nos deslocamentos de servidores e colaboradores eventuais no interesse da Coger.*

No caso de ilícitos cometidos por servidores da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil nas matérias fiscal ou previdenciária que acarretem dano ao erário, a responsabilidade de promover as diligências em favor de caracterizar ou de elidir o dano - que adiante serão expostas - recai sobre a autoridade local que detenha competência de ordenador de despesas na unidade de lotação do responsável ou de ocorrência do fato. Ou seja, originariamente, tal competência recai sobre os titulares de unidades (Superintendente, Delegado, Inspetor ou Agente), sem vedação de delegação para a chefia da projeção local do macroprocesso de trabalho de materiais e logística (Copol e suas projeções regionais), isto porque, ainda no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, a atividade de controle interno é regimentalmente atribuída a este macroprocesso de trabalho.

> *Portaria MF nº 430, de 2017 - Regimento Interno da RFB - Anexo I - Art. 165. À Coordenação-Geral de Programação e Logística (Copol) compete gerenciar as atividades relativas à gestão:*
> *I - de materiais e serviços;*
> *II - de imóveis e obras;*
> *III - de mercadorias apreendidas;*
> *IV - documental;*
> *V - do planejamento orçamentário;*
> *VI - da execução orçamentária e financeira;*
> *VII - contábil, exceto quanto aos registros contábeis relacionados a créditos tributários; e (Redação dada pela Portaria MF nº 331, de 3 de julho de 2018)*
> *VIII - de contratos e de procedimentos licitatórios.*
> *Art. 174. À Divisão de Contabilidade (Ditab) compete gerir e executar as atividades relativas: (Redação dada pela Portaria MF nº 331, de 2018)*
> *I - à orientação e supervisão dos registros contábeis dos atos e fatos da gestão orçamentária, financeira e patrimonial das Unidades Centrais, das DRJs e das SRRFs, exceto quanto aos relacionados a créditos tributários; (Redação dada pela Portaria MF nº 331, de 2018)*
> *II - à elaboração da Prestação de Contas Anual da RFB, em articulação com a Audit e a Copav; e*

> *III - à elaboração de Tomadas de Contas Extraordinárias e Especiais no âmbito das Unidades Centrais.*
> *Art. 247. Às Divisões de Programação e Logística (Dipol) das SRRF compete, no âmbito da respectiva região fiscal, gerir e executar as atividades relativas aos processos de trabalho relacionados no art. 165.*
> *Parágrafo único. Às Dipols compete o disposto neste artigo também em relação às DRJs e às subunidades das Unidades Centrais localizadas no respectivo município.*
> *Art. 248. Aos Serviços de Programação e Logística (Sepol) das SRRFs compete, no âmbito das respectivas unidades e das Unidades Administrativas vinculadas, nos termos do Anexo XXI, gerir e executar as atividades relativas aos processos de trabalho relacionados no art. 165.*
> *Art. 305. Aos Serviços de Programação e Logística (Sepol), às Seções de Programação e Logística (Sapol) e aos Núcleos de Programação e Logística (Nupol) compete gerir e executar as atividades relativas aos processos de trabalho relacionados nos incisos III e IV do art. 164, no âmbito da respectiva unidade e das Unidades Administrativas vinculadas, nos termos do Anexo XXI.*
> *Parágrafo único. Aos Sepols, às Sapols e aos Nupols compete o disposto neste artigo também em relação às DRJs e às subunidades das Unidades Centrais localizadas nos municípios sob sua respectiva jurisdição.*

No âmbito do Poder Executivo, esta competência recai sobre a Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Secretaria Federal de Controle Interno (CGU/SFC), que detém a competência para avaliar a execução dos orçamentos da União, fiscalizar a implementação dos programas de governo e fazer auditorias sobre a gestão dos recursos públicos federais sob a responsabilidade de órgãos e entidades públicos e privados, entre outras funções. Convém esclarecer que, nas passagens em que a normatização de regência do tema menciona, de forma genérica, "órgão do controle interno", é à CGU/SFC que está se reportando.

> *Lei nº 13.844, de 18/06/19 - Art. 51. Constituem área de competência da Controladoria-Geral da União:*
> *I - providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal;*

Retomando à descrição da instrumentalização precedente à TCE, aquelas providências iniciais mencionadas no *caput* do art. 3º da IN TCU nº 71, de 28/11/12, visando à caracterização ou à elisão do dano, podem ser, por exemplo - e costumam mesmo ser assim - diligenciar no sentido de promover a apuração da responsabilidade administrativa, por meio de TAC, sindicância investigativa ou disciplinar ou de PAD, seja pessoalmente instaurando, seja representando à outra autoridade competente (dependendo do ordenamento interno do órgão). Neste ponto, convém ressaltar que, embora a atenção na presente análise se concentre justamente nos fatos que simultaneamente provocam repercussão administrativa e civil, a procedimentalização em apreço não se confunde com sindicância (investigativa ou disciplinar) ou com PAD. O que pode ocorrer é se ter alguma inter-relação entre a posterior TCE e a instância disciplinar, sendo comum e até recomendável aquela decorrer de apuração previamente realizada nesta (em que se configurou a responsabilização subjetiva do servidor), tendo-a posteriormente como peça de instrução.

> *TCU, Súmula nº 86: "No exame e julgamento das tomadas e prestações de contas de responsáveis por bens e dinheiros públicos, quando se verificar qualquer omissão, desfalque, desvio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública, levar-se-á em linha de conta, como elemento subsidiário, o inquérito administrativo instaurado pela autoridade competente."*

Naquelas hipóteses excepcionais e residuais para as quais se cogita de instauração de TCE, a providência acautelatória de se buscar comprovar a responsabilização disciplinar, de índole subjetiva, por meio de sindicância disciplinar ou de PAD, antes da instauração do rito excepcional da TCE se justifica, visto que, em geral, de início, o que se tem é apenas uma representação ou denúncia de suposto ato irregular, ainda sem nenhuma comprovação nem da materialidade, nem da autoria e sequer do dano.

Nesta linha, dentre as possibilidades acima, no caso específico de desaparecimento ou dano de bem público no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, conforme já aduzido no **tópico 2**, o ordenamento infralegal determina que, antes de se cogitar de instauração de TCE, incumbe à autoridade local a tentativa de celebração de TAC, de acordo com o estabelecido na IN CGU/CRG nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, ou a instauração de sindicância, nos termos do art. 3º da Portaria RFB nº 6.483, de 2017. Somente caso se extrapolem as alçadas de aplicação daqueles ritos inquisitoriais e se depare com indícios de irregularidade funcional cometida com culpa ou dolo por servidor é que representará à Coger ou Escor para que seja instaurada instância disciplinar (sindicância disciplinar ou PAD).

Atendendo ao dispositivo do *caput* do art. 3º da IN TCU nº 71, de 28/11/12, tem-se que, quando ainda internamente no órgão ou unidade local, já se consegue apurar os elementos materiais não só do ato infracional, de natureza culposa ou dolosa, por parte do servidor mas também do correspondente dano, antes de se instaurar a TCE, deve o titular do órgão ou unidade ou a autoridade ordenadora de despesas intimá-lo a comparecer e a se manifestar acerca da imputação. Caso o responsável não atenda à intimação e não compareça na data e hora aprazadas, deve a autoridade autuar o devido termo de não comparecimento e se ainda vislumbrar possibilidades de prosseguir nas apurações e diligências internas com o objetivo de obter o ressarcimento amigável, deve fazê-lo. Caso o responsável compareça, deve a autoridade notificá-lo do valor do débito imputado, atualizado monetariamente e com os encargos legais (juros de mora), bem como da disposição da Administração em celebrar um acordo, para que o ressarcimento (por reposição ou por indenização) se dê de forma amigável, com o recolhimento espontâneo do valor ou com autorização para que se proceda ao desconto em folha de pagamento, nos termos previstos no art. 46 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Destaque-se que a busca da composição amigável atende simultaneamente aos princípios da indisponibilidade do interesse público e da economia processual. Ainda na hipótese de o responsável ter comparecido, deve a autoridade reduzir a termo o teor da notificação e a manifestação volitiva do agente, concordando ou não com a proposta de acordo. Se o responsável acatar o acordo, devem os autos ser remetidos para as áreas de gestão de pessoas e de controle interno, para que, caso atestem a proposta, tomem as providências necessárias para sua efetivação, dispensando-se instauração de TCE.

> *IN DTN/MEPF nº 8, de 21/12/90 - 10.2. No caso de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade que resulte prejuízo para a Fazenda Nacional, apurada na forma legal, o dirigente máximo da entidade ou o ordenador de despesa, de ofício ou por solicitação do órgão setorial de controle interno ou do órgão de contabilidade analítica da administração federal direta ou indireta, notificará o responsável para que recolha o valor do débito imputado, acrescido de correção monetária e juros de mora, contados a partir da data do fato gerador, na forma do subitem 10.10, até a data do recolhimento.*
>
> *Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*
> *§ 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

> *§ 2º Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*
> *§ 3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União é no sentido de que, abstraindo-se da hipótese de conivência entre a autoridade ordenadora de despesas e o agente causador do dano, a responsabilidade daquela, em regra, esgota-se com a adoção de providências visando à caracterização do dano e à consequente reparação do prejuízo, ou, por outro lado, se cabível, à elisão do dano.

> *TCU, Tomada de Contas nº 001.634/93-3, Decisão nº 255/1993, Voto: "De alta relevância é a questão de se definir a responsabilidade do Administrador perante esta Corte de Contas. Prescreve o art. 84 do Decreto-Lei nº 200, de 25.02.67: (...). No mesmo sentido, preconiza a Lei Orgânica deste Tribunal (Lei nº 8.443, de 16.07.92), no seu art. 8º: (...). Esses mandamentos legais se referem à responsabilidade de duas pessoas: 1º) da autoridade administrativa que, por dever de ofício, constata a irregularidade; 2º) do autor do ato lesivo ao patrimônio público. Salvo conivência, a responsabilidade do primeiro se esgota com a adoção de imediatas providências para reparação do prejuízo, fazendo o processo tramitar em consonância com as normas vigentes."*

Além de tudo acima exposto, tamanho é o caráter excepcional da TCE e tão forte é a base principiológica ora calcada na economia processual que, ainda que configurado o dano e tendo se esgotado infrutíferas as providências preliminares a cargo da autoridade administrativa, tem-se que a IN TCU nº 71, de 28/11/12, estabelece duas hipóteses de dispensa da instauração da TCE na unidade de origem - e, como consequência, permite que, caso tenha sido precipitadamente instaurada, seja arquivada, na própria unidade ou no órgão de controle interno (a CGU), não a remetendo ao TCU, ou já nesta Corte de Contas.

Segundo o inciso I do *caput* do art. 6º da IN TCU nº 71, de 28/11/12, em vista do princípio da eficiência, dispensa-se a instauração de TCE quando o valor do débito, independentemente do ânimo subjetivo (culpa ou dolo), for inferior a R$ 100.000,00 (este valor é atualizado periodicamente). Mas o § 1º do mesmo art. 6º em conjunto com o inciso IV do art. 15, ambos da citada IN, ressalvam a não dispensa da TCE em que haja débitos associados a mesmo agente e perante o mesmo órgão ou entidade que somem mais de R$ 100.000,00 e o subsequente § 2º não exime a autoridade competente das medidas a seu alcance ou de provocar a instância judicial, se for o caso, a fim de obter o ressarcimento.

Como parênteses, informe-se que, a rigor, mesmo neste caso, a autoridade administrativa deve adotar todas as medidas internas com vista ao ressarcimento e providenciar a inclusão do nome do responsável no Cadastro Informativo dos Débitos não Quitados de Órgãos e Entidades Federais (Cadin), regulado pela Lei nº 10.522, de 19/07/02). Não obstante, havendo diversos débitos de baixo valor de um mesmo responsável, perante o mesmo órgão, que, ao serem somados, extrapolam aquele limite, devem ser consolidados em TCE (sem prejuízo da inclusão do nome do responsável no Cadin e das tentativas internas para obter o ressarcimento).

A segunda hipótese de dispensa de instauração da TCE na unidade de origem se dá quando já transcorreu prazo de dez anos do fato ensejador sem que tenha havido qualquer notificação ao responsável, segundo o inciso II do *caput* do art. 6º da mesma IN.

> *IN TCU nº 71, de 28/11/12 - Art. 6º Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, nas seguintes hipóteses:*

> *I - o valor do débito for inferior a R$ 100.000,00, considerando o modo de referenciação disposto no § 3º deste artigo; (Redação dada pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *II - houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente;*
> *§ 1º A dispensa de instauração de tomada de contas especial de valor inferior ao estabelecido no inciso I do caput não se aplica aos casos em que a soma dos débitos de um mesmo responsável atingir o referido valor. (Incluído pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *§ 2º A dispensa de instauração de tomada de contas especiais, conforme previsto no inciso I do caput, não exime a autoridade administrativa de adotar outras medidas administrativas ao seu alcance ou requerer ao órgão jurídico pertinente as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis, com vistas à obtenção do ressarcimento do débito apurado, inclusive o protesto, se for o caso. (Incluído pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *§ 3º Para fins da aplicação do inciso I do caput, deverá proceder-se do seguinte modo: (Incluído pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *I - no caso de o fator gerador do dano ao erário ser anterior a 1º de janeiro de 2017, o valor original deverá ser atualizado monetariamente até essa data; (Acórdão nº 957/2017-TCU-Plenário, de 17/5/2017) (Incluído pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *II - no caso de o fato gerador do dano ao erário ser posterior a 1º de janeiro de 2017, o valor a ser comparado com o valor-referência definido no inciso I deste artigo será o valor original do débito, sem atualização monetária. (Acórdão nº 957/2017-TCU-Plenário, de17/5/2017) (Incluído pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *Art. 15. A autoridade competente deve:*
> *I - registrar nos cadastros de devedores e nos sistemas de informações contábeis, especialmente no previsto na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, as informações relativas ao valor do débito e à identificação dos responsáveis*
> *II dar ciência da providência indicada no inciso anterior ao responsável;*
> *III - registrar e manter adequadamente organizadas as informações sobre as medidas administrativas adotadas com vistas à caracterização ou elisão do dano;*
> *IV - consolidar os diversos débitos do mesmo responsável cujo valor seja inferior ao mencionado no art. 6º, inciso I, desta Instrução Normativa e constituir tomada de contas especial se o seu somatório, perante o mesmo órgão ou entidade repassadora, atingir o referido valor. (Redação dada pela IN CGU nº 76, de 2016)*

E, reforçando ainda este caráter residual da TCE no foco de interesse deste texto, à vista do princípio da economia processual, o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União também prevê uma hipótese de dispensa da instauração do processo na unidade de origem, quando não se cogita de má-fé do responsável e o dano tiver sido prontamente ressarcido. Neste caso, permite-se que tão somente o ordenador de despesas comunique o fato na sua próxima tomada de contas anual, ao final do exercício.

> *Resolução TCU n° 246, de 30/11/11 - Regimento Interno do TCU - Art. 197.*
> *§ 3º Na ocorrência de perda, extravio ou outra irregularidade sem que se caracterize a má-fé de quem lhe deu causa, se o dano for imediatamente ressarcido, a autoridade administrativa competente deverá, em sua tomada ou prestação de contas ordinária, comunicar o fato ao Tribunal, ficando dispensada desde logo a instauração de tomada de contas especial.*

Por fim, atingindo o último patamar da postura econômica prevista no ordenamento infralegal, mesmo tendo restado infrutíferas as medidas administrativas e não se enquadrando o caso nas hipóteses de dispensa de instauração, permite-se o arquivamento da TCE

porventura instaurada, em qualquer momento em que se detecta a absoluta ausência de um de seus pressupostos, seja pela comprovação da não ocorrência do dano, seja pelo fato de o débito ter sido recolhido. Esta segunda hipótese, de a responsabilização civil já ter sido devidamente suprida pelo responsável, pode se dar por pagamento espontâneo ou por meio do rito conduzido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e pela Procuradoria-Geral da União - e reconhece-se que estas duas formas de ressarcimento são mais comuns que a instauração de TCE. O rito que aqui se apresentará para a instauração e processamento da TCE tem como pressuposto que o débito não só existe comprovadamente como também encontra-se ainda em aberto. Ademais, agregando o parâmetro de relevância, a norma reitera a possibilidade de se ratificar a quantificação do débito inferior a R$ 100.000,00, agora como hipótese também de arquivamento. Neste caso de quantificação abaixo do valor limite já ocorrer após a instauração da TCE, esta deve ser anexada ao processo da respectiva tomada ou prestação de contas ordinária do administrador ou do ordenador de despesa.

> *IN TCU nº 71, de 28/11/12 - Art. 7º Serão arquivadas as tomadas de contas especiais, antes do encaminhamento ao Tribunal de Contas da União, nas hipóteses de:*
> *I - recolhimento do débito;*
> *II - comprovação da não ocorrência do dano imputado aos responsáveis;*
> *III - subsistência de débito inferior ao limite de R$ 100.000,00, de que trata o inciso I do art. 6º desta Instrução Normativa. (Redação dada pela IN TCU nº 76, de 2016)*
>
> *Resolução TCU nº 246 - Regimento Interno do TCU - Art. 199.*
> *§ 4º Se o dano for de valor inferior à quantia a que alude o caput, a tomada de contas especial será anexada ao processo da respectiva tomada ou prestação de contas ordinária do administrador ou ordenador de despesas, para julgamento em conjunto.*

À vista de todo exposto, percebe-se o quão inequívoca é a inteligência de que a TCE é tida como medida totalmente excepcional e residual, somente sendo cabível sua instauração após o esgotamento de todas as outras ferramentas administrativas a cargo da Administração com vista ao ressarcimento ou à elisão do dano e também que não seja hipótese normatizada de dispensa de instauração ou de arquivamento a qualquer tempo. E neste sentido é a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares, da Consultoria-Geral da União (CNPAD/CGU/AGU), estampada no Parecer n° 1/2019/CNPAD/CGU/AGU

> *Parecer nº 1/2019/CNPAD/CGU/AGU: "45. Pode ser instaurada pela autoridade competente do próprio órgão ou entidade jurisdicionada, assim entendida como a responsável pela gestão dos recursos, em face de pessoas físicas ou jurídicas que deram causa ou concorreram para a materialização do dano, depois de esgotadas as medidas administrativas internas com vista à recomposição do erário ou à elisão da irregularidade, tais como a notificação para reposição voluntária, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.112/90 e o processo administrativo previsto na Lei nº 9.784/99, mencionados acima.*
> *46. Portanto, antes da instauração de uma TCE, a autoridade máxima do Órgão deverá ter esgotado as medidas administrativas com vistas ao ressarcimento pretendido e o dano ao erário, atualizado monetariamente, deverá ser de valor igual ou superior à R$ 100.000,00 (cem mil reais), valor de alçada previsto no art. 6º, da IN TCU 71/2012.""*

Fora isto, na exceção residual, se o titular do órgão ou unidade ou a autoridade ordenadora de despesas intimar o responsável a comparecer e a se manifestar acerca da imputação e se este não atender à intimação de comparecer ou se comparecer e não acatar a proposta de acordo, tendo restado esgotadas todas as medidas administrativas internas e não logrando obter o ressarcimento amigável - e nem se enquadrando o caso nas hipóteses

normatizadas para dispensa ou para arquivamento -, resta à autoridade competente instaurar o procedimento específico da TCE.

> *Resolução TCU n° 246, de 30/11/11 - Regimento Interno do TCU - Art. 197.*
> *§ 2º Esgotadas todas as medidas ao alcance da autoridade administrativa e do órgão do controle interno, visando à apuração dos fatos irregulares, à perfeita identificação dos responsáveis e ao ressarcimento do erário, a tomada de contas especial será encaminhada ao Tribunal para julgamento, observado, quando couber, o art. 206.*

Similar resultado decorre da hipótese em que, infrutíferas as providências preliminares e ainda assim ordenador de despesas se mantém omisso. Esta total omissão configura irregularidade e sujeita a autoridade administrativa às responsabilizações e sanções cabíveis, inclusive solidariamente com o causador do dano. Neste caso, a TCE igualmente será instaurada, mas, desta vez, por determinação do Tribunal de Contas da União, com base no art. 8º, § 1º da Lei nº 8.443, de 16/07/92.

> *Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 8º*
> *§ 1° Não atendido o disposto no caput deste artigo, o Tribunal determinará a instauração da tomada de contas especial, fixando prazo para cumprimento dessa decisão*

4.2 - A Fase Interna da TCE

Com base no ordenamento infralegal, a instauração da TCE pelo titular do órgão ou unidade, que, como regra, é quem figura como ordenador de despesas (no caso da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, tal competência é dada aos titulares das unidades - Superintendente, Delegado, Inspetor e Agente -, não recaindo sobre a Coger e os Escor), exige a configuração do dano ao erário (que tanto pode ser dano comprovado, quando decorre de fato concreto, como perda, extravio ou desvio de recursos, quanto pode decorrer de presunção legal de dano, como omissão de prestar contas, que leva à presunção de prejuízo correspondente ao montante de recursos sem aplicação correta), guardando relação causal com a conduta culposa ou dolosa do servidor responsável, e que possa ser quantificado (por verificação exata ou por estimativa confiável e conservadora), como um débito com significado econômico a justificar a excepcional instauração. Além destes pressupostos e não sendo caso de dispensa, a TCE somente deve ser instaurada depois de restarem esgotadas e infrutíferas todas as prévias providências internas de serem tomadas pela autoridade, com vista ao ressarcimento do débito ou à elisão do dano.

Não tendo logrado a elisão do dano ou o ressarcimento ao erário por parte do agente causador do prejuízo, o ordenador de despesas se torna obrigado - até mesmo para se resguardar - a instaurar internamente a TCE, designando para isto um tomador de contas especial. Confoprme o art. 2º da Instrução Normativa (IN) TCU nº 71, de 28/11/12, o processo deve ser protocolizado em autos específicos, recebendo sua própria numeração, não devendo ser formalizado a partir de um outro qualquer.

> *IN TCU nº 71, de 28/11/12 - Art. 2º Tomada de contas especial é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento.*
> *Art. 4º Esgotadas as medidas administrativas de que trata o art. 3º desta Instrução Normativa sem a elisão do dano, a autoridade competente deve providenciar a imediata instauração de tomada de contas especial, mediante a autuação de processo específico, observado o disposto nesta norma.*
> *Art. 4º Esgotadas as medidas administrativas de que trata o art. 3º, sem a elisão*

> *do dano, e subsistindo os pressupostos a que se refere o art. 5º desta Instrução Normativa, a autoridade competente deve providenciar a imediata instauração de tomada de contas especial, mediante a autuação de processo específico. (Redação dada pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *§ 1º A instauração da tomada de contas especial de que trata o caput deste artigo não poderá exceder o prazo máximo de cento e oitenta dias, a contar: (Incluído pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *I - nos casos de omissão no dever de prestar contas, do primeiro dia subsequente ao vencimento do prazo para apresentação da prestação de contas; (Incluído pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *II - nos casos em que os elementos constantes das contas apresentadas não permitirem a conclusão de que a aplicação dos recursos observou as normas pertinentes e/ou atingiu os fins colimados, da data-limite para análise da prestação de contas; (Incluído pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *III - nos demais casos, da data do evento ilegítimo ou antieconômico,quando conhecida, ou da data da ciência do fato pela administração. (Incluído pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *§ 4º O Tribunal de Contas da União pode determinar a instauração de tomada de contas especial independentemente das medidas administrativas adotadas. (Incluído pela IN TCU nº 76, de 2016)*

A instauração, cuja base legal repousa no art. 8º da Lei nº 8.443, de 16/07/92, e nos dispositivos infralegais e regimentais internos, se dá por meio de portaria de pessoal, a ser publicada apenas internamente (a publicação em DOU somente se justifica se o processo também arrolar agentes estranhos à Administração Pública federal) e que qualifique o tomador de contas especial, faça apenas uma remissão genérica aos fatos constantes dos autos (sem descrever os supostos ilícitos e sem apontar responsável) e estabeleça prazo referencial para conclusão dos trabalhos. Destaque-se que a mencionada base legal da instauração não define a quantidade de agentes a conduzirem o procedimento (daí ser possível também se designar uma comissão de TCE) e o prazo para conclusão.

Não obstante estar devidamente formalizada em lei específica e também em normatização infralegal, em linhas gerais, a TCE é um processo administrativo, sendo nela aplicáveis, de forma subsidiária e no que forem cabíveis, os ditames da Lei nº 9.784, de 29/01/99. Neste rumo, para o tomador de conta especial, indubitavelmente, são válidos os requisitos de impedimento ou suspeição dos arts. 18 e 20 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, além de grau de parentesco até o 3º com o responsável, e podendo-se ainda priorizar a designação de servidor estável..

No caso específico da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, para se respeitar o mandamento da já mencionada Súmula nº 86 do TCU, interpreta-se que a instauração de TCE, pela autoridade ordenadora de despesas da unidade local (Superintendente, Delegado, Inspetor ou Agente), para casos de dano ou desaparecimento de bens, somente se justifica após se ter seguido o rito estabelecido na IN CGU nº 4, de 17/02/09, ou seja, após se ter levantado indícios de responsabilidade contra determinado servidor e ter-se instaurado o rito disciplinar (seja sindicância disciplinar, seja PAD), no qual se tenha comprovada a responsabilização subjetiva do servidor no ato causador do dano, nos termos já expostos no **tópico 2**.

Com a instauração de TCE originariamente no próprio órgão ou unidade onde tenha ocorrido o dano, após a autoridade local ter esgotado todas as providências internas e não sendo caso de dispensa, tem-se que, neste momento inaugural, o processo já deve estar instruído com a descrição dos fatos antecedentes, com a qualificação do responsável e com o demonstrativo financeiro do débito (seu valor original, a data de ocorrências e parcelas porventura já recolhidas). Na sequência, em função dos objetivos que se buscam com o processo, o tomador de contas especial deve instruí-lo com elementos probatórios formadores

de convicção e esclarecedores dos fatos irregulares ensejadores do dano, das condutas dos agentes e responsáveis solidários envolvidos e do nexo de causalidade entre estas condutas - dolosas ou no mínimo culposas - e o prejuízo.

> *IN TCU nº 71, de 28/11/12 - Art. 10. O processo de tomada de contas especial será composto pelos seguintes documentos: (Redação dada pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *I - relatório do tomador das contas, que deve conter: (Redação dada pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *a) identificação do processo administrativo que originou a tomada de contas especial; (Redação dada pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *b) número do processo de tomada de contas especial na origem;*
> *c) identificação dos responsáveis;*
> *d) quantificação do débito relativamente a cada um dos responsáveis;*
> *e) relato das situações e dos fatos, com indicação dos atos ilegais, ilegítimos ou antieconômicos de cada um dos responsáveis que deram origem ao dano;*
> *f) relato das medidas administrativas adotadas com vistas à elisão do dano;*
> *g) informação sobre eventuais ações judiciais pertinentes aos fatos que deram ensejo à instauração da tomada de contas especial;*
> *h) parecer conclusivo do tomador de contas especial quanto à comprovação da ocorrência do dano, à sua quantificação e à correta imputação da obrigação de ressarcir a cada um dos responsáveis;*
> *i) outras informações consideradas necessárias.*
> *§ 1º Devem acompanhar o relatório a que se refere o inciso I deste artigo as peças abaixo relacionadas, cuja localização nos autos deve ser informada, quando nele mencionadas: (Redação dada pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *a) dos documentos utilizados para demonstração da ocorrência de dano;*
> *b) das notificações remetidas aos responsáveis, acompanhadas dos respectivos avisos de recebimento ou de qualquer outro documento que demonstre a ciência dos responsáveis;*
> *c) dos pareceres emitidos pelas áreas técnicas do órgão ou entidade, incluída a análise das justificativas apresentadas pelos responsáveis; e*
> *d) de outros documentos considerados necessários ao melhor julgamento da tomada de contas especial pelo Tribunal de Contas da União.*
> *§ 2º A identificação dos responsáveis a que se refere a alínea "c" do inciso I deste artigo será acompanhada de ficha de qualificação do responsável, pessoa física ou jurídica, que conterá:*
> *a) nome;*
> *b) CPF ou CNPJ;*
> *c) endereço residencial e número de telefone, atualizados;*
> *d) endereços profissional e eletrônico, se conhecidos;*
> *e) cargo, função e matrícula funcional, ou matrícula no Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (SIAPE), se for o caso;*
> *f) período de gestão; e*
> *g) identificação do inventariante ou do administrador provisório do espólio e/ou dos herdeiros/sucessores, no caso de responsável falecido.*
> *§ 3º A quantificação do débito a que se refere a alínea "d" do inciso I deste artigo será acompanhada de demonstrativo financeiro que indique:*
> *a) os responsáveis;*
> *b) a síntese da situação caracterizada como dano ao erário;*
> *c) o valor histórico e a data de ocorrência;*
> *d) as parcelas ressarcidas e as respectivas datas de recolhimento.*
> *§ 4º As disposições deste artigo não se aplicam aos processos convertidos em tomada de contas especial pelo Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 47 da Lei 8.443/1992, sendo, nesse caso, obrigatória a cientificação do Ministro de Estado supervisor da área ou autoridade equivalente. (Incluído pela IN TCU nº 76, de 2016)*

Em suma, tendo a TCE o objetivo de apurar eventual responsabilidade por dano ao erário, que tem natureza subjetiva, deve estar amparada - se não o seu rito completo, pelo menos a decisão nela emanada - em toda a base principiológica da processualística administrativa, dentre a qual se destacam os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da presunção da inocência, do ônus probante de quem acusa ou de quem alega (exceto quando, por força de lei, esteja o responsável obrigado a prestar contas, como em caso de aplicação de recursos ou guarda de bens), da economia processual, da celeridade e da independência em relação à ação judicial de ressarcimento.

Neste aspecto, é de se reconhecer que, a rigor, a TCE, nesta sua primeira fase, doutrinariamente chamada de fase interna, que transcorre dentro do próprio órgão ou unidade de ocorrência do fato, tem índole inquisitorial, podendo se considerar satisfatória e regularmente instruída apenas com o levantamento dos já listados indícios de materialidade e autoria dos motivos que determinaram sua instauração, sem a estrita necessidade de se ofertar contraditório ao responsável nesta instrução preliminar. Todavia, à vista de que, ao final, se cogitará de responsabilidade civil, não há prejuízo em se estenderem, desde já, as garantias da ampla defesa e do contraditório (e seus corolários) nesta fase. Por exemplo, concedendo ao responsável vista e cópia integral dos autos com a instrução preliminar, além de dar-lhe ciência do valor apurado do dano e intimá-lo a se manifestar por escrito.

Se, mesmo após esta primeira manifestação do responsável nos autos, por meio de sua prova oral, restarem confirmados na TCE os elementos formadores de convicção contrária a ele (acerca da materialidade do fato irregular cometido, de sua responsabilidade subjetiva e do valor do dano), deve o tomador de contas especial desde já notificá-lo a recolher o valor ou a autorizar o desconto em folha nos moldes do art. 46 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Convém que também seja informado ao responsável que a fase interna da TCE contempla a possibilidade de ressarcimento amigável e que sua eventual decisão de não recolher o valor acarretará a remessa dos autos para o Tribunal de Contas da União, fazendo com que o processo tenha prosseguimento, em sua segunda fase, chamada de fase externa. Naquela segunda fase, se, por um lado, o responsável terá assegurado o exercício dos direitos à ampla defesa e ao contraditório, por outro lado, será submetido a formal julgamento da regularidade ou não de suas contas, com riscos de sanções pecuniárias e de outras naturezas cíveis em caso de decisão que lhe for contrária.

Caso o responsável acate a imputação e recolha o valor ou autorize seu débito, os autos devem ser encaminhados para as áreas de gestão de pessoas da própria unidade, para efetivação do pagamento. Nesta hipótese, ao fim da tramitação, a TCE será arquivada na própria unidade de origem, sem remessa ao Tribunal de Contas da União, conforme o inciso I do art. 7º da IN TCU nº 71, de 28/11/12 (cabendo à autoridade ordenadora de despesas apenas informar o ocorrido na prestação ordinária e anual de contas).

Não obstante, qualquer que seja a manifestação volitiva do responsável, o ordenamento prevê a complementação dos elementos de instrução do processo. Assim, o tomador de contas especial deve elaborar relatório dirigido à autoridade ordenadora de despesas, conforme o inciso I e o § 1º do art. 10 da IN TCU nº 71, de 28/11/12, com a identificação do processo administrativo, dos atos ilegais, ilegítimos ou antieconômicos que deram origem à TCE e do responsável; com a quantificação do débito; com a descrição das medidas preliminares em prol da elisão; com a informação de existência de procedimentos de outras instâncias (disciplinar ou judicial) e seu resultado; e com o seu próprio parecer conclusivo acerca da obrigação de ressarcir. Este relatório deve ainda se fazer acompanhar dos documentos de comprovação do fato, das notificações enviadas ao responsável e das suas manifestações e dos pareceres de análise técnica porventura emitidos.

Tendo se configurado débito, após o relatório do tomador de contas, a unidade de origem da TCE deve inscrever o responsável e o valor atualizado do débito no Sistema

Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi).

Ainda na fase interna, após análise meramente formal a cargo da autoridade ordenadora de despesas, não tendo havido ressarcimento do débito, devem os autos ser remetidos à Controladoria-Geral da União (CGU), mais especificamente à Secretaria Federal de Controle Interno (CGU/SFC), conforme o inciso II do art. 10 da IN TCU nº 71, de 28/11/12, para verificar o esgotamento das diligências a fim de caracterizar ou de elidir o dano ao erário e os aspectos formais da TCE, tais como sua adequação à normatização e sua correta instrução, podendo então acatar o trabalho ou determinar seu refazimento ou sua complementação. Este órgão do controle interno manifesta-se por meio do relatório, do respectivo certificado de auditoria e do parecer conclusivo do seu dirigente.

Após a manifestação do órgão do controle interno, o processo deve ser remetido, com minuta de pronunciamento ministerial, para o pronunciamento do Ministro de Estado da área onde ocorreu o fato, como forma de garantir ciência desta autoridade acerca das irregularidades apuradas na TCE, atestadas pelo tomador de contas especial e pela CGU/SFC.

> *IN TCU nº 71, de 28/11/12 - Art. 10. O processo de tomada de contas especial será composto pelos seguintes documentos:*
> *II - certificado de auditoria, acompanhado do respectivo relatório, em que o órgão de controle interno competente deve manifestar-se expressamente sobre:*
> *a) a adequação das medidas administrativas adotadas pela autoridade competente para a caracterização ou elisão do dano; e*
> *b) o cumprimento das normas pertinentes à instauração e ao desenvolvimento da tomada de contas especial;*
> *III - parecer conclusivo do dirigente do órgão de controle interno;*
> *IV - pronunciamento do Ministro de Estado supervisor da área ou da autoridade de nível hierárquico equivalente, atestando ter tomado conhecimento do relatório do tomador de contas especial e do parecer do órgão de controle interno.*

> *Lei nº 13.844, de 18/06/19 - Art. 51.*
> *§ 6º Os titulares dos órgãos do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal devem cientificar o Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União acerca de irregularidades que, registradas em seus relatórios, tratem de atos ou fatos atribuíveis a agentes da administração pública federal e das quais haja resultado ou possa resultar prejuízo ao erário de valor superior ao limite fixado pelo Tribunal de Contas da União para efeito da tomada de contas especial elaborada de forma simplificada.*

4.3 - A Fase Externa da TCE

Caso o responsável não recolha o valor e nem autorize seu desconto, estando os autos devidamente instruídos e sem vício formal, após as manifestações da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Secretaria Federal de Controle Interno (CGU/SFC) e do Ministro de Estado, deve o processo ser remetido, em meio eletrônico, em 180 dias, pelo respectivo Ministério ao Tribunal de Contas da União (TCU), onde se dará a segunda fase da TCE, com o seu julgamento, conforme os arts. 11 e 14 da Instrução Normativa (IN) TCU nº 71, de 28/11/12.

> *IN TCU nº 71, de 28/11/12 - Art. 11. A tomada de contas especial deve ser encaminhada ao Tribunal de Contas da União em até cento e oitenta dias após a sua instauração. (Redação dada pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *Art. 14. O processo de tomada de contas especial deve ser constituído e encaminhado ao Tribunal de Contas da União em meio eletrônico, salvo impossibilidade devidamente justificada. (Redação dada pela IN TCU nº 76, de 2016)*

Resolução TCU n° 246, de 30/11/11 - Regimento Interno do TCU - Art. 197.
§ 2º Esgotadas todas as medidas ao alcance da autoridade administrativa e do órgão de controle interno, visando à apuração dos fatos irregulares, à perfeita identificação dos responsáveis e ao ressarcimento do erário, a tomada de contas especial será encaminhada ao Tribunal para julgamento, observado, quando couber, o art. 206.

Na contrapartida sequenciada da primeira fase (que se resume em um procedimento sem rito previamente definido em lei e de índole inquisitorial e que visa tão somente ao ressarcimento amigável ao erário), esta fase externa da TCE, a cargo do Tribunal de Contas da União, decorre de que se, por acordo, não foi possível lograr o ressarcimento, o Estado, através daquela Corte, objetivará impô-lo por meio de formal julgamento, mediante rito legal e atendimento de garantias constitucionais. Conforme expressa a Lei nº 8.433, de 16/07/92, reportando-se exclusivamente a esta segunda fase, obrigatoriamente devem ser seguidos os princípios da ampla defesa e contraditório, visto que é na segunda fase que se firmará ou não a responsabilização e nela se dará o julgamento em caráter definitivo acerca da regularidade ou não das contas e da conduta do agente e com todos os ônus que esta decisão pode acarretar ao responsável (de natureza pecuniária, como multa, e outras formas de repercussão cível).

Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 31. Em todas as etapas do processo de julgamento de contas será assegurado ao responsável ou interessado ampla defesa.

O rito que ora se descreve para processo de TCE, com fases interna e externa, não é o único possível. Pode a Corte de Contas, após conhecimento de ato irregular causador de dano ao erário, formalizar de ofício processo de fiscalização de sua alçada e pode este processo ser convertido em TCE, sem necessidade de fase interna no órgão em que ocorreu o fato e de instrução nos termos estabelecidos no art. 10 da IN TCU nº 71, de 28/11/12.

É de se destacar que não há competência para a unidade de origem (no caso, a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil) julgar a TCE, ou seja, para declarar se as contas do responsável são regulares ou irregulares; tal competência é exclusiva do Tribunal de Contas da União. Diferentemente da instância disciplinar, não há a hipótese de a TCE ser julgada pela mesma autoridade que a instaurou. Uma vez instaurada a TCE e não tendo havido ressarcimento ou elisão do dano na fase interna, obrigatoriamente a autoridade administrativa remeterá o processo ao Tribunal de Contas da União, não cabendo àquela autoridade proferir julgamento. Mas advirta-se que a ausência de previsão legal para o órgão administrativo proceder a julgamento da TCE não interfere em seu dever de apurar a ocorrência do fato danoso, identificar o responsável, quantificar o dano e de esgotar todas as providências administrativas internas com vista ao ressarcimento ao erário ou, de outro lado, à elisão do dano. Somente na frustração destas tentativas deve a TCE ser remetida ao Tribunal de Contas da União que, na sua competência exclusiva, não só julgará se as contas são regulares ou irregulares mas também usará de maior poder coercitivo na busca do ressarcimento ao erário. O órgão onde ocorreu o fato danoso, por meio da autoridade ordenadora de despesas ou de sua projeção de controle interno, deve buscar ao máximo esgotar a questão em seu âmbito, atendendo ao entendimento emanado pelo próprio Tribunal de Contas da União de que esta Corte somente deve ser acionada residualmente, como se devesse ser vista como uma instância superior das contas dos administradores e demais responsáveis.

Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 8º
§ 2° A tomada de contas especial prevista no caput deste artigo e em seu § 1° será, desde logo, encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento, se o dano causado ao erário for de valor igual ou superior à quantia para esse efeito fixada pelo Tribunal em cada ano civil, na forma estabelecida no seu regimento interno.

A legislação de regência não determina prazo para conclusão da TCE (nem em sua fase interna e nem em sua fase externa, havendo prazo apenas para envio ao Tribunal de Contas da União) e é de se acrescentar que, por força do art. 37, § 5º e do art. 5º, XLV, ambos da CF, a responsabilização civil de reparar o dano é imprescritível e, não sendo punitiva, em caso de morte do responsável, pode ser estendida aos sucessores do agente responsabilizado, no limite do valor do patrimônio transferido. Se, por um lado, a jurisdição do Tribunal de Contas da União abrange os sucessores (conforme o art. 5º, IX da Lei nº 8.443, de 16/07/92), por outro lado, não havendo transferência de patrimônio, não se pode estender-lhes a responsabilidade pela reparação do dado.

À vista da possibilidade de longa demora até o julgamento da TCE, nada impede que o Tribunal de Contas da União provoque a Advocacia-Geral da União, a fim de que, por meio da Procuradoria-Geral da União, sejam tomadas medidas cautelares que evitem a diluição do patrimônio do responsável, para se resguardar o interesse público e o ressarcimento ao erário.

Na fase externa da TCE, de plano, pode o Tribunal de Contas da União arquivá-la, liminarmente, sem julgamento do mérito, quando verifica ausência de pressupostos para sua continuidade (dano ao erário causado por conduta culposa ou dolosa de responsável identificado) ou quando o valor do débito for inferior ao já mencionado limite de R$ 100.000,00, como o mínimo para se prosseguir com cobrança do débito, mas sem cancelar o débito.

> *Resolução TCU nº 246, de 30/11/11 - Regimento Interno do TCU - Art. 212. O Tribunal determinará o arquivamento do processo de prestação ou de tomada de contas, mesmo especial, sem julgamento do mérito, quando verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.*
>
> *Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 93. A título de racionalização administrativa e economia processual, e com o objetivo de evitar que o custo da cobrança seja superior ao valor do ressarcimento, o Tribunal poderá determinar, desde logo, o arquivamento do processo, sem cancelamento do débito, a cujo pagamento continuará obrigado o devedor, para que lhe possa ser dada quitação.*

Prosseguindo, não sendo o caso do liminar arquivamento, ainda antes do julgamento, o Tribunal de Contas da União de imediato realiza exame preliminar de admissibilidade, com o objetivo meramente formal de verificar a integral instrução do processo, podendo determinar seu retorno à unidade de origem na hipótese de falta de elemento previsto no art. 10 da IN TCU nº 71, de 28/11/12, uma vez que a TCE deve chegar ao Tribunal devidamente instruída, ou seja, com os fatos precisamente apurados e os responsáveis identificados (conforme já aduzido, tais conclusões podem - e até costumam - advir de sindicância investigativa ou disciplinar ou de PAD antecedentes à TCE, cujo relatório vale como peça de instrução), bem como o débito quantificado, sob pena de o processo ser restituído à origem, para complementação.

> *IN TCU nº 71, de 28/11/12 - Art. 13. Os processos de tomada de contas especial devem ser encaminhados ao Tribunal de Contas da União compostos das peças relacionadas no art. 10 desta Instrução Normativa.*
> *§ 1º O processo de tomada de contas especial será devolvido pelo Tribunal de Contas da União ao órgão de controle interno se não atendidas as condições previstas no caput. (Redação dada pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *§ 2º Em caso de restituição, o órgão de controle interno terá o prazo de sessenta dias para adoção de providências para saneamentodo processo e devolução ao Tribunal de Contas da União. (Redação dada pela IN TCU nº 76, de 2016)*
> *§ 3º O prazo definido no § 2º deste artigo está sujeito às disposições dos §§ 1º e 3º do art. 11 e do art. 12 desta Instrução Normativa. (Incluído pela IN TCU nº*

76, de 2016)

Superada esta primeira avaliação, procede-se ao exame inicial, em que se analisam materialmente o fato gerador, a identificação do responsável e o nexo causal de sua conduta e o dano, e a correta apuração do débito.

Neste momento, o Tribunal de Contas da União pode valer-se de diligências (para solicitar esclarecimentos por escrito) ou de inspeções (para realizar exames *in loco*), com o fim de suprir omissões ou lacunas ou esclarecer dúvidas na instrução.

Estando o processo devidamente instruído e, por um lado, não havendo excepcionalmente nenhuma conduta infracional e sequer erros formais, desde já o Tribunal de Contas da União julgará as contas regulares, em decisão formalizada por acórdão.

> *IN TCU nº 71, de 18/11/12 - Art. 16. A autoridade competente providenciará baixa da responsabilidade pelo débito se o Tribunal de Contas da União:*
> *I - considerar elidida a responsabilidade pelo dano inicialmente imputada ao responsável;*
> *II - considerar não comprovada a ocorrência de dano;*
> *III - arquivar o processo por falta de pressupostos de instauração ou desenvolvimento regular;*
> *IV - considerar iliquidáveis as contas;*
> *V - der quitação ao responsável pelo recolhimento do débito; ou*
> *VI - arquivar a tomada de contas especial com fundamento no art. 7º, inciso II, desta Instrução Normativa.*

Mas, por outro lado, estando configurada nos autos a irregularidade nas contas, o Tribunal de Contas da União definirá a responsabilidade individual ou solidária e, se houver dano ao erário, como forma de garantir exercício dos direitos da ampla defesa e do contraditório, procederá à citação do responsável (que, conforme art. 22 da Lei nº 8.443, de 16/07/92, deve ser preferencialmente pessoal, ou secundariamente por via postal com aviso de recebimento (AR, em que o remetente preenche um formulário próprio, que lhe é devolvido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, assinado e datado por quem recebeu a postagem, comprovando que a remessa foi entregue e quando o foi); ou, em caso de responsável não localizado após duas tentativas, por meio de edital em DOU), para que, em quinze dias, apresente, por escrito, suas alegações de defesa ou recolha o débito (que é o valor quantificado do dano ao erário, por exata verificação ou por estimativa), com atualização monetária e juros de mora. No caso de dano ou desaparecimento de bem, a base de cálculo pode ser o valor de mercado ou de aquisição no estado em que se encontrava, com os encargos legais.

Nos casos específicos em que há irregularidade nas contas mas não há dano ou o dano não é quantificável, também como forma de garantir o exercício da ampla defesa e do contraditório, o Tribunal de Contas da União determinará audiência do responsável para que ele apresente, por escrito, também em quinze dias, suas razões de justificativa para a irregularidade. O não atendimento da citação ou da audiência no prazo importará na declaração de revelia e, como regra, no julgamento condenatório do responsável, com todos os demais ônus e gravames que daí possam decorrer.

> *Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 12. Verificada irregularidade nas contas, o Relator ou o Tribunal:*
> *I - definirá a responsabilidade individual ou solidária pelo ato de gestão inquinado;*
> *II - se houver débito, ordenará a citação do responsável para, no prazo estabelecido no regimento interno, apresentar defesa ou recolher a quantia devida,*
> *III - se não houver débito, determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no regimento interno, apresentar razões de justificativa; não*

> *resulte dano ao erário;*
> *IV - adotará outras medidas cabíveis.*
> *§ 3° O responsável que não atender à citação ou à audiência será considerado revel pelo Tribunal, para todos os efeitos, dando-se prosseguimento ao processo.*
> *Art. 19.*
> *Parágrafo único. Instaurada a tomada de contas especial e citados os responsáveis, não se lhe admitirá o arquivamento, ainda na hipótese de o valor apurado como débito ser inferior ao limite estabelecido no art. 6º desta Instrução Normativa.*

Apresentada a defesa, dá-se o exame complementar do processo. Se este exame detalhado de mérito indicar a existência de irregularidade nas contas e débito a ressarcir mas concluir pela boa-fé do responsável, inexistindo outras irregularidades, a defesa será rejeitada e o responsável será cientificado para, em quinze dias, recolher a importância devida. A liquidação tempestiva deste débito saneará o processo e o Tribunal de Contas da União julgará as contas regulares com ressalva e dará quitação ao responsável.

> *Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 12.*
> *§ 1º O responsável cuja defesa for rejeitada pelo Tribunal será cientificado para, em novo e improrrogável prazo estabelecido no regimento interno, recolher a importância devida.*
> *§ 2° Reconhecida pelo Tribunal a boa-fé, a liquidação tempestiva do débito atualizado monetariamente sanará o processo, se não houver sido observada outra irregularidade nas contas.*

Por outro lado, não vislumbrando boa-fé do responsável ou havendo outras irregularidades, de imediato, o Tribunal de Contas da União julgará em definitivo o mérito pela irregularidade das contas, conforme determina o art. 202 do Regimento Interno da Corte, e cientificará o responsável para recolher, em quinze dias, o débito devido.

> *Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 12.*
> *§ 2° Reconhecida pelo Tribunal a boa-fé, a liquidação tempestiva do débito atualizado monetariamente sanará o processo, se não houver sido observada outra irregularidade nas contas.*

A *contrario sensu*, do ordenamento, extrai-se ainda a interpretação de que o recolhimento integral do débito, a não ser que reconhecida a boa-fé do responsável, não tem o condão de necessariamente modificar o julgamento de mérito pela irregularidade das contas.

Assim, em resumo, após o exame complementar e até o término do exercício seguinte àquele em que foram apresentadas, enfim, o Tribunal de Contas da União, em decisão formalizada por acórdão, julgará em primeira instância as contas:

- Regulares, quando a defesa ou as justificativas apresentadas convencerem da inexistência de conduta infracional e de falhas formais, dando quitação plena ao responsável.
- Regulares com ressalvas, quando a defesa ou as justificativas apresentadas convencerem da inexistência de conduta infracional mas houver falha formal, de que não resulte dano ao erário ou quando a defesa é rejeitada mas se configura boa-fé do responsável, dando quitação ao responsável e determinando as correções formais;
- Irregulares, quando restar configurada alguma das seguintes condutas infracionais: omissão no dever de prestar contas; prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico; ou desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos. Nas duas últimas hipóteses, o Tribunal de Contas da União

encaminhará cópia da documentação ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civil e penal;

- Iliquidáveis, quando caso fortuito ou força maior alheio à vontade do responsável torna impossível o julgamento em alguns dos três estágios acima, devendo serem trancadas as contas e arquivado o processo.

> *Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 16. As contas serão julgadas:*
> *I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;*
> *II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao erário;*
> *III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:*
> *a) omissão no dever de prestar contas;*
> *b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;*
> *c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;*
> *d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.*
> *§ 3° Verificada a ocorrência prevista no parágrafo anterior deste artigo, o Tribunal providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.*
> *Art. 20. As contas serão consideradas iliquidáveis quando caso fortuito ou de força maior, comprovadamente alheio à vontade do responsável, tornar materialmente impossível o julgamento de mérito a que se refere o art. 16 desta lei.*
> *Art. 21. O Tribunal ordenará o trancamento das contas que forem consideradas iliquidáveis e o consequente arquivamento do processo.*

No caso de julgamento pela irregularidade das contas, o responsável será condenado em débito e mais uma vez notificado a, em quinze dias, pagar o valor devido. Havendo débito, este valor devido será a quantia monetariamente atualizada acrescida dos encargos legais, podendo ainda receber multa de até 100% deste valor, se comprovada a má-fé (conforme o art. 57 da Lei nº 8.433, de 16/07/92); não havendo débito, deverá pagar uma multa (conforme o art. 58, I da Lei nº 8.433, de 16/07/92). A decisão (acórdão) publicada em DOU tem eficácia de título executivo para fundamentar a ação de cobrança judicial, tornando líquida e certa a dívida decorrente do débito e/ou da multa. Este título tem natureza extrajudicial, idêntico à certidão de dívida ativa da Fazenda Pública (conforme art. 784, IX do CPC). Assim, expirado o prazo legal de quinze dias após a notificação sem recolhimento por parte do responsável, o Tribunal de Contas da União poderá determinar o desconto integral ou parcelado da dívida na remuneração do responsável; ou poderá formalizar processo de cobrança executiva, encaminhado ao Ministério Público Federal junto ao próprio Tribunal para, por meio da Procuradoria-Geral da União (órgão da estrutura da Advocacia-Geral da União, competente para representar judicialmente a União neste processo no qual se encerra litígio de natureza civil), promover a cobrança judicial da dívida; e comunicará à autoridade ordenadora de despesas o julgamento pela irregularidade das contas, a fim de que aquela providencie a inclusão do nome do responsável no Cadin, caso já não estivesse incluído.

> *Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução.*
> *Parágrafo único. Não havendo débito, mas comprovada qualquer das*

ocorrências previstas nas alíneas "a","b" e "c" do inciso III, do art. 16, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso I do art. 58, desta lei.
Art. 23. A decisão definitiva será formalizada nos termos estabelecidos no regimento interno, por acórdão, cuja publicação no Diário Oficial da União constituirá:
I - no caso de contas regulares, certificado de quitação plena do responsável para com o erário;
II - no caso de contas regulares com ressalva, certificado de quitação com determinação, nos termos do art. 18 desta lei;
III - no caso de contas irregulares:
a) obrigação de o responsável, no prazo estabelecido no regimento interno, comprovar perante o Tribunal que recolheu aos cofres públicos a quantia correspondente ao débito que lhe tiver sido imputado ou da multa cominada, na forma prevista nos arts. 19 e 57 desta lei;
b) título executivo bastante para cobrança judicial da dívida decorrente do débito ou da multa, se não recolhida no prazo pelo responsável;
c) fundamento para que a autoridade competente proceda à efetivação das sanções previstas nos arts. 60 e 61 desta lei.
Art. 24. A decisão do Tribunal, de que resulte imputação de débito ou cominação de multa, torna a dívida líquida e certa e tem eficácia de título executivo, nos termos da alínea "b" do inciso III do art. 23 desta lei.
Art. 25. O responsável será notificado para, no prazo estabelecido no regimento interno, efetuar e comprovar o recolhimento da dívida a que se refere o art. 19 e seu parágrafo único desta lei.
Art. 28. Expirado o prazo a que se refere o caput do art. 25 desta lei, sem manifestação do responsável, o Tribunal poderá:
I - determinar o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos do responsável, observados os limites previstos na legislação pertinente; ou
II - autorizar a cobrança judicial da dívida por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal, na forma prevista no inciso III do art. 81 desta lei.

Além destas consequências, outras sanções podem ser aplicadas em decorrência do julgamento das contas como irregulares, tais como a declaração de inidoneidade para o particular infrator licitar ou contratar com a Administração, a declaração de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, a solicitação de arresto de bens para garantir o ressarcimento ao erário e o encaminhamento de notícia ao Ministério Público Eleitoral a fim da declaração da inelegibilidade do responsável.

Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.
Art. 60. Sem prejuízo das sanções previstas na seção anterior e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.
Art. 61. O Tribunal poderá, por intermédio do Ministério Público, solicitar à Advocacia-Geral da União ou, conforme o caso, aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, devendo ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados e sua restituição.
Art. 91. Para a finalidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea "g" e no art. 3º,

> *ambos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, o Tribunal enviará ao Ministério Público Eleitoral, em tempo hábil, o nome dos responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à realização de cada eleição.*

A partir da decisão condenatória em primeira instância, cabem ainda: recurso de reconsideração, apresentado em até quinze dias; embargos de declaração, em até dez dias; e recurso de revisão, em até cinco anos.

> *Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 32. De decisão proferida em processo de tomada ou prestação de contas cabem recursos de:*
> *I - reconsideração;*
> *II - embargos de declaração;*
> *III - revisão.*

Por fim, informa-se que, no sítio eletrônico do Tribunal de Contas da União (no *link* "Tomada de Contas Especial") e no sítio eletrônico da CGU (no *link* "Auditoria e fiscalização/Auditoria das Tomadas de Contas Especial/Manual de TCE"), encontram-se disponibilizados, respectivamente, o Manual de Instrução de Processos de Tomada de Contas Especial e o Manual de Análise e Instrução de Tomada de Contas Especial, cujas leituras se recomendam caso se necessite de maior aprofundamento no tema.

ANEXO III - ASSÉDIO MORAL E ASSÉDIO SEXUAL

De acordo com os mais conceituados lexicologistas, os termos “assediar” e “assédio” referem-se a condutas que visam a importunar ou constranger alguém, seja psicologicamente, seja fisicamente, mas, decerto, com insistência.

> *“Assediar: Perseguir com insistência (...) Importunar, molestar, com perguntas ou pretensões insistentes.”, Aurélio Buarque de Hollanda, “Novo Dicionário Eletrônico Aurélio”, Editora Positivo, versão 5.0.40, 2004*
>
> *“Assédio: Insistência impertinente, perseguição, sugestão ou pretensão constantes em relação a alguém.”, Antônio Houaiss, “Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa”, Editora Objetiva, versão 1.0, 2001*

Como reflexo do contexto atual das relações sociais e sobretudo das relações de trabalho, mais especificamente, duas espécies de assédio se destacam: o assédio moral e o assédio sexual. Introdutoriamente, se diferencia que, enquanto no primeiro, o agente visa a agredir a dignidade psíquica da vítima, no segundo, é a liberdade sexual que é ofendida.

Ambas espécies de assédio podem se materializar em qualquer esfera de relação humana - no ambiente familiar, escolar, acadêmico, profissional, religioso, etc -, mas é nas relações de trabalho que os temas assumem maior relevância e, consequentemente, com maior frequência, provocam o Direito. E, embora se reconheçam inúmeras e significativas peculiaridades entre o vínculo estatutário do servidor com a Administração e a relação trabalhista privada entre empregado e empregador (para a qual são mais aprofundadas e precipuamente se voltam as fontes doutrinária e jurisprudencial, que, a seguir, foram empregadas como referências), também se faz necessário inserir os temas daquelas duas espécies de assédio laboral na esfera pública e, consequentemente, no regime disciplinar.

1 - ASSÉDIO MORAL

1.1 - Conceituação de Assédio Moral

Pela natureza extremamente competitiva e globalizada da economia mundial, dos setores produtivos e das relações de trabalho, o assédio moral é um fenômeno que se manifesta mundo afora e tem sido objeto de atenção de estudiosos de diversas áreas do conhecimento humano (jurídica, médica, psicológica, sociológica, etc), sendo também registrado na literatura especializada como terror psicológico, *mobbing*, *emotional abuse or mistreatment*, *moral harassment*, *bullying*, *harcèlement moral*, *acoso moral*, dentre outras variações.

No Brasil, na ausência de lei de âmbito federal que defina assédio moral, assumem destaque os esforços doutrinários e jurisprudenciais com este fim. A leitura da literatura especializada e dos julgados existentes sobre o tema permite compreender que o assédio moral é hoje considerado pelos autores, estudiosos e magistrados como uma conduta prolongada no tempo, de forma reiterada ou sistematizada, de atitudes humilhantes, difamatórias ou constrangedoras contra subordinado, contra superior hierárquico ou contra colega de trabalho, desqualificando a vítima como pessoa e como trabalhadora e isolando-a do convívio, com o objetivo definido de atingir sua autoestima e a sua confiança, a ponto de fazê-la duvidar de sua própria integridade psicológica e de forçar sua saída do local de trabalho.

> *TRT da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 01361.2007.134.03.00.7: “Ementa: O assédio moral pode ser definido no local de trabalho como conduta abusiva, de natureza psicológica, exercida por uma ou mais pessoas sobre um colega,*

subordinado ou não, que atenta contra a dignidade psíquica deste, de forma reiterada, com o objetivo de comprometer seu equilíbrio emocional. O ilícito praticado pode estar afeto, como no caso dos autos, à intimidação na execução do trabalho, o qual ocorre quando se verifica atitudes inadequadas à real condição laborativa do empregado que precisa se reabilitar para o trabalho, cujo efeito é prejudicar a atuação da vítima, por criar uma situação que lhe é hostil. Comprovada tal conduta imprópria e abusiva, o dever de indenizar a vítima é medida que se impõe".

"(...) assédio moral é a deliberada degradação das condições de trabalho através do estabelecimento de comunicações não éticas (abusivas) que se caracterizam pela repetição por longo tempo de duração de um comportamento hostil que um superior ou colega(s) desenvolve(m) contra um indivíduo que apresenta, como reação, um quadro de miséria física, psicológica e social duradoura.", Heinz Leimann, "The Mobbing Enciclopaedia; file 12100e", citado por Rosana Santos Pessoa, "Assédio Moral nas Relações de Trabalho e o Sistema Jurídico Brasileiro", disponível em http://jus2.uol.com.br/ Doutrina/texto.asp?id= 14520 &p=1, acesso em 17/09/10

"O assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.", Marie-France Hirigoyen, "Mal-Estar no Trabalho: Redefinindo o Assédio Moral", pg. 17, Editora Bertrand Brasil, 2ª edição, 2005

"É a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego.", Margarida Maria Silveira Barreto, "Uma Jornada de Humilhações", Dissertação de Mestrado em Psicologia Social na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2000, citado por Rodrigo Cristiano Molon, "Assédio Moral no Ambiente de Trabalho e a Responsabilidade Civil", disponível em http://jus2.uol.com.br/ doutrina/texto.asp?id=6173 &p=1, acesso em 17/09/10

"(...) daquelas atitudes humilhantes, repetidas, aparentemente despropositadas, insignificantes, sem sentido, mas que ocorrem com uma frequência predeterminada, que vão desde o olhar carregado de ódio, o desprezo e a indiferença, passa pelo desprestígio profissional, por descomposturas desarrazoadas e injustas, tratamento vexatório, gestos obscenos, palavras indecorosas, culminando com o isolamento e daí descambando para a fase do terror total, com a destruição psíquica, emocional e existencial da vítima.
(...) todos aqueles atos comissivos ou omissivos, atitudes, gestos e comportamentos do patrão, da direção da empresa, de gerente, chefe, superior hierárquico ou dos colegas, que traduzem uma atitude de contínua e ostensiva perseguição que possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas, morais e existenciais da vítima.", Márcia Novaes Guedes, "Terror Psicológico no Trabalho", pgs. 23 e 32, Editora LTr, 2ª edição, 2005

"Com efeito, identifica-se por qualquer ato que viole a dignidade do trabalhador, atitudes humilhantes que vão desde o isolamento, passa pela desqualificação profissional e acaba no terrorismo visando a destruição psicológica da vítima. As razões de natureza pessoal podem ser a inveja que um colega desperta em outro, ou o modo como um chefe esconde sua limitação intelectual ou profissional, ou aquela em que a empresa desencadeia e acredita

> *nesse tipo de perversão como modo de aumentar a produtividade, ou mesmo para se livrar de empregados incômodos.", Rodrigo Cristiano Molon, "Assédio Moral no Ambiente de Trabalho e a Responsabilidade Civil", disponível em http://jus2.uol.com.br/ doutrina/texto.asp?id=6173&p=1, acesso em 17/09/10*
>
> *"Já o assédio moral (mobbing, bullying, harcèlement moral ou, ainda, manipulação perversa, terrorismo psicológico) caracteriza-se por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções.*
> *(...) o próprio conceito de assédio moral dispõe que a finalidade maior de tais condutas é a exclusão da pessoa do ambiente de trabalho, de modo que se expõe a vítima a situações de desigualdade propositalmente e, o que é mais importante, sem motivo legítimo. (...)*
> *Um dos elementos essenciais para a caracterização do assédio moral no ambiente de trabalho é a reiteração da conduta ofensiva ou humilhante, uma vez que, sendo este fenômeno de natureza psicológica, não há de ser um ato esporádico capaz de trazer lesões psíquicas à vítima.", Sônia Mascaro Nascimento, "O Assédio Moral no Trabalho", disponível em http:// jus2.uol.com.br/ doutrina/texto.asp?id=5433&p=1, acesso em 17/09/10*

Os trabalhos publicados sobre o tema reiteram como ferramentas da conduta de assédio moral o tratamento pessoal hostil, a recusa de comunicação direta, a disseminação de mentiras, boatos e calúnias tanto sobre a performance profissional quanto sobre a vida privada, as críticas injustificadas à qualidade do trabalho, as ofensas à vida privada, a indução ao erro atribuindo tarefas além da capacidade ou sem prover as necessárias condições de realização, a atribuição de tarefas irrelevantes ou abaixo da capacidade intelectual, a exposição a situações humilhantes, ridicularizantes, vexaminosas e constrangedoras, o incentivo a rivalidades, a atribuição de culpa por problemas no trabalho, a apropriação de créditos ou de ideias de trabalho, as transferências frequentes de local de trabalho, o isolamento do grupo e a ociosidade decorrente de não atribuição de tarefas, dentre outras.

> *"Abaixo está uma lista de atitudes hostis empregada pelos assediadores: 1. Deterioração proposital das condições de trabalho: Retirar da vítima autonomia; Não lhe transmitir mais as informações úteis para a realização de tarefas; Contestar sistematicamente todas as suas decisões; Criticar seu trabalho de forma injusta ou exagerada; Privá-la do acesso aos instrumentos de trabalho: telefone, fax, computador; Retirar o trabalho que normalmente lhe compete; Dar-lhe permanentemente novas tarefas; Atribuir-lhe proposital e sistematicamente tarefas inferiores às suas competências; Atribuir-lhe proposital e sistematicamente tarefas superiores às suas competências; Pressioná-la para que não faça valer seus direitos (férias, horários, prêmios); Agir de modo a impedir que obtenha promoção; Atribuir à vítima, contra a vontade dela, trabalhos perigosos; Atribuir à vítima tarefas incompatíveis com sua saúde; Causar danos em seu local de trabalho; Dar-lhe deliberadamente instruções impossíveis de executar; Não levar em conta recomendações de ordem médica indicada pelo médico do trabalho; Induzir a vítima ao erro; 2. Isolamento e recusa de comunicação: A vítima é interrompida constantemente; Superiores hierárquicos ou colegas não dialogam com a vítima; A comunicação com ela é unicamente por escrito; Recusam todo o contato com ela, mesmo o visual; É posta separada dos outros; Ignoram sua presença, dirigindo-se apenas aos outros; Proíbem os colegas de lhe falar; Já não a deixam falar com ninguém; A direção recusa qualquer pedido de entrevista; 3. Atentado contra a dignidade: Utilizam insinuações desdenhosas para qualificá-*

> *la; Fazem gestos de desprezo diante dela (suspiros, olhares desdenhosos, levantar de ombros...); É desacreditada diante dos colegas, superiores ou subordinados; Espalham rumores a seu respeito; Atribuem-lhe problemas psicológicos (dizem que é doente mental); Zombam de suas deficiências físicas ou de seu aspecto físico; É imitada ou caricaturada; Criticam sua vida privada; Zombam de suas origens ou nacionalidade; Implicam com suas crenças religiosas ou convicções políticas; Atribuem-lhe tarefas humilhantes; É injuriada com termos obscenos ou degradantes; 4. Violência verbal, física ou sexual: Ameaças de violência física; Agridem-na fisicamente, mesmo que de leve, é empurrada, fecham-lhe a porta na cara; Falam com ela aos gritos; Invadem sua vida privada com ligações telefônicas ou cartas; Seguem-na na rua, é espionada diante do domicílio; Fazem estragos em seu automóvel; É assediada ou agredida sexualmente (gestos ou propostas); Não levam em conta seus problemas de saúde.", Marie-France Hirigoyen, "Mal-Estar no Trabalho: Redefinindo o Assédio Moral", pg. 108, Editora Bertrand Brasil, 2ª edição, 2005, citado por Rodrigo Cristiano Molon, "Assédio Moral no Ambiente de Trabalho e a Responsabilidade Civil", disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/ texto.asp?id=6173&p=1, acesso em 17/09/10*

Em síntese, o assédio moral é uma conduta dolosa de agressão psicológica, executada de forma reiterada e sistemática e com a finalidade de excluir a vítima do ambiente de trabalho.

> *TRT da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 01281.2007.103.03.00.3: "Ementa: O assédio moral se configura quando uma pessoa ou grupo de pessoas exerce violência psicológica sobre um determinado empregado. Essa violência psicológica se dá de forma premeditada, sistemática, prolongada no tempo, e tem como objetivo desestruturar a vítima, para fazer com que ela procure meios de se afastar do emprego voluntariamente, seja através de pedido de demissão, transferência, remoção, ou aposentadoria precoce, dentre outros."*
>
> *"O mobbing visa dominar e destruir psicologicamente a vítima, afastando-a do mundo do trabalho. Nesse sentido é um projeto individual de destruição microscópica, (...) tudo para ver a vítima imobilizada, corrompida moralmente no seu próprio ambiente do trabalho.", Márcia Novaes Guedes, "Assédio Moral e Responsabilidade das Organizações com os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores", Revista da Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região (Amatra II), pg. 38, 2003, disponível em http://www.assediomoral.org/IMG/pdf/GUEDES_M.N._Assedio_moral_e_responsabilidade.pdf, acesso em 17/09/10*

Acrescente-se que os especialistas no tema assentam que a conduta de assédio moral, nos termos acima definidos, tem o condão de atuar tão fortemente no ambiente de trabalho e na dignidade e na integridade física e emocional da vítima que, comumente, esta apresenta sérios distúrbios físicos e emocionais.

> *TRT da 17ª Região, Acórdão nº 9.029/2002: "Ementa: A humilhação repetitiva e de longa duração interfere na vida do assediado de modo direto, comprometendo sua identidade, dignidade e relações afetivas e sociais, ocasionando graves danos à saúde física e mental, que podem evoluir para a incapacidade laborativa, desemprego ou mesmo a morte, constituindo um risco invisível, porém concreto, nas relações e condições de trabalho."*
>
> *"Se o assédio moral é capaz de transformar o ambiente de trabalho em um meio hostil, humilhante, intimidatório, e, portanto, desequilibrado, não se discute a sua capacidade de influir negativamente na higidez física e mental do trabalhador. As consequências são de tal forma lesivas que já existe, até mesmo, um quadro sintomatológico apresentado pelas vítimas, intensificados a medida em que aumenta a durabilidade e a crueldade das condutas.*

Tratando do tema sintomatologia, expõe Marie-France Hirigoyen:
'Esta sintomatologia é tão específica, que é possível para um clínico dotado de uma boa experiência nesse tipo de situação perceber o assédio moral unicamente a partir de suas consequências sobre a saúde das pessoas e assim distinguir as queixas abusivas'.
Estresse, ansiedade, depressão, distúrbios psicossomáticos são alguns dos problemas enfrentados pelas vítimas de assédio moral. A forma como cada um os manifesta varia de pessoa para pessoa. Discorrendo, ainda, sobre os distúrbios psicossomáticos, Marie-France Hirigoyen expõe que:
'O desenvolvimento dos distúrbios psicossomáticos é impressionante e grave, e de crescimento rápido. Acontece sob a forma de emagrecimentos intensos ou então rápidos aumentos de peso (quinze a vinte quilos em alguns meses), distúrbios endocrinológicos (problemas de tireóides, estômagos [...] crises de hipertensão arterial incontroláveis, mesmo sob tratamento, indisposições, vertigens, doenças de pele etc'.", Rosana Santos Pessoa, "Assédio Moral nas Relações de Trabalho e o Sistema Jurídico Brasileiro", disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14520&p=2, acesso em 17/09/10

1.2 - Classificação de Assédio Moral

Em função do(s) assediado(s) e do(s) assediador(es), o assédio moral pode ser classificado como vertical descendente, vertical ascendente, horizontal ou misto. Grosso modo, nas modalidades verticais, há vinculação hierárquica ou subordinação entre autor(es) e vítima(s); na modalidade horizontal, o assédio moral é exercido por próprios colegas de trabalho da vítima; e, na modalidade mista, somam-se as características das modalidades vertical e horizontal.

O assédio moral vertical descendente é a espécie mais frequente do fenômeno e se caracteriza pela conduta praticada pelo superior hierárquico (empregador ou chefe ou preposto, em sentido amplo) sobre o empregado subordinado. Em geral, além de fatores anímicos do agente (como, por exemplo, aspectos perversos de personalidade ou intenção de ocultar suas lacunas e incapacidades técnico-gerenciais por opressão), a conduta decorre de ambiente de trabalho extremamente competitivo em que, por submissão apenas às lógicas de mercado, se buscam incessantemente metas de produção e lucro, com administração autoritária e impositiva do medo e da insegurança ao corpo funcional em relação a desemprego. Também é usado como estratégia empresarial para forçar o empregado a se afastar de seu posto de trabalho sem ter de arcar com despesas indenizatórias, seja por meio de sucessivas e longas licenças por motivo de saúde, seja antecipando pedido de aposentadoria e, ainda, em casos mais agudos, forçando o empregado a pedir a própria dispensa ou levando-o a ato de insubordinação grave contra os detratores que lhe acarrete dispensa por justa causa. Estes casos podem ainda ser agravados com a cumplicidade dos demais empregados em relação às práticas opressoras do superior contra o assediado, como forma de autodefesa e sobrevivência do grupo, aumentando ainda mais a insegurança da vítima.

O assédio moral vertical ascendente é a espécie menos frequente do fenômeno, mas não rara, conforme sustenta a doutrina especializada. Caracteriza-se pela conduta praticada pelo empregado subordinado, ou por um grupo deles, contra o empregador ou chefe ou preposto. Pode ocorrer em ambientes de reestruturação organizacional, em que o novo chefe encontra ambiente hostil, ou em situações em que o(s) subordinado(s) não credita(m) confiabilidade ou competência ao superior hierárquico para desempenhar a função de chefia ou não acata(m) seus métodos de trabalhos e este não consegue se impor diante do(s) subordinado(s).

TRT da 4ª Região, Recurso Ordinário nº 0000571-38.2010.5.04.0404:

> *"Acórdão: (...) Diversamente do que reputou o Juízo de origem, tem-se que para a configuração do assédio moral a circunstância de a pessoa agredida ser subordinada hierarquicamente à agressora não se constitui em condição sine qua non. Com efeito, embora no mais das vezes o assédio moral, em termos de número de casos concretos, geralmente se apresente com a característica de verticalidade hierárquica - assim entendida a hipótese em que o agressor se vale de sua condição mais privilegiada dentro do organograma da empresa, para pressionar, humilhar, constranger ou aproveitar-se de alguma forma do subordinado -, isto não implica em que não possa se afigurar em situações tais como a presente, em que a agressão parte de uma subordinada, mas a empresa não toma atitude no sentido de preservar a funcionária agredida, ocupante de cargo de chefia, determinando que a funcionária agressora cesse com seu comportamento insidioso. Realmente, a prova carreada aos autos permite concluir que a autora se constituiu em vítima desamparada da agressão e das falácias da colega, a qual não ficou satisfeita com a promoção obtida por ela, passando a agredi-la e caluniá-la. (...)"*

O assédio moral horizontal se caracteriza pela conduta agressiva exercida por colega da própria vítima, também podendo ser cometido individualmente por apenas um agressor ou por um grupo. Este comportamento pode advir tanto de questões pessoais (intolerâncias ou preconceitos em função de sexo, raça, origem, orientação sexual, idade, religião, convicção política, estado civil, aparência física, estado de saúde, introspecção, etc) quanto da estrutura organizacional do trabalho (ambiente fortemente competitivo, que leva à inveja, ciúme e rivalidade contra aquele com quem se disputa determinada projeção ou promoção no trabalho ou contra aquele que mais produz ou que melhor se adequa às funções ou simplesmente que melhor se relaciona com a chefia). Este comportamento horizontal pode ser agravado se contar com a complacência do empregador ou chefia, seja por mera omissão, seja como forma de manipular, indiretamente por segregação, a maior produtividade.

A hipótese mais grave do assédio moral é a modalidade mista, em que a vítima sofre opressões tanto do empregador ou da chefia como também de colegas de trabalho. A superposição dos respectivos efeitos maléficos, segundo a doutrina especializada, leva mais rapidamente a vítima ao quadro de total incapacitação.

> *"A vítima escolhida é isolada do grupo sem explicações, passando a ser hostilizada, ridicularizada, inferiorizada, culpabilizada e desacreditada diante dos pares. Estes, por medo do desemprego e a vergonha de serem também humilhados associado ao estímulo constante à competitividade, rompem os laços afetivos com a vítima e, frequentemente, reproduzem e reatualizam ações e atos do agressor no ambiente de trabalho, instaurando o ´pacto da tolerância e do silêncio´ no coletivo, enquanto a vítima vai gradativamente se desestabilizando e fragilizando, ´perdendo´ sua auto-estima.", Margarida Maria Silveira Barreto, "Uma Jornada de Humilhações", Dissertação de Mestrado em Psicologia Social na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2000, citado por Rodrigo Cristiano Molon, "Assédio Moral no Ambiente de Trabalho e a Responsabilidade Civil", disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6173&p=1, acesso em 17/09/10*

1.3 - Exclusões do Conceito de Assédio Moral

Pelas definições doutrinárias e jurisprudenciais acima, depreende-se que a configuração do assédio moral requer a regularidade, a sistematização e a premeditação da conduta dolosa segregacionista que visa à aniquilação psicológica da vítima, de forma que condutas isoladas ou pontuais, ainda que maléficas e até potenciais causadoras de algum dano moral, não caracterizam a figura jurídica em apreço. Também não condizem com a restrita definição de assédio moral, dentre outras, más condições de trabalho ou situações de risco

inerentes à atividade, exigências de cumprimento de metas, emprego gerencial de avaliações, conflitos no trabalho, excesso de carga de trabalho e ferramentas de gestão e gerência de pessoal em geral. Ademais, diante de reclames de supostas condutas de assédio moral, faz-se necessário ao aplicador do Direito atentar para a possibilidade de tais denúncias, na verdade, tentarem encobrir inconformismos com a devida exigência de dedicação ao trabalho e para a existência de pessoas com mania de perseguição ou ainda, no extremo oposto, que agem de forma mal-intencionada para prejudicar um suposto e inexistente agressor.

A imputação a alguém de cometimento de assédio moral requer a comprovação nos autos, por meios de prova juridicamente válidos, da existência dos elementos configuradores daquele ilícito. Em outras palavras, faz-se necessário provar nos autos a efetiva ocorrência de assédio moral.

> *TRT da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 01292.2003.057.03.00.3: "Ementa: (...) Esse comportamento [assédio moral] ocorre não só entre chefes e subordinados, mas também na via contrária, e entre colegas de trabalho com vários objetivos, entre eles o de forçar a demissão da vítima, o seu pedido de aposentadoria precoce, uma licença para tratamento de saúde, uma remoção ou transferência. Não se confunde com outros conflitos que são esporádicos ou mesmo com más condições de trabalho, pois o assédio moral pressupõe o comportamento (ação ou omissão) por um período prolongado, premeditado, que desestabiliza psicologicamente a vítima. Se a hipótese dos autos revela violência psicológica intensa sobre o empregado, prolongada no tempo, que acabou por ocasionar, intencionalmente, dano psíquico (depressão e síndrome do pânico), marginalizando-o no ambiente de trabalho, procede a indenização por dano moral advindo do assédio em questão."*
>
> *TRT da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 01602.2007.108.03.00.1: "Ementa: O assédio moral no trabalho tem sido caracterizado como 'uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integralidade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho (...)' (Nascimento, Sônia A. C. Mascaro). Para caracterização da figura é necessário, portanto, que as humilhações sejam sistemáticas e frequentes, perdurando por um tempo prolongado, não se confundindo com conflitos meramente esporádicos, aborrecimentos passageiros ou lídima atuação de natureza exclusivamente profissional por parte de superior hierárquico no cumprimento das normas da empresa, como in casu."*
>
> *TRF da 4ª Região, Apelação Cível nº 0021786-21.2005.404.7100: "Ementa: 1. Convencionou-se chamar de assédio moral o conjunto de práticas humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas, às quais são submetidos os trabalhadores no exercício de suas funções, usualmente quando há relação hierárquica, em que predominam condutas que ferem a dignidade humana, a fim de desestabilizar a vítima em seu ambiente de trabalho. 2. A prova colhida é muito contundente no sentido de que o autor é um servidor problemático, que dorme em serviço, que se ausenta do setor sem comunicação ao superior, que não aceita receber ordens e que tumultua o setor no qual está lotado, razão pela qual a não atribuição de atividades não configura o assédio moral. 3. O direito de indenização por assédio moral cometido contra servidor somente pode ser reconhecido quando houver prova efetiva da ocorrência do dano e da ofensa, que não estão comprovados no processo em tela."*
>
> *TRF da 2ª Região: Apelação Cível nº 382783: "Ementa: I. O assédio moral decorre do abuso cometido contra o subordinado pelo superior hierárquico que, excedendo os poderes que lhe foram atribuídos, dispensa ao servidor*

tratamento incompatível com a dignidade do último, impondo-lhe rigor excessivo ou constrangimentos alheios aos interesses da Administração. Trata-se, com efeito, de ato ilícito, a justificar a compensação pecuniária, quando, da sua prática, advier abalo psíquico - é dizer, dano moral - para a vítima. II. A solução da lide, inevitavelmente, vincula-se ao exame da situação fática, devendo-se determinar de modo preciso o tratamento dispensado à servidora. III. O assédio moral traduz-se na reiteração do tratamento ofensivo à dignidade do subordinado. Interferência no exercício das atribuições funcionais do servidor não tem o condão de caracterizar abuso de poder do superior hierárquico."

"O assédio moral não se confunde com estresse, conflito profissional, excesso de trabalho, exigências no cumprimento de metas, falta de segurança, trabalho em situação de risco ou ergonomicamente desfavorável. Tudo isso não é assédio moral. (...)
É preciso levar em conta o fato de algumas pessoas poderem se acomodar no papel de vítimas. Neste caso, não procuram encontrar uma saída para sua situação crítica, pois ela lhes confere uma identidade e pretexto de se queixar. Esta posição de vítima permanente deu um sentido a sua crise existencial, e, para manter esta forma de vida, terão que perseguir continuamente seu agressor, a fim de obter uma reparação, que se revelará insuficiente.", Marie-France Hirigoyen, "Mal-Estar no Trabalho: Redefinindo o Assédio Moral", pgs. 19 e 62, Editora Bertrand Brasil, 2ª edição, 2005

"Não é, porém, toda agressão à intimidade do trabalhador que pode ser definida como mobbing. É preciso, portanto, distinguir o que é e o que não é mobbing. A violação ocasional da intimidade, particularmente verificada na revista pessoal, ainda não é mobbing.", Márcia Novaes Guedes, "Terror Psicológico no Trabalho", pg. 33, Editora LTr, 2ª edição, 2005

"Portanto, para que a conduta seja qualificada como assédio moral é necessário o preenchimento de requisitos, i.e., a conduta abusiva deve atentar, reiteradamente, contra a dignidade psíquica do indivíduo, visando a exclusão do trabalhador do ambiente laboral. Os atos isolados que configurem ofensa à dignidade da vítima não são atos caracterizados como assédio moral.", Rosana Santos Pessoa, "Assédio Moral nas Relações de Trabalho e o Sistema Jurídico Brasileiro", disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14520&p=2, acesso em 17/09/10

"Por vezes, fala-se em assédio quando o trabalhador é pressionado pelo tempo a realizar alguma tarefa ou meta, associando-se tal termo conjunto com o estresse. Neste caso não se configura assédio por não haver uma característica fundamental: a frequência do ato. (...)
Em tal fenômeno, constata-se que a violência isolada não é verdadeiramente grave, o efeito destrutivo está nos microtraumatismos frequentes, repetidos e incessantes sob a vítima em um certo lapso de tempo.", Rodrigo Cristiano Molon, "Assédio Moral no Ambiente de Trabalho e a Responsabilidade Civil", disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto. asp?id=6173&p=1, acesso em 17/09/10

"Primeiramente, devemos ter em foco que o assédio moral não se caracteriza por eventuais ofensas ou atitudes levianas isoladas por parte do superior. Muito mais do que isto, o assédio moral somente estará presente quando a conduta ofensiva estiver revestida de continuidade e por tempo prolongado, de forma que desponte como um verdadeiro modus vivendi do assediador em relação à vítima, caracterizando um processo específico de agressões psicológicas. Deve estar caracterizada a habitualidade da conduta ofensiva dirigida à vítima, caracterizando um processo específico de agressões psicológicas. Caso contrário, teremos meras ofensas esparsas, mas que não

possuem o potencial evidenciador do assédio moral.(...)
Contudo, quando falamos de assédio moral, estamos nos referindo a uma situação muito mais complexa, caracterizada por um conjunto de ações habituais que possuem o intento de minar a vítima, descompensando-a, fragilizando-a desestabilizando-a e desqualificando-a perante seu ambiente de trabalho e sua vida pessoal, até que ela não tenha mais forças para lutar e se veja obrigada a pedir demissão ou motive uma demissão por parte da empresa.", Jorge Luiz de Oliveira da Silva, "Assédio Moral no Ambiente de Trabalho", pg. 15, Editora e Livraria Jurídica, 1ª edição, 2005

1.4 - Relação entre Assédio Moral e Dano Moral

Apresentada a abordagem inicial sobre a conceituação formal da conduta ilícita e de exclusões a este conceito, é de se afirmar que o assédio moral não deve ser confundido com o dano moral, não obstante haver forte correlação entre estes dois conceitos. Em contrapartida à definição acima apresentada de assédio moral, tem-se que o dano moral, em gênero, é o resultado causado na vítima em decorrência de qualquer tipo de lesão (não necessariamente por assédio moral) a bens jurídicos tutelados de natureza não patrimonial, como os direitos de cunho personalíssimo e os valores mais íntimos da pessoa, em que se incluem sua dignidade, privacidade, honra e imagem, - tal lesão, em síntese, pode ser chamada de lesão do direito de personalidade. O ordenamento pátrio protege aquele conjunto reservadíssimo de valores não materiais da pessoa, desde as garantias fundamentais do art. 5º, V e X da CF até o art. 186 do CC, assegurando à vítima o direito à indenização ao dano moral.

Até o presente ponto, propositalmente, caminhou-se com cautela na difícil tentativa de conceituar assédio moral. A leitura atenta das diversas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais até então apresentadas não deixa dúvida do caráter restritivo deste ilícito, que não se configura com qualquer animosidade corriqueira, impondo os especialistas, de forma consentânea, a existência, em síntese, de três elementos formadores do assédio moral: a natureza psicológica das agressões, o caráter reiterado e sistemático da conduta e o fim específico de minar a vítima, até levar à sua exclusão do posto de trabalho. Se, somente até este ponto, já se tem uma definição formal de assédio moral bastante rígida, acrescente-se ainda que existe entre autores e magistrados uma divergência acerca da necessidade ou não de um quarto pré-requisito para a configuração do ilícito: a ocorrência de um elevado e específico dano moral, qual seja, de natureza psíquica, na vítima. Ao mesmo tempo em que se verificam passagens doutrinárias e julgados acima que mencionam apenas aqueles três elementos, também se verificam manifestações daquelas fontes que mencionam a ocorrência de dano psíquico como pré-requisito.

A propósito, além de manifestações expressamente favoráveis a uma ou a outra modelação teórica do assédio moral, verificam-se diversas passagens doutrinárias e jurisprudências acima reproduzidas que, embora não mencionem expressamente o dano psíquico como elemento configurador, ratificam que a conduta ilícita acarreta "atentado contra a dignidade psíquica", "destruição psíquica", "quadro de miséria psicológica" e "dano às condições psíquicas".

Por um lado, os autores e magistrados que defendem a configuração do assédio moral independentemente da existência de dano psíquico entendem - ao que parece ser bem acertado e razoável - que não seria equânime incluir esta consequência na vítima na definição da conduta do autor, uma vez que, em função do grau de resistência do assediado, um mesmo comportamento poderia ou não configurar a ilicitude, reservando-se o dano moral psíquico como elemento constituinte da responsabilidade civil reparatória.

"Quanto ao último elemento (dano psíquico), nós o consideramos dispensável, data venia de inúmeras posições contrárias. O conceito de assédio moral

> *deverá ser definido pelo comportamento do assediador, e não pelo resultado danoso. Ademais, a Constituição vigente protege não apenas a integridade psíquica, mas também a moral. A se exigir o elemento alusivo ao dano psíquico como indispensável ao conceito de assédio, teríamos um mesmo comportamento caracterizando ou não a figura ilícita, conforme o grau de resistência da vítima, ficando sem punição as agressões que não tenham conseguido dobrar psicologicamente a pessoa. E mais, a se admitir como elemento do assédio moral o dano psíquico, o terror psicológico se converteria em um ilícito sujeito à mente e à subjetividade do ofendido.", Alice Monteiro de Barros, "Curso de Direito do Trabalho", pg. 890, Editora LTr, 1ª edição, 2006*
>
> *"Sendo o assédio moral a conduta lesiva, o dano psíquico-emocional deve ser entendido como a consequência natural da violação aos direitos da personalidade da vítima.*
> *Note-se, portanto, que a necessidade do dano não é um elemento da caracterização do assédio moral, mas, sim, da responsabilidade civil decorrente de tal conduta. (...)*
> *De fato, a doença psíquico-emocional, como patologia, pode advir do assédio, mas não necessariamente ocorrerá, nem é elemento indispensável, pois o que é relevante, na caracterização do mobbing, é a violação do direito da personalidade, cuja materialização ou prova dependerá do caso concreto.", Rodolfo Pamplona Filho, "Noções Conceituais sobre o Assédio Moral na Relação de Emprego", disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8838, acesso em 17/09/10*

Sem se ter aqui a pretensão de exaurir este tipo de discussão teórica, mas tão somente com o objetivo de demonstrar o quanto ainda mais se pode restringir o já restritivo conceito formal de assédio moral (a fim de afastá-lo da banalização mediante alegações impertinentes por questões corriqueiras de trabalho), menciona-se o outro entendimento também doutrinário e jurisprudencial, que inclui ainda o dano moral psíquico como elemento configurador da conduta ilícita.

Pois, por outro lado, segundo esta linha, para se configurar formalmente o assédio moral, além dos requisitos anteriores incontroversos, é necessário que a conduta do agente não só provoque dano moral mas que este efeito seja de tamanha envergadura e relevância que acarrete além de grave violação da personalidade também dano à saúde psicológica e à higidez mental da vítima. Em outras palavras, esta espécie qualificada de dano moral figura, ao mesmo tempo, como requisito necessário para a caracterização do ilícito de assédio moral e como sua consequência.

De se destacar que o caráter ainda mais restrito para se aceitar configurado o assédio moral não se confunde com impunidade do agente ou desproteção do Direito a pessoas com maior grau de resistência emocional. O ordenamento se harmoniza, prevendo graus crescentes de sancionamento ao infrator, de forma que as lesões (em gênero) ao direito de personalidade acarretadoras de determinado grau inferior de dano moral suscitam um determinado patamar de indenização a favor da vítima, enquanto o assédio moral, como um *plus* em relação àquelas lesões, causadoras em espécie do dano moral psíquico, eleva aquele patamar indenizatório.

Na esteira desta linha de entendimento doutrinário e jurisprudencial (de que o assédio moral requer, como requisito, a consequência de dano moral da envergadura de doença psicológica na vítima), resta plausível que a comprovação de que determinada pessoa é vítima de assédio moral não seja apenas fática, mas também dependente de perícia médica.

> *TRT da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 00622.2005.084.03.00.8: "Ementa: Na caracterização do assédio moral, conduta de natureza mais grave, há quatro elementos a serem considerados: a natureza psicológica, o caráter reiterado e prolongado da conduta ofensiva ou humilhante, a finalidade de exclusão e a presença de grave dano psíquico-emocional, que comprometa a higidez mental*

da pessoa, sendo passível de constatação pericial. Por outras palavras, o assédio moral, também conhecido como mobbing, ou 'hostilização no trabalho', decorre de conduta lesiva do empregador que, abusando do poder diretivo, regulamentar, disciplinar ou fiscalizatório, cria um ambiente de trabalho hostil, expondo o empregado a situações reiteradas de constrangimento e humilhação, que ofendem a sua saúde física e mental. Não restando provado os autos os requisitos mencionados, indevido o pagamento da indenização por dano moral pleiteada."
Idem: TRT da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 00715.2005.080.03.00.7

"Dessa forma, teríamos o assédio moral como uma situação de violação mais grave que a 'mera' lesão do direito de personalidade, eis que acarreta um dano à saúde psicológica da pessoa, à sua higidez mental, o que deve ser mais severamente repreendido pelo ordenamento. Tal repreensão se revela, principalmente, no tocante à valoração da indenização advinda do assédio moral, que deve ser analisada de modo diverso daqueles critérios comumente utilizados para as demais formas de pleito do dano moral. (...)
Estudos feitos por médicos e psicólogos do trabalho mostram que o processo que desencadeia o assédio moral pode levar à total alienação do indivíduo do mundo social que o cerca, julgando-se inútil e sem forças e levando, muitas vezes, ao suicídio.
Levando isso em conta, a não configuração do assédio moral pela ausência do dano psíquico não exime o agressor da devida punição, pois a conduta será considerada como lesão à personalidade do indivíduo, ensejando o dever de indenizar o dano moral daí advindo.
Destarte, a pessoa que resiste à doença psicológica, seja por ter boa estrutura emocional, seja por ter tido o cuidado de procurar ajuda profissional de psicólogos ou psiquiatras, não será prejudicada, pois sempre restará a reparação pelo dano moral sofrido, ainda que o mesmo não resulte do assédio moral.
Assim, reiteramos nosso entendimento no sentido de que nem todo dano à personalidade configura o assédio moral, como se percebe na maioria dos estudos jurídicos atuais e, principalmente, nas decisões da Justiça do Trabalho.
O que se observa é a banalização do instituto, que é quase confundido com o dano moral (...). Nessa esteira, entendo que a configuração do assédio moral depende de prévia constatação da existência do dano, no caso, a doença psíquico-emocional. Para tanto, necessária a perícia feita por psiquiatra ou outro especialista da área para que, por meio de um laudo técnico, informe o magistrado, que não poderia chegar a tal conclusão sem uma opinião profissional, sobre a existência desse dano, inclusive fazendo a aferição do nexo causal. (...)
Para concluir esse ponto, reitero que: a) a existência do dano psíquico, emocional ou psicológico é requisito para configuração do assédio moral; b) é necessária a prova técnica do dano, que se daria por meio de laudo médico afirmando existir a doença advinda do trabalho; c) a vítima da conduta assediadora que não sofrer esse tipo específico de dano não ficará desprotegida, pois ainda poderá pleitear danos morais pela ofensa aos seus direitos de personalidade.", Sônia Mascaro Nascimento, "O Assédio Moral no Trabalho", disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5433&p=1, acesso em 17/09/10

Obviamente, pode também decorrer do assédio moral alguma espécie de dano material, tais como despesas com tratamentos e medicamentos devido a doenças físicas ou psicológicas contraídas em função da conduta opressora, conforme acima já exposto. Mas o dano material, quando ocorre, é apenas um *plus*, não configurando requisito necessário à caracterização de assédio moral, independente de qual seja a linha conceitual adotada.

Por todo o exposto, verifica-se que a exata compreensão do que seja assédio moral

(cientificamente - em sentido lato de qualquer área do conhecimento humano - e, de forma mais específica, juridicamente falando) traz em si a dificuldade de que uma conduta assim rotulada pode englobar um extenso rol de ações que, se por um lado, a rigor, não satisfaz as condicionantes que os especialistas estabelecem para a formal configuração do ilícito, por outro lado, induz o leigo (e sobretudo o trabalhador inconformado com corretas, legais e vinculadas exigências de trabalho e de comprometimento) a equivocadamente cogitar de cometimento de assédio moral.

Some-se a isto o fato de que, mesmo quando se está diante de um agente que, com intenção, atua da forma como juridicamente se considera assédio moral e que busca o exato resultado que se entende como o objetivo desta conduta ilícita (qual seja, a eliminação da vítima do ambiente de trabalho, mediante conduta danosa, reiterada e sistemática), o aplicador do Direito ainda se depara com uma grande dificuldade antes de ter a segurança de afirmar que se está diante de um caso concreto de assédio moral. Como o objetivo da conduta ilícita é extremamente imaterial - a aniquilação psicológica de uma pessoa -, pode aquele infrator agir de forma bastante dissimulada a ponto de tornar imperceptível a todos os demais (e inclusive à própria vítima) o seu intuito abstrato de atingir os direitos personalíssimos do outro. Diante da capacidade do agente de dissimular os objetivos reais de sua conduta opressiva, haverá uma dificuldade em se afirmar que, em determinado caso concreto, se tem configurada, nos termos jurídicos, a ilicitude do assédio moral.

Em sentido oposto à banalização e ao descrédito do fenômeno do assédio moral diante de sua leiga alegação em qualquer caso, tem-se que as intrincadas inter-relações entre a conduta do agente e o resultado na vítima obrigaram os especialistas de diversos ramos do conhecimento humano a se dedicarem a estudos a fim de modelarem as definições e condicionantes necessárias à formal configuração do ilícito. Assim, conforme apresentado acima, deve o aplicador do Direito lançar mão destes trabalhos com o fim de adquirir segurança e embasamento antes de imputar a alguém a acusação de cometimento do ilícito de assédio moral.

1.5 - Projetos de Lei sobre Assédio Moral

Não obstante a CF prever como fundamentos republicanos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV); proteger, com *status* de garantia fundamental da pessoa, bens imateriais como honra, privacidade e imagem porventura atingidos por dano moral (art. 5º V e X), os direitos sociais à saúde e ao trabalho e as condições laborais salutares (art. 6º e art. 7º, XXII e XXVIII); e harmonizar a livre iniciativa com a função social da propriedade (art. 170), até a presente data, o legislador ordinário não cuidou de trazer ao ordenamento pátrio lei federal que defina, proíba e sancione a prática do assédio moral.

Tanto é verdade que, há anos, tramitam no Congresso Nacional diversos projetos de lei versando sobre a matéria (lembrando que, por determinação constitucional, compete à União legislar sobre Direito do Trabalho e, uma vez que o tema do assédio moral tangencia fortemente as relações laborais, restou aos Estados e municípios apenas legislarem acerca da inclusão deste enquadramento em seus respectivos regimes disciplinares, conforme já ocorreu com diversos entes federados, mas que, de fato, não supre a lacuna legislativa federal). Alguns destes projetos de lei visam a alterar os arts. 483 e 484 da CLT, para definir o assédio moral na lei trabalhista; outros visam a incluir o art. 146-A ao CP, para tipificar como crime o assédio moral; e outros ainda visam a incluir no art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a definição do assédio moral como ilícito disciplinar.

Destes diversos projetos de lei, três podem ser aqui destacados: o de nº 4.742/2001, que objetiva a inserção do art. 164-A no CP, tipificando o crime de assédio moral (“*Art. 146-*

A. Depreciar, de qualquer forma e reiteradamente a imagem ou o desempenho de servidor público ou empregado, em razão de subordinação hierárquica funcional ou laboral, sem justa causa, ou tratá-lo com rigor excessivo, colocando em risco ou afetando sua saúde física ou psíquica."), e os de nº 4.591/2001 e 5.972/2001, que visam, respectivamente, a inserir, na Lei nº 8.112, de 11/12/190, o art. 117-A ("*Para fins do disposto neste artigo considera-se assédio moral todo tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a auto-estima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução profissional ou à estabilidade física, emocional e funcional do servidor incluindo, dentre outras: marcar tarefas com prazos impossíveis; passar alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de idéias de outros; ignorar ou excluir um servidor só se dirigindo a ele através de terceiros; sonegar informações necessárias à elaboração de trabalhos de forma insistente; espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência; segregar fisicamente o servidor, confinando-o em local inadequado, isolado ou insalubre; subestimar esforços.*") e o inciso XX do art. 117 ("*XX - coagir moralmente subordinado, através de atos ou expressões reiteradas que tenham por objetivo atingir a sua dignidade ou criar condições de trabalho humilhantes ou degradantes, abusando da autoridade conferida pela posição hierárquica.*"), definindo o ilícito disciplinar de assédio moral.

1.6 - Proteções Judiciais à Vítima de Assédio Moral

Não obstante, a ausência de definição, vedação e sanção em lei para o assédio moral (seja em lei penal, trabalhista, civil ou administrativa) não impede que, uma vez devidamente configurados, na prática, atos que atendam a todas já expostas condicionantes das definições adotadas pela doutrina e pela jurisprudência, se considere configurado, como ilícito, o assédio moral, de forma que o trabalhador assediado não resta desprotegido da tutela jurisdicional.

Havendo provocação da vítima (seja individualmente, seja coletivamente), cabe ao Poder Judiciário (e, mais especificamente, à Justiça do Trabalho, conforme o art. 114, VI da CF) integrar o ordenamento, por meio dos já mencionados fundamentos e princípios constitucionais, e julgar a ação interposta (em geral, uma reclamação trabalhista).

Neste caso, o provimento jurisdicional se manifesta em duas esferas. Primeiramente, sob ótica *stricto sensu* trabalhista, julga-se a ocorrência ou não do assédio moral, o que, em caso positivo, sendo obrigação do empregador zelar pela higidez do ambiente de trabalho e pela saúde do trabalhador, enseja à vítima, conforme o art. 483 da CLT, os direitos de considerar indiretamente rescindido o contrato de trabalho e de pleitear todas as parcelas rescisórias a que faria jus se tivesse sido dispensado sem justa causa.

Ato contínuo - relembrando que, qualquer que seja a corrente conceitual adotada, a definição doutrinária e jurisprudencial de assédio moral requer, obrigatoriamente, a concreta ocorrência de dano moral à vítima -, surge, consequentemente, a responsabilidade civil indenizatória do agente, conforme o art. 186 do CC. Assim, como imediata consequência do julgamento a favor da caracterização do assédio moral, sobrevém a condenação do empregador em reparar os danos morais (ou também patrimoniais, se for o caso) sofridos pela vítima, decorrentes da relação de trabalho, responsabilidade esta, de natureza subjetiva, que reside sobre o próprio empregador se ele mesmo é o assediador. Caso a vítima tenha sido dispensada em decorrência dos efeitos da agressão sofrida, a decretação de nulidade deste ato de dispensa gera ainda, além da indenização, o direito à reintegração. A propósito, reproduz-se abaixo o julgado tido como *leading case* no País acerca da indenização por dano moral decorrente de assédio moral.

TRT da 17ª Região, Acórdão nº 2.276/2001: "Ementa: A tortura psicológica, destinada a golpear a auto-estima do empregado, visando forçar sua demissão

> *ou apressar sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua auto-estima. No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e por consequência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer trabalho, fonte de dignidade do empregado."*

Mesmo na hipótese de o assediador ser outro empregado ou preposto do empregador, configura-se a responsabilidade objetiva do empregador (ou seja, ainda que este não tenha atuado com dolo ou culpa na conduta do agente, basta a comprovação da ocorrência do dano e do nexo de causalidade entre a atividade laboral e o dano), sendo-lhe possibilitada, em compensação, ação regressiva contra o empregado ou preposto, conforme os art. 932, III, 933 e 934 do CC. Ainda nesta hipótese, cabe a extinção do contrato de trabalho do empregado ou preposto assediador, por justa causa, conforme o art. 482 da CLT.

1.7 - Aplicação da Conceituação de Assédio Moral na Administração Pública

É de se destacar que quase toda a base conceitual acima exposta sobre assédio moral adveio de manifestações doutrinárias e jurisprudenciais voltadas precipuamente para relações trabalhistas privadas (seja na elaboração de teses e estudos, seja nas análises de casos concretos). Além de o aplicador do Direito Administrativo Disciplinar aqui também se deparar com uma lacuna normativa na Lei nº 8.112, de 11/12/90 (não há um enquadramento direto e específico para assédio moral), é certo dizer que, em razão das profundas diferenças nas relações de trabalho de cada setor, as fontes doutrinária e jurisprudencial ainda não foram provocadas e, portanto, ainda não se dedicaram a analisar a configuração do assédio moral em seara pública com a mesma profundidade com que já o fizeram em seara privada.

A afirmação acima em nada se confunde com se arvorar a defender tese equivocada de que a configuração de assédio moral seria inaplicável na instância administrativa e, consequentemente, não haveria nenhuma previsão para repercussão disciplinar para tal conduta. Ao contrário, não se tem dúvida de que as definições, condicionantes e classificações estabelecidas pelos autores e pelos magistrados para assédio moral no setor privado também encontram, com alguma adequação, aplicação no setor público.

Não obstante, em razão das relevantes diferenças existentes entre estas duas relações laborais, é certo que, para se compreender e, consequentemente, para corretamente se aplicar a conceituação de assédio moral em seara pública, necessário se faz acrescentar as peculiaridades ainda mais garantistas do vínculo estatutário às restritas definições e às condicionantes da configuração da conduta ilícita estabelecidas por aquelas duas fontes. Em outras palavras, ao resultado dos esforços e estudos desenvolvidos pelos especialistas no tema voltados para a relação trabalhista privada, necessário se faz agregar a percepção das particularidades da relação laboral em seara pública e, para isto, nada melhor que o autoconhecimento e a salutar autocrítica que somente a própria Administração possui de si mesma.

Assim, é certo que as contemporâneas relações capitalistas de produção e de trabalho se demonstraram o campo fértil para o desenvolvimento das nefastas práticas opressivas configuradoras de assédio moral no setor privado. A natural busca do lucro pôde ser agravada e adverbializada para busca inescrupulosa do lucro, em que a selvagem competitividade empresarial levou ao acirramento da competição interna entre trabalhadores, sempre tendo como pano de fundo o receio do desemprego. Conforme ensinam os autores especialistas no tema, ao identificarem, em essência, qual o objetivo final do assediador, o macro contexto

econômico somado às mazelas da natureza humana levaram ao cenário propício para práticas opressoras tanto entre superiores e subordinados quanto entre subordinados, visando à eliminação daquele que não é visto como um colega mas sim como um potencial competidor.

Já na relação laboral pública, não obstante todas as iniciativas de adoção de posturas gerenciais e de práticas modernas de gestão, não se afastam - por serem imediato reflexo de interesse público - garantias funcionais de que exclusivamente dispõe o servidor estatutário. Como de outra forma não poderia mesmo ser, o servidor atua cotidianamente com bens jurídicos tutelados que fazem com que seja de interesse de toda sociedade que este agente goze de prerrogativas específicas, sobretudo associadas à sua independência, autonomia e imparcialidade no exercício de seu múnus, que, de forma precípua, deságuam no instituto da estabilidade.

Isto, inegavelmente, traz fortes e exclusivas peculiaridades na relação estatutária que liga o servidor à Administração, de forma muito diferente daquela que liga o empregado à empresa privada. Não possuindo a vinculação estatutária aquela fragilidade e aquele inerente risco de abrupta ruptura a qualquer momento que caracterizam a relação trabalhista privada, ao se buscar a adequada aplicação da modelação conceitual do assédio moral em seara pública, inegavelmente em muito se mitigam o aspecto vorazmente competitivo e, em consequência, a intenção de total eliminação da vítima por parte do agressor e o efeito intimidador sobre o assediado de perda de seu cargo.

Com isto, indubitavelmente, a configuração do assédio moral em seara pública é ainda mais restritiva que no setor privado. Ora, se a doutrina e a jurisprudência já estabeleceram severas definições e condicionantes que demarcam que não é qualquer conduta de animosidade entre pessoas no mesmo trabalho em ambiente privado que configura o ato ilícito de assédio moral (requer-se prática continuada, sistemática e frequente, com o fim de eliminar a vítima e ainda cogita-se de configuração de dano psíquico), ainda mais raro e excepcional será a configuração daquelas mesmas definições e daquelas mesmas condicionantes em seara pública, tanto na conduta do agente quanto no resultado na vítima.

Acerca do exposto no início deste tópico quando se conceituou o assédio moral em seara privada, agora, para adequar aquela modelação para a seara pública, primeiramente pode-se aproveitar em parte a definição e as condicionantes da configuração (*modus operandi*, natureza psicológica e reiteração sistemática da conduta), ajustando-as às peculiaridades do regime estatutário (maior grau de segurança funcional do servidor em comparação ao empregado). Prosseguindo na comparação, pode-se considerar igualmente aplicáveis na seara pública a classificação do assédio moral em função dos agentes; as hipóteses de exclusão; a discussão acerca de dano moral e da difícil configuração do ilícito, o que, em seara pública punitiva, requer do aplicador do Direito Administrativo Disciplinar uma postura ainda mais cautelosa; e o direito da vítima de requerer, em esfera judicial civil, contra a Administração, indenização pelos danos moral e patrimonial (se for o caso) sofridos.

Ademais, a interpretação literal do texto atual da Lei nº 8.112, de 11/12/90, associada à existência dos já mencionados projetos de lei visando à inserção da definição do ilícito disciplinar de assédio moral fortalecem o entendimento de que não existe no Estatuto, de forma direta e imediata, enquadramento que defina assédio moral.

Não obstante, a ausência de dispositivo na Lei nº 8.112, de 11/12/90, que defina, vede e sancione o assédio moral em instância administrativa não impede que, uma vez devidamente configurados, na prática, atos que atendam a todas já expostas condicionantes das definições adotadas pela doutrina e pela jurisprudência e ajustáveis para as peculiaridades da Administração, haja repercussão disciplinar para o servidor (administrador ou não) que cometa tal conduta. Diante dos já mencionados fundamentos e princípios constitucionais e atentando também para a elasticidade dos enquadramentos estatutários (conforme se abordou

em **4.7.1**), a despeito da lacuna em lei, é possível que a conduta prática de um servidor contra outro (sejam autoridades ou não) que se amolda às definições doutrinárias e jurisprudenciais, desde que devidamente comprovada nos autos por meios de prova válidos, encontre algum enquadramento na Lei nº 8.112, de 11/12/90 - podendo-se citar, a título de exemplo imediato e sem esforço exaustivo, o art. 116, IX da mencionada Lei (inobservância do dever funcional de manter conduta compatível com a moralidade administrativa).

Com isto, de um lado, na instância administrativa, dentro dos limites de alcance do regime disciplinar (que em nada se confunde, se superpõe ou interfere com os atos de gestão e de gerência), vislumbra-se o aspecto punitivo contra o agente do assédio moral. Na esteira do que se aduziu acima, quando se mencionou que cabe ao empregado provocar o provimento jurisdicional com o fim de obter a indenização decorrente do dano moral, o mesmo se aplica no caso da seara pública. Assim, de outro lado, para obter eventual reparação por dano moral que entenda ter sofrido em decorrência das agressões psicológicas ocorridas no ambiente de trabalho, caberá ao servidor assediado valer-se de sua livre ida ao Poder Judiciário, em instância civil.

Mas não menos importante que assegurar que há sim possibilidade - embora não corriqueira - de enquadramento disciplinar na Lei nº 8.112, de 11/12/90, para conduta tida como assédio moral é ressalvar que nem toda prática de suposta animosidade entre agentes públicos configura o ilícito em comento.

De imediato, não se deve confundir como assédio moral as necessárias e até vinculadas atuações e gestões da chefia e da Administração em exigir dos servidores subordinados comprometimento com a missão institucional do órgão, dedicação e zelo no cumprimento de suas atribuições do cargo, cumprimento de jornada de trabalho e demais aspectos comportamentais. O emprego - desde que lícito, ou seja, desde que motivado por interesse público e não por pessoalidade - das ferramentas gerenciais de que dispõe o gestor (tais como manifestações de cobranças e de exigências de trabalho e produtividade, avaliações para fins pecuniários e de progressão funcional ou de promoção, corte de ponto, distribuição de tarefas, realocação da mão de obra, dentre outras), ainda que contrariando o interesse pessoal de determinado servidor, não configura assédio moral, conforme manifestações doutrinárias e jurisprudenciais já reproduzidas.

Menos ainda se confundem com assédio moral meras animosidades, discordâncias ou diferenças de temperamento entre servidores de mesma hierarquia que, submetidos ao contato diário compulsório do trabalho, podem causar algum tipo de mal-estar.

Assim, de acordo com o que já se expôs em **2.3.3** e em **3.2.3.1**, é de se ter cautela no cumprimento do dever legal de representar por supostas irregularidades na Administração. Por um lado, diante de atitudes da chefia, com o certo grau de discricionariedade que lhe conferem as competências de gerenciar tarefas e procedimentos e de administrar pessoal, como regra geral, não cabem representações por parte de subordinados irresignados com atos de gestão que lhe contrariam vontades, preferências ou interesses pessoais, como se fossem atos de perseguição pessoal configuradores de assédio moral. Da mesma forma, não cabe a servidores de mesma hierarquia e à chefia representarem contra o servidor por pequenas condutas, ainda que habituais, de aspecto meramente comportamental, cujo ajuste circunscreve-se ou no bom senso de as próprias pessoas ajustarem seus comportamentos ou, se necessário, no rol de competências de gestão e de gerência. Mais uma vez ratifica-se a necessidade de se compreender a matéria do regime disciplinar e do consequente processo disciplinar como residuais no âmbito da Administração, não merecendo, nem de servidores e tampouco de autoridades, a visão de algo corriqueiro e banalizado.

Repisa-se que não se afirma aqui a inexistência de enquadramento na atual redação da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que abarque as definições e condicionantes do que seja assédio

moral. O que se afirma, sim, é que, primeiramente, não há um enquadramento específico para assédio moral (conforme iniciativas já relatadas de projetos de lei em tramitação); e, em segundo lugar, se o emprego do regime e do processo disciplinares é restritivo, ainda mais residual é o seu emprego por suposto ato de assédio moral, visto que os estudos e análises teóricos e concretos dos especialistas no tema adotam severas condições para configuração deste ilícito mesmo em seara privada e tais condições se mostram ainda mais incomuns de atendimento em seara pública, em virtude das profundas diferenças na relação laboral.

Este entendimento encontra amparo em manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ao assessorar julgamento de caso concreto em que o servidor alegou assédio moral vertical descendente como justificativa para incursão em abandono de cargo. Do reproduzido Parecer, extrai-se a necessidade de comprovação da existência dos elementos configuradores do assédio moral e subtende-se, ainda, a concordância do órgão máximo de assessoramento jurídico no Ministério da Economia com a relevância da perícia médica para atestar o dano psíquico que, *in casu*, fora alegado pela suposta vítima de assédio moral.

> *Parecer PGFN/CDI nº 520/2005: "32. Finalmente, cumpre considerar que é totalmente insubsistente a tese da defesa de que o indiciado era vítima de assédio moral perpetrado por seus superiores hierárquicos, o que gerou a sua perda da vontade de ir trabalhar. Primeiramente, porque não foi provada a perseguição narrada, já que não se pode imputar a sua mudança de setor na repartição que trabalhava à perseguição. Segundo, porque, repise-se, o exame médico no indiciado atestou a sua perfeita sanidade física e mental."*

Ademais, conforme visto detidamente em **4.7**, condutas pontuais de animosidade (que já foram objeto de análise doutrinária e jurisprudencial no sentido de que não configuram assédio moral), dependendo de seu grau de gravidade e de afronta ao Direito, caso extrapolem o círculo de meros atos comportamentais ajustados pela gerência de pessoal, até podem não restar impunes na Lei nº 8.112, de 11/12/90, mas, ainda assim, não devem ser confundidas com a definição doutrinária de assédio moral (que tem como característica ser uma conduta repetitiva e prolongada no tempo). Tais atos contam com enquadramentos específicos naquela Lei, podendo-se citar o seu art. 116, XI (inobservância do dever de tratar as pessoas com urbanidade), o seu art. 117, V (descumprimento da proibição de promover manifestação de desapreço na repartição) ou o seu art. 117, XVII (descumprimento da proibição de cometer a servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa).

2 - ASSÉDIO SEXUAL

2.1 - Conceituação de Assédio Sexual

Da mesma forma como se fez linhas acima para o assédio moral, sendo também uma conduta que pode ocorrer no ambiente de trabalho e que pode assumir contornos de ilicitude, demonstra-se necessário o enfrentamento da questão do assédio sexual na relação laboral.

A exemplo do assédio moral, o assédio sexual é uma chaga social sem fronteiras (também conhecido como *sexual harassment*, *harcèlement sexual*, *acoso sexual*, dentre outros) e objeto de estudos interdisciplinares. É também uma conduta reiterada e sistemática, na busca de um fim determinado, em que o agente se utiliza de meios intimidatórios, opressivos e humilhantes, tais como gestos, palavras ou comportamentos, que agridem a integridade, a honra, a intimidade e a liberdade sexual alheias, maculam o ambiente de trabalho e acarretam danos morais e até patrimoniais à vítima (em caso de surgimento de doenças físicas ou psicológicas).

Não obstante tais similaridades, o assédio sexual não se confunde com o assédio

moral, guardando peculiaridades e definição próprias. E a principal e imediata diferenciação reside no objetivo da conduta: o assédio sexual busca a satisfação libidinosa do autor, enquanto o assédio moral busca a humilhação da vítima e, em última essência, a sua eliminação do ambiente de trabalho.

O que pode ocorrer, por vezes, é uma relação de consecução entre estes dois ilícitos: inicialmente, o agente se aproxima da vítima com intenções libidinosas e, diante da recusa desta, o agressor, em represália, passa a assediá-la moralmente.

As mencionadas dificuldades conceituais, as possibilidades de dissimulação da conduta e do objetivo nela perseguido e, consequentemente, a necessidade de aprofundados estudos científicos de que deve lançar mão o aplicador do Direito antes de se sentir seguro para imputar a alguém o cometimento de assédio moral ocorrem, em princípio, em menor escala com o assédio sexual, visto que, ainda que a prática ilícita do agente se dissimule por diversos meios e formas de agir, o seu claro objetivo é por demais concreto e perceptível a qualquer leigo, sobretudo à própria vítima e, possivelmente, dependendo do grau de exposição da conduta, até a terceiros alheios aos fatos. Em outras palavras, em razão da percepção concreta que o tema causa em qualquer pessoa, é possível elaborar um senso comum e mediano acerca de uma definição empírica e pragmática do que seja assédio sexual, com menor grau de dependência - pelo menos nesta abordagem introdutória - de manifestações doutrinárias e jurisprudenciais, que se demonstram tão imprescindíveis, desde o primeiro momento, para uma precisa compreensão do que seja assédio moral.

Sob esta ótica, assédio sexual é qualquer conduta com que, independentemente dos sexos do assediador e do assediado, de suas posições hierárquicas no trabalho e de suas opções sexuais e mesmo após a não aceitação pela vítima, reiteradamente se busca alguma forma de satisfação sexual. Esta conduta pode se manifestar de diversas maneiras e pode empregar e mesclar quaisquer meios executórios, podendo, em síntese, ser verbal (tanto de forma clara e direta quanto de forma dissimulada) ou não verbal (por meio de gestos, mensagens eletrônicas, exibição de material pornográfico, etc).

Conforme a definição lexicológica do gênero “assédio”, o caráter ilícito da conduta, como regra, está fortemente associado à forma reiterada e insistente de agir do assediador, apesar de repelida pela vítima. E, em particular, na espécie de assédio sexual, a reiteração e a insistência do autor, forçando a vítima a rejeitar uma abordagem sexual não desejada, em clara violação ao princípio da livre disposição do próprio corpo, tornam a conduta constrangedora, sobretudo no ambiente laboral. Mas é de se destacar que a expressão “ambiente laboral” aqui contempla interpretação extensiva, podendo se agregar ao rol de atos reiterados que concretizam a conduta de assédio sexual eventuais abordagens também ocorridas fora do local de trabalho ou fora do horário de jornada, desde que tais contatos possuam alguma relação com o vínculo laboral, tais como em almoços, jantares, caronas ao fim do expediente, viagens a trabalho, etc.

> *“Conceituamos, por isto, o assédio sexual como toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuadamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual.”, Rodolfo Pamplona Filho, “Assédio Sexual: Questões Conceituais”, disponível em http://jus.uol.com.br/doutrina/texto?id=6826, acesso em 30/09/10*
>
> *“(...) assédio sexual é o comportamento consistente na explicitação de intenção sexual que não encontra receptividade concreta da outra parte, comportamento esse reiterado após a negativa. (...)*
> *(...) decisivo para o conceito de assédio sexual é o comportamento subsequente à não aceitação da proposta de índole sexual. (...) se a outra parte não se mostra inclinada a aceitar essa proposta e mesmo assim continua sendo abordada na mesma direção, nesse momento surge a figura do assédio sexual.*

> *(...) E isto é assim porque nesse momento haverá uma agressão à esfera de liberdade do assediado que, naturalmente, não é obrigado a copular com quem não deseja.", José Wilson Ferreira Sobrinho, "Assédio Sexual e Justa Causa", Repertório IOB de Jurisprudência, nº 4, pg. 61, 1996*

De se destacar que as definições para assédio sexual elencam, em síntese, três elementos constitutivos do ilícito (além, obviamente, das figuras do assediador e da vítima): a conduta de conotação sexual; a manifesta rejeição por parte do assediado; e o caráter reiterado da conduta, a despeito da rejeição por parte da vítima.

Quanto à conduta de conotação sexual, de antemão, necessário se faz reconhecer que tal conceito pode sofrer variações no tempo e no espaço, refletindo fortemente valores culturais dos respectivos grupos sociais a cada época e em cada lugar. Mas, decerto, o caráter infracional da conduta se reveste em que ela, de alguma forma, sempre se eiva de algum grau de violência moral ou até mesmo física (intimidação, ameaça, chantagem, etc), o que a afasta das naturais e salutares relações amorosas e afetivas recíprocas e consentidas.

O segundo e o terceiro elementos formadores do assédio sexual (rejeição por parte da vítima e reiteração por parte do autor) se entrelaçam. Como o assédio sexual sempre se escora em uma conduta sexual não desejada, que incomoda e que soa constrangedora e desagradável para a vítima, necessário para a configuração do ilícito que esta manifeste ao autor a sua inequívoca rejeição. Uma vez que uma pessoa que queira uma aproximação íntima sadia e natural normalmente se afasta com a recusa do destinatário, assegura-se, diante da insistência constrangedora, que o assediador tem plena consciência da impertinência e do caráter ofensivo e violador de sua conduta.

Como o próprio termo "assédio" já traz em si a noção de reiteração e insistência desagradáveis, a regra geral da configuração do assédio sexual é a reiterada e insistente busca de favores sexuais não desejados pela vítima, de forma que atos isolados não caracterizam este conceito jurídico. Mas, de forma muito residual e excepcional, dependendo da gravidade e da intensidade do ataque, pode se consumar o assédio sexual com uma única conduta (em mais uma diferença em relação ao assédio moral, em que esta hipótese, sequer excepcionalmente, é aceita).

> *"Para que o assédio sexual se configure plenamente, não basta a conduta de natureza sexual.*
> *De fato, é essencial que esta conduta seja repelida pelo seu destinatário, expressamente ou - para efeito de prova - pela observação do que ordinariamente acontece (as máximas da experiência).*
> *Como é cediço internacionalmente, é importante enfatizar que o assédio sexual se vincula a condutas não desejadas e desagradáveis para o receptor, ou seja, impostas, apesar de não correspondidas. Este é o fator chave que as distingue de outras condutas, praticadas em relações perfeitamente amistosas.*
> *O assédio supõe sempre uma conduta sexual não desejada, não se considerando como tal o simples flerte ou paquera. Por isso, muitas vezes só é possível considerar indesejada a conduta de conotação sexual quando o assediado inequivocamente manifesta oposição às propostas e insinuações do assediante. (...)*
> *Como regra geral, o assédio sexual depende, para a sua configuração, de que a conduta do assediante seja reiterada.*
> *Um ato isolado geralmente não tem o condão de caracterizar, doutrinariamente, tal doença social.", Rodolfo Pamplona Filho, "Assédio Sexual: Questões Conceituais", disponível em http://jus.uol.com.br/doutrina/texto?id=6826, acesso em 30/09/10*

Destaque-se também que a reprovabilidade social da conduta se demonstra com a mera insistência, impertinência, inconveniência e constrangimento impostos à vítima, a

despeito da sua repulsa às investidas, dispensando-se, para a configuração do ilícito de assédio sexual, que o agente logre o objetivo desejado. Trata-se, portanto, de um ilícito de mera conduta. Aliás, a prática de ato libidinoso ou da conjunção carnal, ou seja, a efetiva concretização do objetivo do assédio sexual, acarreta outra definição jurídica, agravando a conduta para abuso sexual (sob ótica penal, mencionam-se atentado violento ao pudor e estupro).

2.2 - Classificação de Assédio Sexual

Como se depreende não só da abordagem concreta e empírica com que se iniciou este tema mas também das definições doutrinárias reproduzidas, o assédio sexual, como gênero, não requer a existência de subordinação hierárquica entre assediador e vítima. A conduta constrangedora pode ser cometida tanto por empregador ou por chefe ou preposto contra empregado e vice-versa quanto pode envolver empregados de mesmo grau de hierarquia.

Por óbvio, podem ocorrer casos em que o agente utiliza-se de sua posição hierárquica superior à vítima para exercer forte coação moral ou física com o fim de satisfazer seu desejo sexual. A submissão hierárquica, nestes casos, passa a ser um componente a mais na conduta, apenas incidental, mas não se trata de um requisito essencial à configuração do ilícito de assédio sexual. O assédio sexual não é, em essência, uma manifestação de abuso de poder mas sim de violência à liberdade sexual.

Este entendimento mais abrangente do que seja assédio sexual (qualquer conduta reiterada que busque a satisfação sexual do agente apesar da rejeição da vítima, com ou sem abuso de poder) também encontra amparo na doutrina. Os autores especialistas no tema apresentam uma classificação de assédio sexual em duas espécies: o assédio sexual por chantagem e o assédio sexual por intimidação.

O primeiro tipo (também chamado de assédio sexual *quid pro quo* - “isto por aquilo”) atende ao senso mais comum do assédio sexual: contempla os casos em que o empregador ou qualquer chefia com ascendência hierárquica, com reiteração e insistência, exige da vítima a satisfação sexual, sob pena de severa perda na relação de trabalho, ou condiciona algum ganho ou vantagem a favor da vítima mediante a conduta sexual. Importante frisar que, em ambas hipóteses, a satisfação sexual do agente é indesejada pela vítima (aqui não se contempla a hipótese de comum acordo entre eles, em que a suposta vítima também deseja o ganho prometido pelo autor) e o agente possui poder decisório (ou pelo menos poder de influenciar na decisão) que repercute, negativa ou positivamente, na situação laboral da vítima. Como se verá adiante, além de merecer provimentos judiciais de instâncias trabalhista ou administrativa e civil, é a única forma de assédio sexual contemplada no ordenamento pátrio, como crime tipificado em lei penal.

O segundo tipo (também chamado de assédio sexual ambiental) não decorre necessariamente de relação de poder hierárquico, podendo ser cometido por qualquer agente, seja superior hierárquico, ou, como é mais comum, por mero colega de trabalho de mesma hierarquia que a vítima (sem poder decisório sobre a relação laboral da vítima), caracterizando-se por difusas e variadas formas de insinuações, solicitações e abordagens inoportunas no dia a dia do trabalho (desde abusos verbais, comentários e piadas de conotação sexual, perguntas indiscretas, convites constrangedores, exibição de material pornográfico até tentativas de toques físicos) que, por serem insistentes e rejeitadas, perturbam a tranquilidade do ambiente laboral. Conforme se verá adiante, este tipo de assédio sexual não possui tipificação como crime em lei penal no ordenamento pátrio, não obstante merecer provimentos judiciais apenas de instâncias trabalhista ou administrativa e civil

TRT da 3ª Região, Acórdão nº 7.126/2001: “Ementa: O assédio sexual tem apresentado novos problemas para o Direito do Trabalho, principalmente em

face das atitudes culturais que se devem sopesar na elaboração desse conceito. O Código Penal Brasileiro, recentemente, no art. 216-A, tipificou como crime o assédio sexual por chantagem, assim considerado o comportamento que visa 'constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função'. Ocorre que, além do assédio sexual por chantagem enquadrado como crime, não se pode esquecer que existe também o assédio sexual por intimidação, conhecido, ainda, como assédio ambiental. Este último caracteriza-se, segundo a doutrina, 'por incitações sexuais importunas, por uma solicitação sexual ou por outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação laboral de uma pessoa ou criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no trabalho'. (...) A consequência do comportamento do empregador autoriza a rescisão indireta e a compensação por dano moral."

"A doutrina especializada tem classificado o assédio sexual em duas espécies, com características diferenciais bem marcantes, que são o 'assédio sexual por chantagem' e o 'assédio sexual por intimidação'.
A primeira forma tem como pressuposto necessário o abuso de autoridade, referindo-se à exigência feita por superior hierárquico (ou qualquer outra pessoa que exerça poder sobre a vítima), da prestação de 'favores sexuais', sob a ameaça de perda de benefícios ou, no caso da relação de emprego, do próprio posto de trabalho.
Já a segunda espécie, também chamada de 'assédio sexual ambiental', é aquela que se caracteriza por incitações sexuais inoportunas, solicitações sexuais ou outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no ambiente em que é intentado.", Rodolfo Pamplona Filho, "Assédio Sexual: Questões Conceituais", disponível em http:// jus.uol.com.br/doutrina/texto?id=6826, acesso em 30/09/10

"Alice Monteiro de Barros ensina que pode haver assédio por intimidação e por chantagem. O assédio por intimidação é aquele que surge com a importunação do sexo oposto, proveniente de 'incitações sexuais importunas, de uma solicitação sexual ou de outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, que têm como finalidade prejudicar a atuação laboral de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no trabalho'. Já o assédio por chantagem, é definido pela autora como a 'exigência formulada por superior hierárquico a um subordinado, para que se preste à atividade sexual, sob pena de perder o emprego ou benefícios advindos da relação de emprego'.", Alice Monteiro de Barros, "Proteção à Intimidade do Empregado", pgs. 177 e 178, Editora LTr, 1ª edição, 1997, citado por Maria Goretti Dal Bosco, "Assédio Sexual nas Relações de Trabalho", disponível em http://www1.jus.com.br/doutrina/texto. asp?id=2430&p=2, acesso em 30/09/10

"Assédio sexual é toda tentativa, por parte do superior hierárquico (chefe), ou de quem detenha poder hierárquico sobre o subordinado, de obter dele favores sexuais por meio de condutas reprováveis, indesejáveis e rejeitáveis, com o uso do poder que detém, como forma de ameaça e condição de continuidade no emprego.
Pode ser definido, também, como quaisquer outras manifestações agressivas de índole sexual com o intuito de prejudicar a atividade laboral da vítima, por parte de qualquer pessoa que faça parte do quadro funcional, independentemente do uso do poder hierárquico.", Ministério da Saúde, Secretaria Executiva - Subsecretaria de Assuntos Administrativos, "Assédio - Violência e Sofrimento no Ambiente de Trabalho", pg. 6, 1ª edição, 2009, disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/violencia_ sofrimento_ trabalho_ assedio_moral.pdf, acesso em 30/09/10

Ambas as formas de o assediador constranger a vítima são contrárias ao Direito e, portanto, são atos ilícitos, merecendo o sancionamento da ordem jurídica, em instância cível (trabalhista ou administrativa e civil), sendo também sancionado em instância penal a forma do assédio sexual por chantagem.

2.3 - Exclusões do Conceito de Assédio Sexual

De acordo com as definições apresentadas, também importa destacar atos cujo grau de reprovabilidade não atinge o patamar de configurarem a conduta ilícita de assédio sexual. Primeiramente, não se enquadram na definição de assédio sexual pequenos ou eventuais atos que o agente pratica apenas por si próprio, não necessariamente voltados a outrem, e que podem ser considerados, no máximo, de mau gosto ou de falta de bom senso no ambiente de trabalho, como, por exemplo, fazer uso próprio de fotografias, revistas, sítios eletrônicos ou quaisquer outras mídias, de conotação sexual ou pornográfica.

Também se mantêm à margem do ilícito, a *contrario sensu* de sua definição, condutas isoladas e sem reiteração, ainda que voltadas a outra pessoa, que não tenham por intenção causar constrangimento e intimidação ao destinatário, como eventuais elogios à aparência ou até, ao contrário, comentários jocosos, que podem ser considerados apenas como atos de descortesia ou de desatenção a regras de etiqueta no trato social. Na esteira, também resta fora do conceito do ilícito eventual abordagem ocorrida em determinado evento fora do local de trabalho como, por exemplo, festas e confraternizações, que se encerra em si mesma, sem posterior reiteração no ambiente laboral.

A propósito, nem mesmo o mais abrangente ou ambicioso ordenamento lograria jurisdicionalizar todas as possibilidades e potencialidades - de pensamento e de intenção - humanas. Não há regras de comportamento e muito menos normas positivadas que excluam da natureza humana a vontade, o desejo, a intuição. Não há ilícito no livre e natural desejo de proximidade e até de intimidade por uma outra pessoa, ainda que do mesmo ambiente de trabalho. A manifestação de um interesse afetivo e/ou amoroso em princípio salutar (sem coação), delimitada em regras de respeito, urbanidade e convivência social em nada fere o Direito e não traz implicações jurídicas, podendo-se citar, em sentido mais coloquial, o simples “flerte” e a “paquera” (mantêm-se à margem do foco jurídico possíveis críticas ético-sociais em decorrência do estado civil dos envolvidos). Menos ainda configuram assédio sexual condutas que contam com a aceitação e conivência do destinatário, sejam meros galanteios, jogos de sedução ou ainda efetivamente o enamoramento e a intimidade sexual reciprocamente consentidos e que não afeta os comprometimentos de ambos os envolvidos com o trabalho. O abuso de qualquer das atitudes aqui listadas (de forma não exaustiva), quando o agente, de forma intencional, violenta a esfera de liberdade sexual do outro, é que configura ilicitude.

Necessário, ao aplicador do Direito, diante de reclames de supostas condutas de assédio sexual, atentar para a possibilidade de existência de pessoas com percepções equivocadas de si mesmas e dos demais, e que, de forma transtornada, por meras abordagens cotidianas, se consideram sempre objeto do desejo alheio, bem como de pessoas que agem de forma mal intencionada para prejudicar um suposto e inexistente assediador.

Menos ainda há de se cogitar de assédio sexual, sobretudo na espécie por constrangimento, quando há um ajuste entre assediador e vítima e esta cede à proposta daquele e logra as vantagens prometidas. A doutrina e a jurisprudência relatam ainda casos de verdadeiro conluio entre supostos assediador e vítima, com o fim de lograrem indenizações de natureza civil do empregador. Claro que tal hipótese não constitui o ilícito de que aqui se trata, mas sim de outra natureza de crime, envolvendo os dois agentes.

TRT da 3ª Região, Acórdão nº 1.533/2002: “Ementa: Caracterização. A

caracterização do assédio sexual no âmbito das relações de trabalho passa pela verificação de comportamento do empregador ou de prepostos que, abusando da autoridade inerente à função ou condição, pressiona o empregado com fins de obtenção ilícita de favores. Mas galanteios ou simples comentários de admiração, ainda que impróprios, se exercidos sem qualquer tipo de pressão, promessa ou vantagem, não configuram o assédio para efeitos de sancionamento civil."

"A legislação e a jurisprudência têm destacado como elemento essencial do assédio sexual, que o comportamento seja incômodo e que seja repelido. Logo, só o repúdio manifesto a uma solicitação sexual ou a oposição declarada a uma atitude sexual ofensiva pode justificar uma ação judicial e não um simples galanteio, um elogio acompanhado de certas sutilezas comuns entre os povos, principalmente latinos e às vezes até provocado pela pseudo vítima.", Alice Monteiro de Barros, "O Assédio Sexual no Direito do Trabalho", Revista nº 54 do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, 1995, disponível em http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_54/Alice_Barros1.pdf, acesso em 30/09/10

"(...) a simples intenção sexual, o intuito de sedução do companheiro de trabalho superior ou inferior hierárquico, não constitui assédio. É o caso de um inofensivo galanteio, de um elogio, ou mesmo namoro entre colegas de serviço (...)", Luiz Carlos Amorim Robortella, "Assédio Sexual nas Relações de Trabalho - III Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho", pg. 158, Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, 1997

"O que não é assédio sexual:
- A mera 'paquera', ou seja, a tentativa de aproximação para relacionamento amoroso, ou mesmo sexual, não constitui assédio sexual;
- A simples intenção sexual, o instituto de sedução do companheiro de trabalho, superior ou inferior hierárquico, não constitui assédio sexual. Necessária será sempre a intenção de traficar, de valer-se do posto funcional como um atrativo, ou como instrumento de extorsão de privilégios, ou de vantagens indevidas;
- A proposta sexual feita sem insistência e sem ameaça ou pressão, também não;
- A proposta recebida com 'hoje não', 'quem sabe mais tarde', tampouco;
- Meros galanteios com comentários normais do tipo 'gostei do seu vestido';
- A conduta inconveniente numa festa de trabalho, onde um colega ou chefe, após algumas doses a mais, faz comentários de duplo sentido e lança olhares sedutores, também não constitui assédio, salvo se houver alguma ameaça concreta, e ela for posta em prática mais tarde;
- Em caso de proposta sexual em que haja 'acordo amigável' e que ambas as pessoas obtenham vantagem (uma obtém prazer e a outra obtém privilégios com o chefe) não configuram assédio sexual;
- A conduta de quem alega ter sido obrigada a consentir em fazer sexo com superior para não perder o emprego tendo praticado o ato repetidas vezes.", Ministério da Saúde, Secretaria Executiva - Subsecretaria de Assuntos Administrativos, "Assédio - Violência e Sofrimento no Ambiente de Trabalho", pg. 6, 1ª edição, 2009, disponível em http://bvsms. saude.gov.br/bvs/ publicacoes/violencia_sofrimento_trabalho_assedio_moral.pdf, acesso em 30/09/10

2.4 - Proteções Judiciais à Vítima de Assédio Sexual

De forma absolutamente similar ao que se aduziu para o assédio moral e com base nos mesmos fundamentos e princípios constitucionais - a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV); a proteção, com *status* de

garantia fundamental da pessoa, a bens imateriais como honra, privacidade e imagem porventura atingidos por dano moral (art. 5º V e X), aos direitos sociais à saúde e ao trabalho e às condições laborais salutares (art. 6º e art. 7º, XXII e XXVIII); e a harmonização da livre iniciativa com a função social da propriedade (art. 170) -, a inércia legislativa em matéria cível não impede que, diante de qualquer conduta de conotação sexual no ambiente de trabalho, com ou sem abuso de poder e reiterada apesar de rejeitada, se considere configurado o ilícito de assédio sexual, passando a assistir ao empregado o direito de provocar a tutela jurisdicional.

Assim, havendo provocação da vítima, cabe ao Poder Judiciário (e, mais especificamente, à Justiça do Trabalho, conforme o art. 114, VI da CF) integrar o ordenamento, por meio daqueles fundamentos e princípios constitucionais, e julgar a ação interposta (em geral, uma reclamação trabalhista).

Também neste caso, o provimento jurisdicional se manifesta em duas esferas. Primeiramente, sob ótica *stricto sensu* trabalhista, julga-se a ocorrência ou não do assédio sexual, o que, em caso positivo, sendo obrigação do empregador zelar pela higidez do ambiente de trabalho e pela saúde do trabalhador, enseja à vítima, conforme o art. 483 da CLT, os direitos de considerar indiretamente rescindido o contrato de trabalho e de pleitear todas as parcelas rescisórias a que faria jus se tivesse sido dispensado sem justa causa.

Caso se comprove também a ocorrência de danos morais e patrimoniais (se for o caso, tais como despesas com tratamentos e medicamentos devido a doenças físicas ou psicológicas contraídas em função da conduta opressora), surge a responsabilidade civil indenizatória do agente, conforme o art. 186 do CC. Consequentemente, sobrevém a condenação do empregador em reparar aqueles danos decorrentes da relação de trabalho, responsabilidade esta, de natureza subjetiva, que reside sobre o próprio empregador se ele mesmo é o assediador.

Mesmo na hipótese de o assediador ser outro empregado ou preposto do empregador, configura-se a responsabilidade objetiva do empregador (ou seja, ainda que este não tenha atuado com dolo ou culpa na conduta do agente, basta a comprovação da ocorrência do dano e do nexo de causalidade entre a atividade laboral e o dano), sendo-lhe possibilitada, em compensação, ação regressiva contra o empregado ou preposto, conforme os art. 932, III, 933 e 934 do CC. Ainda nesta hipótese, cabe a extinção do contrato de trabalho do empregado ou preposto assediador, por justa causa, conforme o art. 482 da CLT.

Sem jamais se menosprezar a verdadeira violação de direitos personalíssimos de quem é vítima do assédio sexual e o sofrimento de ser coagido a realizar ato íntimo indesejado e tampouco sem se justificar ou se aceitar a conduta do assediador, é certo que a doutrina e jurisprudência relatam situações em que a própria vítima, inadvertidamente, por sua forma de agir e de se vestir e por certo grau de permissividade em suas relações pessoais no trabalho, estimula a conduta do assediador. Não obstante, este contexto não retira o caráter infracional da conduta, apenas operando uma minoração na indenização a receber por parte da vítima, em decorrência do instituto estritamente cível da culpa concorrente.

> *"Se, comumente, há uma relação de poder entre assediante e assediado, este não é um requisito essencial para sua caracterização em sentido amplo, pois o assédio sexual trabalhista poderá ocorrer também entre colegas de serviço, entre empregado e cliente da empresa e até mesmo entre empregado e empregador, figurando este último como vítima. É necessário, contudo, saber efetivamente de quem é a autoria do assédio, para efeito de delimitação de responsabilidades. (...)*
> *É importante destacar, contudo, que embora esta espécie de assédio sexual [por intimidação] não esteja tipificada como crime no ordenamento jurídico brasileiro, sua ilicitude - enquanto forma de violação à liberdade sexual - é*

> *evidente, devendo ser combatida e reparada na esfera civil e trabalhista. (...)*
> *Como já se deve ter percebido, defendemos expressamente um ponto que diverge do 'senso comum' sobre o assédio sexual, que é o fato do elemento 'abuso de poder' não ser essencial para caracterizá-lo, do ponto de vista doutrinário (ainda que reconheçamos a sua imprescindibilidade para a persecução criminal). (...)*
> *A relação de poder, todavia, é sim um elemento essencial para a caracterização da espécie 'assédio sexual por chantagem' - criminalizada no ordenamento jurídico brasileiro - uma vez que, nesta forma de assédio sexual, é imprescindível uma subordinação hierárquica que justifique o temor da vítima pela eventual retaliação, no caso de recusar a proposta de prática de conduta com natureza sexual. (...)*
> *Não obstante a legislação brasileira (Art. 216-A do Código Penal) somente considerar crime o assédio sexual laboral por chantagem, a tutela civil (incluindo a trabalhista) pode ser invocada para as outras formas como, por exemplo, a responsabilidade patrimonial dos culpados, a despedida por justa causa do assediador, entre outras consequências.", Rodolfo Pamplona Filho, "Assédio Sexual: Questões Conceituais", disponível em http:// jus.uol.com.br/doutrina/texto?id=6826, acesso em 30/09/10*

2.5 - Tipificação Criminal de Assédio Sexual

Diferentemente do assédio moral, se pode dizer que, em virtude dos já mencionados fundamentos e princípios constitucionais ordenadores de regulamentação, o assédio sexual até já recebeu alguma atenção do legislador ordinário - todavia, de forma insuficiente, conforme criticam os autores especialistas no tema. De fato, até a presente data, o ordenamento foi inovado apenas em instância penal, com a inserção no CP, por força da Lei nº 10.224, de 15/05/01, da tipificação como crime de tão somente uma das espécies de assédio sexual.

Certamente em razão das tutelas mais severas da instância penal, o legislador ordinário delimitou apenas a espécie de assédio sexual por chantagem no ambiente de trabalho - em que há, por parte do autor, o uso da superioridade hierárquica ou da ascendência funcional sobre a vítima como forma de pressão e de coação - ao patamar de reprovabilidade social a ponto de configurar crime. Se, por um lado, o tipo é bastante restrito em termos de ambiente de ocorrência, por outro lado, na relação laboral, alcança o autor com superioridade hierárquica ou ascendência tanto em relação privada de trabalho (o próprio empregador ou seus empregados ou prepostos em posição de chefia em geral) quanto em instância administrativa (chefia imediata e demais e superiores hierárquicos).

> *CP - Art. 216-A. Constranger alguém com intuito de levar vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.*

O tipo penal em tela contém três elementos básicos: o constrangimento doloso e contrário ao Direito, por obrigar a vítima a uma conduta que ela não deseja; a busca da vantagem ou favorecimento sexual; e a presença de relação de superioridade hierárquica do agente em relação à vítima. Destaque-se que a tipificação em tela requer que a vítima possua uma posição de inferioridade hierárquica em relação ao infrator, de forma que a conduta cause no assediado o efeito de uma chantagem, em que, caso não se submeta às intenções do autor, possa ser gravemente prejudicada em sua relação laboral.

Assim, no foco que aqui mais interessa, o agente que, em posição de superioridade hierárquica ou ascendência funcional, utiliza-se de sua posição de comando como forma de pressão ou de coação de conotação sexual, independentemente da repercussão cível (trabalhista ou administrativa e civil), incorre no crime de assédio sexual, a ser processado e

julgado pelas autoridades competentes para a instância penal.

2.6 - Aplicação da Conceituação de Assédio Sexual na Administração Pública

De forma similar ao que se aduziu para o assédio moral, é de se destacar que quase toda a base conceitual acima exposta sobre assédio sexual adveio de manifestações doutrinárias e jurisprudenciais voltadas precipuamente para relações trabalhistas privadas (seja na elaboração de teses e estudos, seja nas análises de casos concretos). Além de o aplicador do Direito Administrativo Disciplinar aqui também se deparar com uma lacuna normativa na Lei nº 8.112, de 11/12/90 (não há um enquadramento direto e específico para assédio sexual), é certo dizer que, em razão das profundas diferenças nas relações de trabalho de cada setor, as fontes doutrinária e jurisprudencial ainda não foram provocadas e, portanto, ainda não se dedicaram a analisar a configuração do assédio sexual em seara pública com a mesma profundidade com que já o fizeram em seara privada.

A afirmação acima em nada se confunde com se arvorar a defender tese equivocada de que a configuração de assédio sexual seria inaplicável na instância administrativa e, consequentemente, não haveria nenhuma previsão para repercussão disciplinar para tal conduta. Ao contrário, não se tem dúvida de que as definições, condicionantes e classificações estabelecidos pelos autores e pelos magistrados para assédio sexual no setor privado (em sentido amplo, tanto por chantagem quanto por intimidação) também encontram quase integral aplicação no setor público.

Em sentido oposto ao da análise realizada para o assédio moral, em que, em razão das relevantes peculiaridades da relação estatutária em comparação à relação privada de trabalho, se expôs uma grande diferença na possibilidade de configuração daquele ilícito entre as instâncias trabalhista privada e administrativa pública, aqui, no assédio sexual, tal separação não ocorre em mesma monta.

Na aplicação da modelação teórica do assédio moral à seara pública, defendeu-se uma relevante mitigação nas possibilidades de ocorrência da conduta do agente e das consequências na vítima em comparação à sua aplicabilidade no setor privado. Isto porque aquela conduta, nos termos como definida formalmente, intenciona atacar a relação laboral do assediado, o que é mais factível de ocorrer no setor privado, em decorrência do sentido competitivo e quase predatório que lhe é marcante, de forma que o servidor resta mais protegido que o empregado da iniciativa privada.

Ainda que se possa dizer que, mesmo no caso do assédio sexual, resta a favor do servidor um menor grau de temor reverencial em virtude de suas prerrogativas e garantias estatutárias, sendo este um ilícito muito mais ligado a fraquezas humanas do que à relação laboral em si, pode, com idênticas possibilidade e potencialidade, um agente incorrer em tal desvio de conduta e uma vítima ser dela destinatária tanto no setor privado quanto em seara pública.

Em outras palavras, o assédio sexual se interliga muito mais às lacunas de conduta associadas a desvios e descontroles mentais e fisiológicos inerentes à parcela mais sensorial e irracional de determinada pessoa com o fim de obter a satisfação física (o que independe da condição de o agente ser empregado privado ou servidor estatutário), do que à elaboração pragmática e sistemática de estratégias e artimanhas com o fim de destruir psicologicamente outrem no ambiente de trabalho (o que se demonstra mais factível de ocorrer em seara privada).

As mazelas e lacunas inerentes à personalidade humana, capazes de fazer alguém engendrar as formas pervertidas de pressão e de coação sexual, podem se manifestar em um agente tanto na seara privada quanto na seara pública e podem acometer de igual forma a

respectiva vítima, seja ela estatutária ou não. Até se poderia vislumbrar uma mitigação do poder intimidatório, no caso de assédio sexual por chantagem em seara pública, em decorrência de o autor não ter o máximo poder do empregador de pôr fim à relação de trabalho; em seara pública, a pressão, *a priori*, não chega a este clímax tensionador de ameaçar a vítima com a perda do posto de trabalho, conforme pode ocorrer na seara privada, mas pode também atingir valores caros ao servidor e à sua tranquilidade cotidiana, como, por exemplo, ameaçar alterar seu local de exercício, atribuir exagerada carga de tarefas, prejudicar em avaliações funcionais, etc. E, no outro tipo de assédio sexual, por intimidação, mais associado a abordagens inconvenientes e inoportunas no dia a dia, sem pressão hierárquica, reflete-se sobre uma vítima no setor público praticamente o mesmo efeito constrangedor que pode se concretizar em uma vítima no setor privado, sem diferenciação. Em suma, o constrangimento, o desconforto e o abalo emocional que assolam uma vítima de assédio sexual no setor privado, por ferirem parcelas inerentes à sua condição humana (independente de sua condição profissional), são basicamente os mesmos que abatem uma vítima de mesma conduta em seara pública.

Assim, até com mais segurança do que no caso do assédio moral, ratifica-se que, se a conduta prática de um servidor (seja autoridade ou não) amolda-se nas definições e condicionantes adotadas pela doutrina e pela jurisprudência (conduta de natureza sexual reiterada apesar de rejeitada), resta configurado o ilícito de assédio sexual, seja por chantagem, seja por intimidação.

A possibilidade de enquadramento disciplinar da conduta definida como assédio sexual se aplica independentemente de haver o componente da vinculação hierárquica, visto não ser este um elemento essencial mas sim apenas incidental para a configuração do assédio sexual. Para este fim, deve-se atentar para o princípio da independência das instâncias (por meio do qual, uma determinada conduta pode ser típica mas não configurar ilícito disciplinar ou, ao contrário, pode ser enquadrada como ilícito disciplinar mas não possuir tipicidade criminal), para as distintas naturezas da lei penal e da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e para os distintos bens jurídicos que respectivamente se tutelam (conforme melhor se discorreu em **4.6.3.1**).

Assim, acerca do exposto no início deste tópico quando se conceituou o assédio sexual em seara privada, agora, para adequar aquela modelação para a seara pública, pode-se, primeiramente, aproveitar a definição e as condicionantes da configuração (conduta de conotação sexual reiterada apesar de rejeitada), pois, diferentemente do assédio moral, as peculiaridades do regime estatutário e o maior grau de segurança funcional em comparação ao empregado praticamente não atuam na conduta do agente e no resultado na vítima do assédio sexual. Prosseguindo na comparação, pode-se considerar igualmente aplicáveis na seara pública a classificação do assédio sexual em função dos agentes; as hipóteses de exclusão; e o direito da vítima de requerer, em esfera judicial civil, contra a Administração, indenização pelos danos moral e patrimonial (se for o caso) sofridos.

Com isto, a despeito de a tipicidade penal do assédio sexual prever apenas a hipótese por chantagem (o CP apenas pune a conduta assediosa quando o autor se vale de sua superioridade hierárquica), a Lei Estatutária pode ver enquadrada qualquer conduta de constrangimento com intuito sexual que, praticada de forma reiterada a despeito da resistência da vítima, fira o princípio da moralidade administrativa, sendo indiferente se a conduta é exercida por superior hierárquico contra subordinado ou vice-versa ou ainda contra servidor de mesma hierarquia. Com isto, em instância disciplinar, o enquadramento pode abstrair da vinculação hierárquica e, consequentemente, do temor de sério prejuízo sobre a vítima em caso de se negar a atender ao agente. O ilícito disciplinar tanto pode se caracterizar por poder de chantagem (igualmente ao tipo penal) como também por mera intimidação. *A priori*, pode-se inferir que, em instância administrativa, o emprego do poder hierárquico atue como

parâmetro incidental capaz de definir qual o enquadramento mais adequado e a consequente dosimetria de pena, mas não como elemento essencial para configurar a ilicitude disciplinar.

Verifica-se, com isto, que, administrativamente, não importa a definição restritiva adotada pela lei penal para o tipo criminal do assédio sexual. De acordo com o que se expôs em **3.2.1.1**, a definição legal de crime de assédio sexual foi mencionada aqui apenas a título de informação, não devendo a comissão de inquérito e a autoridade administrativa delimitar o enquadramento administrativo à restrição adotada pela lei penal (que pune como crime apenas a espécie de assédio sexual por chantagem, cometido por superior hierárquico) e muito menos processar e menos ainda punir servidor em instância disciplinar por incursão no art. 206-A do CP.

Fazendo-se refletir na instância administrativa disciplinar os já mencionados fundamentos e princípios constitucionais, tem-se que a conduta de assédio sexual (em seu entendimento lato, tanto por chantagem quanto por intimidação, nos termos definidos pela doutrina e pela jurisprudência) praticada no exercício do cargo ou a ele indiretamente relacionada, embora não possua enquadramento direto e específico no regime disciplinar estabelecido na Lei nº 8.112, de 11/12/90, que o defina, vede e sancione, deve ser enquadrada administrativamente na lista de infrações estatutárias deste diploma legal.

De forma análoga ao que se aduziu para o assédio moral, uma vez comprovada nos autos, por meios de provas válidos, a prática de atos que atendam a todas já expostas condicionantes das definições doutrinárias e jurisprudenciais para ter configurado o assédio sexual, deve o aplicador do Direito Administrativo Disciplinar atentar para a elasticidade dos enquadramentos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e para princípios e parâmetros associados à dosimetria da pena, em função das peculiaridades de cada caso (princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, graus de ostensividade, de intensidade e de afronta, emprego ameaçador do poder hierárquico, conforme já aduzido, bem como sua duração e o dano à vítima), com o fim de adequar a conduta concreta às hipóteses legais.

De imediato, sem a pretensão de elaborar lista exaustiva, a mero título de exemplo, pode-se ter a conduta de assédio sexual, em um extremo de menor grau de repulsa, enquadrada no art. 116, IX (inobservância do dever de manter conduta incompatível com a moralidade administrativa) e, no extremo oposto, de forte grau de repulsa, podendo ser enquadrada no art. 132, V (conduta escandalosa na repartição) ou até no art. 132, IV, combinado com o art. 117, IX (improbidade administrativa e valimento de cargo, sobretudo no caso de assédio sexual por chantagem, em que a autoridade se utiliza do poder de seu cargo em confiança para coagir a vítima), todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Com isto, de um lado, na instância administrativa, dentro dos limites de alcance do regime disciplinar, vislumbra-se o aspecto punitivo contra o agente do assédio sexual. Na esteira do que se aduziu acima, quando se mencionou que cabe ao empregado provocar o provimento jurisdicional com o fim de obter a indenização decorrente do dano moral, o mesmo se aplica no caso da seara pública. Assim, de outro lado, para obter eventual reparação por dano moral que entenda ter sofrido em decorrência das violações à sua liberdade sexual ocorridas no ambiente de trabalho, caberá ao servidor assediado valer-se de sua livre ida ao Poder Judiciário, em instância civil.

Ademais, conforme visto detidamente em **4.7**, condutas pontuais de violação da liberdade sexual (que já foram objeto de análise doutrinária e jurisprudencial no sentido de que não configuram assédio moral), dependendo de seu grau de gravidade e de afronta ao Direito, caso extrapolem o círculo de meros atos comportamentais ajustados pela ética social ou pela gerência de pessoal, até podem não restar impunes na Lei nº 8.112, de 11/12/90, mas, ainda assim, não devem ser confundidas com a definição doutrinária de assédio sexual (que tem como característica ser uma conduta reiterada apesar de rejeitada). Tais atos isolados

também podem ser enquadrados nos mesmos dispositivos acima mencionados para condutas reiteradas (art. 116, IX, art. 132, V ou art. 132, IV, combinado com o art. 117, IX).

ANEXO IV - PERÍCIA MÉDICO-PSIQUIÁTRICA EM INCIDENTE DE SANIDADE MENTAL

O presente Anexo foi integralmente extraído do texto Ocorrências de Transtornos Mentais em Processos Disciplinares em Curso na Corregedoria da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, de autoria de Natália Fajardo Incerti, do Escritório de Corregedoria na 6ª Região Fiscal (Escor06), que, com sua formação na área de psicologia e com conhecimentos na área da psiquiatria, desenvolveu as perguntas da oitiva padrão, sintetizou as codificações e as descrições das principais doenças mentais alegadas em processo administrativo disciplinar (PAD) e aprimorou os quesitos para a junta médica oficial. A autora, com elevado espírito público, gentilmente, autorizou a disponibilização de seu inédito trabalho não só neste texto como também na subpasta Materiais de Referência, da pasta virtual Diaco, onde se encontra a íntegra do seu texto original.

1 - INTRODUÇÃO

Em muito sintéticas palavras, a Décima Revisão da Classificação Internacional de Doenças e de Problemas Relacionados a Saúde (CID-10), publicada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), agrupa as doenças em diversas categorias classificadas por códigos formados por três caracteres, sendo o primeiro caractere (uma letra) indicador da categoria e o segundo e terceiro caracteres (numéricos crescentes) subdivisores das moléstias agrupadas. Aqui, interessa apenas mencionar a categoria F00 - F99, de classificação de transtornos mentais e de comportamento.

Em agosto de 2020, foi feito um levantamento das alegações de insanidade mental no sistema correcional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), anotando-se os diagnósticos que figuram nesta categoria da CID-10. A lista abaixo contém os códigos da CID-10 mais recorrentes e potencialmente geradores de incidente de sanidade mental em decorrência de doenças de ordem psiquiátrica nos processos administrativos disciplinares (PADs) nos últimos anos em todos os Escritórios de Corregedoria (Escor).

- F10.2 - Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool - síndrome de dependência;
- F14 - Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso da cocaína;
- F14.2 - Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso da cocaína - síndrome de dependência;
- F19.2 - Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de múltiplas drogas e ao uso de outras substâncias psicoativas – síndrome de dependência;
- F20.0 - Esquizofrenia paranoide;
- F22.8 - Outros transtornos delirantes persistentes;
- F23.1 - Transtorno psicótico agudo polimorfo, com sintomas esquizofrênicos;
- F25.1 - Transtorno esquizoafetivo do tipo depressivo;
- F29 - Psicose não-orgânica não especificada;
- F31 - Transtorno afetivo bipolar;
- F31.0 - Transtorno afetivo bipolar, episódio atual hipomaníaco;
- F31.4 - Transtorno afetivo bipolar, episódio atual depressivo grave sem sintomas psicóticos;
- F31.5 - Transtorno afetivo bipolar, episódio atual depressivo grave com sintomas psicóticos;
- F31.9 - Transtorno afetivo bipolar não especificado;

- F32 - Episódios depressivos;
- F32.0 - Episódio depressivo leve;
- F32.2 - Episódio depressivo grave sem sintomas psicóticos;
- F32.3 - Episódio depressivo grave com sintomas psicóticos;
- F33 - Transtorno depressivo recorrente;
- F33.1 - Transtorno depressivo recorrente, episódio atual moderado;
- F33.2 - Transtorno depressivo recorrente, episódio atual grave sem sintomas psicóticos;
- F33.3 - Transtorno depressivo recorrente, episódio atual grave com sintomas psicóticos;
- F41 - Outros transtornos ansiosos;
- F41.1 - Transtorno de ansiedade generalizada;
- F41.2 - Transtorno misto ansioso e depressivo;
- F42 - Transtorno obsessivo-compulsivo;
- F43 - Reação ao “stress” grave e transtornos de ajustamento;
- F43.0 - Reação aguda ao “stress”;
- F43.2 - Transtorno de adaptação;
- F43.8 - Outras reações ao “stress” grave;
- F44 - Transtornos dissociativos (de conversão);
- F44.0 - Amnésia dissociativa;
- F44.6 - Anestesia e perda sensorial dissociativas;
- F44.7 - Transtorno dissociativo misto (de conversão);
- F52 - Disfunção sexual, não causada por transtorno ou doença orgânica;
- F60.0 - Personalidade paranoica;
- F68.1 - Produção deliberada ou simulação de sintomas ou de incapacidades, físicas ou psicológicas (transtorno fictício);
- F90 - Transtornos hipercinéticos.

Embora também se refiram a doenças com potencial incapacitante, não foram aqui considerados outros códigos da CID-10 por se tratar de moléstias de origem ou consequência orgânicas (neurológicas, sobretudo), não sendo patologias de ordem psiquiátrica. Estes códigos da CID-10 não contemplados (como demências em geral, em que se inclui doença de Alzheimer em especial, e doença de Parkinson, a título de exemplos) compreendem uma série de transtornos mentais que têm em comum uma etiologia demonstrável tal como doença ou lesão cerebral ou outro comprometimento que leva à disfunção cerebral.

Antes de adentrar nos agrupamentos dos códigos da CID-10 dos transtornos mentais de maior relevância para a estrutura correcional, é necessário entender como funciona uma avaliação médico-pericial em psiquiatria e quais as particularidades que devem ser observadas no exame médico-pericial psiquiátrico.

2 - A AVALIAÇÃO MÉDICO-PERICIAL EM PSIQUIATRIA

De acordo com a literatura, a abordagem qualitativa das incapacidades mentais e comportamentais depende da avaliação do grau de desempenho em quatro esferas:

a) atividades da vida diária (autocuidado, comunicação, atividade física, função sensorial, atividade manual não-especializada, deslocamentos, viagens, função sexual, sono, trabalho, atividades recreacionais);

b) funcionamento social;

c) concentração; e

d) adaptação.

Em relação ao grau de incapacidade, são descritas as seguintes categorias:

a) nenhuma incapacidade;

b) incapacidade leve;

c) incapacidade marcada; e

d) extrema incapacidade.

Considera-se que incapacidade extrema em uma ou mais esferas ou incapacidade marcada em duas ou mais esferas, provavelmente, impede o desempenho de tarefas mais complexas, como, por exemplo, acompanhar a instrução de um PAD. Por sua vez, efeitos de medicação podem aumentar o grau de incapacidade se os medicamentos são necessários e impactam nas atividades da vida diária. Finalmente, a natureza crônica de alguns transtornos mentais ou comportamentais indica que possa haver remissões ao invés de cura. Assim, indivíduos podem ainda ter incapacidade permanente, mesmo se sua condição estiver em remissão.

Para a avaliação de transtornos mentais, deve-se sempre considerar sua origem biopsicossocial e ponderam-se os seguintes condicionantes:

a) há que se considerar dois eixos de observação: o longitudinal (que corresponde à linha da vida, com início já no período pré-natal até o momento presente) e o transversal (que corresponde ao exame do estado mental na ocasião da avaliação).

b) existe o predomínio de elementos abstratos para a análise das funções psíquicas;

c) há ausência de exames complementares comprobatórios na maioria dos casos;

d) pode haver, na avaliação, a presença de julgamento de valores e preconceitos com relação a um possível portador de transtorno mental;

e) há dificuldades na entrevista, quanto à colaboração para o fornecimento de informações e na credibilidade da descrição sintomática;

f) há dificuldade na validação dos informes técnicos fornecidos por profissionais diversos, trazidos para a perícia; e

g) a avaliação, visto as características já citadas, exige atenção diferenciada por parte do perito.

Em regra, a junta médica pericial deve estar atenta a diversos fatores atinentes à situação geral e às funções mentais e psicofisiológicas.

Será com base na interpretação do conjunto destes sinais, a seguir descritos, e na correlação sintomatológica entre eles que os peritos avaliarão a incapacidade (e grau) do acusado ao tempo do cometimento do fato e/ou ao tempo da apuração do PAD.

Antecipe-se desde já que a sintomatologia traz também elementos para se cogitar de uma possível simulação do transtorno mental alegado.

2.1 - Situação Geral do Exame

2.1.1 - Aparência e Aspecto

O aspecto tem relação com a apresentação da pessoa para o momento, o dia e a hora, com a harmonia estética. Deve-se observar o modo de andar, a postura, a vestimenta, os adornos utilizados, sua higiene pessoal, cabelos alinhados ou em desalinho. O ideal seria que fosse feita uma descrição precisa, de maneira que quem lesse pudesse visualizar a aparência

física da pessoa no momento do exame. A comparação das características de aparência do examinado com os indivíduos de mesma idade, profissão e condição socioeconômica é útil, assim como a obtenção de informações com familiares a respeito de mudanças em relação à aparência anterior da pessoa (personalidade prévia).

2.1.2 - Postura e Atitudes

É a relação e a atitude do examinado perante o entrevistador, como, por exemplo, cooperante, indiferente, passivo, fóbico, agressivo, petulante, cabisbaixo, dissimulado, inseguro, histriônico (teatral), sedutor, dentre outros. Seria interessante fundamentar o que levou à conclusão sobre aquele conceito, com anotação no laudo pericial.

2.1.3 - Nível de Consciência

É o estado de lucidez em que a pessoa se encontra, variando da vigília até o coma. É o reconhecimento da realidade externa ou de si mesmo em determinado momento e a capacidade de responder a estímulos. Geralmente, em suas avaliações, os peritos observam a reação do examinado frente aos estímulos, se rápida ou lenta.

Os manuais de psiquiatria forense desaconselham a realização de exame médico-pericial em indivíduo que se apresente com nível de consciência alterado, como em estado alcoolizado, impregnado por medicamentos ou substâncias psicoativas. Nestes casos, a recomendação é que o exame seja postergado (deve-se reagendar nova avaliação médico-pericial).

2.2 - Avaliação das Funções Mentais

2.2.1 - Orientação

A orientação comporta dois pontos de análise: a autopsíquica (reconhecimento de dados pessoais, nome de familiares, endereço de moradia, por exemplo) e a alopsíquica (capacidade de informar aspectos de sua enfermidade, noção do motivo do exame, data do dia, local onde está, dentre outros).

2.2.2 - Atenção

É uma dimensão da consciência que designa a capacidade para centrar-se em uma atividade. O seu exame envolve observar a vigilância, a tenacidade e a concentração.

Vigilância compreende a manutenção de um foco de atenção para estímulos externos. Esta capacidade pode estar aumentada (hipervigilante - estados maníacos e paranoides) e diminuída (hipovigilante - estados depressivos, retardo mental e catatonia).

Tenacidade é a capacidade de manter-se em uma tarefa específica. A possibilidade de manter diálogo e de responder a perguntas de modo adequado já é um indício de tenacidade.

Concentração é a capacidade de manter a atenção voluntária, em processos internos de pensamento ou em alguma atividade mental. Para a sua observação, é comum aplicar testes, como o *MiniMental State Examination* (MMSE), em que se solicita ao avaliando subtrair consecutivamente o número 7 a partir do 100.

2.2.3 - Memória

É a capacidade de registrar, fixar ou reter, evocar e reconhecer objetos, pessoas e experiências passadas ou estímulos sensoriais. Para a avaliação da memória, costuma-se pedir a repetição de números e a menção de objetos não relacionados, de fatos cotidianos recentes e de situações vividas na infância.

2.2.4 - Inteligência

É a condição de assimilar conhecimentos factuais, compreender as relações entre eles e integrá-los aos conhecimentos adquiridos. Raciocinar logicamente e de forma abstrata manipulando conceitos, números ou palavras. É a capacidade de resolver situações novas com rapidez e êxito mediante a realização de tarefas que envolvam a apreensão de fatos, eventos, antecedentes e consequências. Não se pode esquecer de que a análise da inteligência implica comparar alguém com uma média esperada para o grupo sociocultural e para a faixa etária.

2.2.5 - Comportamento e Conduta

O funcionamento psicológico tem relação com os comportamentos manifestos, do ponto de vista tanto quantitativo como qualitativo. A atividade psicomotora pode ser normal, retardada ou acelerada, assim como podem ocorrer sintomas catatônicos ou de agitação.

Conduta é o conjunto de comportamentos observáveis no indivíduo, quer seja motor, de atitudes, existência de gestos, tiques e verbalizações. A avaliação da conduta se divide em dois tempos: durante a entrevista e ao longo do curso da vida, obtida através da anamnese.

O ideal seria que, durante as anamneses, os profissionais descrevessem o tipo de atividade apresentado durante a entrevista, ao invés de apenas classificá-lo, como, por exemplo, evitar "o paciente apresenta retardo psicomotor", para descrever "o paciente permaneceu imóvel durante toda a sessão". Observar e descrever detalhes como: rígido, fletido em posição anômala, agitado com tiques nervosos, dentre outros.

2.2.6 - Sensopercepção

Designa a capacidade de perceber e interpretar os estímulos que se apresentam aos órgãos dos cinco sentidos. Quando alterada, pode manifestar-se através de ilusões e alucinações.

Ilusões ocorrem quando os estímulos sensoriais reais são confundidos ou interpretados erroneamente. Podem aparecer quando há redução de estímulos ou do nível de consciência (*delirium*), como, por exemplo, enxergar uma pessoa com o rosto de outra, enxergar um vulto.

Alucinações ocorrem quando há percepção sensorial na ausência de estímulo externo (percepção sem objeto), como, por exemplo, ouvir vozes de comando. A alucinação pode ser induzida por fatores emocionais ou fatores orgânicos, tais como drogas e álcool.

2.2.7 - Pensamento

É o conjunto de funções integrativas capazes de associar conhecimentos novos e antigos, integrar estímulos externos e internos, analisar, abstrair, julgar, concluir, sintetizar e criar. O pensamento é avaliado em três aspectos: forma (ou produção), curso e conteúdo.

Forma é como as ideias são concatenadas e seguem uma sequência lógica, de acordo com as leis da sintaxe. O normal é que a produção do pensamento seja coerente, isto é, clara e

fácil de seguir e entender. Pensamento mágico é quando não se obedece às leis da realidade, tempo e espaço, envolvendo sorte, misticismo, poder à distância, força do pensamento para provocar ações, dentre outros.

Curso caracteriza-se pela quantidade de ideias que vêm ao pensamento, podendo variar de abundantes a escassas, e pela velocidade com que as ideias passam pelo pensamento (rápido, lentificado ou bloqueado).

Conteúdo do pensamento é a observação da conexão do mundo externo com o interno. Seu exame serve para identificar situações de risco para si ou para terceiros como, por exemplo, pensamentos de autoextermínio. Pode expressar as preocupações, manifestas como ideias supervalorizadas, delirantes, com a própria doença, sobre os problemas alheios, as obsessões e fobias. A principal alteração do conteúdo do pensamento é o delírio.

Delírio ocorre quando o indivíduo acredita em ideias falsas, irracionais ou sem lógica. Em geral, são temas de perseguição, grandeza ou místicos. Caracteriza-se por inquietação motora, confusão, desorientação, podendo surgir alucinações e ilusões.

2.2.8 - Linguagem

É o modo de se comunicar, verbalmente ou não, envolvendo gestos, olhares, expressão facial ou escrita. A linguagem falada é o principal ponto de observação e o estudo da fala envolve a quantidade, a velocidade e a qualidade.

A quantidade pode demonstrar um indivíduo loquaz, prolixo, taciturno, não espontâneo, dentre outros.

A velocidade pode ser rápida, lenta, hesitante ou monótona.

A qualidade pode ser a apresentação de tartamudez (gagueira), dislalia (má pronúncia das palavras), dentre outros.

Finalmente, deve-se também observar se o volume é alto ou baixo, se há boa gramática e sintaxe, além de o vocabulário ou de a escolha das palavras serem corretos.

2.2.9 - Afetividade e Humor

Afetividade é a experiência imediata e subjetiva das emoções sentidas em relação ao que o cerca, abrangendo desde sentimentos em relação a pessoas e ambientes até lembranças de fatos, situações ou pessoas do passado, bem como expectativas sobre o futuro.

Humor é a tonalidade de sentimento predominante, que pode influenciar a percepção de si mesmo e do mundo ao seu redor.

Na avaliação da afetividade e do humor, é importante observar que as suas variações são corroboradas por modificações na expressão facial, no tom de voz e nos gestos, demonstrando um espectro de intensidade na emoção expressada (de superficial a profundo). Por outro lado, variações no humor podem ser normais.

A análise da afetividade e do humor pode apresentar uma pessoa como eutímica (normal), distímica ou disfórica (depressivo ou eufórico).

2.2.10 - Juízo Crítico

É uma das funções mais importantes a ser analisada pela junta médica oficial, do ponto de vista apuratório, uma vez que ela é a capacidade de perceber e avaliar adequadamente a realidade externa e separá-la dos aspectos do mundo interno ou subjetivo.

Implica discernir sentimentos, impulsos e fantasias como próprios ou não. Implica também em entender um possível caráter delituoso da conduta.

Também tem relação com a possibilidade de autoavaliação adequada e ter uma visão realista de si mesmo, suas dificuldades e suas qualidades. A capacidade de julgamento é necessária para todas as decisões diárias, para estabelecer prioridades e prever consequências, sendo fundamental para evidenciar a existência de saúde mental adequada.

2.3 - Avaliação das Funções psicofisiológicas

Nesta fase do exame psiquiátrico se procura observar, particularmente, o sono, o apetite e a sexualidade.

Quanto ao sono, deve-se atentar para a existência de insônia (inicial, terminal ou no meio da noite), hipersonia, sonambulismo, terror noturno, apneia do sono e alterações do ciclo sono-vigília.

Quanto ao apetite, cumpre analisar o aumento ou diminuição no peso, dentre vários outros aspectos.

Quanto à sexualidade, há necessidade de obter informações, por exemplo, sobre diminuição ou perda do desejo sexual, incapacidade de experimentar o prazer, ejaculação precoce ou retardada.

2.4 - Roteiro para Oitiva Padrão de Superiores Hierárquicos, Colegas de Trabalho e Familiares

Como, em geral, a avaliação médico-pericial em psiquiatria não conta com exames complementares comprobatórios, os médicos peritos são forçados a basearem a análise das funções psíquicas do acusado quase exclusivamente em elementos abstratos. Assim, é importante a comissão suprir a junta médica, além dos quesitos a serem respondidos no laudo pericial, também com informações acerca daqueles diversos fatores atinentes à situação geral e às funções mentais e psicofisiológicas, acima listados. A critério da comissão, caso a caso, estas informações podem ser obtidas por meio de depoimentos padrões (como testemunhas ou como declarantes) de superiores hierárquicos e colegas de trabalho (na hipótese de acusado ativo não licenciado ou afastado) e de familiares (na hipótese de acusado ativo licenciado ou afastado ou inativo ou ex-servidor).

Para este fim, segue sugestão padronizada de perguntas, a serem adaptadas à peculiaridade de cada caso. Algumas perguntas somente se aplicam se o depoente tem relação laboral com o acusado (caso provável de qualificação como testemunha) e outros cabem apenas para depoente que com ele guarda relação familiar (caso provável de qualificação como declarante).

2.4.1 - Perguntas sobre Aparência e Aspecto

1. O servidor costuma apresentar-se em boas condições de higiene e vestimentas adequadas de acordo com a situação?

2. O servidor costuma utilizar adornos de vaidade e aparenta cuidado com sua aparência?

3. Houve algum momento da vida do servidor em que ele mudou bruscamente a aparência, a postura, a forma de andar e os hábitos de higiene? Em caso afirmativo, quando? Em decorrência de qual motivo? Consegue exemplificar?

2.4.2 - Perguntas sobre Postura e Atitudes

4. O servidor tem bom relacionamento interpessoal? O servidor relaciona-se bem com colegas de trabalhos, vizinhos, parentes e outras pessoas? Houve alguma mudança na relação interpessoal perceptível? Em caso afirmativo, desde quando? Em decorrência de qual motivo? Consegue exemplificar?

5. O servidor sofre ou já sofreu queixas decorrentes de seu comportamento em relação a outras pessoas, tais como agressividade, desrespeito, indiferença, sedução, assédio, entre outros? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?

6. O servidor apresenta ou já apresentou reações desproporcionais aos acontecimentos, tais como agressividade excessiva, abatimento excessivo, entre outros? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?

7. O servidor é cooperativo em seu ambiente de trabalho? Em caso negativo, desde quando? Aconteceu algo específico que motivou essa mudança?

8. O servidor é uma pessoa sociável? Consegue descrever a vida social do servidor?

2.4.3 - Pergunta sobre Nível de Consciência (Sedação e Intoxicação)

9. O servidor apresenta-se em estado de lucidez no convívio diário e tem noção da realidade? Em caso negativo, o que leva a entender que não? Consegue identificar desde quando?

2.4.4 - Perguntas sobre Atenção e Inteligência

10. O servidor consegue concentrar-se nas atividades que está realizando? O servidor consegue finalizar as atividades propostas, de forma satisfatória? Em caso negativo, o que leva a entender que não? Consegue identificar desde quando?

11. O servidor aparenta estar distraído com frequência, com prejuízo na realização de suas atividades ou interação social? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?

12. O servidor manifesta ou já manifestou sensação de perseguição, de estar sendo vigiado, de ser vítima de complôs, com prejuízo na realização de suas atividades ou interação social? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?

13. O servidor é capaz de dialogar de maneira adequada, interagindo de maneira satisfatória com outra pessoa? Em caso negativo, o que leva a entender que não? Consegue identificar desde quando?

14. O servidor apresenta bom aproveitamento nas atividades que realiza e cumpre as metas propostas? Em caso negativo, o que leva a entender que não? Consegue identificar desde quando?

15. O servidor tem boa capacidade de aprendizado de novas tarefas, compatíveis com sua escolaridade? O servidor tem interesse em aprender novas tarefas?

2.4.5 - Pergunta sobre Memória

16. O servidor aparenta ter algum *deficit* de memória, recente ou remota, com prejuízo de seu desempenho profissional ou interação social? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?

2.4.6 - Perguntas sobre Comportamento, Conduta e Sensopercepção

17. O servidor demonstra com frequência episódios de agitação, ansiedade ou lentificação motora? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?

18. O servidor informa ou demonstra apresentar ilusões ou alucinações, como, por exemplo, ouvir vozes ou enxergar vultos. Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?

19. O servidor apresenta ou já apresentou comportamentos excêntricos ou bizarros? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?

2.4.7 - Perguntas sobre Pensamento (Ideias Lógicas, Fluxo e Conteúdo)

20. O servidor demonstra ter ideias lógicas nos diálogos e outras formas de comunicação, compatíveis com sua condição sociocultural? Em caso negativo, o que leva a entender que não? Consegue identificar desde quando?

21. O servidor demonstra ou aparenta ter pensamento lento, acelerado ou fuga de ideias, não conseguindo completar o pensamento? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?

22. O servidor demonstra ou já demonstrou ter ideias irreais ou absurdas? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?

2.4.8 - Pergunta sobre Linguagem (Quantidade, Velocidade e Qualidade)

23. O servidor comunica-se de forma adequada, tanto verbalmente, com frases bem elaboradas, ou fala demais ou muito rapidamente ou muito pausadamente, quanto em comunicação não verbal, em seus gestos e olhares? Em caso negativo, o que leva a entender que não? Consegue identificar desde quando?

2.4.9 - Pergunta sobre Afetividade e Humor

24. O servidor apresenta ou já apresentou alterações de humor evidentes e importantes, podendo incorrer em prejuízo profissional e social, tais como humor deprimido ou episódios de euforia de alegria excessiva, muita agitação ou gastos descontrolados de dinheiro? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?

2.4.10 - Pergunta sobre Juízo Crítico

25. Qual a relação do servidor com a sua patologia? O servidor fala sobre ela? O servidor consegue entendê-la? O servidor relaciona com algum evento específico em sua vida?

2.4.11 - Perguntas sobre Sono e Apetite

26. O servidor apresenta ou alega apresentar distúrbios de sono? O servidor apresenta-se com frequência sonolento durante o dia? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente?

27. O servidor apresenta ou alega apresentar distúrbios de apetite? O servidor sofreu de alterações importantes de perda ou de ganho excessivo de peso? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente?

2.4.12 - Perguntas sobre Abuso de Substâncias

28. O servidor possui histórico de abuso de substâncias lícitas e/ou ilícitas? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?

29. O servidor já se apresentou no trabalho aparentando estar sob efeito de abuso de alguma substância lícita e/ou ilícita? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?

30. O servidor já fez tratamento para abuso de substâncias lícitas e/ou ilícitas? Em caso afirmativo, desde quando? O servidor continua em tratamento? Houve internação ou foram apenas consultas médicas?

2.4.13 - Perguntas sobre Vida Social

31. O servidor possui companheira e amigos? O servidor apresenta ou aparenta ter vida social adequada? O servidor frequenta ambientes sociais, tais como festas, celebrações religiosas e outros? Em caso negativo, o que leva a entender que não? Consegue identificar desde quando?

32. O servidor apresenta ou apresentou alterações bruscas de convívio social, tais como ter passado a se isolar recentemente ou a se relacionar aparentemente em excesso? Em caso afirmativo, desde quando? É recorrente? Consegue exemplificar?

33. O servidor possui, no geral, bom convívio familiar? Em caso negativo, o que leva a entender que não? Consegue identificar desde quando?

2.4.14 - Pergunta sobre Redes Sociais

34. O servidor é ativo em redes sociais? Nestas, o servidor demonstra ter uma vida equilibrada, postando interação social adequada, tais como viagens, festas, atividades físicas?

2.4.15 - Perguntas sobre Aspecto Profissional

35. O servidor é um profissional comprometido, responsável e com bom desempenho? Em caso negativo, o que leva a entender que não? Consegue identificar desde quando?

36. O servidor tem alto absenteísmo? Em caso afirmativo, por quais motivos em sua maioria?

2.4.16 - Perguntas sobre Outros Temas

37. O servidor possui carteira nacional de habilitação (CNH)? Em caso afirmativo, é possível identificar a data da última renovação?

38. O servidor possui seguros de vida ou financiamentos ou empréstimos? Em caso afirmativo, é possível identificar a instituição seguradora ou financiadora ou credora?

3 - ASPECTOS SOBRE SIMULAÇÃO

Como antecipado quando se descreveu a perícia médico-psiquiatra, pode-se aferir sintomatologia que permita cogitar de simulação do transtorno mental por parte do servidor. Assim, na avaliação pericial, um dos elementos a serem considerados pelos médicos peritos é a possibilidade da simulação de sintomas e sinais clínicos de transtornos mentais ou de outra ordem.

Conforme conceitua a OMS, simulação é "*a produção intencional ou invenção de sintomas ou incapacidades tanto físicas quanto psicológicas, motivadas por estresse ou incentivos externos*". Significa dizer que há uma tentativa consciente de subverter o exame a uma situação não condizente com a realidade. Importante frisar que a motivação e a produção de sintomas são conscientes.

Segundo a literatura, a simulação subdivide-se em:

a) pura: a falsificação de uma doença ou incapacidade quando ela não existe;

b) parcial: o exagero consciente de sintomas que não existem; ou

c) falsa imputação: a atribuição de sintomas reais a uma causa conscientemente entendida como não tendo relação com os sintomas.

Na CID-10, a simulação tem seu código próprio: Z76.5 (pessoa fingindo ser doente; simulação consciente; simulador com motivação óbvia), além do código F68.1 (produção deliberada ou simulação de sintomas ou de incapacidades, físicas ou psicológicas).

Abre-se neste ponto um parêntese para chamar a atenção para o código da CID-10 F68.1 que, mesmo sendo empregado por médicos com o intuito de alertar colegas sobre a simulação do paciente, já foi utilizado como argumento de insanidade em PAD na RFB, conforme se detectou na pesquisa realizada em agosto de 2020 acerca dos códigos da CID-10 utilizados por acusados com frequência. Tal código da CID-10, por sua própria descrição (produção deliberada ou simulação de sintomas ou de incapacidades, físicas ou psicológicas), dispensa a necessidade de instauração do incidente de sanidade mental.

O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5) indica situações em que há suspeita de simulação. Há que existir qualquer das combinações a seguir:

a) contexto médico de apresentação;

b) acentuada discrepância entre o sofrimento e/ou a deficiência apontados pelo paciente e os achados objetivos;

c) falta de cooperação durante a avaliação diagnóstica e de aderência ao regime de tratamento prescrito; e

d) presença de um transtorno da personalidade antissocial.

Deve-se atentar para o olhar, a fisionomia, os gestos, a mímica, enfim, para tudo aquilo que se convencionou chamar de linguagem não verbal.

Outro aspecto que pode ser observado na simulação é a impaciência do periciado, a sua necessidade de ver tudo resolvido rapidamente, como se não pudesse permanecer naquela situação por muito tempo.

Podem ainda sugerir simulação:

a) diagnóstico firmado pelo médico assistente divergente da clínica observada ao

exame ou diagnóstico firmado pelo médico assistente incompatível com o tempo estimado de recuperação, como, por exemplo, CID F33.3 (transtorno depressivo recorrente, episódio atual grave, com sintomas psicóticos) com estimativa de afastamento para o trabalho para trinta dias;

b) diversidade de diagnósticos em exames consequentes, como, por exemplo, F32 (episódio depressivo) para F20 (esquizofrenia) ou para F40 (transtornos fóbico-ansiosos);

c) somatizações;

d) paciente itinerante (“peregrino hospitalar”);

e) transtorno informado incompatível com a função laborativa, como, por exemplo, F72 (retardo mental grave) e atividade referida de servidores ocupantes de cargos na RFB;

f) persistente ineficácia da medicação e piora contínua das queixas, sem melhora visível por parte da pessoa, mesmo que corretamente medicada por longo tempo, como, por exemplo, uso correto de antidepressivo há mais de seis meses, sem qualquer relato de melhora;

g) relação do examinado com o acompanhante, como, por exemplo, diagnóstico de F32 que não responde a qualquer pergunta formulada, esperando o acompanhante responder; e

h) quadro clínico existente pela ação medicamentosa, iatrogênica e/ou por uso autoprovocado e possibilidade de desintoxicação em curto tempo, como, por exemplo, uso excessivo de tranquilizantes.

4) APRESENTAÇÃO DOS TRANSTORNOS MENTAIS DE MAIOR RELEVÂNCIA NA PRÁTICA CORRECIONAL

4.1 - Transtornos Mentais e Comportamentais Devidos ao Uso de Substância Psicoativa (F10 a F19)

Os transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de substância psicoativa compreendem numerosos transtornos que diferem entre si pela gravidade variável e pela sintomatologia diversa, mas que têm, em comum, o fato de serem todos atribuídos ao uso de uma ou de várias substâncias, prescritas ou não por um médico. Os agentes psicoativos atuam sobre o sistema nervoso central, provocando sintomas psíquicos e estimulando o consumo repetido. Quanto mais grave a dependência, mais os pensamentos e as atividades são direcionados para a obtenção da droga.

Segundo a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Infância (Unesco), há quatro tipos de usuários de drogas:

a) experimentador: limita-se a experimentar a droga, utilizando diversos motivos para o fato (curiosidade, desejo de novas experiências, pressão do grupo de pares ou assédio publicitário). Na maioria dos casos, o contato com a droga não passa dessas experiências;

b) ocasional: é aquele que usa um ou mais tipos de drogas, de modo eventual, se o ambiente lhe for favorável e a droga estiver disponível. Neste, ainda não há dependência;

c) habitual ou funcional: é o indivíduo que faz uso frequente de drogas, embora mantenha relações sociais, mesmo que precárias, correndo riscos de adquirir dependência; e

d) dependente ou disfuncional (toxicômano): “*é aquele que vive pela e para a droga,*

quase exclusivamente, rompendo vínculos sociais, com consequente isolamento e marginalização, advindo decadência física e moral".

Do ponto de vista pericial, importa conhecer que a CID-10 traz informações importantes sobre a situação a ser analisada. No capítulo referente aos transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de substância psicoativa, o terceiro caractere do código identifica sempre a substância implicada e o quarto caractere (que vem depois do ponto) especifica o quadro clínico momentâneo, que é o mais valoroso no momento da avaliação.

Lista-se a diferenciação das substâncias:

- F10: álcool;
- F11: opioides;
- F12: canabinoides;
- F13: sedativos ou hipnóticos;
- F14: cocaína;
- F15: cafeína;
- F16: alucinógenos;
- F17: tabaco;
- F18: solventes voláteis;
- F19: múltiplas drogas.

E lista-se a especificação do quadro:

- F1x.0: Intoxicação aguda;
- F1x.1: Uso danoso;
- F1x.2: Síndrome de dependência;
- F1x.3: Síndrome de abstinência;
- F1x.4: Síndrome de abstinência com *delirium*;
- F1x.5: Transtorno psicótico;
- F1x.6: Síndrome amnéstica;
- F1x.7: Transtorno psicótico de início tardio e residual;
- F1x.8: Outros transtornos mentais e comportamentais;
- F1x.9: Transtorno mental e comportamental não especificado.

Os especificadores intoxicação aguda (F1x.0) e uso danoso (F1x.1) dificilmente poderão levar a uma conclusão de incapacidade.

O paciente com transtorno por uso de substância grave (dependente - F1x.2) -, não estando intoxicado, nem em estado de abstinência com *delirium* (F1x.4), nem em quadro psicótico (F1x.5 ou F1x.7), nem com considerável *deficit* cognitivo -, em princípio, mantém sua capacidade de entendimento, sendo capaz de distinguir o permitido do proibido, não sendo, portanto, motivo para declaração de incapacidade. Entretanto, pode-se discutir a possibilidade de autodeterminação daqueles que se encontram em crise de abstinência pura (F1x.3).

A dependência psíquica manifesta-se por meio de sintomas de abstinência subjetivos, como ansiedade, irritabilidade, inquietude e insônia, nenhum deles grave nem ameaçador à sobrevivência e todos dentro das possibilidades de autocontrole.

Dentro desse critério, substâncias como cannabis, anfetaminas, cocaína aspirada, alucinógenos e voláteis, como regra, tenderiam a ser consideradas não causadoras de prejuízo da determinação.

No sentido contrário, álcool e opioides, devido à intensidade do sofrimento produzido pela abstinência, podem prejudicar a capacidade de julgamento.

Merecem atenção especial os especificadores 4, 5 e 6. Para esses diagnósticos, pode haver incapacidade temporária ou até mesmo permanente. Nessas condições, caso a perícia resulte na confirmação da insanidade, orienta-se intimar mensalmente o acusado a apresentar novo relatório médico, comparar a evolução dos especificadores e, havendo mudança, solicitar nova perícia. Por exemplo, o *delirium tremens* (F1x.4) pode ser considerado um tipo de psicose orgânica, por incluir sintomas clássicos de alteração no nível de consciência, alucinações ou ilusões vívidas afetando quaisquer modalidades sensoriais e tremor marcante. Dito isso, a perícia seria indicada somente após cessar tais sintomas, o que levará, consequentemente, a uma mudança no especificador do código da CID-10.

Importante registrar que, propositalmente, no grau de aprofundamento pertinente para os delimitados objetivos práticos desse texto, se optou por uma descrição mais detalhada dos especificadores desse primeiro agrupamento abordado, dos transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de substância psicoativa. Apresentadas desde já para o leitor e aplicador, com fim didático, a lógica da construção dos códigos da CID-10 e a importância desse seu quarto caractere (quando existente), antecipe-se que, nos demais agrupamentos ainda a serem apresentados, se dispensará tamanho detalhamento (até porque exigiria um esforço muito maior pois, de forma geral, a cada agrupamento de códigos F2x, F3x, F4x, até F9x, a quantidade, a numeração e o significado dos respectivos especificadores são diferentes, não cabendo uma descrição agregada e sintética como foi possível para o agrupamento F1x). A partir desses próximos agrupamentos, a ênfase se concentrará na abordagem e na descrição dos efeitos das doenças efetivamente importantes para a atuação correcional, já contemplando, na análise de cada código da CID-10 selecionado, o que significa o respectivo especificador.

4.1.1 - Transtornos Mentais e Comportamentais Devido ao Uso de Álcool (F10)

Quando as queixas se relacionam somente ao uso de álcool, há que se considerar:

a) a síndrome de abstinência, se o tratamento for bem conduzido, tem remissão em torno de três semanas; e

b) a possibilidade de agravamento do caso pelo uso associado de outras drogas (dependência cruzada).

4.1.2 - Transtornos Mentais e Comportamentais Devido ao Uso de Cocaína (F14)

A cocaína é tida como o mais potente estimulante de origem natural de que se tem notícia, com grande poder de provocar prazer e euforia. O uso continuado faz o usuário perder as sensações normais, surgindo então a depressão grave (depressão de rebote), a ansiedade e a obsessão para obter mais cocaína a fim de aumentar a duração do efeito da droga, instalando-se aí a dependência psicológica e química, impossibilitando o usuário de sentir qualquer prazer, mesmo os mais comuns. Essa depressão pode levar o usuário a atos de loucura, ao desespero e até ao suicídio. Além disso, o uso de cocaína pode produzir psicoses análogas às da esquizofrenia paranoide, com presença de alucinações e mania mórbida de perseguição.

Importante aduzir que, com o uso continuado e abusivo de cocaína, há repercussão incapacitante condicionada à existência de comorbidades (dependência cruzada) e/ou síndrome de abstinência, que se resolve em torno de trinta a sessenta dias. A síndrome de abstinência à cocaína é bem grave. Nestes casos, é recomendável que novas perícias só sejam solicitadas após cessar a síndrome de abstinência entre trinta a sessenta dias. Na possibilidade da vigência de psicose, os prazos podem ser aumentados. Recomenda-se a solicitação de relatórios médicos mensais para acompanhar a evolução do transtorno.

4.1.3 - Transtornos Mentais e Comportamentais Devido ao Uso de Múltiplas Drogas e ao Uso de Outras Substâncias Psicoativas (F19)

A análise clínica de um usuário de múltiplas drogas (dependência cruzada) não é fácil, uma vez que nem sempre se sabe qual é a substância que predomina na gravidade do quadro. Além disso, muitos usuários frequentemente não sabem pormenores daquilo que consomem. Portanto, a conduta pericial vai variar, principalmente, de acordo com o quadro clínico existente e sua repercussão na avaliação global de funcionamento. A existência de síndrome de abstinência, psicose e comorbidades deve ser detalhadamente analisada.

Feita esta introdução generalista, os códigos da CID-10 do agrupamento dos transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de substância psicoativa presentes na lista detectada foram os seguintes:

- F10.2 - Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool - síndrome de dependência;
- F14 - Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso da cocaína;
- F14.2 - Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso da cocaína - síndrome de dependência;
- F19.2 - Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de múltiplas drogas e ao uso de outras substâncias psicoativas - síndrome de dependência.

O código da CID-10 F14, por não ter nenhum especificador, registra ausência de incapacidade. Este código da CID-10 só informa que a pessoa faz uso de cocaína, sem maiores consequências.

Já os códigos da CID-10 F1x.2 (F10.2, F14.2 e F19.2) informam o agravamento do uso das substâncias (álcool, cocaína e múltiplas drogas) para a condição de dependência. Ressalte-se que a dependência em si não necessariamente gera incapacidade, pois a pessoa não perde a capacidade de julgar o que é certo e o que é errado. Todavia, a avaliação pericial não é recomendada no momento de crise de dependência, pois o periciado pode não conseguir responder adequadamente aos peritos.

Para os casos acima com especificador F1x.2, caso o servidor esteja em tratamento, a expectativa é de uma melhora em seu quadro entre três semanas e sessenta dias. Assim, orienta-se que a comissão solicite relatórios médicos mensais para verificar a permanência no estado de dependência. Não havendo evolução, mesmo com relato do médico assistente de que o servidor está corretamente sendo tratado, indica-se que a comissão investigue se a suposta incapacidade se manifesta nas demais áreas da vida do servidor. Seria interessante levantar dados da história clínica, pessoal e familiar, registros de redes sociais do acusado e de parentes (sobre viagens e cotidiano) para fornecer subsídios decisivos para a junta médica pericial. Relembrando o conceito de dependência da Unesco, dependente "*é aquele que vive pela e para a droga, quase exclusivamente, rompendo vínculos sociais, com consequente isolamento e marginalização, advindo decadência física e moral*". Portanto, na condição de dependente, a incapacidade teria que estar presente para todos os demais atos da vida.

4.2 - Esquizofrenia, Transtornos Esquizotípicos e Transtornos Delirantes (F20 a F29)

A esquizofrenia é uma doença da personalidade total que afeta a zona central do "eu" e altera toda estrutura vivencial. Culturalmente, o esquizofrênico representa o estereótipo do "louco", um indivíduo que produz grande estranheza social devido ao seu isolamento ("alheiamento") em relação à realidade. A esquizofrenia é conceituada como doença, com

piora das funções mentais, que interfere na capacidade de discernimento em relação aos fatos habituais da vida ou no contato adequado com a realidade.

Os quadros de esquizofrenia podem variar de paciente para paciente, sendo uma combinação em diferentes graus dos seguintes sintomas:

a) delírios: o indivíduo crê em ideias falsas, irracionais ou sem lógica. Em geral, são temas de perseguição, grandeza ou místicos;

b) alucinações: o indivíduo percebe estímulos que em realidade não existem, como ouvir vozes ou pensamentos, enxergar pessoas ou vultos, podendo ser bastante assustador;

c) discurso e pensamento desorganizado: o esquizofrênico fala de maneira ilógica e desconexa, demonstrando uma incapacidade de organizar o pensamento em uma sequência lógica;

d) expressão das emoções: o esquizofrênico tem um afeto inadequado ou embotado, ou seja, uma dificuldade de demonstrar a emoção que está sentindo. Não consegue demonstrar se está alegre ou triste; e

e) alterações de comportamento: o esquizofrênico pode ser impulsivo, agitado ou retraído, muitas vezes apresentando risco de suicídio ou agressão, além de exposição moral, como, por exemplo, falar sozinho em voz alta ou andar sem roupa em público.

Os transtornos psicóticos são patologias frequentemente associadas à incapacidade civil. E, infelizmente, para os casos persistentes, não existe um tratamento eficaz.

Os códigos da CID-10 apresentados no contexto correcional da RFB relacionadas a este agrupamento foram os seguintes:

- F20.0 - Esquizofrenia paranoide;
- F22.8 - Outros transtornos delirantes persistentes;
- F23.1 - Transtorno psicótico agudo polimorfo, com sintomas esquizofrênicos;
- F25.1 - Transtorno esquizoafetivo do tipo depressivo;
- F29 - Psicose não-orgânica não especificada.

4.2.1 - Esquizofrenia Paranoide (F20.0)

A esquizofrenia paranoide se caracteriza essencialmente pela presença de ideias delirantes relativamente estáveis, frequentemente de perseguição, em geral acompanhadas de alucinações, particularmente auditivas e de perturbações das percepções. É comum desenvolverem delírios explicativos, a ponto de o indivíduo acreditar que forças naturais ou sobrenaturais influenciam seus pensamentos e ações. Segundo a CID-10, são caracterizados por distorções fundamentais do pensamento e da percepção e por afeto inadequado ou embotado. O grau de incapacidade é variável, conforme a gravidade. Pode ir de temporária (entre 90 a 180 dias) a permanente.

4.2.2 - Outros Transtornos Delirantes Persistentes (F22.8)

Nos transtornos delirantes persistentes, os delírios de longa duração constituem a única ou a mais evidente característica clínica. O indivíduo com frequência apresenta ideação delirante de conteúdo erótico (erotomania), de ciúmes, ou francamente persecutória, descrevendo complôs imaginários de entidades poderosas nos quais se vê enredado. A patologia costuma evoluir de forma insidiosa, dar pouca resposta às intervenções terapêuticas e, não raramente, acompanha o indivíduo ao longo da vida. É uma patologia que pode levar à

incapacidade. Estima-se entre sessenta a noventa dias para adequação ao tratamento.

4.2.3 - Transtorno Psicótico Agudo Polimorfo, com Sintomas Esquizofrênicos (F23.1)

Os transtornos psicóticos agudos e transitórios são caracterizados por início abrupto (em cerca de duas semanas), podendo se desenvolver em resposta a um estressor psicossocial. Uma recuperação completa costuma ocorrer em poucos meses, semanas ou, mesmo, dias. No entanto, uma pequena proporção dessas pessoas desenvolve estados persistentes, quando então o diagnóstico deverá ser modificado.

4.2.4 - Transtorno Esquizoafetivo do Tipo Depressivo (F25.1)

Esse grupo tem características tanto da esquizofrenia quanto dos transtornos de humor. Os indivíduos que se enquadram nesse grupo têm sintomas de esquizofrenia (comportamento excêntrico, anomalias do pensamento e do afeto), "misturados" com sintomas de doença afetiva. No caso específico do código da CID-10 F25.1, o transtorno se apresenta pelo tipo depressivo. Segue um curso crônico, com flutuações de intensidade e, algumas vezes, pode evoluir para esquizofrenia. O grau de incapacidade é variável, conforme a gravidade. Pode ir de temporária (entre 90 a 180 dias) a permanente.

4.2.5 - Psicose Não-Orgânica não Especificada (F29)

O código da CID-10 F29 é utilizado para quadros esquizofrênicos não incluídos em nenhum dos subtipos ou que apresentem aspectos de mais de um deles, mas sem a predominância de um conjunto de características em particular.

Em suma, na seção das esquizofrenias, transtornos esquizotípicos e transtornos delirantes, classificados pelos códigos da CID-10 F20-F29, a conduta pericial vai variar conforme os agravantes e os atenuantes da patologia. Mesmo nos casos mais favoráveis e com boas respostas às terapias multidisciplinares, não se fala em estabilização com menos de sessenta dias (F22.8) ou noventa dias (F20 e F25.1). O limite indefinido é uma possibilidade concreta nos casos de evolução desfavorável. Caso a comissão entenda necessária nova avalição pericial, sugere-se, antes, solicitar informações ao médico assistente. Neste sentido, deve-se atentar para o quarto caractere, o especificador, do código da CID-10, pois este categoriza o episódio atual do paciente, podendo se alterar ao longo do tempo, conforme a evolução do quadro. É interessante que a comissão tenha mínima noção dos especificadores em casos em que a perícia médica atesta incapacidade, pois pode ser pertinente intimar o servidor a periodicamente apresentar novo relatório médico, a fim de se comparar a evolução deste quarto caractere, o que pode justificar, ou não, a submissão a uma nova perícia.

A exceção trazida foi o F23.1 que, por ser um transtorno agudo e transitório, geralmente se desenvolve e desaparece rapidamente, sem recidivas. Quando os sintomas persistem, o diagnóstico deve ser modificado. Nesse sentido, recomenda-se a solicitação de relatórios médicos quinzenais para verificar a permanência do quadro ou a evolução da patologia para outro código da CID-10.

4.3 - Transtornos do Humor (F30 a F39)

São transtornos mentais nos quais a perturbação fundamental é uma alteração do humor ou do afeto, no sentido de depressão (com ou sem ansiedade associada) ou de euforia.

A alteração do humor, em geral, acompanha-se de uma modificação do nível global de atividade, com a presença de sinais e sintomas secundários. A maioria destes transtornos tende a ser recorrente e a ocorrência dos episódios pode, frequentemente, estar relacionada com situações ou fatos estressantes.

Os códigos da CID-10 apresentados no contexto correcional da RFB relacionadas aos transtornos do humor foram os seguintes:

- F31 - Transtorno afetivo bipolar;
- F31.0 - Transtorno afetivo bipolar, episódio atual hipomaníaco;
- F31.4 - Transtorno afetivo bipolar, episódio atual depressivo grave sem sintomas psicóticos;
- F31.5 - Transtorno afetivo bipolar, episódio atual depressivo grave com sintomas psicóticos;
- F31.9 - Transtorno afetivo bipolar não especificado;
- F32 - Episódios depressivos;
- F32.0 - Episódio depressivo leve;
- F32.2 - Episódio depressivo grave sem sintomas psicóticos;
- F32.3 - Episódio depressivo grave com sintomas psicóticos;
- F33 - Transtorno depressivo recorrente;
- F33.1 - Transtorno depressivo recorrente, episódio atual moderado;
- F33.2 - Transtorno depressivo recorrente, episódio atual grave sem sintomas psicóticos;
- F33.3 - Transtorno depressivo recorrente, episódio atual grave com sintomas psicóticos.

4.3.1 - Transtornos Afetivos Bipolares (F31, F31.0, F31.4, F31.5 e F31.9)

O transtorno afetivo bipolar do código da CID-10 F31 é caracterizado por dois ou mais episódios nos quais o humor e o nível de atividade do sujeito estão profundamente perturbados. Este distúrbio consiste na ocorrência de episódios de mania ou hipomania (caracterizados por exaltação do humor, euforia, hiperatividade, loquacidade exagerada, diminuição da necessidade de sono, exacerbação da sexualidade e comprometimento da crítica) comumente alternados com períodos de depressão e de normalidade. Com certa frequência, os episódios maníacos incluem também irritabilidade, agressividade e incapacidade de controlar adequadamente os impulsos. Podem ocorrer casos de episódios depressivos prolongados e/ou frequentes e predominantes, porém a existência de um episódio maníaco ou hipomaníaco é indispensável para o diagnóstico de bipolaridade.

Embora a hipomania e a depressão (moderada e grave) possam levar a prejuízo na capacidade de entendimento e de determinação, a incapacidade é considerada ausente no código da CID-10 F31.0. Para que haja incapacidade em razão de transtorno mental, é necessário que exista realmente uma repercussão grave no juízo ou na vontade ou, no caso de deficiência mental, na inteligência.

Na predominância de quadro depressivo grave, o prognóstico é pior, sendo os casos dos códigos da CID-10 F31.4 e F31.5. Quando a intensidade dos sintomas depressivos se encontra exacerbada, surge o risco de suicídio.

O código da CID-10 F31.9 é utilizado para quadros de transtorno afetivo bipolar não incluídos em nenhum dos subtipos.

O transtorno afetivo bipolar cursa com crises que costumam durar de duas semanas a quatro meses, podendo ocorrer até a remissão espontânea mesmo sem tratamento. Nos intervalos entre as crises, é comum o indivíduo ficar totalmente remido dos sintomas e ter sua vida normal. Recomenda-se, na fase aguda da doença (de até 120 dias), a solicitação de

relatórios médicos mensais para verificar a estabilização do quadro e, então, agendar novo exame médico-pericial. Novamente, neste sentido, deve-se atentar para o quarto caractere, o especificador, do código da CID-10, pois este categoriza o episódio atual do paciente, podendo se alterar ao longo do tempo, conforme a evolução do quadro. É interessante que a comissão tenha mínima noção dos especificadores em casos em que a perícia médica atesta incapacidade, pois pode ser pertinente intimar o servidor a periodicamente apresentar novo relatório médico, a fim de se comparar a evolução deste quarto caractere, o que pode justificar, ou não, a submissão a uma nova perícia.

4.3.2 - Episódios Depressivos (F32, F32.0, F32.2 e F32.3)

A depressão do código da CID-10 F32 se caracteriza por um estado de tristeza imotivado ou reativo, com lentificação do pensamento, sentimento de culpa, baixa autoestima, ideação de ruína, de pessimismo e de morte. O depressivo não sente alegria, nem prazer nas coisas que antes o estimulavam. Não cria, não empreende. Observa-se com frequência a manifestação somática em depressivos, com queixas de dores generalizadas, advindas de má postura e aumento da tensão muscular (“postura corporal depressiva”).

Do ponto de vista pericial, importa a intensidade do quadro, além da presença ou da persistência de sintomas psicóticos associados.

Na depressão grave com ou sem sintomas psicóticos, é necessária maior atenção por parte dos peritos. Pode-se pensar em incapacidade para o código da CID-10 F32.2 enquanto durar o quadro, até 120 dias. No caso de quadro depressivo grave com sintomas psicóticos, do código da CID-10 F32.3, com tratamento bem sucedido, pode haver recuperação em até seis meses.

O código da CID-10 F32.0 menciona um transtorno depressivo leve, que pode levar a lentificação do pensamento, mas não o suficiente para atestar incapacidade.

Segue-se com as mesmas recomendações: solicitar relatório médico mensal para acompanhar o quadro e/ou a evolução da patologia. Em casos de relato médico de correto tratamento sem resposta em 120 dias e manutenção do especificador, sugere-se coletar o histórico clínico, pessoal e familiar, bem como os registros de redes sociais do acusado e de familiares para fornecer para a junta médica pericial.

4.3.3 - Episódios Depressivos Recorrentes (F33, F33.1, F33.2 e F33.3)

O episódio depressivo recorrente do código da CID-10 F33 é caracterizado pela ocorrência repetida de crises depressivas. Estas são correspondentes à descrição de um episódio depressivo. O perfil clínico e evolução do quadro são semelhantes aos demais episódios depressivos descritos na CID-10 entre os códigos F32.0, F32.1, F32.2 e F32.3. A diferença está, exatamente, na recorrência das crises.

Nestes casos, quando há presença de episódios graves como, por exemplo, tentativa ou ideação suicida, sintomas psicóticos, a recorrência é um péssimo diferencial para a decisão médico-pericial. Nos códigos da CID-10 apresentados (F33, F33.1, F33.2 e F33.3), o grau de incapacidade varia de moderado (até 180 dias), podendo, em caso de evolução desfavorável, chegar ao limite indefinido.

4.4 - Transtornos Neuróticos, Transtornos Relacionados com o Estresse e Transtornos Somatoformes (F40 a F48)

Os transtornos neuróticos não causam alienação mental, não impedem o indivíduo

afetado de gerir a sua pessoa e seus bens, de exercer os atos da vida civil e das relações. Nos transtornos relacionados ao estresse e/ou somatoformes, é muito frequente se encontrar quadros mistos, principalmente no que concerne à ansiedade e à depressão. O estresse é o conjunto de reações que ocorrem em um organismo quando este é submetido a um esforço de adaptação com resultados positivos ou negativos. Quando este esforço tensional se torna crônico, prolongado, penoso, exaustivo, esta tensão torna-se patológica, rompendo o equilíbrio biopsicossocial, culminando em apresentar-se através de transtornos psiquiátricos e/ou psicossomáticos de gravidade e duração variáveis. De um modo geral, os transtornos fóbico-ansiosos não geram incapacidade. Por este motivo, aqui não se justifica detalhamento do quarto caractere, o especificador, do código da CID-10.

Os códigos da CID-10 apresentados no contexto correcional da RFB relacionadas aos transtornos neuróticos foram os seguintes:

- F41 - Outros transtornos ansiosos;
- F41.1 - Transtorno de ansiedade generalizada;
- F41.2 - Transtorno misto ansioso e depressivo;
- F42 - Transtorno obsessivo-compulsivo;
- F43 - Reação ao “stress” grave e transtornos de ajustamento;
- F43.0 - Reação aguda ao “stress”;
- F43.2 - Transtorno de adaptação;
- F43.8 - Outras reações ao "stress" grave;
- F44 - Transtornos dissociativos (de conversão);
- F44.0 - Amnésia dissociativa;
- F44.6 - Anestesia e perda sensorial dissociativas;
- F44.7 - Transtorno dissociativo misto (de conversão).

4.4.1 - Outros Transtornos de Ansiedade (F41)

Nestes transtornos neuróticos, as manifestações mais graves e exuberantes vêm da ansiedade e suas repercussões neuroquímicas, neuro-hormonais e fisiopatológicas a refletir, em maior ou menor grau, no psiquismo e no físico do indivíduo.

4.4.2 - Transtorno de Ansiedade Generalizada (F41.1)

Como a ansiedade é duradoura e o estresse um fator presente, podem ocorrer distúrbios do sono, irritabilidade, palpitações eventuais, mal-estar, tensão muscular após o trabalho, cefaleia intermitente e fadiga fácil.

4.4.3 - Transtornos Mistos de Ansiedade e Depressão (F41.2)

São quadros de leve a moderados em que, além dos sintomas da ansiedade, por vezes, há desânimo, desconcentração, algumas alterações de humor perfeitamente toleráveis e contornáveis.

4.4.4 - Transtorno Obsessivo-Compulsivo (F42)

É um transtorno caracterizado por pensamentos obsessivos e/ou atos ou rituais compulsivos recorrentes e persistentes. Embora estes pensamentos e manias sejam despropositados e sem sentido, não há condição de evitar, gerando grande sofrimento e angústia. Pode haver depressão, isolamento afetivo e social.

O portador de transtorno obsessivo compulsivo (TOC), apesar de suas excentricidades, não tem nenhum dano intelectual no aprendizado, na cultura e na capacidade laborativa de uma forma geral. Quanto ao ângulo afetivo e social, pode atrapalhar em maior ou menor grau, dependendo das manias, compulsões e excentricidades do portador. Os rituais em geral são de limpeza e descontaminação, de contagem, de verificação, supersticiosos, de colecionamento, dentre outros.

As obsessões são do tipo pensamentos que se encontram no foco da atenção. Vão e voltam independentemente da sua vontade, em geral preocupantes, mórbidas, obscenas, angustiantes. Há recorrência de imagens mentais perversas e negativistas.

O TOC é doença de curso crônico e de cura difícil. Por vezes, há necessidade de tratamento durante toda a vida. Sob tratamento adequado, pode haver melhora em seus sintomas e uma vida com qualidade. Todavia, não é uma patologia incapacitante.

4.4.5 - Reação ao “Stress” Grave e Transtornos de Ajustamento (F43)

Tem como característica primordial possuir um agente causador identificável, antecedendo o desencadeador do transtorno. São eles:

a) reação aguda ao “stress” (F43.0);

b) transtorno de “stress” pós-traumático (F43.1); e

c) transtornos de adaptação (F43.2).

4.4.6 - Reação Aguda ao “Stress” (F43.0)

É um transtorno transitório, súbito, inesperado e de gravidade variável, que ocorre em qualquer pessoa com antecedentes psiquiátricos ou não. É uma resposta imediata a excepcional estresse físico e/ou mental. Trata-se de quadro agudo que se inicia até segundos após o evento estressante e/ou traumático e cessa em horas ou em dias. É também chamado popularmente “estado de choque”.

4.4.7 - Transtornos de Adaptação (F43.2)

Nestes transtornos, há situações de angústia, desconforto emocional, depressão e estresse reativos à necessidade de adaptação por mudanças importantes e impactantes de vida, como, por exemplo, divórcio, separação dos filhos, mudança de casa, mudança de emprego, perda por morte de entes queridos. O seu início dá-se em até trinta dias após o evento perturbador ou modificador da vida da pessoa. Cursa com humor instável, impaciência, irritabilidade, desgaste emocional e sensação de desânimo.

4.4.8 - Outras Reações ao “Stress” Grave (F43.8)

Reação de estresse excessivo caracterizado por sensações de exaustão emocional e física associadas a um sentimento de frustração e fracasso. É o famoso “esgotamento”.

4.4.9 - Transtornos Dissociativos ou Conversivos (F44, F44.0, F44.6 e F44.7)

Os transtornos dissociativos ou conversões psicogênicas são reações a situações traumáticas, frustrantes e conflituosas que o indivíduo transforma em sintomas. Consistem em perda parcial ou completa da integração entre as memórias, consciência de identidade e de

sensações imediatas, bem como controle dos movimentos corporais. Estas entidades eram classificadas como “histeria de conversão”, vulgarmente chamadas de “piti”.

A diferença entre os subtipos é na forma como a dissociação ou a conversão se apresenta: como amnésia dissociativa (F44.0), com perda da memória em função de eventos traumáticos, a exemplo de acidentes ou lutos imprevistos; perda sensorial dissociativas (F44.6), com alterações ou perdas do sentido também por eventos traumáticos, a exemplo de perda parcial da visão ou da audição; ou como transtorno dissociativo misto (de conversão) (F44.7), com combinação dos transtornos. De modo geral, este grupo de patologias não gera incapacidade.

4.5 - Síndromes Comportamentais Associadas a Disfunções Fisiológicas e a Fatores Físicos (F50 a F59)

Neste agrupamento sindrômico, foi apresentado apenas o código da CID-10 F52 - Disfunção sexual, não causada por transtorno ou doença orgânica.

A disfunção sexual é gerada por processo psicossomático, caracterizado pela inaptidão do indivíduo de participar da relação sexual com a resposta que desejaria.

Embora o distúrbio do desejo sexual possa gerar sofrimento (por vezes acentuado) e dificuldades interpessoais, não é um transtorno incapacitante.

4.6 - Transtornos Específicos de Personalidade (F60 a F60.9)

Os transtornos de personalidade são perturbações graves da constituição do caráter e das tendências comportamentais. Quando as características pessoais (traços) são inflexíveis, rígidas e mal adaptativas para uma vida harmônica, causando prejuízo social e ocupacional ou sofrimento significativo na pessoa e naqueles que rodeiam, há um transtorno da personalidade.

Seus portadores mostram padrões profundamente entranhados, inflexíveis e mal ajustados de relacionamento e percepção do ambiente e de si mesmos. O comportamento patológico é confirmado por terceiros, por conta da autocrítica ser reduzida. Embora não possibilitem uma maneira absolutamente normal de viver, não chegam a preencher os critérios para um genuíno transtorno mental, são manifestações psiquiátricas que possuem pouco impacto e não são incapacitantes.

A título de curiosidade, o termo personalidade costuma ser definido como a totalidade relativamente estável e previsível dos traços emocionais e comportamentais que caracterizam a pessoa na vida cotidiana, sob condições normais. Em suma, é o “jeito de ser de cada um”, com suas características habituais, como é visto e sentido pelas pessoas que o conhecem, dentro de um padrão encontrado na média das pessoas. Como exemplo, as pessoas são um pouco desconfiadas, algo inseguras, irritáveis, pouco dadas a falar em público, dentro de um padrão que não causa estranheza.

Enquanto em uma “personalidade normal” podemos ver “um pouco de tudo”, com um ou outro traço levemente destacado, em um transtorno de personalidade podemos destacar um traço marcante, específico, característico e grave, o que permite a classificação com base neste destaque, como, por exemplo, um transtorno de personalidade ansioso.

4.6.1 - Personalidade Paranoica (F60.0)

O único código da CID-10 apresentado no contexto correcional da RFB relacionado a

este agrupamento foi o F60.0 - Personalidade paranoica, caracterizada por sensibilidade excessiva em face das contrariedades, recusa de perdoar os insultos, caráter desconfiado, tendência a distorcer os fatos, interpretando as ações imparciais como hostis. São comuns suspeitas injustificadas sobre a fidelidade sexual do cônjuge ou parceiro e um sentimento combativo e obstinado de seus próprios direitos, supervalorização de sua autoimportância e autorreferência excessiva. Reforça-se que o transtorno não é incapacitante.

4.7 - Outros Transtornos da Personalidade e do Comportamento do Adulto (F68)

Nesse agrupamento, apareceu apenas o código da CID-10 F68.1 - Produção deliberada ou simulação de sintomas ou de incapacidades, físicas ou psicológicas (transtorno fictício), já mencionado no **tópico 3**.

Conforme define o Dicionário Aurélio, simular é "*fingir o que não é*". O código da CID-10 F68.1 é reservado para descrever a detecção de imitação e de fingimento de sinais e sintomas de doenças que convença o médico de uma situação que o indivíduo gostaria que fosse crível como real.

4.8 - Transtornos do Comportamento e Transtornos Emocionais que Aparecem Habitualmente Durante a Infância ou a Adolescência (F90 a F98)

O código da CID-10 F90 - Transtorno hipercinético foi listado entre os que já foram objeto de incidente de sanidade mental no âmbito da Coger. Trata-se de um transtorno comportamental de início precoce (mais comum até os cinco primeiros anos de vida), caracterizado por desatenção, hiperatividade, impulsividade, falta de perseverança em atividades que exijam envolvimento cognitivo, atividade global desorganizada, como, por exemplo, tendência a passar de uma atividade a outra sem acabar nenhuma. Também é conhecido como “transtorno de *deficit* de atenção”.

Importante informar que, de acordo com o DSM-5, o transtorno hipercinético tem origem na infância. Os sintomas tendem a serem atenuados no fim da adolescência. É extremamente raro que o quadro completo de sintomas perdure até a idade adulta. Investigação do histórico de vida do acusado, caso necessário, poderá revelar o início da patologia. Se for de início tardio, trata-se de outro código da CID-10. Ressalta-se que, ainda que o servidor componha a estatística mínima de adultos diagnosticados com o código da CID-10 F90, não há incapacidade neste tipo de transtorno.

5 - QUESITOS DA COMISSÃO PARA A JUNTA MÉDICA OFICIAL EM INCIDENTE DE SANIDADE MENTAL

À vista do que foi exposto no **tópico 2**, acerca das diversas avaliações que os peritos devem fazer do servidor, apresenta-se o modelo de quesitos sugeridos:

1. O servidor foi ou é portador de doença ou deficiência mental? Em caso afirmativo, qual a doença ou deficiência mental?

2. Em caso afirmativo, quais os exames, porventura apresentados, comprovam a possível doença ou deficiência mental?

3. Considerando as respostas aos dois quesitos, é possível estimar a data do início da doença ou deficiência mental? E da cessação, se for o caso? Qual (ano e mês)?

4. O servidor, por doença ou deficiência mental era, ao tempo do fato objeto do

processo administrativo disciplinar ***[Indicar mês e ano ou período do fato sob apuração]***, inteiramente incapaz de entender-lhe o caráter supostamente ilícito?

5. Qual o estado atual da saúde mental do servidor?

6. O servidor encontra-se em uso atual de medicação? Em caso afirmativo, qual medicação e em qual dose? Qual foi o motivo da prescrição? Há quanto tempo encontra-se em uso de tal medicação?

7. Existe a presença de alucinação? Em caso afirmativo, especificar a alucinação, informar se é aguda ou crônica e há quanto tempo o servidor a apresenta.

8. Existe a presença de delírio? Em caso afirmativo, especificar o delírio, informar se é agudo ou crônico e há quanto tempo o servidor o apresenta.

9. O servidor apresenta algum comprometimento de juízo de realidade? Em caso afirmativo, especificar.

10. Considerando as respostas às perguntas dos cinco últimos quesitos, o servidor possui, atualmente, alguma restrição decorrente de doença ou deficiência mental no que concerne ao seu discernimento para participar de processo administrativo disciplinar e, destacadamente, de ser interrogado sobre fatos constantes do processo?

11. O servidor, em razão da doença ou deficiência mental constatada, sofre alguma limitação para se locomover? Em caso afirmativo, especificar.

12. Caso esteja impossibilitado de responder a processo administrativo disciplinar, em razão de sua doença ou deficiência mental, há alguma expectativa de melhora, de tal sorte que possa vir a acompanhar o citado processo e ser interrogado?

13. O servidor necessita de reavaliação médica? Em caso afirmativo, qual a data limite?

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abdalla-Filho, Elias. Psiquiatria forense de Taborda [recurso eletrônico] / Elias Abdalla-Filho, Miguel Chalub, Lisieux E. de Borba Telles. – 3. ed. – Porto Alegre: Artmed, 2016.

American Psychiatric Association. Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5. 5. ed. Porto alegre: Artmed; 2014.

Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Curitiba: Positivo – Livros, 2010.

Kaplan HI, Sadock BJ, Grebb JA. Compêndio de Psiquiatria. 7a. ed. Porto Alegre: Artes Médicas; 1997.

Marasciulo ACE. Avaliação de desempenho do programa de benefícios por incapacidade do Instituto Nacional do Seguro Social, gerência de Florianópolis, SC, 2000-2002 [Tese apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Ciências]. São Paulo: Universidade de São Paulo; 2004.

Menezes, JSR. Simulação em Perícias Médicas Judiciais. 2005.

Organização Mundial da Saúde. Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID-10. Porto Alegre: Artmed; 1993.

ANEXO V - DADOS DE PUBLICAÇÃO DAS NORMAS CITADAS NO TEXTO

Neste Anexo, as publicações no DOU que não têm mencionadas a Seção referem-se à Seção 1.

Constituição Federal: promulgada em 05/10/88: publicada no DOU de 05/10/88, pg. 1, Anexo;

Emenda Constitucional n° 18, de 05/02/98: publicada no DOU de 06/02/98, pg. 1;

Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98: publicada no DOU de 05/06/98, pg. 1;

Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98: publicada no DOU de 16/12/98, pg. 1;

Emenda Constitucional nº 34, de 13/12/01: publicada no DOU de 14/12/01, pg. 1;

Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/04: publicada no DOU de 31/12/04, pg. 9;

Emenda Constitucional n° 77, de 11/02/14: publicada no DOU de 12/02/14, pg. 1;

Emenda Constitucional nº 103, de 12/11/19: publicada no DOU de 13/11/19, pg. 1;

Lei Complementar nº 64, de 18/05/90: publicada no DOU de 21/05/90, pg. 9591;

Lei Complementar nº 73, de 10/02/93 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União - AGU): publicada no DOU de 11/02/93, pg. 1797;

Lei Complementar nº 75, de 20/05/93 (Lei Orgânica do Ministério Público): publicada no DOU de 21/05/93, pg. 6845;

Lei Complementar nº 95, de 26/02/98: publicada no DOU de 27/02/98, pg. 1;

Lei Complementar nº 101, de 04/05/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal): publicada no DOU de 05/05/00, pg. 1;

Lei Complementar nº 104, de 10/01/01: publicada no DOU de 11/01/01, pg. 1;

Lei Complementar nº 105, de 10/01/01: publicada no DOU de 11/01/01, pg. 1;

Lei Complementar nº 123, de 14/12/06: publicada no DOU de 15/12/06, pg. 1;

Lei Complementar nº 135, de 04/06/10: publicada no DOU de 07/06/10, pg. 1;

Decreto-Lei nº 1.713, de 28/10/39: publicado na Coleção de Lei do Brasil (CLB) de 31/12/39, volume 8, pg. 92;

Decreto-Lei nº 2.848, de 07/12/40 (Código Penal - CP): publicado no DOU de 31/12/40, pg. 23911;

Decreto-Lei nº 3.688, de 03/10/41: publicado na Coleção de Lei do Brasil (CLB) de 31/12/41, volume 7, pg. 26;

Decreto-Lei nº 3.689, de 03/10/41 (Código de Processo Penal - CPP): publicado no DOU de 3/10/41, pg. 19699;

Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/42 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB): publicada no DOU de 09/09/42, pg. 1;

Decreto-Lei nº 5.452, de 01/05/43 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): publicado no DOU de 09/08/43, pg. 11.937;

Decreto-Lei nº 9.295, de 17/05/46: publicada no DOU de 28/05/46, pg. 7889;

Decreto-Lei nº 37, de 18/11/66: publicado no DOU de 21/11/66, pg 13403;

Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67: publicado no DOU de 27/02/67, pg. 2348;

Decreto-Lei nº 2.346, de 23/07/87: publicado no DOU de 24/07/87, pg. 11766;

Lei nº 1.079, de 10/04/50: publicada no DOU de 12/04/50, pg. 5425;

Lei nº 1.521, de 26/12/51: publicada no DOU de 27/12/51, pg. 18.802;

Lei nº 1.711, de 28/10/52 (anterior Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - EF): publicada no DOU de 01/11/52, pg. 16865;

Lei nº 3.164, de 01/06/57 (Lei Pitombo-Godói Ilha): publicada no DOU de 04/06/57, pg. 13802;

Lei nº 3.502, de 21/12/58 (Lei Bilac Pinto): publicada no DOU de 22/12/58, pg. 26.947

Lei nº 4.345, de 26/06/64: publicada no DOU de 26/06/64, pg. 5569;

Lei nº 4.717, de 29/06/65 (Lei da Ação Popular): publicada no DOU de 05/07/65, pg. 1;

Lei nº 4.862, de 29/11/65: publicada no DOU de 30/11/65, pg. 12129;

Lei nº 4.878, de 03/12/65: publicada no DOU de 06/12/65, pg. 12371;

Lei nº 4.898, de 09/12/65 (antiga Lei de Abuso de Autoridade): publicada no DOU de 13/12/65, pg. 12755;

Lei nº 5.172, de 25/10/66 (Código Tributário Nacional - CTN): publicada no DOU de 27/10/66, pg. 12452;

Lei nº 5.645, de 10/12/70: publicada no DOU de 11/12/70, pg. 10537;

Lei nº 6.404, de 15/12/76 (Lei das Sociedades Anônimas): publicada no DOU de 17/12/76, pg. 1, Suplemento;

Lei nº 7.210, de 11/07/84 (Lei de Execução Penal): publicada no DOU de 13/07/84, pg. 10227;

Lei nº 7.716, de 05/01/89: publicada no DOU de 06/01/89, pg. 369;

Lei nº 8.026, de 12/04/90: publicada no DOU de 13/04/90, pg. 7094;

Lei nº 8.027, de 12/04/90: publicada no DOU de 13/04/09, pg. 7094;

Lei nº 8.112, de 11/12/90 (Estatuto ou Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais): publicada no DOU de 12/12/90, pg. 23935, e teve sua redação consolidada no DOU de 18/03/98, pg. 1, por determinação do art. 13 da Lei nº 9.527, de 10/12/97, DOU de 11/12/97, pg. 29421;

Lei nº 8.072, de 25/07/90: publicada no DOU de 26/07/90, pg 14303

Lei nº 8.137, de 27/12/90: publicada no DOU de 28/12/90, pg. 25534;

Lei nº 8.159, de 08/01/91: publicada no DOU de 09/01/91, pg. 455;

Lei nº 8.162, de 08/01/91: publicada no DOU de 09/01/91;

Lei nº 8.429, de 02/06/92 (Lei de Improbidade Administrativa) publicada no DOU de 03/06/92, pg. 6993;

Lei nº 8.443, de 16/07/92: publicada no DOU de 17/07/92, pg. 9449;

Lei nº 8.666, de 21/06/93 (antiga Lei de Licitações e Contratos): publicada no DOU de 22/06/93, pg. 8269;

Lei nº 8.730, de 10/11/93: publicada no DOU de 11/11/93, pg. 16929;

Lei nº 8.745, de 09/12/93: publicada no DOU de 10/12/93, pg. 18973;

Lei nº 8.878, de 11/05/94: publicada no DOU de 12/05/94, pg. 7021;

Lei nº 8.906, de 04/07/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB): publicada no DOU de 05/07/94, pg. 10093;

Lei nº 8.934, de 18/11/94: publicada no DOU de 21/11/94, pg. 17497;

Lei nº 8.935, de 18/11/94: publicada no DOU de 21/11/94, pg 17500;

Lei nº 9.028, de 12/04/95: publicada no DOU de 13/04/95, pg. 5289;

Lei nº 9.051, de 18/05/95: publicada no DOU de 19/05/95, pg. 7126;

Lei nº 9.099, de 26/09/95: publicada no DOU de 27/09/95, pg. 15033;

Lei nº 9.250, de 26/12/95: publicada no DOU de 27/12/95, pg. 22304;

Lei nº 9.265, de 12/02/96: publicada no DOU de 13/02/96, pg. 2405;

Lei nº 9.296, de 24/07/96: publicada no DOU de 25/07/96, pg. 13757;

Lei n° 9.311, de 24/10/96: publicada no DOU de 25/10/96, pg. 21877;

Lei nº 9.394, de 20/12/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação): publicada no DOU de 23/12/96, pg. 27833;

Lei nº 9.430, de 27/12/96: publicada no DOU de 30/12/96, pg. 1;

Lei nº 9.455, de 07/04/97: publicada no DOU de 08/04/97, pg. 6742;

Lei nº 9.472, de 16/07/97: publicada no DOU de 17/07/97, pg. 15081;

Lei nº 9.527, de 10/12/97: publicada no DOU de 11/12/97, pg. 29421;

Lei nº 9.537, de 11/12/97: publicada no DOU de 12/12/97, pg 29510;

Lei nº 9.613, de 03/03/98: publicada no DOU de 04/03/98, pg. 1;

Lei nº 9.625, de 07/04/98: publicada no DOU de 08/04/98, pg. 2;

Lei nº 9.649, de 27/05/98: publicada no DOU de 28/05/98, pg. 5;

Lei nº 9.784, de 29/01/99 (Lei Geral do Processo Administrativo): publicada no DOU de 01/02/99, pg. 1;

Lei nº 9.800, de 26/05/99: publicada no DOU de 27/05/99, pg. 1;

Lei nº 9.801, de 14/06/99: publicada no DOU de 15/06/99, pg. 1;

Lei nº 9.807, de 13/07/99: publicada no DOU de 14/07/99, pg. 1;

Lei nº 9.883, de 07/12/99: publicada no DOU de 08/12/99, pg. 1;

Lei nº 9.962, de 22/02/00: publicada no DOU de 23/02/00, pg. 1;

Lei nº 10.028, de 19/10/00: publicada no DOU de 20/10/00, pg. 1;

Lei nº 10.180, de 06/02/01: publicada no DOU de 07/02/01, pg. 2;

Lei nº 10.224, de 15/05/01: publicada no DOU de 16/05/01, pg. 1;

Lei nº 10.406, de 10/01/02 (Código Civil - CC): publicada no DOU de 11/01/02, pg. 1;

Lei n° 10.522, de 19/07/02: publicada no DOU de 22/07/02, pg. 1;

Lei nº 10.593, de 06/12/02: publicada no DOU de 09/12/02, pg. 1;

Lei nº 10.683, de 28/05/03: publicada no DOU de 29/05/03, pg. 2;

Lei nº 10.792, de 01/12/03: publicada no DOU de 02/12/03, pg. 2;

Lei nº 10.833, de 29/12/03: publicada no DOU de 30/12/03, pg. 1;

Lei nº 11.196, de 21/11/05: publicada no DOU de 22/11/05, pg. 1;

Lei nº 11.357, de 19/10/06: publicada no DOU de 20/10/06, pg. 28;

Lei nº 11.417, de 19/12/06: publicada no DOU de 20/12/06, pg. 1;

Lei nº 11.419, de 19/12/06: publicada no DOU de 20/12/06, pg. 2;

Lei n° 11.457, de 16/03/07: publicada no DOU de 19/03/07, pg. 1;

Lei nº 11.690, de 09/06/08: publicada no DOU de 10/06/08, pg. 5;

Lei nº 11.788, de 25/09/08: publicada no DOU de 26/09/08, pg. 3;

Lei nº 11.890, de 24/12/08: publicada no DOU de 26/12/08, pg. 3;

Lei nº 11.900, de 08/01/09: publicada no DOU de 09/01/09, pg. 3;

Lei nº 11.907, de 02/02/09: publicada no DOU de 03/02/09, pg. 1;

Lei nº 12.414, de 09/06/11: publicada no DOU de 10/06/11, pg. 2;

Lei nº 12.441, de 11/07/11: publicada no DOU de 12/07/11, Seção 1, pg. 1;

Lei nº 12.527, de 18/11/11 (Lei de Acesso à Informação Pública): publicada no DOU de 18/11/11, pg. 1, Edição Extra;

Lei nº 12.682, de 9/07/12: publicada no DOU de 10/07/12, pg. 1;

Lei nº 12.813, de 16/05/13 (Lei de Conflito de Interesses): publicada no DOU de 17/05/13, pg. 1;

Lei nº 12.846, de 01/08/13 (Lei Anticorrupção): publicada no DOU de 02/08/13, pg. 1;

Lei nº 12.865, de 09/10/13: publicada no DOU de 10/10/13, pg. 1;

Lei nº 12.965, de 23/04/14: publicada no DOU de 24/04/14, pg. 1;

Lei nº 12.998, de 18/06/14: publicada no DOU de 20/06/14, pg. 5;

Lei nº 13.105, de 16/03/15 (Código de Processo Civil - CPC): publicada no DOU de 17/03/15, pg. 1;

Lei nº 13.140, de 26/0p/15: publicada no DOU de 29/06/15, pg. 4;

Lei nº 13.328, de 29/07/16: publicada no DOU de 29/07/16, pg. 132, Edição Extra;

Lei nº 13.341, de 29/09/16: publicada no DOU de 30/09/16, pg. 2;

Lei nº 13.346, de 10/10/16: publicada no DOU de 11/10/16, pg. 1;

Lei nº 13.460, de 26/06/17: publicada no DOU de 27/06/17, pg. 4;

Lei nº 13.502, de 01/11/17: publicada no DOU de 03/11/17, pg. 1;

Lei nº 13.608, de 10/01/18: publicada no DOU de 11/01/18, pg. 1;

Lei nº 13.709, de 14/08/18: publicada no DOU de 15/08/20, pg. 59;

Lei nº 13.844, de 18/06/19: publicada no DOU de 18/06/19, pg. 4, Edição Extra;

Lei nº 13.869, de 05/09/19 (Lei de Abuso de Autoridade): publicada no DOU de 05/09/19, pg. 1, Edição Extra;

Lei nº 13.874, de 20/09/19: publicada no DOU de 20/09/19, Seção 1, pg. 1, Edição Extra;

Lei nº 13.964, de 24/12/19: publicada no DOU de 24/12/19, Seção 1, pg. 1, Edição Extra;

Lei nº 13.979, de 06/02/20: publicada no DOU de 07/02/20, pg. 1;

Lei nº 14.133, de 01/04/21: publicada no DOU de 01/04/21, og. 1, Edição Extra-F;

Lei nº 14.195, de 26/08/21: publicada no DOU de 27/08/21, pg. 4;

Lei nº 14.204, de 19/09/21: publicada no DOU de 17/09/21, pg. 4;

Lei nº 14.230, de 25/10/21: publicada no DOU de 26/10/21, pg. 4;

Lei nº 14.261, de 16/12/21: publicada no DOU de 17/12/21, pg. 5;

Lei nº 14.600, de 19/06/23: publicada no DOU de 20/06/23, pg. 7;

Medida Provisória nº 480, de 27/04/94: publicada no DOU de 28/04/94, pg. 6149;

Medida Provisória nº 2.143-31, de 02/04/01: publicada no DOU de 03/04/01, pg. 1;

Medida Provisória nº 2.174-28, de 24/08/01: publicada no DOU de 25/08/01, pg. 4;

Medida Provisória nº 2.175-5, de 24/08/01: publicada no DOU de 27/08/01, pg. 24;

Medida Provisória nº 2.200-2, de 24/08/01: publicada no DOU de 27/08/01, pg. 65;

Medida Provisória nº 103, de 01/01/03: publicada no DOU de 01/01/03, pg. 1 Edição Especial;

Medida Provisória nº 431, de 14/05/08: publicada no DOU de 14/05/08, pg. 1, Edição Extra;

Medida Provisória nº 440, de 29/08/08: publicada no DOU de 29/08/08, pg. 1, Edição Extra;

Medida Provisória nº 441, de 29/08/08: publicada no DOU de 29/08/08, pg. 19, Edição Extra;

Medida Provisória nº 726, de 12/05/16: publicada no DOU de 12/05/16, pg. 1, Edição Extra;

Medida Provisória nº 782, 31/05/17: publicada no DOU de 31/05/17, pg. 1, Edição Extra;

Medida Provisória nº 870, de 01/01/19: publicada na DOU de 01/01/19, Seção Especial, pg. 1;

Medida Provisória nº 928, de 23/03/20: publicada no DOU de 23/03/20, pg. 1, Edição Extra C;

Medida Provisória nº 1.058, de 27/07/21: publicada no DOU de 28/07/21, pg. 2;

Decreto nº 20.910, de 06/01/32 (editado como ato do Governo Provisório, com força de lei, visto que o Congresso encontrava-se fechado): publicado no DOU de 08/01/32, pg. 1371;

Decreto nº 70.235, de 06/03/72: publicado no DOU de 07/03/72, pg. 1923;

Decreto nº 91.800, de 18/10/85: publicado no DOU de 21/10/85, pg. 15318;

Decreto nº 92.889, de 07/07/86: publicado no DOU de 08/07/86, pg 10051;

Decreto nº 94.664, de 23/07/87: publicado no DOU de 24/07/87, pg. 11768;

Decreto nº 325, de 01/11/91: publicado no DOU de 04/11/91, pg. 24671;

Decreto nº 646, de 09/09/92: publicado no DOU de 10/09/92, pg. 12473;

Decreto nº 699, de 14/12/92: publicado no DOU de 15/12/92, pg. 17209;

Decreto nº 1.171, de 22/06/94: publicado no DOU de 23/06/97, pg. 9295;

Decreto nº 1.590, de 10/08/95: publicado no DOU de 11/08/95, pg. 12114;

Decreto nº 1.867, de 17/04/96: publicado no DOU de 18/04/96, pg. 6534;

Decreto nº 2.331, de 01/10/97: publicado no DOU de 02/10/97, pg. 21911;

Decreto nº 2.346, de 10/10/97: publicado no DOU de 13/10/97, pg. 22955;

Decreto nº 2.596, de 18/05/98: publicado no DOU de 19/05/98, pg. 3;

Decreto nº 3.000, de 26/03/99 (Regulamento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza): publicado no DOU de 29/03/99, pg. 1;

Decreto nº 3.035, de 27/04/99: publicado no DOU de 28/04/99, pg. 6;

Decreto nº 3.151, de 23/08/99: publicado no DOU de 24/08/99, pg. 27;

Decreto nº 3.644, de 30/10/00: publicado no DOU de 31/10/00, pg. 1;

Decreto nº 3.678, de 30/11/00: publicado no DOU de

Decreto nº 3.711, de 27/12/00: publicado no DOU de 28/12/00, pg. 81;

Decreto nº 3.724, de 10/01/01: publicado no DOU de 11/01/01, pg. 6;

Decreto nº 3.781, de 02/04/01: publicado no DOU de 03/04/01, pg. 7;

Decreto nº 4.177, de 28/03/02: publicado no DOU de 01/04/02, pg. 6;

Decreto nº 4.187, de 08/04/02: publicado no DOU de 09/04/02, pg. 1;

Decreto nº 4.410, de 07/10/02: publicado no DOU de 08/10/02, pg. 1;

Decreto nº 4.489, de 28/11/02: publicado no DOU de 29/11/02, pg. 21;

Decreto nº 4.520, de 16/12/02: publicado no DOU de 17/12/02, pg. 3;

Decreto nº 4.489, de 28/11/02: publicado no DOU de 29/11/02, pg. 21;

Decreto nº 5.480, de 30/06/05: publicado no DOU de 01/07/05, pg. 3;

Decreto nº 5.483, de 30/06/05: publicado no DOU de 01/07/05, pg. 3;

Decreto nº 5.497, de 21/07/05: publicado no DOU de 22/07/05, pg. 13;

Decreto nº 5.687, de 31/01/06: publicado no DOU de 01/02/06, pg. 1;

Decreto nº 5.992, de 19/12/06: publicado no DOU de 20/12/06, pg. 11;

Decreto n° 6.029, de 01/02/07: publicado no DOU de 02/02/07, pg. 2;

Decreto nº 6.641, de 11/11/08: publicado no DOU de 11/11/08, pg. 1;

Decreto nº 6.759, de 05/02/09 (Regulamento Aduaneiro): publicado no DOU de 06/02/09, pg. 1;

Decreto nº 7.003, de 09/11/09: publicado no DOU de 10/11/09, pg. 2;

Decreto nº 7.128, de 11/03/10: publicado no DOU de 12/03/10, pg. 4;

Decreto nº 7.203, de 04/06/10: publicado no DOU de 07/06/10, pg. 4;

Decreto nº 7.482, de 16/05/11: publicado no DOU de 17/05/11, pg. 13;

Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011: publicado no DOU de 30/09/11, pg. 6;

Decreto nº 7.724, de 16/05/12: publicado no DOU de 15/05/12, pg. 1, Seção Extra;

Decreto nº 7.845, de 14/11/12: publicado no DOU de 16/11/12, pg. 1;

Decreto nº 7.777, de 24/07/12: publicado no DOU de 25/07/12, pg. 4;

Decreto nº 8.029, de 20/06/13: publicado no DOU de 21/06/13, pg. 9;
Decreto nº 8.420, de 18/03/15: publicado no DOU de 19/03/15, pg. 3;
Decreto nº 8.539, de 08/10/15: publicado no DOU de 09/10/15, pg. 2;
Decreto nº 8.853, de 22/09/16: publicado no DOU de 23/09/16, pg. 1;
Decreto nº 8.910, de 22/11/16: publicado no DOU de 23/11/16, pg. 13;
Decreto nº 9.003, de 13/03/17: publicado no DOU de 14/03/17, pg. 2;
Decreto nº 9.094, de 17/07/17: publicado no DOU de 18/07/17, pg. 2;
Decreto nº 9.203, de 22/11/17: publicado no DOU de 23/11/17, pg. 3;
Decreto nº 9.366, de 08/05/18: publicado no DOU de 09/05/18, pg. 27;
Decreto n° 9.412, de 18/05/18: publicado no DOU de 19/06/18, pg. 17;
Decreto nº 9.492, de 05/09/18: publicado no DOU de 06/09/18, pg. 3;
Decreto nº 9.679, de 02/01/19: publicado no DOU de 02/01/19, pg. 8, Seção Extra E;
Decreto n° 9.681, de 03/01/19: publicado no DOU de 03/01/19, pg. 1, Edição Extra A;
Decreto nº 9.695, de 30/01/19: publicada no DOU de 30/01/19, pg. 8, Edição Extra;
Decreto n° 9.727, de 15/03/19: publicado no DOU de 18/03/19, pg. 1;
Decreto nº 9.745, de 08/04/19: publicado no DOU de 09/04/19, pg. 2;
Decreto n° 9.758 de 11/04/19: publicado no DOU de 11/04/19, pg. 5, Edição Extra;
Decreto n° 9.794, de 14/05/19: publicado no DOU de 15/05/19, pg. 4;
Decreto nº 9.830, de 10/06/19: publicado no DOU de 11/06/19, pg. 4;
Decreto nº 10.046, de 09/10/19: publicado no DOU de 10/10/19, pg. 2;
Decreto nº 10.072, de 18/10/19: publicado no DOU de 18/10/19, pg. 1, Edição Extra;
Decreto nº 10.087, de 05/11/19: publicado no DOU de 06/11/19, pg. 6;
Decreto nº 10.153, de 03/12/19: publicado no DOU de 04/12/19, pg. 1;
Decreto nº 10.186, de 20/12/19: publicado no DOU de 23/12/19, pg. 8;
Decreto nº 10.193, de 28/11/19: publicado no DOU de 29/11/19, pg. 32;
Decreto nº 10.209, de 22/01/20: publicado no DOU de 23/01/20, pg. 1, Edição Extra;
Decreto nº 10.313, de 06/04/20: publicado no DOU de 06/04/20, pg. 1, Edição Extra;
Decreto nº 10.366, de 22/05/20: publicado no DOU de 22/05/20, pg. 2, Edição Extra;
Decreto nº 10.399, de 16/06/20: publicado no DOU de 17/06/20, pg. 9;
Decreto nº 10.571, de 09/12/20: publicado no DOU de 10/12/20, pg. 12;
Decreto nº 10.829, de 05/10/21: publicado no DOU de 05/10/21, pg. 1, Edição Extra-B;
Decreto nº 10.835, de 14/10/21: publicado no DOU em 15/10/21, pg. 2;
Decreto nº 10.890, de 09/12/21: publicado no DOU de 0;/12/21, pg. 4;
Decreto nº 10.994, de 14/03/22: publicado no DOU de 15/03/22, pg. 3;
Decreto nº 11.072, de 17/05/22: publicado no DOU de 18/05/22, pg. 5;
Decreto nº 11.102, de 23/06/22: publicado no DOU de 24/06/22, pg. 2;

Decreto nº 11.123, de 07/07/22: publicado no DOU de 08/07/22, pg. 1;

Decreto nº 11.129, de 11/07/22: publicado no DOU de 12/07/22, pg. 1;

Decreto nº 11.330, de 01/01/23: publicado no DOU de 01/01/23, pg. 42, Edição Especial;

Decreto nº 11.334, de 01/01/23: publicado no DOU de 01/01/23, pg. 159, Edição Especial;

Decreto nº 11.529, de 16/05/23: publicado no DOU de 17/05/19, pg. 4;

Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 298, de 06/09/07: publicada no DOU de 11/09/07, pg. 51;

Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13: publicada no DOU de 20/09/13, pg. 80;

Portaria Conjunta CGU/AGU nº 4, de 09/08/19: publicada no DOU de 13/08/19, pg. 53;

Portaria Mare nº 2.561, de 16/08/95: publicada no DOU de 17/08/95, pg. 12528;

Portaria Mare/SRH nº 2, de 14/10/98: publicada no DOU de 15/10/98, pg. 96;

Portaria PR/CC n° 1.369, de 27/12/18: publicada no DOU de 28/12/118, pg. 18;

Portaria PR/CC nº 455, de 22/09/20: publicada no DOU de 23/09/20, pg. 5;

Portaria Normativa MPOG/SLTI nº 5, de 19/12/02: publicada no DOU de 09/01/03, pg. 101;

Portaria Normativa MPOG/Segep nº 4, de 06/07/12: publicada no DOU de 09/07/12, pg. 108;

Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 31/03/09: publicada no DOU de 02/04/19, pg. 53;

Portaria CGU n° 335, de 30/05/06: publicada no DOU de 31/05/06, pg. 2;

Portaria CGU nº 1.043, de 24/07/07: publicada no DOU de 25/07/07, pg. 9;

Portaria CGU nº 1.911, de 04/10/13: publicada no DOU de 07/10/13, pg. 2;

Portaria CGU nº 909, de 07/04/15: publicada no DOU de 08/04/15, pg. 3;

Portaria CGU n° 1.196, de 23/05/17: publicada no DOU de 29/05/17, pg. 74;

Portaria CGU nº 1.335, de 21/05/18: publicada no DOU de 25/05/18, pg. 46;

Portaria CGU/CRG nº 513, de 05/03/09: publicada no DOU de 06/0309, pg. 6;

Portaria PR/SG/IN nº 9, de 04/02/21: publicada no DOU de 05/02/21, pg. 2;

Portaria DPC nº 78, de 15/04/11: publicada no DOU de 18/04/11, pg. 12;

Ato Regimental AGU nº 1, de 22/01/02: publicado no DOU de 24/01/02, pg. 3;

Ato Regimental AGU nº 5, de 27/09/07: publicado no DOU de 28/09/07, pg. 20;

Ato Regimental AGU nº 1, de 04/02/16: publicado no DOU de 05/02/16, pg. 3;

Ato Regimental AGU nº 1, de 22/03/19: publicado no DOU de 25/03/19, pg. 1;

Portaria Normativa AGU nº 24, de 27/09/21: DOU de 30/09/21, pg. 30;

Portaria Conjunta AGU/CGU-PGF-CGAU nº 1, de 01/03/16: publicada no DOU de 07/03/16, pg. 9;

Portaria Normativa CGAU/AGU nº 1, de 04/03/21: publicada no DOU de 08/03/21, pg. 3;

Orientação Normativa MPOG/SRH nº 3, de 23/02/10: publicada no DOU de 24/02/10, pg. 128;

Portaria MPOG/SRH nº 1.261, de 05/05/10: publicada no DOU de 06/05/10, pg. 97;

Portaria MPOG/SEGRT nº 19, de 20/04/17: publicada no DOU de 25/04/17, pg. 54;

Portaria Normativa MPDG/Segep nº 6, de 15/06/18: publicada no DOU de 18/06/18, pg. 132;

Instrução Normativa MPDG/Segep nº 2, de 12/09/18: publicada no DOU de 13/09/18, pg. 100;

Instrução Normativa Sedap nº 205, de 08/04/88: publicada no DOU de 11/04/88, pg. 6109;

Instrução Normativa DTN/MEPF nº 8, de 21/12/90: publicada no DOU de 24/12/90, pg. 25235;

Instrução Normativa TCU nº 67, de 06/07/11: publicada no DOU de 08/07/11, pg. 137;

Instrução Normativa TCU n° 71, de 28/11/12: publicada no DOU de 05/12/12, pg. 120;

Instrução Normativa CGU nº 4, de 17/02/09: publicada no DOU de 18/02/09, pg. 1;

Instrução Normativa SFC nº 1, de 06/04/01: publicada no DOU de 10/04/01, pg. 5;

Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11: publicada no DOU de 03/11/11, pg. 3;

Instrução Normativa CGU nº 1, de 07/04/15: publicada no DOU de 08/04/15, pg. 2;

Instrução Normativa CGU nº 2, de 07/04/15: publicada no DOU de 08/04/15, pg. 3;

Orientação Normativa CGU nº 2, de 09/09/14: publicada no DOU de 12/09/14, pg. 2;

Orientação Normativa Conjunta CGU/CEP nº 1, de 06/05/16: publicada no DOU de 09/05/16, pg. 5;

Portaria CGU nº 1.286, de 10/04/19: publicada no DOU de 12/04/19, pg. 107;

Portaria CGU nº 3.553, de 12/11/19: publicada no DOU de 13/11/19, pg. 107;

Portaria CGU nº 57, de 04/01/19: publicada no DOU de 07/01/19, pg. 40;

Portaria CGU nº 581, de 09/03/21: publicada no DOU de 10/03/21, pg. 67;

Portaria CGU nº 1.973, de 31/08/21: publicada no DOU de 02/09/21, pg. 158;

Portaria Normativa CGU nº 10, de 13/05/22: publicada no DOU de 17/05/22, pg. 129;

Portaria Normativa CGU nº 19, de 22/07/99: publicada no DOU de 25/07/22, pg. 165;

Portaria Normativa CGU nº 27, de 11/10/22: publicada no DOU de 14/10/22, pg. 143;

Portaria Normativa CGU nº 38, de 16/12/22: publicada no DOU de 20/12/22, pg. 247;

Portaria Normativa CGU nº 71, de 10/04/23: publicada no DOU de 17/04/23, pg. 169;

Portaria Normativa CGU nº 75, de 09/05/23: publicada no DOU de 11/05/23, pg. 238;

Portaria CGU/CRG nº 691, de 07/02/19: publicada no DOU de 08/02/19, pg. 39;

Portaria CGU/STPC nº 1.705, de 17/05/19: publicada no DOU de 20/05/19, pg. 125;

Instrução Normativa CGU nº 2, de 30/05/17:publicada no DOU de 31/05/17, pg. 43;

Instrução Normativa CGU nº 2, de 16/05/18: publicada no DOU de 21/05/18, pg. 71;

Instrução Normativa CGU nº 14, de 14/11/18: publicada no DOU de 16/11/18, pg. 102;

Instrução Normativa CGU nº 13, de 08/08/19: publicada no DOU de 12/08/19, pg. 82;

Instrução Normativa CGU/CRG nº 8, de 16/05/19: publicada no DOU de 21/05/19, pg. 73;

Instrução Normativa CGU/CRG nº 17, de 20/12/19: publicada no DOU de 26/12/19, pg. 146;

Instrução Normativa CGU/CRG nº 2, de 21/01/20: publicada no DOU de 23/01/20, pg. 85;

Instrução Normativa CGU/CRG nº 4, de 21/02/20: publicada no DOU de 26/02/20, pg; 155;

Instrução Normativa CGU/CRG nº 8, de 19/03/20: publicada no DOU de 23/03/20, pg. 182;

Instrução Normativa CGU/CRG nº 9, de 24/03/20: publicada no DOU de 26/03/20, pg. 128;

Portaria Interministerial MF/MT/MPDG nº 75, de 22/02/17: publicada no DOU de 01/03/17, pg. 41

Portaria Interministerial AGU/ME/BCB nº 1, de 26/05/20: publicada n DOU de 18/06/20, pg. 1;

Portaria MF nº 606, de 03/09/92: publicada no DOU de 08/09/92, pg. 12373;

Portaria MF nº 227, de 03/09/98: publicada no DOU de 04/09/98, pg. 3;

Portaria MF nº 95, de 30/04/07: publicada no DOU de 02/05/07; pg. 1, Edição Extra;

Portaria MF nº 39, de 18/02/08: publicada no DOU de 20/02/08, pg. 13;

Portaria MF nº 218, de 23/09/08: publicada no DOU de 25/09/08, pg. 19, Seção 2;

Portaria MF nº 10, de 19/01/09: publicada no DOU de 21/01/09, pg. 13;

Portaria MF nº 191, de 28/04/09: publicada no DOU de 30/04/09;

Portaria MF nº 249, de 12/06/09: publicada no DOU de 16/06/09, pg. 6;

Portaria MF nº 20, de 19/01/10: publicada no DOU de 21/01/10, pg. 17;

Portaria MF nº 21, de 19/01/10: publicada no DOU de 21/01/10, pg. 17;

Portaria MF nº 527, de 09/11/10: publicada no DOU de 10/11/10, pg. 6;

Portaria MF nº 203, de 14/05/12: publicada no DOU de 17/05/12, pg. 16;

Portaria MF nº 260, de 26/07/12: publicada no DOU de 27/07/12, pg. 15;

Portaria MF nº 492, de 23/09/13: publicada no DOU de 25/09/13, pg. 68;

Portaria MF nº 71, de 28/04/14: publicada no DOU de 29/04/14, pg. 41;

Portaria MF nº 499, de 11/12/14: publicada no DOU de 19/01/15, pg. 1;

Portaria MF nº 196, de 14/06/16: publicada no DOU de 15/06/16, pg. 20;

Portaria MF nº 396, de 05/09/17: publicada no DOU de 08/09/17, pg. 678;

Portaria MF n° 430, de 09/10/17 (Regimento Interno da secretaria da Receita Federal do Brasil): publicada no DOU de 11/10/17, pg. 22;

Portaria MF nº 462, de 14/11/18: publicada no DOU de 16/11/18, pg. 54;

Portaria ME nº 371, de 23/07/19: publicada no DOU de 25/07/19, pg. 14;

Portaria ME nº 40, de 30/01/20: publicada no DOU de 31/01/20, pg. 70;

Portaria ME nº 284, de 27/07/20: publicada no DOU de 27/07/20, pg. 1, Edição Extra-B;

Portaria ME nº 294, de 04/08/20: publicada no DOU de 06/08/20, pg. 14;

Portaria ME nº 334, de 02/10/20: publicada no DOU de 05/10/20, pg. 30;

Portaria ME nº 406, de 08/12/20: publicada no DOU de 09/12/20, pg. 220;

Portaria ME nº 1.144, de 03/02/21: publicada no DOU de 05/02/21, pg. 19;

Portaria ME nº 11.278, de 15/09/21: publicada no DOU de 17/09/21, pg. 25;

Portaria ME nº 7.081, de 09/08/22: publicada no DOU de 10/08/22, pg. 228;

Portaria ME/SE nº 1.142, de 05/09/19: publicada no DOU de 06/09/19, pg. 102;

Portaria ME/SE nº 15.966, de 06/06/20: publicada no DOU de 08/07/20, pg. 14;

Portaria ME nº 15.208, de 31/12/21: publicada no DOU de 03/01/22, pg. 10;

Portaria ME/SEDGG nº 15.543, de 02/07/20: publicada no DOU de 06/07/20, pg. 11;

Portaria ME/SEDGG/SGP nº 190, de 05/09/19: publicada no DOU de 06/09/19, pg. 105;

Instrução Normativa ME/SEDGG/SGP nº 19, de 12/03/20: publicada no DOU de 13/03/20, pg. 51;

Instrução Normativa ME/SEDGG/SGP nº 65, de 30/07/20: publicada no DOU de 31/07/20, pg. 21;

Portaria ME/SE nº 21.527, de 29/09/20: publicada no DOU de 30/09/20, pg. 195;

Portaria ME/SEDGG/SPG nº 190, de 05/09/19: publicada no DOU de 06/09/19, pg. 105;

Portaria ME/SEDGG/SGP nº 12.421, de 20/10/21: publicada no DOU de 26/10/2021, pg. 32;

Portaria ME/SEDGG/SGP nº 1.455, de 16/02/22: publicada no DOU de 18/02/22, pg. 21;

Portaria Normativa SEDGG/SGP nº 21, de 05/04/22; publicada no DOU de 08/04/22, pg. 48;

Portaria ME/SEDGG/SGP nº 10.671, de 15/12/22: publicada no DOU de 16/12/22, pg. 79;

Portaria Coger-MF nº 24, de 29/10/13: publicada no DOU de 30/10/13, pg. 16;

Portaria Coger-MF nº 25, de 29/10/13: publicada no DOU de 30/10/13, pg. 16;

Portaria Coger-MF nº 26, de 30/10/13: publicada no DOU de 31/10/13, pg. 49;

Portaria Coger-MF nº 42, de 21/11/13: publicada no DOU de 22/11/13, pg. 36;

Portaria Coger-ME nº 12.456, de 29/11/19: publicada no Boletim de Pessoal e Serviço ME nº 233, de 05/12/19, pg. 3;

Portaria Coger-ME nº 12.850, de 04/12/19: publicada no Boletim de Pessoal e Serviço ME nº 233, de 05/12/19, pg. 1;

Portaria Coger-ME nº 4.779, de 25/05/22: publicada no Boletim de Serviço Eletrônico ME de 25/05/22;

Instrução Normativa SRF nº 19, de 17/02/98: publicada no DOU de 18/02/98, pg. 19;

Instrução Normativa SRF nº 20, de 25/02/98: publicada no DOU de 18/02/98, pg. 15;

Instrução Normativa SRF nº 341, de 15/07/03: publicada no DOU de 16/07/03, pg. 24;

Instrução Normativa SRF nº 680, de 02/10/06: publicada no DOU de 05/10/06, pg. 38;

Instrução Normativa RFB nº 802, de 27/12/07: publicada no DOU de 28/12/07, pg. 52;

Instrução Normativa RFB nº 811, de 28/01/08: publicada no DOU de 29/01/08, pg. 23;

Instrução Normativa RFB nº 1.571, de 02/07/15: publicada no DOU de 03/07/15, pg. 32;

Instrução Normativa RFB nº 2.022, de 16/04/21: publicada no DOU de 20/04/21, pg. 43;

Portaria SRF nº 782, de 20/06/97: publicada no DOU de 23/06/97, pg. 12902;

Portaria SRF nº 695, de 21/07/99: publicada no DOU de 22/07/99, pg. 11;

Portaria SRF nº 699, de 21/07/99: publicada no DOU de 23/07/99, pg. 18;

Portaria SRF nº 374, de 20/03/02: publicada no Boletim de Serviço MF nº 12, de 22/03/02;

Portaria SRF nº 883, de 16/07/02: publicada no DOU de 18/07/02, pg. 45;

Portaria SRF nº 1.205, de 18/10/02: publicada no DOU de 24/10/02, pg. 65;

Portaria SRF nº 195, de 02/03/04: publicada no DOU de 04/03/04, pg. 12;

Portaria SRF nº 450, de 28/04/04: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 18, de 30/04/04;

Portaria RFB nº 4.338, de 09/09/05: publicada no DOU de 12/09/05, Seção 2, pg. 19;

Portaria RFB nº 4.491, de 06/10/05: publicada no DOU de 17/10/05, pg. 13;

Portaria RFB nº 4.582, de 09/11/05: publicada no DOU de 10/11/05, pg. 21;

Portaria SRF nº 73, de 01/01/06: publicada no DOU de 11/01/06, pg. 11;

Portaria SRF nº 259, de 13/03/06: publicada no DOU de 14/03/06, pg. 27;

Portaria SRF nº 306, de 22/03/07: publicada no DOU de 26/03/07, pg. 7;

Portaria RFB nº 11.230, de 09/11/07: publicada no DOU de 12/11/07, pg. 16;

Portaria RFB nº 11.311, de 27/11/07: publicada no DOU de 20;/12/539/11/07, pg. 41;

Portaria RFB nº 2.324, de 23/09/09: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 39, de 25/09/09;

Portaria RFB nº 2.155, de 21/02/11: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 8, de 25/02/11;

Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11: publicada no DOU de 28/03/11, pg. 33;

Portaria RFB nº 3.131, de 15/07/11: publicada no DOU de 19/07/11, pg. 15;

Portaria RFB nº 3.262, de 19/08/11: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 33, de 19/08/11;

Portaria RFB nº 3.286, de 24/08/11: publicada no DOU de 25/08/11, pg. 75;

Portaria RFB nº 3.300, de 29/08/11: publicada no DOU de 30/08/11, pg. 21;

Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 40, de 07/10/11;

Portaria RFB nº 3.693, de 28/11/11: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 48, de 02/12/11;

Portaria RFB nº 914, de 12/04/12: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 16, de 20/04/12;

Portaria RFB nº 1.277, de 09/07/12: publicada no DOU de 11/07/12, pg. 18;

Portaria RFB nº 2.206, de 28/09/12: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 39, de 28/09/12;

Portaria RFB nº 136, de 06/02/13: publicada no DOU de 07/02/13, pg. 17;

Portaria RFB nº 551, de 30/04/13: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 18, de 03/05/13;

Portaria RFB nº 773, de 24/06/13: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 26, de 28/06/13;

Portaria RFB nº 1.880, de 24/12/13: publicada no DOU de 26/12/13, pg. 37;

Portaria RFB nº 872, de 03/04/14: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 3, de 04/04/14, pg. 1;

Portaria RFB nº 1.863, de 30/10/14: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 145, de 31/10/14, pg. 2;

Portaria RFB nº 2.047, de 26/11/14: publicada no DOU de 27/11/14, pg. 24;

Portaria RFB nº 444, de 23/03/15: publicada no Boletim de Serviço RFB n° 68, de 13/04/15, pg. 2;

Portaria RFB n° 2.383, de 13/07/17: publicada no DOU de 14/07/17, pg. 34;

Portaria RFB nº 6.451, de 27/12/17: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 1, de 02/01/18, Seção 1, pg. 3;

Portaria RFB nº 6.478, de 29/12/17: Publicada no DOU de 02/01/18, pg. 14, Edição Extra;

Portaria RFB nº 6.483, de 29/12/17: publicada no DOU de 02/01/18, pg. 17, Edição Extra;

Portaria RFB nº 788, de 29/05/18: publicada no DOU de 01/06/18, pg. 70;

Portaria RFB nº 1.087, de 19/07/18: publicada no DOU de 20/07/18, Seção 1, pg. 21;

Portaria RFB n° 1.086, de 18/07/18: publicada no Boletim de Serviço RFB n° 138, de 20/07/18, Seção 1, pg. 2;

Portaria RFB n° 1.750, de 12/11/18: publicada no DOU de 14/11/18, Seção 1, pg. 57;

Portaria RFB nº 2.045, de 20/12/18: publicada no DOU de 24/12/18, Seção 1, pg. 39;

Portaria RFB n° 224, de 07/02/19: publicada no DOU de 12/02/19, Seção 1, pg. 33;

Portaria RFB nº 314, de 13/02/19: publicada no DOU de 18/02/19, pg. 20;

Portaria RFB nº 1.418, de 19/08/19: publicada no DOU de 20/08/19, Seção 1, pg. 24;

Portaria RFB nº 4.220, de 20/08/20: publicada no DOU de 24/08/20, pg. 15;

Portaria RFB nº 4.261, de 28/08/20: publicada no DOU de 31/08/20, pg. 14;

Portaria RFB nº 4.888. de 07/12/20: publicada no DOU de 10/12/20, pg. 92;

Portaria RFB nº 1, de 13/01/21: publicada no DOU de 27/01/21, pg. 22;

Portaria RFB nº 32, de 29/04/21: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 79, de 30/04/21, pg. 1;

Portaria RFB nº 34, de 14/05/21: publicada no DOU de 18/05/21, pg. 64;

Portaria RFB nº 53, de 14/07/21: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 132, de 16/07/21, Seção 1, pg. 1;

Portaria RFB nº 68, de 27/09/21: publicada no DOU de 01/10/21, pg. 1, Edição Extra-B;

Portaria RFB nº 84, de 16/11/21: publicada no DOU de 07/12/21, pg. 30;

Portaria RFB nº 118, de 04/02/22: publicada no DOU de 07/02/22, pg. 63;

Portaria RFB nº 149, de 08/03/22: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 46, de 09/03/22, pg. 2;

Portaria RFB nº 275, de 22/12/22: publicada no Boletim de Serviço da RFB nº 242, de 26/12/22, pg. 4;

Portaria RFB nº 276, de 22/12/22: publicada no Boletim de Serviço da RFB nº 242, de 26/12/22, pg. 12

Portaria RFB/Sucor nº 3.187, de 21/11/17: publicada no DOU de 24/11/17, Seção 1, pg. 60;

Portaria RFB/Sucor/Cotec nº 29, de 29/06/21: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 119, de 29/06/21, pg. 3;

Portaria Comac nº 31, de 24/06/22: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 120, de 28/06/22, pg. 2;

Portaria Coger/Cofis nº 1, de 10/03/06: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 10, de 10/03/06;

Portaria Coger/Cogep nº 1, de 18/11/11: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 46, de 18/11/11;

Portaria Coger nº 37, de 02/08/99: publicada no DOU de 03/08/99, pg. 2, Seção 2;

Portaria Coger nº 198, de 24/08/06: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 34, de 25/08/06;

Portaria Coger nº 219, de 06/09/06: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 36, de 06/09/06;

Portaria Coger nº 124, de 29/11/07: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 48, de 30/11/07;

Portaria Coger nº 11, de 21/02/08: publicada no Boletim de Serviço MF nº 8, de 22/02/08;

Portaria Coger nº 62, de 04/07/08: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 27, de 04/07/08;

Portaria Coger nº 51, de 11/08/10: publicada no DOU de 13/08/10, pg. 34;

Portaria Coger nº 52, de 19/08/10: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 34, de 20/08/10.

Portaria Coger nº 40, de 05/07/12: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 27, de 06/07/12;

Portaria Coger nº 41, de 05/07/12: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 27, de 06/07/12;

Portaria Coger nº 11, de 19/02/13: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 8, de 22/02/13;

Portaria Coger nº 37, de 19/06/13: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 25, de 21/06/13;

Portaria Coger nº 3, de 16/01/14: publicada no DOU de 17/01/14, pg. 43;

Portaria Coger nº 13, de 30/01/14: publicada no DOU de 03/02/14, pg. 23:

Portaria Coger nº 14, de 30/01/14: publicada no DOU de 03/02/14, pg. 23;

Portaria Coger nº 23, de 06/05/14: publicada no DOU de 09/05/14, pg. 23;

Portaria Coger nº 62, de 10/10/14: publicada na DOU de 13/10/14, pg. 644;

Portaria Coger nº 72, de 21/11/14: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 161, de 24/11/14, pg. 13;

Portaria Coger nº 73, de 02/12/14: publicada no DOU de 03/12/14, pg. 18;

Portaria Coger nº 133, de 26/11/15: publicada no DOU de 01/12/15, pg. 14;

Portaria Coger nº 32, de 26/04/16: publicada no DOU de 28/04/16, pg. 59, e republicada no DOU de 05/05/16, pg. 38;

Portaria Coger nº 66, de 30/09/16: publicada no DOU de 11/10/16, pg. 26, Seção 2;

Portaria Coger nº 68, de 07/10/16: publicada no Boletim de Serviço RFB Edição Extra nº 10, de 11/10/16, Seção Única, pg. 2;

Portaria Coger nº 325, de 24/11/18: publicada no DOU de 27/11/17, Seção 1, pg. 103;

Portaria Coger n° 168, de 10/06/19: publicada no Boletim de Serviço RFB n° 110, de 11/06/19, pg. 23

Portaria Coger n° 169, de 10/06/19: publicada no Boletim de Serviço RFB n° 110, de 11/06/19, pg. 8;

Portaria Coger n° 171, de 17/06/19: publicada no Boletim de Serviço RFB n° 115, de 18/06/19, pg. 6;

Portaria Coger nº 227, de 20/11/19: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 224, de 22/11/19, pg. 1;

Portaria Coger nº 4, de 09/01/20: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 8, de 13/01/20, pg. 2;

Portaria Coger nº 99, de 27/08/20: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 166, de 31/08/20, pg. 3;

Portaria Coger nº 128, de 16/10/20: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 200, de

20/10/20, pg. 5;

Ordem de Serviço Coger nº 1, de 03/05/15: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 104, de 05/06/15, pg. 2;

Ordem de Serviço Coger nº 1, de 27/06/19: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 122, de 28/06/19, pg. 5;

Portaria Cogep nº 322, de 27/06/12: publicada Boletim de Pessoal MF nº 26, de 29/06/12;

Portaria Cotec nº 73, de 08/12/14: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 177, de 16/12/2014, pg.2;

Portaria Cotec nº 14, de 29/01/18: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 24, de 02/02/18, pg. 2;

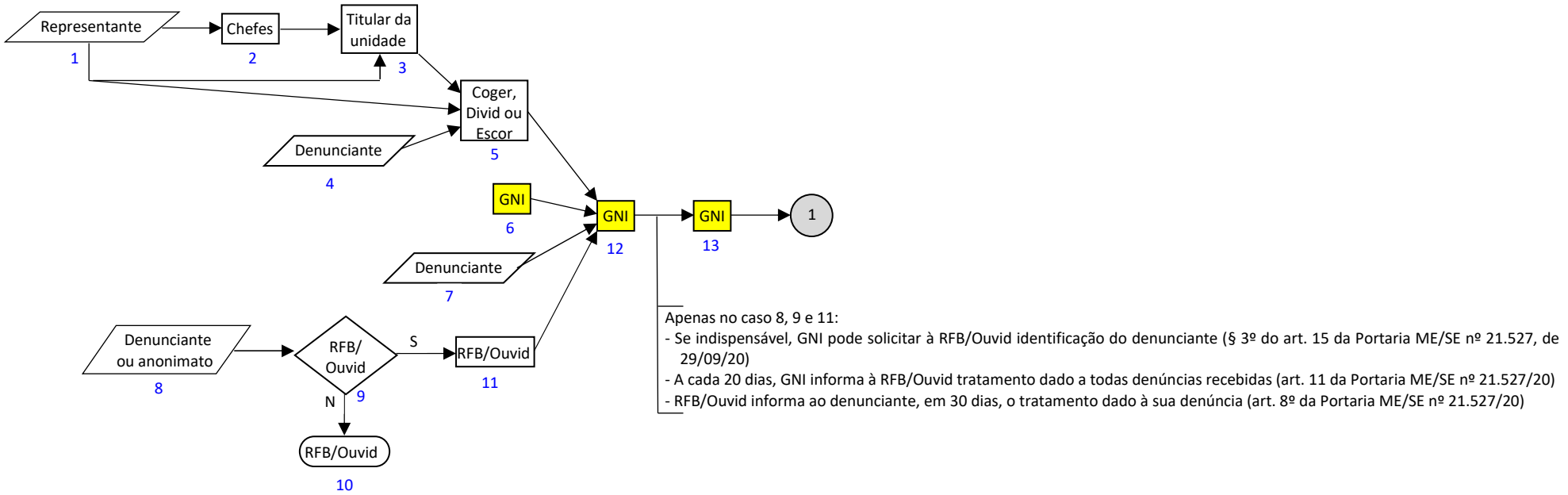
Resolução Coaf nº 29, de 07/12/17: DOU de 08/12/17, pg. 52.

Resolução TCU nº 246, de 30/11/11: republicada no Boletim TCU nº 1, de 02/01/15;

Resolução CEP nº 15, de 01/02/22: publicada em 03/02/22, pg. 9.

ANEXO VI - FLUXOGRAMAS

TRATAMENTO DE DENÚNCIAS E REPRESENTAÇÕES PELO GNI



1 - Servidor representa na via hierárquica, podendo dispensá-la caso representado seja seu superior (*caput* e § 1º do art. 4º Portaria RFB nº 4.505, de 06/10/20, e § 2º do art. 1º Portaria ME/SE nº 21.527/20)

2 - Chefe imediato e demais autoridades superiores encaminham representação ao titular da unidade (*caput* do art. 4º Portaria RFB nº 4.505/20)

3 - Titular da unidade encaminha representação ao Chefe do Escor da respectiva Região Fiscal (§ 2º do art. 4º Portaria RFB nº 4.505/20)

4 - Denunciante denuncia na Coger ou na Divid ou no Escor (§ 2º do art. 6º Portaria ME/SE nº 21.527/20)

5 - Coger, Divid ou Escor encaminha representação ou denúncia para GNI (*caput* do art. 5º Portaria Coger nº 168, de 10/06/19, e art. 1º da Ordem de Serviço Coger nº 1, de 27/06/19)

6 - GNI atua de ofício em auditoria correcional ou em notícia de mídia (art. 2º da Portaria Coger nº 227, de 20/11/19, e § 2º do art. 1º Portaria ME/SE nº 21.527/20)

7 - Denunciante denuncia no GNI (§ 2º do art. 6º Portaria ME/SE nº 21.527/20)

8 - Denunciante (ou anonimato) denuncia no Sistema Nacional Informatizado de Ouvidorias (e-Ouv) (*caput* do art. 3º Portaria ME/SE nº 21.527/20)

9 - RFB/Ouvid, em análise prévia em 5 dias, avalia se denúncia possui elementos mínimos (art. 7º e *caput* do art. 10 da Portaria ME/SE nº 21.527/20)

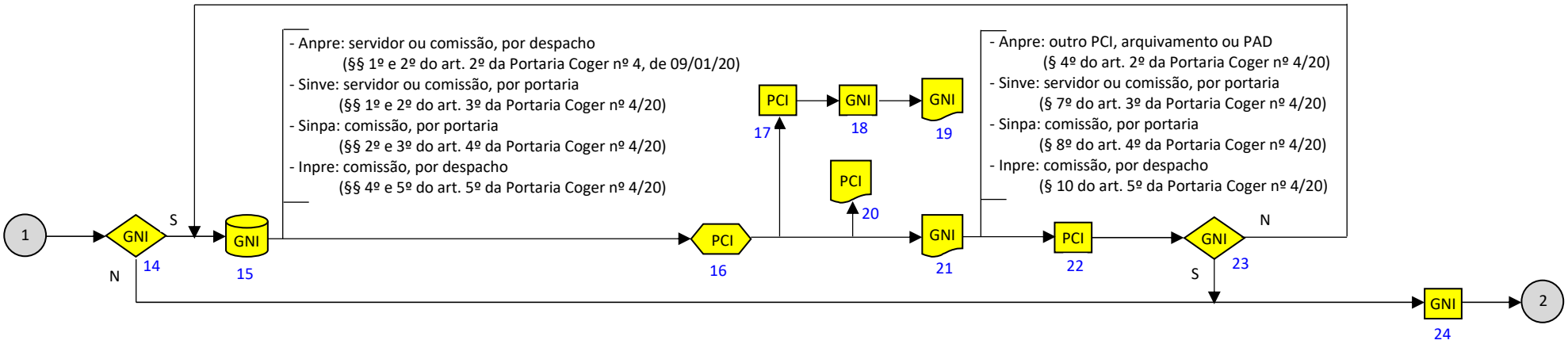
10 - Se em 9 a resposta foi Não, RFB/Ouvid arquiva denúncia e o caso se encerra (parágrafo único do art. 8º da Portaria ME/SE nº 21.527/20)

11 - Se em 9 a resposta foi Sim, RFB/Ouvid encaminha denúncia com pseudonimização para GNI (inciso I do art. 10 e art. 15 da Portaria ME/SE nº 21.527/20)

12 - Grupo de Atividades Auxliares (Gataux) do GNI registra ocorrência (art. 2º da Ordem de Serviço Coger nº 1/19)

13 - Apenas no caso 4 e 5 e no caso 7, de denúncia que não dá entrada pelo e-Ouv, Gataux do GNI a encaminha na íntegra (sem ocultação do denunciante) para RFB/Ouvid de imediato (salvo se houver dados protegidos por sigilo legal ou decisão judicial), e aguarda em 5 dias sua análise prévia (§§ 2º e 3º do art. 6º da Portaria ME/SE nº 21.527/20), em que a receberá de volta com pseudonimização

PROCEDIMENTO CORRECIONAL INVESTIGATIVO PELO GNI



14 - Coordenação do GNI avalia se é necessário instaurar PCI

15 - Se em 14 a resposta foi Sim, Coordenação do GNI designa servidor ou comissão para conduzir o PCI (art. 2º e *caput* e § 1º do art. 3º da Portaria Coger nº 168/19 e *caput* do art. 3º da Ordem de Serviço Coger nº 1/19)

16 - Servidor ou comissão de membros do GNI conduz o PCI, junto à respectiva Supervisão (art. 6º da Portaria Coger nº 4/20) *

17 - Servidor ou comissão de membros do GNI pode solicitar Dinve (§ 1º do art. 3º da Ordem de Serviço Coger nº 1/19)

18 - Coordenação do GNI designa outro servidor ou outra comissão para conduzir a Dinve (*caput* e § 3º do art. 3º da Portaria Coger nº 168/19)

19 - Outro servidor ou outra comissão de membros do GNI faz relatório da Dinve (§ 2º do art. 3º da Portaria Coger nº 168/19)

20 - No curso ou ao final do PCI, servidor ou comissão de membros do GNI pode fazer representação fiscal e representação correcional e pode propor desmembramento (§ 3º do art. 7º da Portaria Coger nº 4/20)

21 - Servidor ou comissão de membros do GNI faz relatório fático propositivo do PCI

22 - Servidor ou comissão de membros do GNI encaminha o PCI para respectiva Supervisão e esta encaminha para Coordenação do GNI (§ 2º do art. 3º da Ordem de Serviço Coger nº 1/19 e *caput* e § 1º do art. 7º da Portaria Coger nº 4/20)

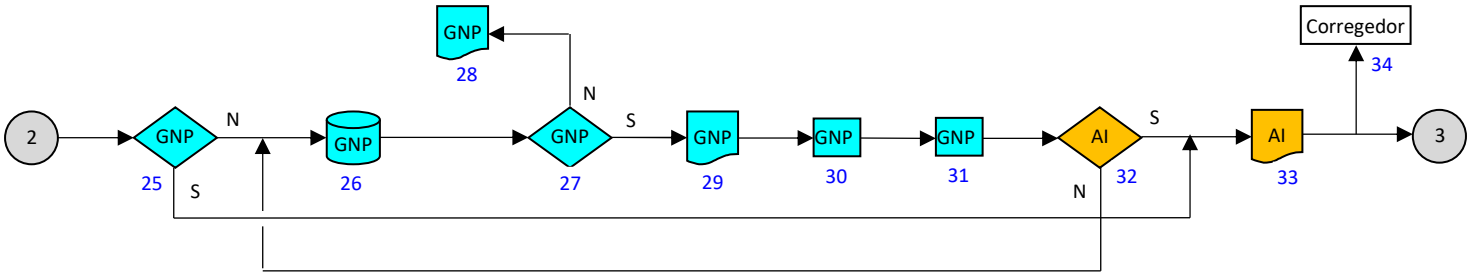
23 - Coordenação do GNI avalia se o PCI exauriu a investigação ou se a proposta do relatório dispensa novo PCI (§ 2º do art. 3º da Ordem de Serviço Coger nº 1/19 e § 2º do art. 7º da Portaria Coger nº 4/20)

15 - Se em 23 a resposta foi Não, Coordenação do GNI pode devolver o PCI para mesmo(a) servidor ou comissão ou designar outro(a)

24 - Se em 14 a resposta foi Não ou se em 23 a resposta foi Sim, Coordenação do GNI encaminha o processo ou o PCI à Coordenação do GNP (arts. 2º e 3º da Portaria Coger nº 171, de 17/06/19, e *caput* do art. 3º da Ordem de Serviço Coger nº 1/19)

* Além da Coordenação e do Gataux, GNI possui Supervisões Funcional (Anpre-F e Sinve), Patrimonial (Sinpa), Pessoas Jurídicas (Anpre-J e Inpre) e ainda Supervisões de Capacitação e Tecnologia

ELABORAÇÃO DE PARECER DE ADMISSIBILIDADE PELO GNP



25 - Coordenação do GNP avalia se relatório fático propositivo do PCI supre parecer, a fim de dispensá-lo (parágrafo único do art. 4º da Ordem de Serviço Coger nº 1/19)

26 - Se a resposta em 25 foi Não, Coordenador do GNP distribui processo para um membro fazer parecer (*caput* do art. 4º da Ordem de Serviço Coger nº 1/19)

27 - Coordenação do GNP e autoridade instauradora avaliam se PCI exauriu investigação (art. 6º da Ordem de Serviço Coger nº 1/19)

28 - Se a resposta em 27 foi Não, parecer do GNP, com aval da autoridade instauradora, provoca Coordenação do GNI a instaurar novo PCI (art. 6º da Ordem de Serviço Coger nº 1/19)

29 - Se a resposta em 27 foi Sim, parecer do GNP encaminha proposta de decisão à autoridade instauradora (*caput* do art. 4º da Ordem de Serviço Coger nº 1/19)

30 - Membro do GNP encaminha processo para Coordenação do GNP (*caput* do art. 4º da Ordem de Serviço Coger nº 1/19)

31 - Coordenação do GNP encaminha processo para autoridade instauradora (*caput* do art. 4º da Ordem de Serviço Coger nº 1/19)

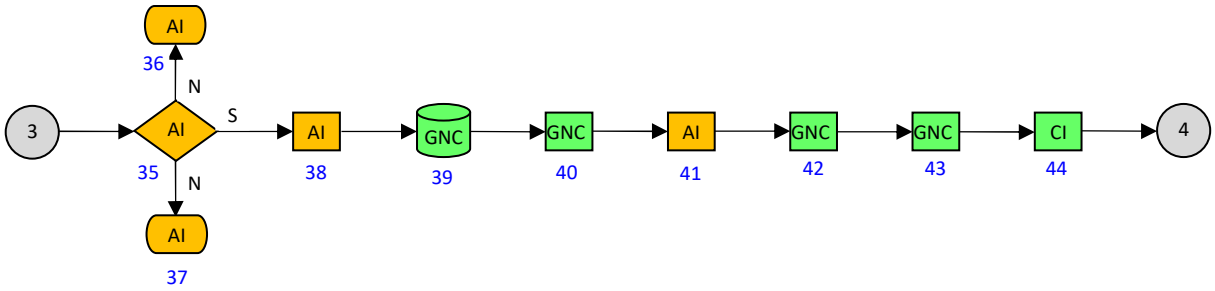
32 - Autoridade instauradora avalia se acata parecer do GNP (*caput* do art. 4º da Ordem de Serviço Coger nº 1/19)

26 - Se a resposta em 32 foi Não, autoridade instauradora devolve processo para Coordenação do GNP redistribuir para realização de novo parecer (*caput* do art. 4º da Ordem de Serviço Coger nº 1/19)

33 - Se a resposta em 25 foi Sim, Coordenação do GNP encaminha processo à autoridade instauradora e se a resposta em 32 foi Sim, em ambos os casos, autoridade instauradora realiza seu juízo de admissibilidade

34 - Corregedor pode, a qualquer momento, fazer representação fiscal à Sufis (art. 5º da Portaria RFB nº 4.505/20)

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE PELA AUTORIDADE INSTAURADORA



35 - Autoridade instauradora decide se instaura PAD (art. 2º da Portaria RFB nº 4.505/20 e art. 4º da Portaria Coger nº 128, de 16/10/20)

36 - Se a resposta em 35 foi Não, autoridade instauradora pode decidir pelo arquivamento e o caso se encerra (art. 2º da Portaria RFB nº 4.505/20 e art. 4º da Portaria Coger nº 128/20)

37 - Se a resposta em 35 foi Não, autoridade instauradora também pode decidir pela celebração de TAC e o caso se encerra (art. 2º da Portaria RFB nº 4.505/20 e art. 4º da Portaria Coger nº 128/20)

38 - Se a resposta em 35 foi Sim, autoridade instauradora encaminha o processo para Coordenação do GNC (*caput* do art. 3º da Portaria Coger nº 128/20)

39 - Coordenação do GNC indica, dentre seus membros, os componente da comissão de inquérito (inciso I do art. 2º da Portaria Coger nº 128/20)

40 - Grupo de Atividades Administrativas (Gatad) do GNC numera e edita portaria de instauração e a inclui no e-Assina (inciso II do art. 2º da Portaria Coger nº 128/20)

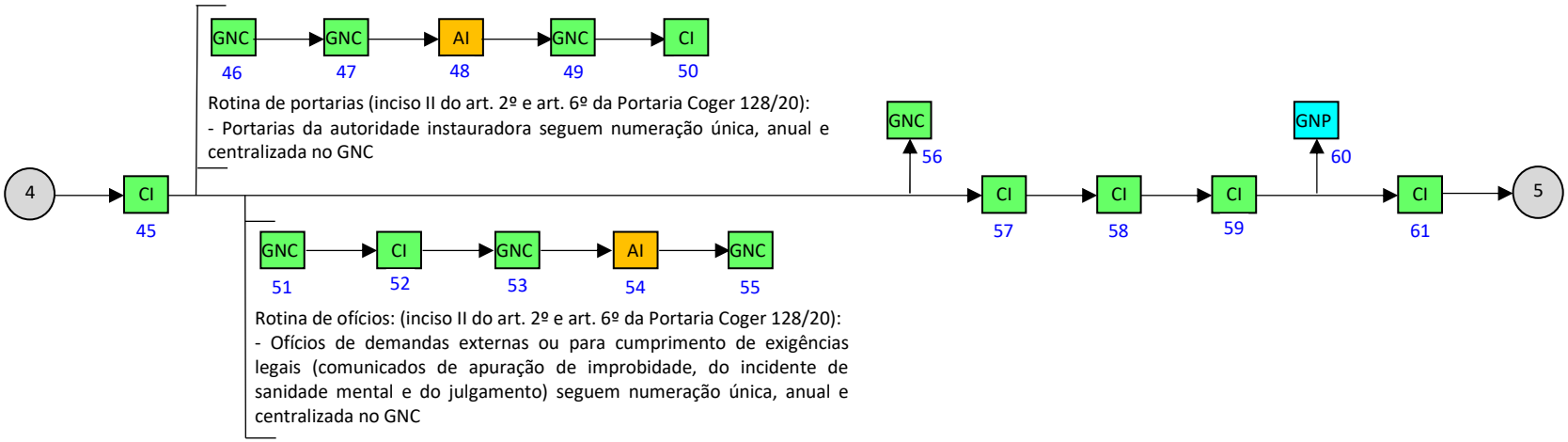
41 - Autoridade instauradora assina portaria de instauração do PAD (art. 2º da Portaria RFB nº 4.505/20)

42 - Gatad do GNC publica portaria de instauração e a autua (art. 6º da Portaria Coger nº 128/20)

43 - Gatad do GNC encaminha o PAD para comissão de inquérito do GNC (inciso II do art. 2º da Portaria Coger nº 128/20)

44 - Comissão de inquérito do GNC registra instauração do PAD no CGU-PAD (art. 6º da Portaria Coger-ME nº 12.456, de 29/11/19)

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO PELA COMISSÃO DE INQUÉRITO DO GNC



45 - Comissão de inquérito do GNC conduz o inquérito administrativo

46 - Coordenação do GNC define calendário anual e único de portarias de todos os PADs

47 - Gatad do GNC edita e numera portarias de prorrogação, designação de nova comissão e substituição de membro e as inclui no e-Assina

48 - Autoridade instauradora assina portarias de prorrogação, designação de nova comissão e substituição de membro

49 - Gatad do GNC publica portarias de prorrogação, designação de nova comissão e substituição de membro e as encaminha para comissão de inquérito do GNC

50 - Comissão de inquérito do GNC autua portarias de prorrogação, designação de nova comissão e substituição de membro

51 - Gatad do GNC encaminha ofícios de demandas externas ou para cumprimento de exigências legais para comissão de inquérito do GNC

52 - Comissão de inquérito do GNC minuta ofícios de respostas a demandas externas ou para cumprimento de exigências legais e os encaminha para Gatad do GNC

53 - Gatad do GNC numera ofícios de respostas a demandas externas ou para cumprimento de exigências legais e os inclui no e-Assina

54 - Autoridade instauradora assina ofícios de respostas a demandas externas ou para cumprimento de exigências legais

55 - Gatad do GNC encaminha ofícios de respostas a demandas externas ou para cumprimento de exigências legais a demandantes

56 - Coordenação e Supervisões de equipes do GNC fazem acompanhamento técnico, gerência do andamento, uniformização de entendimento e contato entre comissão de inquérito do GNC e autoridade instauradora (*caput* e inciso III do art. 2º da Portaria Coger nº 128/20) *

57 - Comissão de inquérito do GNC notifica servidor de sua condição de acusado (*caput* do art. 6º da Portaria RFB nº 4.505/20)

58 - Comissão de inquérito do GNC comunica notificação inicial do acusado à autoridade instauradora e ao titular de sua unidade (parágrafo único do art. 6º da Portaria RFB nº 4.505/20)

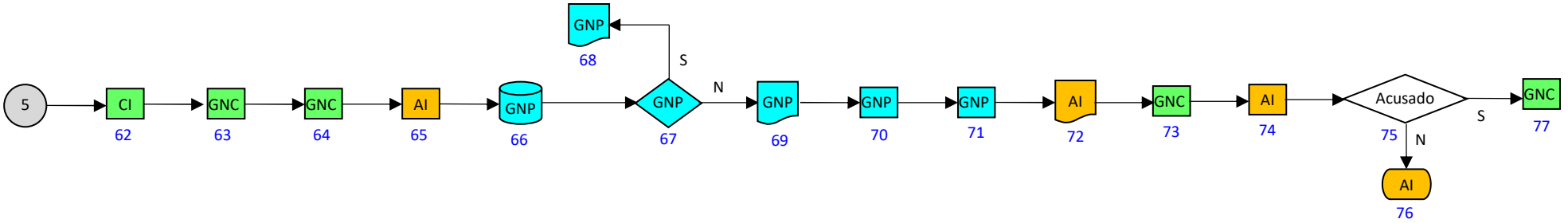
59 - Comissão de inquérito do GNC comunica notificação inicial, indiciação e defesa à Supervisão do GNC e as registra no CGU-PAD (art. 6º Portaria Coger-ME nº 12.456/19)

60 - Coordenação do GNC, após solicitação da autoridade instauradora, consulta Coordenação do GNP, indica o defensor dativo em caso de revelia e Gatad do GNC atua em sua portaria de designação, que segue numeração única, anual e centralizada no GNC, conforme rotina de portarias

61 - Comissão de inquérito do GNC elabora o relatório

* GNC, além da Coordenação e do Gatad, com 2 supervisores e 3 equipes (de portarias, de ofícios e de atividades auxiliares), possui Grupo de Análise Correcional (Graco), com 4 equipes (3 equipes de PAD, com 2 supervisores cada e sem especialidade temática, e 1 equipe de PAR, com um supervisor)

ELABORAÇÃO DE PARECER DE ANÁLISE PELO GNP E JULGAMENTO PELA AUTORIDADE INSTAURADORA



62 - Comissão de inquérito do GNC encaminha o PAD para Coordenação do GNC e registra relatório e encaminhamento no CGU-PAD (art. 6º Portaria Coger-ME nº 12.456/19)

63 - Coordenação do GNC atualiza seus controles

64 - Coordenação do GNC encaminha o PAD para autoridade instauradora

65 - Autoridade instauradora encaminha o PAD para Coordenação do GNP (art. 7º da Ordem de Serviço Coger nº 1/19)

66 - Coordenação do GNP distribui o PAD para um membro fazer parecer (art. 7º da Ordem de Serviço Coger nº 1/19)

67 - Coordenação e Supervisão do GNP e autoridade instauradora avaliam se há necessidade de refazimento ou de ultimação dos trabalhos *

68 - Se a resposta em 67 foi Sim, parecer do GNP propõe reabertura da instrução processual, com apoio e registro no CGU-PAD por parte do GNC

69 - Se a resposta em 67 foi Não, parecer do GNP encaminha proposta de julgamento à autoridade instauradora

70 - Membro do GNP encaminha o PAD para Coordenação do GNP, por intermédio da Supervisão

71 - Coordenação do GNP encaminha o PAD para autoridade instauradora

72 - Autoridade instauradora realiza seu julgamento (art. 12 da Portaria RFB nº 4.505/20)

73 - Gatad do GNC registra julgamento no CGU-PAD

74 - Autoridade instauradora comunica julgamento ao titular da unidade e, em caso de responsabilização, à Cogep ou Digep ou ME/SRA ou ME/GRA (art. 13 da Portaria RFB nº 4.505/20)

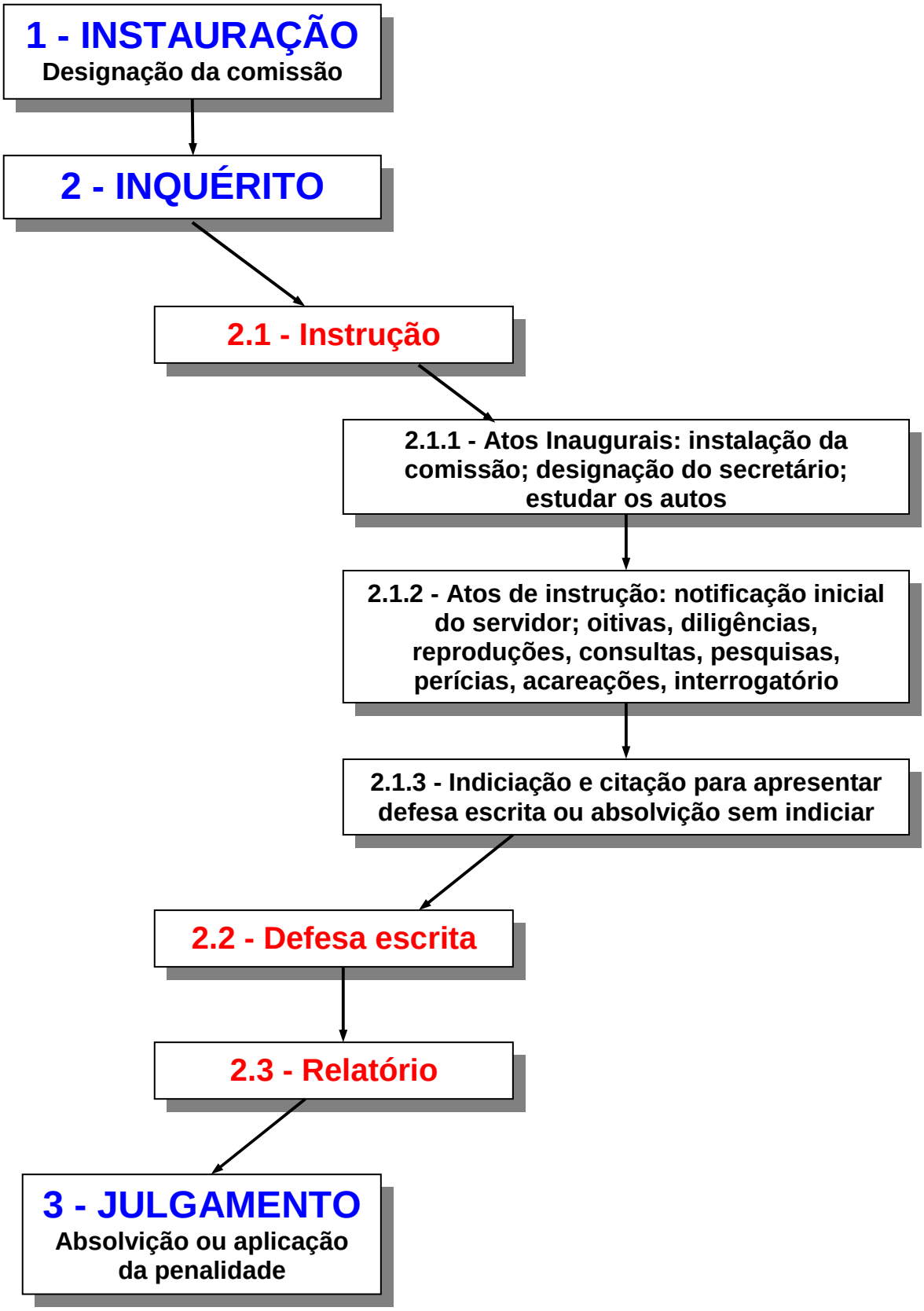
75 - Acusado avalia se entra com pedido de reconsideração e/ou com recurso hierárquico em 30 dias

76 - Se a resposta em 75 foi Não, autoridade instauradora arquiva o PAD em definitivo

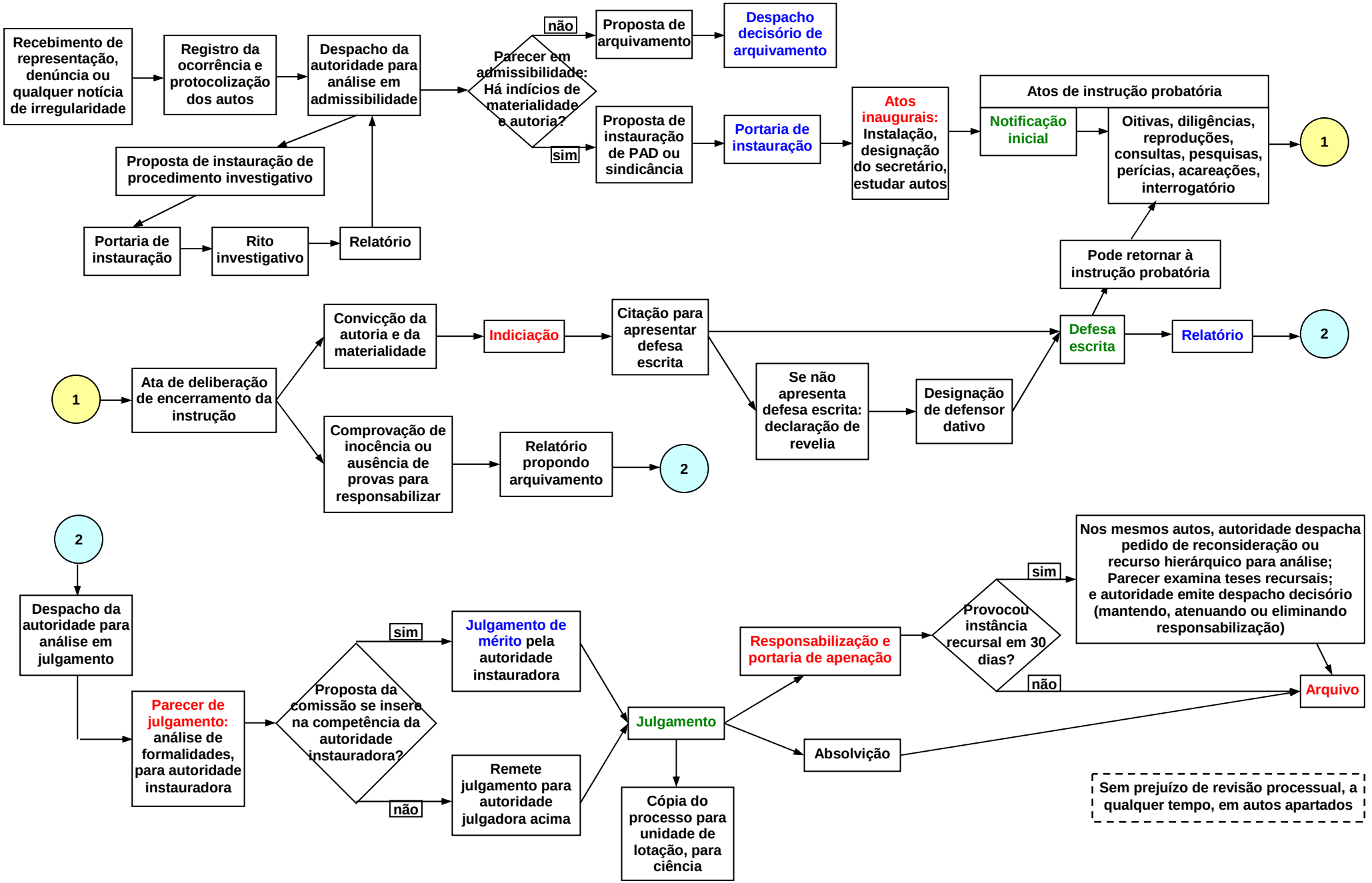
77 - Se a resposta em 75 foi Sim, Gatad do GNC registra pedido de reconsideração e/ou com recurso hierárquico no CGU-PAD (bem como eventual pedido de revisão)

* GNP possui apenas uma Supervisão de julgamento

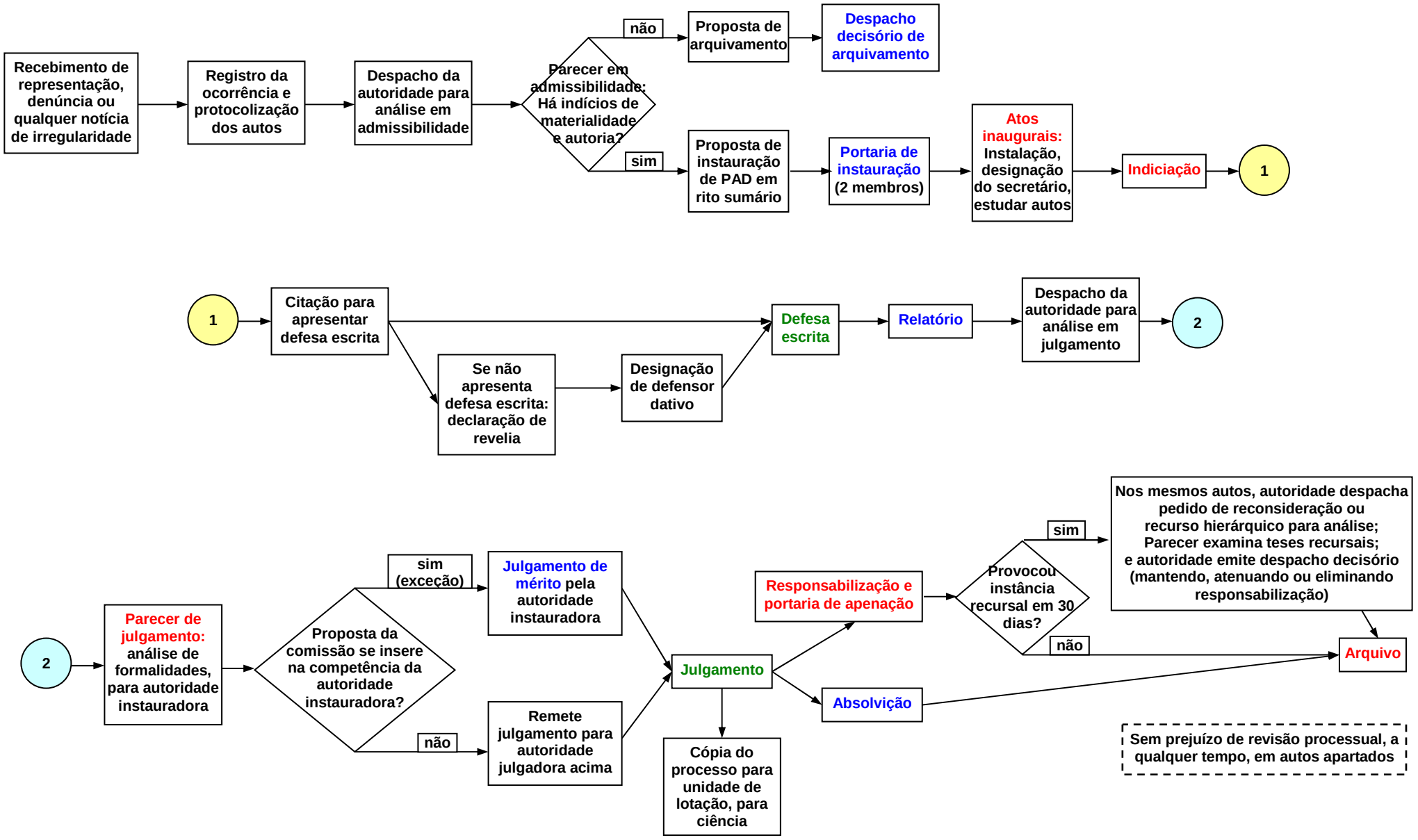
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR
Fluxograma sintético do rito ordinário



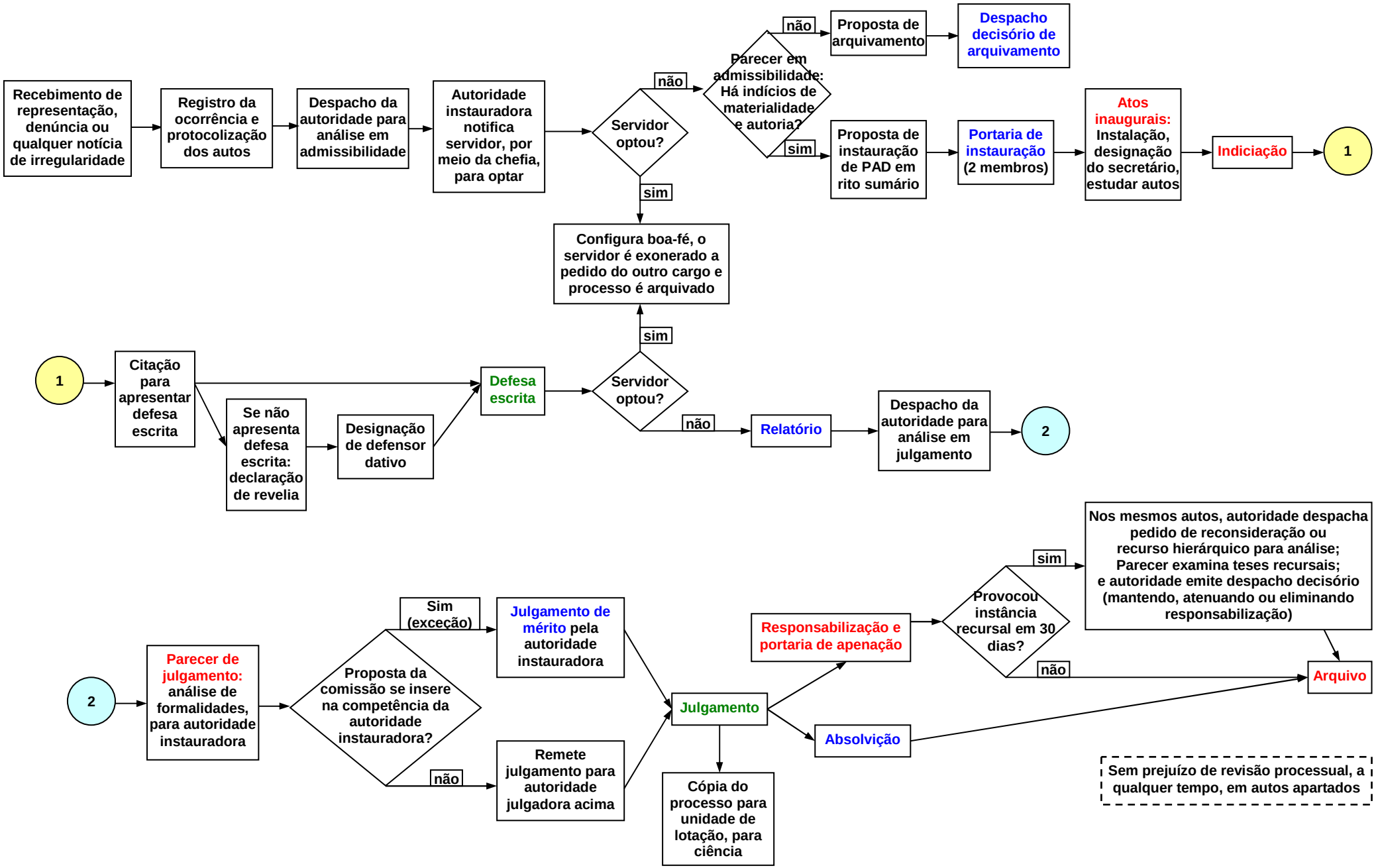
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR
Fluxograma detalhado do rito ordinário



PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR
Fluxograma do rito sumário - abandono de cargo e inassiduidade habitual



PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR
Fluxograma do rito sumário - acumulação ilegal de cargos



BIBLIOGRAFIA

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, “As Nulidades no Processo Penal”, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2006

Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, Editora Fórum, 1ª edição, 2007

Advocacia-Geral da União, “Orientações da Advocacia-Geral da União no Desenvolvimento do Processo Administrativo Disciplinar”, Apostila de Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar, 2004

Advocacia-Geral da União, “Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, 1ª edição, 2015, disponível em http://www.agu.gov.br/unidade/cgau, acessado em 29/05/17

Alexandre de Moraes, “Direito Constitucional”, Editora Atlas, 19ª edição, 2006;

Antônio Carlos Alencar de Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, Editora Fortium, 1ª edição, 2008

Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, Editora Consulex, 2ª edição, 1999

Carlos Eduardo Elias de Oliveira, “Precedentes Judiciais do STF e do STJ sobre Processos Disciplinares: Descrição e Reflexões”, disponível em http://jus.com.br/revista/texto/22453/precedentes-jurisprudenciais-do-stf-e-do-stj-sobre-processos-disciplinares-descricao-e-reflexoes, acesso em 21/01/13

Celso Antônio Bandeira de Melo, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Editores, 25ª edição, 2008

Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Junior, “Código Penal Comentado”, Editora Renovar, 4ª edição, 1998

Christiane de Castro Gusmão, “Roteiro Sintético para Análise de Processo Administrativo Disciplinar”, Apostila da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, 2003

Corregedoria da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual, Notas Técnicas e Modelos”, Apostila, 2006

Damásio Evangelista de Jesus, “Código de Processo Penal Anotado”, Editora Saraiva, 16ª edição, 1999

Damásio Evangelista de Jesus, “Direito Penal”, Editora Saraiva, 29ª edição, 2008

Deltan Martinazzo Dallagnol, “A Visão Moderna da Prova Indício”, in Daniel Resende Salgado e Ronaldo Pinheiro de Queiroz (Coordenadores) e outros, “A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade”, Editora JusPodium, 2ª edição, 2015

Deltan Martinazzo Dallagnoll, “As Lógicas das Provas no Processo”, Livraria do Advogado Editora, 1ª edição, 2018

De Plácido e Silva, “Dicionário Jurídico”, Editora Forense, 7ª edição, 1982

Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994

Egberto Luiz Maia, “Direito Administrativo Disciplinar - Teoria e Prática”, Edições Profissionais, 2ª edição, 2002

Egon Bockmann Moreira, “Processo Administrativo - Princípios Constitucionais e Lei 9.784/99”, Malheiros Editores, 1ª edição, 2000

Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005

Fábio Medina Osório, “Teoria da Improbidade Administrativa”, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2007

Fernando Capez, “Curso de Direito Penal”, vol. 1, Editora Saraiva, 10ª edição, 2006

Fernando da Costa Tourinho Filho, “Processo Penal”, Editora Saraiva, 12ª edição, 1990

Francisco de Assis Toledo, “Princípios Básicos de Direito Penal”, Editora Saraiva, 5ª edição, 1994

Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, Editora Forense, 2ª edição, 2006

Hélio Tornagui, “Curso de Processo Penal”, Editora Saraiva, 5ª edição, 1988

Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001

Instituto Nacional do Seguro Social, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, disponível em <http://intraprev/auditoria/manuais/manual_de_processo.htm>, acesso em 29/09/05

Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis”, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995

Kleber Alexandre Balsanelli, “Processo Administrativo Disciplinar e Sindicâncias”, Apostila do Curso de Formação de Analista de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União, Escola de Administração Fazendária, 2004

José Armando da Costa, “Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa”, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2000

José Armando da Costa, “Controle Judicial do Ato Disciplinar”, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2002

José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004

José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, Editora Brasília Jurídica, 6ª edição, 2010

José Armando da Costa, “Incidência Aparente de Infrações Disciplinares”, Editora Fórum, 1ª edição, 2004

José dos Santos Carvalho Filho, “Processo Administrativo Federal”, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005

José dos Santos Carvalho Filho, “Manual de Direito Administrativo”, Editora Lumen Juris, 15ª edição, 2006

José Edwaldo Tavares Borba, “Direito Societário”, Editora Renovar, 10ª edição, 2007

José Oleskovicz, “Processo Administrativo Disciplinar: Presença Facultativa de Advogado e Obrigatória de Servidor Defensor Dativo Apenas na Hipótese de Revelia na Fase de Defesa”, Artigo disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=9578>, acesso em 09/03/07

Judivan Juvenal Vieira, “Processo Administrativo Disciplinar”, IOB Thomson, 1ª edição, 2005

Julio Fabbrini Mirabete, “Manual de Direito Penal”, Editora Atlas, 17ª edição, 2001

Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001

Léo da Silva Alves, “A Prova no Processo Disciplinar”, Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003

Leo da Silva Alves, “Sindicância Investigatória”, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005

Léo da Silva Alves, “Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas”, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005

Lúcia Valle Figueiredo (Coordenadora) e outros, “Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo”, Editora Fórum, 1ª edição, 2004

Luciano Rosa Vicente, “Violação de Princípio Constitucional no PAD Federal Mediante Cerceamento de Defesa na Alteração de Enquadramento”, Revista Fórum Administrativo, nº 181, Editora Fórum, março de 2016

Luciano Rosa Vicente. “A Estabilidade Prescrita pela Lei 8.112/90 para os Membros de Comissão de Inquérito em Procedimentos Disciplinares é no Cargo ou no Serviço Público?”, Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, nº 23, Revista dos Tribunais, março e abril de 2016

Luciano Rosa Vicente “A Controvérsia da Perda do Cargo Público Como Efeito da Condenação Penal”, Revista Fórum Administrativo, nº 188, Editora Fórum, outubro de 2016

Luciano Rosa Vicente, “A Controvérsia sobre a Estabilidade dos Membros de Comissões Disciplinares na Esfera Federal Brasileira”, Revista Fórum Administrativo, nº 193, Editora Fórum, março de 2017

Luciano Rosa Vicente, “Conversão de Prisão em Restritiva de Direitos: STJ Decide pela Perda do Cargo Público”, disponível em https://jus.com.br/artigos/55249, acesso em 19/04/17

Luciano Rosa Vicente, “O Impacto dos Instrumentos Desburocratizantes na Celeridade Processual da Corregedoria da Receita Federal do Brasil”, Dissertação de Mestrado em Direito no Centro Universitário de Brasília, 2021

Marcellus Pollastri Lima, “Curso de Processo Penal”, Editora Lúmen Júris, 3ª edição, 2006

Marcelo Figueiredo, “Probidade Administrativa - Comentários à Lei nº 8.429/92 e Legislação Complementar”, Malheiros Editores, 3ª edição, 1998

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa, “Controle da Legitimidade do Enriquecimento Ilícito dos Agentes Públicos”, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Concursos/Arquivos/4_Concurso Monografias/Profissionais_2_Resumo.pdf>, acesso em 22/06/12

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Direito Administrativo”, Editora Atlas, 19ª edição, 2006

Controladoria-Geral da União, “Manual de Direito Administrativo Disciplinar para Empresas Estatais, disponível em http://www.cgu.gov.br/ publicacoes/guiapad/Arquivos/Manual_CLT.pdf, acesso em 13/01/12

Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, 2013, disponível em http://www.cgu.gov.br/ Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf, acesso em 07/08/13;

Controladoria-Geral da União, “Aplicaçao da Lei de Acesso à Informação”, disponível em http://www.acessoainformacao.gov.br/lai-para-sic/sic-apoio-orientacoes/guias-e-orientacoes/aplicacao-lai-3a-ed-web-002.pdf, acesso em 19/03/19

Controladoria-Geral da União, “Orientações para Adoção de Videoconferência em Instância disciplinar”, disponível em http://www.cgu.gov.br/ Publicacoes/ManualVideoconferencia/ index.asp, acesso em 04/07/12

Moacyr Amaral Santos, “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, Editora Saraiva, 24ª edição, 2008

Natália Fajardo Incerti, “Ocorrências de Transtornos Mentais em Processos Disciplinares em Curso na Corregedoria da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil”, disponível na subpasta Materiais de Referência da pasta interna virtual Diaco, março de 2021

Neudson Cavalcanti de Albuquerque, “Desídia do Servidor Público”, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=9759>, acesso em 28/08/07

Paulo de Matos Ferreira Diniz, “Lei nº 8.112/90 - Regime Jurídico Único”, Editora Brasília Jurídica, 9ª edição, 2006

Paulo Rangel, “Direito Processual Penal”, Editora Lúmen Júris, 6ª edição, 2002

Rafael Ramalho Dubeux, “Enriquecimento Ilícito de Servidor e a Lei de Improbidade Administrativa”, Artigo da Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União, 2006

Regis Fernandes de Oliveira, “Infrações e Sanções Administrativas”, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005

Regis Fernandes de Oliveira, “Servidores Públicos”, Malheiros Editores, 1ª edição, 2004

Romeu Felipe Bacellar Filho, “Processo Administrativo Disciplinar”, Editora Max Limonad, 2ª edição, 2003

Rubens Requião, “Curso de Direito Comercial”, 1º volume, Editora Saraiva, 26ª edição, 2006

Rudimar Nunes Fraga, “Proposta de Metodologia de Trabalho na Formulação do Juízo de Admissibilidade”, 2008;

Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. I, Editora Juruá, 1ª edição, 2013

Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, Editora Juruá, 1ª edição, 2013

Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Processual”, Vol. III, Editora Juruá, 1ª edição, 2013

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, “Processo Administrativo”, Malheiros Editores, 1ª edição, 2001

Sebastião José Lessa, “Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância”, Editora Brasília Jurídica, 4ª edição, 2006

Simone Baccarini Nogueira, “Manual de Sindicância Investigatória, Sindicância Punitiva e Processo Administrativo Disciplinar do Servidor Público Federal”, Universidade Federal de Minas Gerais, 1ª edição, 2004

Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, Fortium Editora, 1ª edição, 2008

Wallace Paiva Martins Júnior “Probidade Administrativa”, Editora Saraiva, 1ª edição, 2001

Wolgran Junqueira Ferreira, “Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União”, Edições Profissionais, 1ª edição, 1992